

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-147 d.d. 21 mei 2013**

**(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf, en mr. J.Th. de Wit, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)**

**Samenvatting**

Consument heeft een kredietovereenkomst met de bank afgesloten tegen een variabel kredietvergoedingspercentage. Consument stelt zich op het standpunt dat niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage wordt vastgesteld. De Commissie overweegt als volgt. De vraag wat partijen zijn overeengekomen over de hoogte van de rente en de wijziging van de rente, en wat Consument in dat opzicht mocht verwachten, hangt af van uitleg van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval. Partijen zijn een variabele rente overeengekomen. Het begrip variabele rente wijst op het gebruik van een externe referentievoet. In dit geval is de overeenkomst onvoldoende duidelijk over een eventuele discretionaire bevoegdheid van de bank de rente naar eigen inzicht, los van marktontwikkelingen vast te stellen. Derhalve constateert de Commissie dat de overeenkomst een leemte vertoont, als gevolg waarvan de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevuld dient te worden. De Commissie bepaalt dat de bank met terugwerkende kracht als referentievoet het 3-maands Euribortarief dient te hanteren, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert.

Consument,

en

de naamloze vennootschap InterBank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

**I. Procesverloop**

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting d.d. 26 april 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument; en
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op vrijdag 18 januari 2013 en zijn aldaar verschenen.

## **2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Op 11 november 2003 heeft Consument tezamen met haar partner een doorlopende kredietovereenkomst met een kredietlimiet tot maximaal € 51.000,- tegen een kredietvergoeding per maand van 0,793% en een effectieve rente op jaarbasis van 9,9% bij Aangeslotene afgesloten. Een deel van het krediet is aangewend om het uitstaande saldo van een bestaande kredietovereenkomst bij een andere bank van € 43.000,- in te lossen. De resterende € 8.000,- is aan Consument en haar partner ter beschikking gesteld.
- 2.2. In de overeenkomst is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:  
“De kredietvergoeding zal maandelijks ten laste van het krediet worden geboekt en wordt van dag tot dag berekend over het uitstaand saldo.”  
In artikel 3 van de Algemene voorwaarden is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:  
“a. De kredietvergoeding wordt uitgedrukt in de effectieve rente op jaarbasis en omvat alle kosten van het krediet.”  
“b. De kredietvergoeding wordt van dag tot dag berekend en kan door kredietgever, met inachtneming van de krachtens de wet gestelde maxima, worden gewijzigd. Kredietgever zal Cliënt van iedere wijziging schriftelijk in kennis stellen.”

## **3. Geschil**

- 3.1. Consument verzoekt de Commissie:
  - (I) Te bepalen dat op de overeenkomst tussen partijen bij gebreke van bepaalbaarheid van de overeengekomen rente de wettelijke rente van toepassing is, althans een in goede justitie te bepalen rente;
  - (II) Aangeslotene te veroordelen het meer of anders aan rente ontvangene, boven de ad (I) te bepalen rentevoet, in mindering te brengen op de verschuldigde hoofdsom per datum van ontvangst van de betaling, althans een in goede justitie te bepalen datum;
  - (III) Aangeslotene te veroordelen aan Consument binnen twee weken na deze te geven beslissing de volgens het gebruikelijke tarief te begroten bijdrage in de proceskosten te betalen;
  - (IV) Te bepalen dat de uitspraak voor partijen bindend is en uitgevoerd dient te worden niettegenstaande een (tijdig) hoger beroep.
- 3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Zij heeft haar onvoldoende informatie verschaft over de wijze waarop zij het gehanteerde kredietvergoedingspercentage vaststelt, welk percentage bovendien veel te hoog is. De overeenkomst is onvoldoende bepaald. Bovendien zijn de Algemene Voorwaarden niet aan haar ter hand zijn gesteld en missen deze daarom toepasselijkheid.
- 3.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

## 4. Beoordeling

### 4.1. *Verweer tot niet-ontvankelijkheid*

Alvorens de klacht inhoudelijk te kunnen behandelen, dient de Commissie zich uit te spreken over de ontvankelijkheid van de klacht. Aangeslotene stelt, samengevat, dat Consument niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd. Aangeslotene voert hiertoe aan dat de overeenkomst vanaf 2003 loopt en dat de rente vanaf 2006 is gestegen. Consument had op dat moment het vermeende gebrek in de prestatie van Aangeslotene dienen te ontdekken en een klacht moeten indienen.

