

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 18/01151

Datum 22 november 2019

ARREST

In de zaak van

ABN AMRO BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna: ABN AMRO,
advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

tegen

1. STICHTING SDB,
gevestigd te Stichtse Vecht,
 2. STICHTING EURIBAR,
gevestigd te Leiden,
- VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: de Stichtingen,
advocaat: mr. D. Rijpma.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaken C/13/547469/HA ZA 13-831 en C/13/547735/ HA ZA 13-846 van de rechtbank Amsterdam van 8 januari 2014 en 11 november 2015;
- b. het arrest in de zaken 200.186.926/01 en 200.187.018/01 van het gerechtshof Amsterdam van 19 december 2017.

ABN AMRO heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. De Stichtingen hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging en tot verwijzing, en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot verwerping

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

- 2.1 Deze zaak betreft 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 Euribortarief) 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/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn 93/13).¹
- 2.2 De relevante bepalingen 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 reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen;

(...)

¹ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PbEG 1993, L 95/29.

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 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. (...)"

Art. 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. (...)"

2.3 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2. Deze komen, samengevat weergegeven, op het volgende neer.

- (i) 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: Euriborhypotheken).
- (ii) Fortis is in 2010 gefuseerd met ABN AMRO. Alle rechten en verplichtingen uit de door Fortis verstrekte Euribor-hypotheken zijn toen op ABN AMRO overgegaan.
- (iii) De Euribor-hypotheken 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-hypotheken 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 Woninghypotheken (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.”

Een overzicht van de verschillende manieren waarop de wijzigingsbevoegdheid werd vormgegeven, is te vinden in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.12 tot en met 2.22.

- (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.
- (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) De Stichtingen behartigen onder meer de belangen van leningnemers met betrekking tot hun Euribor-hypotheek.

- 2.4 De Stichtingen komen in deze collectieve procedure op grond van art. 3:305a BW op tegen de inhoud en toepassing van de wijzigingsbedingen.
- 2.5 De rechtbank heeft geoordeeld dat de hiervoor in 2.3 onder (v) genoemde wijzigingsbedingen in overeenkomsten tussen ABN AMRO en leningnemers onredelijk bezwarend zijn.² Zij 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.
- 2.6 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.³ Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daaraan het volgende ten grondslag gelegd.

² Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848.

³ Hof Amsterdam 19 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248.

Juridisch kader

De wijzigingsbedingen vallen onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13. De leningnemers zijn consumenten. De wijzigingsbedingen zijn geen kernbedingen en daarover is niet afzonderlijk onderhandeld.

De wijzigingsbedingen zijn geen bedingen die worden aangemerkt als onredelijk bezwarend (art. 6:236 BW) of die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW). Een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen wordt wel aangemerkt als onredelijk bezwarend, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden (zie art. 6:236, aanhef en onder i, BW).

ABN AMRO heeft betoogd dat de rechtbank heeft miskend dat laatstgenoemde bepaling een beperkte strekking heeft en niet van toepassing is op de wijzigingsbedingen. ABN AMRO heeft geen belang bij dit betoog. De rechter moet het oneerlijke karakter van een dergelijk beding ambtshalve toetsen aan de open norm van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, is hij gehouden het beding te vernietigen. Het hof verwijst naar HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (Heesakkers/Voets). (rov. 3.5)

Een beding dat (uitsluitend) voorkomt op de lijst in de Bijlage bij Richtlijn 93/13 hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd. Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13. Het oordeel dat dit het geval is, heeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen en de wederzijds kenbare belangen van partijen en het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid. Het hof verwijst naar HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135 en HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769. (rov. 3.7)

Transparantievereiste

De wijzigingsbedingen geven ABN AMRO de bevoegdheid de opslag op het Euribortarief eenzijdig te wijzigen. De wijzigingsbevoegdheid is ongeclausuleerd. Voor de leningnemer was uit de offerte niet kenbaar dat het rentetarief naast het variabele Euribortarief ook afhankelijk was van een variabel opslagpercentage. In enkele offertes werd het opslagpercentage niet afzonderlijk vermeld, maar alleen een nominaal rentepercentage, zodat voor de leningnemer zelfs niet duidelijk was hoe hoog de opslag was. Op de website van de bank heeft tot en met het moment dat de Euribor-hypotheek uit de markt werd gehaald, informatie over Euriborhypotheeken gestaan. Daarin is niet vermeld dat de opslag kan worden gewijzigd. De leningnemers zijn bij het aangaan van de Euribor-hypotheek niet geïnformeerd over de verschillende kostencomponenten waaruit het gehanteerde opslagpercentage is opgebouwd, en dus ook niet over het aandeel van de verschillende kostencomponenten, waaronder de liquiditeitsopslag, in het opslagpercentage. Ook achteraf, in onderhavige procedure, geeft

ABN AMRO geen inzicht in de kostenopbouw van het bij aanvang gehanteerde opslagpercentage. (rov. 3.8)

De wijzigingsbedingen voldoen niet aan de in art. 5 Richtlijn 93/13 gestelde eisen van transparantie (en daarmee ook niet aan art. 6:238 lid 2 BW, dat een uitwerking is van art. 5 Richtlijn 93/13). In de wijzigingsbedingen en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is niet duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden en volgens welke mechanismen de opslag kan worden gewijzigd. Het gevolg daarvan is geweest dat de leningnemer niet op voorhand in staat is gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen te voorzien die voor hem uit het beding voortvloeien. Op het moment dat de leningnemers een Euribor-hypothek afsluiten, weten zij niet hoe de opslag tot stand komt en is samengesteld, en kunnen zij niet inschatten binnen welke bandbreedte de opslag kan bewegen. Ook is niet duidelijk wat het doel en de achtergrond van de wijzigingsbedingen is.

Op de bank rust de verplichting om de leningnemer vóór sluiting van de overeenkomst op duidelijke en begrijpelijke wijze te informeren over de (voornaamste) voorwaarden voor uitoefening van het recht op eenzijdige wijziging. Die verplichting is zij niet nagekomen. Dat geldt ook voor de zin "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", die in de leningdocumentatie (zie hiervoor in 2.3 onder (v)) is opgenomen. In de leningdocumentatie komt het woord 'opslag' niet voor, zodat voor de leningnemer niet duidelijk is dat met 'rentepercentage' niet het Euribortarief wordt bedoeld maar de opslag. Bovendien is het criterium 'de ontwikkelingen van de rente op de geld- en kapitaalmarkt' niet transparant.

ABN AMRO heeft betoogd dat de oorzaken voor het aanpassen van de opslag zeer divers zijn. Een open formulering van de wijzigingsbedingen is daarom onvermijdelijk. Een specificatie van de gronden voor wijziging en een opgave van de wijze waarop de opslag kan worden gewijzigd, zouden de leningnemer geen beter inzicht geven in het risico dat en de mate waarin de opslag kan worden gewijzigd. Wat daar verder van zij, dit neemt niet weg dat niet voldaan is aan het transparantievereiste. Voor dit soort onvoorzienbare situaties is punt 2.b), eerste alinea, in de Bijlage bij Richtlijn 93/13 opgenomen, namelijk dat ABN AMRO haar wijzigingsbevoegdheid alleen kan uitoefenen als zij zo spoedig mogelijk aan de klant daarvoor een geldige reden meedeelt. Bij die gelegenheid kan ABN AMRO, voor zover nodig, de reden voor de wijziging nader toelichten en specificeren. (rov. 3.9)

