

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-056
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf en mr. A.M.T. Wigger, leden en
mr. F. Faes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 10 oktober 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : ING Bank N.V. (h.o.d.n. WestlandUtrecht Bank), gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 24 januari 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft bij de bank een hypothecaire geldlening afgesloten voor de financiering van pand bestaande uit drie etages. Bij aanvang van de geldlening werden reeds twee etages (met toestemming van de Bank) verhuurd. Consument woonde op de tweede etage. Op grond van de hypotheekakte en de voorwaarden mag Consument de woning niet zonder schriftelijke toestemming van de bank verhuren. In 2006 heeft Consument het appartement verlaten en is dit ook gaan verhuren. De bank ontdekt dit. Uiteindelijk zegt de Bank de geldlening op, omdat Consument zonder toestemming van de bank het appartement is gaan verhuren. De Commissie stelt voorop verhuur van de woning alleen is toegestaan na toestemming van de bank. De bank mag deze toestemming weigeren, tenzij er sprake is van misbruik van deze bevoegdheid. Van misbruik van de bevoegdheid is in het onderhavige geval niet gebleken. De Bank mocht de geldlening opzeggen. De vordering wordt afgewezen.

I. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank;
- de pleitnotities van Consument;
- de pleitnotities van de Bank;
- de aanvullende akte na zitting van de Bank.

Consument heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op de aanvullende akte van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 22 juni 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Op 11 december 2001 heeft (de rechtsvoorganger van) de Bank aan Consument en zijn (inmiddels ex-)echtgenote een offerte voor een hypothecaire geldlening uitgebracht voor een bedrag van € 224.858,99, bestaande uit een Flexfund Hypotheek en een daaraan gekoppelde beleggingsrekening. De hypotheekofferte is door Consument en zijn echtgenote op 12 december 2001 voor akkoord ondertekend. Op 17 januari 2002 is de hypotheekakte gepasseerd.
- 2.2 Op de geldlening is onder andere het 'Reglement houdende algemene voorwaarden van geldlening, hypotheek- en/of andere zekerheidsstelling' (hierna: het Reglement) van toepassing.
- 2.3 In het Reglement is voor zover relevant het volgende bepaald:

Artikel 6 Vervroegde aflossing en vergoedingen

1. De schuldenaar heeft te allen tijde het recht zijn lening vóór de overeengekomen afloopdatum geheel of gedeeltelijk af te lossen, mits met inachtneming van de navolgende voorwaarden:
 - a. van elke vervroegde aflossing moet tevoren schriftelijk aan de bank worden kennis gegeven, onder opgave van de datum waarop en het bedrag dat zal worden afgelost;
 - b. gedeeltelijke aflossingen moeten in sommen van honderd gulden of een veelvoud daarvan geschieden.
2. Over het bedrag der vervroegde aflossing moet rente worden betaald tot één maand na ontvangst door de bank van de hiervoor in lid 1 onder a. bedoelde kennisgeving en in geval van opeising door de bank tot één maand na de datum van opeising. Onverminderd het hiervoor bepaalde moet de rente tenminste worden betaald tot de dag, waarop het aan de bank verschuldigde door haar wordt ontvangen.
3. In alle gevallen dat de lening geheel of gedeeltelijk vervroegd wordt afgelost, onverschillig wat daarvan de oorzaak is of door wie de aflossing geschiedt - echter met uitzondering van de gevallen als bedoeld in lid 5 van dit artikel en in artikel 23, alsmede ingeval van zodanige aflossing op een renteherzieningsdatum - is bovendien over het bedrag der vervroegde aflossing een vergoeding verschuldigd, conform de navolgende regels:

ingeval de rente, welke de bank tegen het moment van de vervroegde aflossing bedingt voor soortgelijke leningen met soortgelijke onderpanden en een looptijd gelijk aan de resterende looptijd van de (gedeeltelijk) af te lossen lening (rentevoet A), lager is dan de rente verschuldigd over de (gedeeltelijk) af te lossen lening (rentevoet B), vergoedt de schuldenaar aan de bank:

de contante waarde van het verschil tussen de rentebedragen berekend op basis van rentevoet B en op basis van rentevoet A, beide berekend over het af te lossen bedrag en tot de afloopdatum casu quo, indien deze eerder valt, de eerstkomende renteherzieningsdatum van de lening. Bij de berekening van de contante waarde zullen de overeengekomen aflossingen tot de hiervoor bedoelde afloopdatum casu quo renteherzieningsdatum van de (gedeeltelijk) af te lossen lening in aanmerking worden genomen.

De disconteringsvoet waartegen de contante waarde zal worden berekend is gelijk aan de hierboven beschreven rentevoet A, verminderd met één (1).

De vergoeding voor vervroegde aflossing bedraagt echter minimaal één procent (1 %) van het vervroegd af te lossen bedrag.
4. Ingeval de schuldenaar een natuurlijk persoon is, (...) houdt de bank met het berekenen van de hiervoor in lid 3 bedoelde vergoeding rekening met het bedrag dat contractueel - zonder dat vergoeding verschuldigd is - in het jaar van aflossing eventueel nog mag worden afgelost.

5. De in lid 4 bedoelde schuldenaar is bevoegd zonder enige vergoeding verschuldigd te zijn:
 - a. jaarlijks op de in de akte vermelde datum maximaal tien procent (10%) van de oorspronkelijke hoofdsom (niet cumulatief) extra af te lossen, mits de bank een maand van tevoren hiervan in kennis is gesteld;
 - b. de lening geheel of gedeeltelijk vervroegd af te lossen:
 1. (...).

Art. 11 Verhuur van het onderpand

1. Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de bank mag het onderpand noch geheel, noch gedeeltelijk worden verhuurd.
2. Indien de bank toestemming heeft gegeven voor een huurovereenkomst mag deze overeenkomst zonder haar voorafgaande schriftelijke toestemming niet worden vernieuwd, gewijzigd of verlengd. Evenmin is vervreemding, verpanding of bezwaring met een ander beperkt recht, afstand of vooruitbetaling van huurpenningen of beschikking daarover anderszins toegestaan.
3. De schuldenaar zal binnen veertien dagen na een verzoek daartoe de schriftelijke bewijzen van de gesloten huurovereenkomst(en) betreffende het onderpand aan de bank ter inzage geven. De schuldenaar zal ter zake van de huurovereenkomst(en) alle door de bank verlangde inlichtingen verstrekken.
(...)

Artikel 20 Opeisbaarheid

De bank zal van het hierna omschreven recht het verschuldigde op te eisen alleen dan gebruik maken indien haar belangen dit naar haar oordeel wenselijk maken. Bij opeising zal zij kunnen vorderen dat het verschuldigde terstond wordt betaald.

[...]

Het verschuldigde is onmiddellijk opeisbaar:

1. Algemeen:

[...]

b. indien op andere wijze niet wordt voldaan aan, of in strijd wordt gehandeld met enige verplichting ingevolge enige overeenkomst met de bank.

2.4 In de hypotheekakte is voor zover relevant het volgende bepaald:

Zonder voorafgaande uitdrukkelijke, schriftelijke toestemming van de bank mag het onderpand noch geheel, noch gedeeltelijk worden verhuurd, verpacht of anderszins in gebruik of genot worden afgestaan of worden gedoogd dat derden het onderpand gebruiken.

- 2.5 Als zekerheid voor de terugbetaling van de hypothecaire geldlening heeft de Bank een hypotheekrecht verkregen op het gehele hoekpand aan de [adres] in [plaatsnaam]. Het betreft een drielaags bovenhuis. De eerste en de derde verdieping werden ten tijde van het afsluiten van de geldlening reeds verhuurd. Consument en zijn (ex-)echtgenote woonden op de tweede verdieping ([adres] II) (hierna: het appartement). In de offerte staat voor zover relevant het volgende vermeld:

Zekerheidsrecht (en)

Het eerste recht van hypotheek op:

Het woonhuis met ondergrond te [REDACTED]

Gedeeltelijk bestemd voor eigen gebruik en bewoning, deels verhuurd.
Koopsom f 460.000,00
(EUR 208.738,90) k.k.

- 2.6 In 2003 zijn Consument en zijn echtgenote uit elkaar gegaan en de ex-echtgenote is in het appartement blijven wonen. In 2006 heeft de ex-echtgenote het appartement verlaten. Sindsdien wordt het appartement aan een derde verhuurd.
- 2.7 Op 1 februari 2012 is de rente van de geldlening wederom vastgezet voor een periode van 10 jaar tegen een percentage van 6,30.
- 2.8 Op 29 februari 2016 heeft de Bank een brief aan Consument gestuurd met betrekking tot de verboden verhuur van het appartement. Consument heeft hierop gereageerd. Bij brief van 18 april 2016 heeft de Bank de geldlening opgezegd en Consument in de gelegenheid gesteld om de geldlening uiterlijk 1 december 2016 af te lossen. Daarna heeft de advocaat van Consument de Bank bij e-mailbericht van 31 mei 2016 verzocht om het voornemen om de geldlening op te zeggen te heroverwegen en verzocht om akkoord te gaan met de voortzetting van de verhuur van het appartement. Bij brief van 27 juni 2016 heeft de Bank dit verzoek afgewezen.
- 2.9 Bij brief van 8 augustus 2016 heeft de Bank op verzoek van Consument een pro-forma aflosnota opgesteld per 1 september 2016. Daarin staat een vergoeding voor vervroegde aflossing opgenomen van € 37.115,33.
- 2.10 In april 2017 heeft Consument de geldlening volledig afgelost en de vergoeding wegens vervroegde aflossing ('boeterente') ad € 32.339,22 voldaan. Na herberekening op basis van de AFM Leidraad 'Vergoeding voor vervroegde aflossing van de hypotheek' bedraagt de vergoeding wegens vervroegde aflossing € 31.405,42.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert restitutie van de door hem betaalde vergoeding voor vervroegde aflossing.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag:
 - De klacht is behandelbaar. Toen de geldlening werd afgesloten waren slechts twee van de drie verdiepingen verhuurd. Consument en zijn echtgenote woonden in het appartement op de tweede verdieping.
 - Er is geen sprake geweest van ongeoorloofde verhuur van het appartement. De Bank was ervan op de hoogte dat vanaf 2006 ook het appartement werd verhuurd.

Consument heeft in 2006 telefonisch doorgegeven aan de Bank dat nu ook het appartement werd verhuurd. De medewerker heeft toen gezegd dat dit geen probleem is, zo lang de hypotheek maar werd betaald. Daarnaast heeft Consument in 2006 een adreswijziging doorgegeven aan de Bank. Het risico voor de Bank is feitelijk nihil, gelet op de hoogte van de restantschuld, de huurinkomsten en de waarde van het onderpand.

- Onder de gegeven omstandigheden had de Bank dan ook niet mogen overgaan tot opzegging van de geldlening. Het is dan ook onredelijk dat de Bank een vergoeding voor vervroegde aflossing in rekening brengt.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- De klacht is niet behandelbaar, omdat Consument niet kan worden aangemerkt als 'Consument' zoals bedoeld in het Reglement van de Commissie.
- Consument handelt in strijd met artikel 11 lid 1 en 2 van het Reglement en de hypotheekakte. Op grond van dit artikel mag Consument het onderpand enkel verhuren na toestemming van de Bank. De Bank erkent dat het Pand gedeeltelijk verhuurd was bij het aangaan van de geldlening. De Bank was echter niet bekend met het feit dat vanaf 2006 ook de tweede verdieping van het Pand werd verhuurd. De Bank heeft hiervoor geen toestemming gegeven. Ook heeft Consument de huurovereenkomsten van de andere verdiepingen een aantal malen vernieuwd zonder toestemming van de Bank.
- Een telefoongesprek of een adreswijziging kan niet worden aangemerkt als een toestemming van de Bank om het appartement te mogen verhuren.
- Ook indien Consument toestemming had gevraagd om het appartement te mogen verhuren, dan had de Bank geen toestemming geven. De Bank heeft als beleid om geen financiering te verstrekken voor panden die aan derden worden verhuurd. Een woning die wordt verhuurd levert een groter risico op dan een voor eigen gebruik bestemde woning.
- Gelet op het voorgaande is de Bank op grond van artikel 20 aanhef en lid 1 onder b van het Reglement bevoegd om de geldlening op te zeggen. Uit coulanceoverwegingen en rekening houdende met het proportionaliteitsbeginsel heeft de Bank bij brief van 18 april 2016 Consument bericht dat de geldlening uiterlijk 1 december 2016 moet zijn afgelost. De Bank heeft niet in strijd gehandeld met artikel 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.
- Op grond van artikel 6.3 van het Reglement is Consument een vergoeding (boeterente) verschuldigd als de lening vervroegd wordt afgelost. De vergoeding is conform de contractuele bepalingen berekend. Na herberekening met inachtneming van de Leidraad AFM bedraagt de vergoeding wegens vervroegde aflossing € 31.405.

4. Beoordeling

Behandelbaarheid

4.1 De Bank stelt zich primair op het standpunt dat de klacht van Consument niet-behandelbaar is, aangezien hij geen 'Consument' is in de zin van artikel 1 van het Reglement.

- 4.2 De Commissie stelt voorop dat zij uitsluitend kan oordelen over geschillen tussen consumenten en financiële ondernemingen die bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening zijn aangesloten. Het begrip ‘Consument’ wordt in artikel I van het Reglement (als van kracht tijdens de indiening van onderhavige klacht) als volgt gedefinieerd:

“De afnemer van een Financiële dienst, indien en voor zover die afnemer een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Onder het begrip Consument wordt tevens begrepen:

a) een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) of bestuurder(s) of lid van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd (...).

b) de deelnemer aan een pensioenregeling, zoals bedoeld in artikel I van de Pensioenwet in zijn hoedanigheid van verzekerde natuurlijke persoon van de overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule. c) de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering. d) de natuurlijke persoon met een Privacyklacht.”

- 4.3 Tussen partijen staat niet ter discussie dat bij aanvang van de geldlening in 2001 reeds twee van de drie verdiepingen door Consument werden verhuurd en dat de andere verdieping (het appartement) door Consument/ex-echtgenote werd bewoond. Pas in 2006 is Consument ook de tweede verdieping gaan verhuren.
- 4.4 De Commissie is van oordeel dat Consument in het onderhavige geval dient te worden aangemerkt als ‘consument’ in de zin van artikel I van het Reglement omdat hij in 2001 de geldlening ook heeft gebruikt voor de financiering van het appartement waarin hij zelf is gaan wonen. Dat hij het appartement later is gaan verhuren, doet niets af aan het voorgaande. De klacht van Consument is derhalve behandelbaar.

De verhuur van het appartement (tweede verdieping) en opzegging van de geldlening

- 4.5 Tussen partijen staat niet ter discussie dat bij aanvang van de geldlening in 2001 reeds twee van de drie verdiepingen door Consument werden verhuurd en dat de andere verdieping (het appartement) door Consument/ex-echtgenote werd bewoond. Vanaf 2006 is Consument ook het appartement (de tweede verdieping) gaan verhuren aan derden. Het onderhavige geschil heeft dan ook enkel betrekking op de verhuur van het appartement.
- 4.6 Voorop staat dat in artikel II van het Reglement en de hypotheekakte is bepaald dat het zonder voorafgaande uitdrukkelijke, schriftelijke toestemming van de Bank het Consument niet is toegestaan om het onderpand te verhuren.
- 4.7 Op grond van voorgenoemde bepalingen mocht Consument derhalve niet zonder voorafgaande uitdrukkelijke, schriftelijke toestemming van de Bank het appartement verhuren. Het is de Commissie niet gebleken dat Consument deze toestemming van de Bank heeft gekregen. Consument heeft gesteld dat hij de Bank telefonisch heeft geïnformeerd in 2006 over de verhuur. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument deze stelling onvoldoende onderbouwd; de enkele verklaring van Consument op dit punt is onvoldoende. Ook heeft Consument gesteld dat de Bank uit de doorgegeven adreswijziging had moeten opmaken dat het appartement werd verhuurd.

Daargelaten dat de adreswijziging naar een andere (aan de Bank gelieerde) rechtspersoon is verstuurd, kan die enkele toezending niet gezien worden als een toestemming van de Bank tot verhuur. Het voorgaande betekent dat Consument in strijd heeft gehandeld met het Reglement en de hypotheekakte.

- 4.8 Het is in beginsel aan de Bank of zij de gevraagde toestemming al dan niet verleent. Dit behoort tot haar beleidsvrijheid. Het staat de Bank dus vrij de toestemming tot verhuur te weigeren. Dit kan echter anders zijn indien zij gebruik maakt van deze beleidsvrijheid op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het is de Commissie niet gebleken dat de weigering van de Bank om het appartement (nog langer) te mogen verhuren in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De Bank heeft aangegeven dat een onderpand dat verhuurd wordt een groter risico met zich brengt. Een dergelijke risicoafweging valt naar het oordeel van de Commissie geheel binnen de beleidsvrijheid van de Bank, zodat de Bank van de weigering om alsnog toestemming te verlenen voor verhuur geen verwijt kan worden gemaakt.
- 4.9 Nu Consument zonder toestemming van de Bank het appartement is gaan verhuren, handelt Consument in strijd met het Reglement en de hypotheekakte. Op grond van artikel 20 van het Reglement mocht de Bank overgaan tot opzegging en opeising van de geldlening. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Bank in het onderhavige geval een redelijke opzegtermijn in acht genomen.
- 4.10 Nu er sprake is van een vervroegde aflossing van de geldlening, is Consument op grond van artikel 6 van het Reglement een vergoeding voor vervroegde aflossing verschuldigd. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken dat de door de Bank gemaakte berekening onjuist is. Hierbij merkt de Commissie op dat de Bank de vergoeding heeft herberekend aan de hand van de Leidraad AFM en het in april 2017 teveel aan Consument in rekening gebrachte bedrag hem zal vergoeden, althans reeds heeft vergoed.

Conclusie

- 4.11 Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat de klacht van Consument ongegrond is en diens vordering dient te worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.