Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-302 d.d. 30 oktober 2012
mr. R.J. Paris, mr. J.W.H. Offerhaus en mevrouw mr. A.M.T. Wigger, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

De Commissie is van oordeel dat de bank geen oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van de hypothecaire geldlening op basis van de overwaarde in de woning. Bovendien is Consument ruimschoots in de gelegenheid gesteld om de achterstand op de hypothecaire geldlening aan te zuiveren. Partijen hebben in dit verband tenminste anderhalf jaar met elkaar gecorrespondeerd. De Commissie kan begrijpen dat Aangeslotene heeft aangedrongen op onderhandse verkoop van de woning. Zij was immers ook gerechtigd de executie in te stellen. De Commissie wijst de vordering af.

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;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene; en
- de door Consument ter zitting overgelegde pleitnota.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op vrijdag 21 september 2012. Daar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Aangeslotene heeft sinds 2004 verscheidene financieringen aan Consument verstrekt. Tot zekerheid voor de verplichtingen voortvloeiende uit deze financieringen is bij akte van hypotheekverlening van 11 maart 2004 ten gunste van Aangeslotene een eerste recht van hypotheek ten bedrage van € 600.000,- op de woning gevestigd.

2.2. Op 1 september 2006 heeft Consument zijn woning enige tijd te koop aangeboden. Op 5 en 7 december 2006 hebben in het kader van een eventuele (tijdelijke) uitbreiding van de bestaande financiering gesprekken plaatsgevonden tussen een

adviseur van Aangeslotene en Consument. Consument kon op basis van zijn inkomen geen aanvullende financiering verkrijgen. Omdat er een overwaarde op de woning aanwezig was heeft Aangeslotene een financieringsconstructie geadviseerd, waarbij enkel op basis van de waarde van het onderpand krediet werd opgenomen. Dit heeft er toe geleid dat bij akte van 22 december 2006 ten gunste van Aangeslotene voor een bedrag van € 200.000,- een tweede recht van hypotheek is gevestigd op de woning. De eerste en tweede hypotheek secureerden een totale kredietverlening van € 655.000,-.

2.3. Vanaf 2008 is een achterstand ontstaan in de betaling van de door Consument verschuldigde hypotheeklasten. Daarom heeft Aangeslotene bij Consument aangedrongen op een spoedige verkoop van de woning. Bij brief van 4 augustus 2009 heeft Aangeslotene Consument een laatste termijn gegund tot aanzuivering van de achterstand vóór 31 oktober 2009. Toen de bestaande betalingsachterstand na het verstrijken van deze termijn niet was ingelopen heeft Aangeslotene op 19 november 2009 de gehele hoofdsom opeisbaar gesteld voor 1 maart 2010 en bij gebreke van betaling een openbare verkoop in het vooruitzicht gesteld. De achterstand bedroeg op dat moment € 20.089,27.

2.4. Partijen zijn in dit kader gedurende deze periode onder meer met elkaar in contact getreden via briefwisselingen en hebben meerdere malen telefonisch contact gehad. Tijdens die gesprekken is onder meer aan de orde geweest de mogelijkheid van een spoedige onderhandse verkoop van de woning door Consument. Op 1 november 2008 heeft Consument zijn woning te koop aangeboden voor een bedrag van € 995.000,- k.k. Ook is een eventuele verhoging van de tweede hypothecaire geldlening op basis van een door de kinderen van Consument af te geven garantie besproken. Dit laatste verzoek heeft Aangeslotene niet willen inwilligen, omdat de opzet van de bestaande hypothecaire financiering was gebaseerd op de onderpandwaarde van de woning en zij voor verhoging van het krediet geen andere zekerheden wilde accepteren.

2.5. Op 1 maart 2010 heeft een potentiële koper een eerste bod van € 765.000,- op de woning uitgebracht. Dit bod heeft Consument geaccepteerd. Tot die tijd is Consument nalatig gebleven met de nakoming van zijn betalingsverplichtingen.

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van de in zijn ogen te lage verkoopopbrengst van de woning. Hij baseert zich hierbij op het verschil tussen de onderhandse verkoopwaarde uit 2010 van € 988.650,- – als blijkt uit de door Consument ter zitting overgelegde pleitnota – en de daadwerkelijk gerealiseerde verkoopopbrengst van € 765.000,- in 2010, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 223.650,-.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht en haar verbintenissen uit de

bemiddelingsovereenkomst. Aangeslotene heeft oneigenlijk gebruik gemaakt van de opeetconstructie; deze is bedoeld voor klanten die voornemens zijn in hun woning te blijven wonen, terwijl de woning van Consument ten tijde van het aangaan van de financiering al te koop stond. Daarnaast stelt hij dat Aangeslotene in strijd met artikel 15 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (hierna: GHF) 2007 heeft gehandeld door niet in overleg te treden met Consument op het moment dat er een betalingsachterstand is ontstaan. Bovendien had Aangeslotene niet mogen aandringen op verkoop van de woning omdat Consument binnen afzienbare tijd over een bedrag van € 73.685,39 zou beschikken, terwijl de totale achterstand € 13.206,26 bedroeg. De kinderen van Consument waren in dit verband bereid garantstellingen (bedoeld zal zijn borgtochten) af te geven ten behoeve van Aangeslotene. En tijdens de verkoopprocedure heeft Aangeslotene onder een hoedje gespeeld met de verkopende makelaar en koper, waardoor de woning voor een te lage prijs is verkocht.

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. Kernvraag is of Aangeslotene toerekenbaar jegens Consument is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht en verbintenissen uit de bemiddelingsovereenkomst door aan te dringen op verkoop van de woning toen sprake was van een betalingsachterstand op de hypothecaire geldlening.

4.2. Consument baseert zijn vordering op een aantal gronden welke de Commissie hieronder afzonderlijk zal bespreken.

Opeetconstructie

Consument stelt zich op het standpunt dat Aangeslotene oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van de zogenaamde opeetconstructie, omdat deze enkel geschikt is voor mensen die voornemens zijn in hun woning te blijven wonen, terwijl Consument zijn woning ten tijde van het aangaan van de financiering al enige tijd te koop had aangeboden. De Commissie overweegt als volgt. De wens van Consument om zijn financiering uit te breiden kon enkel op basis van de overwaarde in de woning gerealiseerd worden en niet op basis van zijn inkomen. De Commissie overweegt voorts dat een dergelijke constructie gebruikelijk is als iemand financiële middelen nodig heeft en hem geen alternatieven ter beschikking staan. Bovendien had Consument slechts tijdelijk meer financiële armslag nodig en werd de woning reeds te koop aangeboden. Bij een eventuele verkoop kon de lening in een keer worden afgelost. Het argument van Consument dat sprake is geweest van oneigenlijk gebruik van de financieringsconstructie treft dan ook geen doel.

4.3. *Langere respijttermijn*

Consument stelt zich tevens op het standpunt dat Aangeslotene hem meer tijd had moeten gunnen om financiële orde op zaken te stellen, mede gelet op zijn broze gezondheid en het feit dat hem binnen afzienbare tijd voldoende financiële middelen

ter beschikking zouden staan om de gehele achterstand aan te zuiveren. Daarnaast stelt Consument zich in dit verband op het standpunt dat Aangeslotene artikel 15 van de GHF 2007 niet heeft nageleefd door niet met hem in contact te treden over een mogelijke oplossing.

4.4. De Commissie overweegt als volgt. Vanaf 2008 is een achterstand ontstaan in de betaling van de door Consument verschuldigde hypotheeklasten. De Commissie overweegt dat op basis van het beschikbare dossier en hetgeen ter zitting naar voren is gekomen kan worden vastgesteld dat partijen in dit verband meerdere malen over en weer hebben gecorrespondeerd; in elk geval op 23 april 2009, 20 juli 2009, 4 augustus 2009 en 19 november 2009. Daarnaast hebben partijen verschillende (telefoon)gesprekken met elkaar gevoerd; in elk geval op14 april 2009. De Commissie is dan ook van oordeel dat niet gezegd kan worden dat Aangeslotene in strijd met de normen uit de GHF heeft gehandeld.

4.5. Aangeslotene heeft Consument uiteindelijk een laatste termijn gegund tot 31 oktober 2009 om de achterstand aan te zuiveren, waartoe hij in gebreke is gebleven. Vervolgens heeft Aangeslotene op 19 november 2009 de financiering opgezegd. De Commissie is dan ook van oordeel dat Consument gedurende een periode van ruim anderhalf jaar ruimschoots in de gelegenheid is gesteld om op de situatie te anticiperen en de achterstand aan te zuiveren. Het was echter buitengewoon onzeker of de financiële middelen die Consument verwachtte van een derde, daadwerkelijk beschikbaar zouden komen omdat de termijn voor uitkering telkens werd opgeschoven. Dit is een omstandigheid die voor eigen rekening en risico van Consument dient te blijven. Aangeslotene is immers geen partij geweest in de relatie tussen Consument en de bedoelde derde.

4.6 Consument heeft in dit verband eveneens gesteld dat Aangeslotene de garantie van de kinderen van Consument had moeten aanvaarden. De Commissie treedt niet in het (krediet)beleid van Aangeslotene; hetgeen Aangeslotene ter zitting terzake van de voorwaarden van de financiering heeft medegedeeld geeft geen aanleiding te veronderstellen dat zij de garantie had moeten aanvaarden.

4.7. *Te lage verkoopprijs*
Daarnaast heeft Consument zich op het standpunt gesteld dat hij zijn woning onder dwang tegen een te lage prijs heeft verkocht, omdat Aangeslotene anders tot executie zou zijn overgegaan. De Commissie overweegt daarover als volgt. Vaststaat dat vanaf 1 september 2006, althans in elk geval vanaf 1 november 2008 tot maart 2010 zich slechts enkele belangstellenden voor de woning hebben gemeld. Dezen hebben bovendien na bezichtiging aangegeven niet verder geïnteresseerd te zijn c.q. de financiering niet rond te krijgen. In elk geval heeft geen enkele potentiële koper een bod op de woning van Consument uitgebracht. In dit verband kan de Commissie dan ook goed plaatsen dat Aangeslotene Consument heeft aangeraden om een tweede makelaar in te schakelen. Nu Consument niet is overgegaan tot verlaging van de vraagprijs van de woning, dringt zich dan ook de vraag op of de vraagprijs voor de woning een reële prijs is geweest. Wat hiervan ook moge zijn: de omstandigheid dat er zich geen gegadigden voor de woning van Consument hebben

gemeld, kan Aangeslotene hoe dan ook niet tegengeworpen worden. Zoals Consument ter zitting ook heeft erkend is hij niet in staat geweest om zijn stelling te onderbouwen dat Aangeslotene, de koper en de makelaar ten koste van Consument onder één hoedje zouden hebben gespeeld. De Commissie gaat hier dan ook aan voorbij.

4.8. Nu niet vastgesteld kan worden dat Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten is jegens Consument, komt de Commissie niet toe aan beoordeling van de gestelde schade.

4.9. Alles overziende ziet de Commissie geen juridische grondslag voor toewijzing van de vordering van Consument en wijst deze af.

5. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies 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.