

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-297
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. R.J. Paris en mr. W.F.C. Baars, leden en
mr. M. Veldhuis, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 14 juli 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : CMIS Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 16 mei 2018
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Consument stelt dat de Bank toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van haar zorgplicht door de rente opnieuw vast te zetten voor tien jaar. Consument stelt dat hij de renteherzieningsvoorstellen en de voorwaarden nimmer heeft ontvangen. De Commissie komt niet toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht nu zij van oordeel is dat Consument zijn klachtplicht heeft geschonden.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank;
- de aanvullende reactie van Consument van 2 februari 2017;
- de tijdens de zitting overgelegde pleitnotitie van de Bank.

De Commissie stelt vast dat de Bank heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 16 januari 2018 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 2.1 Op 4 juli 2003 heeft de Bank een hypotheekofferte aan Consument uitgebracht. Consument heeft de hypotheekofferte op 8 juli 2003 ondertekend. In de hypotheekofferte is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:



KiFiD

HET FINANCIËLE KLACHTENINSTITUUT

Offertenummer: [REDACTED]

Datum: 4 juli 2003

Offerte voor een GMAC Plus Hypotheek

Specificatie van de leningsdelen

1

Leningsdeelnnummer [REDACTED] Aflossingsvrij
Bij deze aflosswijze betaalt u gedurende de looptijd rente over de gehele leensom. Aflossing vindt ineens plaats, uiterlijk op de einddatum van het leningsdeel.

3. Nominaal rentepercentage	4,800%
Rentevastheidsperiode	10 jaar
4. Effectief rentepercentage	4,958%
5. Leningsbedrag	EUR 126.750,00
6. Economische looptijd	30 jaar
7. Aantal maandelijkse betalingen	360
8. Jaarlijks aflossingsbedrag*	
9a. Maandelijks bedrag (rente)	EUR 507,00

Leningsdeelnnummer [REDACTED] Overbrugging
Voor dit leningsdeel betaakt u gedurende de looptijd rente over de gehele leensom. Aflossing vindt ineens plaats bij verkoop van de huidige woning, of uiterlijk op de einddatum van het leningsdeel.

3. Nominaal rentepercentage	4,650%
Rentevastheidsperiode	1 maand
4. Effectief rentepercentage	n.v.t.
5. Leningsbedrag	EUR 113.500,00
6. Economische looptijd	1 jaar
7. Aantal maandelijkse betalingen	12
8. Jaarlijks aflossingsbedrag*	
9a. Maandelijks bedrag (rente)	EUR 439,81

* Bij deze offerte komt een hypotheeklastenberekening, die u inzicht geeft in de bij deze hypotheek behorende financiële verplichtingen. Als u deze berekening niet heeft ontvangen, dan kunt u bij uw adviseur deze berekening opvragen.

2.2 Op de laatste pagina van de hypotheekofferte is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

Offertenummer: [REDACTED]

Datum: 4 juli 2003

Offerte voor een GMAC Plus Hypotheek

Acceptatieverklaring

De ondergetekende [REDACTED]

- verklaart (verklaren) de in deze offerte genoemde leningsvoorwaarden te hebben ontvangen en daarvan kennis te hebben kunnen nemen en accepteert (accepteren) de bij deze offerte aangeboden lening onder de gestelde voorwaarden.
- wenst (wensen) notaris [REDACTED] te [REDACTED] te belasten met het passeren van de hypotheekakte voor het vestigen van een 1^e hypotheek ad EUR 240.250,00.

de verwachte passeerdatum is

15 okt 2003

- machtigt (machtigen) bij deze Stater Nederland b.v. om de verschuldigde bedragen in verband met de lening automatisch van de volgende rekening(en) af te schrijven:
 - het volledige termijnbedrag van (post)bankrekening [REDACTED]
 - % van het termijnbedrag van (post)bankrekening [REDACTED]
 - % van het termijnbedrag van (post)bankrekening [REDACTED]
- verklaart (verklaren) in aanmerking te komen voor een woonvergunning voor de woning

2.3 Op 15 oktober 2003 is de hypotheekakte gepasseerd bij de notaris.

- 2.4 Op de hypothecaire geldlening zijn de leningsvoorwaarden voor een GMAC Plus Hypotheek (hierna: 'de Voorwaarden') van toepassing. In de Voorwaarden staat – voor zover relevant – het volgende vermeld:

“3.3. Renteherziening

De rentevaststelling en de renteherziening zoals beschreven in artikel 3.2 en artikel 3.3 worden onafhankelijk van elkaar en naast elkaar toegepast.

3.3.1. Renteherziening na afloop van de rentevastheidsperiode: algemeen

Het rentepercentage en de rentevastheidsperiode zijn in de offerte vermeld. Het rentepercentage wordt op de renteherzieningsdatum (na afloop van de overeengekomen rentevastheidsperiode) herzien. GMAC Hypotheken heeft tweemaal per jaar de mogelijkheid om u een voorstel inzake een nieuwe rentevastheidsperiode te doen. Indien uw rentevastheidsperiode afloopt tussen 1 januari en 30 juni, zal uw rente worden herzien op 1 april. Indien uw rentevastheidsperiode afloopt tussen 1 juli en 31 december, zal uw rente worden herzien op 1 oktober.

U ontvangt tijdig – vóór de renteherzieningsdatum – een opgave van het nieuwe rentepercentage en het nieuwe maandelijks te betalen bedrag.

3.3.2 Renteherziening na afloop van de rentevastheidsperiode: procedure

Vaste rente

Het voor de lening geldende rentepercentage wordt telkens na afloop van een rentevastheidsperiode of telkens per een overeengekomen datum opnieuw voor een zelfde periode vastgesteld door GMAC Hypotheken of diens rechtsopvolger(s) onder bijzondere of algemene titel. Een renteherziening gaat in op de eerste van de maand waarin de ingangsdatum van de renteberekening is gelegen.

[...]

3.3.3 Mogelijkheid een andere rentevastheidsperiode te kiezen op de renteherzieningsdatum

Indien u op een renteherzieningsdatum een andere rentevastheidsperiode mocht wensen, heeft u de mogelijkheid om de lening om te zetten op de wijze als in deze voorwaarden onder artikel 8 is omschreven. Een desbetreffend verzoek dient tenminste 14 dagen vóór een renteherzieningsdatum aangetekend naar Stater verstuurd te worden.”

- 2.5 In de notitie van het telefoongesprek van 4 februari 2013 staat het volgende vermeld:

“Client belde met verzoek om zijn rentepercentage omlaag te brengen. Client kan hoogstwaarschijnlijk geen vast inkomen aantonen. Oversluiten zal waarschijnlijk ook lastig worden. Hij denkt eraan om met renteherziening te kiezen voor variabele rente.”

- 2.6 In verband met het verstrijken van de rentevastperiode heeft de Bank Consument bij brief van 27 juni 2013 het volgende medegedeeld:

“Uw hypotheek

Op 1 oktober 2013 loopt de rentevastperiode van één of meerdere delen van uw hypotheek bij CMIS Nederland B.V. (hierna: CMIS) af. Deze leningdelen treft u in de bijlage aan.

Een nieuw rente aanbod

Bijgaand treft u het aanbod aan voor de renteherziening per 1 oktober 2013 met daarin de nieuwe rentes waaruit u een keuze kunt maken. Dit aanbod is geldig tot **16 september 2013**.

Wilt u gebruik maken van dit rente aanbod?

Dan verzoeken wij u om dit voorstel ingevuld en ondertekend (door u en uw eventuele partner) aan ons terug te sturen voor 16 september 2013. U kunt dit doen door het getekende voorstel aangetekend te versturen naar CMIS of door het getekende voorstel gescand te mailen naar rente@cmisgroup.com. Als wij het getekende voorstel op 16 september 2013 niet hebben ontvangen, dan gaan wij ervan uit dat u geen gebruik wenst te maken van ons aanbod. Na 16 september 2013 ontvangt u een bevestiging van de wijzigingen.

Wilt u geen andere rentevastperiode?

In dat geval hoeft u niets te doen. Uw rentevastperiode zal dan hetzelfde blijven. Alleen het rentepercentage zal gewijzigd worden in het rentepercentage dat geldt op 1 oktober 2013, dat u terug kunt vinden in het bijgaande aanbod.”

- 2.7 Bij brief van 14 augustus 2013 heeft de Bank Consument een herinnering gestuurd. In de brief is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

“Het rentevoorstel

Eind juni 2013 heeft u van ons een voorstel voor een nieuwe rente ontvangen in verband met de renteherziening per 1 oktober 2013 van (één van) uw lening(delen). In dit voorstel hebben wij aangegeven dat het door u getekende voorstel uiterlijk op **16 september 2013** door ons ontvangen moet zijn. Volgens onze informatie hebben wij het door u ondertekende voorstel nog niet ontvangen. Heeft u het getekende voorstel inmiddels opgestuurd, dan verzoeken wij u deze brief als niet verzonden te beschouwen.

Wilt u gebruik maken van dit rente aanbod?

Dan verzoeken wij u om dit voorstel ingevuld en ondertekend (door u en uw eventuele partner) aan ons terug te sturen voor 16 september 2013. U kunt dit doen door het getekende voorstel aangetekend te versturen naar CMIS of door het getekende voorstel gescand te mailen naar rente@cmisgroup.com. Als wij het getekende voorstel op 16 september 2013 niet hebben ontvangen, dan gaan wij ervan uit dat u geen gebruik wenst te maken van ons aanbod.”

- 2.8 Op 1 oktober 2013 is de rentevastperiode verstreken. De rentevastperiode is verlengd voor de duur van 10 jaar en de rente is verhoogd van 4,8% naar 6,35%.
- 2.9 Consument heeft op 20 januari 2016 een klacht bij de Bank ingediend.
- 2.10 Bij brief van 1 februari 2016 heeft de Bank de klacht van Consument afgewezen.
- 2.11 De verdere uitwisseling van standpunten in de interne klachtenprocedure heeft niet geleid tot een oplossing.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert, met terugwerkende kracht vanaf 1 oktober 2013, omzetting van de rente van zijn hypothecaire geldlening naar de oude rente van 4,8%. Subsidiair vordert Consument dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van een bedrag van € 9.430,27, bestaande uit de te veel betaalde rente.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Bank is toerekenbaar tekortgeschoten in de uitvoering van haar zorgplicht. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.
- Consument betwist dat hij zijn klachtplicht (artikel 6:89 BW) heeft geschonden. Consument was niet eerder dan eind 2015 bekend met de renteherziening van oktober 2013. Doordat de maandtermijnen automatisch van de rekening van Consument werden afgeschreven en op de betalingsoverzichten ook tal van andere betalingen vermeld stonden, is het Consument lange tijd niet opgevallen dat de maandtermijnen waren gewijzigd. Voorts is niet gebleken dat de Bank nadeel heeft geleden dan wel in haar bewijspositie is geschaad door het late tijdstip waarop Consument heeft geklaagd.
 - Consument betwist de brieven van 27 juni 2013 en 14 augustus 2013 te hebben ontvangen. De Bank heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat de brieven door haar zijn verzonden. Consument heeft niet kunnen reageren op het door de Bank gedane renteaanbod. Consument vindt het opmerkelijk dat de brieven niet aangetekend zijn verstuurd en dat de Bank niet de moeite heeft genomen om hem telefonisch of per e-mail te benaderen om te informeren naar de reden waarom niet is gereageerd op de correspondentie van de Bank. Consument is op 12 december 2015, na telefonisch contact met de Bank, bekend geworden met het gegeven dat zijn rente in 2013 opnieuw voor tien jaar is vastgezet.
 - Consument betwist de Voorwaarden te hebben ontvangen. Consument erkent dat hij de acceptatieverklaring heeft ondertekend, maar de Voorwaarden zijn hem niet ter hand gesteld. De Bank heeft hiermee niet voldaan aan de informatieplicht zoals neergelegd in artikel 6:233 jo 6:234 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). In artikel 6:233 jo 6:234 BW is opgenomen dat algemene voorwaarden vóór of tijdens het aangaan van de overeenkomst aan de contractspartij ter hand moeten worden gesteld. Nu tijdige terhandstelling niet is geschied, zijn de Voorwaarden vernietigbaar, hetgeen betekent dat de Voorwaarden niet van toepassing zijn op de hypothecaire geldlening. Consument doet uitdrukkelijk een beroep op de vernietigbaarheid van artikel 3.3 van de Voorwaarden.
 - Er is geen sprake van eigen schuld aan de zijde van Consument, nu de Bank niet de moeite heeft genomen om hem telefonisch of per e-mail te benaderen om te informeren naar de reden waarom niet werd gereageerd op de brieven van de Bank. De Bank is volledig aansprakelijk.

Verweer van de Bank

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

- De Bank acht het hoogst onwaarschijnlijk dat Consument de rentewijziging pas na twee jaar, eind 2015, heeft opgemerkt. Uit de telefoonnotitie van 4 februari 2013 blijkt namelijk dat Consument wist dat de rente herzien zou worden. Daarnaast had Consument door de gewijzigde periodieke afschrijvingen en de jaaropgaven redelijkerwijs kunnen en moeten ontdekken dat de rente en hiermee de maandtermijnen waren gewijzigd. Consument heeft lange tijd gewacht om te klagen, als gevolg waarvan de Bank is benadeeld. De Bank is namelijk de mogelijkheid ontnomen om de gevolgen van eventuele fouten te herstellen of te beperken. Als gevolg hiervan zal de Bank financiële schade lijden aangezien zij met terugwerkende kracht de rente ten gunste van Consument dient aan te passen. De schade had beperkt kunnen worden wanneer Consument eerder had geklaagd. Dit had redelijkerwijs ook van Consument verwacht mogen worden. Consument heeft derhalve niet binnen bekwame tijd geklaagd en heeft hiermee zijn recht tot het instellen van een vordering ex artikel 6:89 BW verwerkt.
- De Bank heeft Consument bij brief van 27 juni 2013 geïnformeerd over het aflopen van de rentevastperiode en een nieuw rentevoorstel gedaan. Op 14 augustus 2013 heeft de Bank Consument een schriftelijke herinnering gestuurd. De Bank heeft geen reactie van Consument ontvangen, waardoor de rente conform de brief van 27 juni 2013 voor tien jaar tegen 6,35% is vastgezet. Consument erkent dat de brieven zijn verstuurd, maar betwist deze te hebben ontvangen. Dit komt voor rekening en risico van Consument nu de Bank de brieven naar het door Consument opgegeven adres heeft gezonden. Daarbij komt dat kennelijk eerdere correspondentie van de Bank Consument wel heeft bereikt. Op grond hiervan mocht de Bank er redelijkerwijs van uitgaan dat de brieven Consument op het adres konden bereiken en konden aankomen.
- Het beroep van Consument op artikel 6:233 jo 6:234 BW slaagt niet. Voor aanvang van de hypothecaire geldlening zijn de Voorwaarden door de financieel adviseur van Consument aan hem overhandigd. Daarnaast heeft Consument de acceptatieverklaring ondertekend waarmee hij verklaart de Voorwaarden te hebben ontvangen, daarvan kennis te hebben kunnen nemen en te accepteren. De getekende hypotheekofferte is een onderhandse akte en heeft derhalve dwingende bewijskracht.
- Wanneer zou blijken dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden, geldt dat sprake is van eigen schuld zijdens Consument. Consument wist, althans behoorde te weten dat de rentevastperiode afliep. Dit staat immers duidelijk in de offerte vermeld. Het had op de weg van Consument gelegen om voorafgaand aan de renteherzieningsdatum bij de Bank te informeren naar een nieuw rentevoorstel of, bij achterwege blijven van een rentevoorstel, bij de Bank te informeren naar de verandering in het maandbedrag. Door dit niet te doen heeft Consument de renteherziening stilzwijgend geaccepteerd.
- Consument heeft niet gesteld dan wel aannemelijk gemaakt dat hij, wanneer hij de brieven van 27 juni 2013 en 14 augustus 2013 wel zou hebben ontvangen, voor een andere rentevastperiode had gekozen.
- Consument is op grond van artikel 6:101 BW gehouden om tijdig maatregelen te nemen ter voorkoming of beperking van eventuele verdere schade. Consument heeft dit niet, althans onvoldoende gedaan, nu hij pas twee jaar na het ingaan van de nieuwe rentevastperiode heeft geklaagd.

4. Beoordeling

- 4.1 Aan de Commissie ligt de vraag voor of de Bank toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van haar zorgplicht. De Bank heeft daartegenover allereerst een beroep gedaan op artikel 6:89 BW en in dat kader gesteld dat Consument te laat heeft geklaagd en zijn recht tot het instellen van een vordering ex artikel 6:89 BW heeft verwerkt.
- 4.2 Ten aanzien van het beroep op schending van de klachtplicht geldt dat de maatstaf voor dat oordeel is of Consument binnen bekwame tijd nadat hij de gestelde tekortkoming in het handelen van de Bank heeft ontdekt of had moeten ontdekken bij de Bank ter zake heeft geprotesteerd. De tijd die is verstreken tussen dat moment en het indienen van de klacht is een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend. Belangrijk is tevens dat de Bank door het tijdverloop in haar belangen is geschaad (zie voor het beoordelingskader uitgebreider: HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).
- 4.3 De Bank stelt zich op het standpunt dat uit de telefoonnotitie van 4 februari 2013 blijkt dat Consument op dat moment op de hoogte was van de aankomende renteherziening. Voorts is de nieuwe maandtermijn vanaf 1 oktober 2013 maandelijks van de rekening van Consument afgeschreven en heeft hij over 2013 en 2014 jaaropgaven ontvangen. Tot slot stelt de Bank dat zij in haar belangen is geschaad, daar haar de mogelijkheid is ontnomen om tijdig de schade te herstellen dan wel te beperken.
- 4.4 Door eerst in december 2015 zijn beklag te doen over de renteherziening van oktober 2013, is Consument te laat. Uit de telefoonnotitie van 4 februari 2013, die niet door Consument wordt betwist, blijkt dat Consument op de hoogte was van de aankomende renteherziening. Daarbij komt dat het voor Consument vanaf oktober 2013 eenvoudig waarneembaar was dat zijn rente was gewijzigd, daar zijn maandtermijn was verhoogd. Voorts heeft Consument door te laat te klagen, de Bank, voor zover er al van een toerekenbare tekortkoming sprake zou zijn, de mogelijkheid ontnomen tijdig de schade te beperken door de situatie te herstellen en Consument een nieuwe rentevastperiode te laten kiezen.
- 4.5 De Commissie is van oordeel dat Consument zonder gegronde reden te veel tijd heeft laten verstrijken voordat hij zijn klacht aan de Bank heeft voorgelegd en daarom niet heeft voldaan aan de plicht tijdig te klagen conform het vereiste van artikel 6:89 BW. De Bank heeft daarbij voldoende aannemelijk gemaakt dat zij door dit tijdsverloop is benadeeld, zodat dit verweer slaagt en de Commissie niet toekomt aan een verdere beoordeling van de klacht.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.