

118

**Ambtshalve toetsing boetebeding bij
vervroegde aflossing van hypothecaire
geldleningen**

Rechtbank Amsterdam
15 januari 2020, roInr. HA ZA 18-829,
ECLI:NL:RBAMS:2020:802
(mr. Blankevoort, mr. Jongeneel, mr. De Vos)
Noot mr. J.M. van Poelgeest

**Collectieve actie. Vergoedingsbedingen niet
onredelijk bezwarend bij hypothecaire
geldleningen aangegaan vóór 14 juli 2016.
Eerbiedigende werking van civielrechtelijke
implementatie Richtlijn Hypothecair Krediet.**

[BW art. 6:233 aanhef en onder a, 6:237
onder i]

Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van de vergoedingsbedingen moet worden uitgegaan van het moment van sluiting van de overeenkomst, althans het moment waarop het vergoedingsbeding werd gewijzigd, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan NNB op dat moment kennis kon hebben. De vergoedingsbedingen die ter toetsing zijn voorgelegd dateren alle van vóór de datum van inwerkingtreding van art. 7:127 lid 3 BW (14 juli 2016), zodat die bepaling, gelet op de eerbiedigende werking ten aanzien van vóór die datum tot stand gekomen overeenkomsten, voor de toetsing relevantie mist. Een redelijke wetstoepassing brengt met zich dat bij de civielrechtelijke beoordeling van de vergoedingsbedingen de eerbiedigende werking van de civielrechtelijke implementatie van de Richtlijn Hypothecair Krediet niet doorbroken wordt doordat aan de bestuursrechtelijke implementatie van diezelfde richtlijn in de Wft en het BGfo wel (een zekere, te weten voor aflossingen op leningen van vóór inwerkingtreding) terugwerkende kracht is verleend. Ten aanzien van de AFM-Leidraad over vergoeding voor vervroegde aflossing geldt het voorgaande nog sterker, nu deze een niet dwingende aanbeveling inhoudt, die bovendien van nog latere datum is. Een andere opvatting zou immers in strijd zijn met het ex tunc karakter van

de toetsing en de rechtszekerheid die zich bij langlopende financieringsovereenkomst als de onderhavige des te sterker doet gelden. Ten tijde van het aangaan van de vergoedingsbedingen gold de strengere norm, dat de vergoeding het door de kredietgever geleden financiële nadeel niet mag overschrijden, naar het oordeel van de rechtbank dus nog niet.

Daarmee ligt de vraag voor of de vergoedingsbedingen strekken tot een redelijke vergoeding voor door NNB geleden verlies of gedeerde winst (ook wel: geleden nadeel) als bedoeld in art. 6:237 onder i BW. De omstandigheden in aanmerking genomen is de rechtbank van oordeel dat de vergoedingsbedingen in de betreffende hypotheeken een redelijke vergoeding inhouden voor door NNB als gevolg van vervroegde aflossing geleden verlies en gedeerde winst. De omstandigheid dat de berekening van de vergoeding is gebaseerd op de dichtstbij gelegen kortere rentevastperiode (in plaats van de langere) maakt het beding niet a priori oneerlijk. Het gaat hier om een methode om schade abstract te berekenen, waarbij een tarief voor de resterende rentevastperiode in de regel niet aanwezig is, zodat gekozen moet worden voor een daarmee meest overeenkomend tarief. Daarbij komen twee keuzes in aanmerking die op zichzelf even verdedigbaar zijn: de dichtstbij gelegen kortere of langere rentevastperiode. Dat de berekening op basis van de nabijgelegen langere rentevastperiode tot een voor de consument gunstiger resultaat leidt, heeft niet tot gevolg dat een beding dat kiest voor de evenzeer verdedigbare kortere rentevastperiode leidt tot een resultaat dat geen "redelijke vergoeding" is voor geleden verlies en gedeerde winst. Hierbij neemt de rechtbank mee dat onbetwist door NNB is gesteld dat na invoering van de AFM-Leidraad een algemene verhoging van de rentetarieven heeft plaatsgevonden om de financiële gevolgen van individuele vervroegde aflossing volgens de nieuwe berekeningsmethode te compenseren. De rechtbank overweegt nog ten overvloede dat denkbaar is dat bij de uitoefening van de vergoedingsbedingen in individuele gevallen aanspraak is gemaakt op meer dan een redelijke vergoeding. Indien dat het geval is, zal dat kunnen worden geredresseerd langs de weg van art. 6:248 lid 2 BW (maar niet in een collectieve actie).

1. De vereniging
Consumentenbond te Den Haag,
 2. de vereniging
Vereniging Eigen Huis te Amersfoort,
 eiseressen,
 advocaat mr. F. Dijkslag,
 tegen
Nationale-Nederlanden Bank NV (voorheen: Am-
 stelhuys NV) te Amsterdam,
 gedaagde,
 advocaat mr. A.J. Haasjes.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De Consumentenbond en VEH zijn vereni-
 gingen met volledige rechtsbevoegdheid.

2.2. De statuten van de Consumentenbond hou-
 den onder meer het volgende in:

Artikel 3

*De bond stelt zich ten doel als onafhankelijke orga-
 nisatie, zonder binding met enige politieke of le-
 vensbeschouwelijke stroming of organisatie, de be-
 langens van de consumenten in het algemeen en van
 de leden van de bond in het bijzonder in Nederland
 – en voor zover mogelijk en zo nodig daarbuiten –
 te behartigen. Teneinde de belangen van consu-
 menten te beschermen kan de bond zelf, dan wel
 één of meer door de bond op te richten rechtsperso-
 nen, onder meer overgaan tot het instellen van een
 (rechts)vordering(en) als bedoeld in artikel 3:305a
 lid 1 Burgerlijk Wetboek, artikel 6:240 Burgerlijk
 Wetboek of de daarvoor in de plaats tredende wet-
 telijke regelingen. De bond streeft daarbij naar een
 volwaardige economische en sociale positie van de
 consument ten opzichte van het totstandkomen,
 distribueren en consumeren van particuliere en
 collectieve goederen en diensten. De bond houdt bij
 dit alles onder andere rekening met maatschappelij-
 ke gevolgen in ruime zin van particuliere en col-
 lectieve consumptie.*

2.3. De statuten van VEH houden onder meer het
 volgende in:

2.1. *De vereniging heeft ten doel het zonder win-
 stoogmerk behartigen van de belangen van haar
 leden op het gebied van de huidige of toekomstige
 eigen woning, alles in de ruimste zin.*

2.4. NNB heeft aan consumenten hypothecaire
 geldleningen verstrekt voor de financiering van
 de aankoop of verbouwing van woningen. Deze
 financiële producten werden door NNB onder de
 volgende namen aangeboden: DL DrieSterrenHy-

potheek, DL Nieuwbouw Hypotheek, DL Budget
 Hypotheek, DL VijfSterrenHypotheek en DL Hy-
 potheek (gezamenlijk: *DL Hypotheken*).

