

Blijf
scherp

Welke aansprakelijkheidsclaims hebben (geen) kans van slagen?

Hoogleraar Financieel recht Danny Busch is hoofddocent van de CPO-cursus Actualiteiten aansprakelijkheid in de financiële sector. Mede als gevolg van de financiële crisis krijgen banken, uitgevende instellingen en de financiële toezichthouders steeds vaker te maken met individuele en collectieve aansprakelijkheidsclaims. Welke claims hebben kans van slagen? En welke niet? Dat ontdekt u in deze driedaagse cursus op 22 oktober, 29 oktober en 5 november 2020. U krijgt een volledig actuele stand van zaken over de zorgplicht van banken, collectieve acties in de financiële sector en prospectusaansprakelijkheid.

Kijk voor meer informatie en ons volledige cursusaanbod op www.cpo.nl.

Voor scherpe denkers.

Verder denken • Scherper zijn



Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs



Annotatie

arsaequi.nl/maandblad AA20200179

Zijn opslagwijzigingsbedingen in algemene voorwaarden van Euribor-hypotheeken onredelijk bezwarend?

Prof. mr. D. Busch*

Hoge Raad 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*ABN AMRO Bank N.V. / Stichting SDB & Stichting EURIBAR*)

1 Inleiding

Banken en andere financiële instellingen moeten in toenemende mate rekening houden met het ambtshalve oordeel van de civiele rechter dat clausules in financiële contracten met consumenten onredelijk bezwarend en daardoor vernietigbaar zijn.¹ Het Europees Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) heeft hierin een zeer strenge lijn gekozen, een en ander in reactie op prejudiciële vragen gesteld door nationale rechters uit bijvoorbeeld Spanje en Polen over Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn 93/13).² Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek in Afdeling 6.5.3 inzake algemene voorwaarden (art. 6:231 e.v. BW).

Ook Nederlandse financiële standaardcontracten blijken regelmatig onredelijk bezwarende (oneerlijke) bedingen te bevatten. Zo oordeelde de Hoge Raad recentelijk in reactie op aan hem door een lagere rechter gestelde prejudiciële vragen dat een schadefixatiebeding in de algemene voorwaarden van een effectenleaseovereenkomst onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar was.³ In relatie tot de niet minder beruchte beleggingsverzekeringen (in de volksmond ook wel 'woekerpolis' genoemd) heeft een lagere Nederlandse rechter bedingen waarbij de bevoegdheid de door de consument verschuldigde kosten te berekenen en vast te stellen wordt opgedragen aan de verzekeraar, als onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar aangemerkt.⁴ Ook heeft een lagere Nederlandse rechter in

* Met dank aan prof. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. H.N. Schelhaas en prof. mr. V.P.G. de Serière voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze annotatie.

¹ Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat de nationale rechter met betrekking tot onredelijk bezwarende bedingen in overeenkomsten tussen ondernemers en consumenten op grond van het Europese effectiviteitsbeginsel *ambtshalve* moet beoordelen of een beding 'oneerlijk' is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG (zoals in de volgende voetnoot voluit weergegeven). Ook kan het HvJ EU de civiele rechter opdragen *ambtshalve* te onderzoeken of de regeling van toepassing is. Zie o.a. HvJ EU 26 oktober 2006, nr C-168/05; HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08; HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08; HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, *NJ* 2013/487; HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15; HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12; HvJ EU 4 juni 2014, C-497/13. Zie ook A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *Ars Aequi* 2016, p. 825-830 (AA20160825). Zie in algemene

zin over *ambtshalve* toetsing aan Europees recht: A.S. Hartkamp, *European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal relationships between Individuals*, Antwerpen: Intersentia 2016, nr. 124-130; L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon BW nr. A-30), Deventer: Kluwer 2019, nr. 56-59.

² HvJ EU 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (Spaanse *floor clauses*/bodembretebedingen); HvJ EU 3 oktober 2019, C-260/18 (Poolse *foreign currency loans*). Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

³ HR 21 april 2017 ECLI:NL:HR:2017:773. Op grond van het schadefixatiebeding is de lessee bij tussentijdse beëindiging dan wel ontbinding wegens wanbetaling de contant gemaakte rentebetalingen over de resterende looptijd als schadevergoeding verschuldigd aan de bank. Volgens de Hoge Raad was dit beding onredelijk bezwarend omdat het ten onrechte geen rekening hield met de omstandigheid dat de bank bij tussentijdse

beëindiging of ontbinding ook een voordeel geniet, te weten dat hij de geleende hoofdsom hierdoor eerder terugkrijgt dan overeengekomen, en hij dit bedrag vervolgens opnieuw rentedragend kan uitlenen aan derden. Een schadefixatiebeding moet worden aangemerkt als een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW.

⁴ Hof Den Bosch 2 mei 2017 ECLI:NL:GHSHE:2017:1875. Zie evenwel Commissie van Beroep Kifid 6 november 2017 (2017-035), waarin bedingen in een beleggingsverzekering over de overlijdensrisicopremie en de aan- en verkoopkosten niet als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13 werden aangemerkt (ovw. 4.74 en 4.75). Zie ook Commissie van Beroep Kifid 20 december 2017 (2017-043), waarin de omstandigheid dat de hoogte van de risicopremie in de beleggingsverzekering niet afzonderlijk was gespecificeerd, niet maakte dat de bepalingen omtrent de premie waren aan te merken als oneerlijke of onredelijk bezwarende bedingen als bedoeld in Richtlijn 93/13/EEG (ov. 5.25). De Kifid-uitspraken zijn te downloaden via www.kifid.nl/uitspraken.

een tussenarrest partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of een opslagwijzigingsbeding in een Euroflexlening gesloten met een consument, op grond waarvan de bank de renteopslag eenzijdig kan verhogen, een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden oplevert.⁵ Tot slot zijn ook eenzijdige rentewijzigingsbedingen in relatie tot consumentenkrediet (in de vorm van doorlopend krediet) wel als onredelijk bezwarend aangemerkt.⁶

De uitspraak die in deze annotatie ter bespreking voorligt, betreft een arrest van de Hoge Raad van 22 november 2019. Deze zaak betrof een collectieve procedure over bedingen in algemene voorwaarden bij hypothecaire leningen die de bank de bevoegdheid geven eenzijdig de opslag op het variabele rentepercentage (gelijk aan het 1-maands Euribortarief⁷) te wijzigen. In cassatie gaat het vooral om de vraag hoe moet worden beoordeeld of dergelijke bedingen oneerlijk zijn in de zin van Richtlijn 93/13.

2 Feiten en procesverloop

De relevante feiten lagen als volgt.

- (i) ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) en Fortis Bank (Nederland) N.V. (hierna: Fortis) hebben van 2005 tot in 2009 aan particuliere klanten ter financiering van een eigen woning hypothecaire geldleningen verstrekt met een variabele rente, waarvan de hoogte was gekoppeld aan het 1-maands Euribortarief, vermeerderd met een opslag (hierna: Euribor-hypotheek).
- (ii) Fortis is in 2010 gefuseerd met ABN AMRO. Alle rechten en verplichtingen uit de door Fortis verstrekte Euribor-hypotheek zijn toen op ABN AMRO overgegaan.
- (iii) De Euribor-hypotheek werden aangeboden met behulp van grotendeels gestandaardiseerde documentatie. Deze bestond uit een meestal door de klant voor akkoord te ondertekenen acceptatiebrief of offerte, waarin wordt verwezen naar toepasselijke algemene voorwaarden of naar een bijlage met aanvullende voorwaarden.

- (iv) Onderdeel van de op de Euribor-hypotheek toepasselijke voorwaarden was een bepaling die inhield dat de bank de bovenop het Euribortarief in rekening gebrachte opslag, dan wel het rentepercentage, gedurende de looptijd kon wijzigen (hierna: de wijzigingsbedingen).
- (v) Wanneer een bestaande hypotheekvorm werd omgezet in een Euribor-hypotheek, maakte Fortis gebruik van een standaardofferte. In een bijlage bij deze offerte stond onder meer vermeld:
 - (a) ‘De bank behoudt zich het recht voor de opslag aan te passen.’

In de Algemene Voorwaarden voor Woninghypotheek (versie februari 2005) werd bepaald:

- (b) ‘De bank is bevoegd de opslag te wijzigen. Over die wijziging zal zij de Schuldenaar op voorhand schriftelijk informeren.’

In de later gehanteerde Algemene Bepalingen voor geldleningen (versie 15 oktober 2007) stond:

- (c) ‘De bank is bevoegd de opslag te wijzigen. Over die wijziging zult u op voorhand schriftelijk geïnformeerd worden.’

Bij omzetting van een bestaande hypotheekvorm naar een Euribor-hypotheek hanteerde ABN AMRO tot begin 2009 een zogenaamde conditiewijzigingsbrief. In een bijlage bij die brief stond:

- (d) ‘De bank is te allen tijde bevoegd het rentepercentage te wijzigen, indien de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt haar daartoe aanleiding geeft.’

Vanaf december 2010 hanteerde ABN AMRO voor gevallen waarin een bestaande Euribor-hypotheek in gewijzigde vorm werd voortgezet een offerte waarin onder meer het volgende was vermeld:

- (e) ‘De bank mag deze opslag altijd veranderen. Dit laten wij u tevoren weten.’⁸

- (vi) Klanten met een Euribor-hypotheek (hierna: leningnemers) waren steeds bevoegd deze boetevrij af te lossen. Ook kon de lening worden omgezet naar een andere rentevorm.

5 Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.22 (de Euroflexlening was afgesloten tegen een variabele rente plus een renteopslag; het risico van een stijging van de variabele rente had de consument afgedekt met een renteswap). Zie evenwel Commissie van Beroep Kifid 27 januari 2016 (2016-002), nr. 4.9, waar niet getoetst werd of een opslagwijzigingsbeding in een lening tegen een variabele rente plus een renteopslag (waarbij consument het risico van een stijging van de variabele rente had afgedekt met een renteswap) onredelijk bezwarend was, maar de uitoefening van het wijzigingsbeding getoetst werd aan art. 6:248 lid 2 BW. De Kifid-uitspraak is te downloaden via www.kifid.nl/uitspraken.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1819; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7568. Het hof oordeelde dat het beding onvoldoende transparant was en dat dit het evenwicht tussen partijen verstoortte, en dat de bevoegdheid van de

consument om het krediet bij het wijzigen van de rente af te lossen niet voldoende was om het evenwicht te herstellen. Zie voor een andere insteek de uitspraken van de Commissie van Beroep Kifid van 21 januari 2019 (2019-004 en 2019-005) (omwille van de transparantie zij vermeld dat uw annotator een van de adviseurs was die deze Kifid-beslissingen heeft gewezen). In deze beide uitspraken werd de kwestie opgelost door uitleg van de kredietovereenkomst, waarbij de voor de consument gunstigste uitleg prevaleerde (art. 5 Richtlijn 93/13 en art. 6:238 lid 2 BW). Bij het aangaan van de kredietovereenkomst werd geen specifieke informatie verstrekt over omstandigheden waaronder de rente kon worden gewijzigd. De Commissie van Beroep oordeelde dat de consument mocht verwachten dat de rente op het doorlopend krediet de beweging zou volgen van (in de pas zou blijven met) de marktrente op doorlopende kredieten voor consumenten. De bank moest daarom het verschil tussen de gemiddelde

rente op doorlopend consumptief krediet en de individuele kredietvergoeding, zoals dat verschil bij het sluiten van de kredietovereenkomst is gegeven, handhaven, althans ervoor zorgen dat dit verschil niet ten nadele van de consument zou wijzigen. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep beperkte dit de bank in het gebruik van haar eenzijdige rentewijzigingsbevoegdheid ten nadele van de consument. De Kifid-uitspraken zijn gepubliceerd in *JOR* 2019/62 & 63, m.nt. C.W.M. Lieveer (tevens te downloaden via www.kifid.nl/uitspraken). Vgl. in dit verband ook Rb. Overijssel 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3957; Rb. Amsterdam 6 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9117.

7 Euribor: Euro Interbank Offered Rate.

8 Een overzicht van de verschillende manieren waarop de wijzigingsbevoegdheid werd vormgegeven, is te vinden in de conclusie van A-G Wissink d.d. 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346, onder nr. 2.12 t/m 2.22.

- (vii) ABN AMRO heeft de opslag in februari 2009 met 0,5% en in juni 2012 met 1% verhoogd. Zij heeft de leningnemers daarover bij brief geïnformeerd.
- (viii) Meerdere leningnemers hebben tegen de verhoging van de opslag bezwaar gemaakt.
- (ix) Stichting SDB en Stichting EURIBAR (hierna: de Stichtingen) komen in deze collectieve procedure op grond van artikel 3:305a BW op tegen de inhoud en toepassing van de wijzigingsbedingen, een en ander ten behoeve van een groep van circa 6.000 consumenten die tussen 2005 en 2009 Euribor-hypotheken hebben afgesloten bij ABN AMRO en Fortis.⁹

De rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld dat de hierboven onder (v) genoemde wijzigingsbedingen in overeenkomsten tussen ABN AMRO (hierna: de Bank) en leningnemers onredelijk bezwarend zijn. Zij heeft deze bedingen op grond van artikel 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. Het hof Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank Amsterdam bekrachtigd, maar de Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak ter verdere behandeling naar het hof Den Haag.¹⁰ Ik bespreek de belangrijkste punten uit het arrest van de Hoge Raad. Voordat ik daartoe over ga volgt hieronder eerst een weergave van de relevante richtlijnbevestigingen.

3 Relevante richtlijnbevestigingen

De relevante bevestigingen van Richtlijn 93/13 luiden als volgt.

Art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13

‘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 van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.’

Art. 3 lid 3 Richtlijn 93/13

‘De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.’

Bijlage bij Richtlijn 93/13

In artikel 3, lid 3, bedoelde bedingen

1. Bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

[...]

j) de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde redenen eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen;

[...]

2. Draagwijdte van de punten [...] j) [...]:

[...]

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 redenen 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. [...]¹¹

Artikel 5 Richtlijn 93/13

‘In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. [...]’

De oplettende lezer zal zich ongetwijfeld afvragen waarom op deze plaats enkel de richtlijnbevestigingen worden geciteerd en niet tevens de Nederlandse implementatie daarvan.¹² De Nederlandse rechter lijkt immers niet zo zeer verplicht tot toetsing aan de richtlijnbevestigingen zelf, maar moet in plaats daarvan toetsen aan de Nederlandse implementatiebevestigingen – al moet hij die implementatiebevestigingen natuurlijk wel richtlijnconform interpreteren. Hoe dit ook zij, de Hoge Raad toetst in de onderhavige uitspraak rechtstreeks aan Richtlijn 93/13 en slaat nog nauwelijks acht op de Nederlandse implementatie daarvan.¹³

4 Uitgangspunten in cassatie

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de wijzigingsbedingen vallen onder de werking van Richtlijn 93/13, omdat het gaat om bedingen die door een professionele partij worden gebruikt in overeenkomsten met consumenten terwijl het geen kernbedingen zijn en over de bedingen niet is onderhandeld. De uitleg van de bedingen is in cassatie niet aan de orde.¹⁴

5 De oneerlijkhedenbeoordeling

(1) Alle relevante omstandigheden ten tijde van de contractsluiting meewegen

Om te beginnen is de Hoge Raad het eens met de Bank dat het hof ten onrechte niet in de oneerlijkhedenbeoordeling heeft betrokken (i) dat de leningnemer zijn Euribor-lening gedurende de looptijd vrijwel in alle gevallen zonder kosten mocht omzetten in een andere rentevorm en (ii) dat hij zijn lening op ieder moment zonder significante kosten geheel of gedeeltelijk kon aflossen. Het hof heeft vastgesteld dat de leningnemers steeds bevoegd

9 R.o. 2.3 en 2.4 en voetnoot 1 behorende bij nr. 1.1 van de conclusie van A-G Wissink d.d. 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346.

10 R.o. 2.5. en 6. Zie voor de uitspraken van de rechtbank en het hof: Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848; hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:

2017:5248.

11 R.o. 2.2.

12 Zo vormt art. 6:233 sub (a) BW de implementatie van het in de hoofdtekst geciteerde art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13.

13 In HvJ EU 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (Spaanse floor

clauses/bodemrentebedingen) lijkt het HvJ EU ook rechtstreeks te toetsen aan Richtlijn 93/13 en dat gold ook voor de Spaanse verwijzingsrechter in deze zaak. Zie daarover V.P.G. de Serière in nr. 5 t/m 8 van zijn annotatie bij deze zaak in *NJ* 2017/213.
14 R.o. 3.1.1.

waren de lening boetevrij af te lossen. Daarnaast volgt uit de weergave door het hof van de leningvoorwaarden dat de leningnemers het recht hadden de lening om te zetten in een andere rentevorm, soms tegen een beperkte vergoeding. De Bank heeft betoogd dat deze rechten compensatie bieden voor de nadelige gevolgen voor de leningnemer van de bevoegdheid van de Bank om de opslag te wijzigen, en met die bevoegdheid intrinsiek samenhangen. Het hof had naar het oordeel van de Hoge Raad niet aan dit betoog voorbij mogen gaan. Bij de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding moeten *alle relevante omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst* worden betrokken, en moet worden gelet op het *cumulative effect van alle bedingen* van de betrokken overeenkomst.¹⁵

(2) De oneerlijkhedenbeoordeling is een waarlijk Europese toets

De Bank betoogt ook (i) dat het de nationale rechter vrij staat de oneerlijkheidstoetsing waartoe Richtlijn 93/13 verplicht, *minder* streng uit te voeren op grond van de wijze waarop bedingen als de wijzigingsbedingen traditioneel in Nederland werden beoordeeld, en (ii) dat de rechter bij de oneerlijkhedenbeoordeling rekening mag houden met het bestaan van uitoefeningscontrole in Nederland.¹⁶ De achtergrond van deze klachten is dat wijzigingsbedingen in het Nederlandse recht traditioneel als geldig zijn aangemerkt, en de controle van wijzigingsbedingen in de praktijk veelal plaats vond via de uitoefeningstoets (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁷

De Hoge Raad toont zich een ware Europeaan en verwerpt deze op Nederlandse rechtstradities gestoelde klachten.¹⁸ Deze Europese *mindset* blijkt natuurlijk ook al uit het eerder gememoreerde feit dat de Hoge Raad rechtstreeks toetst aan Richtlijn 93/13 en nog nauwelijks acht slaat op de Nederlandse implementatie daarvan (zie § 3, *in fine*, hierboven). Hoe dan ook, de onder (i) hierboven weergegeven klacht wordt zonder nadere motivering verworpen. Deze klacht 'faalt' eenvoudigweg. Ter onderbouwing had de Hoge Raad eventueel nog kunnen wijzen op het minimumharmonisatiekarakter van Richtlijn 93/13, zodat het nationale recht dus niet *minder* streng (maar wel *strenger*) mag zijn dan de richtlijn.¹⁹

De verwerping van de hierboven onder (ii) weergegeven klacht wordt wel uitgebreid gemotiveerd. Bij de oneerlijkhedenbeoordeling mag naar het oordeel van de Hoge Raad geen rekening worden gehouden met het bestaan van uitoefeningscontrole in Nederland. Richtlijn 93/13 verplicht de lidstaten volgens artikel 7, lid 1, in verbinding met de laatste overweging van de considerans, in doeltreffende en geschikte middelen te voorzien 'om een eind te maken aan

het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers'. Met deze doelstelling is onverenigbaar dat de rechter de bevoegdheid zou hebben om de inhoud van oneerlijke bedingen te *herzien*. Dit zou anders ertoe kunnen bijdragen dat de afschrikkende werking teniet wordt gedaan die voor gebruikers van de bedingen daarin besloten ligt dat dergelijke oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument.²⁰ Eveneens is met deze doelstelling, en met het in (in art. 5 Richtlijn 93/13/art. 6:238 lid 2 BW vervatte) transparantievereiste (zie daarover onder (iii) hierna), onverenigbaar dat een beding niet oneerlijk wordt geoordeeld omdat het buiten toepassing gelaten kan worden als een beroep op het beding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²¹

Het vorenstaande laat naar het oordeel van de Hoge Raad onverlet dat, indien een beding *niet* oneerlijk is bevonden, bij de toepassing ervan zo nodig kan worden onderzocht of het beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²²

(3) De rol van het transparantievereiste

De Bank wijst er voorts op dat het hof de bedingen taalkundig duidelijk heeft geacht, maar heeft geoordeeld dat zij niet helder waren in hun begrenzing en onvoldoende kenbaar waren. Volgens de Bank heeft het hof een onjuiste invulling gegeven aan het transparantievereiste.²³

Gedragsregels

Meer in het bijzonder klaagt de Bank erover dat het hof heeft miskend dat er in de jaren 2005-2009 geen gedragsregel bestond die een kredietverstrekker ertoe verplichtte informatie te verstrekken over de verschillende bestanddelen van het rentetarief. Het hof mocht het nalaten van de Bank om een dergelijke specificatie te geven niet (mede) ten grondslag leggen aan zijn oordeel dat de wijzigingsbedingen onvoldoende transparant zijn.²⁴

Was een open formulering onvermijdelijk?

De Bank voert voorts aan dat het hof de juistheid in het midden heeft gelaten van de stelling van de Bank dat,

'omdat de oorzaken voor het aanpassen van de opslag zeer divers zijn, een open formulering van de Wijzigingsbedingen onvermijdelijk is en dat een specificatie van de gronden voor wijziging en een opgave van de wijze waarop de opslag kan worden gewijzigd de leningnemer geen beter inzicht zou geven in de risico's dat en de mate waarin de opslag kan worden gewijzigd'.

In het licht van die stelling is het oordeel van het hof volgens de Bank onjuist of onbegrijpelijk.²⁵

15 R.o. 4.1.1, 4.1.2 en 3.2.1. De Hoge Raad verwijst in r.o. 3.2.1 naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriuc/Banca Românească*), punt 54; HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, (*Radlinger/Finway*), punt 95 en HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, r.o. 3.3.3.

16 R.o. 4.1.4.

17 Zie nader de conclusie van A-G Wissink d.d. 5 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:346, onder nr. 4.30 (met verdere verwijzingen).

18 R.o. 4.1.4.

19 Zie over het minimumharmonisatie-karakter van Richtlijn 93/13 expliciet de twaalfde overweging van de considerans.

20 De Hoge Raad verwijst in r.o. 3.5. naar HvJ EU

21 december 2016, C-154-15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (Spaanse *floor clauses*/bodemrentebedingen), punten 56-61.

22 R.o. 3.5, 1e alinea.

23 R.o. 4.2.1.

24 R.o. 4.2.2.

25 R.o. 4.2.2.

Niet van belang of wijzigingsbedingen in de offerte waren vermeld?

De Bank betoogt ook dat het hof niet van belang mocht achten of de wijzigingsbedingen al dan niet in de offerte zijn vermeld.²⁶

Oordeel van de Hoge Raad

Wat vindt de Hoge Raad van dit alles? Volgens de Hoge Raad houdt het op dit punt relevante oordeel van het hof het volgende in. De wijzigingsbedingen maken op geen enkele wijze duidelijk hoe de opslag is vastgesteld en onder welke omstandigheden en volgens welke mechanismen de opslag kan worden gewijzigd. De Bank had daarover ten tijde van het aangaan van de overeenkomst meer informatie kunnen geven, zodat de leningnemer (beter) in staat zou zijn de economische gevolgen te voorzien die voor hem uit het wijzigingsbeding voortvloeien. Omdat de Bank dit heeft nagelaten, voldoen de bedingen niet aan het transparantievereiste. Dat de formulering van de bedingen noodzakelijkerwijs open is, omdat de toepassing ervan uiteindelijk afhangt van de oorzaken die in het concrete geval tot de wijziging aanleiding geven, doet niet af aan de mogelijkheid bij het aangaan van de overeenkomst meer informatie te geven. De Bank kan en moet vervolgens bij toepassing van het beding de reden voor de wijziging nader toelichten en specificeren.²⁷

Dit oordeel, dat erop neerkomt dat de Bank ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in ieder geval zoveel duidelijkheid had moeten verschaffen als mogelijk was, gaat naar het oordeel van de Hoge Raad uit van een juiste opvatting over het transparantievereiste.²⁸

Dat de voor banken en andere kredietverstrekkers geldende gedragsregels destijds niet in het algemeen ertoe verplichtten informatie te verschaffen over de opbouw van het rentetarief, betekent, anders dan de Bank veronderstelt, niet dat de Bank die informatie ook niet behoefde te verschaffen indien dit nodig was om de leningnemer bij het aangaan van de overeenkomst voldoende voor te lichten in verband met het transparantievereiste.²⁹

Het type gedragsregels waar de Hoge Raad op doelt zijn vandaag de dag hoofdzakelijk opgenomen in het financieel toezichtrecht en soms in het BW.³⁰ Het financieel toezichtrecht is in Nederland voor het overgrote deel te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en lagere regelgeving. Veelal vormt het de implementatie van Europese regels voor de financiële sector. Deels is het ook opgenomen in rechtstreeks werkende Europese verordeningen. Banken en andere financiële instellingen zijn langs deze weg onderworpen aan gedetailleerde informatieplichten (en tal van andere gedragsregels). De onderhavige uitspraak leert ons dat civiele rechters aan deze gedetailleerde informatieplichten soms via de achterdeur van het transparantievereiste in feite terugwerkende kracht kunnen toekennen. Banken en andere financiële instel-

lingen doen er dus goed aan zich niet blind te staren op de naleving van het financieel toezichtrecht. Zij moeten zich ook steeds de vraag stellen of een standaardbeding in een financieel contract met een consument de toets van het transparantievereiste wel kan doorstaan. Het enkele feit dat de gedragsrechtelijke informatieplichten zijn nageleefd biedt hiervoor niet per se een garantie. Hoe dan ook, als blijkt dat het transparantiebeginsel is geschonden, dan kan dit ertoe leiden dat het beding oneerlijk en dus vernietigbaar is (zie hierna onder het kopje *Heeft schending van het transparantievereiste altijd tot gevolg dat het betreffende beding oneerlijk is?*).

De klacht van de Bank dat het hof niet van belang mocht achten of de wijzigingsbedingen al dan niet in de offerte zijn vermeld, gaat naar het oordeel van de Hoge Raad uit van een onjuiste rechtsopvatting. De wijze waarop een wijzigingsbeding is overeengekomen, is een omstandigheid die kan meewegen bij het beoordelen van de mogelijke oneerlijkheid van het beding.³¹ Ook op dit punt vangt de Bank dus bot.

Alle wijzigingsbedingen ten onrechte over een kam geschoren?

Ook klaagt de Bank dat het hof ten onrechte alle wijzigingsbedingen over een kam heeft geschoren. Deze klacht slaagt voor het hierboven in § 2 onder (v) (e) vermelde wijzigingsbeding. Bij het gebruik van dat beding is de bevoegdheid de opslag te wijzigen immers in de offerte zelf vermeld. De klacht slaagt ook voor het hierboven in § 2 onder (v) (a) vermelde wijzigingsbeding. Dit beding was opgenomen in een bijlage bij de offerte. Het hof heeft onvoldoende gemotiveerd in welk opzicht het onderscheid tussen de offerte en de bijlage daarbij van belang is voor de kenbaarheid van het beding. De klacht faalt voor de overige wijzigingsbedingen. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof over die bedingen heeft overwogen dat het wijzigingsbeding niet in de offerte zelf was opgenomen. Ten aanzien van het hierboven in § 2 onder (v) (d) vermelde beding, waarin staat vermeld dat de Bank bevoegd is het rentepercentage te wijzigen indien de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt haar daartoe aanleiding geeft, is, anders dan het onderdeel betoogt, evenmin onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat daaruit voor leningnemers niet duidelijk bleek dat met het rentepercentage de opslag werd bedoeld, en niet het Euribortarief.³²

Heeft schending van het transparantievereiste altijd tot gevolg dat het betreffende beding oneerlijk is?

Omdat het principale cassatieberoep van de Bank deels slaagt (zie hierboven), moet het voorwaardelijk door de Stichtingen ingestelde incidentele cassatiemiddel worden onderzocht.³³ De Stichtingen betogen dat het hof heeft miskend dat schending van het transparantievereiste van Richtlijn 93/13 en artikel 6:238 lid 2 BW op zichzelf al tot

26 R.o. 4.2.4.

27 R.o. 4.2.3, 1e alinea.

28 R.o. 4.2.3, 2e alinea, 1e zin.

29 R.o. 4.2.3, 2e alinea, 2e zin.

30 Denk aan art. 7:61 lid 2 BW voor consumptief krediet. Voor alle duidelijkheid, titel 7.2A BW (waarin art. 7:61 BW is opgenomen) is niet van toepassing op hypothecair krediet, zie art. 7:58

lid 2 sub (a) BW.

31 R.o. 4.2.5.

32 R.o. 4.2.6.

33 R.o. 5.1.

gevolg heeft dat het beding oneerlijk is en geen rechtsgevolg moet hebben. In ieder geval heeft het hof miskend dat schending van het transparantievereiste al (een gezichtspunt) van doorslaggevende betekenis moet of kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk wordt beschouwd, aldus de Stichtingen.³⁴

Naar het oordeel van de Hoge Raad berust het onderdeel op een onjuiste rechtsopvatting voor zover het betoogt dat de enkele schending van het transparantievereiste van doorslaggevende betekenis is, en tot gevolg heeft dat een beding oneerlijk is. Het faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag voor zover het erop berust dat schending van het transparantievereiste onder omstandigheden een beslissend gezichtspunt kan zijn bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding. Het hof heeft dit laatste namelijk niet miskend.³⁵

Dat het onderdeel van de Stichtingen berust op een onjuiste rechtsopvatting voor zover het betoogt dat de enkele schending van het transparantievereiste van doorslaggevende betekenis is, en tot gevolg heeft dat een beding oneerlijk is, motiveert de Hoge Raad als volgt. Volgens artikel 5 Richtlijn 93/13 en artikel 6:238 lid 2 BW moeten schriftelijke bedingen in overeenkomsten met consumenten steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is het voor een consument van wezenlijk belang dat hij, vóór sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van die overeenkomst. Hij zal met name op basis van de aldus verkregen informatie beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de wederpartij van de consument tevoren heeft vastgelegd.³⁶

Beslissend is of de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument. Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13 brengt mee dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat. Het gebiedt onder meer dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, kan inschatten.³⁷

Volgens de rechtspraak van het HvJ EU is een gebrek aan transparantie een omstandigheid die *moet* meewegen bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding. Het enkele gebrek aan transparantie van een beding *kan* leiden tot het oordeel dat het beding oneerlijk is.³⁸ Bij wijzigingsbedingen staat tegenover het rechtmatige belang van de wederpartij van de consument om zich in te dekken tegen een wijziging in de omstandigheden, het even

rechtmatige belang van de consument om te weten, en dus te kunnen voorzien, wat de gevolgen van een dergelijke wijziging voor hem in de toekomst zullen zijn.³⁹ Daarom is bij de beoordeling van de transparantie en van de oneerlijkheid onder meer van bijzonder belang of het beding de redenen voor en de wijze van wijziging specificceert.⁴⁰

Ik lees dit als volgt. Als eenmaal vaststaat dat het transparantievereiste geschonden is, betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat het betreffende standaardbeding hierdoor ook oneerlijk is. Bij de oneerlijkheidstoetsing moeten immers *alle* ten tijde van de contractsluiting relevante omstandigheden van het geval worden meegewogen (zie § 5 (i) hierboven). Na weging van al deze relevante omstandigheden *kan* de uitkomst zijn dat het betreffende standaardbeding oneerlijk is, en dat de schending van het transparantievereiste al met al een beslissend gezichtspunt oplevert.

Hoe de weging van alle relevante omstandigheden ten tijde van de contractsluiting in de onderhavige zaak na verwijzing zal uitpakken moet worden afgewacht. Zoals hierboven al werd opgemerkt (zie § 5 (i)), is de Hoge Raad het eens met de Bank dat het hof ten onrechte niet in zijn oneerlijkebeoordeling heeft betrokken (i) dat de leningnemer zijn Euribor-lening gedurende de looptijd vrijwel in alle gevallen zonder kosten mocht omzetten in een andere rentevorm en (ii) dat hij zijn lening op ieder moment zonder significante kosten geheel of gedeeltelijk kon aflossen. Het Haagse verwijzingshof zal deze aspecten dus in de oneerlijkebeoordeling moeten betrekken. De Stichtingen zullen het ongetwijfeld niet nalaten deze stellingen van de Bank te betwisten, bijvoorbeeld door te stellen (a) dat het voor consumenten praktisch gesproken helemaal niet zo eenvoudig is om hun hypothecaire Euribor-leningen om te zetten naar een andere rentevorm; (b) dat we van consumenten niet mogen verwachten dat zij het initiatief nemen om over te gaan op een andere rentevorm; en (c) dat omzetting in de praktijk niet kosteloos is en hieraan (verborgen) kosten verbonden zijn. Het lijkt me al met al nog geen gelopen race voor de Bank dat de wijzigingsbedingen niet oneerlijk zijn en dus in stand kunnen blijven.

(4) De rol van artikel 6:248 en artikel 6:258 BW

Terug naar de cassatieklachten van de Bank. De Bank keert zich ook tegen de wijze waarop het hof binnen het kader van de oneerlijkheidstoetsing heeft onderzocht wat de positie van de leningnemers zou zijn geweest als *geen* wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen. De Bank voert aan dat het hof daarbij geen, of slechts weinig betekenis had mogen toekennen aan artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden).⁴¹

34 R.o. 5.2.1.

35 R.o. 5.2.2.

36 R.o. 3.4, 1e alinea.

37 R.o. 3.4, 2e alinea, alwaar de Hoge Raad verwijst naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (*Andriuc / Banca Românească*), punten 44-48; HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11,

ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*), punt 43 e.v.

38 De Hoge Raad verwijst op dit punt naar HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (*Ver-in für Konsumenteninformation / Amazon*), punt 68.

39 De Hoge Raad verwijst op dit punt naar HvJ EU

21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (*RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*), punt 53.

40 De Hoge Raad verwijst op dit punt naar HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Nemzeti / Invitel*), punt 31. Zie voor dit alles r.o. 3.4.

Naar het oordeel van de Hoge Raad faalt deze klacht. Om te bepalen of een beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht die zouden gelden als partijen op dit punt *geen* regeling zouden hebben getroffen. Indien de Bank met de leningnemers *geen* wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen, zou zij om de opslag te wijzigen een beroep hebben moeten doen op artikel 6:248 BW of artikel 6:258 BW. Het hof heeft dan ook terecht deze bepalingen in de beoordeling betrokken.⁴²

De Hoge Raad bedoelt hiermee tot uitdrukking te brengen dat de nationale regels van aanvullend recht van belang zijn voor het toetsingskader van de onredelijk bezwarendheid. Dat wil zeggen: als een beding flink afwijkt van aanvullend recht, dan neemt de kans navenant toe dat het onredelijk bezwarend is.

(5) *De betekenis van punt 1.j) en punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage van Richtlijn 93/13*

De Bank klaagt voorts dat het hof de Bijlage van Richtlijn 93/13 onjuist heeft toegepast door de oneerlijkheid van het wijzigingsbeding te laten afhangen van de concrete toepassing ervan, en daarbij ook wijzigingen van *na* het aangaan van de overeenkomst te betrekken.⁴³

Punt 1.j) van de Bijlage bij Richtlijn 93/13 vermeldt op de indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, het beding dat tot doel of tot gevolg heeft de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. Volgens punt 2.b), eerste alinea, staat punt 1.j) 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.⁴⁴

De uitzondering van punt 2.b), eerste alinea, kan naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders worden begrepen, dan dat zij eisen stelt aan de *inhoud* van de overeengekomen wijzigingsbevoegdheid. Het komt volgens de rechtspraak van het HvJ EU bij het beoordelen van de oneerlijkheid van een beding immers aan op het moment waarop de betrokken overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden (zie § 5 (i) hierboven). Daarmee verdraagt zich niet dat de geldigheid van het beding, onafhankelijk van de inhoud daarvan, bepaald zou worden door de concrete toepassing daarvan in de toekomst. Het zou ook onwenselijk zijn dat de geldigheid van het beding van de onzekere toepassing ervan zou

afhangen. Waar het om gaat is of het beding voldoende verzekert dat de consument – indien al toelaatbaar is dat bij het aangaan van de overeenkomst geen inzicht in de wijzigingsgronden is gegeven – in geval van een wijziging tijdig over de informatie kan beschikken die hij nodig heeft om op de meest geëigende wijze op zijn nieuwe situatie te reageren.⁴⁵

Punt 2.b), eerste alinea, moet naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook aldus worden gelezen, dat de voorwaarden die daarin zijn genoemd, *in de overeenkomst* moeten zijn vastgelegd. Indien dat niet is gebeurd, kan op de uitzondering geen beroep worden gedaan. Indien de voorwaarden wel in het beding zijn vastgelegd, maar daaraan bij de toepassing van het beding geen gevolg wordt gegeven, raakt dit niet het oordeel over de oneerlijkheid van het beding.⁴⁶

In het midden kan blijven of het hof het voorgaande heeft miskend, zoals de Bank betoogt. Na verwijzing zal het hof Den Haag, met inachtneming van hetgeen de Hoge Raad hierover heeft overwogen (zie de vorige twee alinea's), immers opnieuw moeten onderzoeken of het wijzigingsbeding oneerlijk is.⁴⁷

De bank klaagt ook dat het hof in punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage bij Richtlijn 93/13 ten onrechte de voorwaarde heeft gelezen dat er een geldige reden voor de wijziging moet zijn. Volgens het onderdeel ziet het vereiste van een geldige reden op het zonder opzegtermijn (voor-aankondiging) doorvoeren van de wijziging.⁴⁸

De vraag of punt 2.b), eerste alinea, op zichzelf beschouwd een geldige reden vereist om de wijziging door te voeren zonder een vooraankondiging te doen, behoeft naar het oordeel van de Hoge Raad geen beantwoording. Het samenstel van de punten 1.j) en 2.b), eerste alinea, stelt buiten twijfel dat een wijzigingsbeding alleen toelaatbaar is als het voor de wijziging als zodanig een geldige reden verlangt, en dat een beding dat zou toelaten zonder geldige reden een wijziging door te voeren, onder de indicatieve lijst valt. Het hof heeft dus terecht voor de oneerlijkheidsbeoordeling relevant geacht of voor de wijziging een geldige reden werd vereist. De klacht faalt.⁴⁹

(6) *Oneerlijkheidstoetsing & inconsistente toelichting op de opslagverhogingen in de procedure*

Het hof overweegt dat de Bank in deze procedure een inconsistente toelichting op de opslagverhogingen heeft gegeven. Volgens de Bank is dat oordeel onbegrijpelijk en is het hof ten onrechte voorbijgegaan aan essentiële stellingen van de Bank.⁵⁰

In reactie op deze klacht memoreert de Hoge Raad dat het in de onderhavige cassatieprocedure gaat om de vraag of de wijzigingsbedingen onredelijk bezwarend (oneerlijk) zijn. Voor beantwoording daarvan is niet van belang welke concrete redenen de Bank tijdens de procedure – dus *achteraf* – voor de wijzigingen heeft gegeven,

41 R.o. 4.3.1.

42 R.o. 4.3.2

43 R.o. 4.4.2.

44 R.o. 4.4.3, 1e alinea.

45 R.o. 4.4.3, 2e alinea.

46 R.o. 4.4.3, 3e alinea, en r.o. 3.5.

47 R.o. 4.4.3, 4e alinea.

48 R.o. 4.4.4, 1e alinea.

49 R.o. 4.4.4, 2e alinea.

50 R.o. 4.5.1.

aangezien voor de oneerlijkheidsbeoordeling bepalend is wat ten tijde van het sluiten van de betrokken overeenkomst kenbaar was. De tijdens de procedure door de Bank aangevoerde redenen voor de wijzigingen kunnen wel meewegen bij een oordeel over de onaanvaardbaarheid van een beroep op een beding dat niet oneerlijk is bevonden (zie § 5 (ii), *in fine*, hierboven). Het betoog van de Bank dat het wijzigingsbeding bij een hypothecaire Euribor-lening economisch noodzakelijk is, en dat dit beding, wanneer het wordt gezien in samenhang met het recht van de leningnemer om de lening boetevrij af te lossen of om te zetten naar een andere rentevorm, niet oneerlijk is, zal na verwijzing in verband met de oneerlijkheidstoetsing nog aan de orde kunnen komen (zie § 5 (iii), *in fine*, hierboven).⁵¹

Over de economische noodzaak van wijzigingsbedingen in hypothecaire Euribor-leningen merk ik het volgende op. Banken moeten zonder enige twijfel opereren in moeilijke marktomstandigheden: (i) zij worden geconfronteerd met steeds strengere toezichtreggeving die aanzienlijke nalevingskosten meebrengt (denk bijvoorbeeld aan de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en strengere kapitaaleisen uit hoofde van de Capital Requirements Directive (CRD IV) en de Capital Requirements Regulation (CRR)⁵²); (ii) de concurrentie die banken ondervinden van andere marktpelers is fors toegenomen (denk aan FinTech-bedrijven zoals alternatieve betaaldienstverleners die dankzij de Payment Services Directive 2 (PSD2) thans eenvoudiger kunnen concurreren met banken⁵³); (iii) een historisch lage rente die op korte termijn vermoedelijk niet gaat stijgen. Tegen de achtergrond van deze en andere (bijvoorbeeld geopolitieke en Brexit-)ontwikkelingen menen banken ongetwijfeld dat het niet onredelijk was en is dat zij zich bedienen van wijzigingsbedingen. Ik vermoed evenwel dat het Haagse verwijzingshof van dit soort argumenten niet per se onder de indruk zal zijn. Want of deze argumenten nu wel of geen hout snijden, wat de banken in dezen toch vooral wordt verweten is dat zij deze en andere ten tijde van de contractsluiting al bekende en/of denkbare redenen niet goed over het voetlicht hebben gebracht terwijl dat wel tot op zekere hoogte had gekund. Als het wel had gekund, waarom hebben de banken dit dan niet gedaan? Ik zie minstens twee verklaringen. (1) De bankensector is zich lange tijd onvoldoende bewust geweest van de dreiging die uitgaat van Richtlijn 93/13 omdat men vooral doende was met de naleving van de nimmer aflatende stroom van nieuwe Europese en nationale toezichtreggeving. (2) In de opslag zitten in de regel een of meer elementen verscholen ter ondersteuning van het verdienmodel van banken, en banken willen dat model liever niet aan het publiek, hun toezichthouders en elkaar bekend maken.

6 Slotsom

De Hoge Raad heeft een principieel arrest gewezen over de toetsing van onredelijk bezwarende (oneerlijke) standaardbedingen in financiële en andere contracten met consumenten.

De *mindset* van de Hoge Raad lijkt steeds Europees te worden. De Hoge Raad toetst rechtstreeks aan Richtlijn 93/13 en slaat nog nauwelijks acht op de Nederlandse implementatie daarvan. In lijn met deze Europese *mindset* maakt de Hoge Raad nog maar eens duidelijk dat de oneerlijkheidstoets een waarlijk Europese toets is en dat voor Nederlandse rechtstradities die hiermee strijdig zijn, geen plaats is. Het staat de Nederlandse rechter dus niet vrij de oneerlijkheidsbeoordeling waartoe Richtlijn 93/13 verplicht, *minder* streng uit te voeren op grond van de wijze waarop bedingen als de wijzigingsbedingen traditioneel in Nederland werden beoordeeld. De rechter mag bij de oneerlijkheidsbeoordeling evenmin rekening houden met het bestaan van uitoefeningscontrole via de Nederlandse redelijkheid en billijkheid.

Het arrest maakt ook duidelijk welke rol het transparantievereiste speelt bij de oneerlijkheidstoets. Als vaststaat dat het transparantievereiste geschonden is, betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat het betreffende standaardbeding ook oneerlijk is. Bij de oneerlijkheidsbeoordeling moeten immers *alle* ten tijde van de contractsluiting relevante omstandigheden worden meegewogen. Na weging van al deze relevante omstandigheden *kan* de uitkomst zijn dat het betreffende standaardbeding oneerlijk is, en dat de schending van het transparantievereiste al met al een beslissend gezichtspunt oplevert. Hoe de weging van alle relevante omstandigheden ten tijde van de contractsluiting in de onderhavige zaak na verwijzing zal uitpakken moet worden afgewacht. Het lijkt me in ieder geval nog geen gelopen race voor de Bank dat de wijzigingsbedingen niet oneerlijk zijn en dus in stand kunnen blijven.

Vooraf interessant voor de beoefenaren van het financieel recht is tot slot dat civiele rechters aan de gedetailleerde informatieplichten waaraan banken en andere financiële instellingen gebonden zijn uit hoofde van het financieel toezichtrecht (en in bepaalde gevallen uit hoofde van het BW⁵⁴) soms via de achterdeur van het transparantievereiste in feite terugwerkende kracht kunnen toekennen. Banken en andere financiële instellingen doen er dus goed aan zich niet blind te staren op de naleving van het financieel toezichtrecht. Zij moeten zich ook steeds de vraag stellen of een standaardbeding in een financieel contract met een consument de toets van het transparantievereiste wel kan doorstaan. Het enkele feit dat de gedragsrechtelijke informatieplichten (zoals opgenomen in het financieel toezichtrecht of in het BW) zijn nageleefd biedt hiervoor niet per se een garantie. En als blijkt dat het transparantiebeginsel is geschonden, dan *kan* dit ertoe leiden dat het beding oneerlijk en dus vernietigbaar is. ■

51 R.o. 4.5.2, 3.2.1, 4.1.3.

52 Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV); Verordening (EU) 575/2013 (CRR).

53 Richtlijn (EU) 2015/2366.

54 Denk aan art. 7:61 lid 2 BW voor consumptief krediet. Voor alle duidelijkheid, titel 7.2A BW

(waarin art. 7:61 BW is opgenomen) is niet van toepassing op hypothecair krediet, zie art. 7:58 lid 2 sub (a) BW.