Uitspraak Commissie van Beroep 2018-031 d.d. 8 mei 2018
(mr. W.J.J. Los, voorzitter, mevr. mr. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, mr. J.B.M.M. Wuisman, mr. A. Bus en F.R. Valkenburg AAG RBA., leden, en mevr. mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Geldlening tegen een rente gelijk aan het 1-maands Euribor-tarief te vermeerderen met een opslag van 1%. Omtrent de opslag is in de door de kredietnemer aanvaarde offerte bepaald dat deze éénmaal per jaar door de kredietgever kan worden aangepast. Na vier jaren na ingang van geldlening maakt kredietgever gebruik van de wijzigingsbevoegdheid. Kredietnemer maakt hiertegen bezwaar. In de zeven jaren later bij KIFID gestarte procedure acht de Geschillencommissie het beding houdende de bevoegdheid van de kredietgever om de opslag jaarlijks te wijzigen een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233, aanhef en sub a BW. In beroep voert kredietgever als nader verweer aan, dat het recht om het beding op de grond dat het beding een onredelijk bezwarend beding is te vernietigen, verjaard is. Dit nadere verweer wordt gegrond bevonden.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg

1. Verloop van de procedure in beroep

1.1 Met een op 30 juni 2017 door KIFID ontvangen beroepschrift is namens de Bank bij de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (hierna te noemen: Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen de aangehechte uitspraak van 14 juni 2017 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna te noemen: Geschillencommissie) in het dossier met het nummer [nummer].

1.2 De Bank heeft bij een op 7 september 2017 bij KIFID binnengekomen brief de gronden van beroep aangevoerd.

1.3 Belanghebbende heeft een op 22 september 2017 bij KIFID binnengekomen verweerschrift ingediend.

1.4 De Commissie van Beroep heeft het beroep op 15 januari 2018 op een zitting behandeld. Op die zitting zijn namens de Bank verschenen de heer drs. [naam 1] en de heer [naam 2], beiden werkzaam bij de Bank, alsmede mevrouw mr. [naam 3] en de heer mr. [naam 4], beiden advocaat. Verder was op de zitting Belanghebbende zelf aanwezig, vergezeld van zijn gemachtigde mr. [naam 5].
Door beide partijen is aan de hand van een ter zitting overgelegde pleitnota het door hen in beroep ingenomen standpunt nader toegelicht. De Commissie van Beroep heeft verder aan partijen vragen gesteld, die door hen zijn beantwoord.

2. Inleiding op de beoordeling in beroep

De vaststaande feiten

2.1 De volgende feiten zijn door de Geschillencommissie onbestreden vastgesteld en/of zijn gesteld dan wel blijken uit de in het geding gebrachte stukken, terwijl betwisting van die feiten niet of onvoldoende gemotiveerd heeft plaatsgevonden:

(i) Belanghebbende heeft in 2005 met zijn echtgenote bij de Bank een geldlening met een hoofdsom van € 1.300.000,- afgesloten met het oogmerk het gehele geleende bedrag aan te wenden voor beleggen. Zij is aangegaan op basis van een offerte van de Bank van 30 december 2004. Na de offerte in aanwezigheid van zijn accountant met een medewerker van de Bank te hebben besproken heeft Belanghebbende de offerte tezamen met zijn echtgenote op 19 januari 2005 voor akkoord getekend. Een van de daarin opgenomen afspraken houdt in dat tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit de geldlening een eerste hypotheek zal worden gevestigd op een woning van Belanghebbende te [naam land]. De geldlening is op 1 mei 2015 ingegaan.

(ii) In genoemde offerte is onder meer het volgende opgenomen:

"Debetrente:	*1.0% per jaar boven het 1-maands Euribor Tarief geldend op de 1e dag van de rentevastperiode (thans 2,174%). Per maand achteraf te voldoen, voor het eerst op 1 januari 2005.*
(…)	
Rentevastperiode:	*1 maand, ingaande op de eerste opnamedatum. Na afloop vangt telkens automatisch een nieuwe rentevastperiode van 1 maand aan.*
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.*
(…)	
Vervroegde aflossing:	*Onbeperkt mogelijk op het einde van de rentevastperiode onder betaling van EUR 125,00 per vervroegde aflossing. Voor een concrete verwerking van dit bedrag."*

(iii) In de volmacht, die aan de bij de vestiging van de hypotheek betrokken notaris is verstrekt, komt de volgende passage voor:
"Kredietnemer zal gedurende de looptijd van de geldlening een rente op jaarbasis verschuldigd zijn gelijk aan één procent (1%) boven het één maands EURIBOR-tarief (European Inter Bank Offered Rate)"

(iv) In de akte betreffende de vestiging van de hypotheek op de woning in [naam land] wordt onder meer vermeld:
"Le montant du prêt est productif d'un taux d'intérêt annuel s'élevant a UN POUR CENT (1%) au-dessus du tarif mensuel EURIBOR (European Inter Bank Offered Rate)".

(v) Na aflossingen in 2008 en in januari 2009 bedraagt de leensom vanaf 1 mei 2009 nog € 415.000,-.

(vi) In de periode van 1 mei 2005 tot 30 april 2009 heeft de opslag op de Euribor-rente steeds 1% bedragen. Daarna heeft de Bank de opslag meer malen aangepast na een aankondiging daarvan per brief en wel aldus:

- brief van 23 april 2009: opslag per 1 juni 2009 1.860%;
- brief van 16 april 2010: opslag per 1 juni 2010 1,570%;
- brief van 18 april 2011: opslag per 9 mei 2011 1,450%
- brief van 18 april 2012: opslag per 9 mei 2012 2,500%;
- brief van 18 april 2013: opslag per 9 mei 2013 3,260%, welke opslag daarna met terugwerkende kracht tot 9 mei 2013 is verlaagd naar 2,500% en in 2016 verhoogd naar 2,550%.

(vii) Bij e-mail van 20 mei 2009 heeft Belanghebbende aan een medewerker van de Bank meegedeeld niet akkoord te zijn met de bij brief van 23 april 2009 aangekondigde verhoging van de opslag naar 1,86%.

(viii) De gemachtigde van Belanghebbende heeft bij brief van 11 november 2013 aan de Bank meegedeeld dat Belanghebbende en diens echtgenote bezwaar maken tegen de door de Bank berekende opslagen voor zover deze uitgaan, zo wordt gesteld, "boven de overeengekomen vaste opslag van 1%". Dit laatste is, zo wordt betoogd, in strijd met wat van de zijde van de Bank hen omtrent de opslag is voorgehouden, te weten dat de opslag slechts in uitzonderlijke gevallen zou worden gewijzigd, waarvan echter geen sprake is. Bovendien is de in de offerte opgenomen Tariefafspraak nietig, nu zij de Bank een vrijbrief geeft om de opslag naar eigen inzicht en zonder objectieve reden te wijzigen. De brief eindigt met de sommatie aan de Bank om te bevestigen dat de rente met terugwerkende kracht tot 1 mei 2009 zal worden herrekend op basis van één maands EURIBOR-tarief + 1% opslag, dat het vanaf 1 mei 2009 onverschuldigd teveel in rekening gebrachte rente, vermeerderd met de wettelijke rente, wordt terugbetaald en dat voor de toekomst een rente inrekening wordt gebracht op basis van één maands EURIBOR-tarief + 1% opslag.

De procedure bij de Geschillencommissie

2.2 De gemachtigde van Belanghebbende heeft namens Belanghebbende en zijn echtgenote bij KIFID een klacht ingediend bij een brief, die op 1 december 2014 bij KIFID is binnengekomen. In de brief wordt uiteengezet dat en waarom Belanghebbende en diens echtgenote bezwaar maken tegen het feit dat de Bank een opslag hoger dan 1% in rekening heeft gebracht en nog brengt. Gesteld wordt dat tijdens het overleg over de offerte inzake de geldlening door de medewerker van de Bank aan Belanghebbende is bevestigd dat gedurende de gehele looptijd van de geldlening de rente zou worden berekend op de voet van één maands EURIBOR-tarief + een vaste opslag van 1%. Dat wordt ook vermeld, zo wordt aangevoerd, in de notariële volmacht en in de in de Franse taal opgestelde hypotheekakte.
Desgevraagd heeft de medewerker van de Bank bij het overleg over de offerte meegedeeld dat wijziging van de opslag slechts in uitzonderlijke gevallen zou kunnen geschieden, zoals wanneer Belanghebbende zijn verplichtingen niet nakomt of wanneer een belangrijke verslechtering van diens kredietwaardigheid optreedt. Een dergelijk uitzonderlijk geval heeft zich niet voorgedaan. De doorgevoerde verhoging van de opslag is derhalve in strijd met de tijdens het overleg over de offerte gemaakte afspraak over de hoogte van de opslag.
Verder is de in de offerte onder het hoofd 'Tariefafspraak' opgenomen bepaling inzake de aanpassing van de opslag nietig. Zij geeft de Bank een vrijbrief om de opslag naar

eigen inzicht en zonder objectieve reden te wijzigen. De Geschillencommissie wordt verzocht te beslissen dat:
- de Bank de rente met terugwerkende kracht tot 1 mei 2009 gedurende de gehele looptijd van de lening moet berekenen op basis van het één maands EURIBOR-tarief + 1% opslag;
- de Bank de vanaf 1 mei 2009 onverschuldigd teveel in rekening gebrachte rente, vermeerderd met de wettelijke rente, aan Belanghebbende en diens echtgenote moet terugbetalen.

2.3 De Bank bestrijdt de door Belanghebbende ingediende klacht in het bijzonder in haar brief van 13 februari 2015 aan KIFID. Zij benadrukt dat met de Tariefafspraak in de door Belanghebbende geaccordeerde offerte met zoveel woorden voorzien is in de bevoegdheid van de Bank om de opslag jaarlijks te wijzigen en dat de offerte leidend is ten opzichte van de hypotheekakte, waarin sprake is van een te betreuren verschrijving of vergissing. Verder betwist de Bank dat de medewerker van de Bank zich bij het overleg over de offerte over de aanpassing van de opslag heeft uitgelaten als door Belanghebbende is gesteld. Er is door Belanghebbende ook geen enkel bewijs van zijn stellingen geleverd.

2.4 Na de mondelinge behandeling heeft ieder van de partijen op verzoek van de Geschillencommissie zich nog nader uitgelaten over de vraag of de Tariefafspraak als een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233, aanhef en sub a BW is te beschouwen. De gemachtigde van Belanghebbende geeft aan het verzoek gehoor met een brief van 18 maart 2015 aan de Geschillencommissie. Namens Belanghebbende en diens echtgenote wordt vernietiging van de Tariefafspraak gevorderd, omdat het daarin opgenomen wijzigingsbeding een onredelijk bezwarend beding is. Een en ander geschiedt met een beroep op een uitspraak van 11 november 2015 van de Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS: 2015:7848. In die uitspraak vernietigt de rechtbank in Euribor-hypothecaire geldleningen opgenomen bedingen, die voorzien in een bevoegdheid van de geldschieter om de bedongen opslag op de Euribor-rente te wijzigen, om de reden dat zij onredelijk bezwarend zijn. De Bank neemt in een brief van 22 april 2015 een tegengesteld standpunt in.

2.5 In zijn uitspraak van 17 juni 2017 komt de Geschillencommissie tot de conclusie dat de Tariefafspraak een onredelijk bezwarend beding vormt en derhalve op grond van artikel 6:233, aanhef en sub a BW voor vernietiging in aanmerking komt. De vernietiging, die naar het oordeel van de Geschillencommissie niet de rest van de geldleenovereenkomst raakt, brengt mee dat de Bank aan Belanghebbende dient terug te betalen de opslag voor zover deze meer heeft bedragen dan bij de aanvang van de geldlening was overeengekomen. In die zin beslist de Geschillencommissie vervolgens ook. Verder oordeelt de Geschillencommissie onder verwijzing naar artikel 43.1 Reglement van de Geschillencommissie en artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep dat het belang van het geschil rechtvaardigt dat tegen haar uitspraak hoger beroep openstaat.

3. De beoordeling van het beroep

3.1 In haar beroepschrift bestrijdt de Bank op inhoudelijke gronden de vernietiging door de Geschillencommissie van de Tariefafspraak omdat die afspraak naar het oordeel van de Geschillencommissie voor Belanghebbenden een onredelijk bezwarend beding in de zin van de artikelen 6:231 en 6:233 BW is, als ook de beslissing van de Geschillencommissie om de vernietiging te beperken tot de Tariefafspraak. Maar zij voegt aan die inhoudelijke bestrijding nog toe het niet eerder gevoerde verweer dat het recht van Belanghebbenden om beroep te doen op de vernietigingsgrond bedoeld in artikel 6:233, aanhef en sub a BW verjaard is.

3.2 Belanghebbenden hebben de door de Bank aangevoerde bezwaren bestreden onder handhaving van de bij de Geschillencommissie ingestelde vorderingen.

3.3 Treft het verjaringsverweer van de Bank doel dan is in ieder geval vooralsnog ervan uit te gaan dat aan de Tariefafspraak tussen partijen gelding toekomt. Dit geeft aanleiding om hierna eerst stil te staan bij het verjaringsverweer van de Bank. Daarbij wordt veronderstellenderwijs aangenomen dat de Tariefaanspraak een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 BW is, die in aanmerking komt voor vernietiging op de voet van artikel 6:233, aanhef en sub a BW.

Het beroep van de Bank op verjaring

3.4 De Bank doet het beroep op het verjaard zijn van de vordering van Belanghebbende tot vernietiging van de Tariefafspraak voor het eerst in beroep. Het Reglement Commissie van Beroep verzet zich niet hiertegen.

3.5 Krachtens de artikelen 3:52, lid 1, aanhef en sub d BW en 6:235, lid 4 BW verjaart de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling (of van een onderdeel daarvan) op de voet van artikel 6:233, aanhef en sub a BW drie jaren na de dag waarop – voor de wederpartij kenbaar – een beroep is gedaan op het beding waarvan de vernietiging wordt gevorderd. Zolang de termijn van verjaring van die rechtsvordering nog niet is verstreken, kan de nog lopende verjaring worden gestuit op de wijzen als in de artikelen 3:316 en 3:317 BW voorzien. Eén van die wijzen is het verrichten van een handeling tot verkrijging van een bindend advies (artikel 3:316 lid 3 BW). Een andere wijze van stuiting is het doen uitgaan van een schriftelijke aanmaning, mits de schriftelijke aanmaning binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als bedoeld in artikel 3:316 BW, bijvoorbeeld door een handeling tot verkrijging van een bindend advies (artikel 3:317 lid 2 BW). Is de rechtsvordering tot vernietiging van de rechtshandeling verjaard dan kan deze, zo volgt uit artikel 3:52 lid 1 BW, niet meer op dezelfde vernietigingsgrond worden vernietigd door een buitengerechtelijke verklaring. In artikel 3:51 lid 3 BW is bepaald dat een beroep in rechte op een vernietigingsgrond te allen tijde kan worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel van de andere partij in het geding.

3.6 Zoals hierboven onder het hoofd 'De vaststaande feiten' vermeld, heeft de Bank aan Belanghebbenden een brief van 23 april 2009 gestuurd waarin zij onder verwijzing van de tussen partijen gemaakte Tariefafspraak meedeelt het voornemen te hebben om met ingang van 10 mei 2009 de opslag van 1% te verhogen naar 1.8% en hebben Belanghebbenden hiertegen bij e-mail van 20 mei 2009 geprotesteerd. In de e-mail wordt opgemerkt dat kort voor de verzending van de e-mail van de brief van 23 april 2009 kennis was genomen. Dit betekent dat de verjaring de dag na de kennisneming door Belanghebbende van de brief van de Bank is gaan lopen. Hier wordt eenvoudigheidshalve als aanvangsdatum van de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van de Tariefafspraak 21 mei 2009 aangehouden. De rechtsvordering tot vernietiging van de Tariefafspraak geldt derhalve als verjaard op 21 mei 2012, tenzij er voordien een stuiting van de verjaring heeft plaats gevonden die geleid heeft tot verlenging van de verjaringstermijn.

3.6.1 Belanghebbenden hebben met door hun gemachtigde opgestelde brieven van 31 maart 2014 en 18 november 2014 bij KIFID een klacht ingediend tegen de Bank inzake de toepassing van de Tariefafspraak. Voor zover het verzenden van deze brieven zouden moeten worden beschouwd als een handeling strekkende tot verkrijging van een bindend advies, hebben zij niet tot stuiting van de verjaring kunnen leiden. De verjaringstermijn was immers ten tijde van de verzending van de brieven reeds verstreken.

3.6.2 De gemachtigde van Belanghebbende heeft bij een brief van 11 november 2013 aan de Bank bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop laatstgenoemde vanaf 2009 met een beroep op de Tariefafspraak opslagen van meer dan 1% is gaan berekenen. In de brief wordt onder meer aangevoerd dat de Tariefafspraak nietig is. Ook indien deze brief zou zijn te beschouwen als een schriftelijke aanmaning in de zin van artikel 3:317 lid 2 BW, komt aan haar geen stuitende werking toe, nu ook deze brief na het verstrijken van de verjaringstermijn is verzonden.

3.6.3 Er is, zoals hierboven onder 'De Vaststaande feiten' vermeld, door Belanghebbenden bij e-mail van 20 mei 2009 aan de Bank bezwaar gemaakt tegen het door de Bank in een brief van 23 april 2009 kenbaar gemaakte voornemen om de opslag van 1% te verhogen. De e-mail bevat niet een verklaring die als een buitengerechtelijke vernietiging van de Tariefafspraak is te beschouwen. Ook indien deze e-mail zou zijn op te vatten als een schriftelijke aanmaning in de zin van artikel 3:317 lid 2 BW, dan valt er geen stuitende werking aan toe te kennen, omdat daarop niet binnen zes maanden een stuitingshandeling als bedoeld in artikel 3:316 BW is gevolgd.

3.6.4 Uit de gedingstukken blijkt niet van andere stappen van de kant van Belanghebbenden vóór 21 mei 2012, waaruit een buitengerechtelijke vernietiging van de Tariefafspraak of een stuiting van de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot vernietiging van de Tariefafspraak door hen zou kunnen worden afgeleid.

3.7 Gelet op het voorgaande, is ervan uit te gaan dat de rechtsvordering tot vernietiging van de Tariefaanspraak op de voet van artikel 6:233 BW op 21 mei 2012 is verjaard. Dit betekent voorts dat ingevolge artikel 3:52 lid 2 BW na 20 mei 2012 een vernietiging van de

Tariefafspraak ook niet meer door middel van een buitengerechtelijke verklaring kon worden bewerkstelligd.

3.8 Zoals hierboven in 3.3. opgemerkt, kan krachtens artikel 3:51 lid 3 BW een beroep in rechte op een vernietigingsgrond te allen tijde worden gedaan ter afwering van een op de rechtshandeling steunende vordering of andere rechtsmaatregel van de andere partij in het geding. Deze bepaling kan Belanghebbenden niet baten. Er is in de procedure bij de Geschillencommissie en ook in het onderhavige beroep geen sprake van een op een 'rechtshandeling steunende vordering of rechtsmaatregel' van de kant van de Bank jegens Belanghebbenden.

De reikwijdte van de Tariefafspraak

3.9 In de procedure bij de Geschillencommissie en ook in hoger beroep hebben Belanghebbenden in verband met de totstandkoming van de Tariefafspraak ook nog het volgende aangevoerd. Bij het overleg in 2004 over het aangaan van de geldlening voor beleggingsdoeleinden is vóór het ondertekenen van de offerte, waarin de Tariefafspraak was opgenomen, de offerte met een medewerker van de Bank besproken in aanwezigheid van de accountant van Belanghebbenden. Bij die gelegenheid heeft, zo stellen Belanghebbenden, de medewerker expliciet en opnieuw bevestigd dat de rente van de lening gedurende de gehele looptijd van de lening zou worden berekend aan de hand van de formule één maands Euribor-tarief plus een vaste opslag van 1%. Wijziging van de opslag zou zich alleen kunnen voordoen, indien de kredietwaardigheid aan de kant van Belanghebbenden ernstig zou verslechteren. Afgaande mede op deze toezegging van de medewerker hebben Belanghebbenden de offerte getekend. De door de medewerker gegeven toelichting dat gedurende de looptijd van de geldlening de opslag in beginsel steeds 1% zou bedragen vindt, zo voeren Belanghebbenden verder aan, bevestiging in de notariële volmacht voor de vestiging van de hypotheek op de woning van Belanghebbenden in [naam land] en in de in het Frans opgestelde hypotheekakte. Ook in die stukken wordt gewag gemaakt van een opslag gedurende de looptijd van de geldlening van 1%. Bovendien is de opslag ook tot midden 2009 niet gewijzigd.

3.10 Bij haar verweer tegen de vordering van Belanghebbenden heeft de Bank steeds de gestelde uitlatingen van de bankmedewerker omtrent de opslag tijdens het overleg over de offerte bestreden. Zij merkt in dat verband op dat van Belanghebbenden ook geen begin van bewijs voor de gestelde uitlatingen van de bankmedewerker is ontvangen (zie de brieven van de Bank aan KIFID van 13 februari 2015, blz. 2, en 28 mei 2015, blz. 1). Gelet op deze betwisting van de stellingen van Belanghebbenden omtrent de verklaringen van de bankmedewerker over de reikwijdte van de Tariefafspraak tijdens het overleg over de offerte, rust op Belanghebbenden de last om de juistheid van de stellingen aan te tonen.

3.11 In de brief van 18 november 2014, waarmee de gemachtigde van Belanghebbenden hun klacht aan de Geschillencommissie hebben voorgelegd, wordt aangeboden als bewijs van hun stellingen omtrent de verklaringen van de bankmedewerker inzake de Tariefafspraak tijdens het overleg over de offerte een verklaring over te leggen van hun accountant, die bij dat overleg aanwezig was. Hoewel hen dat vrijstond, hebben Belanghebbenden die

verklaring niet eigener beweging overgelegd, ook niet nadat de Bank hun stellingen had bestreden en erop had gewezen dat voor die stellingen geen begin van bewijs was ontvangen. Het bewijsaanbod is in beroep niet herhaald. Onder de zojuist vermelde omstandigheden ziet de Commissie van Beroep geen aanleiding om Belanghebbenden in de gelegenheid te stellen om alsnog een verklaring van hun accountant over te leggen.

3.12 Naar het oordeel van de Commissie van Beroep is ook niet anderszins voldoende van de juistheid van de hiervoor genoemde verklaringen van de bankmedewerker gebleken. Dit betekent dat er niet van kan worden uitgegaan dat Belanghebbenden in redelijkheid hebben mogen aannemen dat de Bank van de in de Tariefafspraak opgenomen bevoegdheid tot wijzigen van de opslag slechts in een uitzonderlijke omstandigheid als ernstige vermindering van hun kredietwaardigheid gebruik zou mogen maken.

Slotsom

3.13 De bovenstaande beschouwingen voeren tot de slotsom dat het beroep van de Bank doel treft en de uitspraak van de Geschillencommissie niet kan worden gehandhaafd.

4. Beslissing

De Commissie van Beroep beslist dat het bindend advies van 14 juni 2017 van de Geschillencommissie niet kan worden gehandhaafd en stelt daarvoor de volgende beslissing in de plaats:

de vorderingen van Belanghebbenden tegen de Bank komen niet voor toewijzing in aanmerking.