Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0190
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. D.P.C.M. Hellegers,
mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. P.V. Remmerswaal, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 17 augustus 2020
Ingediend door	: De heer [consument I] en mevrouw [consument II], verder te noemen de consumenten
Tegen	: ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 1 maart 2021
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit de algemene voorwaarden

Samenvatting

Ten behoeve van de bank is een recht van hypotheek gevestigd op het appartementsrecht van de consumenten bestaande uit een recht van erfpacht. De bank heeft de voorwaarde gesteld dat de consumenten bij de overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht een nieuwe hypotheekakte laten opstellen. De consumenten stellen dat een nieuwe hypotheekakte niet nodig is omdat het recht van erfpacht reeds was verlopen op het moment dat het hypotheekrecht was gevestigd. Daarnaast stellen de consumenten dat de bank hen bij het afsluiten van de hypothecaire geldlening had moeten informeren over het stellen van deze voorwaarde. De commissie is van oordeel dat de keuze van de bank om de voorwaarde te stellen dat een nieuwe hypotheekakte moet worden opgesteld bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Dat de tijd waarvoor het recht van erfpacht was gevestigd ten tijde van het vestigen van het hypotheekrecht reeds verstreken was, maakt dat niet anders. De bank is ook niet verplicht om consumenten actief te informeren over beleid waarvan de uitvoering ver in de toekomst ligt. De vordering wordt afgewezen.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat hierbij om: 1) het klachtformulier van de consumenten; 2) de aanvullende stukken van de consumenten; 3) het verweerschrift van de bank; 4) de repliek van de consumenten en 5) de dupliek van de bank.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.3 De commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies. De uitspraak is daarom bindend. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consumenten hebben op 6 januari 2017 een hypothecaire geldlening afgesloten bij de bank.

2.2 Op de overeenkomst zijn de Voorwaarden Budget Hypotheek van maart 2016 van toepassing. Onderdeel van die voorwaarden zijn de Algemene Bepalingen voor Hypotheken van februari 2015 (hierna: ABH). Voor de relevante bepalingen uit de ABH wordt verwezen naar de bijlage bij deze uitspraak.

2.3 De consumenten wonen in een appartement in de gemeente 's-Gravenhage. Als zekerheid voor de terugbetaling van de geldlening is een hypotheekrecht gevestigd op het appartementsrecht dat recht geeft op het uitsluitend gebruik van de flatwoning van de consumenten. Het appartementsrecht is gevestigd op gemeentelijke erfpachtgrond. In de hypotheekakte is het onderpand als volgt omschreven:

> *"VOLLEDIGE OMSCHRIJVING REGISTERGOED*
> *Het Onderpand omvat:*
> *het appartementsrecht, rechtgevende op het uitsluitend gebruik van de flatwoning, vierde etage, met toebehoren, gelegen te [adres], (…) uitmakende vijf/honderd acht en tachtigste aandeel in de gemeenschap, bestaande uit het erfpachtsrecht eindigende een en dertig december tweeduizend vijftien van een perceel grond, eigendom van de gemeente 's-Gravenhage, met de rechten van de erfpachters op de zich op die grond bevindende opstallen, zijnde een flatgebouw met toebehoren aan de [adres] (…)"*

2.4 De tijd waarvoor het erfpachtrecht is gevestigd is verstreken op 31 december 2015. De consumenten hebben op 13 maart 2017 gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het erfpachtrecht om te zetten naar eeuwigdurende erfpacht. De notaris van de consumenten heeft de bank als hypotheekhouder verzocht om daar toestemming voor te geven. De bank verleent die toestemming alleen onder de voorwaarde dat er een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld. De consumenten zijn het daar niet mee eens en hebben verzocht om vrijstelling van die verplichting. Dat verzoek is door de bank afgewezen. Verdere uitwisseling van standpunten tussen partijen heeft niet geleid tot een oplossing van het geschil, waarna de consumenten op 17 augustus 2020 een klacht hebben ingediend bij Kifid.

De klacht en vordering

2.5 De consumenten stellen zich op het standpunt dat de bank ten onrechte de voorwaarde stelt dat een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld. De consumenten voeren daartoe de volgende argumenten aan.

- Het recht van erfpacht liep af op 31 december 2015. De hypotheekakte waarbij het recht van hypotheek is gevestigd, is op 6 januari 2017 gepasseerd. Ten tijde van de vestiging van het hypotheekrecht was het recht van erfpacht al verlopen. Door bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht te verzoeken om een nieuwe hypotheekakte vraagt de bank in feite meer zekerheid dan zij bij de vestiging van het hypotheekrecht op 6 januari 2017 had verkregen. De bank had immers geen zekerheid op het recht van erfpacht en zal dat na het opstellen van een nieuwe hypotheekakte wel hebben.

