

Uitspraak Commissie van Beroep 2014-006 d.d. 31 januari 2014

(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. J.B. Fleers, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. W.J.J. Los en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Hypothecaire lening; executoriale verkoop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. Verloop van de procedure in hoger beroep

- 1.1 De bank heeft met een op 26 augustus 2013 gedateerd beroepschrift, met bijlagen genummerd 1-43, beroep ingesteld tegen het bindend advies dat de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) in haar uitspraak van 18 juli 2013 tussen de bank en belanghebbende heeft gegeven. Die uitspraak is aan de onderhavige uitspraak gehecht.
- 1.2 Belanghebbende heeft het beroep bestreden in een op 2 oktober 2013 ontvangen verweerschrift, met bijlagen genummerd 3.1-3.22, en heeft daarbij tevens incidenteel beroep (strekking tot toewijzing van een schadevergoeding ten bedrage van €134.292,08 naast het reeds door de Geschillencommissie toegewezen bedrag van € 89.532,55) ingesteld.
- 1.3 De bank heeft bij een op 12 november 2013 ontvangen verweerschrift, met bijlagen genummerd 44-47, verweer gevoerd in het incidenteel beroep, en heeft bij brief van 22 november 2013 nog een aantal bijlagen, genummerd 48-50, in het geding gebracht.
- 1.4 De Beroepscommissie heeft beide beroepen mondeling behandeld op 9 december 2013. Beide partijen waren aanwezig en hebben hun standpunten mede aan de hand van - in het geval van belanghebbende: een tweetal - overgelegde pleitnota's toegelicht. De bank heeft bezwaar gemaakt tegen het in het geding brengen van een negental stukken genoemd in de pleitnota gedateerd 3 december 2013.

2. Verloop van de procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Ontvankelijkheid

In zijn verweerschrift heeft belanghebbende vooropgesteld dat een medewerkster (klachtenmanager) van de bank, nadat de uitspraak van de Geschillencommissie haar bij een telefoongesprek was voorgelezen door “belangenbehartiger van belanghebbende”, heeft verklaard dat de bank aan de uitspraak zou voldoen.

Of dit inderdaad verklaard is - de bank betwist dat - kan in het midden blijven, want een uitlating als door belanghebbende gesteld levert, anders dan belanghebbende kennelijk meent, geen berusting op en leidt dus ook niet tot het door de wet aan berusting verbonden gevolg dat de appellant (in dit geval: de bank) niet meer ontvankelijk kan zijn in zijn beroep. Voor berusting is naar vaste rechtspraak vereist dat de in het ongelijk gestelde partij jegens zijn wederpartij een houding heeft aangenomen waaruit ondubbelzinnig blijkt dat hij zich bij de uitspraak neerlegt. Van dit laatste is hier geen sprake, ook niet indien een medewerker van de bank heeft meegedeeld dat de bank aan de uitspraak zou voldoen.

4. Inleiding op de beoordeling van het principale en het incidentele beroep

4.1 In deze procedure, waarin de bank zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de hiervoor in 1.4 bedoelde stukken buiten beschouwing dienen te blijven omdat deze niet tijdig in het geding zijn gebracht, moet - op grond van hetgeen in beroep is gesteld en niet, althans onvoldoende, is bestreden - worden uitgegaan van het volgende:

- (i) De bank, althans haar rechtsvoorgangster X, heeft in 1999 aan belanghebbende en diens huidige echtgenote een hypothecaire geldlening verstrekt ten bedrage van € 230.066,57. Aan deze lening is een levensverzekering gekoppeld. Als zekerheid heeft de bank een recht van hypotheek verkregen op de woning van belanghebbende (hierna: de woning). De hypotheekakte houdt onder meer in dat de door genoemd fonds op 31 december 1991 vastgestelde Algemene Voorwaarden voor hypothecaire geldleningen van toepassing zijn.
- (ii) In 2002 zijn betalingsachterstanden ontstaan. Bij brief van 15 augustus 2002 liet de bank weten dat de achterstand € 4.505,45 beliep, dat zij vernomen had dat, kort gezegd, een tot zekerheid aan haar verpande polis van levensverzekering zou worden beëindigd wegens wanbetaling, en dat daarom “uw dossier [is] overgedragen aan onze afdeling Bijzonder Beheer”. Op 6 december 2002 was deze achterstand nog niet geheel ingelopen en waren de maandnota's met vervaldatum 1 november en 1 december 2002 nog niet voldaan.
- (iii) In mei/juni 2003 heeft de bank een betalingsregeling getroffen met belanghebbende. Deze verklaarde zich bereid om de op 1 april 2003 bestaande betalingsachterstand uiterlijk 30 juni 2003 aan te zuiveren, zou ervoor zorgdragen dat het saldo op zijn rekening toereikend was om automatische incasso van toekomstige reguliere maandnota's met ingang van 1 mei 2003 mogelijk te maken en zou de bij de (opvolgende) levensverzekeringsmaatschappij bestaande achterstand uiterlijk 30 juni 2003 voldoen en tot die tijd niet laten oplopen.

- (iv) Bij brief van 16 november 2005 berichtte de bank aan belanghebbende dat de behandeling van zijn dossier zou worden overgedragen aan de afdeling Bijzonder Beheer in verband met het feit dat ondanks diverse betalingsherinneringen geen aanzuivering van de achterstand had plaatsgevonden.
- (v) Vanwege het voortduren van de betalingsproblemen deelde de bank bij brief van 6 november 2006 mee dat zij niet langer bereid was de hypothecaire geldlening voort te zetten, dat zij de totale lening opeiste en de woning te koop zou zetten. Vervolgens werd overeengekomen dat belanghebbende tot 1 juli 2007 de gelegenheid zou hebben de woning te verkopen.
- (vi) Bij brief van 20 juni 2007 liet de bank aan belanghebbende weten dat zij ervan uitging dat de woning niet was verkocht, dat zij niet bereid was nogmaals uitstel te verlenen van betaling van de reguliere maandnota's en de achterstand, dat de openstaande vordering van € 19.749,55 op 1 juli 2007 voldaan diende te zijn, en dat zij bij gebreke van betaling tot executoriale verkoop zou overgaan. Omdat belanghebbende niet reageerde, liet de bank weten dat de notaris opdracht zou krijgen tot executoriale verkoop en dat een makelaar was verzocht de woning te taxeren.
- (vii) Bij brief van 6 augustus 2007 eiste de bank (opnieuw) de totale lening (€ 230.066,57) op. Daarnaast vorderde zij onder meer ter zake van achterstand in betaling inclusief boete wegens te late betaling een bedrag van € 21.705,47.
- (viii) Op 11 december 2007 verklaarde de bank zich bereid de veiling op te schorten tot 1 april 2008 onder een tweetal voorwaarden:
 - voldoening van € 32.122,08 aan rente, boete en kosten,
 - vooruitbetaling van rente ten bedrage van € 3.655,52 over de periode van 11 december 2007 tot 1 april 2008.Aan deze voorwaarden is voldaan.
- (ix) Bij brief van 1 april 2008 herhaalde de bank de hypothecaire geldlening niet te willen voortzetten. Wel was zij opnieuw bereid tot opschorting van de executoriale verkoop, ditmaal tot 1 november 2008 mits belanghebbende uiterlijk 8 april 2008 een bedrag van € 7.975,68 ter zake van de rentenota's tot en met de nota met vervaldatum 1 november 2008 zou voldoen en uiterlijk op die datum tot algehele aflossing zou overgaan. Het bedrag van € 7.975,68 is op 24 april 2008 door de bank ontvangen, zoals zij bij brief van 29 april 2008 bevestigde. In die brief herhaalde de bank dat de lening uiterlijk 1 november 2008 afgelost diende te zijn.
- (x) Op 6 januari 2009 schreef de bank aan belanghebbende dat, nu de lening niet was afgelost, de notaris opdracht zou krijgen tot executoriale verkoop.

- (xi) Bij brief van 17 september 2009 - daags na een gesprek tussen partijen - liet de bank weten dat de betalingsachterstand was opgelopen tot € 13.031,54, maar dat zij onder bepaalde voorwaarden - belanghebbende diende uiterlijk 23 september 2009 enige betalingen te verrichten en aan te tonen dat hij in staat was de maandelijkse rentenota's te voldoen en uiterlijk 23 oktober 2009 de rechten uit een polis van levensverzekering aan de bank te verpanden - alsnog bereid was de opeising van de lening en de executoriale verkoop op te schorten. Belanghebbende heeft deze brief onbeantwoord gelaten. Hij heeft slechts ter bevestiging van zijn op 16 september 2009 gedane mededeling dat zijn echtgenote een fulltime dienstverband had een salarisstrook betreffende de maand augustus 2009 aan de bank toegezonden, maar heeft in de periode tot de hierna te noemen verkoop iedere verdere betaling nagelaten. Wel heeft de bank in deze periode gelden ontvangen uit hoofde van een op 27 november 2009 ten laste van zijn echtgenote gelegd loonbeslag.
- (xii) In mei 2010 liet belanghebbende via de veilingnotaris, zoals deze per fax van 19 mei 2010 aan de bank berichtte, weten kans te zien binnen korte tijd € 11.000,- op tafel te krijgen om de achterstand in te lopen. De bank bleek echter, onder meer omdat belanghebbende volgens haar geen zekerheid bood "inzake de toekomstige betaling van de reguliere maandnota's", niet bereid de executoriale verkoop stop te zetten tegen betaling van € 11.000,-. Daarop is op 11 juni 2010 tot die verkoop overgegaan. De bank heeft het toen gedane bod van € 150.300,- aanvaard, maar niet dan nadat op haar verzoek op 14 juni 2010 nog een taxatie had plaatsgevonden met als uitkomst dat de verkoopwaarde bij vrijwillige verkoop vrij van huur en gebruik € 240.000,- bedroeg en de executiewaarde vrij van huur en gebruik € 160.000,-.
- (xiii) Ten tijde van deze verkoop ging de bank uit van een betalingsachterstand van € 34.406,21. Het boetebestanddeel van dit bedrag was in de periode 2007-2010 onjuist berekend. In eerste aanleg heeft de bank zich in verband daarmee nader op het standpunt gesteld dat de achterstand € 15.755,78 beliep. In beroep berekende zij de achterstand uiteindelijk op € 15.932,02 exclusief veilingkosten en € 22.672,75 inclusief veilingkosten.

- 4.2 Belanghebbende heeft in eerste aanleg vergoeding gevorderd van de door hem toen nog op € 300.125,76 begrote schade ten gevolge van de executoriale verkoop van de woning. Aan die vordering legde belanghebbende ten grondslag dat de bank ten onrechte gebruik heeft gemaakt van haar recht tot executoriale verkoop. Daartoe voerde hij het volgende aan:
- De bank heeft nagelaten het in 2008 betaalde bedrag van € 7.975,68 (zie rov. 4.1 onder (ix)) te verwerken waardoor de achterstand groter leek dan deze werkelijk was;
 - De bank heeft het voorstel om € 11.000,- af te lossen (zie 4.1 onder (xii)) ten onrechte afgewezen en heeft de boeterente onjuist berekend waardoor de achterstand in 2010 veel lager was dan zij beweerde. Was de achterstand juist berekend, dan zou het bedrag van € 11.000,- meer dan voldoende zijn geweest om de achterstand te voldoen;

- De bank heeft geen rekening gehouden met het feit dat de echtgenote van belanghebbende in 2010 een fulltime baan had, waardoor betaling van de maandlasten voor de toekomst was verzekerd.

