

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-488
(mr. R.J. Paris, voorzitter en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 2 oktober 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : MAX Financiële Diensten B.V., gevestigd te IJsselstein, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak : 3 augustus 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Consument vordert dat de Adviseur wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 45.000,-. Consument stelt onder meer dat de Adviseur een beroepsfout heeft gemaakt en dat de Adviseur haar onvoldoende heeft gewezen op het risico van het ontbinden van de koopovereenkomst. De Commissie komt tot de conclusie dat niet is vast komen te staan dat de Adviseur tekort is geschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst. De vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken met bijbehorende bijlagen:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Adviseur.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 9 juli 2018 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Voor de aankoop van een woning aan de [straatnaam] [nummer] te [plaatsnaam I] (hierna: 'de Woning') heeft Consument in februari 2017 een koopovereenkomst gesloten. De vastgestelde passeerdatum voor de Woning is 1 augustus 2017.

2.2 In artikel 16 van de koopovereenkomst is bepaald:

16.1 Deze koopovereenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk:

~~a. op door of namens de daartoe aangewezen gemeentelijke instantie geen vergunning aan koper is verleend om met de zijnen de onroerende zaak te betrekken tenzij hem daartoe een bindende toezegging door de bevoegde autoriteit is gedaan~~

b. op **28 april 2017** koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een bedrag van **koopsom en verwervingskosten** geen hypothecaire geldlening of het aanbod daartoe van een erkende geldverstreckende bankinstelling heeft verkregen, ~~zulk tegen geen hogere bruto jaarlast dan niet van toepassing, of een rentepercentage niet hoger dan niet van toepassing, bij de volgende hypotheekvorm:~~

~~tegen de normaal geldende voorwaarden en tarieven~~

Onder bankinstelling wordt in dit artikel begrepen een bank of verzekeraar in de zin van artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht; en/of

c. op **28 april 2017** koper geen met de aangevraagde hypothecaire geldlening corresponderende Nationale Hypotheek Garantie heeft verkregen.

16.2 Deze koopovereenkomst kan door ieder van de partijen worden ontbonden indien verkoper ingevolge de Wet voorkeursrecht gemeenten niet in staat is om de eigendom van de onroerende zaak op de overeengekomen dag over te dragen. Verkoper is verplicht om zodra duidelijk is dat hij ingevolge genoemde wet niet of niet tijdig aan zijn verplichting tot levering kan voldoen, koper daarvan schriftelijk op de hoogte te stellen.

16.3 Partijen verplichten zich over en weer al het redelijk mogelijke te doen teneinde de hierboven bedoelde vergunning en/of financiering en/of Nationale Hypotheek Garantie en/of toestemming en/of toezegging(en) en/of andere zaken te verkrijgen.

De partij die de ontbinding inroept, dient er zorg voor te dragen dat de mededeling dat de ontbinding wordt ingeroepen uiterlijk op de **1e** werkdag na de datum waarvan in de betreffende ontbindende voorwaarde sprake is door de wederpartij of diens makelaar is ontvangen.

Deze mededeling dient schriftelijk en goed gedocumenteerd via gangbare communicatiemiddelen te geschieden. Indien koper de ontbinding wenst in te roepen als gevolg van het (tijdig) ontbreken van een financiering als bedoeld in artikel 16.1 onder sub b., wordt, tenzij partijen anders overeenkomen, onder 'goed gedocumenteerd' verstaan dat één afwijzing van een erkende geldverstreckende bankinstelling aan verkoper of diens makelaar dient te worden overlegd.

In aanvulling hierop/ in afwijking hiervan komen partijen overeen dat koper de/het volgende stuk(ken) dient te overleggen om te voldoen aan het vereiste van 'goed gedocumenteerd': *salarisgegevens, hypotheekaanvraag en hypotheekafwijzing*.. Alsdan zijn beide partijen van deze koopovereenkomst bevrijd. De door koper reeds gedane stortingen worden vervolgens gerestitueerd. Degenen die deze stortingen onder zich hebben worden daartoe bij deze verplicht, en voor zover nodig onherroepelijk gemachtigd.

