

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0140
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. A.P. Luitingh, mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en
mr. M.A. Kleijer, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 1 november 2019
Ingediend door : De consument
Tegen : ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen bank
Datum uitspraak : 11 februari 2021
Aard uitspraak : Niet-bindend advies
Uitkomst : Vordering afgewezen

Samenvatting

Hypotheek. Recht van parate executie. Er is sprake van een langdurige achterstand in het betalen van de maandlasten. Partijen hebben diverse betalingsregelingen afgesproken die consument niet nakomt. De bank heeft meer dan eens consument gewezen op onderhandse verkoop van de woning, en op het afgeven van een notariële volmacht tot onderhandse verkoop. Consument is hierop niet ingegaan. De bank is overgegaan tot executieverkoop van de woning, waarna een restschuld is ontstaan. De commissie is van oordeel dat gelet op de omstandigheden in dit geval de bank van haar recht tot parate executie geen misbruik heeft gemaakt dan wel dat de uitoefening van dit recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. De vordering van consument wordt daarom afgewezen.

I. De procedure

I.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 de bank; 3) de repliek van de consument en 4) de dupliek van de bank;

en de desgevraagd na zitting ingestuurde stukken door partijen te weten:

5) de brief van consument van 6 oktober 2020 en de reactie daarop van de bank van 8 oktober 2020; 6) de brief van de bank van 20 oktober 2020 en de reactie daarop van consument van 26 oktober 2020.

I.2 Over het schriftelijk verzoek van consument van 9 november 2020 om een taxatierapport uit 2003 aan het dossier toe te voegen, wordt het volgende overwogen. Het verzoek valt buiten de door de commissie na de zitting geboden mogelijkheid tot reageren. Een verzoek dat daardoor in strijd wordt geacht met de goede procesorde met als gevolg dat er geen gehoor aan wordt gegeven.

- 1.3 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 17 september 2020. Op de hoorzitting was consument aanwezig, samen met zijn vertegenwoordiger de heer E.L. van Eeghen. Namens de bank waren aanwezig: de heer [naam 1] en de heer [naam 2].
- 1.4 De consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 Consument heeft in 2003 ter financiering van een bedrijfsgebouw met woonruimte gelegen op een bedrijventerrein een hypothecaire geldlening (verder: geldlening) van € 360.000,- met de bank afgesloten en de bank daarbij het recht van eerste hypotheek verstrekt; de geldlening zou door middel van een verpande effectenrekening (deels) worden afgelost.
- 2.2 Vanaf 2011 ontstaan er achterstanden in de voldoening van de maandtermijnen door consument waarna partijen betalingsregelingen zijn overeengekomen. Deze betalingsregelingen werden niet door consument nagekomen. Vanaf 2011 is door de bank consument ter oplossing van de betalingsproblemen het onderhands verkopen van het onderpand, het afgeven van een notariële volmacht voor een onderhandse verkoop en een veilingverkoop voorgehouden.
- 2.3 Nadat de bank op 11 augustus 2014 consument heeft geschreven dat nadere maatregelen moeten worden genomen omdat niet op de ontstane achterstand wordt ingelopen, is door consument opgemerkt dat de afgesproken betalingsregeling voor hem niet haalbaar was. Consument heeft hierop een voor hem haalbaar betalingsvoorstel (mail van 31 augustus 2014) bij de bank ingediend waarmee de bank akkoord is gegaan. In dit voorstel is verder, voor zover relevant, door consument geschreven “(...)heb totaal geen ambitie tot verhuizen.(...)”
- 2.4 Vervolgens is op 25 augustus 2014 door de bank opgemerkt dat als het niet lukt om een goedlopende betaalafpraak te maken ‘het aangekondigde traject’ zal worden voortgezet. Over dit traject is in de eerder in 2014 gevoerde correspondentie (brief van de bank van 19 februari 2014 waarin de geldlening is opgeëist), geschreven dat om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren een notariële volmacht voor een onderhandse verkoop moet worden afgegeven en bij het uitblijven daarvan verkoop door middel van een executieveiling zal volgen.

