

**Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0633A
(mr. dr. D.P.C.M. Hellegers, voorzitter, mr. dr. M.D.H. Nelemans,
prof. mr. M.L. Hendrikse, leden en mr. C.I.S. Dankelman, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 12 januari 2021
Ingediend door : De consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum tussenuitspraak : 9 juli 2021
Aard tussenuitspraak : Bindend advies
Bijlage : Relevante bepalingen uit de kredietovereenkomst en een overzicht van de kredietvergoeding

Samenvatting

Tussenuitspraak. De bank heeft in 2006 aan de consument een aflossingsvrij doorlopend krediet, een zogeheten Flexibel Hypotheek Krediet ('FHK') ter beschikking gesteld. De consument stelt dat de bank een te hoge rente in rekening brengt voor het FHK. Ten eerste omdat de rente van het FHK, nadat de bank is opgehouden met het aanbieden van het product, ten onrechte gelijk is gesteld met het product Flexibel Krediet. Ten tweede omdat de kredietvergoeding zich de afgelopen jaren niet heeft ontwikkeld in lijn met de relevante marktrente. De consument mag verwachten dat de rente op het doorlopend krediet gedurende de looptijd in de pas blijft met de relevante marktrente. Dit oordeel is in lijn met de uitspraken van de Commissie van Beroep van Kifid met nummers 2019-005, 2019-005A, 2019-005B en 2021-0015. De bezwaren van de bank tegen deze uitspraken vormen geen aanleiding af te wijken van het daarin geschetste toetsingskader. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om overeenstemming te bereiken over een geschikte maatstaf voor het bepalen van de relevante marktrente.

I. De procedure

- 1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de bank; 3) de repliek van de consument en 4) de dupliek van de bank.
- 1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.
- 1.3 De consument en de bank hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 Op 24 november 2006 heeft de bank aan de consument een aflossingsvrij doorlopend krediet ter beschikking gesteld met een maximum van € 75.000,- en een maandelijks variabele rente die op het moment van de totstandkoming van de kredietovereenkomst 0,479% (effectief 5,9% op jaarbasis) over het opgenomen krediet bedroeg. Tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling van het krediet (hierna: het FHK als afkorting van Flexibel Hypotheek Krediet) heeft de consument ten gunste van de bank een hypotheekrecht op haar woning verstrekt. Relevante bepalingen uit de kredietovereenkomst en een overzicht van het tarief van het FHK zijn opgenomen in de bijlage.
- 2.2 Per brief van 3 oktober 2019 heeft de bank de consument geïnformeerd dat zij het product FHK niet langer aanbiedt.

De klacht en vordering

- 2.3 De consument beklagt zich over het rentepercentage dat de bank vanaf 27 september 2015 bij haar in rekening brengt. Het rentepercentage heeft vanaf dat moment ten onrechte de marktrente niet gevolgd en is niet in lijn met de rente van hypothecaire geldleningen met een variabele rente. De consument hoefde er in 2006 redelijkerwijs geen rekening mee te houden dat er op enig moment een verschil van veel meer dan 20% zou zitten tussen het door de bank gehanteerde rentetarief voor een FHK en de gemiddelde rente die geldt voor een hypothecaire geldlening met een rentevaste periode tot 1 jaar. Ook hoefde de consument er in 2006 redelijkerwijs geen rekening mee te houden dat de door de bank gehanteerde rente voor een FHK op enig moment slechts een fractie lager zou zijn dan de minimale rente voor een Flexibel Krediet (hierna: FK). Bij een FK heeft de bank geen extra zekerheidsdekking waardoor het risico van de bank groter is dan bij het FHK. De consument verwijst voor de onderbouwing van haar standpunt naar een tweetal eerdere uitspraken van de geschillencommissie en naar een uitspraak van de Commissie van Beroep van Kifid (commissie van beroep) waarin is bepaald dat de consument mocht verwachten dat de rente op een doorlopend krediet in de pas zou blijven met de marktrente.¹
- 2.4 De consument vordert dat de bank met terugwerkende kracht de rente van haar FHK verlaagt naar 3,5%.

Het verweer

- 2.5 De bank heeft de volgende verweren gevoerd. Partijen zijn een variabele kredietvergoeding overeengekomen en de bank heeft een marktconforme vergoeding in rekening gebracht.

¹ Kifid GC 2019-192, Kifid GC 2020-873 en Kifid CvB 2021-0015, te vinden op www.kifid.nl.

De geschillencommissie is er in haar uitspraak Kifid GC 2019-192 ten onrechte van uitgegaan dat voor de bepaling van het tarief aansluiting is gezocht bij een FK. Ieder kredietproduct kent zijn eigen prijs. Deze is opgebouwd uit componenten zoals een basistarief, risicokosten, winstoslag, operationele kosten en kapitaalkosten. Tussen een FK en een FHK zitten diverse verschillen in de componenten en prijsbepaling, die maken dat het om wezenlijk andere producten gaat die niet één op één met elkaar vergelijkbaar zijn. De bank heeft haar bevoegdheid om de vergoeding te wijzigen niet gebruikt op een wijze die naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Verder is het FHK volgens de bank geen soortgelijk krediet als het FK, waarover door de commissie van beroep eerder is geoordeeld.² De producten verschillen van elkaar en de rente van beide producten wordt op grond van andere factoren vastgesteld.

Ook heeft de bank aangevoerd dat zij zich niet kan vinden in de uitspraak van de commissie van beroep. Deze uitspraak bevat volgens de bank een aantal fouten en omissies die later door de commissie besproken zullen worden.

Mochten bovenstaande verweren worden afgewezen en de commissie houdt vast aan de door de commissie van beroep uitgezette lijn dan voert de bank aan dat het voor een FHK niet mogelijk is om een externe op openbaar toegankelijke bronnen gebaseerde referentierente vast te stellen.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1 De bank heeft een krediet met daaraan verbonden een hypothecaire zekerheid aan de consument verstrekt. De bank heeft gedurende de looptijd van het krediet een variabele kredietvergoeding bij de consument in rekening gebracht. Partijen gaan ervan uit dat de bank de bevoegdheid had die kredietvergoeding eenzijdig te wijzigen. De consument legt de commissie de hoogte van de aan de consument doorberekende kredietvergoeding ter beoordeling voor.

Wat is het toetsingskader voor wijzigingen in de variabele rente van doorlopende kredieten?

3.2 Voor de beoordeling van de vraag of de bank al dan niet een te hoge variabele rente bij de consument in rekening heeft gebracht, is de maatstaf van belang die de commissie van beroep heeft neergelegd in haar uitspraken van 21 januari 2019 (nr. 2019-005 onder 5.9 en 5.10), 13 december 2019 (nr. 2019-005A onder 2.1 tot en met 2.3) en 5 februari 2020 (nr. 2019-005B onder 2.8) omtrent doorlopende kredieten.

² Kifid CvB 2021-0015, ov. 5.4, te vinden op www.kifid.nl.

Deze maatstaf heeft de commissie van beroep op 3 maart 2021 in een drietal andere zaken bevestigd.³ Het gaat hierbij om rentewijzigingsbedingen waarin niet in de overeenkomst is opgenomen de wijze waarop de kredietverstrekker de wijzigingsbevoegdheid zal gebruiken en welke omstandigheden daarbij van belang zijn. De commissie van beroep heeft geoordeeld dat consumenten mogen verwachten dat de rente op hun doorlopend krediet in de pas zal blijven met de relevante marktrente. De commissie van beroep heeft overwogen dat de prijs van dergelijke kredieten bij aanvang van de kredietovereenkomst wordt bepaald. De kredietaanbieder kan bij het aanbieden van een dergelijk krediet alle factoren laten meewegen die volgens de kredietaanbieder de prijs van het krediet in het individuele geval moeten bepalen. De prijs wordt dus bij aanvang van de kredietovereenkomst bepaald en een consument aanvaardt die met het sluiten van de kredietovereenkomst. Daarmee is volgens de commissie van beroep het verschil vastgelegd tussen de individuele kredietvergoeding en het gemiddelde van de rente op de relevante kredietmarkt. Kredietaanbieders zullen het voornoemde verschil tussen de relevante marktrente en de individuele kredietvergoeding, zoals dat bij het sluiten van de kredietovereenkomst is gegeven, moeten handhaven om de kredietvergoeding in de pas te houden met de marktrente en zo te voldoen aan de verwachtingen die een consument daarover mocht hebben, althans ervoor moeten zorgen dat dit verschil niet ten nadele van een consument wijzigt, aldus de commissie van beroep.

- 3.3 De bank heeft aangevoerd dat het FHK geen ‘soortgelijk krediet’ is zoals benoemd in de eerder vermelde uitspraken van de commissie van beroep en het hiervoor beschreven toetsingskader in deze zaak niet kan worden toegepast. De commissie volgt de stelling van de bank dat in dit geval sprake is van een ander product dan het FK. Dit wil echter niet zeggen dat het door de commissie van beroep geschetste toetsingskader niet van toepassing kan zijn. Ook in dit geval heeft de consument een aflossingsvrij doorlopend consumptief krediet afgesloten waarbij de bank geen informatie heeft verstrekt over de concrete omstandigheden waaronder de bank van haar wijzigingsbevoegdheid gebruik kon maken. Door de consument niet te informeren over de omstandigheden waaronder de kredietvergoeding kon worden gewijzigd, heeft de bank de consument onvoldoende inzicht gegeven in specifieke factoren die zij van belang acht voor het bepalen van de hoogte van de kredietvergoeding en de wijze waarop die factoren op de kredietvergoeding van invloed zijn. Hierdoor kon de consument voor het sluiten van de kredietovereenkomst niet overzien welke gevolgen het rentewijzigingsbeding voor haar zou hebben. De consument hoefde er daarom geen rekening mee te houden dat er voor de bank specifieke factoren waren die ertoe konden leiden dat de kredietvergoeding niet de beweging van de markt zou volgen.

³ Kifid CvB 2021-0015, 2021-0020 en 2021-0021, te vinden op www.kifid.nl.

Bezwaren van de bank tegen het toetsingskader

- 3.4 De bank heeft verweer gevoerd tegen het hanteren van het door de commissie van beroep geschetste toetsingskader. Zo heeft de bank aangevoerd dat de commissie van beroep de uitleg van het rentewijzigingsbeding (opgenomen in de Bijlage) ten onrechte heeft gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. De bank heeft gemotiveerd dat het rentewijzigingsbeding volgens haar moet worden uitgelegd aan de hand van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer. Nu het in dit geval gaat om een beding neergelegd in meerdere (standaard)kredietovereenkomsten dan wel in daarbij horende algemene voorwaarden waarover niet tussen de bank en de klant is onderhandeld, geldt, aldus de bank, meer in het bijzonder dat de bewoordingen van het beding, gezien in de context van de kredietovereenkomst als geheel bij de uitleg doorslaggevend dienen te zijn. Volgens de bank valt uit de bewoordingen, noch de context van de overeenkomst af te leiden dat de rente de markrente zou volgen.
- 3.5 De commissie overweegt dat een aan haar voorgelegd geschil tussen partijen over de uitleg van een overeenkomst of voorwaarde in zekere zin altijd om een juridisch normatief oordeel vraagt. Het gaat erom dat uitleg van overeenkomsten (en voorwaarden) geobjectiveerd moet worden. In het geval van algemene voorwaarden, waarover tussen partijen doorgaans niet onderhandeld wordt, is de uitleg met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de voorwaarden als geheel en een eventuele toelichting.⁴
- 3.6 Het ligt voor de hand aan te nemen dat bij de uitleg van gestandaardiseerde overeenkomsten en voorwaarden die ten opzichte van consumenten gebruikt worden, een van de objectieve factoren van uitleg de betekenis is die de geobjectiveerde ‘normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument’ aan een beding mag toekennen.⁵ Die ‘maatman’ is geen empirische vaststelling, maar een normatieve figuur. Wat deze figuur mag verwachten, is uiteindelijk aan de geschillenbeslechter overgelaten. Het oordeel van de commissie van beroep, dat de consument mocht verwachten dat de variabele rente de gemiddelde kredietrente mocht volgen, betreft een uitleg in deze zin.
- 3.7 De bank heeft verder aangevoerd dat de commissie van beroep ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het wettelijk kader voor consumptief krediet. Bij de uitleg van het rentewijzigingsbeding gaat het echter niet om de vraag of de bank in overeenstemming met het wettelijk kader voor consumptief krediet heeft gehandeld. Het gaat om de uitleg van het rentewijzigingsbeding en de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijs mochten verwachten ten aanzien van het verloop van de kredietvergoeding.

⁴ Zie HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793 (Chubb/Dagenstaed c.s.) en CvB Kifid 2018-003.

⁵ Zie HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 41 en 47.

De bank heeft de consument niet vóór het sluiten van de kredietovereenkomst voorgelicht over de wijze waarop zij de wijzigingsbevoegdheid zal gebruiken en welke omstandigheden daarbij van belang zijn. Doordat de bank dit niet heeft gedaan, mocht de consument verwachten dat het rentepercentage ten aanzien van zijn lening stijgt en daalt naarmate de rente in het algemeen stijgt en daalt.

- 3.8 De bank heeft nog aangevoerd dat het op de weg van de consument lag om het krediet over te sluiten als zij de rente te hoog vond. De bank, op wie op dit punt de stelplicht en bewijslast rust, heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat de consument het FHK bij een andere kredietaanbieder kon oversluiten.

Wat is een geschikte benchmark als referentie voor de marktrente?

- 3.9 De rente die de consument over het FHK moest betalen, moest in de pas blijven met de marktrente. De bank moet bij het dalen van de marktrente de individuele kredietvergoeding dus op die wijze met de schommelingen van de marktrente laten meebewegen. Dat wil niet zeggen dat de bank bij het dalen van de marktrente de kredietvergoeding dagelijks moet aanpassen. Een periodieke aanpassing met redelijke intervallen volstaat. Een aanpassing per kwartaal zal in het algemeen redelijk zijn. In dit geval zijn partijen het niet eens over de te hanteren marktrente.
- 3.10 De consument heeft aangevoerd dat zij mocht verwachten dat de rente in de pas zou blijven lopen met de rente van hypothecaire geldleningen met een variabele rente. De consument heeft beargumenteerd dat het FHK in november 2006 meer raakvlakken vertoonde met een hypothecaire lening dan met een doorlopend consumptief krediet. Ter onderbouwing van haar stelling heeft de consument een overzicht van de gemiddelde hypotheekrente bij een rentevaste periode tot 1 jaar overlegt. Uit dit overzicht volgt dat de rente van de consument in 2006 ongeveer 20% hoger lag dan de gemiddelde hypotheekrente met een rentevaste periode van 1 jaar. Op datzelfde moment bedroeg het renteverskil tussen een FHK en de door de commissie van beroep gehanteerde marktrente voor een doorlopend krediet bijna 54%. In de dupliek heeft de bank deze stelling van de consument gemotiveerd betwist. De bank heeft uiteengezet dat het FHK een uniek karakter heeft doordat het een consumptief doorlopend krediet op een aparte rekening betreft, waarbij tussen de consument en de bank een bepaald kredietmaximum is afgesproken dat continu geheel of gedeeltelijk kan worden opgenomen en waarbij een woning in onderpand wordt gegeven, terwijl het krediet niet aan de woning moet worden besteed. Het FHK kan volgens de bank niet als hypothecair krediet worden gezien. Onder meer omdat de kapitaalmodellen anders zijn en het product en de renteopbouw niet soortgelijk zijn. De bank heeft toegelicht dat het FHK een uniform tarief kent waarbij geen indeling in risicoklassen wordt gemaakt.

Daarbij heeft de bank aangevoerd dat in tegenstelling tot een hypothecair krediet de aanvraag van een FHK getoetst wordt aan de Gedragscode Consumptief Krediet en in het Bureau Krediet Registratie wordt geregistreerd. De prijs van het FHK kan volgens de bank ook niet met die van het FK vergeleken worden. Tussen deze kredieten zitten diverse verschillen in de componenten en prijsbepaling, die maken dat het om wezenlijk andere producten gaat die niet één op één met elkaar vergelijkbaar zijn, en al helemaal niet aan elkaar gekoppeld zijn. Volgens de bank is het hierdoor niet mogelijk om voor het FHK een externe openbaar toegankelijke referentierente vast te stellen.

- 3.11 Gelet op het door haar weergegeven toetsingskader stelt de commissie partijen in de gelegenheid om binnen vier weken na dagtekening van de uitspraak overeenstemming te bereiken over een geschikte maatstaf om de relevante markttrente voor het FHK te bepalen. Mochten partijen geen overeenstemming bereiken, zal de commissie zich uitspreken over de te hanteren maatstaf.

Conclusie

- 3.12 Bovenstaande houdt in dat de consument mocht verwachten dat de kredietvergoeding in de pas zou blijven lopen met de markttrente. Partijen worden in de gelegenheid gesteld om overeenstemming te bereiken over een geschikte maatstaf om de relevante markttrente voor het FHK te bepalen. De commissie houdt elke verdere beslissing aan.

4. De beslissing

De commissie stelt partijen in de gelegenheid om binnen vier weken overeenstemming te bereiken over een geschikte maatstaf om de relevante markttrente voor het FHK te bepalen. Indien partijen hier niet in slagen, zal de commissie de maatstaf bepalen. De commissie houdt elke verdere beslissing aan.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze tussenuitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de tussenuitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit de kredietovereenkomst

Relevante bepalingen uit de kredietovereenkomst

(...)

2. Kredietnemer zal over het opgenomen krediet aan de Bank maandelijks rente vergoeden. Het rentepercentage kan variëren en bedraagt thans 0,479% per maand, hetgeen overeenkomt met een effectief kredietvergoedingspercentage van 5,9% per jaar. Iedere wijziging van voornoemde percentages zal de Bank schriftelijk aan Kredietnemer meedelen.

(...)

5. Als zekerheid voor de betaling van al hetgeen de Bank uit hoofde van deze kredietverlening of uit welke anderen hoofde ook van Kredietnemer te vorderen heeft of zal hebben, verleent de Kredietnemer het recht van hypotheek, ten behoeve van de Bank op de navolgende onroerende zaak: bestaand woonhuis, [adres], tot het beloop van de som van tenminste EUR 75.000 op de bij de Bank gebruikelijke voorwaarden, een en ander nader omschreven in de hypotheekakte.

Overzicht kredietvergoeding Flexibel Hypotheek Krediet

Limiet > 25.000	Limiet > 25.000	Limiet > 25.000	Limiet > 25.000	Limiet > 25.000	Limiet > 25.000
23-4-2012	14-4-2013	27-9-2015	1-8-2016	4-5-2017	21-8-2017
FHK 5,9%	FHK 5,9%	FHK 4,9%	FHK 4,7%	FHK 4,7%	FHK 4,7%