Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-148 d.d. 21 mei 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf, 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 en is samengesteld. 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. De Commissie stelt vast dat er in de overeenkomst geen externe referentievoet is opgenomen. In dit geval is niet (voldoende duidelijk) vastgelegd dat de bank in afwijking daarvan een discretionaire bevoegdheid heeft de rente naar eigen inzicht, los van marktontwikkelingen vast te stellen. Derhalve constateert de Commissie dat de overeenkomst een leemte vertoont. De overeenkomst dient daarom 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 besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Intermediaire Voorschotbank B.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; en
- het verzoek tot geschilbeslechting d.d.13 mei 2012.

Ontvankelijkheid klacht:
- het verweerschrift van Aangeslotene d.d. 27 augustus 2012;
- de repliek van Consument d.d. 6 september 2012; en
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 24 september 2012.

Inhoudelijke procedure:
- het verweerschrift van Aangeslotene d.d. 1 maart 2013;
- de repliek van Consument d.d. 9 maart 2013; en
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 11 april 2013.

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. Omdat het verweer van Aangeslotene zich gedurende de schriftelijke procedure voorafgaand aan de zitting enkel op de eventuele niet-ontvankelijkheid van de klacht van Consument heeft geconcentreerd, is ter zitting enkel de ontvankelijkheid aan de orde geweest. Partijen zijn na zitting in de gelegenheid gesteld hun inhoudelijke standpunten schriftelijk uit te wisselen. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Op 9 september 2000 heeft Consument samen met zijn partner via een bemiddelaar een doorlopende kredietovereenkomst bij een rechtsvoorganger van Aangeslotene afgesloten met een kredietsom van *ƒ* 58.744,- tegen kredietvergoeding van 0,869% per maand en een effectieve kredietvergoeding van 10,9% op jaarbasis.

2.2. In de overeenkomst is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"Over de opgenomen gelden brengt NVF Voorschotbank aan kredietnemer een variabele rente in rekening die thans per maand bedraagt 0,869%, hetgeen gelijk is aan een effectief kredietvergoedingspercentage op jaarbasis van 10,9%".
"Kredietnemer zal de opgenomen gelden, alsmede de verschuldigde kredietvergoeding aan NVF Voorschotbank terugbetalen:
xx in gelijke maandelijkse termijnen van f 588,00"

2.3. In artikel 5 van de Algemene Voorwaarden Kredietverlening NVF Voorschotbank B.V. 11/99 is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"Kredietnemer betaalt over de bedragen, die hij op grond van de overeenkomst schuldig zal zijn, een kredietvergoeding, waarvan de hoogte kan variëren, echter met dien verstande, dat de in rekening te brengen kredietvergoeding de volgens de Wet op het Consumentenkrediet toegestane kredietvergoeding nimmer zal overtreffen. Eventuele wijzigingen van het kredietvergoedingspercentage worden aan Kredietnemer meegedeeld door middel van het in artikel 3 genoemde maandoverzicht."

2.4. Aangeslotene heeft het kredietvergoedingspercentage vanaf 9 september 2009 zodanig verhoogd dat enkel het bedrag van de maandelijkse kredietvergoeding de maximale maandelijkse termijn van fl. 588,00,- al oversteeg. Van aflossing was daarom geen sprake meer.

2.5. Omdat er achterstanden op de terugbetaling van het krediet zijn ontstaan heeft Aangeslotene de vordering op Consument ter incasso uit handen gegeven aan een deurwaarder.

3. Geschil

3.1. Primair vordert Consument de Commissie te bepalen dat de doorlopende kredietovereenkomst nietig is. Subsidiair vordert Consument vernietiging van de doorlopende kredietovereenkomst op grond van dwaling.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar jegens hem tekort is geschoten door een onduidelijke overeenkomst te hanteren. Consument is een vast maandbedrag met Aangeslotene overeengekomen waarin zowel rente als aflossing zijn opgenomen. Met een beroep op artikel 5 van de Algemene Voorwaarden stelt Aangeslotene het kredietvergoedingspercentage volstrekt willekeurig vast, waardoor er enkel rente wordt betaald. Dit terwijl partijen zijn overeengekomen dat ook afgelost zou worden op de uitstaande kredietsom. De te leveren prestaties zijn dan ook onvoldoende bepaalbaar, waardoor de overeenkomst nietig is. Subsidiair dient de overeenkomst vernietigd te worden op grond van dwaling. Consument heeft immers nooit de intentie gehad een kredietovereenkomst af te sluiten waarvan de kredietsom steeds groter zou worden.

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 dat Consument niet ontvankelijk is in zijn klacht omdat deze overeenkomstig artikel 14 sub a van het Reglement reeds eerder door het Klachteninstituut is behandeld. Aangeslotene voert hiertoe aan dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening op 2 november 2010 een oordeel over de door Consument geuite klacht heeft uitgesproken en op 1 maart 2012 nogmaals een oordeel over precies dezelfde klacht heeft uitgesproken. Nu de klacht reeds eerder is behandeld had het tweede oordeel nimmer uitgesproken mogen worden en is mitsdien nietig. Consument had zich dan ook overeenkomstig artikel 29.1 van het Reglement binnen drie maanden na 2 november 2010 tot de Commissie dienen te wenden. Door dit na te laten heeft hij zijn klacht niet tijdig aan de Commissie voorgelegd.

4.2. De Commissie overweegt als volgt. De klacht die aan het oordeel van de Ombudsman Financiële Dienstverlening van 2 november 2010 ten grondslag lag, zag met name op de verzekering die Consument verplicht zou zijn geweest af te sluiten bij het aangaan van de kredietovereenkomst, een zogenoemde koppelverkoop. Dit is naar het oordeel van de Commissie een andere klacht dan waar zij zich thans over dient uit te spreken, te weten de onduidelijkheid van de voorwaarden ten aanzien van de wijze van vaststelling van het kredietvergoedingspercentage en de daarmee gepaard gaande wijze van aflossing van het krediet. Nu Consument zich overeenkomstig artikel 29.1 van het Reglement binnen drie maanden na 1 maart 2012, op 13 mei 2012 tot de Commissie heeft gewend, heeft hij zijn klacht tijdig aan de Commissie voorgelegd. De Commissie verklaart Consument derhalve ontvankelijk in zijn klacht.

4.3. *Inhoudelijke beoordeling van de klacht*
Gezien het voorgaande zal de Commissie overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de klacht. In de kern komt de klacht van Consument erop neer dat niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage wordt vastgesteld en dat Aangeslotene onduidelijke voorwaarden hanteert. De Commissie overweegt als volgt. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken staat vast dat tussen partijen op 9 september 2000 een doorlopende kredietovereenkomst is gesloten waarbij Aangeslotene aan Consument een krediet tot een bedrag van fl. 58.744,- heeft verstrekt. Daarbij zijn partijen, hetgeen in de schriftelijke procedure door partijen is bevestigd, een variabel kredietvergoedingspercentage overeengekomen.

4.4. 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 onduidelijke bedingen in consumentenovereenkomsten dient de contra proferentemregel 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 2011/10 r.o. 5.2.5 en Geschillencommissie Kifid 2011/97, 2011/78, 2011/70 en 2011/12).

4.5. 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* BU8170). Daarbij mag een consument in beginsel verwachten dat de rente de marktontwikkelingen volgt. De Commissie stelt vast dat er in de overeenkomst geen externe referentievoet is opgenomen. 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. Derhalve bevat de overeenkomst een leemte.

4.6. Deze leemte moet op grond van artikel 6:248 lid 1 BW worden aangevuld. 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).

4.7. 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.

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 4.6 bepaald, en, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert, het bedrag van dat voordeel aan Consument 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.