- 2.5 Uit het door de bank overgelegde overzicht vordering/ontvangsten/achterstand over de periode 1 november 2012 tot en met 18 januari 2016, volgt dat door consument de hiervoor genoemde betalingsafpraak niet wordt nagekomen.
- 2.6 Per brief van 5 augustus 2015 is door de bank geschreven dat de sinds 14 juni 2013 bestaande achterstand niet door consument is voldaan reden waarom de geldlening wordt opgeëist. Verder is in die brief over de gedwongen executieverkoop van het onderpand bij niet tijdige algehele betaling van de achterstand geschreven. De totale vordering van de bank bedraagt dan € 364.315,54.
- 2.7 De bank heeft op 28 augustus 2015 consument en de door hem ingeschakelde derde desgevraagd een overzicht van betalingen en nota's met ingang van 1 augustus 2014, aangevuld met de ontvangsten vanaf 1 augustus 2015 gemaild; consument was namelijk van mening dat de achterstand € 2.000,- lager zou zijn. Na de vervolgens tussen partijen gevoerde correspondentie over de opbouw van de achterstand is de veilingopdracht op 17 september 2015 door de bank aan de notaris verstrekt.
- 2.8 In de administratie van de bank is over het contact met een door consument ingeschakelde derde op 17 september 2015 de volgende notitie gemaakt: *"(...) vraagt of wij 1500 hebben ontvangen nee, ook niet vorige maand nee ook niet hij gaat het navragen en vraagt wanneer de veilingopdr tegengehouden kan worden. Als de gehele as is betaal[d] hij weet voldoende"*.
- 2.9 Uit de administratie van de bank volgt dat de door de bank aangezochte makelaar op 23 september 2015 consument heeft gebeld en dat *"(...) ze heeft zojuist kl gesproken wil niet meewerken aan taxatie as is betaald. bij ons niet binnen. Afgesproken dat als wij voor as vrijdag niet hebben gebeld ze nogmaals een afspraak kan inplannen en anders geveltax."*
- 2.10 De door de bank aangezochte notaris heeft consument per aangetekende brief van 24 september 2015 over de opdracht van de bank tot executieverkoop van de woning/ het bedrijfspand op 2 december 2015 geïnformeerd.
- 2.11 In de administratie van de bank is op 1 oktober 2015 over een contact met de notaris de volgende notitie gemaakt *"(...)om de veiling te voorkomen moet de achterstand bij ING van € 5.883,89 (incl. nota 1-10-2015, de totale veilingkosten en moeten de beslagleggers voldaan worden en de beslagen doorgehaald zijn. (...)"*
- 2.12 In de administratie van de bank is op 21 oktober 2015 over een contact met de notaris vermeld *"(...) notaris/vraagt of we taxrapp hebben, ze heeft geen betaling ontv en moet veiling voorzetten (...)"*.

- 2.13 In het vervolgens door een geregistreerd bedrijfsmakelaar opgestelde geveltaxatierapport gedateerd op 21 oktober 2015 is de marktwaarde op € 250.000,- gesteld en de verwachte opbrengst bij executoriale verkoop op € 175.000,-. Ter aanvulling op dit rapport is door de makelaar aan de bank medegedeeld de marktwaarde van het onderpand in verhuurde staat op € 245.000,- en de executiewaarde in verhuurde staat op € 170.000,- te waarderen.
- 2.14 Op 23 oktober 2015 is bij deurwaardersexploot overeenkomstig artikel 544 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de executie van de woning van consument aangezegd. De veilingdatum is bepaald op 2 december 2015 om 18:00 uur. De veilingvoorwaarden zijn op 27 oktober 2015 bij akte vastgelegd.
- 2.15 In de administratie van de bank is op 2 december 2015 om 13:07 uur genoteerd: “(...) [naam gemachtigde consument]/wil de veiling voorkomen en er zou nu alleen nog betaal[d] moeten worden maar hij komt op 10k en de notaris op 13 of ze dan toch de veiling kunnen voorkomen, pas als alles is betaal[d] geen uitstel voor de rest. de huurders uitgeschreven en toezegging doorhaling beslagen en betaalbewijs van as +kosten notaris. hij gaat ermee aan de slag. voor onduidelijkheid over de hoogte van de kosten of as mag hij naar de notaris, die verwijs[t] hem juist weer naar ons. ik ga niet in discussie hij mag het met de notaris uitzoeken en anders gaat de veiling door”.
- 2.16 De gemachtigde van consument heeft op 2 december 2015 na kantoortijd om 17:15 uur en drie kwartier voor de start van de veiling de contactpersoon van de bank gemaïld met (ondermeer) het verzoek de veiling niet door te laten gaan. Ten eerste vanwege een onderhandse bieding van € 300.000,-. Ten tweede omdat de betalingsachterstand op € 2.700,- na zou kunnen worden betaald en betaling van dit restant binnen enkele dagen zou kunnen volgen. Aan de voorwaarde tot doorhaling van de bestaande beslagen is voldaan.
- 2.17 De notaris heeft per brief van 4 december 2015 consument geschreven dat een bod van € 212.000,- is uitgebracht en de bank tot gunning daarvan is overgegaan.
- 2.18 De opgebouwde waarde op de beleggersrekening is als aflossing gebruikt. De restschuld bedraagt € 152.066,44. Door de bank is de incasso aan een incassobedrijf overgedragen.
- 2.19 Consument is in 2014/2015 (deels) arbeidsongeschikt geraakt; zijn aanspraak op de door hem afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering is tot op heden door de verzekeraar afgewezen.

De klacht en vordering

- 2.20 Consument vordert dat de bank wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die hij vanwege de executoriale verkoop van het onderpand heeft geleden. Consument heeft die schade gesteld op € 610.000,- met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2016.

Dit bedrag is opgebouwd door op het verzekerde bedrag van de woonhuisverzekering ad € 766.000,- de hypothecaire schuld ad € 360.000,- in mindering te brengen en die uitkomst te verhogen met de kosten van verhuizing/ verlies aan inboedel begroot op € 44.000,- met daarboven opgeteld de restschuld ad € 160.000,-.

- 2.21 Consument is van mening dat de bank haar jegens hem in acht te nemen zorgplicht heeft geschonden door tot executieverkoop van zijn bedrijfspand annex woning over te gaan. Consument heeft hiertoe de volgende argumenten aangedragen.
- 2.22 De achterstand in 2015 is ontstaan vanwege privéproblemen, de crisis en de seizoensgevoelige branche (taxi/schoonmaak) waarin consument werkzaam is. Consument was doende een ander verdienmodel op te zetten en is daarnaast zijn betalingsverplichting naar de bank toe nagekomen met stabiele achterstanden als gevolg. Consument heeft voortdurend met de bank gecommuniceerd. Consument is zijn woning kwijtgeraakt hetgeen hem zowel in emotioneel, sociaal als economisch opzicht zeer heeft getroffen; consument beschikt niet over eigen woonruimte maar verblijft bij familie.
- 2.23 De informatie van de bank over de opbouw van de achterstand was niet correct. De bank heeft geen regulier verkooptraject opgestart maar heeft direct de voorbereiding voor de veiling getroffen met een restschuld die in geen verhouding staat tot de achterstand als resultaat.
- 2.24 Ten onrechte is als voorwaarde ter voorkoming van de veiling gesteld dat alle notariële kosten moeten worden voldaan terwijl het kosten zijn die ná de veiling worden gemaakt; er zijn teveel kosten in rekening gebracht.
- 2.25 De voorwaarde van de bank om opheffing van de beslagen ter voorkoming van de veiling is niet proportioneel en heeft daarnaast de mogelijkheden van consument om de algehele achterstand inclusief kosten te voldoen beperkt.
- 2.26 Ten onrechte is de bank niet ingegaan op het voorstel verwoord in het mailbericht van gemachtigde van 2 december 2015, waarin zowel een (deel) betaling van de achterstand is aangeboden als een bod op het onderpand is gedaan.
- 2.27 Op onterechte gronden is de opgebouwde waarde op de beleggingsrekening niet ter aflossing van de achterstand ingezet.
- 2.28 In het taxatierapport is de waarde van het onderpand om diverse redenen niet juist vastgesteld.

Zo is er sprake van een geveltaxatie in plaats van een volledige taxatie, wijkt de getaxeerde waarde af van de in 2008 vastgestelde waardes (executiewaarde ad € 247.500,- en marktwaarde ad € 277.200,-) en van de destijds vastgestelde WOZ-waarde ad € 335.000,-. Tot slot is de waarde niet juist bepaald omdat de uit het taxatierapport af te leiden gemiddelde prijs per vierkante meter zeer afwijkt van de gemiddelde prijs per vierkante meter voor woonruimte in de woonplaats van consument.