Consument heeft zich volgens Aangeslotene pas in januari 2011 bij Aangeslotene beklagd. Hiermee heeft zij de klacht niet tijdig aan Aangeslotene voorgelegd.

4.2. De Commissie overweegt als volgt. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, LJN BY4600 (r.o. 4.3.2 e.v; zie ook Geschillencommissie Kifid 2013/66, r.o. 5.1-5.3), behoeft Consument niet zonder meer op de hoogte te zijn van het bestaan van een zorgplicht van Aangeslotene, terwijl zij, indien zij daarvan wel op de hoogte was, in beginsel ervan uit mocht gaan dat Aangeslotene die zorgplicht jegens haar had nageleefd. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consument zonder meer behoort op te merken. Op Consument rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene de zorgplicht jegens haar heeft nageleefd, indien zij van die zorgplicht op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten.

4.3. Uit de stukken blijkt dat Consument in 2010 tot de conclusie is gekomen dat de renteverhogingen geen grondslag vonden in de gesloten overeenkomst, maar door Aangeslotene eenzijdig werden vastgesteld, gebaseerd op niet nader geformuleerde en/of gespecificeerde uitgangspunten. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het voor Consument niet om een kenbaar element ging, waardoor de gestelde toerekenbare tekortkoming moeilijk was waar te nemen. Zij neemt hierbij in aanmerking dat Aangeslotene geen nadeel lijdt door het moment waarop Consument heeft geklaagd. De Commissie is dan ook van oordeel dat Consument binnen bekwame tijd bij Aangeslotene heeft geprotesteerd. De Commissie verklaart Consument derhalve ontvankelijk in haar klacht.

4.4. Daarnaast beroept Aangeslotene zich op artikel 10.1 sub a van het destijds geldende Reglement van de Commissie waarin is bepaald dat de Commissie een verzoek tot geschilbeslechting niet kan behandelen indien meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd. Gelet op het onder 4.3. overwogene treft dit verweer van Aangeslotene evenmin doel.

### 4.5. *Beoordeling van de klacht*

Gezien het voorgaande zal de Commissie overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de klacht. Ter zitting heeft Aangeslotene een nieuw verweer naar voren gebracht. Zij stelt dat Consument in de precontractuele fase onjuiste informatie aan haar heeft

verstrekt ten aanzien van haar BKR-registratie(s). Gelet op de regels van eerlijke procesorde, in het bijzonder de beginselen van hoor- en wederhoor, acht de Commissie dit verweer in dit stadium van de procedure tardief en zal zij daarom het onderhavige verweer buiten beschouwing laten in de beoordeling.

- 4.6. In de kern komt de klacht van Consument erop neer dat niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage wordt vastgesteld. De Commissie overweegt als volgt. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken staat vast dat tussen partijen op 11 november 2003 een doorlopend kredietovereenkomst is gesloten waarbij Aangeslotene aan Consument een krediet tot een bedrag van € 51.000,- heeft verstrekt. Daarbij zijn partijen, als gedurende de schriftelijke procedure en ter zitting bevestigd, een variabel kredietvergoedingspercentage overeengekomen.
- 4.7. De Commissie overweegt als volgt. De vraag wat partijen zijn overeengekomen over de hoogte van de rente en de wijziging van de rente, en wat Consument in dat opzicht mocht verwachten, hangt af van uitleg van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval (zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Bij bedingen in consumentenovereenkomsten dient de contra proferentem-regel te worden gehanteerd, die vanaf 17 november 1999 als wettelijke regel is opgenomen in artikel 6:238 lid 2, tweede zin BW (zie in gelijke zin Commissie van Beroep van het Kifid 2011/423, Geschillencommissie Kifid 2011/97, 2011/78, 2011/70 en 2011/12).
- 4.8. Het begrip “variabele” rente of een daarmee vergelijkbaar begrip, wijst op het gebruik van een externe referentievoet. Dat kan de korte geldmarktrente zijn (Euribor) maar ook iets anders (Vergelijk Hof Den Bosch 13 december 2011, LjN BU 8170). Daarbij mag een consument in beginsel verwachten dat de rente de marktontwikkelingen volgt. In dit geval is niet voldoende duidelijk vastgelegd dat Aangeslotene in afwijking daarvan een discretionaire bevoegdheid heeft de rente naar eigen inzicht, los van marktontwikkelingen vast te stellen. De Commissie stelt voorts vast dat er in de overeenkomst geen externe referentievoet is opgenomen. Als gevolg hiervan bevat de overeenkomst een leemte.
- 4.9. Deze leemte moet mede gelet op de verwachtingen van Consument, op grond van artikel 6:248 lid 1 BW naar redelijkheid aangevuld worden. De Commissie bepaalt dat nu in de overeenkomst geen referenties ten aanzien van het vast te stellen kredietvergoedingspercentage zijn opgenomen, Consument erop mocht vertrouwen dat het kredietvergoedingspercentage, de “marktrente” zou volgen. Als referentievoet dient het 3-maands Euribortarief te gelden, omdat dit naar de mening van de Commissie goed aansluit bij het variabele karakter van het fundingbestanddeel van het kredietvergoedingspercentage. Om vast te stellen in hoeverre de door Aangeslotene gehanteerde percentages het 3-maands Euribortarief volgen, dient het 3-maands Euribortarief ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst van het kredietvergoedingspercentage bij aanvang te worden afgetrokken. Hieruit volgt een opslagpercentage. Aangeslotene dient dit opslagpercentage met terugwerkende kracht gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst te hanteren, tenzij objectief vast te stellen feiten of omstandigheden dat niet zouden rechtvaardigen. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. Voor zover Consument teveel heeft

betaald, dient Aangeslotene dit bedrag aan Consument te vergoeden. Zie in gelijke zin Geschillencommissie Kifid 2011/336.

4.10. *Advocaatkosten*

Ten aanzien van de advocaatkosten overweegt de Commissie dat de aard van deze procedure – eenvoudig van opzet, laagdrempelig en weinig formeel – in principe tot terughoudendheid in de toewijzing van dergelijke kosten noopt. Slechts in zeer sprekende gevallen gaat de Commissie over tot toewijzing daarvan. In dit geval is daar naar het oordeel van de Commissie sprake van gelet op de aard en complexiteit van de kwestie. Overeenkomstig artikel 40.9 van het Reglement begroot de Commissie deze vergoeding in redelijkheid op een bedrag van € 1.000,-.

4.11. De Commissie beslist tevens dat het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als Aangeslotene beroep open staat tegen de hierboven verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

4.12. Tot slot vordert Consument dat deze beslissing uitgevoerd dient te worden niet-tengestaande een (tijdig) hoger beroep. De Commissie overweegt dat, – daargelaten of het Reglement hierin voorziet, – zij juist in deze kwesties, gezien de principiële aard van de rechtsvraag en het aantal zaken dat zij in behandeling heeft, waarin deze vraag een rol speelt – hoger beroep openstelt. Daarmee laat zich niet verenigen dat hangende het hoger beroep reeds uitvoering aan het advies van de Commissie wordt gegeven, behoudens bijzondere omstandigheden. In dit geval zijn bijzondere omstandigheden die daarmee verband houden gesteld noch gebleken.

## 5. **Beslissing**

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene binnen een termijn van zes weken na dagtekening van deze beslissing, met terugwerkende kracht een kredietvergoedingspercentage dient te hanteren, als onder 4.9 bepaald, en, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert, het bedrag van dat voordeel aan de Consument vermeerderd met wettelijke rente dient te betalen. Een en ander te vermeerderen met een bedrag van € 50,-, betaald door Consument als eigen bijdrage voor de behandeling van dit geschil.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor [kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan](http://kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan).