

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-408
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott, mr. dr. D.P.C.M. Hellegers, leden en
mr. T.A. Tang, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 13 juli 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : Finqus B.V., gevestigd te Wognum, verder te noemen Finqus
Datum uitspraak : 13 juni 2019
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

In verband met een betalingsachterstand op de hypothecaire geldlening heeft DSB (de rechtsvoorganger van Finqus) op verschillende momenten en manieren tevergeefs geprobeerd om in contact te treden met Consument voor informatie over de hypothecair verbonden woning van Consument en ondertekening van een notariële volmacht voor onderhandse verkoop van de woning. Enkele dagen voor de executieveiling protesteert Consument. Volgens Consument is de executieveiling van de woning gebaseerd op onjuiste informatie. Finqus zet de executieveiling door. De Commissie stelt vast dat er sprake is van een langdurige achterstand en dat afspraken niet door Consument worden nagekomen. Verder blijkt uit het dossier dat Consument niet heeft gereageerd op berichten van Finqus, geen informatie over de woning heeft aangeleverd en niet heeft meegewerkt aan een onderhandse verkoop. Hiervan uitgaande en gelet op de hoogte van de betalingsachterstand is de Commissie van oordeel dat van misbruik van recht door Finqus geen sprake is. Evenmin blijkt dat de uitoefening van het recht tot parate executie door Finqus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Naar het oordeel van de Commissie heeft Finqus gerechtvaardigd van de haar toekomstige bevoegdheid tot parate executie gebruik gemaakt.

I. Procesverloop

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

- het klachtformulier,
- de brief van Finqus van 3 december 2018,
- de brief van Consument van 24 december 2018 en
- de brief van Finqus van 18 februari 2019.

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

Consument heeft de Commissie meegedeeld dat hij de mondelinge behandeling van zijn klacht niet op prijs stelt. De Commissie stelt daarom vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan om die reden op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 In augustus 2007 heeft de rechtsvoorganger van Finqus, DSB Bank N.V. handelend onder de naam Finqus (hierna: DSB), een hypothecaire geldlening van € 285.000,- aan Consument verstrekt. Als zekerheid voor de terugbetaling van de hypothecaire geldlening heeft DSB een recht van eerste hypotheek verkregen op de woning van Consument (hierna: de woning).
- 2.2 Sinds september 2016 zijn er structurele betalingsproblemen met betrekking tot de betaling van de maandelijkse termijnen van de geldlening. Consument en DSB hadden tot en met begin november 2016 herhaaldelijk contact over de betalingsachterstand via e-mail en telefoon. Vanaf november 2016 tot en met maart 2017 hadden partijen met zekere tussenpozen contact. Tijdens de contactmomenten hebben partijen meerdere malen gesproken over het verkopen van de woning met een notariële volmacht in plaats van een executieveiling. Daarbij is ook gesproken over het aanleveren van informatie over de woning door Consument.
- 2.3 Op 30 maart 2017 heeft DSB een notaris (hierna: notaris I) opdracht gegeven om een notariële volmacht op te stellen. Er werd een afspraak ingepland op 14 april 2017, zodat Consument de volmacht kon ondertekenen. Zowel notaris I als DSB hebben op diverse manieren geprobeerd contact te leggen met Consument. Het contact kwam niet tot stand. Consument heeft de informatie over de woning niet aangeleverd en de volmacht niet ondertekend. In het logsysteem van DSB staat:
“ (...)
2017-04-18 1:43:26 (...)
- Notaris is langs geweest bij meneer en hij was niet thuis. Het is voor aangekondigd middels een aangetekend schrijven, echter is deze niet door man opgehaald. (...)
2017-05-10 14:31:30 (...)
- Notaris is 4X langsgeweest. Hij treft hem thuis niet aan. (...)”

In de periode hierna heeft DSB op verschillende momenten en manieren tevergeefs geprobeerd om in contact te treden met Consument. Tussen 16 september en 4 oktober 2017 heeft DSB via een incassobureau zesmaal de woning bezocht zodat contact met Consument zou kunnen worden gelegd voor het tekenen van de volmacht. Omdat niemand op het adres werd aangetroffen zijn er meerdere contactverzoeken achtergelaten.

- 2.4 Op 26 oktober 2017, tijdens beslaglegging op de roerende zaken door DSB, is het haar gelukt om in contact te treden met Consument. In haar e-mail aan Consument heeft DSB geschreven:
- “(…) Dank voor ons telefonisch contact hedenmiddag en de kennismaking deze ochtend. Vandaag gaan wij ons notariskantoor contacten zodat er voor begin volgende week een afspraak bij hen kan worden ingepland, dit voor het ondertekenen van de volmacht. De notaris neemt derhalve een dezer dagen contact met u op voor het maken van een afspraak.
- Zoals reeds toegelicht zijn wij uiteraard meer dan bereid u op elk mogelijke manier te ondersteunen waar mogelijk. Indien u zelf vragen heeft dan kunt u ons uiteraard te allen tijde bereiken.(…)”
- 2.5 In haar e-mail van 1 november 2017 heeft DSB aan Consument geschreven:
- “(…) Wij komen al 2 dagen niet meer in contact met u.
- In onze eerdere gesprekken hebben wij u duidelijk uitgelegd dat het tekenen van de volmacht en daarmee verkoop van uw woning de enige optie is.
- Bij deze dan ook nogmaals het vriendelijke verzoek per direct contact op te nemen. Doet u dit niet, dan zien wij helaas geen opties meer en dient de veiling te worden aangezegd. De veiling gaat o.a. resulteren in een ontruiming waarbij u op straat komt te staan, een situatie wat wij graag wensen te voorkomen. Middels een reguliere verkoop krijgt u immers voldoende tijd om op zoek te gaan naar een andere woonruimte. (…)”
- 2.6 Hierna heeft DSB meerdere malen geprobeerd via e-mail, post en telefoon in contact te komen met Consument. DSB is er niet meer in geslaagd om contact te krijgen met Consument.
- 2.7 Per 1 januari 2018 heeft Finqus het beheer van de portefeuille waartoe de lening van Consument behoorde overgenomen van DSB. De door DSB verstrekte leningen zijn per die datum (economisch) overgedragen aan Finqus.
- 2.8 Op 8 januari 2018 heeft Finqus het dossier overgedragen aan een andere notaris (hierna: notaris 2) met het oog op executie.
- 2.9 Om een beeld van de waarde van de woning te krijgen heeft Finqus voor interne doeleinden de woning op 9 januari 2018 laten taxeren. De woning is overeenkomstig het ‘Normblad Taxatierapport Bijzonder Beheer woonruimte, versie april 2016’ als benedenwoning getaxeerd op een marktwaarde van € 275.000,-.
- 2.10 Op 23 februari 2018 is bij exploit de executie, als bepaald in artikel 544 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), aan Consument in persoon aangezegd. De veilingdatum is bepaald op 11 april 2018.

2.11 De veilingvoorwaarden van de executieveiling zijn door de notaris vastgelegd in de 'Akte vaststelling veilingvoorwaarden' van 9 maart 2018. Hierin staat:

“ (...)

Bijzondere veilingvoorwaarden en afwijkingen van-/aanvullingen op de AVVE:

(...)

Het volgende Registergoed zal worden geveild:

(...)

b. het recht op het uitsluitend gebruik van de bedrijfsruimte, gelegen in het souterrain met verder toebehoren, plaatselijk bekend te [postcode] [plaatsnaam], [straatnaam, nummer en letter];

(...) Dit betreft een tot bewoning bestemde onroerende zaak. (...)”

2.12 De objectomschrijving in de veilinginformatie luidt:

“ (...)

b. het recht op het uitsluitend gebruik van de bedrijfsruimte, gelegen in het souterrain met verder toebehoren, plaatselijk bekend te [postcode] [plaatsnaam], [straatnaam][huisnummer];

(...)

Blijkens verklaring van de geëxecuteerde heeft de geëxecuteerde het Registergoed feitelijk gebruikt als woning. (...)”

2.13 Op 6 april 2018 heeft Consument in zijn e-mail aan notaris 2 geschreven:

“(…)Ten eerste mijn excuses voor het late tijdstip: door depressie en daar aan gerelateerde fysieke problemen ben ik niet in staat geweest dit eerder op te pakken.

Dat neemt niet weg dat deze openbare executoriale verkoop niet op de zoals op funda geadverteerde manier zou mogen plaats vinden. Deze foutieve omschrijving zal namelijk tot een onredelijk lage uitkomst leiden.

