Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-145 d.d. 21 mei 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott, mpf, mr. J.Th. de Wit, leden en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft samen met zijn partner een kredietovereenkomst met de bank afgesloten tegen een variabel kredietvergoedingspercentage. Tot zekerheid voor de nakoming van hun verplichtingen voortvloeiende uit deze overeenkomst heeft Aangeslotene aan de bank een recht van tweede hypotheek verleend op het woonhuis van Consument en zijn partner. Consument stelt zich op het standpunt dat niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage 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 referentievoet is opgenomen. Het begrip variabele rente wijst op het gebruik van een externe referentievoet. 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 referentievoet het 3-maands Euribortarief dient te hanteren, voor zover dit een voordeel voor Consument oplevert.

Consument,

en

de naamloze vennootschap InterBank 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 verzoek tot geschilbeslechting d.d. 11 mei 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument; en
- de dupliek van Aangeslotene.

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 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Op 20 augustus 2001 heeft Consument samen met zijn partner een "Finata Woning Flex Plan" doorlopende kredietovereenkomst met een kredietlimiet tot maximaal ƒ 250.000 ,- bij Aangeslotene afgesloten tegen een kredietvergoeding van 0,542% per maand en een effectieve rente van 6,7% per jaar. Tot zekerheid voor de nakoming van hun verplichtingen voortvloeiende uit deze overeenkomst heeft Aangeslotene een recht van tweede hypotheek op het woonhuis van Consument en zijn partner verkregen.

2.2. In de overeenkomst is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"Kredietnemer zal de opgenomen gelden alsmede de verschuldigde kredietvergoeding aan de Bank terugbetalen in maandelijkse termijnen van fl. 2000,--."

2.3. In artikel 4 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:
"De kredietvergoeding wordt berekend over het van dag tot dag uitstaande saldo en wordt maandelijks ten laste van het Woning Flex Plan van Kredietnemer geboekt."

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld met terugwerkende kracht een 3-maands Euribortarief op de kredietovereenkomst te hanteren en het teveel in rekening gebrachte bedrag aan Consument te vergoeden.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht. Zij heeft hem onvoldoende informatie verschaft over de wijze waarop zij het kredietvergoedingspercentage vaststelt, welk percentage bovendien veel te hoog is. Daarnaast kwalificeert Aangeslotene de kredietovereenkomst ten onrechte als doorlopend krediet, in plaats van een hypothecaire geldlening.

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, samengevat, dat Consument niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd. Aangeslotene voert

hiertoe aan dat de kredietovereenkomst in 2001 is afgesloten en dat de laatste wijziging van het kredietvergoedingspercentage zich in 2008 heeft voorgedaan. Consument had op dat moment het vermeende gebrek in de prestatie van Aangeslotene dienen te ontdekken en een klacht moeten indienen. Consument heeft zich volgens Aangeslotene pas in juni 2009 bij Aangeslotene beklaagd. Hiermee heeft hij in elk geval de klachten met betrekking tot de verhogingen tot juni 2008 niet tijdig aan Aangeslotene voorgelegd. Bovendien bemiddelde Consument in 2001 in kredietovereenkomsten en moet hij te dier zake voldoende deskundig worden geacht.

4.2. De Commissie overweegt als volgt. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, LJN BY4600 (r.o. 4.3.2 e.v.; zie ook Geschillencommissie Kifid 2013/66), behoefde Consument niet zonder meer op de hoogte te zijn van het bestaan van een zorgplicht van Aangeslotene, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte was, in beginsel ervan uit mocht gaan dat Aangeslotene die zorgplicht jegens hem had nageleefd. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consument zonder meer behoort op te merken. Op Consument rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene de zorgplicht jegens haar heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten.

4.3. Uit de stukken blijkt dat Consument in juni 2009 tot de conclusie is gekomen dat het niet bepaalbaar is hoe het kredietvergoedingspercentage wordt vastgesteld en dat de verhogingen geen grondslag vinden in de gesloten overeenkomst, maar door Aangeslotene eenzijdig werden vastgesteld, gebaseerd op niet nader geformuleerde en/of gespecificeerde uitgangspunten. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het voor Consument niet om een kenbaar element ging, waardoor de gestelde toerekenbare tekortkoming moeilijk was waar te nemen. Zij neemt hierbij in aanmerking dat Aangeslotene geen nadeel lijdt door het moment waarop Consument heeft geklaagd. Het verweer van Aangeslotene dat Consument ten tijde van het aangaan zelf tussenpersoon was treft evenmin doel gelet op het onweersproken feit dat Consument in 2001 alleen in schadeverzekeringen bemiddelde. De Commissie is dan ook van oordeel dat Consument binnen bekwame tijd bij Aangeslotene heeft geprotesteerd. De Commissie verklaart Consument derhalve in zoverre ontvankelijk in zijn klacht.

4.4. Daarnaast beroept Aangeslotene zich op artikel10.1 sub a van het destijds geldende Reglement van de Commissie waarin is bepaald dat de Commissie een verzoek tot geschilbeslechting niet kan behandelen indien meer dan een jaar is verstreken tussen het tijdstip waarop Consument van de feiten waarop het geschil betrekking heeft kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen en het tijdstip waarop de klacht aan Aangeslotene is voorgelegd. Gelet op het onder 4.3. overwogene treft dit verweer van Aangeslotene evenmin doel.

4.5. Artikel *24 Wetboek van Rechtsvordering (Rv)*
Voor zover de klacht van Aangeslotene erop ziet dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening in strijd met artikel 24 Rv heeft gehandeld en buiten de grenzen van

de rechtsstrijd is getreden, overweegt de Commissie dat zij ten aanzien van het handelen van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oordelen bevoegd is.

4.6. *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. De Commissie overweegt als volgt. Als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken staat vast dat tussen partijen op 20 augustus 2001een zogenoemde "Finata Woning Flex Plan" overeenkomst is gesloten waarbij Aangeslotene aan Consument een bedrag van *f* 250.000,- aan krediet heeft verstrekt onder hypothecaire zekerheid. Daarbij zijn partijen, als gedurende de schriftelijke procedure en ter zitting bevestigd, een variabel kredietvergoedingspercentage overeengekomen.

4.7. 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 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 Kifid r.o. 5.3.2. 2011/10, Geschillencommissie Kifid 2011/97, 2011/78, 2011/70 en 2011/12).

4.8. 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* BU 8170). Daarbij mag een consument in beginsel verwachten dat de rente de marktontwikkelingen volgt. 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. De Commissie stelt voorts vast dat er in de overeenkomst geen externe referentievoet is opgenomen. Als gevolg hiervan bevat de overeenkomst een leemte.

4.9. 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 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.

4.10. *Hoogte kredietvergoedingspercentage*
Verder stelt Consument zich op het standpunt dat het door Aangeslotene gehanteerde kredietvergoedingspercentage onevenredig hoog is voor een hypothecaire geldlening met een variabel rentepercentage. De Commissie constateert dat het kredietvergoedingspercentage bij aanvang 6,7% bedroeg en na een aantal stijgingen tot ongeveer het oorspronkelijke niveau is gedaald. De stijging van het kredietvergoedingspercentage is dan ook enigszins beperkt gebleven. Het Nederlandse contractenrecht kent het uitgangspunt van contractsvrijheid. Dit brengt mee dat, binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid, indien men een gedaan aanbod aanvaardt en er derhalve een overeenkomst tot stand is gekomen, men niet kan verwachten dat men daar in een later stadium nog op terug kan komen. Als Consument bij aanvang van de kredietovereenkomst het kredietvergoedingspercentage van 6,7% te hoog achtte, had het op zijn weg gelegen om op dat moment van het afsluiten van overeenkomst af te zien. Dit zou mogelijk anders zijn wanneer het in rekening gebrachte kredietvergoedingspercentage (aanzienlijk) zou afwijken van elders in de markt in rekening gebrachte (variabele) rentetarieven voor tweede hypothecaire kredieten of geldleningen. Daarvan is in deze casus echter niet gebleken. Consument heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat het door Aangeslotene gehanteerde tarief excessief hoog is ten opzichte van het door andere marktpartijen gehanteerde tarief voor tweede hypothecaire kredieten of geldleningen. Van misbruik of een andere uitzonderlijke situatie is derhalve geen sprake. In gelijke zin: Geschillencommissie Kifid, 2012/65, 2012/150, 2013/30 en 2013/32.

4.11. 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.

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

4.14. Alle overige stellingen die partijen hebben betrokken behoeven, in het licht van al hetgeen hiervoor is overwogen, geen afzonderlijke bespreking meer.

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