2.3 Consument heeft de Adviseur benaderd voor advies en bemiddeling bij het verkrijgen van de hypothecaire geldlening voor de Woning.

2.4 De Adviseur heeft een financieringsaanvraag ingediend bij MUNT Hypotheken (hierna: 'MUNT').

2.5 In 5.4 Erfpacht van de Hypotheekgids april 2017 van MUNT is bepaald:

“MUNT Hypotheken staat alleen erfpacht toe van (semi-)overheidsinstanties, zoals gemeentes, provincies, hoogheemraadschappen en woningbouwverenigingen. MUNT Hypotheken volgt hierbij de normen van NHG.(...)”

2.6 Na ontvangst van de offerte van MUNT heeft de Adviseur deze op 10 april 2017 aan Consument toegestuurd. Consument heeft de ondertekende offerte op 12 april 2017 aan de Adviseur retour gezonden.

2.7 De eerste acceptant van MUNT heeft de aanvraag op 20 april 2017 goedgekeurd.

- 2.8 Per brief van 21 april 2017 heeft MUNT de Adviseur bericht dat de hypotheekaanvraag niet aan de voorwaarden voldoet. MUNT heeft toegelicht dat een aan te kopen woning met “particuliere erfpacht” niet acceptabel is. De Adviseur heeft deze brief telefonisch met Consument besproken.
- 2.9 Consument heeft bij e-mail van 25 april 2017 bij de verkopend makelaar van de Woning aangegeven dat MUNT de financieringsaanvraag heeft afgewezen en medegedeeld dat de Adviseur voor haar op zoek gaat naar een andere financierer.
- 2.10 Op 25 april 2017 heeft de verkopend makelaar van de Woning telefonisch contact gehad met de Adviseur.
- 2.11 Consument heeft de Adviseur op 26 april 2017 om 10:57 als volgt bericht:
- “Ik heb besloten dat ik van de koop af zie van [straatnaam] in [plaatsnaam 1]. Het gedoe met erfpacht is te onzeker en daar lig ik s nachts wakker van. Ik ga zo snel mogelijk op zoek naar een andere woning, want mijn huidige woning is verkocht.”*
- 2.12 In reactie op bovenstaand bericht heeft de Adviseur Consument gevraagd of het onzeker is voor haar zelf of voor de financiering. Consument heeft de Adviseur op 26 april 2017 om 14:48 als volgt bericht:
- “Ik vind het feit dat het particulier erfpacht is niet oké. Zit me niet lekker. Misschien gaat alles goed, maar ik wil het risico niet lopen.”*
- 2.13 Consument heeft bij e-mail van 26 april 2017 een beroep gedaan op het financieringsvoorbehoud. Bij de e-mail aan de verkopend makelaar heeft Consument de afwijzing van MUNT gevoegd.
- 2.14 Bij e-mail van 28 april 2017 heeft de verkopend makelaar Consument medegedeeld dat de verkoper niet instemt met ontbinding van de koopovereenkomst.
- 2.15 De Adviseur heeft Consument op 1 mei 2017, voor zover relevant, als volgt bericht:
- “Ik weet niet of dat mailtje iets voorstelde, ik weet wel dat ik daarna uitgebreid met je heb gesprokenen verschillende opties doorgenomen. Je hebt gezegd je dat huis graag wilde kopen en dat je bereid bent om zolang je eigen huis niet verkocht is, dubbele lasten te betalen. Als je het zelf nodig vind, kan ik aan onze IT-afdeling vragen of ze het gesprek kunnen opzoeken in het bestand.*

Wij zijn een financieel dienstverlener, wij zullen nooit zonder jouw toestemming aan andere dan een bank inzicht geven in jouw stukken, dus ik hoop dat hiermee je vraag duidelijk is beantwoord. (...)”

