

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-1022

(mr. F.H.E. Boerma, voorzitter, mr. dr. M.D.H. Nelemans, A.E. Tevel, leden en mr. K. van Oort, secretaris)

Klacht ontvangen op	9 maart 2022
Ingediend door	De consument
Tegen	Adviesgroep Combined Gouda B.V., h.o.d.n. NHP, gevestigd te Waddinxveen, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak	2 december 2022
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering gedeeltelijk toegewezen

Samenvatting

Tekortkoming adviseur. De consument stelt dat de adviseur is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht, omdat zij de consument niet of onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de risico's die hij liep doordat zijn ex-partner niet wilde meewerken aan de verkoop van de woning, dan wel niet wilde tekenen voor een overbruggingskrediet. De adviseur betwist dat sprake is van een tekortkoming. De commissie is van oordeel dat de adviseur is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht en dat zij dientengevolge een deel van de schade van de consument dient te vergoeden. De vordering wordt dan ook gedeeltelijk toegewezen.

I. 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) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van de adviseur.
- I.2 De adviseur is in deze zaak vertegenwoordigd door professioneel gemachtigde mr. J.A. Kopp.
- I.3 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 14 september 2022. Op de hoorzitting was de consument aanwezig, samen met de heer [naam 1]. Namens de adviseur waren aanwezig: [naam 2], [naam 3] en [naam 4], samen met hun gemachtigde mr. J.A. Kopp.
- I.4 De consument en de adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 Op 23 maart 2021 heeft de consument een koopovereenkomst voor een woning gesloten, met een aankoopprijs van € 682.500,-. De datum van levering is gepland op 1 december 2021.
- 2.2 In de koopovereenkomst is een ontbindende voorwaarde opgenomen, inhoudende dat de consument de koopovereenkomst uiterlijk tot 23 april 2021 kan ontbinden als er op die datum geen bindend aanbod tot hypothecaire geldlening is verkregen voor een bedrag gelijk aan 100% van de marktwaarde van de woning. Daarnaast is opgenomen dat de consument alleen een beroep op die ontbindende voorwaarde kan doen als hij minimaal twee afwijzingen voor kan overleggen. In deze afwijzingen moet worden opgenomen de naam van de aanvrager en de reden van afwijzing. Deze termijn is een aantal keer verlengd.
- 2.3 Voor de hypotheekaanvraag heeft de consument na ondertekening van de koopovereenkomst contact opgenomen met de adviseur. Tussen partijen is vervolgens een overeenkomst tot stand gekomen, waarbij de consument de adviseur opdracht heeft gegeven om te adviseren en bemiddelen bij de hypotheekaanvraag.
- 2.4 Uit het oriëntatierapport dat de adviseur op 19 maart 2021 heeft opgesteld blijkt dat consument een eigen inbreng kan doen van € 257.000,-, voor de financiering van de aankoop die (grotendeels) voortvloeit uit de voorgenomen verkoop van de woning die op dat moment eigendom is van consument en de ex-partner. De adviseur heeft vervolgens één hypotheekaanvraag gedaan bij Argenta.
- 2.5 Op 6 mei 2021 schrijft de adviseur in een e-mail het volgende aan de consument:

*“(...) Ik heb zojuist contact gehad met Argenta. Zij wensen een bewijs te ontvangen van hoe de verdeling van de overwaarde straks gaat zijn op het moment van verkoop.
(...)
Het hoeft niet per se een akte van verdeling te zijn, omdat de woning verkocht gaat worden. Het gaat dus puur om een bewijs van de verdeling van de overwaarde. (...)”*
- 2.6 Op 13 mei 2021 schrijft de consument in een e-mail aan de adviseur het volgende:

“(...) Er is een kink in de kabel gekomen. Mijn ex is niet bereid te tekenen voor de verkoop van mijn huidige woning. Ik heb daarvoor juridische ondersteuning ingeroepen. Ik ben met de verkoper overeen gekomen dat ik nog tot vrijdag 21 mei de tijd heb om een bankgarantie af te geven. Mocht mijn ex niet tekenen dan ga ik organiseren dat ik deze bankgarantie zelf kan afgeven. Ik bel jouw om van jullie ook te horen wat ik in dit geval het beste kan doen. (...)”