Het verweer

2.29 De bank 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 vraag die moet worden beantwoord is of de bank in de gegeven omstandigheden haar recht van parate executie heeft mogen uitoefenen. De commissie beantwoordt deze vraag bevestigend en licht dit oordeel hieronder toe.

Maatstaf

3.2 Op grond van de overeenkomst van geldlening heeft consument zich verplicht om de maandelijkse termijnen aan de bank te betalen. Consument heeft de bank tot zekerheid ter nakoming van zijn betalingsverplichting het eerste recht van hypotheek verleend. Als consument zijn verplichtingen niet nakomt mag de bank als hypotheekhouder in beginsel gebruik maken van het recht van parate executie zoals dat is neergelegd in artikel 3:268 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit is anders als de bank van dit recht misbruik heeft gemaakt zoals is bedoeld in artikel 3:13 BW, dan wel als blijkt dat het gebruik van die bevoegdheid gegeven de omstandigheden van het geval op grond van artikel 6:248 lid BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Van misbruik kan sprake zijn als de hypotheekhouder mede gelet op de belangen van consument die door de executie worden geschaad, geen redelijk te respecteren belang bij de parate executie heeft. Misbruik kan ook worden aangenomen als er vanwege de parate executie voor de schuldenaar een nood-situatie zal ontstaan. Het feit dat consument na de executieverkoop met een grote restschuld is achtergebleven leidt niet tot de conclusie dat de bank niet in redelijkheid van haar bevoegdheid tot parate executie kon overgaan, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5728 en Rechtbank Midden-Nederland 15 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2601. De commissie begrijpt dat de executieverkoop voor consument tot negatieve financiële en emotionele gevolgen heeft geleid maar dit hangt samen met het aan de hypotheekhouder gegeven recht en doet aan de uitoefening daarvan niets af. Dit mede vanwege het feit dat consument deze gevolgen had kunnen voorkomen door zich tijdig en voldoende in te spannen om de veiling af te wenden.

Dat vanwege de executieverkoop van het onderpand voor consument een noodtoestand is ontstaan, is niet dan wel onvoldoende gesteld en overigens niet gebleken. Op basis van het dossier is niet vast te stellen dat tot op heden voor consument vanwege de executieverkoop geen woonruimte beschikbaar zou zijn.

Opzetten nieuw verdienmodel

3.3 Gelet op de hiervoor onder 3.2 genoemde maatstaf is consument na de zitting in de gelegenheid gesteld zijn stelling in 2015 doende te zijn geweest met het opzetten van een nieuw verdienmodel (“voorstel om uit zijn benarde financiële positie te raken”) en de bank daarover te hebben bericht, te onderbouwen. De commissie stelt vast dat consument hierin niet is geslaagd. Ten eerste is door consument geen enkel inzicht gegeven in de door hem gestelde activiteiten. Ten tweede is door consument aangevoerd dat er met de bank veel telefonisch contact is geweest maar is niets over het verdienmodel in de door de bank overgelegde contactinformatie terug te vinden. Evenmin is uit de door consument overgelegde correspondentie met de bank over betalingsregelingen in 2014 of over de veiling iets over dit verdienmodel te achterhalen. Het vorenstaande in relatie tot de langdurige betalingsachterstand en het feit dat consument ook niet in staat bleek de door hem zelf voorgestelde betalingsregeling na te komen, is de commissie van oordeel dat van misbruik van recht door de bank geen sprake is. Zoals hiervoor onder 3.2 reeds is overwogen maakt hetgeen over de verhouding tussen de hoogte van de achterstand en de restschuld is opgemerkt, dit niet anders. Op deze grond is de vordering van consument niet toe te wijzen.

Uitoefening recht tot parate executie naar maatstaven redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar

3.4 Voorts is niet gebleken dat de uitoefening van het recht tot parate executie door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geweest. Zo biedt het dossier geen steun voor het zonder onderbouwing geponeerde verwijt dat de bank onjuiste informatie (vóór en/of na de veiling) over de achterstand dan wel restschuld heeft verstrekt, zie bijvoorbeeld hetgeen hiervoor onder 2.7 is vermeld.

3.5 Alhoewel het feitelijk juist is dat de bank in 2015 geen regulier verkooptraject is gestart maar direct voorbereidingen voor een executietraject heeft getroffen, slaagt dit verwijt niet. Vanaf 2011 heeft de bank immers geprobeerd voor de betalingsachterstand een oplossing te vinden; zo is door de bank aangedragen het onderpand onderhands te verkopen en is consument gevraagd een notariële volmacht voor onderhandse verkoop af te geven. Alternatieven waarop consument niet is ingegaan, zie hiervoor onder 2.3 en 2.4. En in het geval consument in 2015 wel op één van die alternatieven in had willen gaan, dan had het op zijn weg gelegen hierover met de bank in contact te treden. Consument heeft dit echter niet gedaan; de thans door hem hieruit voortvloeiende en als negatief geduide gevolgen kunnen de bank niet worden tegengeworpen.

Voorwaarden ter voorkoming veiling

- 3.6 Met de bank is de commissie van oordeel dat de voorwaarde ter zake het doorhalen van de beslagen niet als disproportioneel kan worden aangemerkt. Als gesteld en niet weersproken heeft te gelden dat partijen contractueel zijn overeengekomen dat de bank in een dergelijk geval bevoegd is een executieveiling op te starten. Hiernaast is door de bank toegelicht dat met een dergelijke voorwaarde wordt voorkomen dat na annulering van de veiling één van de beslagleggers alsnog opdracht tot veilen geeft. Dat het voldoen aan deze voorwaarde consequenties had voor de voorwaarde de gehele achterstand te betalen, doet hieraan niets af. Wat het betalen van de kosten van de notaris/veiling betreft staat vast dat consument niet tot betaling van enig bedrag is overgegaan en is evenmin gebleken dat consument tot een betaling in staat was. Dat de bank teveel kosten in rekening zou hebben gebracht is niet komen vast te staan.
- 3.7 Ook het verwijt verband houdend met het mailbericht dat door de gemachtigde kort voor de start van de veiling de bank is toegestuurd, slaagt niet. De commissie volgt de bank in hetgeen door haar hierover is opgemerkt. Wat betreft het aanbod om een deel van de achterstand te betalen wordt verwezen naar hetgeen hiervoor is overwogen. Wat betreft het bod op het onderpand is de commissie met de bank van oordeel dat dit geen daadwerkelijk bod betrof en voorts niet is in te zien waarom dit bod niet tijdens de veiling uitgebracht had kunnen worden. Kortom: de gevolgen van de door consument gekozen manier van handelen vallen binnen zijn risicosfeer.

Waarde onderpand

- 3.8 Het verwijt dat de veiling op onjuiste informatie is gebaseerd omdat het taxatierapport niet zou deugen, wordt ook gepasseerd. Allereerst omdat het rapport door een geregistreerd makelaar is opgesteld. Maar ook omdat de waardes van 2008 en van 2015 niet met elkaar te vergelijken zijn; de waardes in 2008 zijn namelijk op een volledige taxatie gebaseerd en niet, zoals dat in 2015 het geval was, op een geveltaxatie. Overigens is niet gebleken dat consument de makelaar toegang tot het onderpand heeft willen verschaffen, zie hiervoor onder 2.9. De gevolgen van deze handelwijze vallen binnen de risicosfeer van consument. De vergelijking met de WOZ-waarde gaat niet op omdat daarmee geen informatie over de actuele waarde van een onderpand wordt verschaft. Om dezelfde reden gaat de vergelijking met de gemiddelde prijs van de vierkante met woonruimte mank. Ten overvloede: de verzekerde waarde van de opstalverzekering kan ook niet als maatstaf dienen; die waarde is immers bedoeld om het onderpand te herbouwen.

Beleggingsdepot

- 3.9 De commissie is met de bank van oordeel dat op juiste gronden het verzoek de achterstand te verrekenen met het beleggingsdepot is afgewezen.

Om te beginnen omdat het depot ter aflossing van de geldlening dient en niet bestemd is voor het betalen van de maandlasten. Maar ook omdat de omzetting van de leenvorm naar een geheel aflossingsvrije lening de voor die leenvorm geldende maximale grens van 100% van de waarde van het onderpand oversteeg.

Conclusie

3.10 De conclusie is dat de belangen van de bank om gebruik te maken van haar recht van parate executie gegeven de omstandigheden van dit geval zwaarder mochten wegen dan de belangen van consument.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

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.