2.5. In de leningvoorwaarden van ieder van de DL
 Hypotheken is een regeling opgenomen voor de
 berekening van de door de consument verschul-
 digde vergoeding bij enkele vormen van ver-
 vroegde aflossing (hierna: *de vergoedingsbe-
 ding(en)*). De leningvoorwaarden van de DL
 DrieSterrenHypotheek bevatten het volgende
 vergoedingsbeding (in de versie van 21 maart
 2016 is deze bepaling vernummerd tot artikel 14),
 waarbij NNB nog wordt aangeduid als Amstel-
 huys:

12. *Als u uw lening wilt terugbetalen*

(...)

12.3. *Als u meer dan 10% van de lening eerder te-
 rugbetaalt, moet u in sommige gevallen kosten be-
 talen. De kosten moet u alleen betalen als de rente
 die u op dat moment betaalt hoger is dan het rente-
 percentage dat op het moment van terugbetalen
 geldt voor eenzelfde soort lening.*

*Amstelhuys berekent de kosten op de volgende ma-
 nier:*

– *Eerst wordt bepaald hoe lang uw rentevastperio-
 de nog duurt;*

– *Dan neemt Amstelhuys de rente die hoort bij de
 dichtstbijzijnde kortere rentevastperiode voor nieu-
 we leningen. Dit wordt de vergelijkingsrente ge-
 noemd;*

– *Daarna berekent Amstelhuys het bedrag dat u
 met uw rente van dit moment zou hebben betaald
 tot de datum dat die rente zou veranderen. Amstel-
 huys trekt daarvan het bedrag af dat u met de ver-
 gelijkingsrente zou betalen tot de datum dat uw
 rente zou veranderen. De contante waarde van het
 verschil moet u betalen. U betaalt dit bedrag tege-
 lijk met het bedrag dat u eerder terugbetaalt. (...)*

2.6. De vergoedingsbedingen in de DL Nieuw-
 bouw Hypotheek, DL VijfSterrenHypotheek en
 DL Hypotheek stemmen voor zover van belang
 voor het onderhavige geschil (ook in de latere
 versies van de algemene voorwaarden) in grote
 lijnen overeen met het vergoedingsbeding van de
 DrieSterrenHypotheek (2.5), te weten dat bij ver-
 vroegde aflossing op initiatief van de consument
 (*vervroegde aflossing*) een vergoeding verschul-
 digd kan zijn over het bedrag dat wordt afgelost
 boven het jaarlijks geldende vergoedingsvrije be-
 drag.

De verschillen tussen de diverse vergoedingsbe-
 dingen kunnen als volgt worden samengevat:

a. Het vergoedingsvrije bedrag is bij de DL Vijf-SterrenHypothek en DL Hypotheek vanaf 1 maart 2014 20% van het geleende bedrag en daarvoor (evenals bij de overige DL hypotheke) 10%.

b. De vergoeding bij vervroegde aflossing (die uitsluitend verschuldigd is als de door de consument betaalde rente hoger is dan de rente die op het moment van aflossing geldt voor eenzelfde soort lening) is voor de meeste DL Hypotheken gelijk aan (de contante waarde van) het verschil tussen de door de consument verschuldigde rente gedurende de rentevastperiode (hierna: RVP) en de rente die hoort bij de dichtstbij gelegen kortere RVP voor nieuwe leningen (hierna: de vergelijkingsrente). Voor de DL Budget Hypotheek gold vanaf 1 juli 2013 een afwijkend vergoedingsbeding, inhoudende dat bij vervroegde aflossing een boete verschuldigd is van 3% over het bedrag dat boven het vergoedingsvrije deel (10%) wordt afbetaald. De DL hypotheke (exclusief de DL Budget hypotheke) worden hierna aangeduid als *de overige DL hypotheke*.

Relevante regelgeving

2.7. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13) luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Art. 3 lid 1 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.”

2.8. Artikel 6:233 aanhef en onder a van het Burgerlijk Wetboek (BW):

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

a. 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;

Artikel 6:237 aanhef en onder i BW:

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

(...)

i. dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekort geschoten, de wederpartij verplicht een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst;

2.9. Na (initieel) overleg tussen hypotheek verstrekkers, het Ministerie van Economische Zaken en De Nederlandsche Bank en na consultatie van Consumentenbond c.s. is in 2000 de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) tot stand gekomen. In de artikelen 8, 9 en 10 van de GHF (versie 2011) is een regeling gegeven voor de vervroegde aflossing van (een gedeelte van) de hoofdsom van een hypothecaire lening. De regeling luidt, voor zover thans van belang als volgt:

9. *Extra of vervroegde algehele aflossing*

(...)

2. *De hypothecair financier zal bij (...) bij vervroegde algehele aflossing van een hypothecaire financiering bij het berekenen van een vergoeding rekening houden met het bedrag dat contractueel door de consument in het jaar van de aflossing vergoedingsvrij afgelost mag worden.*

10. *Vergoeding bij extra aflossing*

(...)

2. *Indien de consument ingeval van extra aflossingen op een hypothecaire financiering een vergoeding verschuldigd is, die berekend wordt op basis van de contante waarde van het verschil tussen de door de consument verschuldigde rente en de actuele rente, zal de hypothecair financier in het geval dat de actuele rente hoger is dan de door de consument verschuldigde rente geen vergoeding in rekening brengen.*

(...)

3. *De methode van berekening van de vergoeding bij extra aflossingen dient door de hypothecair financier in zijn voorwaarden zodanig omschreven te zijn dat de daarin voorkomende variabelen voor de consument controleerbaar zijn.*

2.10. Op 4 februari 2014 hebben het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie Richtlijn 2014/17/EU, ook wel de Richtlijn Hypothecair Krediet 2014 (Richtlijn HK), vastgesteld. In artikel 25 van de Richtlijn HK is onder meer bepaald dat lidstaten aan de uitoefening van de bevoegdheid van de consument tot vervroegde aflossing voorwaarden kunnen stellen. Zij kunnen voorschrijven dat de kredietgever recht heeft

op een eerlijke en objectief verantwoorde vergoeding voor mogelijke kosten die rechtstreeks aan de vervroegde aflossing verbonden zijn; de consument kan evenwel geen boete worden opgelegd (artikel 25 lid 3 van de Richtlijn HK). Voorts is bepaald dat de lidstaten de Richtlijn HK uiterlijk op 21 maart 2016 dienen te hebben geïmplementeerd (artikel 42). Volgens artikel 43 is de richtlijn niet van toepassing op kredietovereenkomsten die gesloten zijn vóór 21 maart 2016.

2.11. Op 14 juli 2016 is in werking getreden de Wet implementatie richtlijn hypothecair krediet. Volgens artikel V bij deze wet heeft de wet eerbiedigende werking ten aanzien van hypothecaire leningen die zijn aangegaan vóór 14 juli 2016. Onderdeel van deze wet is artikel 7:127 lid 3 BW, dat luidt als volgt:

Indien in de kredietovereenkomst is overeengekomen dat de kredietgever in geval van een vervroegde aflossing recht heeft op een vergoeding, is deze vergoeding een eerlijke en objectief verantwoorde vergoeding voor mogelijke kosten die rechtstreeks aan vervroegde aflossing verbonden zijn. De vergoeding mag het door de kredietgever geleden financiële nadeel niet overschrijden. Aan de consument mag geen boete worden opgelegd.

2.12. Op 20 maart 2017 heeft de Autoriteit Financiële Markten het rapport *Vergoeding voor vervroegde aflossing van de hypotheek, Uitgangspunten berekening van het financiële nadeel (de Leidraad)* gepubliceerd. Daarin is gesteld dat de in acht te nemen eisen gelden voor alle vervroegde aflossingen die plaatsvinden vanaf 14 juli 2016, dus ook aflossingen op hypothecaire leningen die zijn aangegaan vóór 14 juli 2016. Voorts is in de Leidraad vermeld dat de visie van de AFM niet de enige manier is om te voldoen aan de norm van artikel 81c van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) en dat het de kredietverlener is “toegestaan om de vergoeding (...) op een andere wijze te berekenen, zolang de aanbieder borgt en kan aantonen dat wordt voldaan aan de norm.”

De Leidraad luidt voor zover hier van belang als volgt: *Uitgangspunt 2 Vergelijkingsrente*

Voor het bepalen van de vergelijkingsrente gebruikt de aanbieder de contractrente van een hypotheek met een looptijd vergelijkbaar met de resterende RVP. Als de aanbieder geen vergelijkbare looptijd aanbiedt, kiest de aanbieder de hoogst naastgelegen rente (“naast betere rente”).

(...)

Uitgangspunt 4 Contractueel aflossingsschema
De afgesproken toekomstige aflossingen van de klant worden meegenomen in de berekening van de vergoeding. Hierbij wordt uitgegaan van het contractuele aflossingsschema op het moment van vervroegd aflossen.

3. Het geschil

3.1. Consumentenbond c.s. vordert na vermindering van eis en in de bewoordingen van de dagvaarding, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat:

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden DrieSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd DrieSterrenHypotheek per 1 juli 2013),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden DrieSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd DrieSterrenHypotheek per 1 maart 2014),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden DrieSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd DrieSterrenHypotheek per 1 september 2014),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden DrieSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd DrieSterrenHypotheek per 1 maart 2015),

artikel 14 lid 3 van de Leningvoorwaarden DrieSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd DrieSterrenHypotheek per 21 maart 2016),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden Nieuwbouw Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Nieuwbouw Hypotheek per 1 juli 2013),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden Nieuwbouw Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Nieuwbouw Hypotheek per 1 maart 2014),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden Nieuwbouw Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Nieuwbouw Hypotheek per 1 maart 2015),

artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden Nieuwbouw Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Nieuwbouw Hypotheek per 1 september 2015),

artikel 14 lid 3 van de Leningvoorwaarden Nieuwbouw Hypotheek (zijnde onderdeel van de

Voorwaarden Delta Lloyd Nieuwbouw Hypotheek per 21 maart 2016), artikel 11 lid 3 van de Leningvoorwaarden Budget Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Budget Hypotheek per 1 juli 2013), artikel 11 lid 3 van de Leningvoorwaarden Budget Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Budget Hypotheek per 1 maart 2014), artikel 11 lid 3 van de Leningvoorwaarden Budget Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Budget Hypotheek per 1 oktober 2014), artikel 11 lid 3 van de Leningvoorwaarden Budget Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Budget Hypotheek per 1 maart 2015), artikel 13 lid 3 van de Leningvoorwaarden Budget Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Budget Hypotheek per 21 maart 2016), artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden VijfSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd VijfSterrenHypotheek per 1 maart 2014), artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden VijfSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd VijfSterrenHypotheek per 1 september 2014), artikel 12 lid 3 van de Leningvoorwaarden VijfSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd VijfSterrenHypotheek per 1 maart 2015), artikel 14 lid 3 van de Leningvoorwaarden VijfSterrenHypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd VijfSterrenHypotheek per 21 maart 2016), artikel 12 lid 3 van de Lening Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek, per 1 maart 2014), artikel 12 lid 3 van de Lening Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek, per 1 september 2014), artikel 12 lid 3 van de Lening Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek, per 1 maart 2015), artikel 14 lid 3 van de Lening Voorwaarden Delta Lloyd Hypotheek (zijnde onderdeel van de Voor-

waarden Delta Lloyd Hypotheek, per 21 maart 2016), onredelijk bezwarend zijn en de betreffende bepalingen te vernietigen;

2. te verklaren voor recht dat klanten van (de rechtbank begrijpt:) NNB, die op grond van één van de hierboven onder 1 vermelde bepalingen een vergoeding voor vervoegde aflossing van hun hypothecaire geldlening aan Delta Lloyd hebben betaald, dit onverschuldigd hebben gedaan;

3. (de rechtbank begrijpt:) NNB te veroordelen tot betaling aan de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis van een in goede justitie door de rechtbank te bepalen bedrag aan buitengerechtigde kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 onder c BW;

met veroordeling van (de rechtbank begrijpt:) NNB in de kosten van deze procedure, de kosten van rechtsbijstand en de nakosten hieronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf twee weken na de datum van het vonnis.