Strijd met goede trouw; aanzienlijke verstoring evenwicht

Het enkele feit dat niet voldaan is aan het transparantievereiste maakt de wijzigingsbedingen nog niet oneerlijk. In het kader van de beoordeling van het 'oneerlijke' karakter is van wezenlijk belang dat in dit geval niet voldaan is aan het transparantievereiste. Voorts is van belang dat, indien ABN AMRO de wijziging van de opslag niet was overeengekomen, zij op grond van de wettelijke regels (van aanvullend recht) van de (krediet)overeenkomst die bevoegdheid niet zou hebben, behoudens uitzonderlijke dan wel onvoorziene omstandigheden (art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:258 BW). De leningnemers worden door de wijzigingsbedingen derhalve in een juridisch minder gunstige positie geplaatst. ABN AMRO heeft onvoldoende toegelicht dat zij redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de leningnemers als gemiddeld geïnformeerde, omzichtige

en oplettende gewone consumenten de ongeclausuleerde wijzigingsbedingen zouden hebben aanvaard indien daarover afzonderlijk zou zijn onderhandeld. (rov. 3.10)

Dat met Euribortarieven geprofiteerd kan worden van rentedalingen neemt niet weg dat de leningnemer ook te maken kan krijgen met rentestijgingen. Bij het aangaan van de Euribor-hypotheek was de renteontwikkeling voor de leningnemers en de bank onzeker, zodat het huidige lage Euribortarief geen rol kan spelen bij de beoordeling of de wijzigingsbedingen oneerlijk zijn. Verder voert de bank aan dat sprake is van een laag (opslag)tarief omdat in het tarief geen extra rentekosten zitten die inherent zijn aan het vooraf verkrijgen van rentezekerheid. De bank licht echter niet toe hoe hoog die extra rentekosten destijds waren zodat het genoemde voordeel ten opzichte van de wijzigingsbedingen niet duidelijk is. Het verzuim om vóór sluiting van de overeenkomst over de reden voor en de wijze van aanpassing van de opslag informatie te verstrekken kan in beginsel niet worden goedge maakt door de omstandigheid dat de leningnemers, zoals de bank stelt, maar de stichtingen betwisten, kosteloos kunnen overstappen naar een andere bank. (rov. 3.11)

De rechtsgevolgen van art. 6:233, aanhef en onder a, BW en van art. 6:248 lid 2 BW kunnen niet naast elkaar worden ingeroepen. Daarom sluit ambtshalve toetsing aan art. 6:233, aanhef en onder a, BW toetsing aan het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW uit. (rov 3.12)

Dat, zoals de bank stelt, de leningnemers ook na de verhoging van de opslag nog steeds het laagste rentetarief betalen en dat de leningnemers door het accepteren van onzekerheid over de tariefhoogte gemiddeld gezien veel goedkoper uit zijn dan wanneer zij kiezen voor een vaste rente, is niet van belang. De (sterke) daling van het Euribortarief na het aangaan van de Euribor-hypotheek is een omstandigheid die niet ten voordele of ten nadele van de wijzigingsbedingen werkt. De oneerlijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. (rov. 3.13)

Uitzondering punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage

De Bijlage bij Richtlijn 93/13 biedt in afwijking van punt 1.j) de mogelijkheid dat de reden van de wijziging niet in de overeenkomst zelf wordt vermeld. Om een beroep op die uitzondering te kunnen doen, moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:

- het moet gaan om een wijziging van een rentevoet of een andere op de overeenkomst betrekking hebbende last;
- de bank moet het recht tot wijziging hebben bedongen;
- een wijziging moet geschieden op grond van een geldige reden;
- de afnemer moet zo spoedig mogelijk worden geïnformeerd;
- de afnemer heeft het recht onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen. (rov 3.14)

Aan de eerste twee voorwaarden voor toepasselijkheid van de uitzondering is voldaan. Het gaat in het onderhavige geval om de verhoging van een door de afnemer te betalen renteopslag, een wijziging van een op de financiële dienst betrekking hebbende last, en ABN AMRO heeft het recht tot wijziging bedongen. Vervolgens ligt de vraag voor of voldaan is aan de voorwaarde dat de reden die ABN AMRO voor de wijzigingen van de opslag heeft aangevoerd, een geldige reden is. Daarvan is sprake indien er, na beoordeling van de in geding zijnde belangen, een juridische voldoende zwaarwegende reden is om tot wijziging over te gaan, waarbij de reden in voldoende transparante vorm moet worden meegedeeld. (rov. 3.15 en 3.16)