Het grote probleem zit hem in het zuiver en alleen kopiëren van een gedeelte van de tekst uit de leveringsakte van 2007:

" b. het recht op het uitsluitend gebruik van de bedrijfsruimte, gelegen in het souterrain met verder toebehoren, plaatselijk bekend te [postcode] [plaatsnaam], [straatnaam][huisnummer]"

Deze omschrijving wordt als de huidige situatie aangegeven, maar is al jaren onterecht: het heeft al jaren een woon functie (zie toegevoegde pdf). Woonfunctie versus 'uitsluitend gebruik van de bedrijfsruimte', heeft natuurlijk een grote invloed op de prijsbepaling. (...)”

2.14 Bij e-mail van 6 april 2018 heeft notaris 2 aan Consument geschreven:

“ (...) Voor wat betreft de omschrijving van het registergoed wil ik u er op wijzen dat het tot nu onmogelijk is geweest om met u in contact te komen, derhalve zijn wij afgegaan op de tot ons beschikbare informatie uit het kadaster (leveringsakte, splitsingsakte, kadastraal bericht object).

Het is evenwel voor potentiële kopers kenbaar dat het onroerend goed een woonfunctie heeft (zie publicatie BAG), tevens rekenen wij voor de berekening van de overdrachtsbelasting het percentage dat geldt voor woonruimte (2%).

Wij kunnen echter niets veranderen aan de door de splitsingsakte toegekende omschrijving van het appartementsrecht. (...)”

2.15 De correspondentie tussen Consument, notaris 2 en Finqus werd op 9 en 10 april 2018 per e-mail voortgezet.

Daarbij hebben Finqus en notaris 2 aan Consument meegedeeld dat de executieveiling kan worden voorkomen indien Consument op 10 april 2018 de betalings-achterstand met de reeds gemaakte veilingkosten voldoet en de volmacht tot onderhandse verkoop ondertekent. Daarnaast hebben Finqus en notaris 2 Consument ook gewezen op de mogelijkheid om het geschil over de veilingvoorwaarden op grond van artikel 518 Rv voor te leggen aan de voorzieningenrechter.

2.16 Op 11 april 2018 is de woning van Consument door middel van een executieveiling verkocht. De verkoopopbrengst was € 377.000,-. Op dat moment bedroeg de betalings-achterstand ruim € 22.000,-.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat Finqus wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van de executoriale verkoop van zijn woning heeft geleden. Volgens Consument zou de woning bij een onderhandse verkoop een bedrag van € 617.000,- moeten opbrengen omdat de vraagprijs van een andere vergelijkbare woning in dezelfde straat € 625.000,- bedraagt. Consument stelt dat zijn schade in ieder geval het verschil is tussen € 617.000,- en € 377.000,-. Met de kosten voor de executieveiling van € 7.000,- wordt het schadebedrag door Consument begroot op € 247.000,-. Dit bedrag kan volgens Consument nog oplopen als later zou blijken dat de woning in dezelfde staat wordt doorverkocht voor een hoger bedrag.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag dat Finqus haar zorgplicht jegens hem heeft geschonden door in de gegeven omstandigheden op 11 april 2018 haar recht van parate executie uit te oefenen. In dit kader voert Consument het volgende aan:

- na ontvangst van de e-mail van 6 april 2018 had Finqus de executieveiling moeten annuleren en Consument een redelijke regeling moeten bieden om de woning onderhands te verkopen. De voorwaarden die door Finqus zijn gesteld ter voorkoming van de executieveiling zijn niet redelijk omdat Consument de achterstand niet kan voldoen.
- door een depressie en daaraan gerelateerde fysieke problemen is Consument niet in staat geweest om medewerking te verlenen aan een onderhandse verkoop.
- de executieveiling is gebaseerd op verkeerde informatie. Door de vermelding 'uitsluitend gebruik van de bedrijfsruimte' is de verkoopopbrengst veel lager uitgevallen.