3.2. Consumentenbond c.s. legt aan de vorderingen ten grondslag dat de onder 3.1 onder 1. genoemde bedingen onredelijk bezwarend zijn, omdat NNB de consument op grond van die bepalingen kan verplichten tot betaling van méér dan alleen een redelijke vergoeding voor geleden verlies of gederfde winst. Dat geldt niet alleen voor vervroegde aflossingen vanaf 14 juli 2016 (inwerking treding Wet implementatie richtlijn HK), maar ook voor aflossingen van vóór die datum.

3.3. NNB voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling Ontvankelijkheid

4.1. Volgens NNB is VEH niet ontvankelijk in haar vordering, omdat onduidelijk is hoe de onderhavige collectieve actie zich verhoudt tot haar doelomschrijving, te weten belangenbehartiging van haar leden voor de “huidige of toekomstige eigen woning, in de ruimste zin”. De rechtbank is met VEH van oordeel dat de onderhavige procedure binnen de statutaire doelomschrijving van VEH valt. Een collectieve actie tot vernietiging van de vergoedingsbedingen strekt mede ter behartiging van belangen van de leden van VEH en heeft betrekking op hun huidige of toekomstige woning in de ruimste zin. De vorderingen van

VEH vallen dus binnen haar statutaire doelomschrijving.

4.2. Voorts voert NNB aan dat geen sprake is van gelijksoortige, zich voor bundeling lenende belangen, aangezien de vergoedingsbedingen op belangrijke punten van elkaar verschillen, bijvoorbeeld doordat respectievelijk 10% (DL DrieSterrenHypotheek en DL Nieuwbouw Hypotheek) of 20% (DL VijfSterrenHypotheek en DL Hypotheek) vergoedingsvrij kan worden afgelost. Daarnaast is de vergoeding bij vervroegde aflossing onder de DL Budget Hypotheek eenvoudiger te berekenen dan die onder de DL DrieSterrenHypotheek; NNB doelt hierbij op de vaste vergoeding van 3% bij de DL Budget Hypotheek tegenover de (van de vergelijkingsrente afhankelijke) variabele vergoeding bij de overige DL Hypotheken.

4.3. De rechtbank is van oordeel dat de belangen van de hypotheekgevers/consumenten onder de verschillende door NNB gehanteerde regelingen in voldoende mate gelijksoortig zijn zoals bedoeld in artikel 3:305a BW. De onder 4.2 beschreven verschillen zijn wellicht relevant voor de uitkomst van de berekening van de verschuldigde vergoeding bij vervroegde aflossing, maar niet voor de beoordeling van de vraag of de bedingen onredelijk bezwarend zijn. Daarbij gaat het immers steeds om de manier waarop NNB volgens de vergoedingsbedingen de verschuldigde vergoeding mag berekenen en is onder 2.6 uiteengezet dat de in de verschillende voorwaarden opgenomen vergoedingsbedingen in grote lijnen met elkaar overeen stemmen. De beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van die bedingen is een abstracte en dient plaats te vinden op basis van de omstandigheden van het geval ten tijde van het aangaan van de overeenkomst (*ex tunc*). Van die toetsing dient te worden onderscheiden de uitoefentoets, die immers geschiedt op basis van de omstandigheden van het geval op het moment van uitoefening van de bevoegdheid (*ex nunc*). De vraag die ter beoordeling aan de rechtbank is voorgelegd, te weten of de vergoedingsbedingen onredelijk bezwarend zijn, betreft een abstracte toetsing van voldoende met elkaar overeenstemmende bedingen en heeft daarom betrekking op voldoende gelijksoortige belangen. Bundeling is daarom gerechtvaardigd en Consumentenbond c.s. is in zoverre ontvankelijk in haar vorderingen.

Budget hypotheek

4.4. Het vergoedingsbeding van de DL Budget hypotheek wijkt af van dat van de overige DL hypotheken, in die zin dat verschuldigd is een vast percentage (3%) over het bedrag dat vervroegd wordt terugbetaald. Consumentenbond c.s. heeft in de dagvaarding haar toelichting op de vorderingen toegespitst op het vergoedingsbeding van de DL DrieSterrenHypotheek en ten aanzien van de overige DL hypotheken gesteld dat de vergoedingsbedingen voor zover relevant daarmee overeenstemmen. De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is met betrekking tot de DL Budget Hypotheek, waar de vergoeding immers niet gerelateerd is aan het verschil tussen de gedurende de RVP verschuldigde rente en de vergelijkingsrente en waar geen Netto Contante Waarde berekening als hierna bedoeld in r.o. 4.5 wordt toegepast. Consumentenbond c.s. heeft pas bij gelegenheid van haar tweede termijn bij de mondelinge behandeling toegelicht waarom het vergoedingsbeding van de DL Budget Hypotheek onredelijk bezwarend is. De rechtbank is met NNB van oordeel dat die toelichting te laat en daarom in strijd met de goede procesorde is gegeven. Voor zover de vorderingen betrekking hebben op de DL Budget hypotheek zijn deze daarom niet toewijsbaar.

Beoordeling overige DL hypotheken in het licht van artikel 6:237 onder i BW

4.5. De hypotheekgevers met wie de vergoedingsbedingen zijn overeengekomen, worden aangemerkt als consumenten in de zin van Richtlijn 93/13 en de vergoedingsbedingen als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW. Het geschil betreft de vraag of de vergoedingsbedingen onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar zijn ingevolge artikel 6:233 aanhef en onder a BW in verbinding met artikel 6:237 onder i BW. Volgens artikel 6:237 sub i BW wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van tekortkoming de consument verplicht een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker (in dit geval NNB) geleden verlies of gedeelde winst. Voor berekening van de vergoeding die door de consument bij vervroegde aflossing verschuldigd is, wordt op grond van de vergoedingsbedingen de Netto Contante Waarde methode (*NCW-methode*) gehan-

teerd, waarbij de toekomstige rentestromen contant worden gemaakt per datum aflossing. Daarbij wordt vanaf de vervroegde aflossing het volgens de NCW-methode contant gemaakte verschil bepaald tussen enerzijds de tot het einde van de RVP door NNB gemiste contractuele rentebetalingen en anderzijds de (fictieve) rentetermijnen die vanaf de aflossing tot aan het einde van de (dichtstbij gelegen kortere (voor overeenkomsten van vóór 14 juli 2016) of langere (voor overeenkomsten van na 14 juli 2016)) RVP door NNB zouden zijn ontvangen.

Verwijt

4.6. Consumentenbond c.s. verwijt NNB dat zij de NCW-methode op twee onderdelen aldus heeft toegepast dat daardoor aan de consument een hogere vergoeding in rekening wordt gebracht dan redelijk is, gelet op het financiële nadeel van NNB. Consumentenbond c.s. maakt NNB de volgende verwijten:

- a. vóór 14 juli 2016 hanteerde NNB bij berekening van de vergoeding voor de vergelijkingsrente altijd de dichtstbij liggende *kortere* RVP. Doorgaans is deze rente lager dan de vergelijkingsrente met een langere looptijd dan de RVP, waardoor de vergoeding bij de vervroegde aflossing hoger is.
- b. NNB hield bij berekening van de vergoeding bij vervroegde aflossing geen rekening met de opgebouwde waarde in de (bank)sparhypotheek en het afgesproken (fictieve) aflossingsschema. De vergoeding wordt daardoor berekend over een hoger af te lossen bedrag en is daardoor hoger dan wanneer daarmee wel rekening was gehouden.

Aard van de vorderingen

4.7. De rechtbank onderscheidt, als overwogen onder 4.3, enerzijds de oneerlijkheidstoets van artikel 6:233 aanhef en onder a BW (*ex tunc*) en anderzijds de uitoefentoets van artikel 6:248 BW (*ex nunc*). Waar Consumentenbond c.s. klaagt over de toepassing van de vergoedingsbedingen (zie dagvaarding 4.16 en 4.17) lijkt zij het oog te hebben op de uitoefentoets. De vordering strekt echter tot het onredelijk bezwarend verklaren van de vergoedingsbedingen en ziet daarmee op de oneerlijkheidstoets. In een collectieve actie zoals de onderhavige is naar het oordeel van de rechtbank echter geen plaats voor een toetsing van de wijze waarop in concrete gevallen uitvoering is gegeven aan de vergoedingsbedingen. Deze toets is immers afhankelijk van de concrete omstandig-

heden op het moment dat de consument tot vervroegde aflossing overgaat. Daarom zal de beoordeling zich hierna toespitsen op de oneerlijkheidstoets.

Oneerlijkheidstoets

4.8. Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van de vergoedingsbedingen moet worden uitgegaan van het moment van sluiting van de overeenkomst, althans het moment waarop het vergoedingsbeding werd gewijzigd, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan NNB op dat moment kennis kon hebben. Naar Nederlands recht vindt deze beoordeling plaats in het kader van artikel 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 tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de consument.

4.9. De vergoedingsbedingen die ter toetsing zijn voorgelegd dateren alle van vóór de datum van inwerkingtreding van artikel 6:127 lid 3 BW (bedoeld zal zijn: artikel 7:127 lid 3 BW; *red.*) (14 juli 2016), zodat die bepaling, gelet op de eerbiedigende werking ten aanzien van vóór die datum tot stand gekomen overeenkomsten (2.11), voor de toetsing relevantie mist. Een redelijke wetstoepassing brengt met zich dat bij de civielrechtelijke beoordeling van de vergoedingsbedingen de eerbiedigende werking van de civielrechtelijke implementatie van de Richtlijn HK niet doorbroken wordt doordat aan de bestuursrechtelijke implementatie van diezelfde richtlijn in de Wft en het BGfo wel (een zekere, te weten voor aflossingen op leningen van vóór inwerkingtreding) terugwerkende kracht is verleend. Ten aanzien van de Leidraad geldt het voorgaande nog sterker, nu deze een niet dwingende aanbeveling (2.12) van de AFM inhoudt, die bovendien van nog latere datum is. Een andere opvatting zou immers in strijd zijn met het *ex tunc* karakter van de toetsing (4.7) en de rechtszekerheid die zich bij langlopende financieringsovereenkomst als de onderhavige des te sterker doet gelden.

Voorts geldt op grond van artikel 1:23 van de Wet op het financieel toezicht dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling in beginsel niet wordt aangetast doordat deze in strijd

is met het bij of krachtens deze wet bepaalde. Ten tijde van het aangaan van de vergoedingsbedingen gold de strengere norm, dat de vergoeding het door de kredietgever geleden financiële nadeel niet mag overschrijden, naar het oordeel van de rechtbank dus nog niet.

4.10. Daarmee ligt de vraag voor of de vergoedingsbedingen strekken tot een redelijke vergoeding voor door NNB geleden verlies of gederfde winst (ook wel: *geleden nadeel*) als bedoeld in artikel 6:237 onder i BW. NNB heeft berekend dat zij door de vergoedingsbedingen op portefeuille niveau minder dan driekwart van haar schade aan (vervangende) vergoeding ontvangt. Omdat NNB de aan deze berekening ten grondslag liggende informatie uit concurrentieoverwegingen (nog) niet heeft willen openbaren, heeft over deze berekening geen debat plaats kunnen vinden. De rechtbank laat deze stelling dan ook verder buiten beschouwing.

Bij de beoordeling neemt de rechtbank wel de volgende omstandigheden in aanmerking.

a. Het initiatief voor vervroegde aflossing ligt in de gevallen waarop de vergoedingsbedingen betrekking hebben bij de consument. Er wordt doorgaans door de consument gekozen voor vervroegde aflossing omdat een voordeel (bijvoorbeeld een lagere hypotheekrente) kan worden gerealiseerd.

b. Het door NNB als gevolg van de vervroegde aflossing geleden nadeel laat zich op meerdere manieren berekenen (zoals ook in de Leidraad wordt vooropgesteld, zie r.o. 4.7). Artikel 6:237 onder i BW stelt dat “een redelijke vergoeding” voor het geleden nadeel moet zijn bedongen. Bij berekening van het nadeel geldt dan ook enige beoordelingsvrijheid.

c. Er is sprake van duurovereenkomsten, aangaan met vele leningnemers. Het nadeel van vervroegde aflossing kan door NNB niet op klant-niveau worden berekend, aangezien de financiering van de leningen op portefeuille-niveau geschiedt. Die berekening impliceert per definitie een abstractie.

d. Ten aanzien van vervroegde aflossingen op leningen van vóór 14 juli 2016 golden geen specifieke civielrechtelijke wettelijke regels voor de normering van de aflossingsvergoeding. In de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) was ten aanzien van de aflossingsvergoeding alleen bepaald dat rekening moest worden gehouden met het bedrag dat in het jaar van aflos-

sing vergoedingsvrij mocht worden afgelost en dat de methode van berekening duidelijk en controleerbaar in de algemene voorwaarden omschreven behoorde te zijn.

e. De wijze van berekening van de vergoeding volgens de Leidraad heeft (naar NNB onweersproken ter zitting heeft aangevoerd) geleid tot een verhoging van de door haar bij het aangaan van de leningen gehanteerde tarieven, omdat 1. aansluiting moest worden gezocht bij de dichtstbij gelegen langere (in plaats van kortere) RVP en 2. rekening moest worden gehouden met de opgebouwde spaarwaarde. Daaruit volgt dat de door NNB vóór 14 juli 2016 gehanteerde berekeningswijze voor de consument lagere rentetarieven tot gevolg moet hebben gehad.

Kortere RVP

4.11. Op basis van de hiervoor genoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat de vergoedingsbedingen in de overige DL hypotheeken een redelijke vergoeding inhouden voor door NNB als gevolg van vervroegde aflossing geleden verlies en gederfde winst. De omstandigheid dat de berekening van de vergoeding is gebaseerd op de dichtstbij gelegen kortere RVP (in plaats van de langere) maakt het beding niet *a priori* oneerlijk. Het gaat hier om een methode om schade abstract te berekenen, waarbij een tarief voor de resterende RVP in de regel niet aanwezig is, zodat gekozen moet worden voor een daarmee meest overeenkomend tarief. Daarbij komen twee keuzes in aanmerking die op zichzelf even verdedigbaar zijn: de dichtstbij gelegen kortere of langere RVP. Dat de berekening op basis van de nabijgelegen langere RVP tot een voor de consument gunstiger resultaat leidt, heeft niet tot gevolg dat een beding dat kiest voor de evenzeer verdedigbare kortere RVP leidt tot een resultaat dat geen “redelijke vergoeding” is voor geleden verlies en gederfde winst. Hierbij neemt de rechtbank mee dat onbetwist door NNB is gesteld dat na invoering van de Leidraad een algemene verhoging van de rentetarieven heeft plaatsgevonden om de financiële gevolgen van individuele vervroegde aflossing volgens de nieuwe berekeningsmethode compenseren.

Geen rekening houden met opgebouwde spaardeel en fictieve aflossingsschema

4.12. Het verwijt dat NNB bij berekening van de aflossingsvergoeding geen rekening houdt met de

opgebouwde waarde in de (bank)sparhypothek en het overeengekomen (fictieve) aflossings-schema, heeft naar het oordeel van de rechtbank geen betrekking op het beding zelf, maar op de wijze waarop dat wordt toegepast. Het vergoedingsbeding zelf bepaalt immers niet uitdrukkelijk dat met de genoemde onderdelen geen rekening wordt gehouden. In zoverre richt de klacht van Consumentenbond c.s. zich dan ook tegen de toepassing van het vergoedingsbeding en niet tegen onredelijkheid ervan. De redelijkheid van de toepassing van het beding kan niet in een collectieve actie worden beoordeeld, aangezien daarvoor steeds de omstandigheden van het concrete geval van belang zijn, zoals hiervoor onder r.o. 4.7 al is overwogen. Ook in zoverre is de vordering van Consumentenbond c.s. niet toewijsbaar.

Beoordeling van de overige DL hypotheek in het licht van de open norm

4.13. Volgens artikel 6:233 aanhef en onder a BW zou het vergoedingsbeding vernietigbaar zijn indien het gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de consument. Daarbij moet worden beoordeeld of het beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in strijd met de goede trouw veroorzaakt. In dat verband dient de rechter na te gaan of NNB redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument het vergoedingsbeding zou hebben aanvaard indien daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld. Voor vaststelling van de “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” is van belang welke regels van nationaal recht van toepassing zouden zijn indien partijen op het punt van de vervroegde aflossing geen regeling waren overeengekomen. NNB had de consument in dat geval in beginsel kunnen houden aan de overeengekomen looptijd van de lening. Als de consument desondanks vervroegd had afgelost, had NNB aanspraak op een met de contractueel verschuldigde vergoeding bij vervroegde aflossing vergelijkbaar bedrag aan schadevergoeding, zodat van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht geen sprake is. Er is onder deze omstandigheden geen reden om aan te nemen dat de consument het vergoedingsbeding niet zou hebben aanvaard als daarover afzonderlijk was onderhandeld. Het beding is immers in

overeenstemming met de GHF en maakt inzichtelijk op welke wijze de schadevergoeding zal worden berekend (NCW methode, rekening houden met de vergoedingsvrije aflossing, aanknopend bij de dichtstbij gelegen kortere RVP, geen vergoeding verschuldigd als de vergelijkingsrente hoger is dan de overeengekomen rente). De rechtbank is daarom van oordeel dat het beding ook anderszins niet onredelijk bezwarend is, zodat de vorderingen van Consumentenbond c.s. zullen worden afgewezen.

Uitoefentoets

4.14. Bij al het voorgaande overweegt de rechtbank nog ten overvloede dat denkbaar is dat bij de uitoefening van de vergoedingsbedingen in individuele gevallen aanspraak is gemaakt op meer dan een redelijke vergoeding. Indien dat het geval is, zal dat kunnen worden geredresseerd langs de weg van artikel 6:248 lid 2 BW (maar niet in een collectieve actie).

4.15. Consumentenbond c.s. wordt veroordeeld in de kosten aan de zijde van NNB (...; *red.*). Het nasalaris zal worden toegewezen zoals in het dictum is bepaald.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst af het gevorderde;

5.2. veroordeelt Consumentenbond c.s. in de kosten van het geding (...; *red.*);

5.3. verklaart de veroordeling onder 5.2 uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In deze zaak – die het gevolg is van een collectieve actie – gaat het om de vraag of de bedingen, overeengekomen voor implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet, op grond waarvan de consument bij vervroegde aflossing van een hypothecaire lening een vergoeding verschuldigd is, onredelijk bezwarend zijn.

2. In de voorwaarden van de kredietgever is een regeling opgenomen voor de berekening van de verschuldigde vergoeding bij vervroegde aflossing. De overeengekomen voorwaarde heeft tot gevolg dat bij vervroegde aflossing een vergoeding verschuldigd is over het bedrag dat wordt afgelost boven het jaarlijks geldende vergoedingsvrije bedrag als de rente die de consument

betaalt hoger is dan het op het moment van aflossing geldende rentepercentage (voor een soortgelijke lening). Voor de berekening wordt de nettocontantwaardemethode gehanteerd. Belangrijk hierbij is dat voor deze berekening rekening wordt gehouden met het verschil tussen de verschuldigde rente gedurende de rentevastperiode en de rente die hoort bij de dichtstbij gelegen *kortere* rentevastperiode voor nieuwe leningen.

3. De bedingen worden getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 1993/13/EEG). Voor deze toetsing is van belang of het beding transparant is (of het beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld in de zin van art. 5 Richtlijn 1993/13/EEG) en of het evenwicht van de rechten en verplichtingen aanzienlijk wordt verstoord ten nadele van de consument (art. 3 van de richtlijn). In dit verband zijn alle omstandigheden rond/ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van belang. De vervolgvraag is of de bedingen vernietigbaar zijn ingevolge art. 6:233 aanhef en onder a BW jo. art. 6:237 onder i BW. In art. 6:237 onder i BW is opgenomen dat een beding in de algemene voorwaarden wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn als, in het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekortgeschoten, de wederpartij verplicht is een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst.

4. Gevorderd is om te oordelen dat de bedingen omtrent de vergoeding bij vervroegde aflossing onredelijk bezwarend zijn en om deze bedingen te vernietigen. De bedingen zouden onredelijk bezwarend zijn omdat zij kunnen verplichten tot betaling van meer dan alleen een vergoeding voor geleden verlies of gederfde winst. Hierbij wordt verwezen naar de regels die gelden vanaf implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet (Richtlijn 2014/17/EU). Uit art. 25 van de richtlijn volgt dat de vergoeding bij vervroegde aflossing nooit hoger mag zijn dan het door de kredietgever geleden financiële nadeel. Dit is neergelegd in art. 7:127 BW en in art. 81c Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo). De AFM heeft een leidraad vergoeding voor vervroegde aflossing van de hypotheek gepubliceerd in verband met de berekening van het

financiële nadeel. Die berekening is iets anders dan de berekeningsmethode in de onderhavige bedingen, waarbij bijvoorbeeld voor de vergelijkingsrente wordt gekozen voor de *naast betere rente*, terwijl in de onderhavige bedingen de dichtstbij gelegen *kortere* rentevastperiode wordt gebruikt voor de berekening.

Van belang is dat de hypothecaire leningen zijn gesloten voor de implementatie zodat deze regels in beginsel niet van toepassing zijn op die kredieten. Er geldt een eerbiedigende werking voor overeenkomsten die daarvoor zijn gesloten. De Richtlijn hypothecair krediet, de implementatiereggeving en de leidraad vergoeding vervroegde aflossing zijn als gevolg daarvan niet relevant voor de interpretatie van de vraag of de bedingen onredelijk bezwarend zijn.

5. Dat de regels en interpretaties volgend op de Richtlijn hypothecair krediet niet van toepassing zijn op overeenkomsten die *daarvoor* zijn gesloten, is gebaseerd op art. 43 van de richtlijn en volgt uit art. 211b Overgangswet nieuw BW, waarin staat dat art. 7:127 lid 3 BW niet van toepassing is op kredietovereenkomsten die voor de inwerkingtreding tot stand zijn gekomen. Dit geldt – hoewel niet specifiek bepaald – mijns inziens ook voor art. 81c Bgfo (hierover ook Rb. Amsterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2888). Doorslaggevend voor de toepassing van deze regels is dus wanneer de overeenkomst is gesloten. Of de vervroegde aflossing zelf plaatsvindt na inwerkingtreding is hierbij dus ook niet van belang. Er wordt geen terugwerkende kracht verleend aan de betreffende bepalingen.

6. Er zijn ook enkele uitspraken over de berekening van het financiële nadeel voor overeenkomsten en de toepassing van de regels op basis van de Richtlijn hypothecair krediet voor overeenkomsten die zijn gesloten voor inwerkingtreding van de richtlijn (verwezen wordt bijvoorbeeld naar Rb. Amsterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2888 en Rb. Rotterdam 26 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5423). Ook de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening heeft zich hier enkele malen over uitgelaten (verwezen wordt bijvoorbeeld naar: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 31 juli 2017, nr. 2017-499; Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 23 oktober 2017, nr. 2017-700; Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2 november 2017, nr. 2017-737;

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 4 maart 2019, nr. 2019-152; Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 28 juni 2019, nr. 2019-462).

Uit de uitspraken volgt dat de regels vanaf de implementatie van de richtlijn niet van belang zijn voor de interpretatie van daarvoor gesloten overeenkomsten. Of een beding met betrekking tot de vergoeding bij vervroegde aflossing onredelijk bezwarend is, moet dan ook worden beoordeeld zonder die regels in acht te nemen en door uitsluitend het beding te beoordelen op basis van de destijds geldende wetgeving, feiten en omstandigheden.

7. Bovenstaande betekent dan ook dat de rechtbank – los van de regels en leidraden die tot stand zijn gekomen vanaf/na de implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet – dient te beoordelen of de bedingen ten tijde van het tot stand komen van de kredietovereenkomsten onredelijk bezwarend waren.

8. De rechtbank beoordeelt de bedingen en komt tot de conclusie dat de bedingen *niet* onredelijk bezwarend zijn.

De rechtbank toetst hiertoe of er sprake is van een “redelijke vergoeding” in verband met het door de vervroegde aflossing geleden verlies en de gederfde winst. In dit verband neemt de rechtbank mee dat de berekening is gebaseerd op de kortere rentevastperiode (en niet de langere). De rechtbank concludeert dat dit niet per definitie oneerlijk is omdat beide keuzes verdedigbaar zijn. Hoewel de langere rentevastperiode veelal gunstiger zou zijn voor de consument, betekent dit niet direct dat de keuze voor de kortere rentevastperiode oneerlijk is.

De rechtbank beoordeelt of het beding een aanzienlijke verstoring oplevert van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument. In dat kader is van belang of de kredietgever er redelijkerwijs van uit kon gaan dat de consument het beding over de vergoeding bij vervroegde aflossing zou hebben aanvaard als hier afzonderlijk over zou zijn onderhandeld. Hiervoor neemt de rechter mee welke regels van toepassing zouden zijn indien het beding niet was overeengekomen. De rechter kijkt hierbij naar het volledige beding inzake vervroegde aflossing, zoals het zou gelden bij gebreke van het beding. De rechter concludeert dat de consument bij vervroegde aflossing een schadevergoeding

zou betalen vergelijkbaar met de verschuldigde vergoeding op grond van het beding. De rechter oordeelt dat er geen reden is om aan te nemen dat de consument het beding niet zou hebben aanvaard en oordeelt dat er geen sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht. De vordering wordt afgewezen.

9. In deze uitspraak wordt terecht (wederom) bevestigd dat de Richtlijn hypothecair krediet, de regels die de richtlijn implementeren en de interpretaties van de AFM niet van belang zijn voor overeenkomsten die voor inwerkingtreding van de regels zijn gesloten. Dergelijke regels kennen immers geen terugwerkende kracht.

Dat betekent dan ook dat van belang is of de bedingen – los van deze regels – onredelijk bezwarend zijn. De rechter dient hiertoe, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, te bepalen of het beding voldoet aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie (conform onder meer HvJ EU 7 november 2019 (*Profi credit*), ECLI:EU:C:2019:930; HvJ EU 26 maart 2019 (*Abanca Corporación Bancaria en Bankia*), ECLI:EU:C:2019:250; HvJ EU 21 maart 2013 (*RWE Vertrieb*), ECLI:EU:C:2013:180 en HvJ EU 30 april 2014 (*Kásler en Káslerné Rábai*), ECLI:EU:C:2014:282).

Hoewel de rechter hier niet expliciet op ingaat, lijkt aangenomen te worden dat het beding voldoende transparant is. Vervolgens wordt bekeken of het beding een aanzienlijke verstoring oplevert in de verhouding met de consument. De rechter doet dit conform de Europese rechtspraak op dit gebied door een vergelijking te maken met de situatie die er voor de consument zou zijn zonder beding (conform onder meer HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*)). Om te bepalen of er een aanzienlijke verstoring van het evenwicht is, moet op grond van de Europese rechtspraak met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht die zouden gelden als er op dit punt geen regeling zou zijn getroffen. Voor de beoordeling van het oneerlijke karakter moeten alle omstandigheden in acht worden genomen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. De rechter past dit in deze zaak ook toe, door een *ex tunc* toetsing, zonder te kijken naar de toepassing van het beding. Het in het geding naar voren gebrachte verwijt dat geen rekening is gehouden met de opgebouwde waarde in de (bank)sparhypotheek en het overeengekomen (fictieve) aflos-

singsschema – hetgeen niet in het beding terugkomt maar uitsluitend volgt uit de praktische toepassing – wordt dan ook terecht buiten beschouwing gelaten.

In verband met de toetsing van bedingen is interessant dat er richtsnoeren zijn gepubliceerd (*richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten* (2019/C 323/04). Hierin worden de stappen voor het toetsen van een beding aan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ook duidelijk uiteengezet.

10. De conclusie van de rechter dat het beding niet onredelijk bezwarend is door de toepassing van de kortere rentevastperiode lijkt mij gelet op het bovenstaande dan ook terecht. Dat naar de huidige maatstaven mogelijk een andere toepassing geldt, is irrelevant voor de toetsing van het beding op dat moment en is mijns inziens slechts een interpretatie van de huidige regels, zonder dat dit waarde heeft voor de vraag of het beding zoals destijds overeengekomen onredelijk bewarend kan worden geacht.

mr. J.M. van Poelgeest
advocaat te Amsterdam

119

Ontvankelijkheid van art. 3:305a-stichting en toepasselijk recht

Rechtbank Rotterdam
29 januari 2020, zaaknr. HA ZA 17-440,
ECLI:NL:RBROT:2020:614
(mr. Hofmeijer-Rutten, mr. Damsteegt-Molier,
mr. Van Achterberg)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Collectieve actie. Tussenvonnissen. Belangen moeten zich lenen voor bundeling zodat efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt bevorderd. Stichting krijgt gelegenheid zich nader uit te laten over samenstelling en omvang van groep voor wie zij opkomt met inachtneming van door rechtbank gemaakte afbakening. Voor vaststelling van toepasselijk recht geldt als gelegen waarop effecten van betrokken beleggers zijn genoteerd en verhandeld.

[BW art. 3:305a, 10:118-119; Rome-II art. 4 lid 1]

De groep waarvoor de Stichting Petrobras Compensation Foundation (hierna: de Stichting) opkomt, bestaat uit degenen die in een bepaalde periode in duidelijk omschreven effecten hebben belegd en de belangen waarin zij zijn geraakt beperken zich tot de waarde van de effecten en de beeldvorming daaromtrent. Daarmee zijn die belangen gelijksoortig en lenen zij zich voor bundeling in een collectieve actie (zie HR 27 november 2009, «JOR» 2010/43, m.nt. Frielink (WorldOnline)). Voorts is er geen aanleiding om aan te nemen dat de belangen van de Petrobras-beleggers voor wie de Stichting opkomt vanwege de commerciële belangen van de betrokken procesfinancier onvoldoende zijn gewaarborgd.

Thans is de enige relevante vraag in dezen of de ingestelde 3:305a-vordering – ongeacht welk recht op de achterliggende vorderingen van toepassing is – strekt tot behartiging van gelijksoortige belangen die zich lenen voor bundeling in de zin van art. 3:305a BW.