

Uit de praktijk

Jaarlijks spreken onze rechtbanken en gerechtshoven recht in duizenden zaken. De zaken die uiteindelijk bij de Hoge Raad komen krijgen in de juridische literatuur vaak alle aandacht. Toch zitten er tussen de vele geschillen die reeds in eerste aanleg of in hoger beroep beslist worden ook regelmatig interessante gerechtelijke uitspraken. In de rubriek 'Uit de praktijk' bespreekt Jurgen Braspenning een of meerdere opvallende uitspraken uit de lagere rechtspraak. Daarbij kijkt hij vanuit een praktijkgericht perspectief naar deze uitspraken. De ene keer op kritische wijze, de andere keer met een knipoog, maar altijd ter leering ende vermaeck.

Vijf vragen over het financieringsvoorbehoud

Inleiding

Twee jaar geleden schreef ik in deze rubriek over een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin het financieringsvoorbehoud bij de koop van een woning centraal stond.¹ In die zaak besliste de Rechtbank Rotterdam dat de koper zich onvoldoende ingespannen had om de benodigde financiering te verkrijgen. Daarom moest de koper 10% van de koopsom als boete betalen aan de verkoper. Naar aanleiding van die publicatie heb ik veel reacties ontvangen van kopers, verkopers en tussenpersonen. Ik merk aan de vragen die ik krijg dat er in de praktijk nog veel onduidelijkheid is over de werking van het financieringsvoorbehoud.

Meestal gaat het om het financieringsvoorbehoud zoals opgenomen in de standaardakte van de Nederlandse Vereniging van Makelaars en taxateurs in onroerende goederen (NVM).² Opvallend genoeg leidt die bepaling nogal eens tot discussies tussen partijen en ook wel tot gerechtelijke procedures. Op het eerste gezicht is dit opvallend. De in de NVM-akte gehanteerde terminologie gaat al jaren mee en is op het eerste gezicht niet heel ingewikkeld. Te meer nu er een uitgebreide toelichting bij de akte zit. Tegelijkertijd is de bepaling en de toelichting niet altijd even scherp geformuleerd. Bovendien zijn de meeste verkopers en kopers (en makelaars) geen juristen en hanteren zij vaak als *default* de standaardtekst.³ De standaardtekst is vrij beperkt en wellicht niet helemaal in lijn met de verwachtingen van verkopers. Tegelijkertijd laat de NVM-akte partijen wel vrij om afwijkende/aanvullende afspraken te maken op dit punt; met alle risico's van dien.

Op basis van mijn ervaringen zal ik in deze bijdrage trachten wat meer duidelijkheid te geven over de werking van het financieringsvoorbehoud. Ik zoek daarbij aanslui-

ting bij recente rechtspraak. Deze bijdrage is opgebouwd aan de hand van een vijftal vragen. Ten eerste sta ik stil bij de vraag wat partijen nu eigenlijk doen als zij het financieringsvoorbehoud uit de NVM-akte opnemen in de koopovereenkomst. Ten tweede vraag ik mij af wanneer een koper zich voldoende ingespannen heeft om een financiering te krijgen. Ten derde ga ik in op de vraag wanneer een beroep op het financieringsvoorbehoud voldoende gedocumenteerd is. Ten vierde ga ik in op de vraag wat een koper moet doen als hij zich op het financieringsvoorbehoud wil beroepen. Ten vijfde schets ik vanuit het perspectief van de verkoper de mogelijkheden die hij heeft wanneer hij zich niet kan verenigen met een beroep op het financieringsvoorbehoud.

Wat spreken koper en verkoper eigenlijk af?

Ik richt mij in deze bijdrage primair op het in de NVM-akte gehanteerde financieringsvoorbehoud. Deze akte is zoals gezegd vrijelijk beschikbaar op internet en wordt standaard door NVM-makelaars en andere makelaars gebruikt bij de verkoop van een privéwoning. Ook niet makelaars gebruiken vaak deze akte als basis bij de verkoop van een particuliere woning. In de NVM-akte wordt het financieringsvoorbehoud toegepast als een ontbindende voorwaarde. In beginsel staat deze voorwaarde beschreven in art. 15 van de NVM-akte.⁴ De koper krijgt het recht om de koopovereenkomst te ontbinden als hij op datum X geen bindend aanbod voor een hypothecaire geldlening à bedrag Y verkregen heeft van een erkende geldverstrekende bankinstelling.⁵ Partijen kunnen ervoor kiezen om deze voorwaarde nog preciezer vorm te geven door eisen aan het aanbod van de hypotheekverstrekker te verbinden, bijvoorbeeld het rentepercentage dat aangeboden is moet lager zijn dan 3% of dat de Nationale Hypotheek Garantie van toepassing moet zijn.

De koper kan niet stil blijven zitten tot aan de afgesproken einddatum en vervolgens ontbinden. Uit de NVM-akte volgt dat partijen over en weer al het redelijke en mogelijke doen teneinde de benodigde financiering te verkrijgen. De koper heeft dus een inspanningsplicht hier. Daar ga ik bij vraag 2 verder op in. Indien de koper tot de conclusie komt dat hij de benodigde financiering niet kan verkrijgen, dan dient hij de ontbinding van de koopovereenkomst tijdig in te roepen. Dit gaat dus niet vanzelf. De koper zal actie moeten ondernemen en daarbij zorgvuldig moeten zijn, zie hierna vraag 4. Hij zal zijn ontbindingsverklaring moeten staven met bewijs. Zijn verklaring moet goed gedocumenteerd zijn, aldus de NVM-akte. Standaard bepaalt de NVM-akte dat het overleggen van een afwijzingsbrief van een erkende geldverstrekende bankinstelling voldoende is. Het staat

1. J.J.A. Braspenning, 'Uit de praktijk', *TvC* 2018, afl. 2, p. 115-117.

2. Overigens gebruiken ook andere makelaars deze akte, maar ik noem het hier verder de NVM-akte. Op de site van de consumentenbond kan men een blanco exemplaar downloaden: [consumentenbond.nl/huis-kopen/koopcontract-nieuw-huis](https://www.consumentenbond.nl/huis-kopen/koopcontract-nieuw-huis), laatst geraadpleegd op 10 mei 2010.

3. In dat kader heb ik meermaals in mijn omgeving gehoord dat makelaars huiverig zijn om te sleutelen aan de tekst van de NVM-akte. Een bepaling doorstrepen gebeurt nog weleens, maar bepalingen herformuleren roept koudwatervrees op.

4. Daarbij ga ik ervan uit dat partijen geen bepalingen hebben weggehaald of toegevoegd. Anders zal het financieringsvoorbehoud niet in artikel 15 staan.

5. De term bankinstelling is vreemd gekozen. De NVM-akte doelt daarmee op een bank of verzekeraar in de zin van art. 1:1 Wft. De term bankinstelling komt helemaal niet voor in art. 1:1 Wft en is dus een zelfgekozen verzamelbegrip.

partijen overigens vrij om daar andere afspraken over te maken. Naast de inspanningsplicht geldt er dus ook een documentatie- c.q. informatieplicht voor de koper. Doel van deze verplichting is dat de verkoper zelfstandig in staat gesteld wordt om de geldigheid van het beroep op het financieringsvoorbehoud te kunnen controleren.⁶ Ik behandel dit hier als separate verplichting die voortvloeit uit het overeengekomen financieringsvoorbehoud.⁷ Bij vraag 3 sta ik stil bij wat in de praktijk als ‘goed gedocumenteerd’ kan worden beschouwd.

Daarnaast kunnen partijen nog andere afspraken maken die samenhangen met het financieringsvoorbehoud. Zo kan bijvoorbeeld de afspraak gemaakt worden dat het voor rekening en risico van de koper komt als hij zijn bestaande woning niet tijdig kan verkopen en daardoor geen financiering krijgt. Al het voorgaande laat onverlet dat wanneer er tussen partijen op enig moment discussie ontstaat over de inhoud van het financieringsvoorbehoud het een kwestie van uitleg is. Aan de hand van de Haviltex-maatstaf zal het beding moeten worden uitgelegd door de rechter. Daarbij zal niet alleen naar de tekst van de bepaling gekeken worden, maar een taalkundige uitleg is wel van groot belang.⁸ Partijen onderhandelen immers vaak niet (uitvoerig) over het beding en worden bijgestaan door een professionele adviseur in de vorm van de verkoopmakelaar en, meestal, de aankoopmakelaar.

Wanneer heeft de koper zich voldoende ingespannen?

De koper heeft na het overeenkomen van het financieringsvoorbehoud uit de NVM-akte een inspanningsplicht. Hij zal serieus moeten proberen om een financiering te verkrijgen. Het is in beginsel ook aan de koper om in een eventuele gerechtelijke procedure te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij aan zijn inspanningsplicht voldaan heeft.⁹ Lukt dit niet, dan riskeert de koper dat hij niet mag ontbinden en dus aan de overeenkomst gehouden blijft.

De koper is uiteindelijk zelf verantwoordelijk voor het voldoen aan de inspanningsplicht. Een koper mag zich niet verschuilen achter, bijvoorbeeld, zijn tussenpersoon. Is de tussenpersoon van de koper onvoldoende voortvarend te werk gegaan, dan zal dat binnen de kaders overeenkomst van opdracht tussen koper en tussenpersoon afgewikkeld moeten worden. De verkoper staat daar verder buiten.¹⁰

In ieder geval mag van de koper verwacht worden dat wanneer hij een hypotheekaanvraag doet hij de aanvraag zo volledig mogelijk indient bij de hypotheekverstrekker. Een aanvraag die erop gericht lijkt om louter een afwij-

zing te krijgen is in dat licht onvoldoende, zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in een recente uitspraak.¹¹ In die zaak liet de koper na om onder andere zijn brutojaarincome, beroeps- en huidige financiële- en woonsituatie door te geven aan de hypotheekverstrekker.

Van de koper mag verwacht worden dat hij actief op zoek gaat naar een financiering, maar moet de koper direct na het sluiten van de koopovereenkomst een financiering aanvragen? De Rechtbank Midden-Nederland kwam tot de conclusie dat uit het feit dat een koper na het sluiten van de koop niet onmiddellijk is overgegaan tot een formele hypotheekaanvraag niet volgt dat hij zich onvoldoende ingespannen heeft.¹² De rechtbank acht het aannemelijk dat een koper in de beginfase eerst informeel overleg heeft met een hypotheekverstrekker en pas later een formele aanvraag doet. Uit een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 15 oktober 2019 volgt dat als een koper kan aantonen dat hij direct na het sluiten van de overeenkomst een of meerdere hypotheekverstrekkers (informeel) benaderd heeft, bijvoorbeeld door het overleggen van correspondentie, hem niet verweten kan worden dat hij te laat actie heeft ondernomen.¹³

In het verlengde hiervan is interessant of het uitmaakt bij welke bankinstelling de koper de financiering aanvraagt. In een recente zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd de kopers verweten dat zij alleen bij kleine hypotheekverstrekkers, zoals Munt Hypotheken, een aanvraag hadden gedaan en de grootbanken niet benaderd hadden. Het gerechtshof oordeelde dat het niet uitmaakt bij welke hypotheekverstrekker men aanklopt, zolang het maar een erkende hypotheekverstrekker is.¹⁴ Een verplichting om, al dan niet na een afwijzing van een kleine hypotheekverstrekker, een van de grootbanken te benaderen volgt dus niet uit de inspanningsplicht van de koper.

Ook een BKR-registratie geeft nogal eens aanleiding tot discussie. Vaak voelen verkopers zich bekocht als blijkt dat door een BKR-registratie van (een van) de koper(s) er geen financiering wordt verstrekt. De koper had toch moeten weten dat hij een BKR-registratie had en daardoor géén financiering zou krijgen? Gelukkig voor de koper ligt dit wat genuanceerder. Als een kredietaanvraag geweigerd wordt vanwege een BKR-notering, dan betekent dat nog niet dat de koper zich onvoldoende ingespannen heeft, aldus de Rechtbank Midden-Nederland.¹⁵ Opgemerkt zij dat de koper in die zaak géén achterstand op zijn lening had. Hij had volgens de hypotheekverstrekker te veel andere leningen op zijn naam in het BKR-re-

6. Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2818, r.o. 3.7.

7. Zie Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2818, r.o. 3.6. en Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, r.o. 6.3.4.

8. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3268, r.o. 4.2 en 4.3 en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1895, r.o. 6.3 en 6.4.

9. Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:9, r.o. 6.5.1.

10. Rb. Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:152, r.o. 4.3.

11. Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3268, r.o. 4.6.

12. Rb. Midden-Nederland 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6463, r.o. 3.3.

13. Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3747, r.o. 3.6.

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1895, r.o. 6.12.

15. Rb. Midden-Nederland 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6463, r.o. 3.4.

gister staan.¹⁶ Ook het hebben van een negatieve BKR-notering hoeft niet in de weg te staan van een geslaagd beroep op het financieringsvoorbehoud. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch zag in het bestaan van een BKR-notering geen verwijt aan het adres van de koper. De koper werd verweten door verkopers dat het beroep op het financieringsvoorbehoud naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De koper had een oude achterstandsnotering (zgn. A-codering) naar aanleiding van een eerdere (afgeronde) betalingsregeling met een creditcardmaatschappij. De koper was hier naar eigen zeggen niet van de op hoogte. Het gerechtshof vond niet dat de koper verweten kon worden dat hij niet wist dat hij door de BKR-notering thans geen hypothecaire lening kon krijgen.¹⁷ Hij mocht de overeenkomst gewoon ontbinden. Opgemerkt zij nog dat het BKR-beleid van hypotheekverstrekkers ook niet altijd even transparant en voorspelbaar is.¹⁸

Bij het aanvragen van de benodigde financiering kan de arbeidssituatie van de koper ook tot een kink in de kabel leiden. Zo kan een arbeidscontract niet verlengd worden of is het niet mogelijk om een werkgeversverklaring te vragen. In de eerder genoemde zaak bij het Gerechtshof Amsterdam verweten de verkopers de kopers dat deze zich onvoldoende ingespannen hebben omdat de kopers geen werkgeversverklaring konden overleggen aan de hypotheekverstrekker, terwijl deze daar wel nadrukkelijk naar vroeg. De kopers hadden open kaart gespeeld naar de bank toe en aangegeven dat een van hen een aflopende arbeidsovereenkomst had en daardoor geen werkgeversverklaring kreeg. Van de nieuwe werkgever kon op dat moment nog geen werkgeversverklaring verkregen worden. Het gerechtshof besliste dat kopers niet verweten kon worden om, met kennis van het aflopende contract, toch de koopovereenkomst te sluiten, omdat niet is vast komen te staan dat kopers hierdoor per definitie geen lening konden krijgen.¹⁹

In sommige gevallen moet de koper eerst zijn oude woning verkopen, omdat hij anders geen financiering krijgt voor de nieuwe woning. Verkopers verwijten kopers nogal eens dat zij door hun eigen woning niet tijdig te verkopen alsnog onder de koopovereenkomst uit kunnen. Indien partijen geen afspraken gemaakt hebben over wat te doen als de koper zijn oude huis niet tijdig kan verkopen, kan niet zonder meer geconcludeerd worden dat de koper zich onvoldoende ingespannen heeft om de benodigde financiering te verkrijgen als zijn oude woning nog niet verkocht is.²⁰ Dit geldt ook voor bijvoorbeeld het verwijt dat de koper vermogend is en bij het achterblijven van een voldoende hoge financiering eigen vermogen in

had moet brengen. Spreekt men daar niets over af, dan heeft de verkoper meestal pech.

Verder viel mijn oog op een zaak waarin een koper na een het doen van taxatie het appartement dat hij gekocht had toch te duur vond. Door de lagere taxatiewaarde kon de koper de oorspronkelijke koopsom niet financieren. Verkoper wilde de koper tegemoet komen en het verschil tussen de overeengekomen koopprijs en de taxatiewaarde delen. Door de voorgestelde prijsverlaging van € 12.000 (op een koopsom van € 160.000) had de koper mogelijk wel een financiering kunnen krijgen. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde echter dat de koper niet verplicht is om in het kader van zijn inspanningsplicht akkoord te gaan met de prijsverlaging.²¹ Omdat de koper de oorspronkelijke koopsom (plus kosten) niet kon financieren mocht hij ontbinden. Persoonlijk vind ik dit in het licht van de breed geformuleerde wederzijdse verplichting uit de NVM-akte (*'partijen verplichten zich over en weer al het redelijke mogelijke te doen...'*) geen redelijke uitkomst.

Wanneer is een beroep op het financieringsvoorbehoud voldoende gemotiveerd (goed gedocumenteerd)?

Het is aan de koper om gemotiveerd aan te tonen dat hij zich voldoende ingespannen heeft. Dit doet hij door zijn ontbindingsverklaring aan de hand van wat partijen overeengekomen zijn als 'goed gedocumenteerd' te onderbouwen. De toets of een beroep op het financieringsvoorbehoud correct ingeroepen is zal dus per geval verschillen. Is niet voldaan aan de eis van goed gedocumenteerd dan blijft de koopovereenkomst in beginsel in stand.²²

In de eerder genoemde zaak bij het Gerechtshof Amsterdam spraken partijen af dat het overleggen van twee afwijzingen voldoende was. De verkopers verweten de kopers vervolgens dat deze ook nog de 'onderliggende stukken' hadden moeten toevoegen aan hun ontbindingsverklaring. Het gerechtshof oordeelt dat een dergelijke verplichting niet blijkt uit de (tekst van de) overeenkomst. Het overleggen van de twee afwijzingsbrieven van hypotheekverstrekkers was hier dus voldoende.²³ Indien een koper bij een beroep op het financieringsvoorbehoud meer informatie wil ontvangen, dan zal hij dat dus ex ante moeten opnemen in de overeenkomst. In een recente zaak bij de Rechtbank Rotterdam deden partijen dat wel. Koper en verkoper spraken af dat onder 'goed gedocumenteerd' in ieder geval wordt verstaan dat de ontbindingsverklaring vergezeld gaat van *'bewijsstukken (met*

16. Het BKR registreert niet alleen betalingsachterstanden en andere problemen, maar simpelweg ieder krediet dat iemand heeft van € 250 of hoger.

17. Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2953, r.o. 6.3.5.

18. Vereniging Eigen Huis probeert daar een overzicht van bij te houden, zie eigenhuis.nl/docs/default-source/downloads/actueel/hypotheek-met-bkr-notering.pdf?sfvrsn=0, laatst geraadpleegd op 1 mei 2020.

19. Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3747, r.o. 3.8.

20. Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:9, r.o. 6.5.13.

21. Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:9, r.o. 6.5.13.

22. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8011, r.o. 4.4.

23. Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3747, r.o. 3.9 en zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1895, r.o. 6.8 en 6.9 en Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:9, r.o. 6.5.10.

vermelding van het aangevraagde hypotheekbedrag)²⁴. Het overleggen van een onvolledig ingevulde hypotheekaanvraag als bewijsstuk vond de rechtbank daarom onvoldoende.²⁵ De koper kon daarom niet ontbinden.

Er zijn ook echter gevallen waar niet volledig voldaan is aan de eisen die partijen aan het beroep op het financieringsvoorbehoud gesteld hebben, maar het beroep op het financieringsvoorbehoud toch slaagt. In een zaak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden spraken partijen de volgende tekst af: *'In de afwijzing dient duidelijk vermeld te worden de door de koper aangereikte gegevens voor de financieringsaanvraag.'*²⁶ Op de laatste dag waarop de koper een beroep kon doen op het financieringsvoorbehoud had deze nog geen afwijzing van een hypotheekverstrekker ontvangen. De hypotheekverstrekker wenste op dat moment geen lening te verstrekken, maar wilde ook nog geen definitief oordeel geven. De hypotheekverstrekker wilde eerst duidelijkheid krijgen over het dienstverband van de koper. Gelet op deze onzekerheid besloot koper de koopovereenkomst te ontbinden. De koper stuurde alle stukken die zij op dat moment had op naar de verkoper, te weten de hypotheekaanvraag en een reeds ontvangen offerte van de hypotheekverstrekker. Uit deze documenten bleek in ieder geval het inkomen van de koper, het gewenste leenbedrag en overwaarde van haar huidige woning. De verkoper ging niet akkoord met het beroep op het financieringsvoorbehoud. Er was op de bewuste datum namelijk geen afwijzing overgelegd door de koper. Dit staat volgens het gerechtshof niet in de weg aan een succesvol beroep op het financieringsvoorbehoud. Uit de overgelegde stukken blijkt volgens het gerechtshof dat de koper niet tijdig een financiering heeft kunnen krijgen.²⁷

In een enigszins vergelijkbare zaak bij het Gerechtshof Amsterdam had de koper evenmin conform de overeengekomen documentatie-eis een beroep gedaan op het financieringsvoorbehoud.²⁸ In eerste instantie gaf de makelaar van de verkopers aan dat de ontbindingsverklaring van kopers en de daarbij overgelegde afwijfsbrief van de hypotheekverstrekker voldoende was. Uit de brief volgde dat een BKR-registratie het verkrijgen van een financiering in de weg stond. Kort daarna, maar nog voor de einddatum van het financieringsvoorbehoud, krabbelden verkopers terug en lieten weten niet akkoord te zijn met de ontbinding. Concreet gaven zij aan dat er geen logo en handtekening op de afwijfsbrief stond, ook bleek uit de brief niet om welke woning het ging en was het leenbedrag niet vermeld.²⁹ Vervolgens heeft de tussenpersoon van kopers tijdig een e-mail gestuurd met een toelichting van de gang zaken en bevestigd dat hij bij meerdere partijen geen financiering kon realiseren voor kopers. Na

het verstrijken van de termijn van het financieringsvoorbehoud stuurden de kopers nog een nieuwe afwijfsbrief van de hypotheekverstrekker naar de verkopers. Het gerechtshof oordeelde dat, hoewel formeel niet voldaan aan de eisen van wat goed gedocumenteerd is, de kopers toch mochten ontbinden. Dit niet alleen op basis van het door de verkoopmakelaar gewekte vertrouwen dat de eerste afwijfsbrief voldoende was, maar ook omdat op basis van de eerste afwijfsbrief en toelichting van de tussenpersoon het voor verkopers duidelijk was dat kopers vanwege een BKR-notering geen lening konden krijgen. Om die reden is volgens het gerechtshof voldaan aan de strekking van het overeengekomen financieringsvoorbehoud.³⁰

Een afwijkende benadering hanteerde de Rechtbank Amsterdam in een zaak uit 2019. Partijen spraken af dat de koper moest aantonen dat hij bij minstens twee erkende hypotheekverstrekkers een offerte had aangevraagd en geen financiering kreeg. In deze zaak voldeed koper niet aan dit vereiste. Hij overlegde slechts een taxatierapport waar een veel lagere waarde dan de koopsom uit voortvloeide. Omdat banken ten tijde van de aankoop van de woning in 2017 nog maar 101% van de taxatiewaarde mochten financieren kon hij op basis van deze taxatie geen lening krijgen. Koper probeerde daarom nog een bedrag te lenen bij zijn schoonmoeder. Dit lukte uiteindelijk ook niet. Het beroep van verkopers op de eis dat er twee afwijzingen overgelegd moeten worden vooraleer de koper terecht kon ontbinden vond de rechtbank daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.³¹ De koper had zich volgens de rechtbank voldoende ingespannen. Hier lijkt het voldaan hebben aan inspanningsplicht dus een schending van de documentatieplicht te kunnen repareren.

Wat te doen als koper?

Op grond van de tekst van (veelal) art. 15.3 van de NVM-akte moet de koper uiterlijk op de eerste werkdag, dan wel een ander overeengekomen moment, na de dag waarop hij uiterlijk een beroep kon doen op het financieringsvoorbehoud een schriftelijke ontbindingsverklaring aan de verkoper of dienst makelaar doen toekomen. Op die dag moet de verkoper (dan wel zijn makelaar) de ontbindingsverklaring dus hebben ontvangen. De ontbindingsverklaring moet via 'gangbare communicatiemiddelen' geschieden. In de toelichting bij de NVM-akte wordt aangegeven dat het doen van de mededeling per aangetekende post voor de hand ligt. Indien partijen eerder per e-mail gecommuniceerd hebben dan kan dat echter ook als 'gangbaar' gezien worden. Het spreekt voor zich dat de bewijslast dat de verklaring tijdig de verkoper bereikt heeft op grond van de ontvangsttheorie bij koper ligt. Daarom heeft versturen via een aangetekend schrijven mijn voorkeur. Het blijft lastig om te bewijzen dat een

24. Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3268, r.o. 2.4.

25. Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3268, r.o. 4.6.

26. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1588.

27. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1588, r.o. 5.3.

28. Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2818. Partijen spraken hier de volgende definitie af: *'Tevens zal uit de bewijsstukken moeten blijken voor welk bedrag de offerte heeft aangevraagd en om welke reden(en) de financieringsaanvraag door de geldverstrekker instelling is afgewezen.'*

29. Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2818, r.o. 2.15.

30. Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2818, r.o. 3.10.

31. Rb. Amsterdam 6 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:781, r.o. 4.7.

e-mail de ontvanger bereikt heeft. Een oplossing is het versturen van een e-mail met de ontvangst- en leesbevestiging aan. In dat geval heeft de verzender een bewijs dat de e-mail gelezen is. Persoonlijk zou ik de brief zowel aangetekend versturen als mailen.

De koper dient daarnaast te voldoen aan het vereiste van 'goed gedocumenteerd' zoals partijen dat concreet afgesproken hebben, zie hiervoor vraag 3. Kan de koper door omstandigheden daar niet aan voldoen, bijvoorbeeld omdat hij geen afwijfsbrief heeft, dan dient hij mijns inziens in ieder geval alle beschikbare stukken te overleggen waaruit blijkt dat hij op het moment van het doen van de mededeling voor het benodigde bedrag (nog) geen financiering heeft kunnen verkrijgen en zich daartoe wel voldoende inspannen heeft.

Wat te doen als verkoper?

Wanneer een verkoper van mening is dat de koper niet voldaan heeft aan de afspraken die voortvloeien uit het financieringsvoorbehoud, bijvoorbeeld omdat de koper zijn ontbindingsverklaring niet goed gedocumenteerd heeft, dan heeft dat in beginsel tot gevolg dat de koopovereenkomst nog steeds geldt. De koper moet in dat geval de woning nog steeds afnemen. Doet de koper dat niet dan kan de verkoper aanspraak maken op een geldboete en eventueel aanvullende schadevergoeding, zoals opgenomen in (meestal) art. 11 van de NVM-akte.

Ik maak in mijn praktijk mee dat verkopers zich dan al snel rijk rekenen. Op papier is dat ook begrijpelijk. De NVM-akte kent een boetebeding indien een van de partijen zijn verplichtingen niet nakomt. In de praktijk zal de verkoper een en ander wel zorgvuldig en op de juiste wijze moeten aanpakken teneinde te voorkomen dat hij achter het net vist. Dit gaat helaas voor de verkoper wel eens mis.

Indien niet voldaan is aan de inspanningsplicht en/of documentatieplicht, dan treft de ontbindingsverklaring geen doel. Dan heeft nog steeds te gelden dat de verklaring van de koper door verkoper opgevat zal worden als een mededeling dat de koper de woning niet meer wenst af te nemen. Hierdoor schiet de koper echter nog niet toerekenbaar tekort in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst. Hij kan immers nog steeds de woning afnemen. Partijen spreken in de NVM-akte, meestal art. 4, een datum voor levering van de woning af. Op die datum kan de koper dus nog steeds bij de notaris verschijnen.

Om succesvol aanspraak te kunnen maken op de contractuele boete zal er een toerekenbare tekortkoming moeten zijn aan de zijde van de koper. Vervolgens moet de verkoper de koper conform NVM-akte in gebreke stellen, zo volgt uit art. 11.1. Hiermee wijkt de NVM-akte dus af van de wet. In beginsel dient de verkoper dus te wachten tot de overeengekomen leveringsdatum. Komt de koper dan niet opdagen bij de notaris dan kan de verkoper hem sommeren om alsnog na te komen. Het is

echter niet altijd wenselijk om daarop te wachten. De leveringsdatum ligt vaak relatief ver in de toekomst. Een alternatief is dan de verkoper al eerder aan te spreken op zijn verplichtingen uit hoofde van (in beginsel) art. 5 van de NVM-akte. Partijen spreken standaard in art. 5 af dat kort na de datum waarop het financieringsvoorbehoud verloopt door koper een waarborgsom of bankgarantie verstrekt wordt ter hoogte van 10% van de koopsom. Een koper die géén financiering krijgt en de woning niet langer wil afnemen zal daar logischerwijs niet aan willen voldoen. Verkoper kan hem in dat geval sommeren om alsnog binnen acht dagen de waarborgsom te storten of de bankgarantie te verstrekken.

Geeft de koper acht dagen na het versturen van de ingebrekestelling geen gehoor aan de sommatie, dan kan de verkoper de overeenkomst buitengerechtelijk ontbinden door een schriftelijke ontbindingsverklaring uit te brengen aan de koper. Vervolgens kan de verkoper op grond van art. 11.2 aanspraak maken op een boete van 10% van de koopsom. Daarnaast houdt de verkoper het recht om een aanvullende schadevergoeding te vragen indien zijn schade hoger is, bijvoorbeeld wanneer hij de woning niet langer voor de afgesproken koopsom verkocht krijgt en daardoor schade heeft. Als alternatief kan de verkoper ervoor kiezen om de overeenkomst niet te ontbinden, maar nakoming te eisen. Op grond van art. 11.3 van NVM-akte heeft de koper na het verstrijken van de acht dagen termijn recht op een boete van drie promille van de koopsom per dag tot een maximum van 10%, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding. De verkoper behoudt daarbij overigens de mogelijkheid om alsnog later te ontbinden. Als de koper géén financiering krijgt dan zou ik de route van art. 11.3 niet adviseren aan verkopers. Het is trekken aan een dood paard.

Als uitgegaan wordt van de situatie waarin de verkoper op zijn beurt de overeenkomst rechtsgeldig ontbonden heeft, dan heeft hij de contractuele boete nog niet zo maar op zijn rekening staan. In de praktijk zullen maar weinig kopers zonder slag of stoot een dergelijk geldbedrag overmaken. Er zal dus bij de koper aanspraak gemaakt moeten worden op de boete. Er zal met andere woorden nakoming van het boetebeding gevorderd moeten worden. Op grond van art. 6:93 BW is het verstandig, om in dat geval de koper wederom in gebreke te stellen, ditmaal wegens het niet betalen van de boete, en de koper een redelijke termijn te geven om de boete alsnog te betalen.³² Geeft de koper nog steeds niet thuis, dan zal de verkoper een procedure bij de rechtbank moeten beginnen. Gelet op de hoogte van een dergelijke boete is een gang naar de rechter ondanks de juridische kosten zeker de moeite waard. Indien er twijfels zijn over de financiële positie van de koper kan er bovendien nog conservatoir beslag gelegd worden op, bijvoorbeeld, de huidige woning van de koper.

