Uitspraak Commissie van Beroep 2010-14 d.d. 22 november 2010
(mr. A. Rutten-Roos, voorzitter, mr. A. Bus, mr. R. Herrmann, mr. F. Peijster en mr. R.J.F. Thiessen, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Zorgplicht tussenpersoon. Consument sluit koopovereenkomst t.a.v. woning. Termijn financieringsvoorbehoud verstrijkt zonder dat een beroep daarop is gedaan, zodat consument een boete verschuldigd wordt. Tussenpersoon heeft nagelaten consument te beschermen tegen gebrek aan inzicht in betekenis financieringsvoorbehoud. Eigen schuld consument.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1. Appellant (hierna: belanghebbende) heeft bij een op 15 mei 2010 gedateerd beroepschrift op de voet van artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) van 14 april 2010 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie).

1.2. Verweerder in beroep (hierna: de tussenpersoon) heeft een op 21 juli 2010 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3. De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 27 september 2010. Beide partijen waren aanwezig. Belanghebbende heeft zijn standpunt nader toegelicht. Het standpunt van de tussenpersoon is nader toegelicht aan de hand van een aan de Beroepscommissie overgelegde notitie. Partijen hebben vragen van de Beroepscommissie beantwoord.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Voorafgaande opmerking

Van de zijde van de tussenpersoon is ter zitting in hoger beroep voor zover nog mogelijk verzocht de uitspraak van de Geschillencommissie te vernietigen, in die zin dat belanghebbende verplicht wordt het door de tussenpersoon ingevolge die uitspraak aan belanghebbende betaalde bedrag terug te betalen. Zoals ter zitting door de voorzitter van de Beroepscommissie reeds is meegedeeld, is instelling van incidenteel beroep slechts mogelijk uiterlijk bij het indienen van het verweerschrift.

4. Beoordeling van het hoger beroep

4.1. Belanghebbende heeft zich eind maart 2008 tot de tussenpersoon (in de persoon van een toen daar werkzame adviseur) gewend met de vraag of de aankoop van een woning met bedrijfsruimte aan de X te Y voor hem financieel haalbaar zou zijn. De tussenpersoon heeft vervolgens verschillende malen hierover contact gehad met A en met belanghebbende. Belanghebbende heeft op 16 mei 2008 een koopovereenkomst met betrekking tot de genoemde woning gesloten tegen een koopprijs van € 600.000,-. In de koopovereenkomst - die zich niet bij de stukken bevindt - is voor belanghebbende de verplichting opgenomen tot het stellen van een bankgarantie ten behoeve van de verkoper vóór (dan wel uiterlijk op) 3 juni 2008. Voorts is in de koopovereenkomst een financieringsvoorbehoud opgenomen met een termijn tot (dan wel tot en met) 2 juni 2008. Als datum van levering was bepaald 1 maart 2009. Tot het stellen van een bankgarantie is het niet gekomen. De financiering van de woning is niet rond gekomen en door belanghebbende is geen (althans niet tijdig) beroep gedaan op het financieringsvoorbehoud. Belanghebbende is de in de koopovereenkomst bepaalde boete ten bedrage van € 60.000,- verschuldigd geworden aan de verkoper. Hij heeft deze in de loop van 2008 betaald.

4.2. Belanghebbende heeft gesteld - samengevat - dat de tussenpersoon niet heeft gehandeld zoals van een erkend hypotheekadviseur mag worden verwacht. Op die grond heeft hij schadevergoeding gevorderd.

4.3. Hetgeen de Geschillencommissie heeft overwogen, laat zich als volgt samenvatten. Uitgangspunt is dat de verantwoordelijkheid voor het bewaken van de aan het financieringsvoorbehoud verbonden termijn primair berustte bij belanghebbende. Gezien de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij sprake was van een intensieve communicatie tussen belanghebbende en de tussenpersoon over de (on)mogelijkheden tot financiering alsmede de wetenschap van de tussenpersoon dat de financiering niet rond was gekomen vóór het verstrijken van de daarvoor geldende termijn, had van de tussenpersoon mogen worden verwacht dat hij belanghebbende zou hebben gewezen op het verlopen van de termijn dan wel had gewezen op de mogelijkheid tot verlenging daarvan en dat hij hem zou hebben gewaarschuwd voor het risico dat hij zou lopen door geen beroep te doen op het financieringsvoorbehoud. De

tussenpersoon heeft belanghebbende bovendien het onjuiste bericht gestuurd dat de bankgarantie zou worden gesteld, waaruit belanghebbende mogelijk de onjuiste conclusie heeft getrokken dat de financiering rond zou komen. Anderzijds is belanghebbende - die al eerder een huis had gekocht en daarom bekend mag worden verondersteld met de betekenis van een financieringsvoorbehoud - tekortgeschoten in de zorg voor zijn eigen belangen. De Geschillencommissie heeft vervolgens de schade vastgesteld op € 60.000,- en geoordeeld dat 50% hiervan voor rekening van belanghebbende dient te blijven. Zij heeft beslist dat de tussenpersoon een bedrag van € 30.000,- aan belanghebbende dient te betalen.

4.4. Naar aanleiding van de bezwaren van belanghebbende tegen de bestreden beslissing wordt het volgende overwogen.

4.5. Ook de Beroepscommissie is van oordeel dat de tussenpersoon in de gegeven omstandigheden niet heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend hypotheekadviseur te werk zou zijn gegaan. In het bijzonder acht de Beroepscommissie de tussenpersoon tekortgeschoten in zijn plicht belanghebbende te beschermen tegen zijn gebrek aan inzicht in de betekenis van een financieringsvoorbehoud. Dit oordeel wordt hierna (vanaf 4.6) toegelicht.
De eerst in hoger beroep geuite klacht van belanghebbende dat de tussenpersoon "niet, of zeker niet voldoende zijn best heeft gedaan alsnog de financiering rond te krijgen" acht de Beroepscommissie niet gegrond. Ter zitting heeft belanghebbende erkend dat ook een andere door hem ingeschakelde tussenpersoon er niet in is geslaagd de beoogde financiering voor elkaar te krijgen. Hij heeft weliswaar gesteld dat het resultaat anders zou zijn geweest indien hij de boete van € 60.000,- niet had hoeven te betalen, maar met deze enkele stelling heeft belanghebbende zijn klacht niet voldoende toegelicht.

4.6. De tussenpersoon heeft ter zitting in hoger beroep aangevoerd dat het hem eerst achteraf - nadat belanghebbende zich tot de Ombudsman had gewend - duidelijk is geworden dat bij belanghebbende het misverstand bestond dat hij tot de beoogde leveringsdatum op 1 maart 2009 de tijd had de financiering voor de woning voor elkaar te krijgen. De Beroepscommissie overweegt hieromtrent echter dat de tussenpersoon op grond van de uitlatingen van belanghebbende in de betrokken periode echter reeds destijds minstgenomen ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat bij belanghebbende het inzicht ontbrak dat hij de boete van € 60.000,- verschuldigd zou zijn als de financiering van de woning niet zou slagen en hij daarop niet vóór (dan wel op) 2 juni 2008 een beroep zou doen jegens de verkoper. Uit de overgelegde e-mailberichten van partijen volgt immers (i) dat het belanghebbende zowel voor als na het sluiten van de koopovereenkomst bekend was dat het op grond van zijn financiële situatie onzeker was of het zou lukken de benodigde financiering te verkrijgen, terwijl (ii) niettemin bij hem ieder gevoel van urgentie ontbrak om daarover op korte termijn (vóór dan wel op 2 juni 2008) uitsluitsel te verkrijgen en (iii) de zorg van belanghebbende uitsluitend gericht was op het verkrijgen van een bankgarantie. In het licht

hiervan bracht de zorg van een goed opdrachtnemer mee dat de tussenpersoon belanghebbende waarschuwde voor het ongebruikt verstrijken van de termijn die was verbonden aan het financieringsvoorbehoud.

4.7. Voor zover de tussenpersoon heeft bedoeld te betogen dat belanghebbende vóór het aflopen van de termijn van het financieringsvoorbehoud door hem voldoende duidelijk was gemaakt dat de financiering niet zou slagen, moet dat betoog worden verworpen. Bij e-mail van 5 mei 2008 heeft de tussenpersoon aan belanghebbende bericht dat een financiering voor de aankoop van de woning "nu volgens hen (A, *opm. Beroepscommissie*) nog iets te vroeg" kwam. Na de reactie daarop van belanghebbende op 6 mei 2008 liet de tussenpersoon dezelfde dag weten "Dan ga ik daar direct mee aan de slag. Maken snel even (op kort termijn) een vervolgafspraak dan om concrete berekeningen voor te leggen." Vervolgens berichtte de tussenpersoon op 15 mei 2008 aan belanghebbende "Heb de aanvraag opnieuw voorbesproken met de bank. Ze staan er weer iets positiever in zoals we de laatste keer hadden besproken. De verwachtingen zijn dat de rente weer gaat dalen. Vandaar dat het wijsheid is om nog even te wachten met de definitieve aanvraag. We bespreken uiteraard van tevoren dan nog deze opzet met elkaar". En op 16 mei 2008: "De bankgarantie kan ik snel regelen op basis van een kopie koopcontract. Binnen 24 uur heb ik de garantie geregeld. Zal het extra hypotheekbedrag in een plan verwerken en binnenkort komen voorleggen. De dalende rente is zeker een groot voordeel. We hebben de definitieve daling nog niet binnen, vandaar dat ik even wacht met het voorleggen van het plan." Uit de overgelegde e-mailwisseling valt op te maken dat het belanghebbende duidelijk behoorde te zijn dat het onzeker was of het zou lukken de benodigde financiering te verkrijgen, maar zeker niet dat het voor hem duidelijk was dat de financiering niet zou slagen. Ware het laatste anders, dan is ook niet goed te begrijpen waarom de tussenpersoon zich nog langer (zelfs na 3 juni 2008) inspande om een bankgarantie te verkrijgen.

4.8. De voorgaande overwegingen laten onverlet dat de door belanghebbende geleden schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan hemzelf kan worden toegerekend. Het moge zo zijn dat bij belanghebbende sprake is geweest van onbegrip omtrent de betekenis van een financieringsvoorbehoud, maar dit neemt niet weg dat hij er zelf voor heeft gekozen zonder de bijstand van een ter zake deskundige de koopovereenkomst (met het daarvan deel uitmakende financieringsvoorbehoud) te sluiten. De gevolgen hiervan kunnen daarom niet volledig voor rekening van de tussenpersoon, die met de totstandkoming van de koopovereenkomst als zodanig geen bemoeienis heeft gehad, worden gebracht. In de waardering van de Geschillencommissie dat 50% van de schade voor rekening van belanghebbende dient te komen, komt naar het oordeel van de Beroepscommissie onvoldoende tot uitdrukking dat de tussenpersoon destijds ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat het bedoelde inzicht bij belanghebbende ontbrak en dat hij (de tussenpersoon) in de positie verkeerde belanghebbende te behoeden voor de nadelige gevolgen van dat gebrek aan inzicht. Het onder die omstandigheden nalaten belang-

hebbende te waarschuwen, acht de Beroepscommissie - mede in aanmerking genomen de professionele hoedanigheid van de tussenpersoon - ernstiger dan het verwijt dat belanghebbende treft. Hierin ziet de Beroepscommissie aanleiding een andere verdeling van de schade te bepalen dan de Geschillencommissie heeft gedaan. Met toepassing van het bepaalde in het slot van artikel 6:101 lid 1 BW wordt geoordeeld dat eenderde van de schade voor rekening van belanghebbende dient te blijven, zodat de tussenpersoon zal worden veroordeeld tot vergoeding van tweederde van de schade van belanghebbende. In zoverre slaagt het beroep. Voor zover het beroep erop is gericht dat de tussenpersoon de gehele schade van belanghebbende dient te vergoeden, is het ongegrond.

4.9. De Geschillencommissie heeft de door belanghebbende geleden schade vastgesteld op een bedrag van € 60.000,- aan betaalde boete. De overige schadeposten heeft zij aangemerkt als niet onderbouwd. Ook hiertegen komt belanghebbende op in hoger beroep.

4.10. Belanghebbende noemt in zijn beroepschrift naast het genoemde bedrag van € 60.000,- en naast de proceskosten de volgende schadeposten:
- € 4.868,88 wegens in 2009 betaalde rente voor het lenen van het bedrag van € 60.000,-
- € 5.000,- wegens immateriële schade
- € 11.250,- wegens 250 uur arbeid
- € 13.216,86 wegens 'derving investeringskosten eigen bedrijf'
- betaalde rente in 2010
- eventueel nog te maken kosten in de toekomst.

4.11. De stelling dat belanghebbende in 2009 voor het lenen van € 60.000,- een bedrag van € 4.868,88 heeft moeten betalen aan rente vindt geen steun in de stukken. Weliswaar wordt in twee overgelegde jaaropgaven melding gemaakt van in rekening gebrachte rente (€ 1.459,89 respectievelijk € 3.408,99), maar uit deze stukken valt op te maken dat het gaat om leningbedragen van respectievelijk € 37.207,04 en € 86.884,59. Dat het lenen van deze bedragen nodig was om de boete van € 60.000,- te kunnen betalen, acht de Beroepscommissie onvoldoende toegelicht. In overeenkomstige zin moet worden geoordeeld over de vordering wegens betaalde rente in 2010.

4.12. De stellingen die belanghebbende aan zijn vordering tot vergoeding van immateriële schade ten grondslag heeft gelegd (kort: hij is twee jaar bezig geweest met deze kwestie, heeft weken niet kunnen slapen en is ziek thuis geweest) wettigen niet de conclusie dat het hier om immateriële schade gaat die op grond van artikel 6:106 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking komt.

4.13. Belanghebbende heeft gesteld dat de onderhavige kwestie 250 uur arbeid heeft gekost, die anders in zijn eigen bedrijf gestoken hadden kunnen worden. Uit diens stellingen kan echter niet worden afgeleid dat (en waarom) de mindere beschikbaarheid voor het eigen bedrijf tot winstderving heeft geleid.

4.14. De Beroepscommissie begrijpt dat het bedrag van € 13.216,86 de som is van maandelijkse aflossingsbedragen (t/m juni 2010) ter zake van het bedrag van € 60.000,-. Naast hetgeen hierna zal worden toegewezen, bestaat voor toewijzing hiervan echter geen grond meer.

4.15. De post "eventueel nog te maken kosten in de toekomst" is te onbepaald om voor toewijzing in aanmerking te komen.

4.16. Ook de Beroepscommissie komt derhalve tot het oordeel dat de door belanghebbende geleden schade moet worden vastgesteld op € 60.000,-. In zoverre faalt het beroep. Van het genoemde bedrag komt op grond van het eerder overwogene tweederde deel, € 40.000,-, voor vergoeding in aanmerking.

5. Slotsom en kosten

5.1. De slotsom luidt dat de bestreden beslissing niet in stand kan blijven. De Beroepscommissie zal na te melden beslissing voor de bestreden beslissing in de plaats stellen.

5.2. De tussenpersoon dient op de voet van art. 11.6 Reglement van beroep te worden veroordeeld tot vergoeding van de door belanghebbende betaalde bijdrage voor beroep.

6. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie:

- de tussenpersoon dient aan belanghebbende, binnen vier weken na verzending van een afschrift van dit bindend advies aan partijen, het bedrag van € 40.000,- te vergoeden;
- de tussenpersoon dient aan belanghebbende een bedrag te vergoeden van € 50,- ter zake van de door hem betaalde bijdrage voor de behandeling in eerste aanleg;
- de tussenpersoon dient aan belanghebbende een bedrag te vergoeden van € 500,- ter zake van de door hem betaalde bijdrage voor beroep.