In de brief waarin de verhoging van de opslag per 1 februari 2009 wordt aangekondigd, wordt als reden voor de verhoging van de opslag met 0,5% gegeven “de ontwikkelingen op de financiële markt”. De reden voor de opslagverhoging is niet voldoende transparant in de brief vermeld. Uit de brief wordt niet duidelijk welke ontwikkelingen op de financiële markt geleid hebben tot de opslagverhoging, met als gevolg dat niet kan worden nagegaan of de aangevoerde reden een geldige reden is.

In de brief van april 2012 wordt als reden voor de verhoging van de opslag vanaf juni 2012 met 1,0% gegeven: “Om u geld te kunnen lenen voor uw hypotheek, lenen wij zelf geld. Wij proberen dit zo goedkoop mogelijk te doen, zodat ook u zo min mogelijk betaalt. Doordat de economie de laatste jaren sterk veranderd is, is het voor ons al langere tijd duurder om geld te lenen. Onze kosten zijn hierdoor al langere tijd hoger dan de opslag die u betaalt. Omdat wij niet verwachten dat deze kosten snel lager worden zijn wij genoodzaakt om de opslag te verhogen”. De reden voor de opslagverhoging is voldoende transparant in de brief vermeld. Of sprake is van een juridisch voldoende zwaarwegende reden om tot een verhoging van de opslag met 1,0% over te gaan, kan echter niet worden vastgesteld, omdat de brief geen nadere informatie bevat. De niet-transparante wijzigingsbedingen bieden in dat verband geen houvast, omdat daarin geen informatie over het hoe en waarom van een opslagverhoging is opgenomen. Van belang is dat de verhogingen van 0,5% en 1,0% in vergelijking met de aanvankelijk gehanteerde opslag (van 0,5% voor NHG-hypotheek, 0,7% voor standaard-hypotheek en 1,0% voor top-hypotheek) aanzienlijk is, zeker indien daarbij in aanmerking wordt genomen dat de liquiditeitsopslag kennelijk maar één van de componenten is waaruit de opslag is opgebouwd. Over de componenten waaruit de opslag is opgebouwd, geeft de bank geen informatie. (rov. 3.17)

De toelichting die ABN AMRO in onderhavige procedure op de opslagverhogingen heeft gegeven, is niet consistent. (rov. 3.18)

De wijzigingsbedingen zijn op zichzelf genomen onvoldoende transparant. Voor zover al een onvoorziene situatie aan de orde is waarin ABN AMRO de reden voor de wijziging per brief zou kunnen meedelen, is de conclusie dat ABN AMRO in de brieven noch in de onderhavige procedure voldoende inzichtelijk heeft gemaakt dat verhoogde fundingkosten tot een verhoging van de opslag met 0,5% respectievelijk 1,0% van de Euribor-hypotheek dwongen. Dit betekent dat ABN AMRO geen beroep kan doen op de uitzondering van punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage, en dat de overige twee voorwaarden die aan de toepasselijkheid van de uitzondering worden gesteld, geen behandeling behoeven. (rov. 3.19)

3. Inleidende overwegingen

- 3.1.1 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.⁴
- 3.1.2 Bij de beoordeling van de middelen dient voorts het volgende tot uitgangspunt.

⁴ Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.1 en 4.2.

