Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0999
(mr. dr. D.P.C.M. Hellegers, voorzitter en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 4 december 2020
Ingediend door	: De consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen Rabobank
Datum uitspraak	: 23 november 2021
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering (gedeeltelijk) toegewezen

Samenvatting

Rabobank heeft in 2007 een hypothecaire geldlening op een pand in Duitsland verstrekt aan de consument en haar toenmalige partner. Na de echtscheiding is het pand onder het Duitse recht geveild in een *Teilungsversteigerung*, waarbij de consument het pand in eigendom heeft verkregen. In de procedure voor het gerecht heeft Rabobank zich laten vertegenwoordigen door een gemachtigde en de daarvoor gemaakte kosten in rekening gebracht aan de consument. De consument klaagt over het feit dat deze kosten in rekening zijn gebracht en de hoogte ervan. De commissie oordeelt dat die kosten op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst in rekening mochten worden gebracht, maar dat deze kosten gematigd dienen te worden.

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 om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van Rabobank; 3) de reactie van de consument (de repliek); 4) de reactie van Rabobank (de dupliek) en 5) de opinie van de Duitse advocaat met betrekking tot het toepasselijke Duitse recht.

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 consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

De feiten

2.1 De consument heeft in 2007 samen met haar toenmalige echtgenoot via een adviseur een hypothecaire geldlening bij Rabobank afgesloten met een hoofdsom van € 220.000,00 ten behoeve van de financiering van de aankoop van een pand gelegen te [plaatsnaam] in Duitsland.

2.2 In de op 14 maart 2007 opgemaakte offerte heeft Rabobank het volgende opgenomen:

> *Bij aankoop en financiering van een woning in Duitsland kunt u te maken krijgen met zowel Duitse als Nederlandse (fiscale) wet- en regelgeving. U bent zelf verantwoordelijk voor correcte naleving van deze regels, alsmede voor eventuele keuzes die bepalend zijn voor de toepasselijkheid van de wet- en regelgeving. De bank aanvaardt daarvoor geen aansprakelijkheid. In voorkomende gevallen adviseren wij u zich te wenden tot terzake deskundigen.*

2.3 Op de geldlening zijn onder meer de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) 2017, de Algemene voorwaarden hypotheken van de Rabobankorganisatie 1992 en de Algemene voorwaarden voor particuliere geldleningen 2005 van toepassing. Voor zover hier relevant is in die voorwaarden het volgende opgenomen:

> *ABV 2017, artikel 28 – bijzondere kosten*
> *Welke bijzondere kosten kunnen wij u in rekening brengen?*
> *1. Het kan zijn dat wij worden betrokken bij een geschil tussen u en een ander, bijvoorbeeld een beslag of een procedure. Dit kan dan voor ons kosten meebrengen. Die kosten moet u volledig aan ons vergoeden. Wij zijn immers geen partij bij het geschil tussen u en die ander. Denkt u bijvoorbeeld aan de kosten voor de behandeling van een beslag dat een schuldeiser van u legt op uw tegoeden bij ons. Kosten kunnen bijvoorbeeld ook zijn de kosten van inschakeling van een advocaat.*
> *2. Er kunnen ook andere bijzondere kosten voor ons ontstaan in verband met onze relatie met u. Deze moet u aan ons vergoeden voor zover dit redelijk is. Denkt u hierbij aan taxatiekosten, advieskosten en kosten van extra rapportages. Wij vertellen u waarom de kosten nodig zijn. Als er voor bijzondere kosten een wettelijke regeling is, wordt die toegepast.*

Algemene voorwaarden hypotheken van de Rabobankorganisatie 1992

14 Kosten

1 Ten laste van de hypotheekgever komen:
- a alle kosten van vestiging, instandhouding en uitoefening van het hypotheekrecht - daaronder begrepen kosten van doorhaling, rangwisseling en van eventuele vernieuwing van de hypothecaire inschrijving;
- b kosten van taxatie of hertaxatie van het onderpand;
- c met betrekking tot het onderpand door de bank betaalde verzekeringspremies of -omslagen, lasten en belastingen;
- d alle kosten van vestiging, instandhouding en uitoefening van door de hypotheekgever aan de bank verleende en/of te verlenen pandrechten;
- e alle gerechtelijke en buitengerechtelijke incassokosten die de bank in verband met haar hypotheek- en/of pandrechten heeft gemaakt. Voor zover de bank deze kosten heeft betaald, is de hypotheekgever verplicht deze op haar eerste verzoek terstond aan de bank te vergoeden.

2 Indien de bank het onderpand in beheer neemt of onder zich neemt is de hypotheekgever verplicht om op eerste verzoek terstond aan de bank te voldoen:
- a alle kosten die de bank in het kader van het beheer of onder zich nemen van het onderpand heeft gemaakt;
- b de door de bank in het kader van het beheer door haar vast te stellen vergoedingen.

3 Al hetgeen de hypotheekgever aan de bank verschuldigd is ingevolge het in dit artikel bepaalde behoort tot de kosten waarvoor de hypotheek mede is verleend.

Algemene voorwaarden voor particuliere geldleningen van de Rabobank 2005

13. Belastingen en kosten

a. Alle belastingen die in verband met de geldlening verschuldigd zijn of worden, komen voor uw rekening.

b. Alle kosten die verband houden met de geldlening en met zekerheden die daarvoor zijn gesteld, komen voor uw rekening. Dit geldt ook voor de kosten van gerechtelijke en buitengerechtelijke invordering en van uitwinning.

c. De buitengerechtelijke kosten worden gesteld op tien procent (10%) van het te incasseren bedrag, met een minimumbedrag van vijftig euro (EUR 50,-). Als de bank aantoont dat de buitengerechtelijke kosten hoger zijn dan tien procent (10%) van het te incasseren bedrag, dan komen deze kosten volledig voor uw rekening.

2.4 Op enig moment is besloten de wettelijke gemeenschap van goederen op te heffen. De consument en haar ex-partner hebben daartoe gezamenlijk verzocht tot een *Teilungsversteigerung* bij het *Amtsgericht* in Kleve, Duitsland.

De *Teilungsversteigerung* is een Duitse rechtsfiguur waarmee een van de (of, zoals in dit geval, beide) echtelieden om de veiling van het pand kunnen verzoeken, zodat de gemeenschap kan worden afgewikkeld.

2.5 De zitting bij het Duitse gerecht vond plaats op 6 februari 2019. Rabobank was daarvan op de hoogte geraakt en heeft een Duitse advocaat gevraagd aanwezig te zijn bij de zitting.

2.6 De hoogste bieder op de veiling was de consument, die het pand voor een bedrag van € 261.000,00 heeft bemachtigd. De consument heeft dat bedrag aan het Duitse gerecht voldaan. Via het gerecht heeft Rabobank de gelden ontvangen. Vervolgens is door Rabobank een bedrag aan overwaarde aan de consument uitgekeerd, waarop een bedrag van € 8.750,30 aan advocaatkosten door Rabobank op in mindering is gebracht.

2.7 De consument heeft op 22 augustus 2019 haar beklag gedaan over het feit dat de advocaatkosten aan haar berekend zijn. Partijen zijn vervolgens in de interne klachtprocedure en bij het Kifid niet tot een gezamenlijke oplossing gekomen.

De klacht en vordering

2.8 De consument vordert vergoeding van de in rekening gebrachte advocaatkosten. De consument heeft gesteld dat Rabobank ten onrechte heeft verwezen naar de bepalingen uit haar algemene voorwaarden, die in overweging 2.3 zijn geciteerd. In artikel 28 van de ABV gaat het om een geschil tussen de consument en 'een ander'. Die situatie is hier niet aan de orde, omdat het gaat om een geschil tussen de geldnemers onderling. Richtlijn 93/13/EG is op deze contractuele voorwaarden van toepassing. Voor zover Rabobank de kosteninhouding baseert op dit beding, dient te worden geoordeeld dat het onvoldoende duidelijk is.

De beide overige voorwaarden waar Rabobank naar gewezen heeft, bieden geen grondslag voor het in rekening brengen van de kosten. Onder de Duitse rechtsfiguur van de *Teilungsversteigerung* komen de rechten van de bank niet in geding. De hypotheek blijft voortbestaan. Voor zover Rabobank al heeft gemeend voor haar eigen belangen te moeten opkomen – wat dus niet nodig was omdat het hypotheekrecht bleef voortbestaan – geldt voorts dat de kosten daarvoor op basis van de genoemde Europese regelgeving niet mogen worden doorberekend aan de consument.

Tot slot heeft de consument aangegeven dat de kosten die vanwege deze juridische bijstand vergoed moet worden in Duitsland bij wet geregeld zijn. Wordt die wettelijke regeling op het onderhavige geval toegepast, dan komt Rabobank (veel) minder advocaatkosten toe. Tot slot heeft de consument vergoeding van de kosten van haar gemachtigde van Rabobank gevorderd.

Het verweer

2.9 Rabobank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

3.1 De commissie stelt vast dat de Duitse rechtsfiguur van de *Teilungsversteigerung* een in Nederland onbekende rechtsfiguur is, waarvoor in Nederland ook geen analoge regeling bestaat. Naar aanleiding van vragen van het Kifid heeft Rabobank een opinie van haar Duitse advocaat ingestuurd over de wijze waarop deze rechtsfiguur begrepen moet worden. De advocaat van de consument heeft ondanks uitnodiging daartoe niet meer gereageerd op deze opinie, waardoor de commissie van de juistheid van hetgeen erin is opgenomen, zal uitgaan.

3.2 In de opinie is opgemerkt dat de *Teilungsversteigerung* tot een van de ingewikkeldste rechtsgebieden van het Duitse recht hoort. Van de risico's die een geldverstrekker loopt wanneer tot een dergelijke *Teilungsversteigerung* wordt besloten door de gewezen partners, is het risico daarna te worden geconfronteerd met een koper die de hypothecaire geldlening niet aflost maar wel eigenaar is geworden. De rechtsfiguur maakt zo mogelijk dat het pand tijdelijk in bezit wordt genomen door een nieuwe eigenaar, die het kan verhuren of erin kan gaan wonen. Om deze nieuwe eigenaar weer uit het pand te ontzetten, zal de bank een executietraject moeten ingaan. Volgens de onweersproken opinie is dit risico niet louter denkbeeldig.

3.3 De commissie treedt echter niet in de beoordeling van de wijze waarop deze Duitse rechtsfiguur in de omstandigheden van dit geval is toegepast. Zij merkt daartoe ambtshalve op dat in (onder meer) artikel 33 van de Algemene Bankvoorwaarden is bepaald dat op de bankrelatie tussen partijen het Nederlandse recht van toepassing is. In het geval van een dergelijke rechtskeuze volgt uit artikel 3 lid 1 jo. 6 lid 4 onder c van de Rome 1-Verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008) dat de overeenkomst van hypothecaire geldlening (volledig) wordt beheerst door Nederlands recht.

3.4 Dat betekent dat moet worden beoordeeld of de kosten voor juridische bijstand die vanwege de *Teilungsversteigerung* door Rabobank zijn gemaakt op grond van de tussen partijen gemaakte afspraken voor rekening van de consument kunnen worden gebracht.

De commissie is van oordeel dat deze kosten gemaakt zijn in verband met de instandhouding van de rechten van de bank, als bedoeld in artikel 14 van de Algemene voorwaarden hypotheken van de Rabobankorganisatie 1992, die in overweging 2.3 zijn geciteerd. Het is immers de bank die bij een *Teilungsversteigerung* de in 3.2 benoemde risico's loopt, waarmee het recht van hypotheek wordt aangetast. De gevorderde terugbetaling van de kosten wordt derhalve in beginsel afgewezen.

3.5 Naar het oordeel van de commissie wordt de vergoeding waarop Rabobank op grond van de overeenkomst recht heeft echter beperkt voor zover deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (artikel 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek). Vast staat dat onder Duits recht een wettelijke kostenvergoeding plaatsvindt, en dat Rabobank in dit geval hogere kosten in rekening heeft gebracht dan onder Duits recht mogelijk zou zijn. Hoewel dit Duitse recht niet rechtstreeks kan worden toegepast, acht de commissie het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Rabobank in dit geval meer kosten heeft berekend dan door de Duitse wetgever zijn toegestaan. Rabobank heeft deze conform Duits recht verschuldigde kosten zelf begroot op € 7.751,40. Omdat de consument deze kostenberekening onvoldoende heeft weersproken, sluit de commissie bij deze berekening van Rabobank in haar beslissing aan.

3.6 De commissie concludeert dat Rabobank een bedrag van € 8.750,30 minus € 7.751,40, zijnde € 998,90 verschuldigd is aan de consument. Over dat bedrag is Rabobank aan de consument de gevorderde wettelijke rente verschuldigd sinds 22 augustus 2019 – zijnde de dag dat de kosten uit hoofde van onverschuldigd betaling zijn gevorderd.

4. De beslissing

De commissie beslist dat Rabobank een bedrag van € 998,90, vermeerderd met wettelijke rente over dat bedrag sinds 22 augustus 2019, aan de consument vergoedt, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Het meer of anders verlangde wordt afgewezen.

Deze uitspraak is 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.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk 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. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.