- 2.16 Bij brief van 18 mei 2017 heeft de advocaat van de verkopers van de Woning Consument bericht dat de verkopers niet instemmen met het door Consument gedane beroep op het financieringsvoorbehoud. Naar het oordeel van verkopers heeft Consument niet aan haar inspanningsverplichting voldaan en is de ontbindende voorwaarde niet vervuld. Verkopers hebben Consument gesommeerd tot nakoming van de koopovereenkomst.
- 2.17 Begin juni 2017 heeft Consument een koopovereenkomst voor een woning te [plaatsnaam 2] ondertekend. De levering van de woning heeft plaatsgevonden op 16 oktober 2017.
- 2.18 Consument heeft de hulp van een advocaat ingeschakeld en haar advocaat heeft de Adviseur op 28 juni 2017 aansprakelijk gesteld in verband met tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst tot opdracht alsmede onrechtmatig handelen.
- 2.19 In reactie op de aansprakelijkheidsstelling heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de Adviseur de advocaat van Consument op 11 juli 2017 bericht dat de Adviseur, zonder in te gaan op de aansprakelijkheidsvraag, de financiering nog steeds tijdig kan regelen en verzocht om medewerking van Consument.
- 2.20 De advocaat van Consument heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar per e-mail op 12 juli 2017 onder meer medegedeeld dat nakoming van de koopovereenkomst blijvend onmogelijk is, omdat Consument inmiddels een andere woning heeft aangekocht.
- 2.21 Verkopers van de Woning hebben tegen Consument een kort geding aangespannen. De voorzieningenrechter heeft Consument op 17 augustus 2017 veroordeeld tot nakoming van de koopovereenkomst. Consument heeft beroep bij het gerechtshof ingesteld. Op 7 september 2017 zijn verkopers en Consument bij het gerechtshof een regeling ter beëindiging van het geschil overeengekomen. Voor zover van belang zijn partijen overeengekomen dat Consument maandelijks een bedrag van € 500,-- aan verkopers zal voldoen als bijdrage in de vaste lasten van de Woning. Voorts dient Consument, indien de Woning wordt verkocht voor een lager bedrag dan de tussen partijen overeengekomen koopprijs, het verschil tussen deze twee bedragen aan verkopers te voldoen. De Woning is verkocht en het verschil tussen beide bedragen bedraagt € 19.000,--.

3. Vordering, grondslag en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Adviseur wordt veroordeeld tot vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van het handelen van de Adviseur. De schade bedraagt € 45.000,-- te vermeerderen met wettelijke rente. De schade bestaat uit de volgende schadeposten:

- I. de maandelijkse bijdrage in de vaste lasten;
- II. het verschil tussen het bedrag dat Consument voor de Woning zou hebben betaald en het bedrag waar de Woning nu voor is verkocht;
- III. de advocaatkosten.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Adviseur is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis uit een overeenkomst van opdracht. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.
- de Adviseur had moeten weten dat MUNT geen geldleningen verstrekt indien sprake is van particuliere erfpacht;
 - Consument is niet nadrukkelijk gewezen op het feit dat de afwijzing van MUNT onvoldoende was voor het invoeren van de ontbindende voorwaarde;
 - de Adviseur heeft Consument niet geïnformeerd over de mogelijkheid tot het verlengen van de termijn van de ontbindende voorwaarde;
 - de Adviseur heeft gehandeld in strijd met haar geheimhoudingsverplichting.

Verweer van de Adviseur

3.3 De Adviseur heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- van een beroepsfout is geen sprake;
- de Adviseur heeft gewezen op het risico dat Consument bij ontbinding van het koopcontract gehouden zou zijn een boete te betalen en eveneens heeft zij Consument gewezen op de mogelijkheid om verkopers te vragen de termijn van de ontbindende voorwaarde te verlengen;
- causaal verband tussen de (vermeende) fout en de schade ontbreekt. Consument wist op het moment van aankoop van de woning te [plaatsnaam 2] al dat de verkopers van de Woning de ontbinding van de koopovereenkomst zouden betwisten;
- er is sprake van eigen schuld;
- aan de verkopend makelaar is alleen algemene informatie over het dossier verstrekt.

4. Beoordeling

- 4.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of de Adviseur de schade die Consument stelt te hebben geleden dient te vergoeden. Of zulks het geval is zal op grond van de relevante omstandigheden van het geval dienen te worden beoordeeld. Daarbij gaat de Commissie alleen uit van hetgeen zij op basis van het dossier heeft kunnen vaststellen. Hetgeen mondeling is besproken kan de Commissie niet meenemen in haar beoordeling, nu de inhoud van die gesprekken zich aan haar waarneming onttrekt.
- 4.2 De rechtsverhouding tussen Consument en de Adviseur kwalificeert zich als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek). In het licht hiervan rustte op de Adviseur bij de uitvoering van deze opdracht ten behoeve van Consument een zorgplicht. De inhoud van deze zorgplicht is in de rechtspraak ingevuld. Daaruit blijkt dat een adviseur tegenover zijn opdrachtgever de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Zie onder andere Hoge Raad 10 januari 2003, NJ 2003, 375, r.o. 3.4.1. Als uitgangspunt geldt dan ook dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering van zijn cliënten. De opdracht aan de Adviseur was om te bemiddelen en te adviseren bij de door Consument gewenste geldlening in verband met de door haar aangekochte woning.
- 4.3 Consument stelt zich op het standpunt dat de Adviseur had moeten weten dat de financieringsaanvraag bij MUNT geen kans van slagen had en de financieringsaanvraag direct bij een andere financier had moeten indienen. Doordat de Adviseur dat niet heeft gedaan, heeft Consument enkele dagen voor het verlopen van de ontbindende voorwaarde vernomen dat de financiering van de Woning nog niet rond was. De Adviseur heeft aangevoerd dat de acceptatievoorwaarden van MUNT op dit punt niet helder zijn. Zij verkeerde in de veronderstelling dat MUNT de voorwaarden van de Nationale Hypotheek Garantie (hierna: 'NHG') volgde en Regionaal Grondbezit (de onderhavige particuliere erfverpachter) is onder de regels van NHG een goedgekeurde constructie. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Adviseur verder toegelicht dat zij op de hoogte was van de particuliere erfpacht en voor het indienen van de financieringsaanvraag telefonisch contact heeft gehad met MUNT. Van MUNT heeft zij vernomen dat de financieringsaanvraag zou passen. Uit het feit dat de financieringsaanvraag in eerste instantie is goedgekeurd, blijkt dat binnen MUNT kennelijk ook onduidelijkheid hierover heerst.

