**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-680**
**(mr. J. van der Groen, voorzitter en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)**

| | |
|---|---|
| Klacht ontvangen op | : 15 april 2019 |
| Ingediend door | : Consument |
| Tegen | : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank |
| Datum uitspraak | : 12 september 2019 |
| Aard uitspraak | : Niet-bindend advies |

## Samenvatting

De klacht van Consument ziet op het niet nakomen van de Bank van de vóór 1 januari 1999 overeengekomen minimale rentegarantie voor de KMIR. In 1996 is Consument met de Bank een zogeheten Kapitaalmarktindex Rekening (KMIR) aangegaan met een gegarandeerde minimale rente van 4%. Per 1 januari 1999 heeft de Bank de voorwaarden van de KMIR gewijzigd door niet meer de rente van 4% te garanderen. Consument vordert van de Bank restitutie van de rente van 1 januari 1999 tot 1 april 2019, voor zover de gegarandeerde minimale rente van 4% gedurende de totale looptijd van de KMIR in stand was gebleven. Op grond van artikel 6:89 BW is het aan Consument om binnen bekwame tijd te protesteren nadat hij een gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken. Indien Consument daar niet aan voldoet, kan hij op dit gebrek in de prestatie geen beroep meer doen. De Commissie stelt vast dat Consument in ieder geval door de brief van 10 december 1998 door de Bank op de hoogte is gesteld van de opheffing van de minimale rentegarantie per 1 januari 1999. De Commissie vindt voldoende aannemelijk dat het belang van de Bank is geschaad door het late klagen van Consument. Het late tijdstip van klagen door Consument staat eraan in de weg dat de Bank de gevolgen van de gestelde tekortkoming heeft kunnen beperken. Het geslaagde beroep van de Bank op artikel 6:89 BW, betekent dat de Commissie de klacht van Consument niet kan behandelen.

## 1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument.

De Commissie stelt vast dat dit geschil zich leent voor verkorte behandeling als bedoeld in artikel 32 van haar Reglement.

## 2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 In 1996 is Consument met de Bank een zogeheten Kapitaalmarktindex Rekening (KMIR) aangegaan.

2.2 De spaarcondities van de KMIR luiden, voor zover relevant, als volgt:

"***Kapitaalmarktindex Rekening***

| | |
|---|---|
| *Rentepercentage* | *4,70%* |
| *Eerste storting tenminste* | *ƒ 25.000,-* |
| *(…)* | |
| *Bijzonderheden* | *- bij saldo minder dan ƒ 25.000,-, rente 4,0%*<br>*- rente wordt steeds vooraf per kalenderkwartaal vastgesteld*<br>*- de rente boven ƒ 25.000,- is gekoppeld aan de rente op de kapitaalmarkt maar bedraagt gegarandeerd minimaal 4,0%.* |

2.3 Op 10 december 1998 heeft de Bank Consument een brief gestuurd die, voor zover relevant, als volgt luidt:
"***Renteberekening***. *Gezien de ontwikkelingen in de markt willen wij het huidige minimumtarief van 4% niet langer garanderen. Hiervoor in de plaats komt een meer marktgebonden renteberekening. Gezien deze wijziging per 1 januari 1999 wijzen wij u erop dat, conform de voorwaarden, voor u de mogelijkheid bestaat zonder kosten het gehele saldo of een deel daarvan op te nemen gedurende een maand na de ingangsdatum van de nieuwe voorwaarden.*"

2.4 Op 25 januari 2019 heeft Consument per brief een klacht ingediend bij de Bank. Daarop heeft de Bank op 8 februari 2019 per brief gereageerd.

2.5 Op 1 april 2019 is de KMIR van Consument door de Bank beëindigd.

2.6 De uitwisseling van standpunten door partijen in de interne klachtprocedure heeft niet geleid tot een oplossing.

## 3. Vordering, klacht en verweer

*Vordering Consument*

3.1 Consument vordert restitutie van de rente van 1 januari 1999 tot 1 april 2019, voor zover de gegarandeerde minimale rente van 4% gedurende de totale looptijd van de KMIR in stand was gebleven.

*Grondslagen en argumenten daarvoor*

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag.

- Consument is met de Bank een gegarandeerde minimale rente van 4% overeengekomen. De Bank heeft deze garantie ten onrechte tussentijds aangetast. Slechts door opheffing van de KMIR had de Bank in 1998 de afgegeven garantie kunnen beëindigen. De Bank heeft ervoor gekozen om de KMIR te laten voortbestaan zonder de eerder afgegeven garantie. Dit heeft volledig afbreuk gedaan aan de wederzijds overeengekomen garantiestelling.

*Verweer van de Bank*

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

## 4. Beoordeling

4.1 De klacht van Consument ziet op het niet nakomen van de Bank van de vóór 1 januari 1999 overeengekomen minimale rentegarantie van 4% voor de KMIR.

*Schending klachtplicht (artikel 6:89 BW)*

4.2 Voordat de Commissie tot inhoudelijke behandeling van de klacht van Consument kan overgaan, dient zij eerst het meest verstrekkende verweer van de Bank te behandelen over de schending van de klachtplicht.

4.3 Op grond van artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) moet een schuldeiser binnen bekwame tijd, nadat hij een gebrek in een prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, daarover bij de schuldenaar protesteren. Als de schuldeiser dat niet doet, kan hij op dit gebrek in de prestatie geen beroep meer doen. De vraag of binnen bekwame tijd is geprotesteerd, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.

4.4 Bij de toepassing van artikel 6:89 BW moet ook rekening gehouden worden met enerzijds het voor Consument ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren, namelijk het verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming.

Anderzijds moet ook rekening gehouden worden met de concrete belangen waarin de Bank is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan. De verstreken tijd tussen het tijdstip waarop bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs moet bestaan en het tijdstip van het protest vormt in die beoordeling een belangrijke, maar niet doorslaggevende factor. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.

4.5 De Bank heeft gesteld dat zij in haar belangen is geschaad, door het late tijdstip van klagen door Consument. Daartoe stelt de Bank dat de gevorderde schade beperkt had kunnen worden, omdat Consument op een eerder moment bij een andere bank een soortgelijke lening had kunnen sluiten. Daarnaast stelt de Bank in haar bewijspositie te zijn geschaad, omdat het voor haar onmogelijk is om te achterhalen wat voor rentevergoeding aan Consument zou zijn uitgekeerd indien vanaf 1 januari 1999 de rentegarantie van 4% in stand was gebleven. De saldi van de KMIR, waarover de rente aan Consument is uitgekeerd, zijn immers niet meer beschikbaar.

4.6 Consument heeft gesteld dat de rentegarantie van de KMIR niet gelimiteerd is in tijd en in ieder geval tot de opheffing van het product geldig was. Daarnaast heeft Consument gesteld dat sprake is van eigen schuld door de Bank, waardoor zij zich niet erop kan beroep dat haar bewijspositie is geschaad. Daartoe stelt Consument dat het bijzonder kwalijk is dat de administratie van de Bank zodanig lacuneus is dat het onmogelijk zou zijn om te achterhalen wat de uitgekeerde rentevergoeding zou zijn indien vanaf 1 januari 1999 de minimale rentegarantie van 4% in stand was gebleven. Consument stelt dat hij wel beschikt over de saldi van zijn KMIR waarover rente is uitgekeerd, en dat hij bereid is deze aan de Bank ter beschikking te stellen voor de gewenste berekening.

4.7 In overweging 4.3 is besproken dat het aan Consument is om binnen bekwame tijd te protesteren nadat hij een gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken. De Commissie stelt vast dat Consument in ieder geval door de brief van 10 december 1998 door de Bank op de hoogte is gesteld van de opheffing van de minimale rentegarantie van 4% voor de KMIR per 1 januari 1999. Uit de aanwezige stukken volgt dat Consument voor het eerst hierover is gaan klagen per brief van 25 januari 2019. Niet is gesteld of gebleken dat sprake was van omstandigheden die ertoe hebben geleid dat Consument niet eerder heeft kunnen klagen. Daarnaast volgt uit overweging 4.4, dat voor de beoordeling van de werking van artikel 6:89 BW, de concrete belangen van de Bank meegenomen moeten worden die door het late klagen door Consument zijn geschaad. De Commissie vindt voldoende aannemelijk dat het belang van de Bank is geschaad door het late klagen van Consument. Immers, vraagt Consument nu van de Bank vergoeding van de rente over de periode van 1 januari 1999 tot 1 april 2019. Het late tijdstip van klagen door Consument staat eraan in de weg dat de Bank de gevolgen van de gestelde tekortkoming heeft kunnen beperken. Zie ook GC Kifid nr. 2019-185, overweging 4.5.

4.8 Tot slot merkt de Commissie op dat het beroep van de Bank op schade aan haar bewijspositie met name is toegespitst op het vaststellen van de hoogte van de schade. Aan het bespreken van de hoogte van de schade komt de Commissie pas toe nadat zij de klacht van Consument inhoudelijk heeft beoordeeld en vaststelt dat sprake is van een tekortkoming door de Bank. Nu de klacht van Consument niet inhoudelijk beoordeeld wordt, zal zij deze stelling van de Bank en de reactie van Consument daarop verder onbesproken laten.

*Conclusie*

4.9 De Commissie komt tot de conclusie dat het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW slaagt. De klacht van Consument is daarom niet behandelbaar.

## 5. Beslissing

De Commissie stelt vast dat Kifid de klacht niet kan behandelen.

*Deze beslissing is genomen in een verkorte procedure als bedoeld in artikel 32 van het Reglement. De uitspraak heeft daarom 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 40 van het Reglement.*