- Door de overstap naar eeuwigdurende erfpacht is de waarde van het onderpand gestegen, waardoor het risico dat de bank loopt in verband met de uitstaande geldlening juist lager is geworden.

- De bank had de consumenten tijdig moeten informeren dat zij enkel toestemming zou verlenen voor een overstap naar eeuwigdurende erfpacht indien een nieuwe hypotheek-akte wordt opgesteld op kosten van de consumenten. Dit geldt temeer nu de bank ervan op de hoogte was dat het recht van erfpacht was verlopen op het moment van vestiging van het hypotheekrecht op 6 januari 2017. De bank wist daardoor dat het recht van erfpacht opnieuw zou moeten worden uitgegeven.

2.6 De consumenten vorderen vergoeding van de kosten van het (laten) opstellen van een nieuwe hypotheekakte, dan wel dat de bank de voorwaarde van een nieuwe hypotheekakte laat vallen.

Het verweer

2.7 De bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consumenten. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

De kernvragen

3.1 De commissie merkt op dat dit geschil in de kern draait om twee vragen. De eerste vraag is of de bank de voorwaarde mag stellen dat er bij de overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld op kosten van de consumenten. De commissie oordeelt dat de bank dat inderdaad mag doen. De tweede vraag is of de bank de consumenten daarover actief had moeten informeren. De bank was daartoe niet verplicht. De commissie wijst de vordering van de consumenten daarom af en licht hieronder toe waarom.

Mag de bank om een nieuwe hypotheekakte vragen?

3.2 De commissie stelt voorop dat de consumenten bij het aangaan van de hypothecaire geldlening met de bank hebben afgesproken dat zij ervoor instaan dat alle zekerheidsrechten die de bank verkrijgt geldig zijn en blijven. Wanneer er redelijke twijfel bestaat over de geldigheid van die zekerheidsrechten zullen de consumenten deze op eigen kosten opnieuw tot stand brengen. Dit volgt uit artikel 7 van de ABH, opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

3.3 Tussen partijen is niet in geschil dat de bank in haar positie als hypotheekhouder toestemming moet verlenen voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Het uitgangspunt daarbij is dat de bank vrij is om haar beleid naar eigen inzicht in te richten. Het verbinden van voorwaarden aan het verlenen van toestemming valt daar ook onder. Die beleidsvrijheid van de bank is echter niet onbegrensd. Het beleid van de bank mag namelijk niet onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit is een juridische maatstaf die is opgenomen in artikel 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Aan de hand van deze maatstaf moet de commissie beoordelen of de bank het verlenen van toestemming voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht mag verbinden aan de voorwaarde dat de consumenten een nieuwe hypotheekakte laten opstellen.

3.4 De commissie is van oordeel dat de voorwaarde die de bank stelt niet onaanvaardbaar is. Bij de toelichting op dat oordeel zal de commissie eerst de huidige zekerheidspositie van de bank bespreken. Op 6 januari 2017 is het hypotheekrecht gevestigd op het appartements-recht. Het appartementsrecht omvat, naast het recht op het gebruik van de woning van de consumenten, ook een aandeel in het recht van erfpacht dat gevestigd is op de gemeentelijke grond. Hoewel de tijd waarvoor het recht van erfpacht was gevestigd op het moment van vestiging van het hypotheekrecht was verstreken, betekent dat niet dat het hypotheekrecht niet ook op het recht van erfpacht is gevestigd. Uit artikel 5:98 lid 1 BW volgt namelijk dat wanneer de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd is verstreken dit recht in beginsel blijft doorlopen. Het recht van erfpacht eindigt slechts bij het verstrijken van de tijd waarvoor zij is gevestigd indien de erfpachter de zaak op dat tijdstip heeft ontruimd of de eigenaar van de grond uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt. Dat de eigenaar dat heeft gedaan is niet gebleken. Ook is niet gebleken dat de erfpachter de zaak op het tijdstip van het verstrijken van de erfpachtstermijn heeft ontruimd. Daarom moet worden aangenomen dat het recht van erfpacht is blijven doorlopen. De eigenaar en erfpachter kunnen het doorlopende recht van erfpacht vervolgens wel opzeggen, maar uit het klachtdossier is niet gebleken dat dit is gebeurd. Het hypotheekrecht dat op 6 januari 2017 is gevestigd omvat daarom ook het recht van erfpacht.

3.5 Op dit moment is onzeker of het hypotheekrecht van de bank blijft bestaan als de consumenten het verlengde voortdurende recht van erfpacht omzetten naar eeuwigdurende erfpacht. Juridisch gezien is een hypotheekrecht namelijk een beperkt recht. Het recht waarop een hypotheekrecht gevestigd is, in dit geval een doorlopend voortdurend recht van erfpacht, wordt het moederrecht genoemd. Uit artikel 3:81 lid 2 onder a BW volgt dat wanneer het moederrecht tenietgaat, het daarop gevestigde beperkte recht ook tenietgaat. Dat betekent dat wanneer het doorlopende voortdurende recht van erfpacht tenietgaat, het daarop gevestigde hypotheekrecht in beginsel ook tenietgaat. Bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht wordt het recht van erfpacht opnieuw uitgegeven. Als die overstap ertoe leidt dat een nieuw recht van erfpacht ontstaat en het huidige recht van erfpacht tenietgaat, dan zou dat betekenen dat het hypotheekrecht van de bank ook tenietgaat. Ook is onduidelijk op welk moment dat gebeurt: het moment van overstap of het moment dat het oudere recht van erfpacht afloopt. Zolang de wetgever of rechtspraak van de Hoge Raad hierover geen duidelijkheid heeft gegeven, blijft onzeker wat de gevolgen zijn voor het hypotheekrecht als de consumenten overstappen naar eeuwigdurende erfpacht. Zie Geschillencommissie Kifid, nr. 2020-586.

3.6 De bank heeft ervoor gekozen het zekere voor het onzekere te nemen en de voorwaarde te stellen dat bij de overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht een nieuwe hypotheekakte moet worden opgesteld. Hierdoor wordt namelijk een nieuw hypotheekrecht gevestigd, zodat onzekerheid over het in stand blijven van het eerder gevestigde hypotheekrecht wordt vermeden. Deze keuze van de bank is vanwege de bestaande onzekerheid over de situatie niet onaanvaardbaar. De stelling van de consumenten dat de bank geen risico loopt omdat de waarde van het onderpand juist stijgt, wordt door de commissie niet gevolgd. Dat het onderpand in waarde stijgt neemt het risico niet weg dat de bank haar hypotheekrecht mogelijk kan verliezen. In dat geval kan de bank zich immers niet met voorrang op het onderpand verhalen, zodat het risico dat zij loopt niet is verminderd door de waardestijging van het onderpand.

Had de bank de consumenten actief moeten informeren?

3.7 De consumenten hebben gesteld dat de bank hen bij het sluiten van de hypothecaire geldlening had moeten informeren dat zij bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht de voorwaarde zou stellen dat een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld. De bank wist immers dat het recht van erfpacht al was verlopen.

3.8 Naar het oordeel van de commissie heeft de bank geen informatieverplichtingen geschonden. De voorwaarde die de bank verbindt aan het verlenen van toestemming voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht is gebaseerd op artikel 7 van de ABH, opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. Daarin is tevens opgenomen dat de kosten daarvan voor rekening van de consumenten komen.

Dat de bank haar beleid op deze manier in zou richten volgt daarom uit de algemene voorwaarden die op de overeenkomst van toepassing zijn. De zorgplicht waartoe de bank gehouden is gaat niet zo ver dat van de bank mag worden verwacht dat zij de consumenten bij het sluiten van de hypothecaire geldlening informeert over de manier waarop zij haar beleid in de verre toekomst zal uitoefenen. Zie Geschillencommissie Kifid, nr. 2019-296.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak, zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de Geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving en de algemene voorwaarden

Burgerlijk Wetboek

Artikel 3:81 lid 2 onder a

"Beperkte rechten gaan teniet door:
a. het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid;"

Burgerlijk Wetboek 5

Artikel 5:98 lid 1

"Wanneer de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd, is verstreken en de erfpachter de zaak niet op dat tijdstip heeft ontruimd, blijft de erfpacht doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt. De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn vermeld in artikel 88"

Artikel 6:248 lid 2

"Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

De Algemene Bepalingen voor Hypotheken van februari 2015

Artikel 7

"De Schuldenaar moet er tegenover de Bank voor instaan dat alle hypotheek- of pandrechten of andere zekerheden die de Bank volgens de Lening, de Akte of de Bepalingen verkrijgt of behoort te verkrijgen geldig zijn en blijven, en voldoen aan alle daarvoor overeengekomen voorwaarden. Als er redelijke twijfel mogelijk is over de (voortdurende) geldigheid van die zekerheidsrechten zal de Schuldenaar deze op zijn kosten (opnieuw) tot stand brengen. De Schuldenaar is verplicht de hieraan voor de Bank verbonden kosten onmiddellijk aan deze te vergoeden."