

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-362
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. E.L.A. van Emden en mr. W.H.G.A. Filott
mpf, leden en mr. C.I.S. Dankelman-de Vogel, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 10 maart 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 14 juni 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Opslagwijzigingsbeding bij Euribor gerelateerde hypothecaire geldlening. Consument klaagt erover dat de Bank eenzijdig de aan hem in rekening gebrachte opslag op het Euribortarief heeft verhoogd. De Commissie oordeelt dat in het onderhavige opslagwijzigingsbeding en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie op geen enkele wijze duidelijk is gemaakt onder welke omstandigheden, volgens welke mechanismen en in welke mate de opslag kan worden gewijzigd. Consument is naar het oordeel van de Commissie derhalve niet op voorhand in staat gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit het beding voortvloeien te voorzien. De conclusie is dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is en moet worden vernietigd.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft ter financiering van een woning te Spanje op 11 april 2007 een hypothecaire geldlening afgesloten bij de Bank. Voor zover relevant is in de offerte opgenomen:

Omvang faciliteit	EUR 400.000
25-jarige euriborlening	EUR 400.000,-
<i>Opname</i>	
In één bedrag, uiterlijk op 01-07-2007.	
<i>Aflossing</i>	
In één bedrag op 01-07-2032.	
Tarieven	
<i>De 25-jarige euriborlening</i>	
- Rente	Eenmaands Euribor vermeerderd met een individuele opslag van 1,20% per jaar. Op basis van het voor de maand maart 2007 geldende Eenmaands Euribor bedraagt de rentevergoeding (inclusief de hiervoor vermelde individuele opslag) 4,945% per jaar.
<i>Rente op basis van Eenmaands Euribor</i>	
De rente wordt maandelijks achteraf voldaan, voor het eerst op de eerste dag van de kalendermaand volgende op de datum van opname van de euriborlening.	
De effectieve kredietvergoeding op basis van het voor de maand maart 2007 geldende Eenmaands Euribor bedraagt 5,10% per jaar.	

- 2.2 Voorts wordt de relatie tussen Consument en de Bank beheerst door de ABN AMRO Bepalingen van toepassing op Euriborleningen (voor particulieren) van juli 2006 (hierna: 'Voorwaarden').
- 2.3 Artikel 6 van de Voorwaarden (hierna: 'het beding') luidt:

“Herziening individuele opslag door ABN AMRO

De in de Kredietovereenkomst vastgelegde individuele opslag kan steeds per de eerste dag van een kalendermaand door ABN AMRO worden herzien. Indien ABN AMRO daartoe overgaat, zal zij de Kredietnemer ten minste tien Werkdagen voor de laatste dag van de lopende kalendermaand de individuele opslag, die met ingang van de opvolgende kalendermaand van kracht zal zijn, schriftelijk meedelen. De Kredietnemer is bij herziening van de individuele opslag bevoegd de EURIBOR lening op de eerste dag van een kalendermaand binnen een termijn van drie maanden na herziening van de individuele opslag in zijn geheel vervroegd terug te betalen. Ter zake van deze vervroegde aflossing is de Kredietnemer geen vergoeding verschuldigd als hierna bedoeld onder 7.”

- 2.4 De Bank heeft de opslag op het EURIBOR tarief in 2009 met 0,5% verhoogd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering, grondslag en argumenten daarvoor

- 3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld de opslag op het EURIBOR tarief te verlagen naar het niveau van 11 april 2007 en aan Consument de teveel betaalde rente vanaf de opslagverhoging in 2009 tot en met heden terug te betalen.
- 3.2 Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat het verhogen van de opslag op het EURIBOR tarief niet gerechtvaardigd is. Het beding is onredelijk bezwarend en Consument verwijst naar de uitspraak van 11 november 2015 van de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2015:7848).

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Ter beoordeling van de Commissie ligt de vraag voor of de Bank gerechtigd was de initieel overeengekomen opslag van 1,2% op het toepasselijke EURIBOR tarief te wijzigen door deze te verhogen met 0,5%.
- 4.2 Het beding waaraan de Bank de bevoegdheid tot wijziging van de opslag stelt te ontlenen is opgenomen in artikel 6 van de Voorwaarden.
- 4.3 Het is vaste Europese rechtspraak dat de nationale rechter ambtshalve het oneerlijke karakter toetst van bedingen die vallen binnen de reikwijdte van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 (hierna te noemen 'de Richtlijn') betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. ¹ Alleen bedingen waarover tussen partijen niet afzonderlijk is onderhandeld vallen onder deze richtlijn. Bovendien mag voornoemde toetsing niet zien op bedingen die de kern van de wederzijds te leveren prestaties bevatten (met uitzondering van onduidelijk en onbegrijpelijk geformuleerde kernbedingen). De plek waarin het beding is opgenomen, bijvoorbeeld de offerte of de algemene voorwaarden, kan een omstandigheid zijn die in dit kader meespeelt, maar is niet van doorslaggevend belang.
- 4.4 Het beding in kwestie ziet op de bevoegdheid van de Bank om een onderdeel van de vooraf vastgestelde prijs (de opslag) te wijzigen. Dit beding kan niet worden aangemerkt als kernbeding. Het beding regelt immers niet de prijs *zelf*, maar slechts de *mogelijkheid* om deze te wijzigen. Daarbij merkt de Commissie op dat een prijswijzigingsbeding, zoals het onderhavige, voorkomt op de zwarte lijst van artikel 6:236 i BW. Dit impliceert dat ook de wetgever bedingen als het onderhavige niet ziet als kernbedingen. ²
- 4.5 Daarnaast is de Commissie van oordeel dat niet is komen vast te staan, noch aannemelijk is gemaakt dat over het beding is onderhandeld.
- 4.6 De conclusie is dat het beding in kwestie valt onder de reikwijdte van de Richtlijn en dat de Commissie daarom het onredelijk bezwarend karakter van het beding ambtshalve zal toetsen.

Wettelijk kader

- 4.7 Het wettelijk kader van deze toets wordt gegeven door de artikelen 6:231 BW tot en met 6:247 BW. Waar nodig moeten die bepalingen richtlijnconform worden uitgelegd.
- 4.8 Volgens artikel 6:233 sub i BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het beding, gelet op de aard en overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is.
- 4.9 Eerst wordt gekeken of het beding voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in de artikelen 6:236 en 6:237 BW. Immers, indien het beding op één van deze lijsten

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

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

voorkomt, is het beding onredelijk bezwarend, respectievelijk wordt het vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

- 4.10 Van de bedingen op de genoemde lijsten kan enkel het beding als bedoeld in 6:236 sub i BW op de onderhavige casus van toepassing zijn. Daarin wordt, in samenhang met de aanhef van artikel 6:236, bepaald dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij de wederpartij in dat geval bevoegd is de overeenkomst te ontbinden (sub i). Het beding in de onderhavige klacht geeft de Bank de bevoegdheid om binnen drie maanden na totstandkoming van de overeenkomst de opslag te wijzigen. Echter, hoewel er voor Consument formeel geen sprake is van een bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst, bestaat wel de mogelijkheid tot aflossing, dan wel omzetting van de geldlening en dus tot beëindiging van de overeenkomst. Hiermee wordt nagenoeg hetzelfde effect bereikt als bij ontbinding. De Commissie acht het beding om die reden niet bij voorbaat onredelijk bezwarend op grond van dit artikel.
- 4.11 Nu het beding niet valt onder de bedingen die vermeld zijn op de lijsten van de artikelen 6:236 en 237 BW, zal de Commissie het beding toetsen aan de open norm van artikel 6:233 BW. Zoals hierboven overwogen dient deze bepaling richtlijnconform te worden uitgelegd.

De Richtlijn

- 4.12 Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn luidt: “Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”
- 4.13 Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking worden genomen.
- 4.14 Artikel 5 bepaalt dat bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld (de zogenaamde eis van transparantie). In het kader van de Richtlijn komt voorts betekenis toe aan de vraag of het beding is opgenomen in de Bijlage bij de Richtlijn, houdende een (indicatieve en niet uitputtende) blauwe lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.
- 4.15 In de Bijlage bij de Richtlijn is – voor zover relevant – vermeld dat als oneerlijk kunnen worden aangemerkt bedingen die tot doel of gevolg hebben:

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

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

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

onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen.”

- 4.17 De vraag die beantwoord dient te worden is of het beding in kwestie te kwalificeren is als een oneerlijk beding als bedoeld in de Bijlage onder j, en zo ja of er wellicht sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage. In de onderhavige klacht is in het opslagwijzigingsbeding zonder vermelding van een daarvoor benodigde reden vastgelegd dat de Bank de opslag eenzijdig kan wijzigen. Dit betekent dat het beding kan worden gekwalificeerd als een oneerlijk beding als bedoeld in sub ‘j’ van de Bijlage, tenzij sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage.
- 4.18 Onder b) van artikel 2 van de Bijlage wordt, als hiervoor overwogen, onder meer een uitzondering gemaakt voor bedingen uit hoofde waarvan lasten voor financiële diensten kunnen worden gewijzigd, voor zover:
- (i) een geldige reden bestaat; en
 - (ii) de dienstverlener verplicht is consument zo spoedig mogelijk te informeren over de wijziging; en
 - (iii) de consument de overeenkomst onmiddellijk kan opzeggen.

Ad (i)

Het vereiste van een geldige reden houdt niet in dat deze reden in de overeenkomst zelf moet zijn opgenomen. Indien dat wel het geval zou zijn, zou het beding immers niet beantwoorden aan het bepaalde in sub ‘j’ op de Bijlage en wordt aan de uitzonderingsgronden niet toegekomen.

Wel dient in beginsel te worden beoordeeld of er sprake is van een geldige reden tot uitoefening van het wijzigingsbeding. Nu in het navolgende zal blijken dat aan de overige uitzonderingsgronden onder ‘b’ van artikel 2 van de Bijlage evenwel niet is voldaan, laat de Commissie dit punt verder onbesproken.

Ad (ii)

In het onderhavige geval is de Bank niet gehouden de klant zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van een wijziging van de opslag. Weliswaar heeft de Bank de verplichting op zich genomen om Consument ten minste tien werkdagen voor de laatste dag van de lopende kalendermaand voorafgaand aan de wijziging hiervan op de hoogte te stellen, maar niet zo spoedig mogelijk nadat zij besloten heeft de opslag te wijzigen. Aan de onder dit punt gestelde vereiste(n) is dan ook niet voldaan.

Ad (iii)

In het arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 2013 (HvJ EU (Eerste kamer) 21 maart 2013, C-92/11 (RWE)) is – ten aanzien van de mogelijkheid de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen – het volgende opgenomen:

“Wat (...) het recht van consument betreft om zijn leveringsovereenkomst op te zeggen in geval van eenzijdige wijziging van de tarieven die de verkoper toepast, is het van fundamenteel belang, (...) dat de mogelijkheid voor consument om de overeenkomst op te zeggen, niet slechts een formeel opzeggingsrecht is, maar ook daadwerkelijk kan worden benut. Dat is niet het geval wanneer de consument, om redenen die verband houden met de wijze van uitoefening van het opzeggingsrecht of met de voorwaarden van de betrokken markt, niet daadwerkelijk de

mogelijkheid heeft om van leverancier te veranderen of wanneer hij niet naar behoren en tijdig op de hoogte werd gebracht van de op til zijnde wijziging, waardoor hij aldus de mogelijkheid verliest om de berekeningswijze te controleren en in voorkomend geval van leverancier te veranderen. In dit verband moet met name rekening worden gehouden met het gegeven of op de betrokken markt concurrentie heerst, de eventuele kosten die voor consument verbonden zijn aan een opzegging van de overeenkomst, het tijdsverloop tussen mededeling en toepassing van de nieuwe tarieven, de informatie die op het tijdstip van mededeling is verstrekt, en de kosten en de tijd om van leverancier te veranderen.”

- 4.19 Uit de hiervoor weergegeven passage volgt dat niet slechts moet zijn voorzien in een formeel opzeggingsrecht, maar dat sprake moet zijn van een opzeggingsrecht dat ook daadwerkelijk door de consument kan worden benut. Het begrip opzeggen dient te worden gelezen als een manier om de overeenkomst te beëindigen. Weliswaar bestaat in het onderhavige geval de bevoegdheid om de geldlening binnen een termijn van drie maanden na herziening van de opslag boetevrij af te lossen, maar de richtlijn - in samenhang met het RWE arrest - vereist een *onmiddellijke* beëindigingsmogelijkheid. Onmiddellijke beëindiging, d.w.z. aflossing op het moment dat de nieuwe opslag ingaat, acht de Commissie in de meeste gevallen niet realistisch, omdat in het algemeen de mogelijkheid zal ontbreken om de geldlening uiterlijk op dat moment over te sluiten. Hierbij is van belang dat het beding in kwestie de Bank niet verplicht om direct na beslissing tot wijziging Consument te informeren. Er geldt alleen een verplichting om dit ten minste tien werkdagen voorafgaand aan de ingangsdatum van de opslagwijziging te doen. Naar *objectieve* maatstaven bezien is een dergelijke termijn te kort om een Consument in de gelegenheid te stellen de geldlening af te lossen of te herfinancieren. In het onderhavige geval is gesteld noch gebleken dat het voor Consument mogelijk was om de geldlening binnen voornoemde termijn af te lossen.
- 4.20 De tussenconclusie is dat de Bank geen beroep toekomt op de uitzonderingsgronden van onderdeel 2 onder b) van de Bijlage. Het opslagwijzigingsbeding kan derhalve worden aangemerkt als een oneerlijk beding als bedoeld in onderdeel j) van de Bijlage.
- 4.21 De Bijlage is niet van dien aard dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen (het betreft slechts een indicatieve en niet uitputtende lijst). Of een beding daadwerkelijk oneerlijk is, blijft afhankelijk van de in de Richtlijn gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Evenwel vormt de Bijlage – volgens het arrest van het Hof van Justitie van 26 april 2012 (HvJ EU 26 april 2012, C-472/10 (*Invitel*)) – een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter kan baseren. De Commissie verbindt hieraan het gevolg dat, indien onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om te veronderstellen dat aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie is voldaan, het er voor moet worden gehouden dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is.
- 4.22 Ten aanzien van de eis van transparantie overwoog het Hof van Justitie bij arrest van 30 april 2014 (HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*)), dat ziet op de bepaling van de prijs van een dienst door de bank op basis van een wisselkoersmechanisme, als volgt: “(...) *het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld, aldus moet worden verstaan dat het niet alleen gebiedt dat het litigieuze beding voor de consument grammaticaal begrijpelijk is, maar ook dat in de overeenkomst de concrete werking van het wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta waarnaar het betrokken beding verwijst alsmede de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening, transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria*

de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.” Hoewel een wisselkoersmechanisme qua werking niet hetzelfde is als een opslagwijzigingsbeding, zijn de strekking en gevolgen voor een consument dat in de ogen van de Commissie grotendeels wel. Het gaat, net als in het arrest Kassler, om een beding op grond waarvan de verkoper de prijs mag wijzigen, hetgeen voor een consument tot “*een schijnbaar onbegrensde verhoging van de kosten van de financiële dienst leidt*”.

- 4.23 In het onderhavige opslagwijzigingsbeding en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden, volgens welke mechanismen en in welke mate de opslag kan worden gewijzigd. Consument is naar het oordeel van de Commissie dus niet op voorhand in staat gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit het beding in kwestie voortvloeien te voorzien.
- 4.24 Gelet op het voorgaande voldoet het opslagwijzigingsbeding in kwestie niet aan de uit hoofde van de Richtlijn gestelde eis van transparantie. Dit houdt in dat het beding reeds om die reden onredelijk bezwarend is en naar het oordeel van de Commissie daarom niet meer hoeft te worden getoetst aan de eisen van evenwicht en goede trouw.
- 4.25 Dat het in onderhavige kwestie gaat om een onderpand in Spanje doet aan bovenstaande niet af.

Conclusie

- 4.26 De Commissie oordeelt dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is en moet worden vernietigd op grond van artikel 6:233 sub a. BW. Onder toepassing van artikel 3:41 BW blijft de rest van de overeenkomst in stand. Nu het beding in kwestie wordt vernietigd, is de door Consument gedurende de looptijd van de geldlening betaalde opslag, voor zover hoger dan bij aanvang overeengekomen, onverschuldigd betaald en dient dit meerdere door de Bank aan Consument te worden terugbetaald.

5. Beslissing

De Commissie vernietigt het beding en beslist dat de Bank binnen zes weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt de door hem gedurende de looptijd van de geldlening betaalde opslag, voor zover hoger dan bij aanvang overeengekomen.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak ook aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.

