

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.035.826/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: 850067 DX EXPL 07-839

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 5 maart 2019

inzake

DEXIA NEDERLAND B.V. (voorheen DEXIA BANK NEDERLAND N.V.),
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
tevens geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen:

XXX,
wonende te xxx,
geïntimeerde,
tevens appellante in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. J.B. Maliepaard te Bleiswijk.

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.108.455</u>		
Luxemburg	15.03.2019	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>/</u>	<u>Manuela</u> Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op:	<u>14/03/19</u>	Hoofdadministrateur

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Dexia en XXX genoemd.

Voor het verloop van het geding tot 6 november 2018 verwijst het hof naar het op die datum gewezen tussenarrest (hierna: het tussenarrest). Bij het tussenarrest heeft het hof het voornemen geuit tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU). Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over dat voornemen en de aan het HvJEU te stellen vragen.

Vervolgens hebben beide partijen zich bij akte uitgelaten, waarbij XXX producties in het geding heeft gebracht. Daarna is weer arrest gevraagd.

2. De verdere beoordeling

Inleiding

2.1. Uit de akten van partijen blijkt dat Dexia het eens is met het voornemen van het hof om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU. Volgens XXX is er geen

reden tot het stellen van vragen, althans dient het hof ook andere feiten en omstandigheden bij de vraagstelling te betrekken. Het hof ziet in hetgeen door XXX is aangevoerd geen reden terug te komen van zijn voornemen. Hetgeen partijen over de vraagstelling hebben aangevoerd, zal bij de beoordeling voor zover relevant worden betrokken.

2.2. In deze verwijzingsbeslissing zal hierna eerst een overzicht worden gegeven van de feiten en het geschil tussen partijen. Deze procedure gaat over twee overeenkomsten van effectenlease (hierna ook: de leaseovereenkomsten). Ter informatie aan het HvJEU zal het hof een kort overzicht geven van de nationale rechtspraak over dergelijke overeenkomsten. Daarna zal worden toegelicht wat de aanleiding is tot het stellen van een prejudiciële vragen. Een deel van hetgeen in deze verwijzingsbeslissing aan de orde komt, is een herhaling van overwegingen uit het tussenarrest van 6 november 2018. De in het tussenarrest vermelde vragen zijn samengevoegd tot één vraag.

Feiten en omvang van het geschil

2.3. XXX heeft twee leaseovereenkomsten gesloten met een rechtsvoorgangster van Dexia:

Nr.	Contractnr.	Datum	Naam overeenkomst	Leasesom	Looptijd	Termijnbedrag
1	59181830	04-10-1999	Korting Cadeau	€ 49.146,48	120 mnd	€ 226,71
2	59181831	04-10-1999	Korting Cadeau	€ 49.146,48	120 mnd	€ 226,71

Dexia heeft de leaseovereenkomsten, na de koper tot betaling te hebben aangemaand en in gebreke te hebben gesteld vanwege een betalingsachterstand, op 6 juni 2005 tussentijds beëindigd en eindafrekeningen opgesteld. Het op de eindafrekeningen vermelde negatieve resultaat heeft Dexia aan XXX in rekening gebracht:

Nr.	Contractnr.	Datum eindafrekening	Resultaat	Aan Dexia voldaan/verrekend
1	59181830	06-06-2005	- € 14.457,35	€ 847,16
2	59181831	06-06-2005	- € 14.457,35	niet voldaan

2.4. In eerste aanleg heeft XXX vorderingen ingesteld die ertoe strekken dat voor recht wordt verklaard dat de leaseovereenkomsten zijn vernietigd, althans ontbonden, althans dat Dexia onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. XXX vordert terugbetaling van de bedragen die zij op grond van de leaseovereenkomsten aan Dexia heeft betaald, al dan niet bij wijze van schadevergoeding, vermeerderd met rente.

2.5. Dexia heeft een tegenvordering ingesteld en gevorderd dat XXX wordt veroordeeld tot betaling van € 28.067,02, vermeerderd met rente. Dat is het totale bedrag dat XXX onder beide leaseovereenkomsten volgens Dexia nog is verschuldigd, waarbij rekening is gehouden met het betaalde of verrekende bedrag van € 847,16 (zie de tweede tabel onder 2.3).

2.6. De kantonrechter heeft Dexia veroordeeld € 2.507,69 per leaseovereenkomst aan XXX te betalen bij wijze van schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente. De vordering van Dexia is door de kantonrechter afgewezen.

2.7. Beide partijen hebben in hoger beroep grieven tegen het vonnis aangevoerd. Het hoger beroep van Dexia is erop gericht dat de vordering van XXX alsnog wordt afgewezen en haar eigen vordering wordt toegewezen. XXX beoogt in hoger beroep een hoger bedrag aan schadevergoeding te verkrijgen.

Nationale rechtspraak over overeenkomsten van effectenlease

2.8. De door XXX gesloten leaseovereenkomsten zien op beleggen met geleend geld. XXX is een geldlening verstrekt (hierna ook: de hoofdsom). Voor het bedrag van de hoofdsom heeft Dexia aandelen gekocht. De totale leasesom die XXX aan Dexia moet betalen, wordt gevormd door de hoofdsom, vermeerderd met de rente die gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst over de hoofdsom is verschuldigd. Gedurende de looptijd wordt een zogenaamde eerste aflossingstermijn betaald van € 45,38. Verder wordt niet afgelost op de hoofdsom. Gedurende de looptijd wordt in maandelijkse termijnen rente betaald (hierna: de rentetermijnen). De rente over de hoofdsom bedraagt voor XXX 12,4% per jaar. De aan Dexia betaalde rente kon, totdat de wetgever die mogelijkheid uiteindelijk per 1 januari 2001 volledig heeft afgeschaft, door de kopers als aftrekpost bij de aangifte inkomstenbelasting worden opgevoerd, vanaf 1997 is het aftrekbare rentebedrag stapsgewijs beperkt. De bedoeling van de leaseovereenkomsten is dat aan het einde van de looptijd van tien jaar de aandelen worden verkocht en met de opbrengst de hoofdsom wordt afgelost. Afhankelijk van de koers van de aandelen kan aan het einde van de looptijd een opbrengst of een restschuld voor XXX resteren. In dit geval heeft Dexia de leaseovereenkomsten overeenkomstig de algemene voorwaarden vanwege een betalingsachterstand tussentijds beëindigd en eindafrekeningen opgesteld.

2.9. Deze zaak betreft het hoger beroep dat Dexia op 15 december 2008 heeft ingesteld tegen het vonnis van de kantonrechter van 19 november 2008. Bij het hof en andere gerechten in Nederland zijn zeer veel procedures aanhangig over overeenkomsten van effectenlease waarvan Dexia de verkoper is. Het gaat om verschillende producten van effectenlease, waaronder het product dat XXX heeft afgenomen. Naar aanleiding van verschillende gerezen rechtsvragen zijn en worden proefprocedures gevoerd. Andere zaken worden in afwachting van de uitkomst van proefprocedures aangehouden. Ook de onderhavige procedure is aangehouden. Dat is de reden dat deze zaak al zo lang bij het hof aanhangig is.

2.10. De leaseovereenkomsten worden naar Nederlands recht aangemerkt als overeenkomsten van koop op afbetaling. Voor het sluiten van een overeenkomst van koop op afbetaling heeft de koper op grond van artikel 1:88 lid 1, aanhef en onder d Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) de schriftelijke toestemming nodig van zijn of haar echtgenoot. De echtgenoot die voor het aangaan van de overeenkomst geen toestemming heeft verleend, heeft het recht de overeenkomst op grond van artikel 1:89 lid 1 BW te vernietigen. Van dit recht tot vernietiging is door veel echtgenoten

van kopers gebruik gemaakt. Bij gerechten in Nederland zijn vele procedures gevoerd en thans nog aanhangig over de vraag of in het concrete geval de rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomsten van effectenlease inmiddels is verjaard. De mogelijkheid tot vernietiging van de leaseovereenkomsten speelt niet in de onderhavige zaak.

2.11. Op 8 mei 2006 is ten behoeve van de kopers van overeenkomsten van effectenlease een collectieve schikking tot stand gekomen tussen belangenbehartigers van consumenten en Dexia. Op grond van deze overeenkomst kunnen de kopers van een overeenkomst van effectenlease een schikkingsbedrag krijgen tegen finale kwijting. Bij beschikking van 25 januari 2007 (ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033) heeft dit hof deze overeenkomst verbindend verklaard op grond van artikel 7:907 lid 1 BW, waardoor de kopers aan deze collectieve schikking gebonden zijn geworden. Deze wetsbepaling is ingevoerd op grond van de Wet collectieve afwikkeling bij massaschade (WCAM). De kopers die niet met de WCAM-overeenkomst akkoord wilden gaan, dienden vóór 1 augustus 2007 een opt out-verklaring uit te brengen. Van deze mogelijkheid hebben vele kopers gebruik gemaakt. Ook XXX heeft een opt out-verklaring uitgebracht, zodat de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst haar niet bindt.

2.12. Door kopers die een opt out-verklaring hebben uitgebracht, worden tegen Dexia procedures gevoerd tot verkrijging van schadevergoeding. De gevorderde schade ziet op betaalde rente, aflossing, eventuele kosten en/of een ontstane restschuld. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van Dexia geldt naar vaste nationale rechtspraak als uitgangspunt dat op Dexia als verkoper van overeenkomsten van effectenlease een bijzondere zorgplicht rust die bestaat uit een precontractuele waarschuwingsplicht en een onderzoeksplicht. Dexia diende de kopers te waarschuwen voor het risico op het ontstaan van een restschuld. Daarnaast diende Dexia in het kader van haar onderzoeksplicht bij de kopers informatie in te winnen over hun inkomens- en vermogenspositie. Als Dexia behoorde te begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen van een overeenkomst van effectenlease een onaanvaardbaar zware financiële last voor de koper vormden, had zij het aangaan van de overeenkomst van effectenlease behoren te ontraden.

2.13. Schending van een of beide genoemde precontractuele verplichtingen leidt ertoe dat Dexia is gehouden de schade van de koper te vergoeden die als het gevolg daarvan aan Dexia kan worden toegerekend. De schadevergoedingsplicht van Dexia wordt verminderd voor zover aan de koper toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen oftewel in geval van eigen schuld (artikel 6:101 BW). Naar vaste rechtspraak geldt als uitgangspunt dat uit de overeenkomsten van effectenlease die Dexia heeft aangeboden voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat een geldlening werd verstrekt, dat over die lening rente moest worden betaald en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald. Die omstandigheden brengen mee dat Dexia een deel van de schade van de kopers niet hoeft te vergoeden. Als Dexia haar waarschuwingsplicht heeft geschonden, wordt naar vaste rechtspraak de restschuld in beginsel tussen de koper en Dexia verdeeld in de verhouding 1 staat tot 2. Dit betekent concreet dat Dexia bij wijze van

schadevergoeding twee derde deel van de restschuld aan de koper moet vergoeden. Als Dexia haar onderzoeksplicht niet is nagekomen en ten tijde van het aangaan van een leaseovereenkomst had moeten begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen daarvan een onaanvaardbaar zware financiële last voor de koper vormden, wordt in de regel dezelfde schadeverdeling aangehouden. Die verdeling heeft dan, naast een eventuele vergoeding voor een ontstane restschuld, betrekking op de door de koper betaalde rentetermijnen en kosten. Twee derde deel daarvan dient in beginsel door Dexia te worden vergoed.

2.14. In dit geval heeft XXX de eindafrekening van Dexia niet willen voldoen en heeft zij de ontstane restschuld (zie de tweede tabel onder 2.3) dus nog niet betaald. Uitgaande van de genoemde vaste rechtspraak zal in beginsel in deze procedure worden beslist dat XXX twee derde deel van de ontstane restschuld niet aan Dexia hoeft te voldoen. Een derde deel daarvan zal zij aan Dexia moeten betalen. Of de leaseovereenkomsten op het moment van het sluiten daarvan naar verwachting voor XXX tot een onaanvaardbaar zware financiële last zouden leiden zodat zij aanspraak heeft op een deel van de betaalde rentetermijnen, dient in dit geding nog te worden onderzocht. De uitkomst van dat onderzoek is niet van belang voor de beantwoording van de door het hof te stellen prejudiciële vragen.

Aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen

2.15. Het gaat in dit geding om een geschil tussen een financiële dienstverlener als verkoper van een financieel product en een consument. Het geschil ziet onder andere op de uitleg van de leaseovereenkomsten. Het hof dient ambtshalve na te gaan of een aan de vordering ten grondslag liggend beding in de toepasselijke algemene voorwaarden uit het oogpunt van richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 (Publicatieblad nr. L 95 van 21 april 1993, p. 29-34) betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: richtlijn 93/13) gegeven criteria oneerlijk is, wanneer hij heeft vastgesteld dat het beding binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Tevens dient het hof ambtshalve over te gaan tot vernietiging van een contractueel beding waarvan hij het oneerlijke karakter uit het oogpunt van de in richtlijn 93/13 gegeven criteria heeft vastgesteld.

2.16. Bij het opstellen van de eindafrekeningen van beide leaseovereenkomsten heeft Dexia toepassing gegeven aan de artikelen 6 en 15 van de op de leaseovereenkomsten toepasselijke “Bijzondere voorwaarden effecten lease” (hierna: de Bijzondere voorwaarden). Deze bepalingen luiden als volgt, waarbij Dexia met “de Bank” wordt aangeduid:

“6. Indien (a) lessee na schriftelijke ingebrekestelling nalatig blijft met het betalen van één of meer maandtermijnen of het nakomen van enige andere verplichting uit hoofde van de overeenkomst of enige andere soortgelijke leaseovereenkomst als de onderhavige overeenkomst, of (b) lessee surséance van betaling aanvraagt of failliet wordt verklaard, is de Bank gerechtigd de overeenkomst en alle andere soortgelijke leaseovereenkomsten terstond te beëindigen en het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen lease-som(-men) uit hoofde van alle lopende leaseovereenkomsten soortgelijk als de onderhavige overeenkomst in zijn geheel op te eisen en de waarden te verkopen op een door de Bank te

bepalen moment ter beurze of anderszins. De Bank zal de opbrengst van die verkoop in mindering brengen op datgene wat lessee haar verschuldigd is. Een eventueel batig saldo zal alsdan door de Bank aan lessee worden uitbetaald.

15. (...) In geval van ontbinding van de overeenkomst zal de vordering van lessee bestaan in een bedrag gelijk aan de verkoopwaarde van de waarden op de datum van ontbinding verminderd met een bedrag gelijk aan de contante waarde van het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom. De contante waarde wordt berekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 7A:1576e lid 2 BW.”

2.17. Artikel 7A:1576e (oud) BW, waarnaar in artikel 15 Bijzondere voorwaarden wordt verwezen luidde:

- “1. De koper is steeds bevoegd tot vervroegde betaling van één of meer eerstvolgende termijnen van den koopprijs.
2. In geval van vervroegde betaling ineens van het geheele nog verschuldigde bedrag heeft hij recht op een aftrek, berekend naar vijf ten honderd 's jaars over elken daarbij vervroegd betaalden termijn.
3. Van de bepalingen van dit artikel kan ten voordeele van den koper door partijen worden afgeweken.”

2.18. In zijn prejudiciële beslissing van 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, is de Hoge Raad tot het oordeel gekomen dat artikel 6 Bijzondere voorwaarden als een oneerlijk beding in de zin van richtlijn 93/13 moet worden aangemerkt. Volgens de Hoge Raad is de rechter gehouden dit beding in een geschil tussen een koper en Dexia op grond van artikel 6:233 BW te vernietigen voor zover het betrekking heeft op de rentetermijnen die ten tijde van de beëindiging van de leaseovereenkomst nog toekomstig waren. Op die rentetermijnen kan dus volgens de Hoge Raad op grond van artikel 6 Bijzondere voorwaarden door Dexia geen aanspraak worden gemaakt. De gevolgen van de vernietiging van dit beding worden volgens de Hoge Raad beheerst door aanvullend nationaal recht.

2.19. Het gerechtshof Den Haag heeft in zijn arrest van 18 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2313 het voornemen geuit naar aanleiding van deze prejudiciële beslissing vragen te stellen aan het HvJEU. De vragen hebben betrekking op de gevolgen die intreden als artikel 6 Bijzondere voorwaarden wordt vernietigd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat na vernietiging van dit beding Dexia de bevoegdheid behoudt om de overeenkomst te ontbinden en jegens de koper aanspraak kan maken op schadevergoeding op grond van artikel 6:277 BW (zie hierna 2.25 voor de tekst van deze bepaling). Het gerechtshof Den Haag heeft overwogen dat het bedrag dat Dexia kan vorderen op grond van het aanvullende recht (artikel 6:277 BW) mogelijk hoger is dan Dexia op grond van artikel 6 en 15 Bijzondere voorwaarden in rekening heeft gebracht. Dit wordt veroorzaakt door het verschil tussen het in artikel 15 Bijzondere voorwaarden gefixeerde voordeel en het werkelijke voordeel dat Dexia vanaf 2006 gedurende de resterende looptijd over het vervroegd ontvangen bedrag kan realiseren. Gezien de stand van de rente in 2006 kan het gefixeerde voordeel hoger zijn dan het werkelijke voordeel voor Dexia, zodat bij toepassing van het nationale recht een lager bedrag van de vordering van Dexia wordt afgetrokken en de schadevergoeding voor Dexia daardoor hoger wordt. Als gevolg van het tijdsverloop en de dalende rente zou

de koper in de concrete aan het gerechtshof Den Haag voorliggende situatie aldus bij toepassing van het aanvullende recht (artikel 6:277 BW) nadeliger uit kunnen zijn dan in het geval artikel 6 en 15 Bijzondere voorwaarden zouden worden toegepast.

2.20. De door het gerechtshof Den Haag in het arrest van 18 september 2018 voorgestelde vragen luiden als volgt:

1. Kan de gebruiker van een vernietigd oneerlijk beding, dat strekte tot betaling van een vergoeding bij niet-nakoming door de consument van diens verbintenissen, een beroep doen op de bij wege van aanvullend recht geldende wettelijke schadevergoeding?
2. Maakt het voor de beantwoording van deze vraag nog verschil of de vergoeding waarop bij toepassing van de wettelijke schadevergoedingsregeling aanspraak kan worden gemaakt, gelijk is aan dan wel lager of hoger is dan de vergoeding overeenkomstig het vernietigde beding?

2.21. Het hof zal eveneens naar aanleiding van het genoemde arrest van de Hoge Raad een prejudiciële vraag stellen aan het HvJEU. Bij dit hof zijn vragen gerezen naar aanleiding van de wijze waarop de Hoge Raad tot het oordeel is gekomen dat artikel 6 Bijzondere voorwaarden als een oneerlijk beding in de zin van richtlijn 93/13 dient te worden aangemerkt. Het gaat om de uitleg die de Hoge Raad aan richtlijn 93/13 en de rechtspraak van het HvJEU heeft gegeven. De vraag van het hof naar de te hanteren maatstaf hangt samen met de door het gerechtshof Den Haag opgeworpen vragen over de gevolgen die de rechter aan een oneerlijk beding dient te verbinden (zie in zoverre hierna onder 2.31 e.v.).

De aard van het beding

2.22. Artikel 6 Bijzondere voorwaarden geeft Dexia de bevoegdheid in geval van wanbetaling door de lessee de leaseovereenkomst tussentijds te beëindigen. Door deze beëindiging wordt het onbetaalde deel van de leasesom, bestaande uit de hoofdsom en de resterende rentetermijnen, onmiddellijk in zijn geheel opeisbaar. Het nog verschuldigde deel van de leasesom wordt daarbij op grond van artikel 15 Bijzondere voorwaarden overeenkomstig artikel 7A:1576e lid 2 (oud) BW verminderd. Deze bepaling is van dwingend recht, daarvan kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, en ziet op de situatie dat de koper besluit het nog verschuldigde bedrag, bestaande uit de hoofdsom en de toekomstige rentetermijnen vervroegd af te lossen. Met artikel 15 Bijzondere voorwaarden is deze wetsbepaling door Dexia van overeenkomstige toepassing verklaard op het geval waarin zij als verkoper na wanbetaling overgaat tot tussentijdse beëindiging van een leaseovereenkomst.

2.23. Toepassing van artikel 7A:1576e lid 2 (oud) BW houdt in dat op het nog verschuldigde deel van de leasesom een aftrek van 5% per jaar wordt toegepast. Dat wordt in artikel 15 Bijzondere voorwaarden aangeduid als de “contante waarde van het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom” (hierna ook aan te duiden als het contant maken van haar vordering door Dexia). Aangezien de onbetaalde leasesom bestaat uit (i) de totale hoofdsom van de lening (verminderd met de eerste aflossingstermijn van € 45,38) en (ii) de totaal nog verschuldigde rentetermijnen,

worden deze beide bedragen bij een beëindiging van de overeenkomst contant gemaakt door daarop een aftrek toe te passen van 5% per jaar. De periode waarover het restant van de leasesom contant wordt gemaakt, is de resterende looptijd van de leaseovereenkomst. Uit de in de procedure overgelegde eindafrekeningen blijkt dat Dexia op deze wijze zowel de hoofdsom als de 52 resterende rentetermijnen contant heeft gemaakt, waarbij ten aanzien van de rentetermijnen rekening is gehouden met hun respectievelijke vervaldata.

2.24. Het contant maken van haar vordering door Dexia betekent concreet het volgende. Per leaseovereenkomst is van de resterende hoofdsom van € 21.895,42 (€ 21.940,80 verminderd met de eerste aflossingstermijn van € 45,38) een bedrag van € 17.714,18 door Dexia in rekening gebracht (het verschil is € 4.181,24). Van de 52 resterende rentetermijnen van elk € 226,71, totaal berekend op € 11.789,13, is een bedrag van € 10.604,66 in rekening gebracht (het verschil is € 1.184,47). Door toepassing van artikel 15 Bijzondere voorwaarden is dus in totaal een aftrek toegepast van € 5.365,71 (€ 4.181,24 + € 1.184,47) per leaseovereenkomst. Dit is het bedrag waarop het voordeel van Dexia is gefixeerd.

Toepassing van de nationale wettelijke regeling bij ontbinding van de overeenkomst

2.25. Zonder artikel 6 Bijzondere voorwaarden had Dexia bij wanbetaling door de koper de mogelijkheid de leaseovereenkomsten te ontbinden op grond van de nationale wettelijke regeling (artikel 6:265 BW). In dat geval heeft Dexia recht op vergoeding van de schade die zij lijdt doordat geen wederzijdse nakoming, maar ontbinding plaatsvindt. Artikel 6:277 BW bepaalt:

“Wordt een overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbonden, dan is de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd, verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt, doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt.”

2.26. De schade van Dexia wordt gevormd door het zogeheten positieve contractsbelang. Dat wordt vastgesteld door een vergelijking te maken van de situatie waarin Dexia zich na ontbinding bevindt, met die waarin de overeenkomst was nagekomen. Bij ontbinding loopt Dexia de nog verschuldigde rentetermijnen mis, hetgeen in beginsel haar schade vormt in de zin van artikel 6:277 BW.

2.27. Daarnaast heeft Dexia bij ontbinding recht op terugbetaling van de hoofdsom op grond van artikel 6:271 BW. Deze bepaling luidt:

“Een ontbinding bevrijdt de partijen van de daardoor getroffen verbintenissen. Voor zover deze reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties.”

2.28. Een ontbinding heeft dus tot gevolg dat Dexia, na verrekening met de opbrengst van de aandelen, de hoofdsom en een bedrag aan schadevergoeding gelijk aan de totaal nog verschuldigde rentetermijnen verkrijgt. De Hoge Raad is in zijn

prejudiciële beslissing van 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 ervan uitgegaan dat Dexia als financiële dienstverlener een ontvangen bedrag direct weer rentedragend kan maken. Dexia heeft volgens de Hoge Raad in zoverre een voordeel in vergelijking met de situatie waarin zij gedurende de resterende looptijd van de overeenkomst de rentetermijnen zou verkrijgen en de hoofdsom na afloop daarvan.

Als de vordering tot schadevergoeding na ontbinding aan de rechter zou worden voorgelegd, zal deze dit rentevoordeel dat door de ontbinding ontstaat begroten en dat op de schadevergoeding uit hoofde van de nog verschuldigde rentetermijnen in mindering brengen. Hoe groot die aftrek in concrete gevallen zal zijn en welke (reken)rente zal worden gehanteerd, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, met name de hoogte van het rentepercentage waartegen na een tussentijdse beëindiging een vervroegd verkregen bedrag gedurende de resterende looptijd kan worden uitgezet.

Toetsing aan richtlijn 93/13

2.29. De Hoge Raad is tot het oordeel gekomen dat artikel 6 Bijzondere voorwaarden een oneerlijk beding is uit het oogpunt van de criteria van richtlijn 93/13. In aanmerking is genomen dat het voordeel dat voor Dexia ontstaat doordat na de beëindiging van de leaseovereenkomst het restant van de leasesom wordt verkregen, bij voorbaat wordt gefixeerd op een aftrek van 5% per jaar. De Hoge Raad oordeelt dat Dexia aldus een onevenredig hoge schadevergoeding verkrijgt. Het voordeel voor Dexia kan, afhankelijk van de hoogte van de rente en het tijdstip waarop de beëindiging of ontbinding plaatsvindt, zeer aanzienlijk zijn. De aftrek van 5% per jaar compenseert volgens de Hoge Raad slechts voor een gering deel het voordeel voor Dexia. Als het voordeel voor Dexia hoger is dan overeenkomt met dit percentage, komt dat verschil niet in mindering op de vergoeding die Dexia verkrijgt. Aan de oneerlijkheid van het beding kan volgens de Hoge Raad niet afdoen dat het voordeel voor Dexia als gevolg van de ontbinding, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook zeer gering of nihil kan zijn. Bij de beoordeling gaat het volgens de Hoge Raad om de gevolgen die het beding voor de consument kan hebben, en om de aantasting van diens rechtspositie door het beding, beide beoordeeld naar het moment van het aangaan van de overeenkomst (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, 3.8.1-3.8.2). Anders dan XXX in de akte na het tussenarrest aanvoert, maakt het blijkens de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad (zie onder 3.6.4 daarvan) voor de toetsing van de oneerlijkheid van het beding geen verschil of het recht van Dexia tot beëindiging van de leaseovereenkomsten bij wanbetaling op grond van artikel 6 Bijzondere voorwaarden wordt uitgelegd als een bevoegdheid tot ontbinding of als een contractuele beëindiging.

2.30. Uit het voorgaande volgt dat de Hoge Raad in abstracto toetst of het beding in vergelijking met de wettelijke regeling nadelige gevolgen voor de consument kan hebben. Uit de prejudiciële beslissing volgt niet in welke mate het beding concreet voor de consument nadeliger is dan de wettelijke regeling. Dat onder omstandigheden nadeel kan ontstaan, is blijkens de prejudiciële beslissing al voldoende om het beding in het licht van de criteria van richtlijn 93/13 als oneerlijk aan te merken. Aan dit oordeel staat volgens de Hoge Raad niet in de weg dat het beding afhankelijk van de

omstandigheden gedurende de looptijd niet nadelig voor de consument hoeft uit te werken en ook niet dat het beding in concreto voor de consument niet nadelig is op het moment van de beëindiging van de overeenkomst in vergelijking met de wettelijke regeling, wat het geval is als het voordeel voor Dexia op dat moment gelijk is aan of lager is dan het op basis van het beding gefixeerde voordeel.

2.31. De uitgangspunten zoals geformuleerd door de Hoge Raad kunnen tot gevolg hebben, zoals ook volgt uit het arrest van 18 september 2018 van het gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2018:2313), dat de rechter de samenhangende artikelen 6 en 15 van de Bijzondere voorwaarden als oneerlijk dient te beschouwen en tot vernietiging dient over te gaan, ook als de consument geen nadeel ondervindt door de toepassing daarvan. Uitgaande van artikel 6:277 BW kan de rechter bij het vaststellen van de schade van Dexia als gevolg van de ontbinding een aftrek toepassen in verband met het rentevoordeel dat Dexia verkrijgt op het moment van de ontbinding. Bij een lage rentestand kan dit leiden tot een aftrek die lager is dan de aftrek van 5% per jaar die op grond van artikel 15 Bijzondere voorwaarden gedurende de resterende looptijd over de nog verschuldigde leasesom kan worden verkregen.

2.32. De door de Hoge Raad gegeven uitleg van richtlijn 93/13 en van de rechtspraak van het HvJEU, waarbij de enkele mogelijkheid op het ontstaan van nadeel voor de consument voldoende is om een beding als oneerlijk aan te merken, brengt mee dat het hof twijfelt over de maatstaf die bij de toetsing in het licht van richtlijn 93/13 dient te worden gehanteerd. Bij wijze van prejudiciële vragen zal het hof die voorleggen aan het HvJEU. Hierna zal het hof een nadere toelichting geven, waarbij gezien de Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures (Publicatieblad nr. C 439 van 25 november 2016, p. 1-8) het hof waar mogelijk zal aangeven welk antwoord volgens hem op de prejudiciële vragen moet worden gegeven.

Toelichting op de vraagstelling in het licht van de rechtspraak van het HvJEU

2.33. Het hof leest de artikelen 6 en 15 van de Bijzondere voorwaarden in onderlinge samenhang gezien aldus dat deze contractueel regelen op welke bedragen Dexia aanspraak kan maken bij een tussentijdse beëindiging van de leaseovereenkomst. De toetsing van deze samenhangende bedingen aan richtlijn 93/13 dient plaats te vinden aan de hand van alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst (artikel 4 van richtlijn 93/13). Om te bepalen of een beding een “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt ten nadele van de consument, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling zouden hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter beoordelen of, en in voorkomend geval in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie brengt dan die welke het geldende nationale recht bepaalt (HvJEU 14 maart 2013, Aziz, ECLI: EU:C:2013:164, punt 68).

2.34. Met de artikelen 6 en 15 van de Bijzondere voorwaarden wordt het rentevoordeel dat voor Dexia ontstaat, doordat zij het vervroegd verkregen bedrag gedurende de resterende looptijd kan uitzetten, gefixeerd op een bedrag gelijk aan 5% per jaar van de verschuldigde hoofdsom en van de verschuldigde resterende rentetermijnen. Die bedragen worden op de eindafrekening in mindering gebracht op respectievelijk de verschuldigde hoofdsom en de verschuldigde resterende rentetermijnen (zie ook 2.23 en 2.24). In zoverre is Dexia met deze bedingen afgeweken van het nationale recht (artikel 6:277 BW), waarin een in aanmerking te nemen rentevoordeel in het kader van de schadebegroting niet bij voorbaat is gefixeerd op een bepaald percentage van de resterende leasesom. De fixatie van het voordeel op 5% van de resterende leasesom heeft tot gevolg dat de bedingen een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3 van richtlijn 93/13 in zich *kunnen* dragen die zich manifesteert afhankelijk van de gebeurtenissen die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst, in het bijzonder de hoogte van de rente ten tijde van de ontbinding van de overeenkomst. De enkele mogelijkheid dat een beding invloed heeft op de rechtspositie van de consument, als zich bepaalde omstandigheden gedurende de looptijd van de overeenkomst voordoen, in het bijzonder ten aanzien van de rentestand, is in zijn algemeenheid niet voldoende om al tot de conclusie te kunnen komen dat het beding – kort gezegd – oneerlijk is. Met de enkele constatering dat op het moment van de beëindiging van de overeenkomst *mogelijk* een voordeel voor de verkoper kan ontstaan, ontbreekt een concreet referentiekader om ten tijde van het aangaan van de leaseovereenkomst te kunnen beoordelen *in welke mate* de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie brengt dan die bestaat bij toepassing van het nationale recht. Met name kan bij gebreke van de noodzakelijke vergelijking niet worden vastgesteld of gesproken kan worden van een “aanzienlijke verstoring van het evenwicht”. Evenmin kan zonder dat een vergelijkend onderzoek heeft plaatsgevonden worden beoordeeld of sprake is van een verstoring van het evenwicht “in strijd met de goede trouw” (vgl. HvJEU 14 maart 2013, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, punten 68 en 69).

2.35. Naar het oordeel van het hof dient bij de toetsing aan de criteria van richtlijn 93/13 tot uitgangspunt worden genomen dat een effectenleaseovereenkomst een duurovereenkomst is. De leaseovereenkomsten die XXX heeft gesloten, hebben een looptijd van tien jaar. Dexia heeft vele soortelijke overeenkomsten met andere kopers gesloten. De looptijd daarvan verschilt en kan oplopen tot twintig jaar. Inherent aan deze duurovereenkomsten is dat bij het aangaan daarvan nog onzeker is of voor Dexia een voordeel ontstaat als de overeenkomst op enig moment tussentijds wegens wanbetaling wordt beëindigd en hoe groot dat voordeel dan zal zijn. Dat zal met name afhangen van de hoogte van het rentepercentage waartegen na een tussentijdse beëindiging een vervroegd verkregen bedrag gedurende de resterende looptijd kan worden uitgezet. Artikel 15 Bijzondere voorwaarden beëindigt die onzekerheid, die naar de aard van de zaak op het moment van het sluiten van de overeenkomst bestaat, door het mogelijke voordeel bij voorbaat gedurende de resterende looptijd te fixeren op 5% per jaar van de resterende leasesom.

2.36. Daarvan uitgaande is naar het oordeel van het hof bij de toetsing van artikel 6 en 15 Bijzondere voorwaarden aan de criteria van richtlijn 93/13 de rentestand ten

tijde van het sluiten van de overeenkomst niet beslissend. Bij de toetsing dient het te gaan over de vraag of in het licht van alle reeds kenbare omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst het fixeren van het mogelijke voordeel van Dexia op, kort gezegd, 5% per jaar over de nog verschuldigde leasesom al of niet oneerlijk is. Bij deze wijze van toetsing zal het beding bijvoorbeeld moeten worden vergeleken met de berekeningsmethoden die in de regel in vergelijkbare gevallen van koop op afbetaling worden gebruikt, welke rekenrente in rechte bij het contant maken van bedragen wordt gebruikt en de rekenrente die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in de betreffende markt werd gehanteerd voor overeenkomsten met een hoofdsom en een looptijd vergelijkbaar met die van de betrokken overeenkomst (vgl. HvJEU 26 januari 2017, Banco Primus, ECLI:EU:C:2017:60, punten 58-61 en 64-65). Van belang zal zijn de ten tijde van de contractsluiting, gelet op de looptijd van het contract, verwachte ontwikkeling van de rente, met name de mogelijke afwijking van het percentage van 5%. In het licht van onder andere deze feiten en omstandigheden moet de vraag worden beantwoord of het aannemelijk is dat de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument zou aanvaarden dat bij tussentijdse beëindiging wegens wanbetalig het voordeel van Dexia, in afwijking van de wettelijke regeling, op grond van de artikelen 6 en 15 Bijzondere voorwaarden wordt gefixeerd, indien daarover afzonderlijk was onderhandeld, rekening houdend met de deskundigheid en de kennis van de verkoper met betrekking tot mogelijke renteontwikkelingen en in aanmerking nemende dat bij toepassing van de wettelijke regeling van artikel 6:277 BW het te verrekenen voordeel bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding niet is gefixeerd (vgl. HvJEU 14 maart 2013, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, punten 68-69 en HvJEU 20 september 2017, Andriciuc, ECLI:EU:C:2017:703, punten 57 en 58).

2.37. Uit het arrest van het HvJEU van 7 augustus 2018, Banco Santander, ECLI:EU:2018:643 volgt dat met richtlijn 93/13 verenigbaar is nationale rechtspraak die uitgaat van bepaalde criteria voor de beoordeling van de oneerlijkheid van bedingen en ter bepaling van de gevolgen die aan de oneerlijkheid dienen te worden verbonden. Het HvJEU heeft daartoe overwogen dat dergelijke rechtspraak strookt met de door richtlijn 93/13 nagestreefde doelstelling van bescherming van de consument. In dit arrest ging het over rechtspraak die inhoudt dat een beding als oneerlijk dient te worden aangemerkt wanneer de consument die een betalingsachterstand oploopt een schadevergoeding krijgt opgelegd waarbij de vertragsrente meer dan twee procentpunten hoger is dan de in die overeenkomst vastgelegde gewone rente. In die gevallen wordt krachtens de nationale rechtspraak de verhoging die de vertragsrente belooft ten opzichte van de gewone rente geheel geschrapt, terwijl de gewone rente blijft doorlopen. De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad verschilt van deze rechtspraak, want daarin worden niet bepaalde criteria geformuleerd aan de hand waarvan de lagere rechters moeten beoordelen of contractuele bedingen oneerlijk zijn, maar is de strekking daarvan dat artikel 6 Bijzondere voorwaarden in alle gevallen door lagere rechters als oneerlijk dient te worden aangemerkt, reeds omdat dit beding nadelige gevolgen voor de consument kan hebben als zich bepaalde omstandigheden voordoen gedurende de looptijd van de overeenkomst.

Gevolgen van de vernietiging

2.38. Gelet op de prejudiciële vragen die het gerechtshof Den Haag aan het HvJEU zal stellen, zal slechts kort worden ingaan op de gevolgen die volgens het hof intreden als tot vernietiging van een beding wordt overgegaan. Hiervoor in 2.33 is overwogen dat het hof de artikelen 6 en 15 van de Bijzondere voorwaarden in onderlinge samenhang gezien aldus leest dat deze contractueel regelen op welke bedragen Dexia aanspraak kan maken bij een tussentijdse beëindiging van de leaseovereenkomst. Als tot het oordeel wordt gekomen dat deze bedingen, kort gezegd, oneerlijk zijn in het licht van de criteria van richtlijn 93/13 dienen deze in zoverre te worden vernietigd.

2.39. Na vernietiging blijft de overeenkomst partijen binden zonder het beding, tenzij de overeenkomst dan niet kan voortbestaan (artikel 6 van richtlijn 93/13). Een leaseovereenkomst kan voortbestaan zonder dat daarin is geregeld op welke schadevergoeding Dexia bij ontbinding of beëindiging aanspraak kan maken. De bedingen zijn ondergeschikt aan en kunnen worden afgescheiden van de rest van de leaseovereenkomst. De vernietiging van de genoemde bedingen, zonder dat Dexia de mogelijkheid heeft om vervolgens aanspraak te maken op schadevergoeding op grond van het nationale recht, zal tot gevolg hebben dat Dexia geen recht op schadevergoeding bij ontbinding of beëindiging geldend kan maken. Wel kan zij aanspraak maken op ongedaanmaking, wat betekent dat de lening door de koper moet worden terugbetaald, onder verrekening van de waarde van de verkochte aandelen. De vernietiging van de bedingen heeft daarmee voor Dexia ingrijpende gevolgen, maar deze consequentie past naar het oordeel van het hof bij de hiervoor beschreven maatstaf die de nationale rechter bij de toetsing van een beding dient te hanteren. Daarbij is niet voldoende dat het beding de mogelijkheid van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de verkoper en de consument in zich draagt, maar dient op basis van een vergelijkend onderzoek aan de hand van de reeds kenbare omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst beoordeeld te worden of daadwerkelijk sprake is van een “aanzienlijke verstoring” van de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen “in strijd met de goede trouw”. Naast de bescherming van de consument dient deze consequentie blijkens de rechtspraak van het HvJEU de verwezenlijking van de zelfstandige doelstelling van richtlijn 93/13 om met doeltreffende en geschikte middelen een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen (artikel 7 van richtlijn 93/13). Van het enkel schrappen van het beding gaat een afschrikkende werking uit. Als de rechter het beding zou kunnen herzien, de overeenkomst zou kunnen aanvullen of de verkoper aanspraak kan maken op schadevergoeding op grond van de regeling van nationaal recht, zou dat de verwezenlijking van de doelstelling van artikel 7 in gevaar brengen (vgl. HvJEU 14 juni 2012, Banco Español, ECLI:EU:C:2012:349, punten 65-73, HvJEU 30 april 2014, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282, punten 76-85 en HvJEU 26 januari 2017, Banco Primus, ECLI:EU:C:2017:60, punten 71-75).

Vraagstelling

2.40. De artikelen 6 en 15 Bijzondere voorwaarden zijn in tal van effectenlease-overeenkomsten opgenomen die door Dexia zijn gesloten. Bij het hof en andere gerechten in Nederland is een groot aantal zaken aanhangig van uiteenlopende producten van effectenlease, met verschillende looptijden, uiteenlopende momenten waarop de beëindiging daarvan heeft plaatsgevonden en waarin deze bedingen voorkomen. De twijfel over de toepasselijke maatstaf die bij de toetsing in het kader van richtlijn 93/13 dient te worden gehanteerd, welke vraag in een groot aantal soortgelijke zaken aan de orde zal komen, brengt het hof tot de volgende vraag van uitleg:

Dient richtlijn 93/13 aldus te worden uitgelegd dat een beding uit oogpunt van de in deze richtlijn gegeven criteria reeds als oneerlijk dient te worden aangemerkt, als dat beding, beoordeeld naar alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de enkele mogelijkheid van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in zich draagt afhankelijk van de omstandigheden die zich gedurende de looptijd van de overeenkomst voordoen, in het bijzonder doordat het beding een mogelijk voordeel dat op het moment van vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst voor de verkoper ontstaat bij voorbaat fixeert op een bepaald percentage van de resterende leasesom, in afwijking van de toepasselijke regels van nationaal recht waarbij dat voordeel niet bij voorbaat is gefixeerd maar dient te worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden rond de beëindiging van de overeenkomst, in het bijzonder de hoogte van het rentepercentage waartegen een vervroegd ontvangen bedrag gedurende de resterende looptijd kan worden uitgezet?

2.41. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden. Het geding zal worden geschorst totdat het HvJEU uitspraak heeft gedaan.

3. Beslissing

Het hof:

verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor onder 2.40 vermelde vraag uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak heeft gedaan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W. Hoekzema, M.P. van Achterberg en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 5 maart 2019.