De verkoper loopt wel het risico dat de rechtbank op verlangen van de koper tot boetematiging overgaat op grond van art. 6:94 BW. Een beroep op matiging zal alleen

32. De akte spreekt in art. 11.2 over een 'een zonder rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare boete'. Hierin en in de toelichting bij de akte lees ik niet zonder meer een afwijking van art. 6:93 BW.

slagen als de koper gemotiveerd kan aantonen dat het boetebedrag gelet op de omstandigheden van het geval tot een buitensporig en onaanvaardbaar resultaat leidt.³³ De Rechtbank Rotterdam vond in dat kader het argument dat de koper zijn woning in de huidige krappe woningmarkt voor een hogere prijs kan verkopen aan een andere koper onvoldoende om de boete te matigen.³⁴ De Rechtbank Amsterdam zag in het feit dat een verkoper zijn woning enkele maanden later voor € 38.500 meer heeft kunnen verkopen juist wel aanleiding tot boetematiging. De boete werd gematigd tot de daadwerkelijke kosten die de verkoper opnieuw heeft moeten maken voor de verkoop alsmede zijn juridische kosten.³⁵

Wat wel een rol kan spelen bij matiging is het handelen van de verkoper zelf. Indien de verkoper zelf de hoogte van de boete, in de zin van de variabele boete van 0,003 % per dag ex art. 11 lid 3 van de NVM-akte, laat oplopen, door bijvoorbeeld onnodig lang te wachten met ontbinden en de koper te blijven sommeren om na te komen, terwijl de verkoper weet althans behoort te weten dat de koper toch niet zal nakomen, kan dat een reden voor matiging zijn.³⁶ Ook gewekte verwachtingen aan de zijde van de koper kunnen een rol spelen bij matiging. Als de koper terecht in de veronderstelling verkeerde dat hij uitstel had bedongen voor het invoeren van het financieringsvoorbepaald dan is dat een argument voor matiging, zo blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van vorig jaar.³⁷ In deze zaak was de communicatie tussen verkoper en koper op meerdere punten niet altijd duidelijk. Ook dat werd door de rechtbank meegenomen bij matiging. Daarnaast bleek dat de verkoper uiteindelijk veel minder schade had geleden dan het bedrag van de contractuele boete.

Tot slot merk ik nog op dat ook voor de verkoper geldt dat hij de bewijslast draagt dat zijn mededelingen, zoals een ingebrekestelling, de koper bereikt hebben. Om die reden zal de verkoper in mijn ogen ook steeds zijn brieven aangetekend moeten versturen.

Resumerend

De NVM-akte geeft partijen een basis om een financieringsvoorbepaald overeen te komen. Partijen kunnen in dat kader zelf afwijkende of aanvullende afspraken maken. Ik denk dat het verstandig is als partijen daar, al dan niet samen met hun makelaar(s), vooraf goed over nadenken. Dit voorkomt discussies achteraf. In beginsel zullen de gemaakte afspraken bepalen of de koper zich voldoende ingespannen heeft en of het beroep op het financieringsvoorbepaald voldoende gemotiveerd gedaan is. Ik merk op dat een koper zich in de regel wel voldoende ingespannen zal hebben, maar hij kan het ook te bont maken, zo

bleek uit mijn vorige bijdrage over dit onderwerp.³⁸ In die zaak lieten de kopers na om een WAO-inkomen op te voeren bij hun hypotheekaanvraag, waardoor zij logischerwijs een lager bedrag konden lenen. Bij een latere hypotheekaanvraag voerden zij het WAO-inkomen wel op, maar vervolgens annuleerden de kopers die hypotheekaanvraag weer. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat niet voldaan was aan de inspanningsplicht.³⁹ De documentatie-eis is strenger, maar uit recente rechtspraak volgt dat er omstandigheden zijn waarin het niet voldoen aan de gemaakte afspraken toch een ontbinding kan rechtvaardigen.

*Mr. dr. J.J.A. Braspenning*⁴⁰

33. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1272, r.o. 2.11 alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3416, r.o. 2.9, waarin naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad verwezen wordt, zoals HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986.

34. Rb. Rotterdam 8 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3268, r.o. 4.14.

35. Rb. Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:152, r.o. 4.7-4.9.

36. Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1272, r.o. 2.15-2.18.

37. Rb. Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8011, r.o. 4.9.

38. Zie voetnoot 1.

39. Rb. Rotterdam 14 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1296, r.o. 2.12.

40. Advocaat bij Linssen c.s. Advocaten te Tilburg en vaste medewerker van dit tijdschrift.