4.3 De Geschillencommissie heeft de vordering toegewezen tot een bedrag van € 89.532,55. Hetgeen zij daartoe heeft overwogen kan als volgt worden weergegeven. De bank heeft onvoldoende weersproken dat zij het bedrag van € 7.975,68 niet op de achterstand in mindering heeft gebracht. Bij een gesprek op 19 mei 2010 heeft belanghebbende aangeboden om € 11.000,- te voldoen en heeft hij de bank meegedeeld dat zijn echtgenote fulltime was gaan werken. De bank heeft daarnaast erkend dat zij in de periode 2007-2010 de verschuldigde boeterente onjuist heeft berekend en heeft in verband daarmee het bedrag van de volgens haar ten tijde van de executie bestaande achterstand verminderd met € 18.650,43. Gelet op het voorgaande bedroeg de achterstand op 19 mei 2010 niet € 33.469,96 maar € 6.843,85. Had de bank de achterstand juist berekend, dan zou het aanbod van belanghebbende om € 11.000,- te voldoen meer dan voldoende zijn geweest om de openstaande schuld te voldoen (rov. 5.3-5.7). Onbegrijpelijk is bovendien dat de bank geen rekening heeft gehouden met het feit dat de echtgenote van belanghebbende fulltime was gaan werken. Zij zou zo naar alle waarschijnlijkheid in staat zijn geweest de maandelijkse betalingsverplichtingen uit hoofde van de geldlening te voldoen. De bank had daaraan niet zonder meer voorbij mogen gaan, in aanmerking genomen dat een executoriale verkoop gelet op de toen al verslechterde economische situatie ingrijpende gevolgen voor belanghebbende en zijn echtgenote zou hebben (rov. 5.8). In het licht van dit een en ander had de bank niet tot executoriale verkoop van de woning mogen overgaan, en dient zij derhalve aan belanghebbende een schadevergoeding te voldoen die in redelijkheid zal worden vastgesteld op € 89.532,55, zijnde het verschil tussen de getaxeerde waarde bij vrije verkoop en de bij executie gerealiseerde opbrengst (rov. 5.9-5.10).

5. Beoordeling van het principale beroep

5.1.1 Vergelijking van het hiervoor in rov. 4.1 onder (i)-(xiii) overwogene met de vaststellingen van de Geschillencommissie in haar overwegingen 3.1-3.10 leert dat, zoals ook door de bank betoogd, de feitelijke gang van zaken op niet onbelangrijke punten anders is geweest dan in eerste aanleg is aangenomen. Uit het in rov. 4.1 onder (i)-(xiii) overwogene rijst het beeld op van een debiteur die over een lange reeks van jaren (2002-2010) bij herhaling met (aanzienlijke) betalingsachterstanden te kampen had, aan de bank verstrekte zekerheden liet verlopen en betalingsregelingen niet nakwam. Daartegenover staat een bank die, na de lening te hebben opgezegd, jarenlang bij herhaling uitstel van executie verleend heeft teneinde die debiteur de kans te bieden de woning op de vrije markt te verkopen, maar die gedurende enkele jaren bij het berekenen van de betalingsachterstanden de verschuldigde boeterente op onjuiste wijze heeft vastgesteld, hetgeen uiteindelijk ertoe heeft geleid dat zij bij de openbare verkoop is uitgegaan van een achterstand van € 34.406,21, terwijl die achterstand, naar zij nu stelt, destijds € 15.932,02 bedroeg, exclusief veiling- en invorderingskosten.

- 5.1.2 In zijn verweerschrift berekende belanghebbende de achterstand op een bedrag van € 3.071,61, waarbij er onder meer van werd uitgegaan dat, zoals ook de Geschillencommissie had aangenomen, meergenoemd bedrag van € 7.975,68 door de bank niet op het bedrag van de achterstand in mindering was gebracht. Ter zitting stelde belanghebbende bij monde van zijn belangenbehartiger het bedrag van de achterstand op ongeveer € 4.510,-, maar verklaarde hij vervolgens desgevraagd zelf dat het om zo'n € 16.000,- ging.
- 5.1.3 Anders dan belanghebbende meent, blijkt uit de door de bank in beroep overgelegde overzichten van te betalen en betaalde bedragen (bijlagen 31 en 36) wel dat bij het door haar genoemde achterstandsbedrag rekening is gehouden met het feit dat belanghebbende in april 2008 een betaling van € 7.975,68 heeft gedaan. Tezamen met genoemd bedrag van € 4.510,- leidt dit ertoe dat in ieder geval kan worden uitgegaan van een achterstand ten tijde van de executoriale verkoop van omstreeks € 12.500,-. Of die achterstand inderdaad € 15.932,02 bedroeg, zoals uit de in de slotzin van rov. 5.1.2 vermelde verklaring van belanghebbende ter zitting zou kunnen worden afgeleid, is voor het antwoord op de vraag of de bank destijds tot executoriale verkoop heeft mogen overgaan niet van belang.
- 5.1.4 Het hiervoor overwogene heeft tot gevolg dat het oordeel van de Geschillencommissie (rov. 5.7) dat het door belanghebbende in mei 2010 aangeboden bedrag van € 11.000,- meer dan voldoende zou zijn geweest om de toen openstaande schuld te voldoen niet in stand kan blijven. Dat belanghebbende genoemd bedrag destijds ook daadwerkelijk zou hebben kunnen betalen, zoals de Geschillencommissie kennelijk heeft aangenomen, heeft hij overigens tegenover de desbetreffende betwisting door de bank in beroep niet aannemelijk gemaakt.
- 5.2 Eveneens gegrond is het bezwaar tegen het oordeel van de Geschillencommissie dat onbegrijpelijk is dat de bank bij haar beslissing om over te gaan tot executoriale verkoop geen rekening heeft gehouden met het feit dat de echtgenote van belanghebbende fulltime was gaan werken en zodoende, aldus de Geschillencommissie, naar alle waarschijnlijkheid in staat zou zijn geweest te voldoen aan de maandelijkse betalingsverplichtingen uit hoofde van de geldlening. Uit de door de bank overgelegde, en in zoverre niet betwiste, overzichten van te betalen en betaalde bedragen blijkt immers dat ondanks het, sedert september 2009 aan de bank bekende, bestaan van een fulltime dienstverband in de periode van omstreeks driekwart jaar voorafgaande aan de verkoop geen enkele reguliere betaling door belanghebbende aan de bank is gedaan, zodat voor de door de Geschillencommissie uitgesproken verwachting aangaande het voldoen van de maandelijkse betalingsverplichtingen geen grond bestaat.

- 5.3.1 Belanghebbende heeft niet betwist dat de bank gerechtigd was de lening op te zeggen en evenmin dat, zoals ook de Geschillencommissie kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, de bank in beginsel bevoegd was om tot executoriale verkoop van de woning over te gaan nu belanghebbende in verzuim was met de voldoening van hetgeen waarvoor het hypotheekrecht tot waarborg strekte. Die verkoop zou dan ook slechts onrechtmatig zijn jegens belanghebbende indien de uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was in de zin van art. 6:248 lid 2 BW.
- 5.3.2 Dit laatste is niet het geval. De bank is, als gevolg van een fout bij het berekenen van de door belanghebbende verschuldigde contractuele boete, bij haar beslissing om gebruik te maken van haar bevoegdheid tot executoriale verkoop ten onrechte uitgegaan van een achterstand van omstreeks € 34.500,- in plaats van - in ieder geval - omstreeks € 12.500,-, en gevolg van die verkoop is geweest dat belanghebbende werd geconfronteerd met een aanzienlijke restschuld. Daar staat tegenover dat de bank eerst tot executie is overgegaan nadat zij belanghebbende, die vanaf 2002 bij herhaling niet in staat was gebleken aan zijn verplichtingen jegens de bank te voldoen en geen uitzicht bood op verbetering in dat opzicht, ruimschoots maar zonder resultaat de tijd had gelaten zelf de woning te verkopen. Een en ander in aanmerking genomen, kan niet worden gezegd dat tussen het belang van de bank bij executie en het belang van belanghebbende bij achterwege blijven daarvan een zo ernstige onevenredigheid bestond dat de bank van haar bevoegdheid tot executoriale verkoop geen gebruik had mogen maken.

6. Slotsom

Het vorenstaande leidt ertoe dat het principale beroep slaagt en dat het incidentele beroep, dat verder geen behandeling behoeft, faalt. De Beroepscommissie zal na te melden beslissing in plaats stellen van de bestreden beslissing van de Geschillencommissie.

7. Beslissing

De Beroepscommissie:

in het principale beroep:

- wijst de vordering van belanghebbende af;

in het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep.