Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-401 d.d. 5 november 2014
(Mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiter, leden, mr. M.J.M. Fennis, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft van Aangeslotene een lening verkregen voor de aankoop van een pand, waarbij de te betalen rente op basis van het 1-maands Euribor tarief met een jaarlijks vast te stellen opslag werd samengesteld. Omdat op enig moment de verwachting bestond dat de kortlopende variabele rente (verder) zou gaan stijgen en daarmee ook de lasten voor Consument, is ter afdekking van dat renterisico een Rente Collar afgesloten. Een Rente Collar waarborgt bij een stijging van het Euribor tarief een maximaal te betalen rente, maar zal bij een daling van het tarief bij het bereiken van een vooraf gestelde grens niet verder neerwaarts mee bewegen met dit Euribor tarief. De opslag op het Euribor tarief is niet door de Rente Collar gedekt.
Consument heeft na het afsluiten van de Rente Collar zijn beklag gedaan dat (a) de kortlopende variabele rente in tegenstelling tot de verwachting niet is gaan stijgen maar gaan dalen, (b) hij door Aangeslotene onvoldoende is geïnformeerd dat de jaarlijks vast te stellen opslag niet door de Rente Collar wordt afgedekt, en (c) het jaarlijks verhogen van de opslag niet gerechtvaardigd was. Hij vordert dat de Rente Collar met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt.
De Commissie heeft geoordeeld dat (a) het Aangeslotene niet is aan te rekenen dat de kortlopende variabele rente tegen de verwachting in is gaan dalen, (b) Consument voldoende is geïnformeerd dat de jaarlijks vast te stellen opslag buiten het bereik van de Rente Collar valt, en (c) het verhogen van de opslag in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was. De vordering van Consument wordt afgewezen.

Consument,

tegen

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

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 29 april 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 10 april 2014 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Op 5 oktober 2007 heeft Aangeslotene aan Consument en zijn echtgenote een offerte gedaan voor een lening (een ING Euroflexlening) van € 1.000.000,- ten behoeve van de aankoop van een bedrijfspand. De Algemene Bepalingen van Kredietverlening van Aangeslotene maken deel uit van de overeenkomst.

2.2. De lening is aangegaan door Consument en zijn echtgenote en heeft een looptijd van 300 maanden (25 jaar) vanaf 5 oktober 2007. Een bedrag van € 300.000,- diende op 1 april 2010 te worden afgelost.

2.3. Met betrekking tot de rente is in de offerte het volgende vastgesteld:

Debetrente:	*0,70% per jaar boven het 1-maands Euribor tarief geldend op de eerste dag van de rentevastperiode (thans 4,34%). Per maand achteraf te voldoen voor het eerst op 1 november 2007.* *Voor de berekening van de rente wordt de maand gesteld op het juiste aantal dagen en het jaar op 360 dagen.*
Effectieve rente:	*De effectieve rente op jaarbasis bedraagt bij het huidige 1-maands Euribor Tarief: 5,20%. De effectieve rente op jaarbasis is een prijsaanduiding voor het krediet, waarin alle vooraf te bepalen kosten zoals debetrente en afsluitkosten tot uitdrukking komen.*
(…)	
Tariefafspraak:	*De opslag op het EURIBOR-tarief wordt éénmaal per jaar door de kredietgever herzien. Indien de opslag wijzigt, wordt u daarover (ongeveer 2 weken van tevoren) ingelicht.* *Indien de Kredietnemer niet uiterlijk op de laatste dag van de rentevastperiode op het voorstel heeft gereageerd, wordt de Kredietnemer geacht akkoord te zijn gegaan met de aangeboden nieuwe opslag. Het Euribor-tarief wordt gepubliceerd in de landelijke dagbladen.*

2.4. Ter zekerheid voor terugbetaling van de lening werd het recht van hypotheek gevestigd op twee bedrijfspanden in Den Burg.

2.5. In september 2008 hebben Consument en zijn echtgenote ter afdekking van het Euribor renterisico een Zero Cost Knock-in Collar (hierna "Rente collar") afgesloten met als ingangsdatum 1 oktober 2008. Daarbij zijn partijen kennelijk uitgegaan van de verwachting dat de kortlopende variabele rente verder zou gaan stijgen en dat de (rente)kosten voor Consument daarmee zouden toenemen. ING heeft over de Rente collar twee keer een mondeling presentatie gegeven en schriftelijke informatie verstrekt.

2.6. Met de Rente collar is een boven- en een ondergrens aan de variabele rentekosten met betrekking tot de lening gesteld. De Rente collar hield een combinatie in van een gekochte "cap" (bovengrens) en een verkochte "floor" (ondergrens), een zogenaamde "collar". Indien de variabele rente boven 5,15% uitkomt, wordt de variabele rente gemaximeerd op 5,15%. Indien de variabele rente daalt tot 3,85% of daar beneden komt, is de te betalen rente 3,85%, te vermeerderen met een één maal per jaar vast te stellen opslag ("penalty"). Voor het afsluiten van de Zero Cost Knock-in Collar was geen premie verschuldigd.

2.7. De looptijd van de Rente collar is van 1 september 2008 tot 1 september 2015. De hoofdsom van de Rente collar was € 1.000.000.
2.8. Na het afsluiten van de Rente collar is het 1-maands Euribor tarief op enig moment, in tegenstelling tot de eerdere verwachting, niet verder gestegen maar juist gaan dalen.
2.9. Daarnaast is bij de jaarlijkse herziening de vaste opslag op het Euribor tarief verhoogd.

3. Het geschil

3.1. Consument vordert dat de Rente collar met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt. Aan zijn vordering legt hij het volgende ten grondslag:
(a) de 1-maands Euribor rente is na het afsluiten van de Rente collar niet gaan stijgen maar gaan dalen en Aangeslotene wist dat, althans had dat moeten weten en de Rente collar is aldus onnodig afgesloten;
(b) Consument is door Aangeslotene onvoldoende duidelijk geïnformeerd dat de vaste opslag, die jaarlijks kan worden aangepast, niet door de Rente collar wordt afgedekt, maar enkel het Euribor renterisico werd afgedekt door de Rente collar;
(c) het verhogen van de opslag op de Euribor rente is niet gerechtvaardigd omdat de positie van Consument daar geen aanleiding toe geeft en omdat Aangeslotene zo haar gestegen "funding kosten" door middel van een opslag een de klant doorberekend.

Consument stelt dat hij aldus teveel rente aan Aangeslotene heeft betaald en nog betaalt, zonder dat daarvoor gerechtvaardigde redenen aanwezig zijn. Aangeslotene is aldus tekort geschoten in haar zorgplicht.
3.2 Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

niet-ontvankelijkheid
4.1. Aangeslotene stelt met een beroep op het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (het "Reglement") dat de klacht van Aangeslotene niet in behandeling kan worden genomen omdat Consument, kort gezegd, handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en aldus geen consument in de zin van het Reglement is. De bepaling waar Aangeslotene een beroep op doet luidt als volgt:
Artikel 1 Begripsbepalingen
(…)
Consument: *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.*
4.2. Aangeslotene onderbouwt haar verweer als volgt:
- het krediet is verleend voor de aankoop van een bedrijfspand;
- de algemene voorwaarden die van toepassing zijn, zijn voorwaarden die Aangeslotene voor de zakelijke dienstverlening hanteert;
- het recht van hypotheek is gevestigd op twee bedrijfspanden;
- Consument dient periodiek jaarcijfers te overleggen;
- de offerte is namens Aangeslotene ondertekend door de "Principal Accountmanager MKB".

4.3. Wat er ook van het voorgaande zij, contractspartij van Aangeslotene zijn Consument en zijn echtgenote. Uit de overeenkomst tussen partijen blijkt niet dat Consument en zijn echtgenote handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf. In de overeenkomsten zijn Consument en zijn echtgenote als natuurlijk persoon opgenomen. Het bedrijfspand waarvoor de lening is aangegaan, wordt door Consument verhuurd. Consument voert in het bedrijfspand zelf geen beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten uit.

4.4. Dat de algemene voorwaarden van Aangeslotene voor de zakelijke dienstverlening worden gehanteerd en dat de offerte is ondertekend door de Principal Accountmanager MKB, is onvoldoende om aan te nemen dat Consument handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf.

4.5. Aangeslotene heeft, voor zover daadwerkelijk periodiek jaarcijfers door Consument aan Aangeslotene zijn verstrekt, deze niet in de procedure overlegd. Een beroep op enkel de betreffende bepaling in de overeenkomst, is onvoldoende.

4.6. De Commissie is van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de financieringsovereenkomst tot iets anders strekt dan een investering die gebruikelijk is voor een consument die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. De klacht kan daarmee wel in behandeling worden genomen.

Inhoudelijk

4.7. De klacht van Consument dat Aangeslotene wist, althans had moeten weten dat het 1-maands Euribor tarief na het aangaan van de Rente collar zou gaan dalen, is door Consument onvoldoende onderbouwd. Consument heeft dienaangaande geen stukken overlegd of bewijs geleverd en de stelling is door Aangeslotene voldoende weersproken. Dat het 1-maands Euribor tarief op enig moment tegen de verwachting in is gaan dalen, is ook een professionele marktpartij als Aangeslotene niet aan te rekenen.

4.8. Uit de stukken die door partijen zijn overgelegd, is voldoende duidelijk dat de Rente collar enkel ziet op de 1 maand Euriborrente en niet op de kredietopslag boven op de Euriborrente. Zo blijkt uit de presentie van medio augustus 2008 zoals die door Aangeslotene aan Consument is gegeven dat de opslag buiten het bereik van de Rente collar blijft. Daarbij komt dat Consument onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat, ook indien vast zou komen te staan dat Aangeslotene Consument onvoldoende zou hebben geïnformeerd dat de opslag buiten het bereik van de Rente collar bleef, hij daarvan zou hebben afgezien nu het risico van stijging van de Euribor rente de reden was om de Rente collar aan te gaan. Op basis van de destijds geldende verwachtingen was met het aangaan van de Rente collar dat renterisico voor Consument ingeperkt.

4.9. Met betrekking tot verhoging van de opslag geldt het volgende:
In de offerte is bepaald dat de debetrente 0,70% boven het 1-maands Euribor Tarief en dat Aangeslotene bevoegd is de opslag op het Euribortarief éénmaal per jaar te herzien, hetgeen blijkt uit de bepaling "*De opslag op het EURIBOR-tarief wordt éénmaal per jaar door de kredietgever herzien. Indien de opslag wijzigt, wordt u daarover (ongeveer 2 weken van tevoren) ingelicht.*".

4.10. Uit de offerte blijkt, nu er een uitdrukkelijke splitsing is aangebracht tussen een Euriborrente en een opslag, voldoende duidelijk dat het door Consument te betalen rentepercentage bestaat uit een variabel Euribor tarief en een opslag.

4.11. Voorts stelt de Commissie vast dat de Voorwaarden deel uitmaken van de kredietovereenkomst. In artikel 15 van de Voorwaarden (onder het kopje "Wijziging tarieven") is onder meer bepaald dat Aangeslotene zich het recht voorbehoud "*de tarieven te verhogen met een bij de Bank gebruikelijke toeslag, indien bijzondere omstandigheden, zoals de*

verslechtering van de kwaliteit van de Kredietnemer, daartoe aanleiding geven". Uit de offerte en artikel 15 van de Voorwaarden blijkt in voldoende mate dat Aangeslotene bevoegd is de opslag te wijzigen. Deze bewoordingen zijn duidelijk en niet voor meer dan één uitleg vatbaar. De Commissie is van oordeel dat Consument de inhoud en strekking hiervan had kunnen begrijpen.

4.12. Het voorgaande brengt mee dat het op de geldlening van toepassing zijnde rentetarief bestaat uit het 1-maands Euribor tarief en een door Aangeslotene vast te stellen opslag en dat Aangeslotene een wijzigingsbevoegdheid toekomt. Een wijziging kan een verhoging of verlaging van de opslag inhouden. De voor Consument bestaande onzekerheid over de ontwikkeling van het rentetarief is inherent aan het gekozen renteregime.

4.13. Hier tegenover staat de vrijheid van Consument om de geldlening te allen tijde boetevrij af te lossen of te beëindigen. Aangeslotene mag de in 4.12. bedoelde wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van de opslag echter niet gebruiken op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek). De vraag of Aangeslotene binnen deze grenzen is gebleven hangt af van alle omstandigheden van het geval. De Commissie merkt hierbij op dat zij bij de toetsing aan artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek de nodige terughoudendheid in acht dient te nemen.

4.14. Zowel tijdens de schriftelijke fase als ter zitting heeft Aangeslotene toegelicht waarom zij tot verhoging van de opslag is overgegaan. Aangeslotene stelt - kort gezegd - door gewijzigde omstandigheden te zijn genoodzaakt de opslag te verhogen. Aangeslotene heeft uiteengezet dat zulks te maken heeft met marktomstandigheden, "funding kosten" (marktrente en liquiditeitskosten) en kapitaalskosten die er toe hebben geleid dat de opslag is verhoogd. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene aannemelijk heeft gemaakt dat zij zich redelijkerwijs genoodzaakt kon zien de opslag te verhogen. Het is niet aannemelijk geworden dat aan de verhogingen andere redenen ten grondslag lagen dan veranderingen op de geld- en kapitaalmarkt en wijzigingen in wet- en regelgeving.

4.15. De Commissie acht het verhogen van de opslag in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarom niet onaanvaardbaar.

4.16. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene jegens Consument niet onrechtmatig heeft gehandeld door de opslag op het Euribor tarief te wijzigen. Al het voorgaande leidt ertoe dat de vordering van Consument wordt afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst als bindend advies de vordering af.

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.