

13. Ten aanzien van algemeen toezichtsfalen overweegt de Hoge Raad in het onderhavige arrest dat dit slechts in uitzonderlijke situaties tot aansprakelijkheid kan leiden. Het is de vraag hoe dit uitgangspunt zich verhoudt tot de rechtspraak van het EHRM over de positieve verplichtingen die onder omstandigheden voor de overheid uit art. 2 en/of art. 8 EVRM kunnen voortvloeien. In een recent arrest heeft het EHRM gepreciseerd dat de positieve verplichting uit art. 2 EVRM met betrekking tot bepaalde gevaarzettende activiteiten mede inhoudt dat voorzien dient te worden in een effectief werkend systeem van toezicht (EHRM 4 oktober 2016, 69546/12, «JB» 2017/15, m.nt. D.G.J. Sanderink en TBR 2017/147, m.nt. D. van Tilborg (*Cevrioglu/Turkije*)). Het Hof lijkt in dit verband te verlangen dat de nationale regelgeving voorziet in een precieze en dwingende verplichting tot het uitvoeren van toezicht, alsmede dat deze verplichting in de praktijk ook effectief functioneert. De bewoordingen die het EHRM in het arrest kiest, suggereren dat art. 2 EVRM met betrekking tot bepaalde gevaarzettende situaties (met een hoog risico voor de levens van burgers) in algemene zin verplicht tot het voorzien in een effectief werkend systeem van toezicht.

14. Of de Nederlandse rechtspraak in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM, hangt niet zozeer af van het geformuleerde uitgangspunt (in dit geval: voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen bestaat slechts in uitzonderlijke situaties aanleiding), maar veeleer van de wijze waarop aan dat uitgangspunt in het concrete geval invulling wordt gegeven. De Hoge Raad legt het arrest van het Gerechtshof met betrekking tot het algemeen toezichtsfalen zo uit dat eiser onvoldoende heeft gesteld ter weerlegging van het standpunt van de Staat dat de Arbeidsinspectie de naleving van het asbestverbod *van meet af aan daadwerkelijk heeft gehandhaafd*. Door dit laatste mede van belang te achten, vertoont de benadering van de Hoge Raad – in ieder geval in materiële zin – gelijkenissen met de door het EHRM in het arrest *Cevrioglu/Turkije* beantwoorde vraag of er sprake was van een effectief werkend systeem van toezicht. Het oordeel van het EHRM lijkt in belangrijke mate te zijn ingegeven door het geheel ontbreken van enig functionerend systeem van toezicht. In dit opzicht lijkt er – in ieder geval op het eerste gezicht – niet

zonder meer een spanning te bestaan tussen voornoemd arrest van het EHRM en het in dit arrest geformuleerde uitgangspunt dat er alleen in uitzonderlijke situaties sprake kan zijn van aansprakelijkheid wegens algemeen toezichtsfalen.

15. Tot slot. In dit arrest heeft de Hoge Raad algemene regels geformuleerd voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van tekortschietend toezicht. Hiermee heeft de Hoge Raad, zoals gezegd, voortgebouwd op zijn eerdere arresten met betrekking tot de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders. Het ligt echter voor de hand dat de regels uit dit arrest met name toepassing zullen vinden buiten de sferen van het financieel toezicht. Aansprakelijkheid in die context kan immers sinds 1 juli 2012 slechts nog worden aangenomen indien is voldaan aan de strenge maatstaven van art. 1:25d Wft.

mr. S.A.L. van de Sande en mr. D. van Tilborg, beiden advocaat bij AKD te Breda en promovendi aan de Radboud Universiteit Nijmegen

## 264

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening

14 juni 2017, zaaknr. 2017-364

(mr. Hendrikse, mr. Filott, mr. drs. Knopper)

Noot mr. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen

**Opslagwijzigingsbeding bij Euribor-gerelateerde hypothecaire geldlening. Ambtshalve toetsing van oneerlijk karakter beding. Consument niet in staat gesteld op basis van vooraf kenbare duidelijke en begrijpelijke criteria economische gevolgen van beding te voorzien. Aan eisen van transparantie is mitsdien niet voldaan. Beding is onredelijk bezwarend en wordt op grond van art. 6:233 sub a BW vernietigd.**

[BW art. 6:233 lid sub a, 6:236, 6:237; Richtlijn 93/13/EEG bijlage sub j]

*Aan de orde is of de bank gerechtigd was de initieel overeengekomen opslag van 1% op het toepasselijke Euribortarief te wijzigen. Gesteld noch gebleken is dat over het wijzigingsbeding afzonderlijk is onderhandeld. Het beding kan ook niet worden aangemerkt als een kernbeding.*

*De conclusie is dat het beding valt onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG betreffende het oneerlijke karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de richtlijn) en dat de Commissie het oneerlijke karakter van het beding ambtshalve moet toetsen.*

