

Variabele rente bij consumentenkrediet, een update

mr. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen¹

1. Inleiding

Variabele rente bij consumentenkrediet is de afgelopen jaren veelvuldig het onderwerp van kritische consumentenprogramma's geweest.² Het lijkt zo eenvoudig: een variabele rente is een rente die kan wijzigen. Maar op deze, op het eerste gezicht eenvoudige bevoegdheid van de kredietverstrekker om de rente te wijzigen, is een wereld aan wisselende (Europese) wet- en regelgeving en (Europese) jurisprudentie van toepassing. In dit artikel worden deze wet- en regelgeving en (Europese) jurisprudentie op een rij gezet.

Consumentenkrediet is krediet dat door financiële ondernemingen aan consumenten verstrekt wordt. Onder consumenten worden verstaan natuurlijke personen, die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen.³ Consumentenkrediet is van alle tijden en kent verschillende varianten. Zo kenden de Romeinen al een leningstelsel waarvoor een gemaximeerde rente gold⁴ en Shylock in Shakespeare's *Merchant of Venice* hield er een curieuze boeterentevariant (een 'pound of flesh') op na.

Uniek voor consumentenkrediet is dat in Nederland al vanaf begin 20^{ste} eeuw dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen van toepassing zijn.⁵ Dit is bij andere kredietvormen, zoals hypothecaire geldleningen, niet het geval. De Nederlandse wettelijke bepalingen die zien op

consumentenkrediet zijn gewijzigd in de loop der jaren. Daarnaast is er ook een Europese Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48/EG) gekomen, die in 2011 en in 2017 in Titel 7:2A van het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd is.⁶ In 2014 ben ik aan de hand van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie nagegaan in hoeverre er beperkingen waren in de bevoegdheid van kredietverstrekkers om de variabele rente bij consumentenkrediet (doorlopend krediet) aan te passen.⁷ Sindsdien is er veel gebeurd zowel op het gebied van wetgeving als jurisprudentie. Tijd dus voor een update.

2. Vormen van consumentenkrediet

Consumentenkrediet wordt in diverse vormen verstrekt die eigen wettelijke kaders kennen. Ten eerste zijn er in de praktijk verschillende productvormen zoals aflopend krediet, doorlopend krediet, creditcards, uitstel van betaling, hypothecair krediet, financial lease/huurkoop, roodstand, flitskrediet, pandhuiskrediet etc. Daarnaast onderscheidt het BW goederenkrediet (krediet ten behoeve van de aankoop van goederen, zoals huurkoop en koop op afbetaling) en geldkrediet. Op goederenkrediet zijn art. 1576-1576x BW nu boek 7A BW van toepassing. Het wettelijk kader voor geldkrediet was tot mei 2011 gegrond op de wettelijke bepalingen van de Wet op het consumentenkrediet (hierna: de Wck) die deels in mei 2011 en voor het overige per 1 januari 2017 overgegaan zijn naar titel 7.2A BW.

Er zijn twee belangrijke vormen van geldkrediet:

1. de persoonlijke lening (PL) waarbij de bank eenmalig een vast geldbedrag verstrekt dat terugbetaald moet worden conform een tevoren gefixeerd aflossingsschema en waarbij de rente vastgezet wordt voor de gehele looptijd. Bij vervroegde aflossing is de kredietgever op

1. Mr. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen is advocaat te Arnhem.
2. Programma's als Kassa en Tros Radar hebben vanaf 2011 met regelmaat aandacht besteed aan dit onderwerp.
3. Art. 7:57 lid 1 sub a BW.
4. Volgens Tacitus verboden de Twaalf Tafels het uitlenen van geld tegen een rentepercentage hoger dan de *fenus unciarium*. Volgens H. Zehnacker werd daar een jaarlijks percentage van 8 1/3 procent (een twaalfde van het kapitaal) of 10 procent (als de berekeningen gebaseerd waren op een jaar van tien maanden) mee bedoeld Tac. Ann. 6.16, Banking and business in the Roman World, Jean Andreau, Cambridge University Press, p. 90.
5. De Geldschieterswet, de Wet op het Afbetalingsstelsel, de Wet op het Consumptief Geldkrediet en de Wet op het consumentenkrediet.

6. Voor een uitgebreid overzicht van de geschiedenis van consumentenkrediet wordt verwezen naar: C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Van Wet op het consumentenkrediet naar Burgerlijk Wetboek', FR 2017, nr. 1/2, p. 24 e.v.
7. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Variabele rente bij consumentenkrediet', FR 2014, nr. 4, p. 126 e.v.

grond van de wet gerechtigd om een boeterente in rekening te brengen⁸;

2. doorlopend krediet (hierna: DK) waarbij met de kredietnemer een kredietlimiet overeengekomen wordt. Het krediet heeft een onbepaalde looptijd en maandelijks wordt een vast bedrag betaald waarin rente en aflossingen zijn opgenomen. Het afgeloste bedrag staat weer ter beschikking voor nieuwe kredietopnames, tot maximaal de kredietlimiet. Er is een variabele rente. Op grond van art. 35 lid 3 Wet op het consumentenkrediet (Wck) mochten er door de kredietgever geen kosten in rekening gebracht worden bij vervroegde aflossing.⁹ Deze verplichting is na afschaffing van de Wck impliciet in art. 7:68 lid 2 BW voortgezet. De kredietverstrekker heeft op grond van dat artikel alleen recht op een billijke vergoeding bij vervroegde aflossing indien deze valt in een termijn waarvoor een vaste debetrentevoet geldt. Bij een DK is er geen vaste debetrentevoet.

3. Varianten in variabele rente

De variabele rente die bij DK gehanteerd wordt, kent op hoofdlijnen de volgende varianten:

- a. een variabele rente waarbij er een volledig discretionaire bevoegdheid is van de kredietverstrekker om de rente aan te passen;
- b. een variabele rente zonder externe referentievoet waarbij de rente aangepast kan worden 'met inachtneming van de krachtens de wet gestelde maxima' of 'indien ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt hiertoe aanleiding geven';
- c. een variabele rente die bestaat uit een externe referentievoet met een (door de bank te bepalen) opslag.¹⁰

4. Wettelijke bepalingen ten aanzien van rente bij consumentenkrediet door de tijd heen

De wettelijke verplichtingen die zien op rente bij consumentenkrediet zijn door de jaren heen gewijzigd.¹¹ Samengevat komt het op het volgende neer.

8. 34 sub c Wck en nu 7:68 lid 2 BW.
9. N.J.H. Huls, *Wet op het Consumentenkrediet*, serie recht en praktijk nr. 8, Deventer, Kluwer 1993, p. 10 e.v.
10. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Variabele rente bij consumentenkrediet', *FR* 2014, nr. 4, p. 126 e.v.
11. Voor een uitgebreid overzicht van de geschiedenis van consumentenkrediet wordt verwezen naar: C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Van Wet op het consumentenkrediet naar Burgerlijk Wetboek', *FR* 2017, p. 24 e.v.

4.1. De Nederlandse wetgeving ten aanzien van rente bij consumentenkrediet tot 2011

Van 1992 tot mei 2011 was de Wck van kracht. De Wck stond een variabele rente toe, zolang deze beneden het vastgestelde kredietmaximum bleef.¹² In de kredietovereenkomst moest het effectieve kredietvergoedingspercentage op jaarbasis vermeld worden¹³. Een 'verzwaring' van de verplichtingen van de kredietnemer (dus een verhoging van de rente) was volgens art. 33 sub a Wck in principe niet toegestaan tenzij deze fluctueerde aan de hand van 'de ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt'¹⁴. Vandaar dat deze tekst vaak in doorlopende kredietovereenkomsten is opgenomen.

4.2. De Nederlandse wetgeving ten aanzien van rente bij consumentenkrediet vanaf 2011-2017

De Wck is in 2011 en 2017 geïmplementeerd in titel 7.2A BW. Per 24 mei 2011 is de Richtlijn Consumentenkrediet¹⁵ eveneens in titel 7.2A van het BW geïmplementeerd. Bij de Richtlijn Consumentenkrediet staat een geharmoniseerde informatieverstrekking voorop. Voorafgaand aan kredietverstrekking moet het Europese Standaard Informatiedocument (hierna: ESIC) verstrekt worden. Vanaf 24 mei 2011 moeten ten aanzien van variabele rente op grond van art. 7:61 BW (in samenhang met art. 5 Richtlijn Consumentenkrediet) de debetrentevoet¹⁶, het Jaarlijks Kostenpercentage en de voorwaarden waaronder de rente kan worden gewijzigd in het ESIC vermeld worden.¹⁷ Een soortgelijke verplichting was overigens eerder al opgenomen in art. 4:33 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: de Wft)

12. *Kamerstukken II* 1986/87, Regels met betrekking tot het consumentenkrediet (Wet op het consumentenkrediet) 19 785 nr. 3, paragraaf 4.4.2.1, p. 53 en p. 86.
13. Regeling effectief kredietvergoedingspercentage, van kracht tot 24 mei 2011, dit is de rente die daadwerkelijk maandelijks betaald moet worden.
14. *Kamerstukken II* 1986/87 dossier 19 785 nummer 3 (MvT) p. 53.
15. Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG, *PbEU* 2008, L 133/66.
16. Volgens de definities van de Richtlijn Consumentenkrediet: 'de rentevoet, uitgedrukt op jaarbasis en toegepast in een vast of variabel percentage'.
17. Volgens art. 6 lid 1 sub e van de Richtlijn Consumentenkrediet: 'de debetrentevoet, de voorwaarden die de toepassing van deze rentevoet regelen, en indices of referentierentevoeten die betrekking hebben op de aanvankelijke debetrentevoet; de vanaf het sluiten van de kredietovereenkomst in rekening te brengen kosten, alsmede in voorkomend geval de voorwaarden waaronder deze gewijzigd kunnen worden'.

juncto art. 112 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: het Bgfo) en Bijlage D bij het Bgfo. Het Jaarlijks Kostenpercentage wordt op dezelfde wijze berekend als het effectieve kredietvergoedingspercentage.¹⁸ De Nederlandse wettelijke bepalingen die zien op variabele rente bij consumentenkrediet zijn dus deels gewijzigd en deels gehandhaafd.

In titel 7.2A BW zijn in principe geen beperkingen opgenomen ten aanzien van variabele rente. Art. 33 sub a Wck, waarop de 'ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt' gebaseerd waren, is nog tot 1 januari 2017 van kracht gebleven en vervolgens ongewijzigd 'overgezet' naar art. 7:77 BW (lid 1 sub a). Dat is volgens de Memorie van Toelichting bewust gebeurd.¹⁹ De enige begrenzing die er is, is dat de rente de krachtens art. 7:76 BW voorgeschreven limiet niet overschrijdt. Kortom, de wettelijke basis op grond waarvan rentewijziging mogelijk is, is in principe niet gewijzigd bij de implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet en is mogelijk zelfs ruimer geworden nu er in de Memorie van Toelichting niets meer is vermeld over de beperking tot 'ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt'. Indien niet voldaan is aan de eisen van Titel 7.2A BW is de sanctie vernietiging. Op grond van de Wck was de sanctie nietigheid.²⁰

5. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen

Sinds 1993 is de Richtlijn Oneerlijke Bedingen (hierna: de Richtlijn) van kracht.²¹ De Richtlijn verbiedt het gebruik van 'oneerlijke bedingen' in consumentenovereenkomsten. In art. 3 lid 1 van de Richtlijn is bepaald wanneer er sprake is van een oneerlijk beding. Dit is een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (zoals een beding in algemene voorwaarden of een standaard beding in overeenkomsten), waarbij er sprake is van strijd met de goede trouw en waarbij het evenwicht van rechten en plichten uit de overeenkomst, aanzienlijk verstoord wordt ten nadele van de consument. Of er sprake is van een oneerlijk beding, wordt getoetst op de volgende wijze.

5.1. Oneerlijkheidstoetsing

Voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst moeten op grond van art. 4 lid 1 van de Richtlijn alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking worden genomen, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst. Er moet tevens

worden nagegaan wat het cumulatieve effect is van alle bedingen van de betrokken overeenkomst.²² Het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJEU) laat het aan de nationale rechter over om te onderzoeken of een beding oneerlijk is. Deze toetsing vindt plaats door de Nederlandse rechter (zo nodig ambtshalve) in het kader van art. 6:233, aanhef en onder a BW, op grond waarvan een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is als dit onredelijk bezwarend is.

Over het onderzoek dat de nationale rechter moet verrichten, heeft de Hoge Raad in het AOV-polis arrest²³ overwogen dat (als er niets geregeld is) door een vergelijking tussen het nationale recht en de overeenkomst nagegaan moet worden of de consument door de overeenkomst in een juridisch minder gunstige positie wordt geplaatst dan hij zou hebben verkeerd op grond van het geldende nationale recht. Als de rechtspositie van de consument als gevolg van de overeenkomst in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat zijn rechten worden beperkt of hij in de uitoefening van zijn rechten wordt belemmerd, of er extra verplichtingen worden opgelegd die er in het nationale recht niet zijn, dan is er sprake van een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht'.

Vervolgens moet deze 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' nog een 'strijdigheid met de goede trouw' veroorzaken. De nationale rechter moet hierbij de vraag beantwoorden of redelijkerwijs aangenomen kan worden dat de consument het beding aanvaard zou hebben, als daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.

5.2. De Bijlage bij Richtlijn 93/13

Op algemene voorwaarden zijn naar Nederlands recht de zogenaamde zwarte en grijze lijsten van toepassing op bedingen die als onredelijk bezwarend worden aangemerkt (de zwarte lijst) en bedingen waarvan vermoed wordt dat ze onredelijk bezwarend zijn (de grijze lijst) (6:236 en 6:237 BW). De Richtlijn kent een 'blauwe lijst' die is opgenomen in de Bijlage van de Richtlijn. Dit is een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn). Een beding dat voorkomt op de blauwe lijst is niet van rechtswege een oneerlijk beding, maar het geeft wel een vermoeden.

In de blauwe lijst is bij 1.j) het beding opgenomen op grond waarvan de verkoper gemachtigd is om 'zonder geldige, in de overeenkomst vermelde redenen eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen'. In punt 2.b) van de Bijlage is een uitzondering op dit artikel van de blauwe lijst opgenomen. Op grond van die uitzondering mag de leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehouden om de te betalen rentevoet bij een

18. Art. 71 BW conform art. 19 van de Richtlijn.

19. *Kamerstukken II* 2015/16, 3442, nr. 3, p. 8.

20. Art. 7:73 BW en de MvT.

21. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

22. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, rov 3.2.1.

23. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (AOV-polis), rov. 3.8.2 en 3.8.3.

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.²⁴

5.3. Het transparantievereiste

Op grond van art. 5 van de Richtlijn moeten bedingen in overeenkomsten met consumenten steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU is het voor een consument van wezenlijk belang dat hij, vóór sluiting van een overeenkomst, op de hoogte is van alle voor de overeenkomst van belang zijnde informatie. In het Kásler arrest²⁵ heeft het HvJEU bepaald dat het beding niet alleen duidelijk en begrijpelijk moet zijn, maar dat de consument ook de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, moet kunnen inschatten.

5.4. Herziening en uitvoeringscontrole

De lidstaten worden op grond van de Richtlijn²⁶ verplicht om maatregelen te treffen om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten.

6. Ontwikkelingen in de jurisprudentie

In een arrest van 1983²⁷ overwoog de Hoge Raad dat de kredietgever zijn bevoegdheid om de variabele rente bij te stellen, binnen de door de redelijkheid bepaalde grenzen van de goede trouw kan uitoefenen. In de Conclusie werd door de A-G opgemerkt dat de kredietnemer bij doorlopend krediet heel goed weet dat de rente kan stijgen. Daar staan voor hem voordelen tegenover, aldus de A-G, namelijk dat de rente ook kan dalen en dat het hier om een relatief goedkope kredietvorm gaat.²⁸ Vanaf begin jaren negentig werden rentewijzigingsbedingen in beginsel geldig geacht door de Nederlandse wetgever en jurisprudentie. Vanaf 2011 werd in de jurisprudentie echter steeds verdergaand gebroken met de traditionele Nederlandse opvatting dat wijzigingsbedingen in beginsel geldig zijn.²⁹

6.1. KiFiD uitspraken

Tot 2011 oordeelden de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: KiFiD) dat het in rekening te brengen rentetarief tot de interne beleidsvrijheid van de kredietverstrekker behoorde en dat er niet gevegd kon worden dat de bank een specificatie verschafte van de wijze waarop de in rekening gebrachte rente was opgebouwd.³⁰ Vanaf 2011 vond een kentering plaats in de uitspraken van de Geschillencommissie (en de Ombudsman) KiFiD. Kredietverstrekkers mochten slechts met inachtneming van redelijkheid en billijkheid gebruik maken van de bevoegdheid om de rente (kredietvergoeding) aan te passen aan de ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt. Onder 'ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt' verstond de Ombudsman dat er een vaste marge moest zijn tussen het rentetarief en het verloop van Euribor.³¹ Dit in tegenstelling tot hetgeen door de rechtspraak in diezelfde periode geoordeeld werd, namelijk dat de rentevaststelling tot de interne beleidsvrijheid van de bank behoorde en dat liquiditeits- en risicotoeslagen deel uitmaakten van het begrip 'ontwikkelingen op de geld- en kapitaalmarkt'.³² De uitspraken van de Geschillencommissie en de Ombudsman zijn later enigszins bijgesteld door de Commissie van Beroep KiFiD (hierna: 'CvB') die oordeelde dat doorlopend krediet zich kenmerkt door de vrijheid van de kredietnemer om krediet op te nemen (tot de kredietlimiet) en te allen tijde af te lossen, waartegenover de kredietnemer het renterisico draagt in de vorm van een variabele rente. De vrijheid van de bank om de rente te wijzigen, vindt haar grens in de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). De rente hoeft niet onlosmakelijk gekoppeld te zijn aan een externe referentievoet, er mogen ook andere omstandigheden bij betrokken worden zoals ontwikkelingen in de fundingkosten, de kosten van de bedrijfsvoering en concurrentieoverwegingen. Wel moest de bank vanaf 1 januari 2013 informatie verschaffen over de componenten waaruit de variabele rente is opgebouwd en de factoren die haar rentebeleid bepalen, aldus de CvB.³³

In 2018 is er wederom een nieuwe wending van KiFiD te constateren.³⁴ In de desbetreffende KiFiD zaak 2018-048 was een kredietprospectus aan de orde waarin was vermeld: 'Zodra de rentestand verandert, verandert uw rente mee'. Op grond van deze

24. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, rov 3.3 van het arrest.

25. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, n.n.g., (*Kásler*).

26. Art. 7, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen, in verbinding met de laatste overweging van de considerans.

27. HR 17 juni 1983, NJ 1984, 705, LjN AG4616.

28. HR 17 juni 1983, NJ 1984, 705, LjN AG4616 nr. 95.

29. Zie de uiteenzetting van A-G Wissink in de conclusie in de 'Stop de banken' zaak, ECLI:NL:PHR:2019:346 nr. 5.23.

30. Onder andere Commissie van Beroep 10 november 2011, nummer 2011-10 en 15 oktober 2013, nummer 2013-70.

31. Onder andere Geschillencommissie KiFiD 29 juli 2013 nr. 2013-242, Geschillencommissie KiFiD 21 juni 2013, nr. 2013-196.

32. Hof 's Hertogenbosch december 2011, Rechtbank Assen, 10 oktober 2012, HA ZA 11-172.

33. Commissie van Beroep d.d. 31 januari 2014, CB-13-00046 en CB-13-00034.

34. KiFiD, 18 januari 2018, nr. 2018-048.

tekst mocht de klant volgens KiFiD (mede op grond van de contra proferentem-regel) opmaken dat er een directe koppeling, dat wil zeggen een vaste marge, was tussen het driemaands Euribortarief en de rente van het krediet. De kredietverstrekker diende met terugwerkende kracht de rente die het Eurobortarief met opslag oversteeg, terug te betalen.

In 2019 heeft de CvB in twee richtinggevende uitspraken opnieuw een andere insteek gekozen dan de hiervoor weergegeven KiFiD uitspraken.³⁵ De CvB lijkt de contra proferentem-regel toe te passen. In de kredietovereenkomsten heeft de bank geen informatie verstrekt over de samenstelling en opbouw van de kredietvergoeding of de consument geïnformeerd over de omstandigheden waaronder zij van haar wijzigingsbevoegdheid gebruik zou (kunnen) maken. De CvB constateerde dat de bank daartoe ook niet verplicht was omdat de kredietovereenkomsten zijn aangegaan vóór het in werking treden van art. 7:60 en 7:61 BW. Het gebrek aan informatie was dus op zichzelf geen tekortkoming, maar kon wel van betekenis zijn voor hetgeen de consument redelijkerwijs mocht verwachten. De CvB overwoog vervolgens dat de consument mocht verwachten dat de rente de 'beweging van de markt' zou volgen. De bank moest het verschil tussen de gemiddelde rente op doorlopend consumptief krediet en de individuele kredietvergoeding, zoals dat verschil bij het sluiten van de kredietovereenkomst was gegeven, handhaven. Voor het bepalen van de gemiddelde rente op doorlopend consumptief krediet heeft de CvB verwezen naar de monetaire rapportage van DNB die op de website vanaf juni 2010 de gemiddelde rentepercentages voor doorlopend krediet heeft vermeld. Een onafhankelijke deskundige moest onderzoeken wat de percentages zijn geweest vanaf de aanvang van de desbetreffende kredietovereenkomst in 2008 tot 2010.

Bij tussenuitspraak 2019-005A van 13 december 2019 heeft de CvB onder verwijzing naar de arresten van het hof Arnhem-Leeuwarden van 26 februari 2019 en 17 september 2019 en het 'Stop de Banken'- arrest van de Hoge Raad, partijen in die zaak in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze te geven over de betekenis van deze jurisprudentie voor die zaak.

Bij uitspraak van 5 februari 2020 heeft de CvB geoordeeld dat het wijzigingsbeding geen oneerlijke of onredelijk bezwarend beding is.³⁶ Tegenover de nadelen die het wijzigingsbeding voor consument meebracht, stonden ook voordelen. Zo kon er van rentedalingen geprofiteerd worden en kon het krediet steeds, geheel of gedeeltelijk, zonder (noemenswaardige kosten) afgelost worden. De voor- en de nadelen wogen volgens de CvB zozeer tegen elkaar op dat het evenwicht niet

in aanzienlijke mate in het nadeel van consument werd verstoord.

Op verzoek van de CvB is het deskundigenonderzoek naar de marktrente uitgebreid tot een statistische analyse van de referentierente in de periode van 1 januari 1998 tot 1 juni 2010. De deskundigen hebben vastgesteld dat de CBS-rentereeks een adequate reeks is die de trend van de eerder vastgestelde DNB-reeks volgt. De CBS-rentereeks is per 1 juni 2010 echter 0,91 procentpunt hoger dan de DNB-reeks. De CvB heeft vervolgens de CBS-rentereeks gecorrigeerd (verlaagd) met 0,91 procentpunt.

Het beroep op verjaring door de bank is afgewezen omdat de bank volgens de CvB niet heeft kunnen aantonen dat consument er al langer dan vijf jaren mee bekend was dat de rente op zijn krediet de marktrente niet meer volgde.³⁷

Deze uitspraken van de CvB leiden tot de volgende overdenkingen. De bank is niet tekort geschoten in de informatieverplichtingen die er destijds waren en het wijzigingsbeding op grond waarvan de variabele rente gewijzigd mocht worden, is geen oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn. Toch heeft de bank een vergoedingsplicht die terug kan gaan tot 1998 omdat kredietnemers mochten verwachten dat de variabele rente van het doorlopend krediet in de pas zou lopen met een marktrente. Deze marktrente was echter voor de partijen bij de kredietovereenkomst geen gemakkelijk te achterhalen en/of algemeen gehanteerde referentierente en wordt gecorrigeerd ten nadele van de bank. Op grond waarvan kredietnemers mochten verwachten dat de variabele rente van hun doorlopend krediet een niet-bestaande marktrente zou volgen en op grond waarvan deze marktrente nu gecorrigeerd wordt, is door de CvB niet gemotiveerd. De bepalingen in de kredietovereenkomst laten geen ruimte voor deze invulling en evenmin sluit dit aan bij de wijze waarop het krediet gefund wordt. De CvB lijkt zich te baseren op de contraproferentem regel³⁸ maar de contraproferentem regel ziet op de uitleg van een beding en een "verwachting" is nog geen "uitleg". De grondslag van deze redenering is derhalve nog onduidelijk.

6.2. Ambtshalve toetsing

Sinds het Océano arrest³⁹ van het HvJEU van 2000 moet de rechter om in voorkomende zaken aan de Richtlijn te toetsen, zonder dat de consument daar op een beroep heeft gedaan. In 2010 verscheen het eerste Rapport Ambtshalve Toetsing dat door de rechtspraak is opgesteld, waarin aanbevelingen ten aanzien van ambtshalve toetsing zijn opgenomen. Na het arrest Heesakker-Voets in 2013⁴⁰, waarin geoordeeld is dat er een verplichting is voor de rechtspraak om bedingen

35. KiFiD, 21 januari 2019, 2019-004 en 2019-005.

36. Commissie van Beroep d.d. 5 februari 2020, CB 2019-005B.

37. 2019-005B rov 2.18.

38. Zie CB 2019-005 rov 5.3.

39. HvJEU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/730.
40. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691.

in contracten met consumenten te toetsen aan de Richtlijn, is dat rapport in 2014 geactualiseerd. Vanaf die tijd worden rentebepalingen in consumentenkredietovereenkomsten in toenemende mate ambtshalve door de rechtspraak getoetst.⁴¹ In juli 2018 is het rapport nogmaals geactualiseerd.⁴² Het rapport 'Ambtshalve toetsing III' meldt ten aanzien van variabele rente samengevat dat de Wck (oud) een variabele rente toestaat zolang deze maar beneden de in het Besluit Kredietvergoeding hoogst toegelaten kredietvergoeding blijft.⁴³ Op grond van art. 7:62 BW (zijnde de implementatie van art. 11 van de Richtlijn Consumentenkrediet) is de kredietgever verplicht om de consument in kennis te stellen van wijzigingen in de rentevoet. Het rentewijzigingsbeding valt binnen de werkingssfeer van de Richtlijn. De redactieraad ambtshalve toetsing⁴⁴ meent (onder verwijzing naar de blauwe lijst sub j juncto art. 2 g⁴⁵) dat in de overeenkomst bepaald moet zijn dat de wijziging van de variabele rente binnen een redelijke termijn voor de inwerkingtreding van de bedongen wijziging van de variabele rente aan de consument moet worden medegedeeld, tenzij er sprake is van een objectieve index als het CBS inflatiecijfer of rentepercentage van het Besluit kredietovereenkomsten. Ontbreekt een redelijke termijn voor opzegging of betwisting van de prijswijziging, dan kan dat een indicatie zijn dat het variabele rentebeding mogelijk oneerlijk is. Recentelijk is door de rechtspraak een informatieformulier ingevoerd waarbij in consumentenzaken onder andere door de kredietverstrekker aangetoond moet worden dat er geen sprake is van een oneerlijk beding. Het is de bedoeling dat dit standaard in dagvaardingen wordt opgenomen. Dit lijkt neer te komen op een omkering van de bewijslast en dat roept de vraag op of dit in overeenstemming is met de fundamentele beginselen van het procesrecht. De (ambtshalve) toetsing heeft geleid tot vergaande jurisprudentie. Hier volgt een overzicht.

6.2.1. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt ambtshalve over rentewijzigingsbeding

Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2018 ambtshalve overwogen dat het

rentewijzigingsbeding bij een DK mogelijk intransparant is, omdat noch in de overeenkomst noch in de algemene voorwaarden is bepaald wanneer en aan de hand van welke criteria de hoogte van de verdragingsvergoeding kan worden gewijzigd.⁴⁶ Tevens is, onder verwijzing naar het bepaalde in sub j van de blauwe lijst, voorlopig geoordeeld dat het rentewijzigingsbeding (ook) een oneerlijk beding kan zijn omdat het, afgezien van de mogelijke intransparantie ervan, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort in de zin van art. 3 van de Richtlijn.

Bij tussenarrest van 26 februari 2019 heeft het hof Arnhem-Leeuwarden in een andere zaak zijn zienswijze gegeven over een soortgelijk rentewijzigingsbeding bij een DK.⁴⁷ Het hof maakte daarbij een onderscheid tussen de in de kredietovereenkomst vermelde 'kredietvergoeding', de 'effectieve rente' en het in de algemene voorwaarden opgenomen rentewijzigingsbeding op grond waarvan de bank gerechtigd is om de kredietvergoeding te wijzigen. Aan de informatieverplichtingen zoals die destijds golden te weten: Art. 30 Wck is volgens het hof voldaan.⁴⁸ Het hof maakte vervolgens een onderscheid tussen de kredietvergoeding en de effectieve rente en het rentewijzigingsbeding op grond waarvan die kredietvergoeding en effectieve rente kunnen wijzigen. De kredietvergoeding en de effectieve rente waren volgens het hof als kernbeding in de zin van de Richtlijn te kwalificeren, maar het rentewijzigingsbeding was volgens het hof geen kernbeding. Uit de overeenkomst of voorwaarden bleek volgens het hof niet welk mechanisme en welke redenen aan een wijziging van de kredietvergoeding ten grondslag werden gelegd. Ook het aspect dat de kredietvergoeding niet meer dan het wettelijk toegestane maximum mag bereiken was volgens het hof onvoldoende uitgewerkt in het beding. Noch in de overeenkomst noch in de voorwaarden was volgens het hof inzichtelijk gemaakt waaruit de door de kredietnemer verschuldigde vergoeding concreet bestaat. De omschrijving van het wijzigingsbeding was daarom volgens het hof niet transparant in de zin van de Richtlijn. Het evenwicht werd met dit eenzijdige wijzigingsbeding ten nadele van de consument aanzienlijk verstoord. Zonder het beding zou wijziging alleen zijn toegelaten met wederzijdse instemming van partijen of – onder bijzondere omstandigheden – met een beroep op art. 6:248 BW (aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) of 6:258 BW

46. Hof Arnhem Leeuwarden, 6 februari 2018, zaaknummer 200.189.005.
47. Hof Arnhem Leeuwarden, 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819.
48. Hof Arnhem Leeuwarden, 26 februari 2019 ECLI:NL:GHARL:2019:1819 rov 4.3.

41. Onder andere Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 1-08-2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:6579) en 06-02-2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:1198).

42. Het rapport is hier te vinden: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rapport-at-III-31-juli-2018.pdf>.

43. Rapport Ambtshalve toetsing III, p. 66.

44. Voor het rapport Ambtshalve Toetsing III is het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel, Kanton en Toezicht van de rechtbanken (LOVCK&T) verantwoordelijk. De leden van de redactieraad zijn vermeld op p. 6 van het rapport.

45. Dit lijkt een verschrijving te zijn, men zal de 'blauwe lijst sub j juncto art. 2 b bedoelen.

(onvoorziene omstandigheden), aldus het hof. Als kredietnemers vooraf op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk over dit beding hadden onderhandeld, dan zouden ze dit beding niet hebben aanvaard. De uitzondering die is opgenomen in de blauwe lijst (art. 2 sub b) was volgens het hof niet van toepassing. De gevolgtrekking die het hof verbond aan de constatering dat er een oneerlijk beding was, was dat de kredietvergoeding die aan het begin van de kredietovereenkomst was vastgesteld, ongewijzigd in stand zou blijven.

6.2.2. 'Stop de banken' jurisprudentie

De rechtbank en het hof Amsterdam hebben eveneens ambtshalve de wijziging van de renteopslag bij hypothecair krediet getoetst aan de Richtlijn (het 'Stop de banken arrest').⁴⁹ Deze rentewijzigingsbedingen waren volgens het hof en de rechtbank onredelijk bezwarend.⁵⁰ Het hof heeft deze bedingen op grond van art. 6:233, aanhef en onder a, BW vernietigd en voor recht verklaard dat de betalingen van de leningnemers op grond van de vernietigde bedingen onverschuldigd zijn verricht.⁵¹

De bank heeft vervolgens cassatie ingesteld. In zijn conclusie van april 2019⁵² (hierna: de Conclusie) heeft Advocaat-Generaal Wissink (hierna: de A-G) in hoofdstuk 4 van de Conclusie een uiteenzetting gegeven over het juridische kader ten aanzien van rentewijzigingsbedingen (bij hypotheek) en het van toepassing zijnde Europees recht.

In de Conclusie werd het vergelijkend onderzoek dat de rechter moet verrichten, verder gespecificeerd. De rechter moet volgens de A-G aan de hand van de omstandigheden van het geval nagaan of de verkoper (in dit geval de kredietverstrekker) er redelijkerwijs vanuit kon gaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld. Daarbij is relevant of het beding gebruikelijk is, dat wil zeggen of het in vergelijkbare overeenkomsten regelmatig in het rechtsverkeer wordt gebruikt, of er een objectieve reden is voor het opnemen van het beding, of de consument niet verstoken is van bescherming, de deskundigheid en kennis van de gebruiker en wat van haar kon worden verwacht in het kader van informatievoorzieningen over de eventuele negatieve uitwerking van het beding. Het peilmoment voor deze beoordeling is het moment waarop de overeenkomst gesloten is en er moet rekening gehouden worden met alle bedingen van de overeenkomst. Zo kan een opzeggrecht

voor de consument tegenover een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de verkoper er onder omstandigheden toe leiden dat niet gesproken kan worden van een evenwichtsverstoring. Daarnaast speelt de Bijlage bij de Richtlijn een rol (art. 1 sub j en punt 2 onder b van de Bijlage) en de transparantievereiste van art. 5 Richtlijn (en art. 6:238 lid 2 BW), aldus de A-G.⁵³

Een gebrek aan transparantie is een omstandigheid die meeweegt in het oneerlijkheidsoordeel.⁵⁴ De nationale rechter heeft de ruimte om te bepalen welk gewicht in een concreet geval toekomt aan schending van het transparantievereiste voor de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding.⁵⁵ De aanwezigheid van eventuele 'compenserende' bedingen is een relevante factor bij het oneerlijkheidsoordeel. Tegenover de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de bank staat het recht van de leningnemer om de lening boetevrij af te lossen (het 'beëindigingsrecht') en de lening kosteloos om te zetten naar iedere andere door de bank aangeboden rentevorm (het 'omzettingsrecht'). Het beëindigingsrecht en omzettingsrecht zouden in potentie het door het wijzigingsbeding veroorzaakte nadeel van de leningnemer kunnen opheffen of afzwakken, zodat niet gezegd kan worden dat de rechtspositie van de leningnemer in 'voldoende ernstige mate' wordt aangetast. Dit moet door de feitenrechter worden beoordeeld, aldus nog steeds A-G Wissink.⁵⁶ Bij arrest van 22 november 2019⁵⁷ volgde de Hoge Raad op hoofdlijnen de A-G. Het hof had bij zijn beoordeling van de oneerlijkheid van het beding alle relevante omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst moeten betrekken en had moeten letten op het cumulatieve effect van alle bedingen van de betrokken overeenkomst en het hof heeft dat niet (in voldoende mate) gedaan. Er kunnen compenserende bedingen zijn, zoals de boetevrije aflossingsmogelijkheid en de omzetting naar een andere rentevorm, die het oneerlijke karakter van een wijzigingsbeding (deels) kunnen opheffen. Het hof had deze compenserende bedingen volgens de Hoge Raad moeten betrekken bij de beoordeling van de oneerlijkheid van het rentewijzigingsbeding. De zaak is terugverwezen naar het hof Den Haag en volgens de media is er inmiddels met één claimorganisatie een schikking getroffen.⁵⁸

De Hoge Raad verwees ook nog naar het SEBA/Amsterdam I arrest.⁵⁹ Daarin ging het om de bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om eenzijdig de erfpacht aan te passen. De Hoge Raad merkte in dat arrest op dat er geen

49. De 'Stop de banken' uitspraak ECLI:NL:GHAMS:2017:5248.

50. Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848.

51. Hof Amsterdam 19 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248.

52. HR 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346.

53. Rov 4.9 Conclusie.

54. Rov 4.19 Conclusie.

55. Rov 4.21.1 e.v. Conclusie.

56. Rov 5.7 Conclusie.

57. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830.

58. 'ABN Amro schikt met hypotheekklanten', *het Financieel Dagblad*, 14 februari 2020.

59. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 rov 5.1.6.

onredelijke bezwarendheid is, als de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid deel uitmaakt van de rechtsverhouding tussen (in dat geval) de burger en de gemeentelijke overheid. Daarbij is wel van belang dat het bij het aangaan van de overeenkomst voor die burger duidelijk was dat het wijzigingsbeding (samengevat) deel uitmaakt van een wettelijk (toetsings)kader.

7. Constateringen en overpeinzingen

Het overzicht van wijzigingen in wet- en regelgeving ten aanzien van variabele rente bij consumentenkrediet en de Nederlandse jurisprudentie en die van het HvJEU, maakt duidelijk dat er sprake is van een soort driedimensionale 'cakewalk', de kermisattractie waarbij je over steeds bewegende vloerdelen en traptreden moet manoeuvreren. Wettelijke bepalingen wijzigen niet alleen, maar wisselen ook van insteek en krijgen bovendien als gevolg van jurisprudentie van het HvJEU met terugwerkende kracht een andere invulling. De jurisprudentie en KiFiD uitspraken kennen eveneens steeds wisselende invalshoeken en oordelen. Dit maakt het voor banken lastig om op de juiste wijze te handelen.

Een DK heeft een onbepaalde looptijd, een (wettelijk verplichte) boetevrije vervroegde aflossing en (om die reden) een variabele rente. Anders dan bij de 'Stop de banken' jurisprudentie, waar in cassatie ervan uitgegaan is dat het rentewijzigingsbeding geen kernbeding was, is dat bij doorlopend krediet nog niet uitgemaakt. De variabele rente behoort tot de essentialia van deze kredietvorm. Zonder rentewijzigingsbeding is er sprake van een PL, een ander soort lening waarop andere wettelijke bepalingen van toepassing zijn. Als het rentewijzigingsbeding bij DK als kernbeding aangemerkt wordt, dan moet overigens nog steeds aan de transparantie-eisen voldaan worden, zo is uitgemaakt in (onder andere) het Kásler arrest. Of daaraan voldaan kan worden, is de vraag. Vanwege de onbepaalde looptijd is het bij DK niet mogelijk om bij aanvang van de kredietovereenkomst al definitief alle componenten van de rente en het mechanisme te bepalen aan de hand waarvan die componenten kunnen wijzigen. Er kunnen gedurende de onbepaalde looptijd nieuwe componenten ontstaan, zoals bijvoorbeeld het geval geweest is bij liquiditeitstoelagen die als gevolg van de kredietcrisis in rekening gebracht zijn en die er voorheen niet waren. Wel kan de consument bij aanvang van de kredietovereenkomst de maximale economische gevolgen van het DK voorzien, aangezien de variabele rente wordt begrensd door de wettelijk bepaalde maximum kredietvergoeding.

Daarnaast zijn de rentebepalingen bij DK gegrond op dwingende wettelijke bepalingen. In art. 1 lid 2 van de Richtlijn is kort gezegd bepaald dat contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke bepalingen zijn overgenomen, niet aan de Richtlijn onderworpen zijn. Op grond van het SEBA

arrest kan een wettelijk ingebedde verhouding waarbij er een toetskader is, aan het oordeel dat een wijzigingsbeding oneerlijk is in de weg staan. Bij consumentenkrediet is er een dwingendrechtelijke inbedding en toetsing van de grenzen van de variabele rente, waarbij de maximumrente met een amvb wordt vastgesteld.

In het algemene deel van het Rapport Ambtshalve Toetsing III wordt ten aanzien van dwingendrechtelijke bepalingen van nationaal recht verwezen naar de conclusie in de Tio Teach zaak.⁶⁰ In die conclusie is overwogen dat doorslaggevend is of de bepaling waarop wordt teruggevallen van dwingend recht is. Die dwingendrechtelijke bepalingen kunnen gebruikt worden om invulling te geven aan de norm van de Richtlijn respectievelijk art. 6:233 onder a BW. Schending van (bijvoorbeeld) art. 7:77 lid 1 sub a BW (voorheen 33 a Wck) levert al de nietigheid op van het desbetreffende rentewijzigingsbeding. Indien het rentewijzigingsbeding wordt aangemerkt als een 'oneerlijk beding', dan is dat beding vernietigbaar (6:233 sub a BW). In beide gevallen zullen de dan reeds betaalde rentes op grond van onverschuldigde betaling moeten worden terugbetaald. Indien de maximum kredietvergoeding overschreden wordt, dan is er dus een vergelijkbare sanctie.

De vraag blijft echter hoe om te gaan met de variabele rentebepalingen bij doorlopend krediet die voldoen/voldeden aan de nationaalrechtelijke dwingendrechtelijke wettelijke verplichtingen, maar mogelijk niet aan de nader, door de jurisprudentie van het HvJEU ingevulde transparantie-eisen.

Kijkend naar de Conclusie en het 'Stop de Banken'-arrest van de Hoge Raad kan de daarin gevolgde weg van de 'compenserende bedingen' uitkomst bieden voor deze kwestie. Bij doorlopend krediet is kosteloze vervroegde aflossing immers bij wet verplicht en ook kan die kredietvorm omgezet worden naar een andere kredietvorm, zoals een PL. De consument heeft op grond hiervan een uitweg in het geval hij geconfronteerd wordt met voor hem onwenselijke niet-transparante rentewijzigingen. Wel moet er speciale aandacht zijn voor zogenaamde 'locked up' klanten, die als gevolg van wijzigingen in normen, niet de mogelijkheid hebben van een overstap. Deze aandacht is er overigens al vanuit de branche en de AFM. Zo zijn in de VFN Gedragscode in 2019 een aantal artikelen opgenomen die zien op de zorgplicht die banken (en intermediairs) ten aanzien van locked up klanten in acht moeten nemen en ook de AFM spoort banken en intermediairs aan om beleid te maken ten aanzien van dit soort klanten.

60. P. 42 rapport Ambtshalve toetsing III, 14 juli 2017, ECLI:NL:PHR:2017:889.

8. Conclusie

De variabele rente bij consumentenkrediet lijkt eenvoudig maar daarop is een complex, steeds wisselend juridisch kader van toepassing. Er is sprake van dwingendrechtelijke bepalingen waaraan kredietverstrekkers doorgaans voldoen. Daarnaast zijn er transparantie-eisen die door jurisprudentie van het HvJEU nader zijn ingevuld, maar die bij doorlopend krediet lastig in te vullen zijn. Compenserende bedingen kunnen – indachtig de Conclusie en het ‘Stop de Banken’ arrest van de Hoge Raad - de oneerlijkheid van het rentewijzigingsbeding als gevolg van een gebrek aan transparantie, opheffen. Daarbij moet er speciale aandacht zijn voor zogenaamde ‘locked up’ klanten, die als gevolg van wijzigingen in normen, geen mogelijkheid hebben voor een overstap naar een andere kredietverstrekker. Daartoe zijn – onder toezicht van de AFM - reeds maatregelen getroffen door de branche. Door een aantal banken is al dan niet publiekelijk inmiddels aangekondigd dat zij stoppen met het verstrekken van doorlopend krediet. Het is dus de vraag hoe lang deze kredietvorm in haar huidige vorm nog zal bestaan.