Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-351 d.d. 3 december 2013
(mr. H.J. Schepen, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse en mr. A.P. Luitingh, leden en mevrouw mr. L.T.A. van Eck, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft een woning gekocht. Volgens Consument heeft Aangeslotene onrechtmatig gehandeld door verrekening van de boeterente, waarop Consument jegens de verkoper aansprak had, met de verkoopprijs tegen te houden. Aangeslotene heeft echter als voorwaarde aan de doorhaling van de hypothecaire inschrijving mogen stellen dat zij een minimaal bedrag bij verkoop van de woning wilde ontvangen. Dat dit tot gevolg had dat geen verrekening heeft plaatsgevonden, brengt niet mee dat Aangeslotene jegens Consument onrechtmatig heeft gehandeld. De vordering van Consument wordt derhalve afgewezen.

Consument,

tegen

ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting van Consument met bijlagen, ontvangen op 21 maart 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene met bijlage;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 1 november 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Aangeslotene heeft een hypothecaire geldlening aan een derde (hierna: de Verkoper) verschaft ten behoeve van de aankoop van een woning. Ter zekerheid tot terugbetaling van deze geldlening heeft Aangeslotene op deze woning een recht van hypotheek gevestigd gekregen.

3.2. Op 22 april 2011 heeft Consument voor een bedrag van € 41.000,- (hierna: de koopprijs) de woning van Verkoper gekocht.
In de koopovereenkomst staat onder meer vermeld:

> *"**artikel 2 Betaling***
> *(…)*
> *Verkoper stemt er mee in dat de notaris de koopsom onder zich houdt totdat zeker is dat de onroerende zaak geleverd wordt vrij van hypotheken, beslagen en inschrijvingen daarvan.*
> ***artikel 3 Eigendomsoverdracht***
> *3.1. De akte van levering zal worden gepasseerd op **15 mei 2011** of zoveel eerder of later als partijen tezamen nader overeenkomen ten overstaan van notaris (of diens plaatsvervanger) of notaris, verbonden aan kantoor [X].*
> *(…)*
> ***artikel 10 Ingebrekestelling, ontbinding***
> *10.1. Indien één van de partijen, na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, kan de wederpartij van de nalatige deze overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst ontbinden door middel van een schriftelijke verklaring aan de nalatige. (…)*
> *10.3. Indien de wederpartij geen gebruik maakt van zijn recht de overeenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in 10.1. vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn van drie pro mille van de koopprijs, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal. (…)"*

3.3. Consument heeft Verkoper bij brief van 31 mei 2011 in gebreke gesteld voor het niet overdragen van de woning op 15 mei 2011 en hem gesommeerd om binnen acht dagen na dagtekening van deze brief alsnog de woning over te dragen.

3.4. De woning is pas op 11 augustus 2011 aan Consument overgedragen. Verkoper is door de te late levering een bedrag van € 7.872,- (hierna: de boete) aan Consument verschuldigd geworden. Consument heeft het boetebedrag echter niet met de koopprijs kunnen verrekenen, aangezien Aangeslotene eiste dat de volledige koopprijs aan de notaris werd voldaan.

3.5. Consument heeft op 7 februari 2012 een klacht bij Aangeslotene ingediend over het niet verrekenen van de boete met de koopprijs. Zowel Aangeslotene als haar incassogemachtigde hebben deze klacht van de hand gewezen.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 7.872,-.

4.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk, op de volgende grondslagen:
- Aangeslotene is niet ontvankelijk, doordat haar verweer niet tijdig (pas op 25 juni 2013 in plaats van uiterlijk 18 juni 2013) bij het Klachteninstituut is ingediend.
- Verkoper is nalatig gebleven in de nakoming van de koopovereenkomst door pas op 11 augustus 2011 de woning over te dragen. Hij is daardoor op grond van artikel 10.3. van de koopovereenkomst een boete van € 7.872,- (gelijk aan drie pro mille van de koopprijs per dag dat Verkoper in gebreke was) verschuldigd geworden. Deze boete dient te worden verrekend met de verkoopprijs. Aangeslotene heeft deze verrekening tijdens de overdracht niet toegestaan en heeft zich daardoor het bedrag van € 7.872,- toegerekend.
- Aangeslotene heeft jegens Consument de indruk gewekt namens Verkoper op te treden en te handelen. Zo was tijdens het koopproces niet Verkoper maar Aangeslotene de gesprekspartner van Consument en heeft Aangeslotene contact gehad met de notaris.
- Aangeslotene heeft onzorgvuldig en in strijd met haar zorgplicht gehandeld omdat zij de woning niet tijdig en leeg heeft opgeleverd.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Voordat de Commissie ingaat op de inhoudelijke beoordeling van de vordering, overweegt zij over de stelling van Consument dat Aangeslotene niet ontvankelijk is als volgt. Het is niet in geschil dat Aangeslotene haar verweer één week na de door het Klachteninstituut gestelde termijn heeft ingediend. Op grond van artikel 37.4 van haar reglement, heeft de Commissie bij het uitblijven van verweer de *mogelijkheid* terstond een beslissing te nemen. De Commissie heeft in deze procedure geen gebruik van deze *mogelijkheid* gemaakt en heeft het verweer van Aangeslotene in behandeling genomen met als gevolg dat het verweer van Aangeslotene ontvankelijk is geworden.

5.2. De Commissie overweegt dat vast staat dat de woning op 11 augustus 2011 (vrij van hypotheek en door middel van een vrijwillige onderhandse verkoop) aan Consument is overgedragen en dat Consument de volledige koopprijs van € 41.000,- bij de notaris heeft voldaan. De door Verkoper aan Consument verschuldigde boete van € 7.872,- is niet met de verkoopprijs verrekend.

5.3. Consument verwijt Aangeslotene dat zij heeft tegengehouden de boete te verrekenen met de koopprijs door pas na ontvangst van € 41.000,- tot doorhaling van de hypothecaire inschrijving over te willen gaan. Het ten gunste van Aangeslotene gevestigde recht van hypotheek op de woning strekt echter tot het bij voorrang verhalen van het aan Verkoper uitgeleende bedrag boven andere schuldeisers. Met

het vervallen van de hypothecaire inschrijving vervalt het voorrangsrecht van Aangeslotene en daarmee haar zekerheid tot voldoening van de hypothecaire geldlening. Het staat Aangeslotene ten opzichte van Verkoper vrij om aan het doorhalen van de hypothecaire inschrijving voorwaarden te verbinden, zoals het ontvangen van een bepaald bedrag ter voldoening van de lening waarvoor de inschrijving zekerheid biedt. Aangeslotene heeft zich door deze handelwijze niet onrechtmatig jegens Consument gedragen en is niet verplicht de schade die Consument daardoor heeft geleden te vergoeden. De Commissie overweegt dat Aangeslotene met Verkoper afspraken heeft mogen maken over de afhandeling van de hypothecaire geldlening en de daaraan verbonden hypothecaire inschrijving. Dat dit voor Consument tot gevolg had dat hij de boete niet heeft kunnen verrekenen met de koopprijs, brengt niet mee dat deze gedraging jegens Consument onrechtmatig is. Ook de manier waarop Aangeslotene het door haar ontvangen bedrag van € 41.000,- heeft verwerkt (gedeeltelijk door aflossing van een rekeningcourant verhouding), levert in de verhouding tussen Consument en Aangeslotene geen onrechtmatige gedraging van Aangeslotene op. De vordering tot betaling van de boete ad € 7.872,- zal dan ook worden afgewezen.

5.4. Consument stelt zich verder op het standpunt dat Aangeslotene zich heeft opgesteld als verkopende partij, terwijl zij hiertoe niet bevoegd of gevolmachtigd was. Uit de door Consument geschetste gang van zaken kan echter niet anders worden afgeleid dan dat Aangeslotene slechts als hypotheekhouder is opgetreden. Consument heeft immers ter zitting verklaard dat hij met de makelaar van Verkoper heeft onderhandeld over de koop van de woning. Daarnaast vermeldt de koopovereenkomst Verkoper als contractant en niet Aangeslotene handelend namens Verkoper.

5.5 Verder stelt Consument dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden doordat de woning niet tijdig en niet leeg is opgeleverd. Consument is echter met Verkoper en niet met Aangeslotene overeengekomen dat de woning op 15 mei 2011 leeg en schoon zou worden overgedragen. Dat Verkoper dit vervolgens niet is nagekomen kan niet aan Aangeslotene worden toegerekend.

5.6. Gelet op het voorgaande, zal de vordering van Consument worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.