*Allereerst wordt gekeken of het beding voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in art. 6:236 BW en 6:237 BW. Van de bedingen op deze lijsten kan enkel het beding als bedoeld in art. 6:236 sub i BW op de onderhavige casus van toepassing zijn. Daarin wordt bepaald dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij de wederpartij in dat geval bevoegd is de overeenkomst te ontbinden. In het onderhavige beding is geen beperking gesteld aan het moment per wanneer de opslag voor het eerst kan worden gewijzigd en is derhalve sprake van een beding dat de gebruiker (de bank) de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, zoals bedoeld in art. 6:236 sub i BW. Hoewel er voor Consument formeel geen sprake is van een bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst (de in art. 6:236 i BW vermelde uitzondering), bestaat wel bij het einde van een rentevastperiode de mogelijkheid tot aflossing, dan wel omzetting van de geldlening en dus tot beëindiging van de overeenkomst. Hiermee wordt nagenoeg hetzelfde effect bereikt als bij ontbinding. De Commissie acht het beding om voornoemde reden niet bij voorbaat onredelijk bezwarend.*

*Vervolgens wordt het beding getoetst aan de open norm van art. 6:233 BW. Deze bepaling dient richtlijnconform te worden uitgelegd. In het beding in kwestie is zonder vermelding van een daarvoor benodigde reden vastgelegd dat de bank de opslag kan wijzigen. Dit betekent dat het beding kan worden gekwalificeerd als een oneerlijk beding als bedoeld in sub j van de bijlage van de richtlijn, tenzij sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van deze bijlage. Op deze uitzonderingen komt de bank echter geen beroep toe.*

*De bank heeft gesteld dat het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarmee voldoet aan het transparantievereiste van art. 4 lid 2 van de Richtlijn. Zij licht toe dat de afspraak onderdeel uitmaakt van een vier pagina's tellende kredietofferte en door gebruik van een kopje makkelijk te vinden en kenbaar is voor Consument. Voorts stelt de Bank dat het beding Consument in staat stelt de economische gevolgen die uit deze prijsafspraken voortvloeien te voorzien. De Commissie volgt de*

*bank daarin niet. In het onderhavige opslagwijzigingsbeding en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden, volgens welke mechanismen en in welke mate de opslag kan worden gewijzigd.*

*Consument is derhalve niet op voorhand in staat gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit het beding voortvloeien te voorzien. Hieruit volgt dat het beding in kwestie niet voldoet aan de uit hoofde van de richtlijn gestelde eisen van transparantie. Aan de in de richtlijn gestelde eisen van evenwicht en goede trouw hoeft daarom niet meer te worden getoetst.*

*De conclusie is dat het beding onredelijk bezwarend is en moet worden vernietigd op grond van art. 6:233 sub a BW.*

Consument,  
tegen  
ING Bank NV te Amsterdam.

(...; red.)

### 3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument heeft in 2005, tezamen met zijn echtgenote, een hypothecaire geldlening (hierna: “geldlening”) bij de Bank afgesloten met een hoofdsom van € 1.300.000,=. In de offerte van 30 december 2004, welke door Consument en zijn echtgenote voor akkoord is ondertekend, is – voor zover relevant – het volgende vermeld:

“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.

Tarifafpraak: 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 € 125,= per vervroegde aflossing. Voor een concrete verwerking van dit bedrag.”

3.2. In de notariële volmacht is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

“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)”

3.3. In de hypotheekakte is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

“Le montant du prêt est productif d’un taux d’intérêt annuel s’élevant à UN POUR CENT (1%) au-dessus du tarif mensuel EURIBOR (European Intr Bank Offered Rate)”

3.4. Per 1 juni 2009 heeft de Bank de opslag op het Euribortarief verhoogd naar 1,86% en per 1 juni 2010 heeft zij de opslag verlaagd naar 1,57%. Vervolgens heeft de Bank per 9 april 2012 de opslag verhoogd naar 2,5% en per 9 mei 2013 naar 3,26%.

#### 4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot:

- (i) het met terugwerkende kracht tot 1 mei 2009 ongedaan maken van de opslagverhogingen;
- (ii) het gedurende de resterende looptijd van de geldlening hanteren van een opslag op het Euribortarief van 1%;
- (iii) vergoeding van het teveel betaalde bedrag aan rente, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- De verhoging van de opslag op het Euribortarief is in strijd met hetgeen tussen partijen is overeengekomen. De Bank heeft Consument bij het afsluiten van de geldlening medegegeeld – en dit is ook als zodanig opgenomen in de notariële volmacht en de hypotheekakte – dat er gedurende de gehele looptijd van de geldlening sprake zou zijn van een vaste opslag op het Euribortarief van 1%. De Bank heeft daarbij benadrukt dat zij haar wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van de opslag, zoals vermeld onder het kopje “Tariefafpraak” in de offerte, alleen zou gebruiken in uitzonderlijke gevallen, zoals een belangrijke verslechtering van de kredietwaardigheid van Consument. Van dit laatste is in het onderhavige geval geen sprake. Indien Consument op de hoogte zou zijn geweest van het feit dat de opslag eenzijdig en zonder reden door de Bank tijdens de looptijd kon worden aangepast, had hij de geldlening nimmer afgesloten. Reactie van de Consument op mogelijk onredelijk bezwarend karakter opslagwijzigingsbeding:

– De Bank kan zonder vermelding van een daarvoor benodigde reden de opslag wijzigen. Het opslagwijzigingsbeding in kwestie is dan ook een oneerlijk beding als bedoeld in onderdeel 1 onder j) van de Bijlage bij de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende het oneerlijke karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: “de Richtlijn”). Aan de uitzonderingsgronden van onderdeel 2 onder b) van de Bijlage is niet voldaan. De offerte voorziet er niet in dat de Bank in geval van een opslagwijziging Consument tijdig en naar behoren informeert over de redenen voor die wijziging. Consument heeft niet de mogelijkheid gehad de berekeningswijze te controleren en (tijdig) van leverancier te veranderen. Het is voor Consument bovendien volkomen onduidelijk uit welke componenten de opslag is opgebouwd. In het opslagwijzigingsbeding is daarover niets vermeld. Tevens is niet duidelijk onder welke omstandigheden en volgens welke mechanismen de opslag kan worden gewijzigd. Consument is derhalve niet in staat geweest op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen te verifiëren die voor hem uit het opslagwijzigingsbeding voortvloeien, zoals op grond van het arrest van het Hof van Justitie EU van 30 april 2014 (HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*)) is vereist. Conclusie is dat het opslagwijzigingsbeding onredelijk bezwarend is en op grond van artikel 6:233 sub a BW moet worden vernietigd.

4.3. De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Uit de offerte blijkt duidelijk dat sprake is van een variabele opslag. De Bank kan en mag op grond van de offerte, ongeacht de reden hiervoor, de opslag éénmaal per jaar wijzigen. De wijziging van de opslag voldoet bovendien aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.
- Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat (een medewerker van) de Bank aan Consument zou hebben toegezegd dat de in de overeenkomst opgenomen tariefafpraak niet geëffectueerd zou worden c.q. dat voor de geldlening van Consument een vaste opslag van 1% van toepassing zou zijn.
- Niet de hypotheekakte maar de offerte is leidend. De offerte bevat het rente-aanbod en de condities. De hypotheekakte betreft een goederenrechtelijk document bedoeld om een zekerheids-

recht te vestigen. In het onderhavige geval is duidelijk sprake van onmiskenbare verschrijvingen c.q. vergissingen in de hypotheekakte.

Reactie van de Bank op mogelijk onredelijk bezwarend karakter opslagwijzigingsbeding:

– De tariefafpraak op grond waarvan de Bank overgaat tot verhoging van de debetrenteopslag kwalificeert als een prijsafpraak. Deze contractueel overeengekomen prijsafpraak is in de kredietovereenkomst zelf opgenomen en betreft naar objectieve maatstaven een kernbeding als bedoeld in artikel 6:231 onder a BW. De tariefafpraak is duidelijk en begrijpelijk geformuleerd en voldoet daarmee aan het transparantievereiste van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn. De afspraak maakt onderdeel uit van een vier pagina's tellende offerte en is door gebruik van een kopje gemakkelijk te vinden en kenbaar voor de consument. Verder stelt de tariefafpraak de klant in staat de economische gevolgen die uit deze prijsafpraak voortvloeien te voorzien. Mocht de Commissie oordelen dat de tariefafpraak niet als kernbeding kan worden aangemerkt, dan doet de Bank een beroep op de twee uitzonderingsgronden, zoals genoemd in onderdeel 2 onder b) van de Bijlage. Hierbij merkt zij op dat de gronden voor wijziging van een variabel tarief niet in het beding (in het geval van de Bank de tariefafpraak) behoeven te zijn gespecificeerd. Mocht de Commissie tot het oordeel komen dat de tariefafpraak (1) geen kernbeding is en (2) ook niet aan de eisen van voornoemde uitzonderingsgronden wordt voldaan, dan moet de vraag of de tariefafpraak oneerlijk is worden beantwoord aan de hand van de open norm van artikel 6:233a BW en aan de hand van in Europese rechtspraak ontwikkelde criteria. In dit verband kan worden opgemerkt dat de bevoegdheid eenzijdig de voorwaarden te wijzigen naar Nederlandse opvattingen op zichzelf niet als onredelijk wordt geacht. De tariefafpraak staat dan ook niet op de Nederlandse lijsten (zwarte en grijze lijst). Bovendien geldt dat, zelfs als al bezwaar zou kunnen bestaan tegen een open geformuleerde tariefafpraak, een zodanige afspraak zich laat uitleggen en/of aanvullen – en dus ook beperken – door de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Volgens de Bank wordt werkelijke consumentenbescherming geboden door verantwoording van een tariefswijziging (of het nalaten daarvan) zodat een wijziging toetsbaar wordt. Zij verwijst hierbij naar verschillende uitspraken van de Commissie van Beroep waarin is uitgegaan van de geldigheid

van de open geformuleerde wijzigingsbedingen en de Commissie zich heeft gericht op een toetsing aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

### 5. Beoordeling

5.1. Ter beoordeling ligt de vraag voor of de Bank gerechtigd was de initieel overeengekomen opslag van 1% op het toepasselijke Euribortarief te wijzigen.

5.2. Het beding waaraan de Bank de bevoegdheid tot wijziging van de opslag stelt te ontlenen is opgenomen in de offerte van geldlening. In het betreffende beding is bepaald dat de opslag éénmaal per jaar door de Bank wordt herzien en dat, indien de opslag wijzigt, Consument daarover (ongeveer twee weken van tevoren) wordt ingelicht.

5.3. Het is vaste Europese rechtspraak dat de nationale rechter ambtshalve het oneerlijke karakter toetst van bedingen in overeenkomsten met consumenten die vallen binnen de reikwijdte van de Richtlijn.<sup>1</sup> Alleen bedingen waarover tussen partijen niet afzonderlijk is onderhandeld vallen onder deze Richtlijn. Bovendien mag voornoemde toetsing niet zien op bedingen die de kern van de wederzijds te leveren prestaties bevatten (kernbedingen), met uitzondering van onduidelijk en onbegrijpelijk geformuleerde kernbedingen. De plek waar het beding is opgenomen, bijvoorbeeld de offerte of de algemene voorwaarden, kan een omstandigheid zijn die in dit kader meespeelt, maar is niet van doorslaggevend belang.

5.4. Het beding in kwestie ziet op de bevoegdheid van de Bank om een onderdeel van de vooraf vastgestelde prijs (de opslag) te wijzigen. Gesteld, noch gebleken is dat over dit beding afzonderlijk is onderhandeld. Het beding kan ook niet worden aangemerkt als een kernbeding. Het betreft immers geen beding dat essentieel is voor het bestaan van de overeenkomst zelf, in die zin dat zij van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake

1 Zie o.a.: HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12 (*Constructora Principado*); HvJ EU (Eerste kamer) 26 april 2012, C-472/10 (*Nemzeti/Invitel*); HvJ EU 14 maart 2013, C-453/10 (*Aziz*); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11 (*RWE*).

zou zijn. Zoals hiervoor reeds overwogen regelt het beding niet de prijs *zelf*, maar (slechts) de *mogelijkheid* om een onderdeel daarvan te wijzigen. Daarbij merkt de Commissie op dat een dergelijk prijswijzigingsbeding voorkomt op de zwarte lijst van artikel 6:236 sub i BW. Hetgeen impliceert dat ook de wetgever bedingen als het onderhavige niet ziet als kernbedingen.<sup>2</sup> Het argument van de Bank dat het beding is opgenomen in de offerte acht de Commissie in dit kader van ondergeschikt belang. De plek waar het beding is opgenomen kan immers, zoals hiervoor reeds overwogen, een omstandigheid zijn die meespeelt, maar is niet van doorslaggevend belang. De conclusie is dat het beding in kwestie valt onder de reikwijdte van de Richtlijn en dat de Commissie het oneerlijke karakter van het beding ambtshalve moet toetsen.

5.5. Het wettelijke kader voor deze ambtshalve toets wordt gegeven door de artikelen 6:231 BW tot en met artikel 6:247 BW. Waar nodig moeten die bepalingen richtlijnconform worden uitgelegd.

5.6. Volgens artikel 6:233 sub i (bedoeld zal zijn sub a; *red.*) BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het beding, gelet op de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is.

5.7. Eerst wordt gekeken of het beding voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in de artikelen 6:236 BW en 6:237 BW. Immers, indien het beding op één van deze lijsten voorkomt, is het beding onredelijk bezwarend, respectievelijk wordt het vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Van de bedingen op de hiervoor genoemde lijsten kan enkel het beding als bedoeld in artikel 6:236 sub i BW op de onderhavige casus van toepassing zijn. Daarin wordt bepaald dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij de wederpartij in dat geval bevoegd is de overeenkomst te ontbinden. Het beding in kwestie geeft de Bank de bevoegdheid de opslag éénmaal per jaar te herzien. Anders dan

de Bank lijkt te veronderstellen volgt uit de tariefafpraak niet dat de opslag (pas) na de periode van één jaar door de Bank wordt herzien. Naar het oordeel van de Commissie is in het beding geen beperking gesteld aan het moment per wanneer de opslag voor het eerst kan worden gewijzigd en is derhalve sprake van een beding dat de gebruiker (de Bank) de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, zoals bedoeld in artikel 6:236 sub i BW. Hoewel er voor Consument formeel geen sprake is van een bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst (de in artikel 6:236 i BW vermelde uitzondering), bestaat wel bij het einde van een rentevastperiode de mogelijkheid tot aflossing, dan wel – als vermeld in de brief van de Bank van 22 april 2016 – omzetting van de geldlening en dus tot beëindiging van de overeenkomst. Hiermee wordt nagenoeg hetzelfde effect bereikt als bij ontbinding. De Commissie acht het beding om voornoemde redenen niet bij voorbaat onredelijk bezwarend.

5.8. Nu het beding niet kan worden aangemerkt als een beding dat voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in de artikelen 6:236 BW en 6:237 BW, zal de Commissie het beding toetsen aan de open norm van artikel 6:233 BW. Zoals hiervoor reeds overwogen dient deze bepaling richtlijnconform te worden uitgelegd.

5.9. Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn luidt: “Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”

Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking worden genomen.

Artikel 5 bepaalt vervolgens dat bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld (de zogenaamde eis van transparantie).

