

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-364

d.d. 14 juni 2017

(prof mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott mpf en mr. drs. R. Knopper, leden en mr. E.C. Aarts, secretaris)

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.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen de Bank.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van de gemachtigde van Consument inclusief bijlagen, ontvangen op 1 december 2014;
- het door Consument ondertekende klachtformulier, ontvangen op 23 december 2014;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

Consument en de Bank zijn na de mondelinge behandeling in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het mogelijk onredelijk bezwarend karakter van het in het geding zijnde opslagwijzigingsbeding. De Commissie heeft hierna nog de volgende stukken van partijen ontvangen:

- de brief van de gemachtigde van Consument, ontvangen op 29 maart 2016;
- de brief van de Bank, ontvangen op 26 april 2016;
- de brief van de Bank, ontvangen op 24 mei 2016;
- de brief van de gemachtigde van Consument, ontvangen op 3 juni 2016.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 3 november 2015 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

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

“Debetrente: 1,0% per jaar boven het 1-maands Euribor Tarief geldend op de 1^e dag van de rentevastperiode (thans 2,174%). Per maand achteraf te voldoen, voor het eerst op 1 januari 2005.

(...)

Rentevastperiode: 1 maand, ingaande op de eerste opnamedatum. Na afloop vangt telkens automatisch een nieuwe rentevastperiode van 1 maand aan.

Tariefafpraak: De opslag op het EURIBOR-tarief wordt éénmaal per jaar door de kredietgever herzien. Indien de opslag wijzigt, wordt u daarover (ongeveer 2 weken van tevoren) ingelicht.

(...)

Vervroegde aflossing: Onbeperkt mogelijk op het einde van de rentevastperiode onder betaling van EUR 125,00 per vervroegde aflossing. Voor een concrete verwerking van dit bedrag, ”

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

“Kredietnemer zal gedurende de looptijd van de geldlening een rente op jaarbasis verschuldigd zijn gelijk aan één procent (1%) boven het één maands EURIBOR-tarief (European Inter Bank Offered Rate)”

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

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

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

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot:

- (i) het met terugwerkende kracht tot 1 mei 2009 ongedaan maken van de opslagverhogingen;

- (ii) het gedurende de resterende looptijd van de geldlening hanteren van een opslag op het Euribortarief van 1%;
- (iii) vergoeding van het teveel betaalde bedrag aan rente, vermeerderd met wettelijke rente.

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

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

Reactie van de Consument op mogelijk onredelijk bezwarend karakter opslagwijzigingsbeding:

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

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

- Uit de offerte blijkt duidelijk dat sprake is van een variabele opslag. De Bank kan en mag op grond van de offerte, ongeacht de reden hiervoor, de opslag éénmaal per jaar wijzigen. De wijziging van de opslag voldoet bovendien aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.

- Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat (een medewerker van) de Bank aan Consument zou hebben toegezegd dat de in de overeenkomst opgenomen tariefafspraken niet geëffectueerd zou worden c.q. dat voor de geldlening van Consument een vaste opslag van 1 % van toepassing zou zijn.
- Niet de hypotheekakte maar de offerte is leidend. De offerte bevat het rente-aanbod en de condities. De hypotheekakte betreft een goederenrechtelijk document bedoeld om een zekerheidsrecht te vestigen. In het onderhavige geval is duidelijk sprake van onmiskenbare verschrijvingen c.q. vergissingen in de hypotheekakte.

Reactie van de Bank op mogelijk onredelijk bezwarend karakter opslagwijzigingsbeding:

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

5. Beoordeling

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

- 5.2. Het beding waaraan de Bank de bevoegdheid tot wijziging van de opslag stelt te ontlenen is opgenomen in de offerte van geldlening. In het betreffende beding is bepaald dat de opslag éénmaal per jaar door de Bank wordt herzien en dat, indien de opslag wijzigt, Consument daarover (ongeveer twee weken van tevoren) wordt ingelicht.
- 5.3. Het is vaste Europese rechtspraak dat de nationale rechter ambtshalve het oneerlijke karakter toetst van bedingen in overeenkomsten met consumenten die vallen binnen de reikwijdte van de Richtlijn.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 (kernbedingen), met uitzondering van onduidelijk en onbegrijpelijk geformuleerde kernbedingen. De plek waar het beding is opgenomen, bijvoorbeeld de offerte of de algemene voorwaarden, kan een omstandigheid zijn die in dit kader meespeelt, maar is niet van doorslaggevend belang.
- 5.4. Het beding in kwestie ziet op de bevoegdheid van de Bank om een onderdeel van de vooraf vastgestelde prijs (de opslag) te wijzigen. Gesteld, noch gebleken is dat over dit beding afzonderlijk is onderhandeld. Het beding kan ook niet worden aangemerkt als een kernbeding. Het betreft immers geen beding dat essentieel is voor het bestaan van de overeenkomst zelf, in die zin dat zij van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn. Zoals hiervoor reeds overwogen regelt het beding niet de prijs zelf, maar (slechts) de *mogelijkheid* om een onderdeel daarvan te wijzigen. Daarbij merkt de Commissie op dat een dergelijk prijswijzigingsbeding voorkomt op de zwarte lijst van artikel 6:236 sub i BW. Hetgeen impliceert dat ook de wetgever bedingen als het onderhavige niet ziet als kernbedingen.² Het argument van de Bank dat het beding is opgenomen in de offerte acht de Commissie in dit kader van ondergeschikt belang. De plek waar het beding is opgenomen kan immers, zoals hiervoor reeds overwogen, een omstandigheid zijn die meespeelt, maar is niet van doorslaggevend belang. De conclusie is dat het beding in kwestie valt onder de reikwijdte van de Richtlijn en dat de Commissie het oneerlijke karakter van het beding ambtshalve moet toetsen.
- 5.5. Het wettelijke kader voor deze ambtshalve toets wordt gegeven door de artikelen 6:231 BW tot en met artikel 6:247 BW. Waar nodig moeten die bepalingen richtlijnconform worden uitgelegd.
- 5.6. Volgens artikel 6:233 sub i 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.

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.

- 5.7. Eerst wordt gekeken of het beding voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in de artikelen 6:236 BW en 6:237 BW. Immers, indien het beding op één van deze lijsten voorkomt, is het beding onredelijk bezwarend, respectievelijk wordt het vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Van de bedingen op de hiervoor genoemde lijsten kan enkel het beding als bedoeld in artikel 6:236 sub i BW op de onderhavige casus van toepassing zijn. Daarin wordt bepaald dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij de wederpartij in dat geval bevoegd is de overeenkomst te ontbinden. Het beding in kwestie geeft de Bank de bevoegdheid de opslag éénmaal per jaar te herzien. Anders dan de Bank lijkt te veronderstellen volgt uit de tariefafspraken niet dat de opslag (pas) na de periode van één jaar door de Bank wordt herzien. Naar het oordeel van de Commissie is in het beding geen beperking gesteld aan het moment per wanneer de opslag voor het eerst kan worden gewijzigd en is derhalve sprake van een beding dat de gebruiker (de Bank) de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, zoals bedoeld in artikel 6:236 sub i BW. Hoewel er voor Consument formeel geen sprake is van een bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst (de in artikel 6:236 i BW vermelde uitzondering), bestaat wel bij het einde van een rentevastperiode de mogelijkheid tot aflossing, dan wel – als vermeld in de brief van de Bank van 22 april 2016 – omzetting van de geldlening en dus tot beëindiging van de overeenkomst. Hiermee wordt nagenoeg hetzelfde effect bereikt als bij ontbinding. De Commissie acht het beding om voornoemde redenen niet bij voorbaat onredelijk bezwarend.
- 5.8. Nu het beding niet kan worden aangemerkt als een beding dat voorkomt op de zwarte, dan wel grijze lijst als bedoeld in de artikelen 6:236 BW en 6:237 BW, zal de Commissie het beding toetsen aan de open norm van artikel 6:233 BW. Zoals hiervoor reeds overwogen dient deze bepaling richtlijnconform te worden uitgelegd.
- 5.9. Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn luidt: *“Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.”*

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

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

In het kader van de Richtlijn is voorts relevant of het beding is opgenomen in de Bijlage bij de Richtlijn, houdende een (indicatieve en niet-uitputtende) blauwe lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. In de Bijlage bij de Richtlijn is – voor zover relevant – vermeld dat als oneerlijk kunnen worden aangemerkt bedingen die tot doel of gevolg hebben:

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

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

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

- 5.10. De vraag die beantwoord dient te worden is of het beding in kwestie te kwalificeren is als een oneerlijk beding als bedoeld in de Bijlage onder j, en zo ja of er wellicht sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage.
- 5.11. In het beding in kwestie is zonder vermelding van een daarvoor benodigde reden vastgelegd dat de Bank de opslag kan wijzigen. Dit betekent dat het beding kan worden gekwalificeerd als een oneerlijk beding als bedoeld in sub j van de Bijlage, tenzij sprake is van één van de uitzonderingen van onderdeel 2 van de Bijlage.
- 5.12. Onder b) van artikel 2 van de Bijlage wordt, als hiervoor overwogen, onder meer een uitzondering gemaakt voor bedingen uit hoofde waarvan lasten voor financiële diensten kunnen worden gewijzigd, voor zover:
- (i) een geldige reden bestaat; en
 - (ii) de dienstverlener verplicht is consument zo spoedig mogelijk te informeren over de wijziging; en
 - (iii) de consument de overeenkomst onmiddellijk kan opzeggen.
- 5.13. De Commissie is met de Bank van oordeel dat het vereiste van een geldige reden (ad i) niet inhoudt dat deze reden in de overeenkomst zelf moet zijn opgenomen. De Bank merkt terecht op dat indien het anders zou zijn, men bij een gespecificeerde geldige reden niet eens toekomt aan punt I, sub j, van de Bijlage en een beding niet “indicatief oneerlijk” is. Wel dient in beginsel te worden beoordeeld of sprake is van een geldige reden tot uitoefening van het wijzigingsbeding. Nu uit het navolgende evenwel zal blijken dat aan de overige vereisten voor toepassing van de onder b) vermelde uitzonderingen niet is voldaan, laat de Commissie dit punt verder onbesproken.
- 5.14. In het onderhavige geval is de Bank niet gehouden de klant zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van een wijziging van de opslag (ad ii). Weliswaar heeft de Bank de verplichting op zich genomen om Consument ongeveer twee weken voorafgaand aan de wijziging hiervan op de hoogte te stellen, maar niet zo spoedig mogelijk nadat zij het besluit

tot wijziging van de opslag genomen heeft. Aan het onder (ii) genoemde vereiste is dan ook niet voldaan.

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

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

- 5.16. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de Bank geen beroep toekomt op de uitzonderingsgrond van onderdeel 2 onder b) van de Bijlage. Het opslagwijzigingsbeding kan derhalve worden aangemerkt als oneerlijk beding als bedoeld in onderdeel j van de Bijlage.
- 5.17. De Bijlage is niet van dien aard dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen (het betreft slechts een indicatieve en niet uitputtende lijst). Of een beding daadwerkelijk oneerlijk is, blijft afhankelijk van de in de Richtlijn gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Evenwel vormt de Bijlage – volgens het arrest van het Hof van Justitie van 26 april 2012 (HvJ EU 26 april 2012, C-472/10 (*Invitel*)) – een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter kan baseren. De Commissie verbindt hieraan het gevolg dat, indien onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om te veronderstellen dat aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie is voldaan, het er voor moet worden gehouden dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is.
- 5.18. Ten aanzien van de eis van transparantie overwoog het Hof van Justitie bij arrest van 30 april 2014 (HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler*)) – dat ziet op de bepaling van de prijs van een dienst door de bank op basis van een wisselkoersmechanisme – als volgt: “(...) *het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld, aldus moet worden verstaan dat het niet alleen gebiedt dat het litigieuze beding voor de consument grammaticaal begrijpelijk is, maar ook dat in de overeenkomst de concrete werking van het wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta waarnaar het betrokken beding verwijst alsmede de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening, transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.*” Hoewel een wisselkoersmechanisme qua werking niet hetzelfde is als een opslagwijzigingsbeding, zijn de strekking en gevolgen voor een consument dat in de ogen van de Commissie grotendeels wel. Het gaat in het onderhavige geval, net als in voornoemd arrest, om een beding op grond waarvan de verkoper de prijs mag wijzigen, hetgeen voor een consument tot “*een schijnbaar onbegrensde verhoging van de kosten van de financiële dienst leidt*”.
- 5.19. De Bank heeft gesteld dat het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarmee voldoet aan het transparantievereiste van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn. Zij licht toe dat de afspraak onderdeel uitmaakt van een vier pagina’s tellende kredietofferte en door gebruik van een kopje makkelijk te vinden en kenbaar is voor Consument. Voorts stelt de Bank dat het beding Consument in staat stelt de economische gevolgen die uit deze prijsafpraak voortvloeien te voorzien. De Commissie volgt de Bank daarin niet. In het onderhavige opslagwijzigingsbeding en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden, volgens welke mechanismen en in welke mate de opslag kan worden gewijzigd.

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

- 5.20. De conclusie is dat het beding in kwestie onredelijk bezwarend is en moet worden vernietigd op grond van artikel 6:233 sub a BW. Onder toepassing van artikel 3:41 BW blijft de rest van de overeenkomst in stand. Nu het beding in kwestie wordt vernietigd, is de door Consument gedurende de looptijd van de geldlening betaalde opslag, voor zover hoger dan bij aanvang overeengekomen, onverschuldigd betaald en dient door de Bank aan Consument te worden terugbetaald, met verrekening van hetgeen door Consument is betaald indien en voor zover dit minder is dan de bij aanvang overeengekomen opslag. Nu Consument (gedeeltelijk) in het gelijk wordt gesteld, dient de Bank ook de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden.
- 5.21. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten, waaronder de door Consument naar voren gebrachte discrepantie tussen enerzijds de offerte en anderzijds de volmacht en de hypotheekakte voor wat betreft de mogelijkheid tot wijziging van de opslag, kunnen gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder onbesproken blijven.
- 5.22. Voor zover de Bank zich beroept op een termijnoverschrijding door de Commissie, merkt de Commissie op dat de Bank verwijst naar een bepaling die in het toepasselijke reglement (Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening geldig tot 1 oktober 2014) niet is opgenomen. Overigens mag een dergelijke termijnoverschrijding niet ten nadele strekken van de positie en de belangen van Consument.
- 5.23. Tenslotte bepaalt de Commissie dat het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6. van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als de Bank beroep open staat tegen de hierna verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

6. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat de Bank gehouden is om binnen een termijn van zes weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, de in rechtsoverweging 5.20 omschreven verplichtingen na te komen. Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen. Het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6. van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als de Bank beroep open staat tegen de hierna

verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor <https://www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld>.