- 4.4 De Commissie oordeelt dat in beginsel van een adviseur mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van de acceptatievoorwaarden van de verschillende financiers. Bij een eventuele onduidelijkheid mag verwacht worden dat een adviseur contact opneemt met de financier en de situatie voorlegt. In onderhavig geval is sprake van een dergelijke bijzondere omstandigheid. Niet in geschil is dat deze omstandigheid, ondanks dat Consument op dat moment zelf niet op de hoogte was, kenbaar was bij de Adviseur. Op basis van de stukken en de toelichting bij de mondelinge behandeling is verder gebleken dat de Adviseur contact heeft opgenomen met de financier. De Commissie volgt de stelling van de Adviseur dat de acceptatievoorwaarden van MUNT niet helder zijn. Dat volgt immers al uit het feit dat de eerste acceptant de aanvraag heeft goedgekeurd. De Commissie volgt Consument dan ook niet in haar stelling dat de Adviseur de financieringsaanvraag niet bij MUNT had mogen indienen.
- 4.5 Aan de Commissie ligt verder de vraag voor of de Adviseur Consument voldoende heeft gewezen op het risico van het ontbinden van de koopovereenkomst.
- 4.6 Het behoort tot de zorgplicht van een adviseur dat hij bij de begeleiding van zijn opdrachtgever voor het verkrijgen van een hypothecaire geldlening rekening houdt met de gegeven termijn van het financieringsvoorbehoud, opdrachtgever (tijdig) waarschuwt voor het verlopen van deze termijn, wijst op de risico's van het verlopen en hem eveneens wijst op de risico's verbonden aan het invoeren van een ontbindende voorwaarde.
- 4.7 Niet in geschil is dat de Adviseur na ontvangst van de afwijzing van MUNT contact heeft opgenomen met Consument. In dit gesprek heeft de Adviseur Consument gewezen op het risico dat zij bij ontbinding van de koopovereenkomst een boete aan de verkopers van de Woning zou moeten betalen. Consument stelt echter dat zij niet nadrukkelijk op dit risico is gewezen. Tijdens het gesprek met de Adviseur was zij in paniek en de gevolgen waren haar niet duidelijk. Consument heeft de Adviseur op dat moment niet om verduidelijking verzocht. Zij heeft nadien contact opgenomen met Vereniging Eigen Huis. Consument heeft van Vereniging Eigen Huis begrepen dat de afwijzing van MUNT voldoende was voor het invoeren van de ontbindende voorwaarde en zij is vervolgens afgegaan op deze informatie. Bij het vonnis in kort geding op 17 augustus 2017 heeft Consument pas begrepen dat de afwijzing onvoldoende was. Op dat moment was de koop van de woning te [plaatsnaam 2] al definitief.
- 4.8 Uit het e-mailbericht van 1 mei 2017 blijkt dat de Adviseur Consument, na kennisname van de afwijzing van MUNT en voordat zij heeft besloten om af te zien van de koop van de Woning, Consument heeft geïnformeerd over alternatieve mogelijkheden. Voorts blijkt uit de stukken dat de Adviseur, in overleg met Consument, direct is overgegaan tot het indienen van een aanvraag bij een andere financier.

De Adviseur heeft toegelicht dat deze financier woningen staande op particuliere erfpacht wel financiert. Deze financier heeft vervolgens ook een offerte uitgebracht. Echter heeft Consument die nacht besloten om van de koop van de Woning af te zien. Uit de stukken maakt de Commissie op dat Consument vanwege de particuliere erfpacht van de koop heeft afgezien. Dat Consument, indien zij bekend zou zijn geweest met die mogelijkheid, een verlenging van de termijn van de ontbindende voorwaarde had willen aanvragen, acht de Commissie niet aannemelijk. Dit strookt niet met de inhoud van haar e-mailberichten aan de Adviseur. De Commissie is van oordeel dat de Adviseur Consument voldoende heeft gewezen op het risico dat de verkopers niet akkoord zouden gaan met het invoeren van de ontbindende voorwaarde. Dat Consument op dat moment geen aanvullende vragen aan de Adviseur heeft gesteld en is afgegaan op het advies van de Vereniging Eigen Huis komt voor haar rekening en risico. Het is de keuze van Consument geweest om de koop, ondanks de waarschuwing van de Adviseur te ontbinden. Nadien heeft de Adviseur Consument in de gelegenheid gesteld om de financiering alsnog te bewerkstelligen, zodat de boete wegens het te laat of niet afnemen van de Woning kon worden voorkomen. Van dit aanbod heeft Consument geen gebruik gemaakt. Dat Consument de koopovereenkomst niet kon nakomen, omdat zij reeds een andere woning had aangekocht, kan niet voor rekening van de Adviseur komen.

4.9 Niet in geschil is dat de Adviseur zonder medeweten van Consument heeft gecommuniceerd met de verkopend makelaar van de Woning. De Adviseur heeft aangegeven dat zij hebben gesproken over de hypotheekaanvraag bij MUNT, de afwijzing, de groene erfpachtopinie en de nieuwe financieringsaanvraag. Dit blijkt eveneens uit het vonnis in het kort geding van 17 augustus 2017. De Adviseur heeft benadrukt geen vertrouwelijke gegevens van Consument aan derden te hebben verstrekt en anderszins is ook niet gebleken.

4.10 De Commissie komt tot de conclusie dat niet is vast komen te staan dat de Adviseur tekort is geschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Om die reden kan de Adviseur ook niet aansprakelijk worden gehouden voor het door Consument ondervonden nadeel.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.