Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-383 (mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. R.J. Paris en mr. J. Wortel, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 20 maart 2015
Ingesteld door	: Consument
Tegen	: ING Bank N.V., mede handelend onder de naam Westland Utrecht Bank, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 14 december 2015
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Ontvankelijkheid vastgoed C.V. De Commissie kent doorslaggevend belang toe aan de omstandigheid dat de C.V. zich, mede blijkens haar statutaire doelomschrijving, bezighoudt met het zelf beheren van vastgoed en met dit oogmerk bedrijfsmatig en voor aanzienlijke bedragen aan het economisch verkeer deelneemt. Zij volgt de stelling van de Bank dat de C.V. dus geen Consument in de zin van artikel 1 van het Reglement is.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- de klachtbrief van Consument;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van de Bank;
- de reactie van Consument op het verweerschrift;
- de verklaring waarmee Consument de uitspraak van de Commissie als bindend accepteert;
- de nadere reactie van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend zullen aanvaarden en dat het geschil zich leent voor afdoening op stukken, nu voor mondelinge behandeling als bedoeld in artikel 40.1 van haar reglement geen aanleiding bestaat.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

2.1 Consument is een bij de Kamer van Koophandel (KvK) ingeschreven commanditaire vennootschap welke volgens het register van de KvK als activiteiten ontplooit: "Activiteiten Beheer van onroerend goed. Beheer van vastgoed."

2.2 De statuten van Consument vermelden in de considerans:
"De vennoten gaan deze vennootschap bij wijze van potovereenkomst met elkaar aan. Dat wil zeggen dat deze vennootschap uitsluitend ziet op het houden van het vastgoed bij wijze van belegging overeenkomstig Box 3 van de inkomstenbelasting. De vennootschap beoogt niet te ondernemen."

Als doel vermelden de statuten:
"De vennootschap heeft ten doel: beleggen door het verwerven, beheren, exploiteren en verkopen van het registergoed. De vennootschap tracht haar doel onder meer te bereiken door: het investeren van gelden (als belegging) in het registergoed, zulks voor rekening en risico van de vennoten, teneinde de commanditaire vennoten in de (huur)opbrengst van de exploitatie voor onbepaalde tijd, te doen delen en zodanig dat de risico's daarvan worden gespreid; en al hetgeen met dit doel in de ruimste zin van het woord verband houdt dan wel daartoe bevorderlijk kan zijn."

2.3 Consument beheert een vastgoedproject in [plaats] waarvoor zij gebruikt maakt van externe financiers. In dat kader is de kredietrelatie tussen haar en de Bank tot stand gekomen.

2.4 Een door Consument geaccordeerde offerte van de Bank van 1 augustus 2011 vermeldt:
"(…) doen wij u hierbij een voorstel voor een geldlening van € 4.750.000.00
Doel van de geldlening: herfinanciering

Geldverstrekker:	[de Bank]
Lener(s):	[Naam bedrijf] (…)
Leningsoort:	Lineaire Bedrijfshypotheek (…)
Looptijd:	300 maanden (…)
Rente:	a.) 3- maands Euribor met een opslag van 1,80 % op jaarbasis: Deze opslag kunnen we wijzigen. U krijgt daarover minimaal twee weken van tevoren bericht.(…)"

2.5 De Algemene Voorwaarden bij deze financieringsovereenkomst vermelden:
"Wij mogen wijzigingen aanbrengen in onze overeenkomst. Wij zullen dat dan twee weken van tevoren aan u communiceren. Bent u het niet eens met de wijziging, dan mag u de schuld boetevrij aflossen tot het moment dat de wijziging in zou gaan. Voor leningdelen met rente op EURIBOR-grondslag geldt dit met betrekking tot het wijzigen van het rentepercentage alleen als wij het opslagpercentage wijzigen."
Consument heeft bij deze bepaling een asterisk geplaatst en met de hand bijgeschreven: "zie opmerkingen in begeleidende email van heden 03-08-2011".

2.6 In twee gelijkluidende brieven van 31 juli 2014 (voor beide leningdelen een afzonderlijk schrijven) heeft de Bank Consument als volgt geïnformeerd:
"Op de eerstkomende renteherzieningsdatum 1 september 2014 verhogen wij de variabele opslag van 1,80% naar 2,80%. (…) Wij herinneren u er aan dat [de Bank], op basis van uw contract en bijbehorende algemene voorwaarden, bevoegd is de opslag (periodiek) aan te passen.
Waarom een verhoging?
De variabele opslag op uw Euribor-rente is samengesteld uit onze liquiditeitskosten, risicokosten, kapitaalkosten, operationele kosten en winst. De laatste tijd zijn met name de risicokosten en kapitaalkosten sterk toegenomen. De risicokosten zijn voornamelijk de verwachte kredietverliezen voor [de Bank] als geheel. De kapitaalkosten hebben te maken me de wettelijke kapitaalvereisten die aan banken worden gesteld. Deze eisen zijn verhoogd zodat banken de gevolgen van een toekomstige crisis beter kunnen opvangen.
Tot op heden zijn deze stijgende kosten niet aan u doorberekend in de variabele opslag. Onze tarieven voor de variabele rente zijn hierdoor niet meer kostendekkend. Nu deze kostenstijgingen een structureel karakter hebben gekregen, verwerken wij deze in onze tarieven die daarmee een marktconform niveau bereiken."

2.7 Consument heeft zich op 19 augustus 2014 tot de Bank gewend. In deze brief schrijft Consument onder meer:

"Kort samengevat: de huurinkomsten dalen met serieuze percentages en de kosten stijgen, vooral de rentekosten met ruim 56% (ondanks de renteswap!). Per saldo kon ik uit de exploitatie van [naam bedrijf] vorig jaar nog net de aflossing van mijn WUB-lening betalen. Na de door u aangekondigde verhoging lukt dat dus niet meer. Als eerlijke belegger ben Ik het kind van de rekening.
Tegen die achtergrond is het heel wrang om te moeten constateren dat onmiddellijk na de beursgang van Nationale Nederlanden het roer is omgegooid en de kas van uw bank fors gespekt gaat worden met een ongefundeerde verhoging van de basisopslag. Ik mag er toch van uit gaan dat een Nationale Nederlanden als gezond bedrijf met een gezonde balans op de beurs is verwelkomd? In uw brief vermeldt u alleen dat de variabele renteopslag bestaat uit een viertal kostencomponenten en winst. En dat dat geheel nu 56% in kosten is gestegen. De component winst kan toch niet de oorzaak zijn. Dan zou een of meer van de overige componenten nog veel meer dan 56% structureel in kosten moeten zijn gestegen na uw offerte van juli 2011. U bent tenminste moreel verplicht dit aan de hand van cijfers en met accountantsverklaring aan uw trouwe klanten uit te leggen.
Bij deze maak ik ernstig bezwaar tegen de door u aangekondigde verhoging van de renteopslag."

2.8 Op 30 december 2014 heeft Consument de Bank gevraagd te reageren op de brief van 18 augustus 2014. Consument schrijft onder meer:

"Nu u geen enkele compassie heeft getoond met mijn situatie en bovendien uw toezegging om schriftelijk te reageren op mijn protestbrief niet bent nagekomen, wijzig ik het verzoek in mijn brief van 19 augustus j.l. tot matiging van de opslagverhoging in een verzoek om geheel af te zien van opslag en derhalve de in 2011 afgesproken opslag van 1,8% op het Euribortarief gedurende de resterende looptijd van de financiering te handhaven. Alleen dan ben ik in staat om van mijn kant de afgesproken aflossing op de lering te continueren. Mocht ik op 15 januari 2015 van u geen adequate schriftelijke reactie op deze brief hebben ontvangen, dan beschouw ik het uitblijven daarvan als een blijk van geschil over de verhoging van de renteopslag. Ik overweeg serieus alsdan een procedure te starten bij het Kifid dienaangaande."

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

3.1 Consument vordert ongedaanmaking van de verhoogde opslag op de rentelast van de financiering en herstel van de oorspronkelijke opslag van 1,8% met terugwerkende kracht, dan wel verlaging ervan tot wat in het onderhavige geval wel redelijk en billijk is. Consument heeft becijferd dat de schade als gevolg van de verhoogde opslag in 2014 €14.682 bedroeg en in 2015 € 43.097 zal bedragen. Bovendien loopt de lening nog tot 1 september 2036.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Consument voert ter onderbouwing van haar vordering aan dat de Bank op de lening nagenoeg geen enkel risico loopt nu de financiering van € 4,4 miljoen een onderpand van goed verhuurd vastgoed heeft ter waarde van € 6,5 miljoen. Voorts is de Bank er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat zich na de offerteverstrekking van augustus 2011 zodanige niet te voorziene grote veranderingen hebben voorgedaan dat die een dermate drastische verhoging van de opslag zouden kunnen rechtvaardigen.

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 Commissie dient allereerst te beslissen op de stelling van de Bank dat Consument zich toelegt op het bedrijfsmatig exploiteren van onroerend goed en dus geen Consument in de zin van artikel 1 van het Reglement is.

4.2 Het begrip 'Consument' is in artikel 1 van het Reglement en voor zover hier van belang als volgt gedefinieerd:
"De afnemer van een Financiële dienst, indien en voor zover die afnemer een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Onder het begrip Consument wordt tevens begrepen:
a) een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd;"

4.3 Deze bepaling vindt haar oorsprong in het reglement van een voorloper van deze Commissie, de Klachtencommissie DSI. De Klachtencommissie DSI heeft de mogelijkheid een klacht van een rechtspersoon in behandeling te nemen altijd beperkt uitgelegd. Dat is alleen mogelijk bij rechtspersonen waarvan de belangen van de rechtspersoon vereenzelvigd kunnen worden met die van een individuele particulier. Reden waarom de Klachtencommissie DSI klachten van bijvoorbeeld pensioen- en stamrecht B.V.'s wel ontvankelijk heeft geacht, maar andere rechtspersonen niet omdat het nimmer de bedoeling van de Klachtencommissie DSI is geweest om professionele instellingen toegang tot haar laagdrempelige geschilbeslechting te verschaffen.

4.4 Consument heeft naar voren gebracht dat sprake is van een particuliere belegger (de beherend vennoot) die samen met zijn kinderen het beheer van een winkel-woningcomplex in een commanditaire vennootschap heeft ondergebracht. Zij meent dat de vennootschap daarom kan worden aangemerkt als verlengstuk van de vennoten als bedoeld bij letter a van artikel 1 van het Reglement.

4.5 Consument is als personenvennootschap geen zelfstandige drager van rechten en verplichtingen. De Commissie kent evenwel doorslaggevend belang toe aan de omstandigheid dat Consument zich, mede blijkens haar statutaire doelomschrijving, bezighoudt met het zelf beheren van vastgoed en met dit oogmerk bedrijfsmatig en voor aanzienlijke bedragen aan het economisch verkeer deelneemt. Daaraan kan de hiervoor bij 2.2 weergeven vooropstelling in de statuten van Consument niet afdoen.

In dit verband is evenmin van belang dat (zoals Consument betoogt) de Belastingdienst deelname aan Consument bij de vennoten accepteert als 'Box 3-vermogen'.

4.6 De conclusie is dan ook dat Consument niet kan worden gezien als Consument in de zin van het Reglement en dat de Commissie de klacht van Consument niet kan behandelen.

5. Beslissing

De Commissie verklaart Consument niet-ontvankelijk in haar vordering.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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-1/4#stappen-plan.