Oneerlijkheidstoetsing

- 3.2.1 Op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13 (zie hiervoor in 2.2) wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, 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. 4 lid 1 Richtlijn 93/13 bepaalt dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking worden genomen, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding moet dus worden uitgegaan van het moment waarop de betrokken overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de wederpartij van de consument op dat moment kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst, aangezien een contractueel beding een verstoring van het evenwicht tussen de contractspartijen in zich kan dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert.⁵
- Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding moet worden nagegaan wat het cumulatieve effect is van alle bedingen van de betrokken overeenkomst. Een dergelijke beoordeling is gerechtvaardigd, aangezien die bedingen in hun geheel moeten worden toegepast, ongeacht of de schuldeiser daadwerkelijk de volledige nakoming ervan nastreeft.⁶
- 3.2.2 Het HvJEU laat het aan de nationale rechter over om in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval te onderzoeken of een specifiek beding oneerlijk is als in Richtlijn 93/13 bedoeld.⁷ Naar Nederlands recht vindt dit onderzoek plaats in het kader van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Volgens deze bepaling is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.
- 3.2.3 Over het in dit verband te verrichten onderzoek, heeft de Hoge Raad in het arrest AOV-polis het volgende overwogen.⁸
- 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 wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke uit het geldende nationale recht voortvloeit. Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan al

⁵ HvJEU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc/Banca Românească), punt 54.

⁶ HvJEU 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, rov. 3.3.3.

⁷ Zie onder meer HvJEU 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), punt 22.

⁸ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800 (AOV-polis), rov. 3.8.2 en 3.8.3.

volgen uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien. (Zie onder meer HvJEU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz/Catalunyacaixa), punt 68, en HvJEU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado/Menéndez Álvarez), punten 22 en 23.)

Met betrekking tot de vraag in welke omstandigheden een aanzienlijke verstoring van het evenwicht 'in strijd met de goede trouw' wordt veroorzaakt, dient de nationale rechter na te gaan of de verkoper redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld. (Zie onder meer het hiervoor genoemde arrest in de zaak Aziz/Catalunyacaixa, punt 69.)

De Bijlage bij Richtlijn 93/13

- 3.3 Richtlijn 93/13 kent een Bijlage met een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (art. 3 lid 3 Richtlijn 93/13). De Bijlage noemt onder 1.j) het beding dat tot doel of 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) Bijlage staat punt 1.j), onder meer, "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."

Dat een beding voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13, leidt niet automatisch en op zichzelf tot de conclusie dat een beding een oneerlijk karakter heeft. Wel is dat een wezenlijk aspect waarop de rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren.⁹ Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval.¹⁰

Het transparantievereiste

- 3.4 Volgens art. 5 Richtlijn 93/13 en art. 6:238 lid 2 BW moeten schriftelijke 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, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van die overeenkomst. Hij zal met name op basis van de aldus verkregen informatie

⁹ HvJEU 26 april 2012, zaak C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (Nemzeti/Invitel), punt 26.

¹⁰ HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (SEBA/Amsterdam I), rov. 5.1.6.

beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de wederpartij van de consument tevoren heeft vastgelegd.

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.¹¹

Volgens de rechtspraak van het HvJEU 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.¹² 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.¹³ 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 specificiert.¹⁴

Herziening en uitvoeringscontrole

- 3.5 Richtlijn 93/13 verplicht de lidstaten volgens art. 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.¹⁵ Eveneens is met deze doelstelling, en met het transparantievereiste, 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.
- Het vorenstaande laat 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.

¹¹ Zie onder meer HvJEU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriciuc/Banca Românească), punten 44-48; HvJEU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen), punt 43 e.v.

¹² HvJEU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon), punt 68.

¹³ HvJEU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen), punt 53.

¹⁴ HvJEU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (Nemzeti/Invitel), punt 31.

¹⁵ HvJEU 21 december 2016, C-154-15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 (Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco e.a.), punten 56-61.

3.6 De Hoge Raad heeft in het arrest SEBA/Amsterdam I¹⁶ overwogen dat een beding dat voor de gemeente de bevoegdheid bevatte om algemene erfpachtvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, niet zonder meer onredelijk bezwarend was, omdat:

“onder meer de ratio en rechtvaardiging van, de voorwaarden voor en beperkingen op een dergelijke bevoegdheid kunnen meebrengen dat van die onredelijke bezwarendheid geen sprake is. In deze zaak is in dit verband onder meer van belang dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de Gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, dat het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid is om de voorwaarden na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de Gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Gelet op deze aspecten valt niet in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn.”