- 2.7 Op 16 juni 2021 schrijft de consument in een e-mail aan de adviseur dat hij in een gerechtelijke procedure is verwickeld met zijn ex-partner, om de verkoop van de woning af te dwingen.
- 2.8 In september verliest de consument de procedure tegen zijn ex-partner. Hierdoor kan hij de verkoop van de woning niet afdwingen.
- 2.9 Op 16 november 2021 stelt de consument met zijn ex-partner een vaststellings-overeenkomst op, waarin is opgenomen dat zijn ex-partner uiterlijk twaalf maanden na het opstellen van een conceptakte van verdeling bij de notaris, het aandeel in de eigendom van de gezamenlijke woning van de consument zal overnemen.
- 2.10 De adviseur heeft op enig moment een nieuwe hypotheekaanvraag ingediend. Op 29 november 2021 heeft de beoogde geldverstrekker aangegeven dat de vaststellings-overeenkomst onvoldoende is om het benodigde overbruggingskrediet te verstrekken.
- 2.11 Op 2 december 2021 is de consument door de verkoper ingebreke gesteld, omdat de consument zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet is nagekomen.
- 2.12 De adviseur doet vervolgens nog een poging een hypothecaire geldlening aan te vragen. Op 9 december 2021 ontvangt de consument een hypotheekaanbod. De consument kan van dit aanbod echter geen gebruik maken, omdat hieraan de voorwaarde is verbonden dat zijn ex-partner meetekent voor de overbruggingshypotheek. Zijn ex-partner weigerde dit.
- 2.13 De consument kan hierdoor niet meer aan zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst voldoen, waardoor hij een boete van 10 % van de aankoopprijs aan de verkopers heeft moeten voldoen.

De klacht en vordering

- 2.14 De consument vordert na wijziging van eis betaling van een bedrag van € 73.906,82, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 4 maart 2022.
- 2.15 De consument legt hieraan het volgende ten grondslag. De adviseur is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens de consument. De adviseur heeft ten onrechte maar één hypotheekaanvraag gedaan, terwijl voor een beroep op de ontbindende voorwaarde twee afwijzingen waren vereist. De consument kon hierdoor al direct geen beroep meer doen op die ontbindende voorwaarde. De adviseur heeft de consument ook onvoldoende gewaarschuwd voor de gevolgen van het laten verstrijken van de termijn voor de ontbindende voorwaarde. Ook heeft de adviseur de consument onvoldoende geïnformeerd over wat het inhield dat zijn ex-partner diende mee te tekenen voor de overbruggingshypotheek.

2.16 De consument heeft door deze tekortkomingen schade geleden. Deze bestaat uit € 68.773,39 aan boete die de consument heeft moeten voldoen, omdat hij zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet kon nakomen. Daarnaast heeft de consument € 500,- aan taxatiekosten gemaakt, € 1.031,02 aan kosten voor opslag van de inboedel totdat hij een huurwoning had gevonden, € 336,- aan vervoerskosten voor het vervoer van de meubelen, € 600,56 aan notariskosten, € 1.200,- aan overnamekosten van de inboedel van zijn huurwoning en € 1.965,85 aan kosten voor juridische bijstand. Deze kosten dienen ook door de adviseur te worden voldaan.

Het verweer

2.17 De adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie daarop bij de beoordeling ingaan.

3. De beoordeling

3.1 De vraag die voorligt is of de adviseur is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht en of zij de gestelde schade van de consument dient te vergoeden.

Beroep op artikel 34.12 van het reglement

3.2 De adviseur doet een beroep op artikel 57 van het reglement en verzoekt de commissie om de consument het procesdossier van de rechtszaak tegen de ex-partner te laten overleggen. Voor zover dit verzoek niet wordt gehonoreerd, verzoekt de adviseur de commissie om de klacht stil te leggen en haar in de gelegenheid te stellen bewijs te verzamelen door middel van een voorlopig getuigenverhoor en/of een vordering op grond van artikel 843a Rv bij de civiele rechter.

3.3 De commissie merkt allereerst op dat de adviseur een beroep doet op het reglement dat geldt vanaf 1 april 2022. Vraag 70 van dat reglement bepaalt dat dit reglement alleen van toepassing is op klachten die vanaf 1 april 2022 zijn ingediend. De onderhavige klacht is ingediend op 9 maart 2022, zodat dit reglement niet van toepassing is. Artikel 34.12 van het reglement geldend tot 1 april 2022 bevat echter een soortgelijke bepaling, zodat de commissie het verzoek van de adviseur zal opvatten als een beroep op artikel 34.12 van het reglement geldend tot 1 april 2022.

3.4 De commissie ziet geen aanleiding om de consument te verzoeken de processtukken te overleggen, dan wel de zaak stil te leggen om de adviseur in de gelegenheid te stellen nader bewijs te verzamelen. De adviseur stelt dat zij bewijs wenst te verzamelen van de stelling dat de consument op de hoogte was van de risico's die zich uiteindelijk hebben geopenbaard. Dit wordt op zichzelf niet betwist door de consument. Hij erkent dat hij ervan op de hoogte was dat hij medewerking van zijn ex-partner nodig had om de financiering rond te krijgen.

Nu de stelling waarvan de adviseur nader bewijs wenst te verzamelen op zichzelf geen geschilpunt is, wordt het verzoek van de adviseur afgewezen.

Tekortkoming adviseur

- 3.5 De adviseur betwist dat sprake is van een tekortkoming. Er is uiteindelijk een financieringsaanbod verkregen, dus het is zeer de vraag of de consument een beroep op de ontbindende voorwaarde had kunnen doen. Daarvoor was het immers noodzakelijk dat er twee afwijzingen werden verkregen, aldus de adviseur.
- 3.6 Naar het oordeel van de commissie had de adviseur op zijn minst met de consument moeten bespreken dat de financiering niet rond zou komen als zijn ex-partner niet wilde meewerken en dat een beroep op de ontbindende voorwaarde gezien de omstandigheden waarschijnlijk verstandig zou zijn. Op 13 mei 2021 had de adviseur duidelijk moeten worden dat de kans op een succesvolle financieringsaanvraag verminderde toen de consument de adviseur op de hoogte stelde van de weigering van de ex-partner om mee te werken aan de verkoop van de woning. Het moge zo zijn dat de consument op dat moment niet uit zichzelf wilde afzien van de aankoop, maar het is juist de adviseur die in zo'n situatie de klant objectief moet adviseren over de ontstane situatie en de (on)mogelijkheden, zodat een zakelijke afweging kan worden gemaakt. De adviseur had dan nog bijvoorbeeld een poging kunnen ondernemen om alsnog twee afwijzingen te verkrijgen. Na 13 mei 2021 was er immers nog ruim een week tot de ontbindende voorwaarde op 21 mei 2021 verliep. Met alleen de hypotheekaanvraag die al was gedaan was het niet mogelijk om een afwijzing te verkrijgen. De adviseur had echter alsnog twee nieuwe hypothecaire aanvragen (met spoed) kunnen indienen zonder de overwaarde van de gezamenlijke woning mee te nemen. Immers, in de koopovereenkomst was opgenomen dat het financieringsvoorbehoud van toepassing was op een financiering van 100% van de marktwaarde van de gekochte woning. Tussen partijen is niet in geschil dat de hypothecaire lening zonder die overwaarde niet passend was en in dat geval had de adviseur mogelijk nog tijdig twee afwijzingen kunnen verkrijgen. De adviseur valt te verwijten dat zij hiertoe in het geheel geen poging heeft ondernomen en dat zij deze optie ook niet aan de consument heeft voorgelegd.
- 3.7 De adviseur stelt dat uitvoerig en duidelijk met de consument is gesproken over mogelijke ontbinding van de koopovereenkomst, maar dat de consument hier zelf geen gebruik van wilde maken. De consument heeft dit betwist. Het verweer van de adviseur slaagt niet. Dat de adviseur uitvoerig met de consument heeft gesproken over ontbinding van de koopovereenkomst blijkt nergens uit. Uit de door de adviseur overgelegde gespreksnotitie blijkt niet dat is gesproken over de mogelijkheid om alsnog een beroep te doen op de ontbindende voorwaarde.

De commissie acht het ook onwaarschijnlijk dat als partijen hierover uitvoerig zouden hebben gesproken, de adviseur nergens schriftelijk zou hebben vastgelegd dat de consument geen gebruik wilde maken van de ontbindende voorwaarde, ondanks expliciete waarschuwing voor de risico's. Deze stelling is bovendien innerlijk tegenstrijdig met de stelling van de adviseur dat het niet is besproken. Het was immers volgens de adviseur, vanwege het niet kunnen verkrijgen van afwijzingen, niet mogelijk om een beroep te doen op de ontbindende voorwaarde. De adviseur heeft bewijs aangeboden van de stelling dat zij hierover met de consument heeft gesproken, maar heeft naar het oordeel van de commissie gezien het voorgaande onvoldoende concrete stellingen ingenomen om tot bewijs te worden toegelaten.

- 3.8 Gezien het voorgaande is de adviseur tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht, doordat zij de consument niet nadrukkelijk heeft gewezen op de mogelijke gevolgen van het laten verlopen van de ontbindingsmogelijkheid in het koopcontract, en niet expliciet de mogelijkheid heeft geadviseerd of heeft geboden alsnog een beroep te doen op de ontbindende voorwaarde, althans daartoe in ieder geval een poging te ondernemen.

Toewijsbare schade met betrekking tot de boete

- 3.9 Het voorgaande betekent echter niet dat de door de consument gestelde schade met betrekking tot de boete (geheel) voor rekening van de adviseur komt.
- 3.10 De adviseur betwist allereerst dat sprake is van een causaal verband tussen de gestelde schade en de tekortkoming. Dit verweer slaagt niet. De adviseur is tekortgeschoten, omdat zij de consument geen mogelijkheid heeft geboden een beroep te doen op de ontbindende voorwaarde, op het moment dat bleek dat medewerking van de ex-partner een probleem vormde. Als de koopovereenkomst op dat moment was ontbonden, dan had de consument geen schade geleden. In zoverre is aldus sprake van een causaal verband.
- 3.11 Daarnaast stelt de adviseur dat de schade het gevolg is van omstandigheden die aan de consument kunnen worden toegerekend. Artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de consument kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de consument en de adviseur te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.
- 3.12 Naar het oordeel van de commissie is de schade gedeeltelijk het gevolg van omstandigheden die aan de consument kunnen worden toegerekend. Dit zal hieronder worden toegelicht.
- 3.13 De consument heeft op geen enkel moment aan de adviseur gevraagd of hij de koopovereenkomst alsnog kon ontbinden.

De consument heeft daarover ter zitting verklaard dat hij er vertrouwen in had dat het goed zou komen, en dat zijn ex-partner gedwongen zou kunnen worden haar medewerking te verlenen. De consument heeft niet betwist dat hij wist dat hij een risico liep als zijn ex-partner niet wilde meewerken en het had dan ook op zijn weg gelegen om op het moment dat de problemen zich voordeden met de adviseur te bespreken of er nog mogelijkheden waren om de koopovereenkomst te ontbinden. Dit heeft hij echter nagelaten.

- 3.14 De consument wist bovendien dat de ontbindende voorwaarde op 21 mei 2021 afliep en hij wist op dat moment ook dat de financiering niet rond kon komen zonder medewerking van zijn ex-partner. De consument heeft er op dat moment zelf voor gekozen om niet nogmaals verlenging te vragen van de ontbindende voorwaarde, maar deze te laten verlopen. Daarbij komt dat het feit dat de hypothecaire lening uiteindelijk niet kon worden afgenomen in de risicosfeer van de consument ligt. Dat de financiering uiteindelijk niet is rondgekomen is immers het gevolg van het feit dat de ex-partner van de consument niet wilde meewerken aan de overbruggingshypotheek. Dit is een omstandigheid die volledig in de invloedssfeer van de consument ligt. De adviseur heeft geen invloed op de medewerking door de ex-partner en kan hiervan dan ook geen verwijt worden gemaakt.
- 3.15 Gezien het voorgaande beslist de commissie dat de schade met betrekking tot de boete voor 50 % aan de adviseur en voor 50 % aan de consument wordt toegerekend. Dit betekent dat de adviseur een bedrag van € 34.386,70 aan de consument dient te vergoeden en dat de schade voor het overige voor rekening van de consument blijft.

Taxatiekosten

- 3.16 De consument stelt dat de adviseur de gemaakte taxatiekosten van € 500,- moet voldoen. Deze vordering wordt afgewezen. De factuur voor het uitvoeren van de taxatie dateert van 9 april 2021, terwijl de problemen met de ex-partner van de consument pas op of rond 13 mei 2021 ontstonden. Op dat moment waren de taxatiekosten reeds gemaakt en de consument had deze kosten dus niet kunnen voorkomen op het moment dat de koopovereenkomst alsnog zou zijn ontbonden. Met betrekking tot deze schade ontbreekt aldus een causaal verband met de tekortkoming van de adviseur.

Kosten opslag, vervoer en overnamekosten inboedel

- 3.17 De gevorderde schade met betrekking tot de opslag van de inboedel, vervoerskosten en overnamekosten voor de inboedel is door de consument – ondanks verzoek daartoe – onvoldoende onderbouwd. De consument heeft weliswaar facturen overgelegd van de betaalde bedragen, maar hij heeft nagelaten om toe te lichten waarom deze bedragen voor rekening van de adviseur zouden moeten komen. De vordering wordt op dit punt dan ook afgewezen.

Notariskosten

3.18 De consument vordert tevens vergoeding van de notariskosten. Deze vordering wordt eveneens afgewezen. De consument heeft ook met betrekking tot deze schade nagelaten te onderbouwen waarom deze kosten voor rekening van de adviseur dienen te komen. De consument wist dat de hypothecaire lening alleen rond kon komen als zijn ex-partner meewerkte en hij wist ook dat dit een probleem vormde. Hij heeft er echter zelf voor gekozen het proces bij de notaris wel in gang te zetten, waardoor kosten zijn gemaakt. Dit kan de consument niet aan de adviseur tegenwerpen.

Wettelijke rente

3.19 Tegen de gevorderde wettelijke rente is door de adviseur geen (zelfstandig) verweer gevoerd, zodat de wettelijke rente over het toegewezen bedrag zal worden toegewezen.

Proceskosten

3.20 Aangezien de consument en de adviseur over en weer deels in het (on)gelijk zijn gesteld, zal de commissie de proceskosten compenseren, wat betekent dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Conclusie

3.21 Het voorgaande betekent dat de vordering tot een bedrag van € 34.386,70 vermeerderd met de wettelijke rente zal worden toegewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist:

- 4.1 dat de adviseur binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd een bedrag van € 34.386,70 aan de consument vergoedt met wettelijke rente daarover vanaf 4 maart 2022 tot aan de dag van algehele voldoening;
- 4.2 wijst de vorderingen voor het overige af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Kifid als wordt voldaan aan de vereisten van regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak 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 vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl