Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-296
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 21 juni 2018
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 23 april 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

De Bank heeft als voorwaarde voor heruitgifte van erfpacht gesteld dat daarvoor een nieuwe hypotheekakte zou moeten worden opgemaakt. De Commissie is van oordeel dat de reden die de Bank daarvoor opgegeven heeft naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar te noemen is. De vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken, voorzien van bijlagen:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de reactie van Consument op het verweer;
- de reactie van de Bank;
- een aanvullende reactie van de Bank.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft in 2012 een hypothecaire geldlening bij de Bank afgesloten.

2.2 In artikel 9 lid 3 van de door de Bank gehanteerde Algemene voorwaarden voor hypotheken van de Rabobank 2009 ("Algemene Voorwaarden"), is het volgende bepaald:

> *"Als het beperkte recht eindigt zonder dat het verschuldigde op dat tijdstip is voldaan om een andere reden dan vermenging, bent u, onverminderd de verplichting van u om tot zekerheidstelling uit hoofde van de Algemene Bankvoorwaarden over te gaan, verplicht op eerste verzoek van de bank onmiddellijk:*
> *[…];*
> *b. op het nieuwe beperkte recht ten behoeve van de bank een recht van hypotheek te verlenen dat ten minste aan de bank gelijkwaardige zekerheid biedt als het hypotheekrecht op het geëindigde beperkte recht vóór beëindiging onder de bij de bank alsdan gebruikelijke voorwaarden."*

2.3 Als zekerheid voor terugbetaling is een recht van hypotheek gevestigd op een appartementsrecht in de gemeente [Naam gemeente].

2.4 Dat appartementsrecht is gevestigd op gemeentelijke erfpachtgrond. Het erfpacht liep in 2016 af en moest worden heruitgegeven. Voor de heruitgifte was instemming nodig van de hypotheeknemers van de betrokken appartementen.

2.5 De Bank heeft als enige hypotheeknemer de voorwaarde gesteld dat uitsluitend akkoord zou worden gegeven voor de heruitgifte, indien een nieuwe hypotheekakte zou worden gepasseerd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert de kosten die zijn gemoeid met het opmaken van een nieuwe hypotheekakte, die hij heeft begroot op € 450,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Ten eerste heeft de Bank geen rechtens te respecteren belang bij haar eis een nieuwe hypotheekakte op te maken. Consument heeft in dat verband gesteld dat de rechtspositie van de hypotheeknemer niet wijzigt wanneer het erfpacht opnieuw wordt uitgegeven. Dat recht blijft verbonden aan het appartement van Consument. Juridisch gezien voert de Bank een zuiver hypothetisch academisch probleem ten tonele om tot de eis van een nieuwe hypotheekakte te komen. Praktisch gezien is er geen enkele reden waarom een nieuwe hypotheekakte dient te worden opgemaakt. Dit blijkt al uit het gegeven dat er geen enkele andere hypotheeknemer is die een nieuwe hypotheekakte vereist.

Bovendien heeft de notaris aangegeven dat er geen voorbeelden bekend zijn waaruit zou zijn af te leiden dat het doorlopen van het recht van hypotheek inderdaad onzeker is.

Naar analogie heeft Consument gewezen op artikel 5:143, lid 1, sub a van het Burgerlijk Wetboek, waarin is bepaald dat bijvoorbeeld de splitsing in appartementsrechten niet wordt opgeheven wanneer de beëindiging van erfpacht gepaard gaat met de vestiging van een nieuw recht van erfpacht op dezelfde onroerende zaak.

Daarnaast acht Consument het onzorgvuldig dat de Bank hem in 2012 niet heeft geïnformeerd dat zij bij de heruitgifte van de erfpacht een nieuwe hypotheekakte zou vereisen. Dat tot heruitgifte zou moeten worden overgegaan omdat het erfpacht afliep, was reeds duidelijk toen Consument zijn overeenkomst van hypothecaire geldlening bij de Bank afsloot. Hij had op dat moment moeten worden geïnformeerd dat de Bank bij de daadwerkelijke heruitgifte een nieuwe hypotheekakte zou verlangen.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Zij heeft tegen de stellingen van Consument ingebracht dat:

3.3.1. Onduidelijk is of het hypotheekrecht blijft voorbestaan bij heruitgifte van een recht van erfpacht op een appartementsrecht. In een dergelijk geval wenst de Bank dat bij de heruitgifte een nieuwe hypotheekakte wordt opgemaakt en wordt ingeschreven. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft de Bank verwezen naar een artikel uit 2003 in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie. In dat artikel is opgemerkt dat artikel 5:143 lid 1 sub a BW restrictief moet worden geïnterpreteerd. Slechts de splitsing in appartementsrechten wordt daardoor gered. Dat het artikel ook van toepassing is op het recht van hypotheek is niet zeker. Om die reden is het niet onredelijk dat de Bank een nieuwe hypotheekakte heeft verlangd. Betwist wordt bovendien dat de Bank de enige hypotheeknemer is die deze eis stelt.

3.3.2. De Bank heeft ten eerste betwist dat op haar in 2012 een verplichting rustte informatie te verstrekken over de eis van een nieuwe hypotheekakte. Bovendien volgt die eis naar het oordeel van de Bank uit artikel 9 lid 3 van de door haar gehanteerde Algemene Voorwaarden, zoals ze hierboven in overweging 2.2 zijn geciteerd.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie merkt op dat partijen het erover eens zijn dat de Bank vanuit haar positie als hypotheeknemer instemming diende te geven voor de heruitgifte van het recht van erfpacht. De Bank is in beginsel vrij daarbij haar eigen beleid te kiezen.

Deze vrijheid vindt haar grens waar deze wordt uitgeoefend op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is (artikel 6:248 lid 2 BW).

4.2 De vraag die daarom gesteld moet worden, is of het vereisen van een nieuwe hypotheekakte bij een heruitgifte van erfpacht een dusdanig onaanvaardbare eis van de Bank is. Consument wordt tot kosten gedwongen die hij niet wenst te maken en stelt dat de Bank bovendien geen belang heeft bij een nieuwe hypotheekakte. Consument heeft gesteld dat de rechten van de Bank niet wijzigen bij de heruitgifte van de erfpacht. De Bank heeft dat betwist. Daartoe heeft zij geciteerd uit de literatuur, waaruit kan worden geconcludeerd dat onzeker is of een hypotheek gevestigd op een appartementsrecht voort bestaat na heruitgifte van de erfpacht. Consument heeft deze lezing niet betwist, hij heeft alleen aangegeven dat dit probleem academisch van aard is en dat het probleem zich praktisch niet voordoet.

4.3 De Commissie is van oordeel dat, zelfs als het door de Bank opgeworpen probleem zuiver theoretisch en academisch is, het beleid om een nieuwe hypotheekakte verplicht te stellen niet onaanvaardbaar kan worden genoemd. Dat ander beleid ook, en wellicht zelfs beter, verdedigbaar is, maakt het gehanteerde beleid nog niet onaanvaardbaar. Zie GC Kifid, nr. 2017-797.

4.4 Daarnaast heeft Consument gesteld dat de Bank hem uit hoofde van de op haar rustende zorgplicht had moeten informeren over de nieuwe hypotheekakte die vereist zou zijn op het moment van heruitgifte van de erfpacht. De Commissie is van oordeel dat het beleid van de Bank volgt uit de door haar gehanteerde voorwaarden, die hierboven in overweging 2.2 werden geciteerd, en dat er geen nadere informatieplicht kan worden aangenomen ten aanzien van beleid als het onderhavige waarvan de uitoefening op een ver verwijderd moment in de toekomst ligt.

4.5 De Commissie concludeert dat de vordering dient te worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.