Deze uitspraak moet als volgt worden begrepen. Het wijzigingsbeding met betrekking tot de erfpachtvoorwaarden houdt al bij de totstandkoming beperkingen in van de bevoegdheid van de gemeente om de erfpachtvoorwaarden te wijzigen. Deze beperkingen liggen besloten in de rechtsverhouding tussen de burger en de gemeentelijke overheid, en zijn verbonden met de bijzondere positie van de gemeentelijke overheid en van het gemeentelijke erfpachtbeleid. Omdat de beperkingen in de rechtsverhouding zelf besloten liggen, kunnen zij bijdragen tot het oordeel dat het wijzigingsbeding in de erfpachtvoorwaarden niet onredelijk bezwarend is. Van belang daarbij is of voor de burger bij het aangaan van de overeenkomst met de gemeente duidelijk was (zie hiervoor in 3.4) dat het wijzigingsbeding als zodanig beperkingen inhoudt doordat (a) de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, (b) het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid is om de voorwaarden na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, (c) de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), (d) de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en (e) bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Uit de uitspraak mag niet worden afgeleid dat bij het oordeel of het beding onredelijk bezwarend is, acht mag worden geslagen op de omstandigheid dat de toepassing van het beding in een concreet geval kan worden getoetst aan redelijkheid en billijkheid of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie hiervoor in 3.5).

¹⁶ HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (SEBA/Amsterdam I), rov. 5.1.6.

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

- 4.1.1 Onderdeel A van het middel klaagt onder 1 dat het hof ten onrechte niet in zijn oneerlijkhedenbeoordeling heeft betrokken dat de leningnemer zijn Euribor-lening gedurende de looptijd vrijwel in alle gevallen zonder kosten mocht omzetten in een andere rentevorm en dat hij zijn lening op ieder moment zonder significante kosten geheel of gedeeltelijk kon aflossen.
- 4.1.2 Deze klacht is gegrond. Het hof heeft in rov. 3.1.5 vastgesteld dat de leningnemers steeds bevoegd waren de lening boetevrij af te lossen. Daarnaast volgt uit de weergave door het hof van de leningvoorwaarden in rov. 3.1.12 e.v. dat de leningnemers het recht hadden de lening om te zetten in een andere rentevorm, soms tegen een beperkte vergoeding. ABN AMRO 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 niet aan dit betoog voorbij mogen gaan, omdat het bij zijn beoordeling van de oneerlijkheid van het beding alle relevante omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst moest betrekken, en had moeten letten op het cumulatieve effect van alle bedingen van de betrokken overeenkomst (zie hiervoor in 3.2.1).
- 4.1.3 Het slagen van de klacht van onderdeel A.1 brengt mee dat ook de daarop voortbouwende klachten van de onderdelen B.2 (onder i), C (onder 4.51), en D (4.58-4.60) doel treffen. Als gevolg van een en ander moet na verwijzing opnieuw worden onderzocht, met inachtneming van alle relevante omstandigheden, of de wijzigingsbedingen oneerlijk zijn. Afgezien van hetgeen hierna in 4.1.4 wordt opgemerkt, behoeven de klachten van het principale middel die dit onderzoek betreffen (A.2, A.3, A.4, B.2.(i), B.4.(i), B.5, C (onder 4.53 tot en met 4.57), D (onder 4.60 (i) en (ii) en 4.63)), daardoor geen behandeling.
- 4.1.4 Opmerking verdient nog het volgende. Onderdeel A.4 faalt voor zover het (onder a) zou betogen dat het de rechter zou vrijstaan 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. Voor zover het (onder b) betoogt dat de rechter bij de oneerlijkhedenbeoordeling rekening mag houden met het bestaan van uitoefeningscontrole in Nederland, stuit het af op hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen.
- 4.2.1 Onderdeel B is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.8 en 3.9 dat de wijzigingsbedingen niet voldoen aan het transparantievereiste. Het wijst erop 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 het onderdeel heeft het hof een onjuiste invulling gegeven aan het transparantievereiste.
- 4.2.2 Onderdeel B bouwt deels voort op onderdeel A en is in zoverre hiervoor in 4.1.3 al aan de orde gekomen. Onderdeel B.1 bevat geen klacht. Onderdeel B.2 klaagt onder (ii) 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 ABN AMRO om een dergelijke specificatie te geven

niet (mede) ten grondslag leggen aan zijn oordeel dat de wijzigingsbedingen onvoldoende transparant zijn. Onder (iii) voert het onderdeel aan dat het hof in rov. 3.9 de juistheid in het midden heeft gelaten van de stelling van ABN AMRO 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 onjuist of onbegrijpelijk, aldus het onderdeel.

- 4.2.3 Het oordeel van het hof in rov. 3.8 en 3.9 houdt 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. ABN AMRO 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 ABN AMRO 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. ABN AMRO kan en moet vervolgens bij toepassing van het beding de redenen voor de wijziging nader toelichten en specificeren.
- Dit oordeel, dat erop neerkomt dat ABN AMRO ten tijde van het aangaan van de overeenkomst in ieder geval zoveel duidelijkheid had moeten verschaffen als mogelijk was, gaat uit van een juiste opvatting over het transparantievereiste. Dat de voor banken geldende gedragsregels destijds niet in het algemeen ertoe verplichtten informatie te verschaffen over de opbouw van het rentetarief, betekent, anders dan het onderdeel veronderstelt, niet dat ABN AMRO 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. Het oordeel van het hof is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De klachten falen.
- 4.2.4 Onderdeel B.4 is gericht tegen de overweging van het hof in rov. 3.8 en 3.9 dat de wijzigingsbedingen als zodanig voor de leningnemer uit de offerte niet kenbaar waren en tegen de wijze waarop het hof deze overweging in zijn afweging over de transparantie en de oneerlijkheid van de wijzigingsbedingen heeft betrokken.
- 4.2.5 Hiervoor in 4.1.3 is al overwogen dat onderdeel B.4.(i) geen behandeling behoeft. Voor zover onderdeel B.4.(ii) betoogt dat het hof niet van belang mocht achten of de wijzigingsbedingen al dan niet in de offerte zijn vermeld, gaat het 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 (zie hiervoor in 3.2.1).
- 4.2.6 Onderdeel B.4.(iii) klaagt dat het hof ten onrechte alle wijzigingsbedingen over een kam heeft geschoren. Deze klacht slaagt voor het hiervoor in 2.3 onder (v) onder (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 hiervoor in 2.3 onder (v) onder

(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 hiervoor in 2.3 onder (v) onder (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 was dat met het rentepercentage de opslag werd bedoeld, en niet het Euribortarief.

- 4.3.1 Onderdeel C heeft betrekking op de uitvoering van de oneerlijkheidstoets. Het is hiervoor in 4.1.3 deels gegrond bevonden en deels buiten behandeling gelaten. Het onderdeel is onder 4.52 verder gericht tegen de wijze waarop het hof heeft onderzocht wat de positie van de leningnemers zou zijn geweest als geen wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen. Het voert aan dat het hof daarbij geen, of slechts weinig betekenis had mogen toekennen aan art. 6:248 BW en art. 6:258 BW.
- 4.3.2 Deze klacht faalt. Zoals hiervoor in 3.2.3 is overwogen, moet om te bepalen of een beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, 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 ABN AMRO met de leningnemers geen wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen, zou zij om de opslag te wijzigen een beroep hebben moeten doen op art. 6:248 BW of art. 6:258 BW. Het hof heeft dan ook terecht deze bepalingen in de beoordeling betrokken.
- 4.4.1 Onderdeel D heeft betrekking op de overwegingen van het hof over de Bijlage bij Richtlijn 93/13. Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat de vermelding van een beding in de Bijlage slechts een indicatie is dat het beding oneerlijk is, dat het hof de oneerlijkheid van het beding had moeten onderzoeken voordat het aan toepassing van de uitzondering van punt 2.b, eerste alinea, van de Bijlage bij Richtlijn 93/13 toekwam, en dat het hof onvoldoende onderscheid maakt tussen gebrek aan transparantie en oneerlijkheid. Deze klacht bouwt in de kern voort op de klacht van onderdeel A.1, en is hiervoor in 4.1.3 al gegrond bevonden.
- 4.4.2 Onderdeel D klaagt onder 4.60 (iii) voorts dat het hof de Bijlage 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.
- 4.4.3 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.

De uitzondering van punt 2.b), eerste alinea, kan niet anders worden begrepen, dan dat zij eisen stelt aan de inhoud van de overeengekomen wijzigingsbevoegdheid. Het komt volgens de rechtspraak van het HvJEU 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 hiervoor in 3.2.1). 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 (zie hiervoor in 3.5). 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.¹⁷

Punt 2.b), eerste alinea, moet 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 (zie hiervoor in 3.5).

In het midden kan blijven of het hof in rov. 3.14 tot en met 3.19 het voorgaande heeft miskend, zoals het onderdeel betoogt. Na verwijzing zal, met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, opnieuw moeten worden onderzocht of het wijzigingsbeding oneerlijk is (zie hiervoor in 4.1.3).

4.4.4 Onderdeel D houdt onder 4.61 ook de klacht in 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 (vooraankondiging) doorvoeren van de wijziging.

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 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 oneerlijke beoordeling relevant geacht of voor de wijziging een geldige reden werd vereist. De klacht faalt.

4.5.1 Onderdeel E is gericht tegen rov. 3.18. Daarin overweegt het hof dat ABN AMRO in deze procedure een inconsistente toelichting op de opslagverhogingen heeft gegeven. Volgens het onderdeel is dat oordeel onbegrijpelijk en is het hof ten onrechte voorbijgegaan aan essentiële stellingen van ABN AMRO.

¹⁷ HvJEU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen), punt 53.

4.5.2 Het gaat in deze procedure in cassatie om de vraag of de wijzigingsbedingen onredelijk bezwarend (oneerlijk) zijn. Voor beantwoording daarvan is niet van belang welke concrete redenen ABN AMRO tijdens de procedure voor de wijzigingen heeft gegeven, aangezien bepalend is wat ten tijde van het sluiten van de betrokken overeenkomst kenbaar was (zie hiervoor in 3.2.1). De tijdens de procedure door ABN AMRO 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 hiervoor in 3.5). ABN AMRO heeft dan ook geen belang bij de klacht van onderdeel E. Het betoog van ABN AMRO dat het wijzigingsbeding bij een 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 hiervoor in 4.1.3).

4.6 De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

5.1 Omdat het principale beroep deels slaagt, moet het voorwaardelijk ingestelde incidentele middel worden onderzocht.

5.2.1 Onderdeel 2 van het middel betoogt dat het hof in rov. 3.10 heeft miskend dat schending van het transparantievereiste van Richtlijn 93/13 en art. 6:238 lid 2 BW op zichzelf al tot 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.

5.2.2 Het onderdeel 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 (zie hiervoor in 3.4). 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.

5.3 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden bij gebrek aan feitelijke grondslag (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.6). Na verwijzing kan zo nodig worden onderzocht of de wijzigingsbedingen moeten worden beschouwd als bedingen in de zin van art. 6:236, onder i, BW, hetgeen mede kan afhangen van de inhoud en strekking van de opslagclausule en de wijzigingsbedingen.

6. **Beslissing**

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 19 december 2017;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt de Stichtingen in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 973,19 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de Stichtingen in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 22 november 2019.

Ondertekening Arrest

ECLI:NL:HR:2019:1830

Handtekeningen

Tisseur, T.

Perron, mr. C.E. du