Verweer van Finqus

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

4. Beoordeling

- 4.1 Kern van het geschil is de vraag of Finqus op 11 april 2018 in de gegeven omstandigheden haar recht van parate executie mocht uitoefenen.
- 4.2 Partijen hebben een overeenkomst van hypothecaire geldlening gesloten. Consument heeft door het aangaan van deze overeenkomst de verplichting om maandelijks betalingen aan Finqus te verrichten. Tot zekerheid van de nakoming van deze verplichting heeft Finqus het recht van hypotheek verkregen op de woning. Indien Consument de verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, mag Finqus als hypotheekhouder in beginsel gebruik maken van het recht van parate executie zoals bedoeld in artikel 3:268 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW), tenzij Finqus haar recht van executie misbruikt zoals bedoeld in artikel 3:13 BW, dan wel tenzij het gebruik van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
- 4.3 Consument stelt dat Finqus na ontvangst van zijn e-mail op 6 april 2018 de executieveiling had moeten annuleren. In die stelling kan Consument niet worden gevolgd. Tussen partijen staat niet ter discussie dat Consument sinds september 2016 in verzuim is geraakt. Hij is zijn betalingsverplichtingen, die hij uit hoofde van de overeenkomst van geldlening jegens Finqus heeft, niet nagekomen. Ook constateert de Commissie dat de contactpogingen van Finqus en haar rechtsvoorganger, om vanaf september 2016 een onderhandse verkoop te bewerkstelligen, talrijk zijn. Na de e-mail van 6 april 2018 heeft Finqus Consument nogmaals gelegenheid gegeven om de executieveiling te voorkomen door de volmacht tot onderhandse verkoop te ondertekenen en de achterstand en de reeds gemaakte veilingkosten te betalen. Hoe vervelend voor Consument ook, Consument heeft door het aangaan van de overeenkomst van geldlening de verplichting om maandelijks betalingen aan Finqus te verrichten. Dat Consument niet aan zijn financiële verplichtingen kon voldoen en door omstandigheden niet eerder kon meewerken aan de onderhandse verkoop, valt binnen de risicosfeer van Consument. Los hiervan was de executie al voor 6 april 2018 bij exploit aangezegd en waren de veilingvoorwaarden al bij akte vastgelegd. Verzet tegen de veilingvoorwaarden kon bij de voorzieningenrechter worden ingesteld op grond van artikel 518 Rv. Ook deze mogelijkheid heeft Consument onbenut gelaten.
- 4.4 De Commissie stelt vast dat er sprake is van een langdurige achterstand en dat afspraken niet door Consument worden nagekomen. Verder blijkt uit het dossier dat Consument niet heeft gereageerd op berichten van Finqus, geen informatie over de woning heeft aangeleverd en niet heeft meegewerkt aan de onderhandse verkoop. Hiervan uitgaande en gelet op de hoogte van de betalingsachterstand is de Commissie van oordeel dat van misbruik van recht door Finqus geen sprake is. Evenmin blijkt dat de uitoefening van het recht tot parate executie door Finqus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Naar het oordeel van de Commissie heeft Finqus op 11 april 2018 gerechtvaardigd van de haar toekomstige bevoegdheid tot parate executie gebruik gemaakt.

- 4.5 Consument verwijt Finqus dat de executieveiling is gebaseerd op onjuiste informatie waardoor de verkoopopbrengst lager is uitgevallen. Consument begroot de waarde van zijn woning op € 617.000,- en verwijst daarbij naar de vraagprijs van een nabijgelegen zijns inziens vergelijkbare woning. Uit het dossier is niet gebleken dat de executieveiling is gebaseerd op onjuiste informatie. Allereerst heeft de notaris de veilingvoorwaarden vastgesteld op basis van de beschikbare informatie. Bij die vaststelling is de omschrijving van de woning overgenomen uit de kadastrale omschrijving en de splitsingsakte van 6 april 2001. Verder staat het feitelijk gebruik als woning in de object-omschrijving vermeld waardoor dit gegeven bekend is bij potentiële kopers. Bovendien is de getaxeerde marktwaarde als benedenwoning, zoals vastgelegd in het taxatierapport van 19 januari 2018, met de executieveiling ruimschoots behaald. De Commissie kan Consument daarom niet volgen in dit verwijt. Ook merkt de Commissie hierbij op dat de verwijzing van Consument naar een nabijgelegen woning niet door Consument is onderbouwd.
- 4.6 Alle omstandigheden in overweging genomen luidt het oordeel van de Commissie dat Finqus niet toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens Consument.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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