

## De analyse:

1. De wijzigingsbedingen (verder: bedingen) zijn geen kernbedingen en vallen onder het regime van Richtlijn 93/13 (oneerlijke bedingen).
2. Via de band van de open norm van art. 6:233 onder a BW worden de bedingen getoetst aan de Richtlijn en als geoordeeld wordt dat de bedingen oneerlijk zijn, dient de rechter de bedingen te vernietigen.
3. De enkele omstandigheid dat de bedingen op de lijst (bij de Richtlijn) voorkomen is niet voldoende om te concluderen dat de bedingen oneerlijk zijn. Wel is die omstandigheid van groot belang. Daarnaast dient getoetst te worden of de bindingen het evenwicht tussen partijen verstoren.
4. De bedingen zijn ongeclausuleerd, niet kenbaar was voor de leningnemers dat de opslag variabel was en de kostenopbouw van de opslag was ondoorzichtig (zelfs in deze procedure heeft de bank geen openheid gegeven).
5. De bedingen zijn niet transparant: in de leningdocumentatie wordt op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden en volgens welk mechanisme de opslag kan wijzigen. Gevolg hiervan is dat de leningnemers de economische gevolgen van de lening niet kunnen voorzien. De bank was gehouden om vóór het sluiten van de kredietovereenkomst de leningnemer duidelijk te informeren over de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van de opslag, hetgeen zij niet heeft gedaan.
6. Het niet voldoen aan het transparantievereiste is niet voldoende om te oordelen dat de bedingen oneerlijk zijn; wel is dit vereiste van aanzienlijk gewicht. Er moet daarnaast sprake zijn van een verstoring van het evenwicht: dat is het geval als de leningnemer in minder gunstige situatie wordt geplaatst dan hij zou hebben verkeerd zonder het aangaan van het wijzigingsbeding. Dat is in deze zaak het geval. Vastgesteld wordt daarnaast dat de bank de leningnemers niet eerlijk en niet op een billijke wijze heeft geïnformeerd over het opslagbeding.
7. De huidige lage Euribor-rente is niet een omstandigheid die in de beoordeling van het oneerlijk zijn van het beding dient te worden betrokken. Het gaat enkel om omstandigheden voorafgaande aan het afsluiten van de lening. De bank heeft nagelaten om dit voordeel (van de lage Euribor-rente) af te zetten tegen de mogelijkheid van het nadeel van een eventuele hoge Euriborstand. Om die reden kan niet gezegd worden dat de tegenprestatie van de bank duidelijk is.
8. Het verzuim van de bank (het niet verstrekken van duidelijke informatie over de bedingen) kan niet meer worden hersteld, ook niet als het argument juist zou zijn dat de leningnemers kostenloos zouden kunnen overstappen naar een andere bank.
9. Het argument van de bank dat de leningnemers worden beschermd door een rechterlijke toetsing achteraf (op basis van de redelijkheid en billijkheid) is onjuist en is niet verenigbaar met de verplichting van de rechter om de bedingen ambtshalve te toetsen op oneerlijkheid.
10. De stelling van de bank dat de leningnemers nog steeds de laagste rente betalen is geen argument dat afdoet aan de oneerlijkheid van de bedingen; de oneerlijkheid moet immers worden bepaald naar de omstandigheden ten tijde van het afsluiten van de lening.
11. Het Hof heeft daarnaast onderzocht of de uitzondering op punt j van de bijlage bij de Richtlijn (het niet hoeven vermelden van de reden van de wijziging in de

overeenkomst zelf) zich hier voordoet. Het concludeert dat deze uitzondering niet opgaat, omdat de wijziging niet is geschied op basis van een geldige reden. Van een geldige reden is sprake indien er een voldoende zwaarwegende reden is om tot wijziging van de opslag over te gaan, waarbij de reden op transparante wijze moet worden medegedeeld. De brief d.d. 26 januari 2009 (de aankondiging van de 1<sup>ste</sup> opslagverhoging) is niet transparant. De zinsnede “de ontwikkelingen op de financiële markt” is onvoldoende. De brief d.d. 24 april 2012 (de aankondiging van de 2<sup>de</sup> opslagverhoging) is wel transparant, maar of er een voldoende zwaarwegende reden was om de 1% verhoging door te voeren kan echter niet worden beoordeeld. Immers, uit de brief blijkt niet over het hoe en waarom van deze 1% opslagverhoging. Daarnaast oordeelt het hof dat de toelichting van de bank op de opslagwijziging niet deugt. Dat baseert het Hof op de financiële en economische analyses van de bank en van Martin van Rossum (is mijn stellige indruk en vermoeden).

12. Het verzoek van de bank (ingeval het Hof oordeelt dat de bedingen oneerlijk zijn) om deze uitspraak enkel toekomstige werking te geven, wordt verworpen omdat dit volgens de rechtspraak van de Europese rechter niet is toegestaan.
13. De bank heeft betoogd dat de vordering van Sdb is verjaard, omdat de individuele vorderingen van enige leningnemers zijn verjaard. Volgens de bank is de verjaringstermijn gaan lopen vanaf 26 januari 2009 (de datum van de brief met de aankondiging van de 1<sup>ste</sup> opslagverhoging). Deze verjaringstermijn bedraagt 3 jaar en dus zou de verjaring zijn voltooid op 26 januari 2012. Dat betoog van de bank wordt verworpen. Nationale verjaringstermijnen moet worden getoetst aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. De Europese rechter heeft echter een beroep op verjaring niet in alle gevallen afgekeurd. De verjaringstermijn begint te lopen de dag na de dag dat de leningnemer op het bestaan van het beding in de algemene voorwaarden is geweest. In de brief d.d. 1 februari 2009 (de aankondiging van de 1<sup>ste</sup> opslagverhoging) wordt wel medegedeeld dat de opslag wordt verhoogd, maar er wordt *niet* gewezen op het bestaan van het wijzigingsbeding. Dus niet gezegd kan worden dat de verjaring per 26 januari 2012 was voltooid. Omdat Sdb in mei 2012 is opgericht, omdat toen ook stuitingshandelingen zijn verricht en omdat de verjaringstermijn niet per 26 januari 2009 is gaan lopen, is de vordering van de Sdb niet verjaard. Op individueel niveau zal moeten worden onderzocht of er in die individuele gevallen sprake is van verjaring. Dat zal kunnen gebeuren, nadat deze procedure is beëindigd (3 maanden na 19 december 2017 bij niet instellen van cassatieberoep door de bank of na de cassatieprocedure), in individuele rechtszaken, waarin de leningnemers restitutie vorderen van het onverschuldigd betaalde bedrag aan rente.