In het kader van de Richtlijn is voorts relevant of het beding is opgenomen in de Bijlage bij de Richtlijn, houdende een (indicatieve en niet-uitputtende) blauwe lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. In de Bijlage bij

2 Parl. Gesch. Inv. boek 3,5 en 6 BW, 1e druk, Deventer: Kluwer 1990, p. 1521.

de Richtlijn is – voor zover relevant – vermeld dat als oneerlijk kunnen worden aangemerkt bedingen die tot doel of gevolg hebben:

“j) de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen.”

In onderdeel 2 van de Bijlage is daarop een aantal uitzonderingen geformuleerd:

“b) Punt j) staat niet in de weg aan bedingen waarbij de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt de door of aan de consument te betalen rentevoet of het bedrag van alle andere op de financiële diensten betrekking hebbende lasten bij geldige reden zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de verkoper verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen.”

5.10. De vraag die beantwoord dient te worden is of het beding in kwestie te kwalificeren is als een oneerlijk beding als bedoeld in de Bijlage onder j, en zo ja of er wellicht sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage.

5.11. In het beding in kwestie is zonder vermelding van een daarvoor benodigde reden vastgelegd dat de Bank de opslag kan wijzigen. Dit betekent dat het beding kan worden gekwalificeerd als een oneerlijk beding als bedoeld in sub j van de Bijlage, tenzij sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage.

5.12. Onder b) van artikel 2 van de Bijlage wordt, als hiervoor overwogen, onder meer een uitzondering gemaakt voor bedingen uit hoofde waarvan lasten voor financiële diensten kunnen worden gewijzigd, voor zover:

(i) een geldige reden bestaat; en

(ii) de dienstverlener verplicht is consument zo spoedig mogelijk te informeren over de wijziging; en

(iii) de consument de overeenkomst onmiddellijk kan opzeggen.

5.13. De Commissie is met de Bank van oordeel dat het vereiste van een geldige reden (ad i) niet inhoudt dat deze reden in de overeenkomst zelf moet zijn opgenomen. De Bank merkt terecht op dat indien het anders zou zijn, men bij een gespecificeerde geldige reden niet eens toekomt aan punt 1, sub j, van de Bijlage en een beding niet “indicatief oneerlijk” is. Wel dient in beginsel te worden beoordeeld of sprake is van een geldige reden tot uitoefening van het wijzigingsbeding.

Nu uit het navolgende evenwel zal blijken dat aan de overige vereisten voor toepassing van de onder b) vermelde uitzonderingen niet is voldaan, laat de Commissie dit punt verder onbesproken.

5.14. In het onderhavige geval is de Bank niet gehouden de klant zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van een wijziging van de opslag (ad ii). Weliswaar heeft de Bank de verplichting op zich genomen om Consument ongeveer twee weken voorafgaand aan de wijziging hiervan op de hoogte te stellen, maar niet zo spoedig mogelijk nadat zij het besluit tot wijziging van de opslag genomen heeft. Aan het onder (ii) genoemde vereiste is dan ook niet voldaan.

5.15. In het arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 2013 (HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11(RWE)) is ten aanzien van de mogelijkheid de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen (ad iii) het volgende opgenomen: “Wat (...) het recht van consument betreft om zijn leveringsovereenkomst op te zeggen in geval van eenzijdige wijziging van de tarieven die de verkoper toepast, is het van fundamenteel belang, (...) dat de mogelijkheid voor consument om de overeenkomst op te zeggen, niet slechts een formeel opzeggingsrecht is, maar ook daadwerkelijk kan worden benut. Dat is niet het geval wanneer de consument, om redenen die verband houden met de wijze van uitoefening van het opzeggingsrecht of met de voorwaarden van de betrokken markt, niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om van leverancier te veranderen of wanneer hij niet naar behoren en tijdig op de hoogte werd gebracht van de op til zijnde wijziging, waardoor hij aldus de mogelijkheid verliest om de berekeningswijze te controleren en in voorkomend geval van leverancier te veranderen. In dit verband moet met name rekening worden gehouden met het gegeven of op de betrokken markt concurrentie heerst, de eventuele kosten die voor consument verbonden zijn aan een opzegging van de overeenkomst, het tijdsverloop tussen mededeling en toepassing van de nieuwe tarieven, de informatie die op het tijdstip van mededeling is verstrekt, en de kosten en de tijd om van leverancier te veranderen.”

Uit de hiervoor weergegeven passage volgt dat niet slechts moet zijn voorzien in een *formeel* opzeggingsrecht, maar dat sprake moet zijn van een *daadwerkelijk* door een consument kan worden benut. Het begrip opzeggen dient te worden gelezen als een manier om de overeenkomst te beëindigen. Weliswaar bestaat

op grond van de offerte voor Consument de mogelijkheid om de geldlening af te lossen op het einde van de rentevastperiode, maar de Richtlijn – in samenhang met het hiervoor aangehaalde arrest – vereist een bevoegdheid tot onmiddellijke opzegging. Onmiddellijke opzegging d.w.z. aflossing op het moment dat de nieuwe opslag ingaat, acht de Commissie in de meeste gevallen niet realistisch omdat in het algemeen de mogelijkheid zal ontbreken om de geldlening uiterlijk op dat moment over te sluiten. Hierbij is van belang dat het beding in kwestie de Bank niet verplicht om direct na de beslissing tot wijziging van de opslag Consument hierover te informeren. Er geldt alleen een verplichting om dit ongeveer twee weken voorafgaand aan de wijziging te doen. Naar objectieve maatstaven bezien is een dergelijke termijn te kort om Consument in de gelegenheid te stellen de lening af te lossen of te herfinancieren. Er is dan ook geen sprake van een bevoegdheid tot onmiddellijk opzeggen zoals vereist onder (iii). Bovendien is in de offerte bepaald dat bij vervroegde aflossing een bedrag van € 125,= verschuldigd is. Deze bepaling vormt naar het oordeel van de Commissie een belemmering voor het daadwerkelijk kunnen benutten van het opzeggingsrecht door Consument.

5.16. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de Bank geen beroep toekomt op de uitzonderingsgrond van onderdeel 2 onder b) van de Bijlage. Het opslagwijzigingsbeding kan derhalve worden aangemerkt als oneerlijk beding als bedoeld in onderdeel j van de Bijlage.

5.17. De Bijlage is niet van dien aard dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen (het betreft slechts een indicatieve en niet uitputtende lijst). Of een beding daadwerkelijk oneerlijk is, blijft afhankelijk van de in de Richtlijn gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Evenwel vormt de Bijlage – volgens het arrest van het Hof van Justitie van 26 april 2012 (HvJ EU 26 april 2012, C-472/10 (*Invitel*)) een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter kan baseren. De Commissie verbindt hieraan het gevolg dat, indien onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om te veronderstellen dat aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie is voldaan, het er voor moet worden gehouden dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is.

5.18. Ten aanzien van de eis van transparantie overwoog het Hof van Justitie bij arrest van 30 april 2014 (HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*)) – dat ziet op de bepaling van de prijs van een dienst door de bank op basis van een wisselkoersmechanisme – als volgt: “(...) het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld, aldus moet worden verstaan dat het niet alleen gebiedt dat het litigieuze beding voor de consument grammaticaal begrijpelijk is, maar ook dat in de overeenkomst de concrete werking van het wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta waarnaar het betrokken beding verwijst alsmede de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening, transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.” Hoewel een wisselkoersmechanisme qua werking niet hetzelfde is als een opslagwijzigingsbeding, zijn de strekking en gevolgen voor een consument dat in de ogen van de Commissie grotendeels wel. Het gaat in het onderhavige geval, net als in voornoemd arrest, om een beding op grond waarvan de verkoper de prijs mag wijzigen, hetgeen voor een consument tot “een schijnbaar onbegrensde verhoging van de kosten van de financiële dienst leidt”.

5.19. De Bank heeft gesteld dat het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarmee voldoet aan het transparantievereiste van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn. Zij licht toe dat de afspraak onderdeel uitmaakt van een vier pagina's tellende kredietofferte en door gebruik van een kopje makkelijk te vinden en kenbaar is voor Consument. Voorts stelt de Bank dat het beding Consument in staat stelt de economische gevolgen die uit deze prijsafpraak voortvloeien te voorzien. De Commissie volgt de Bank daarin niet. In het onderhavige opslagwijzigingsbeding en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden, volgens welke mechanismen en in welke mate de opslag kan worden gewijzigd. Consument is naar het oordeel van de Commissie derhalve niet op voorhand in staat gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit het beding voortvloeien te voorzien. Uit een en ander volgt dat het beding in kwestie niet voldoet aan de uit hoofde van de Richtlijn gestelde eisen van

transparantie. Aan de in de Richtlijn gestelde eisen van evenwicht en goede trouw hoeft daarom niet meer te worden getoetst.

5.20. De conclusie is dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is en moet worden vernietigd op grond van artikel 6:233 sub a BW. Onder toepassing van artikel 3:41 BW blijft de rest van de overeenkomst in stand. Nu het beding in kwestie wordt vernietigd, is de door Consument gedurende de looptijd van de geldlening betaalde opslag, voor zover hoger dan bij aanvang overeengekomen, onverschuldigd betaald en dient door de Bank aan Consument te worden terugbetaald, met verrekening van hetgeen door Consument is betaald indien en voor zover dit minder is dan de bij aanvang overeengekomen opslag. Nu Consument (gedeeltelijk) in het gelijk wordt gesteld, dient de Bank ook de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,= te vergoeden.

5.21. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten, waaronder de door Consument naar voren gebrachte discrepantie tussen enerzijds de offerte en anderzijds de volmacht en de hypotheekakte voor wat betreft de mogelijkheid tot wijziging van de opslag, kunnen gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder onbesproken blijven.

5.22. Voor zover de Bank zich beroept op een termijnoverschrijding door de Commissie, merkt de Commissie op dat de Bank verwijst naar een bepaling die in het toepasselijke reglement (Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening geldig tot 1 oktober 2014) niet is opgenomen. Overigens mag een dergelijke termijnoverschrijding niet ten nadele strekken van de positie en de belangen van Consument.

5.23. Tenslotte bepaalt de Commissie 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 de Bank beroep open staat tegen de hierna 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.

#### 6. *Beslissing*

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat de Bank gehouden is om binnen een termijn van zes weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, de in rechts-overweging 5.20 omschreven verplichtingen na te komen. Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen. 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 de Bank beroep open staat tegen de hierna 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.

#### NOOT

1. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening ("Geschillencommissie") heeft op 14 juni 2017 in twee vergelijkbare uitspraken (met nrs. 2017-364 en 2017-362, de eerstgenoemde is hier geplaatst) de eenzijdige bedingen bij Euriborgerelateerde hypothecaire geldleningen om opslagen te verhogen, als onredelijk bezwarende bedingen aangemerkt. De gevolgen zijn vergaand. De bedingen zijn door de Geschillencommissie vernietigd en de banken moeten de gedurende de looptijd van de geldlening doorgevoerde verhogingen van de opslagen aan de consument terugbetalen.

2. De uitspraken zien op opslagwijzigingsbedingen die door ABN Amro en ING opgenomen zijn in hypothecaire geldleningsovereenkomsten ofwel in de daarop van toepassing zijnde algemene voorwaarden. In het geval van ABN Amro gaat het om een hypothecaire geldlening die in 2007 is afgesloten, waarbij het opslagwijzigingsbeding is opgenomen in de algemene voorwaarden. In mei 2009 is de opslag door de bank met 0,5% verhoogd. In maart 2016 dient de consument hierover een klacht in bij de Geschillencommissie. Bij de ING-zaak betreft het een hypothecaire geldlening die in 2005 is afgesloten. Het opslagwijzigingsbeding is opgenomen in de offerte. Vanaf juni 2009 heeft ING de opslag driemaal verhoogd van 1% naar 3,26%. In december 2014 heeft de consument een klacht ingediend

bij de Geschillencommissie. De uitspraken van de Geschillencommissie in deze beide zaken zijn vrijwel gelijklopend.

3. Bij beoordeling van de klachten volgt de Geschillencommissie een welbekende redeneerwijze. Deze is gebaseerd op hetgeen door de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 11 november 2015 («JOR» 2016/96, m.nt. Van der Wiel en Stortelder) is overwogen.

4. De Geschillencommissie stelt eerst vast dat het vaste Europese rechtspraak is dat de nationale rechter ambtshalve het oneerlijke karakter toetst van bedingen die vallen binnen de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ("de richtlijn"). Deze vaststelling is gebaseerd op arresten van het Hof van Justitie (HvJ 27 juni 2000, *NJ* 2000/730 (*Océano*) en de Hoge Raad (HR 13 september 2013, «JOR» 2013/329 (*Heesakkers/Voets*)). De Geschillencommissie schakelt zichzelf hiermee gelijk aan de rechter.

5. Vervolgens zet de Geschillencommissie de reikwijdte van de richtlijn uiteen. Alleen bedingen waarover tussen partijen niet afzonderlijk onderhandeld is vallen onder de richtlijn. Kernbedingen zijn uitgezonderd. Of het beding is opgenomen in de offerte, zoals in de ING-zaak, of in de algemene voorwaarden, zoals het geval is in de ABN Amro-zaak, kan volgens de Geschillencommissie een omstandigheid zijn die meespeelt, maar die niet van doorslaggevend belang is. Als vuistregel voor kernbedingen geldt dat deze bedingen de essentialia zijn zonder welke een overeenkomst niet tot stand komt. De onderhavige opslagwijzigingsbedingen zijn naar het oordeel van de Geschillencommissie geen kernbeding aangezien deze bedingen niet de prijs *zelf* regelen, maar slechts de *mogelijkheid* om deze te wijzigen. Als bijkomende omstandigheden noemt de Geschillencommissie dat niet is komen vast te staan dat over het beding is onderhandeld en dat een prijswijzigingsbeding, zoals het onderhavige, voorkomt op de zwarte lijst van art. 6:236 sub (i) BW. De opslagwijzigingsbedingen vallen hiermee onder de reikwijdte van de richtlijn.

6. Overigens oordeelde de Commissie van Beroep in een uitspraak van 15 oktober 2013, KiFiD 2013/030, in een zaak waarbij het eveneens om een hypothecaire geldlening met een variabele basisrente en een opslag ging, nog dat het ren-

tebeding op grond waarvan de bank gerechtigd was om de opslag te wijzigen, juist wél aange-merkt moest worden als een kernbeding. Volgens de Commissie van Beroep houdt het rentebeding een regeling in van de tegenprestatie die door de kredietnemers is verschuldigd voor de lening die hun door de geldverstrekker is verschaft. Hiermee geeft het rentebeding de kern aan van de overeengekomen prestaties zoals is bedoeld in art. 6:231, onder a, BW, aldus de Commissie van Beroep in 2013.

7. In de hier te bespreken uitspraken geeft de Geschillencommissie vervolgens het wettelijk kader weer dat van toepassing is. Het wettelijk kader omvat art. 6:231 t/m 6:247 BW van Afd. 3, die een regeling geeft voor algemene voorwaarden. De bepalingen moeten richtlijnconform uitgelegd worden. Het opslagwijzigingsbeding kan op grond van art. 6:233 sub a BW vernietigd worden als het onredelijk bezwarend is. De Geschillencommissie gaat hiertoe eerst na of het beding op de grijze of zwarte lijst voorkomt. Op de zwarte lijst staat een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij er ontbonden kan worden (art. 6:236 sub (i) BW). De Geschillencommissie concludeert dat, alhoewel er formeel geen sprake is van een bevoegdheid tot ontbinding, er wel een daarmee gelijkstaande beëindiging van de overeenkomst kan plaatsvinden, waarmee de zwarte lijst niet van toepassing is. Bovendien is toepassing van het opslagwijzigingsbeding niet beperkt tot de eerste drie maanden van de overeenkomst.

8. Nu de opslagwijzigingsbedingen niet vallen onder de zwarte of grijze lijst van art. 6:236 en art. 6:237 BW, toetst de Geschillencommissie deze aan de open norm van art. 6:233 BW die wordt ingevuld door de richtlijn. Er is volgens de richtlijn sprake van een oneerlijk beding indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de consument aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument (art. 3 lid 1 Richtlijn). Bij de beoordeling hiervan moeten alle omstandigheden en andere bedingen in aanmerking genomen worden (art. 4 lid 1 Richtlijn). Art. 5 van de Richtlijn bepaalt bovendien dat een beding duidelijk en begrijpelijk (transparant) moet zijn. De als bijlage bij de Richtlijn gevoegde blauwe lijst

(de "Bijlage") geeft een indicatie van oneerlijke bedingen. In onderdeel 2 van de Bijlage zijn uitzonderingen op die lijst geformuleerd.

9. De Geschillencommissie constateert dat de opslagwijzigingsbedingen gekwalificeerd kunnen worden als een oneerlijk beding als bedoeld in sub j van de Bijlage, tenzij er sprake is van één van de uitzonderingen die bij sub b van art. 2 van de Bijlage vermeld zijn. Nu de banken op grond van de betreffende geldleningovereenkomsten en de daarop van toepassing zijnde algemene voorwaarden de consument pas tien werkdagen voorafgaand aan de opslagwijziging hoeven te informeren en deze termijn te kort voor de consument is om de geldlening af te lossen en elders te herfinancieren, zijn de uitzonderingen in de Bijlage niet van toepassing.

10. Deze vaststelling is echter nog niet voldoende. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een schending van de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Onder verwijzing naar het Kásler-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 30 april 2014, C-26/13) oordeelt de Geschillencommissie dat de opslagwijzigingsbedingen niet transparant zijn aangezien de bedingen weliswaar grammaticaal begrijpelijk zijn, maar de consument niet op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen daarvan kan voorzien. De Geschillencommissie besteedt hierbij geen aandacht aan de schijnbare tegenstelling tussen een oneerlijk geacht beding op grond van letter j van de Bijlage ("*de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen*"), dat niettemin toelaatbaar is als aan de uitzondering van sub b van de Bijlage is voldaan (waartoe er een geldige reden moet zijn om de opslag aan te passen, geen opzegtermijn in acht genomen hoeft te worden, mits de bank verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk te melden en de klant dan meteen kan opzeggen), en het transparantievereiste van art. 5 van de richtlijn. Onbesproken blijft hoe aan de ene kant de richtlijn voorziet in uitzondering sub b op oneerlijke bedingen die juist niets hoeven in te houden over de reden voor de prijswijziging (mits voldaan is aan de uitzondering sub b) en aan de andere kant het vereiste op grond van art. 5 dat de consument niettemin op grond van het beding de economische gevolgen moet kunnen voorzien. De opslagwijzigingsbedingen leiden volgens de Geschil-

lencommissie (die hierbij citeert uit het Kásler-arrest van het HvJ EU, dat betrekking had op een wisselkoersmechanisme) tot "*een schijnbaar onbegrensde verhoging van de kosten van de financiële dienst*". In dit verband is ook opvallend dat de Geschillencommissie onbesproken laat of er inderdaad een geldige reden was om de opslag aan te passen (ov. 5.13).

11. De sanctie die de Geschillencommissie aan het oneerlijke beding verbindt, gaat ver. De banken moeten alle opslagverhogingen die gedurende de looptijd van de hypothecaire geldleningen hebben plaatsgevonden, aan de consument vergoeden. Dat betekent in de onderhavige uitspraken dat de banken de opslagverhogingen die vanaf halverwege 2009 hebben plaatsgevonden, moeten terugbetalen. Dit terwijl de consumenten in de onderhavige uitspraken pas na respectievelijk vijfenhalf en zeven jaar een klacht over de betreffende opslagverhogingen hebben ingediend. Ook was het doorvoeren van opslagverhogingen gebaseerd op gelijkkluidende wijzigingsbedingen op basis van de jurisprudentie destijds, toegestaan. De jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Rechtbank Amsterdam waar de Geschillencommissie haar uitspraken op gebaseerd heeft, dateert pas van 2014 en 2015.

12. Een interessante vraag is dan ook in hoeverre er verjaringstermijnen bij deze ambtshalve toetsing aan de orde kunnen zijn. Art. 6:233 BW roept immers vernietigingsgronden in het leven, waarop de regeling van art. 3:49 e.v. BW van toepassing is (Asser Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/489). Mogelijk dat deze vraag in nadere jurisprudentie beantwoord gaat worden.

C.H.D.W. van den Borne-Verheijen,  
advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen