Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-366 d.d. 11 december 2013
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mevrouw mr. E.M. Dil-Stork en mr. W.H.G.A. Filott mpf, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft een hypothecaire geldlening met de bank afgesloten tegen een variabele rente. Consument stelt zich op het standpunt dat niet bepaalbaar is hoe de variabele rente wordt vastgesteld. 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. De Commissie stelt vast dat er in de overeenkomst geen externe referentie-index is opgenomen. Het begrip variabele rente wijst op het gebruik van een externe referentie-index. In dit geval is de overeenkomst onvoldoende duidelijk over een eventuele discretionaire bevoegdheid van de bank de rente naar eigen inzicht, los van marktontwikkelingen, vast te stellen. Derhalve constateert de Commissie dat de overeenkomst een leemte vertoont, als gevolg waarvan de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevuld dient te worden. De Commissie bepaalt dat de bank met terugwerkende kracht als referentie-index het 3-maands Euribortarief dient te hanteren, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert. Tevens dient de bank de aan Consument in rekening gebrachte boeterente en de kosten die hij heeft gemaakt in verband met het oversluiten van de hypothecaire geldlening te betalen. De vordering wordt toegewezen.

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 verzoek tot geschilbeslechting van 11 juni 2011;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief van Aangeslotene van 26 juni 2012; en
- de brief van Consument van 6 juli 2012.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 15 juni 2012 en zijn aldaar verschenen.
Na de mondelinge behandeling zijn partijen in de gelegenheid gesteld een regeling in der minne te beproeven. Dit heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
3.1. Eind 2004 heeft Consument zich in het kader van de financiering van een door hem aan te kopen woning tot Aangeslotene gewend.
3.2. Op 17 januari 2005 heeft Aangeslotene een offerte voor een hypothecaire geldlening aan Consument en zijn partner uitgebracht. Deze geldlening bestond uit vier delen, te weten:
(I) X-hypotheek met een hoofdsom van € 175.000,-, een nominale Y-Rente van 3,65 % voor een periode van 10 jaar en een Gegarandeerde maximale rente van 5,65 % per jaar (hierna: [I];
(II) Aflossingsvrije hypotheek met een hoofdsom van € 200.000,-, een nominale Y-Rente van 3,4 % voor een periode van 5 jaar en een Gegarandeerde maximale rente van 4,4 % per jaar;
(III) Aflossingsvrije hypotheek met een hoofdsom van € 150.000,-, een nominale Y-Rente van 4,15 % voor een periode van 10 jaar met een Gegarandeerde maximale rente van 5,15 % per jaar (hierna: [III]; en
(IV) Aflossingsvrije hypotheek met een hoofdsom van € 135.000,-, een nominale vaste rente van 4,65 % voor een periode van 10 jaar.
3.3. In de offerte is ten aanzien van de Y-Rente het volgende opgenomen:
"Renteomschrijving:
De Y-Rente is een rentevorm met een juridische looptijd van 120 maanden. Deze rentevorm bestaat uit een Y-Rente en de Gegarandeerde maximale rente.
De Y-Rente is gebaseerd op de Z-Rente en omvat naast de eventuele persoonlijke opslagen ook de verzekeringspremie voor afdekking van het renterisico. De Y-Rente is variabel en wordt per drie maanden vooraf vastgesteld. De Gegarandeerde maximale rente is het maximale door u te betalen rentepercentage."
3.4. Achter de offerte zit een zogenoemde Bijlage en toelichting hypotheekofferte van juni 2004 met nummer 0 (hierna: de Bijlage). Hierin is – voor zover relevant – het volgende bepaald:
"3.6 Y-Rente
De Y-Rente bestaat uit de variabele Y-Rente met een gegarandeerde maximale rente.
Definities:
Y-Rente
De Y-Rente is gebaseerd op de Z-Rente en omvat naast de eventuele persoonlijke opslagen ook de verzekeringspremie voor de afdekking van het renterisico.
Gegarandeerde maximale rente
Het maximaal door u te betalen rentepercentage inclusief de eventuele persoonlijke opslagen evenals de verzekeringspremie voor de afdekking van het renterisico.
Verzekeringspremie

Voor het afdekken van het renterisico tot het niveau van de Gegarandeerde maximale rente bent u een verzekeringspremie verschuldigd. Deze verzekeringspremie is opgenomen in de variabele GarantieRente en is gedurende de gehele juridische looptijd gelijk."
Het begrip Z-Rente wordt in de offerte noch in de Bijlage nader gedefinieerd of omschreven.
3.5. Eveneens op 17 januari 2005 heeft Aangeslotene tevens een offerte voor overbruggingskrediet van € 154.000,- aan Consument en zijn partner uitgebracht. In deze offerte, waarin Aangeslotene tevens meedeelt dat de Consument en zijn partner over de volledige financiering kunnen beschikken, is ten aanzien van het overbruggingskrediet – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"(…) De Z-Rente wordt periodiek aangepast aan de ontwikkelingen op de geldmarkt; wijzigingen van de Z-Rente zullen worden gepubliceerd in ten minste twee landelijke dagbladen."
De brief is door partijen voor akkoord ondertekend.
3.6. Tussen 18 augustus en 16 september 2005 is een vijfde leningdeel aan de bestaande hypothecaire geldlening toegevoegd, te weten een aflossingsvrije hypotheek met een hoofdsom van € 5.000,-, een nominale vaste rente van 4,4 % voor een periode van 10 jaar.
3.7. Bij brieven van 20 april 2006, 20 juli 2006, 19 oktober 2006, 24 oktober 2006, 23 januari 2007, 19 april 2007 en 23 juli 2007 heeft Aangeslotene Consument op de hoogte gebracht van een verhoging van de Z-Rente. In de brieven is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"(…) Onlangs heeft de Europese Centrale Bank de herfinancieringsrente verhoogd. In reactie hierop heeft (Naam Aangeslotene de Z-Rente aangepast. Ten gevolge van deze ontwikkelingen is, conform de voorwaarden, eveneens de rente van uw lening aangepast. (…)"
Ofwel:
"Op 3 augustus jl. heeft de Europese Centrale Bank de herfinancieringsrente verhoogd. In reactie hierop heeft (naam Aangeslotene) de Z-Rente aangepast. (…)"
3.8. Begin 2010 heeft Consument de bestaande geldleningen vervroegd afgelost en de gehele financiering overgesloten naar een andere bank. Ten aanzien van leningdelen [I] en [III] heeft Aangeslotene hiervoor, overeenkomstig de zogenoemde Vergoedingsregeling in de Voorwaarden, een boete van € 6.165,- aan Consument in rekening gebracht.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot het vergoeden van een bedrag van € 23.332,-. Dit bedrag is opgebouwd uit de volgende schadeposten:
- € 14.292,- aan te veel betaalde rente;
- € 6.165,- aan ten onrechte in rekening gebrachte boeterente;
- € 2.000,- aan afsluitprovisie in verband met het afsluiten van de nieuwe geldlening; en
- € 875,- aan notariskosten in verband met het afsluiten van de nieuwe geldlening.

4.2. Aan deze vordering legt Consument primair ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van geldleningsovereenkomst. Zij heeft hem onvoldoende informatie verschaft over de wijze waarop zij de Y-Rente vaststelt, welk

percentage bovendien in de jaren 2008 tot en met 2010 veel te hoog was. Er zou een directe koppeling moeten bestaan tussen de Basisrente en de herfinancieringsrente van de Europese Centrale Bank (hierna: ECB rente) of het Euribortarief, hetgeen ook door de private banker van Aangeslotene is bevestigd en uit de correspondentie van Aangeslotene valt af te leiden. De door Aangeslotene gegeven uitleg aan de overeenkomst is in strijd met de beginselen van redelijkheid en billijkheid.
Subsidiair legt Consument aan zijn vordering ten grondslag dat, indien de Commissie mocht bepalen dat Aangeslotene over een bepaalde mate van beleidsvrijheid ten aanzien van het bepalen van de Y-Rente beschikt, zij oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. Meer subsidiair legt Consument aan zijn vordering ten grondslag dat hij aan zijn schadebeperkingplicht ex artikel 6:101 BW heeft voldaan door de hypothecaire geldlening over te sluiten naar een andere geldverstrekker. Het is daarom niet redelijk dat Aangeslotene een boete wegens vervroegde aflossing van de leningdelen [I] en [III] aan hem in rekening heeft gebracht.
4.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

5. Beoordeling

5.1. In de kern komt de klacht van Consument erop neer dat niet bepaalbaar is hoe de Basisrente en daarmee de Y-Rente wordt vastgesteld. De Commissie overweegt als volgt. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken staat in elk geval vast dat tussen partijen op 17 januari 2005 een hypothecaire geldleningsovereenkomst is gesloten. Daarbij zijn partijen, als gedurende de schriftelijke procedure en ter zitting bevestigd, een zogenoemde Y-Rente overeengekomen.
5.2. Tot uitgangspunt dient dat 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, afhangt van uitleg van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval (zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Bij bedingen in consumentenovereenkomsten dient de contra proferentem-regel 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 2011/423, Geschillencommissie Kifid 2013/146, 2011/97, 2011/78, 2011/70 en 2011/12).
5.3. De Commissie is van oordeel dat het begrip "variabele" rente of een daarmee vergelijkbaar begrip, wijst op het gebruik van een externe referentie-index. Dat kan de korte geldmarktrente zijn (Euribor) maar ook iets anders. Daarbij mag een consument in beginsel verwachten dat de rente de marktontwikkelingen volgt.
5.4. Aangeslotene heeft ter zitting verwezen naar de offerte van het overbruggingskrediet, waarin is opgenomen dat de Basisrente periodiek wordt aangepast aan de ontwikkelingen op de "geldmarkt". Onduidelijk blijft wat onder het begrip "geldmarkt" moet worden verstaan. Gezien het voorgaande stelt de Commissie vast dat in dit geval niet voldoende duidelijk is vastgelegd dat Aangeslotene een discretionaire bevoegdheid heeft de Basisrente c.q. de Y-Rente naar eigen inzicht, los van marktontwikkelingen, vast te stellen. De Commissie stelt voorts vast dat het begrip Basisrente niet nader omschreven wordt in de overeenkomst of

de algemene voorwaarden. Tevens stelt de Commissie vast dat in de overeenkomst geen externe referentie-index is opgenomen. Als gevolg hiervan bevat de overeenkomst een leemte.

5.5. Deze leemte moet, mede gelet op de verwachtingen van Consument, op grond van artikel 6:248 lid 1 BW naar redelijkheid aangevuld worden. De Commissie bepaalt dat nu in de overeenkomst geen referenties ten aanzien van de vast te stellen rente zijn opgenomen, Consument erop mocht vertrouwen dat in elk geval de Basisrente, de "geldmarktrente" zou volgen. Als referentie-index kan naar het oordeel van de Commissie het 3-maands Euribortarief gelden, omdat dit een voor Consumenten begrijpelijk en te volgen aanknopingspunt is, waarvan de duur aansluit bij de wijzigingsperiode van het rentetarief. Dit tarief dient te worden vermeerderd met de opslag die Aangeslotene berekende bij het aangaan van de overeenkomst omdat Consument met deze opslag vanaf het begin van de overeenkomst rekening kon houden. Om deze opslag vast te stellen, dient het 3-maands Euribortarief ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst van het Basisrentetarief bij aanvang te worden afgetrokken. Indien het Euribortarief destijds bijvoorbeeld 2% was, en de Basisrente 3%, is de opslag 1%. Aangeslotene dient de aldus vastgestelde opslag, waarin bij de garantierente ook de verzekeringspremie is verdisconteerd,met terugwerkende kracht te hanteren, behoudens voorzover zij over een bepaalde periode in werkelijkheid een lager tarief hanteerde. Een en ander zou anders kunnen zijn indien objectief vast te stellen feiten of omstandigheden een andere renteberekening zouden rechtvaardigen. Van dergelijke feiten of omstandigheden is de Commissie evenwel niet gebleken. Voor zover Consument te veel heeft betaald, dient Aangeslotene dit bedrag aan Consument te vergoeden. Zie in gelijke zin Geschillencommissie Kifid 2013/146 en 2011/336.

5.6. De Commissie kan, mede gelet op het hiervoor overwogene, begrijpen dat Consument, geconfronteerd met de onzekerheden over de opbouw van het rentetarief, de keuze heeft gemaakt de bestaande hypothecaire geldlening volledig af te lossen. Nu deze onzekerheid in het leven is geroepen door Aangeslotene, dient de boeterente in redelijkheid voor rekening van Aangeslotene te komen. Dit geldt ook voor de afsluit- en notariskosten die Consument in verband met het afsluiten van de nieuwe hypothecaire geldlening heeft moeten maken. Ook deze kosten zijn in redelijkheid toe te rekenen aan de onzekerheid die het gevolg is van de onduidelijke voorwaarden van en voorlichting door Aangeslotene.

5.7. De Commissie beslist 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.

5.8. Omdat Consument in het gelijk wordt gesteld zal Aangeslotene tevens worden veroordeeld tot vergoeding van de door Consument betaalde eigen bijdrage.

6. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene binnen een termijn van zes weken na dagtekening van deze beslissing:

- met terugwerkende kracht vanaf het aangaan van de hypothecaire geldlening op 17 januari 2005 tot het moment van algehele vervroegde aflossing in 2010, over de hypothecaire geldlening een Basisrente dient te hanteren, als onder 5.5. bepaald, en, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert, het bedrag van dat voordeel aan de Consument betaalt;
- de in rekening gebrachte boeterente van € 6.165,- aan Consument betaalt;
- de afsluitkosten in verband met het afsluiten van de nieuwe geldlening van € 2.000,- aan Consument betaalt;
- de notariskosten in verband met het afsluiten van de nieuwe geldlening van € 875,- aan Consument betaalt; en
- de eigen bijdrage van € 50,- voor de behandeling van dit geschil aan Consument betaalt.

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.