

C-289/19 - 1

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.131.549/01

Zaaknummer rechtbank : 1323572 CV EXPL 12-1091

arrest d.d. 2 april 2019

inzake

Dexia Nederland B.V.,

gevestigd te Amsterdam,
appellante,
hierna te noemen: Dexia,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Ingeschreven in het register van het		
Hof van Justitie onder nr. <u>1.112.254</u>		
Luxemburg	10.04.2019	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: _____		<i>Handwritten signature</i>
Neergelegd op: <u>09.04.2019</u>		Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

tegen

Z

wonende te [woonplaats], gemeente [gemeente],
geïntimeerde,
hierna te noemen: [geïntimeerde],
advocaat: mr. J.B. Maliepaard te Bleiswijk, gemeente Lansingerland,

Het verdere verloop van het geding

Voor het verloop van het geding tot 18 september 2018 verwijst het hof naar zijn arrest van die datum.

Na dit arrest hebben Dexia en [geïntimeerde] gelijktijdig een akte respectievelijk antwoordakte na tussenarrest genomen.

Vervolgens heeft Dexia een antwoordakte genomen, waarna [geïntimeerde] een antwoord akte na tussenarrest heeft genomen.

Daarna zijn de akten overgelegd en is arrest gevraagd.

De verdere beoordeling van het hoger beroep

1.1 In het arrest van 18 september 2018 zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) te stellen alsmede over de inhoud van de te stellen vragen.

1.2 Beide partijen hebben zich schriftelijk over de vragen uitgelaten.

1.3 Dexia heeft in haar eerste akte, kort gezegd, voorgesteld om, voor het geval het hof zijn voornemen tot het stellen van prejudiciële vragen mocht handhaven, ook vragen te stellen over de oneerlijkheid van het door haar gehanteerde schadevergoedingsbeding. In haar tweede akte heeft zij erop gewezen dat ook het Gerechtshof Amsterdam bij arrest van 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4063 het voornemen heeft aangekondigd om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU, die in lijn liggen met de door Dexia als eerste gesuggereerde vraag over de oneerlijkheid van het schadevergoedingsbeding. Nu het Amsterdamse hof al vragen stelt over de oneerlijkheid van het beding, acht dit hof het (reeds om deze reden) niet noodzakelijk om daarover ook vragen te stellen. Aan het verzoek van Dexia om de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam af te wachten waarbij de vragen aan het HvJEU worden gesteld, wordt voorbijgegaan,

omdat het Amsterdamse hof inmiddels het arrest heeft gewezen waarin prejudiciële vragen worden gesteld (uitspraak van 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:657).

- 1.4 Het hof acht de in het tussenarrest van 18 september 2018 geformuleerde vraag 1 duidelijk en aan gaat om die reden voorbij aan het verzoek van [geïntimeerde] in haar antwoord akte na tussenarrest van 16 oktober 2018 om de vraag iets explicieter te formuleren.
- 1.5 Het verzoek van [geïntimeerde] om als er vragen worden gesteld over de oneerlijkheid van het beding aan die vragen nog een vraag toe te voegen over de mogelijkheid van ontbinding na beëindiging van de overeenkomst behoeft gezien het voorgaande niet te worden ingewilligd.

Uitgangspunten voor de te stellen vragen

- 2.1 Deze zaak betreft een in de late jaren negentig en de beginjaren van deze eeuw in Nederland op grote schaal aan consumenten aangeboden financieel product, waarbij belegd werd met geleend geld. In de kern hield dat product in dat de lessee (doorgaans een consument) voor een bepaalde periode van de bank geld leende (verder: de hoofdsom), met welk bedrag de bank voor rekening van de lessee en ten behoeve van die persoon aandelen aankocht. De eigendom van de aandelen bleef bij de bank totdat de lening geheel was afbetaald, maar eventueel dividend kwam aan de lessee toe. De lessee betaalde gedurende de looptijd een maandelijks bedrag aan rente over het geleende bedrag en in sommige gevallen ook aflossing (verder: de maandtermijn). Aan het eind van de looptijd werden de aandelen verkocht en kreeg de lessee de opbrengst van de aandelen, na aftrek van de (restant) hoofdsom en eventueel nog verschuldigde maandtermijnen. Doordat met geleend geld werd belegd werd met een relatief kleine 'inleg' (de rente en eventuele aflossing) een relatief grote aandelenportefeuille aangeschaft. Bovendien werd in veel gevallen tussentijds alleen rente betaald en was de hoofdsom pas verschuldigd bij het einde van de looptijd van de effectenlease-overeenkomst. Met de geringe inleg kan een relatief groot positief maar ook een groot negatief rendement worden behaald (de zogenoemde 'hefboomwerking'). De constructie van aandelenlease was in Nederland aantrekkelijk, niet alleen vanwege de stijgende aandelenmarkt, maar ook vanwege fiscale voordelen: de maandelijksse rente was aftrekbaar, terwijl de waardegroei van de aandelen onbelast was. Toen begin deze eeuw de economie haperde, de rente-aftrek werd afgeschaft en de aandelenmarkt instortte, bleek echter sprake van een zeer risicovol product: de effectenlease-overeenkomsten leidden in veel gevallen tot een restschuld doordat de verkoopprijs van de aandelen onvoldoende was om de lening af te lossen.
- 2.2 In deze zaak heeft [geïntimeerde] op 17 maart 2000 als lessee een tweetal effectenlease-overeenkomsten getekend, elk met een looptijd van 120 maanden. Zijn wederpartij was (de rechtsvoorganger van) Dexia. De totaal overeengekomen leasesom van ieder van de overeenkomsten bedroeg € 49.507,66 (zijnde het aankoopbedrag (hoofdsom) ad € 22.102,06 en de totaal te betalen rente ad € 27.405,60). Op de overeenkomsten zijn de "Bijzondere Voorwaarden Effecten Lease van Legio-Lease" (hierna: Bijzondere Voorwaarden) van toepassing verklaard. De artikelen 6 en 15 van deze Bijzondere Voorwaarden zijn gelijklopend aan de artikelen waarover de hierna genoemde prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gaat, en die in rov. 3.2 worden geciteerd.
- 2.3 Op grond van de effectenlease-overeenkomsten diende [geïntimeerde] voor ieder contract de eerste 36 maanden elke maand een bedrag van f 503,28 (€ 228,38) aan rente te betalen en de daaropvolgende 84 maanden 12,4% per jaar over het aankoopbedrag met eventueel een korting op basis van de gemiddelde waardeinstijging van het aandelenpakket. Betaling van de hoofdsom diende aan het einde van de overeengekomen looptijd van de effectenlease-overeenkomsten van 120 maanden plaats te vinden. [geïntimeerde] heeft in totaal voor beide contracten tezamen een

bedrag van € 33.911,69 aan maantermijnen betaald. Na aftrek van het op de aandelen ontvangen dividend komt dat neer op een "netto-inleg" van € 25.725,37 voor beide contracten.

- 2.4 In 2006 zijn de effectenlease-overeenkomsten met [geïntimeerde] door Dexia tussentijds beëindigd in verband met een betalingsachterstand. Voor de aan de orde zijnde vragen kan deze beëindiging naar nationaal recht gelijk worden gesteld met een ontbinding van de overeenkomst. Dexia heeft ter zake van de effectenlease-overeenkomsten eindafrekeningen opgemaakt. Bij de berekening werden de hiervoor genoemde (en hierna in rov. 3.2 geciteerde) artikelen 6 en 15 van de Bijzondere Voorwaarden toegepast: de lessee was het restant van de overeengekomen hoofdsom verschuldigd (contant gemaakt overeenkomstig het bepaalde in art. 7A:1576 e lid 2 BW) onder aftrek van de verkoopwaarde van de aandelen (art. 15 van de Bijzondere Voorwaarden) en daarnaast de contante waarde van de resterende maandtermijnen (in dit geval steeds 41 maandtermijnen van € 228,38, tegen 5% contant gemaakt) op grond van artikel 6 van haar Bijzondere Voorwaarden. Volgens de berekening van Dexia van 3 oktober 2006 was [geïntimeerde] ter zake van de resterende maandtermijnen voor elk contract een bedrag van € 8.607,22 aan Dexia verschuldigd. De door Dexia opgemaakte eindafrekeningen sloten op een door [geïntimeerde] te betalen bedrag (verder: restschuld) van € 7.682,36 en € 8.107,17. De bedragen werden gevormd door de hiervoor genoemde restant hoofdsom en resterende 41 maandtermijnen met aftrek van de verkoopwaarde van de aandelen, en daarnaast uit een aantal te betalen bedragen waaronder de beëindigingskosten.
- 2.5 De Hoge Raad heeft in drie arresten van 5 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822) bepaald dat op Dexia als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener de verplichting rustte ten aanzien van het onderhavige, risicovolle en complexe aflossingsproduct dat aan een breed publiek is aangeboden, zich adequaat de belangen van de lessee aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden (hierna: de waarschuwingsplicht). Daarnaast heeft de Hoge Raad in de genoemde arresten bepaald dat Dexia onderzoek had moeten doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de lessee teneinde zich ervan rekenschap te geven of deze over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen (hierna: de onderzoeksplicht). In de rechtspraak zijn de gevolgen van het niet voldoen aan deze zorgplichten door Dexia als volgt uitgewerkt: als Dexia in haar waarschuwings- en onderzoeksplicht is tekortgeschoten, is zij verplicht tot schadevergoeding, maar deze schadevergoeding blijft op grond van artikel 6:101 BW (eigen schuld) beperkt tot twee derde deel van de restschuld. Na verrekening van de schadevergoeding met de restschuld blijft dus een derde deel van de restschuld voor rekening van de lessee. Als echter de financiële positie van de lessee van dien aard was dat de financiële verplichtingen uit de effectenlease-overeenkomst voor hem een onaanvaardbaar zware financiële last vormen, dient Dexia, wanneer zij in beide zorgplichten is tekortgeschoten, naast twee derde deel van de restschuld ook twee derde deel van de betaalde rente en van de eventuele aflossingen (de reeds betaalde maandtermijnen) als schade te vergoeden.
- 2.6 Op grond van de in 2.5 genoemde jurisprudentie vorderde Dexia aanvankelijk in deze procedure betaling van een derde deel van de restschuld zoals berekend in de eindafrekeningen (volgens Dexia neerkomend op € 1.948,43 en € 2.702,12), vermeerderd met buitengerechtigde kosten van € 700,-.
- 2.7 In de loop van de procedure is door Dexia erkend dat de financiële positie van [geïntimeerde] zodanig was dat sprake was van een onaanvaardbaar zware financiële last en dat zij daarom op grond van de in rov. 2.5 genoemde jurisprudentie schadevergoeding aan [geïntimeerde] verschuldigd was. De door haar verschuldigde schadevergoeding bestond volgens Dexia uit twee derde deel van de reeds betaalde maandtermijnen na verrekening van dividend en twee derde deel van de restschuld, onder meer bestaande in de contante waarde van de 41 resterende termijnen op grond van artikel 6 Bijzondere Voorwaarden, maar zij meende van haar kant nog

recht te hebben op een derde van de nog niet betaalde termijnen. Die bedragen trok zij af van haar schuld aan [geïntimeerde]. Volgens haar was zij per saldo € 6.844,95 voor de eerste overeenkomst en € 5.731,82 voor de tweede overeenkomst aan [geïntimeerde] schuldig.

2.8 De kantonrechter heeft Dexia bij vonnis van 21 mei 2013 in reconventie veroordeeld tot betaling aan [geïntimeerde] van een bedrag van € 18.804,60. De door Dexia gevorderde resterende termijnen (berekend naar contante waarde) dienden naar het oordeel van de kantonrechter buiten beschouwing te blijven en mochten dus niet van het aan [geïntimeerde] te betalen bedrag worden afgetrokken.

2.9 Tegen dit oordeel is Dexia in hoger beroep gekomen. [geïntimeerde] heeft van zijn kant aangevoerd dat artikel 6 Bijzondere voorwaarden, waarop Dexia de vergoeding van de resterende termijnen (berekend naar contante waarde) baseert, een boeterente bevat, en als oneerlijk beding in de zin van richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet worden aangemerkt.

2.10 In het arrest van 29 november 2016 heeft het hof de zaak aangehouden totdat de Hoge Raad in een andere zaak uitspraak zou hebben gedaan naar aanleiding van de prejudiciële vragen inzake de oneerlijkheid van door Dexia gehanteerde bedingen die het gerechtshof Amsterdam aan de Hoge Raad had gesteld, waarna Dexia en [geïntimeerde] zich daarover konden uitlaten.

3.1 De eerste prejudiciële vraag aan de Hoge Raad luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

“Is art. 6 Bijzondere voorwaarden in samenhang met art. 15 Bijzondere voorwaarden en gelet op de wettelijke regeling van huurkoop, de aard van de goederen, de omstandigheden rondom de sluiting van de overeenkomst en de omstandigheid dat gedurende de looptijd niet wordt afgelost op het aankoopbedrag, een beding dat op grond van Richtlijn 93/13 als oneerlijk moet worden beschouwd?”

3.2 De genoemde artikelen vormen onderdeel van de effectenlease-overeenkomst en luiden als volgt:

“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 (Dexia, toevoeging hof) gerechtigd de overeenkomst en alle andere soortgelijke leaseovereenkomsten terstond te beëindigen en het onbetaalde restant van de totaal overeengekomen leasesom(-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. De Bank verleent lessee een eerste pandrecht op de waarden als bedoeld in de Wge [Wet giraal effectenverkeer, toev. hof] betreffende de in de overeenkomst genoemde waarden. Dit pandrecht wordt onverwijld na de verkrijging door de Bank van de waarden gevestigd door bijschrijving in de administratie van de Bank, overeenkomstig artikel 20 lid 1 van de Wge. Het pandrecht strekt tot zekerheid voor (i) overdracht van de waarden – betaling van stockdividend daaronder begrepen – aan lessee, althans tot betaling van vervangende schadevergoeding, (ii) de eventuele vordering die lessee in geval van ontbinding van de overeenkomst op de Bank heeft indien deze ontbinding het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming van de Bank, (iii) betaling van de op de waarden betaalbaar gestelde renten en dividenden en (iv) voldoening van de wettelijke rente over de onder (i), (ii) en (iii) bedoelde vorderingen over de periode dat de Bank met de voldoening daarvan in verzuim is. Lessee doet nu reeds voor alsdan afstand van dit pandrecht voor geval dat de Bank tot verkoop van de waarden overgaat op grond van het

bepaalde in artikel 6. *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. (curs. hof)*"

3.3 Artikel 7A:1576e BW, waarnaar artikel 15 van de effectenlease-overeenkomst verwijst, 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."

3.4 In zijn prejudiciële beslissing van 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, heeft de Hoge Raad de vraag, voor zover van belang, als volgt beantwoord (de gehele uitspraak is aan dit arrest gehecht):

"3.5.6 (...) [V]oor de beantwoording van de eerste door het hof gestelde vraag dient te worden nagegaan of art. 6 Bijzondere voorwaarden een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' tussen de uit de overeenkomst van partijen voortvloeiende rechten en verplichtingen veroorzaakt ten nadele van de consument, met name doordat als gevolg van dit beding diens uit de wettelijke bepalingen voortvloeiende rechtspositie in daartoe voldoende ernstige mate wordt aangetast. Daarbij is in dit geval in het bijzonder van belang of door dat beding een onevenredig hoge vergoeding wordt opgelegd aan de consument die zijn verbintenissen niet nakomt. Deze beoordeling dient plaats te vinden naar het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, waarbij dient te worden gezien welke gevolgen het beding voor de consument kan hebben.

Uitgangspunten

3.6.1 *Het hof heeft de aan de orde zijnde overeenkomsten Profit Effect aangemerkt als overeenkomsten van huurkoop in de zin van art. 7A:1576h e.v. (oud) BW (rov. 2.7 derde tussenarrest). Zoals hiervoor weergegeven in 3.3.3, heeft het de Bijzondere voorwaarden aldus uitgelegd dat art. 6 de ontbinding van de overeenkomst door Dexia regelt in het geval van wanbetaling door de lessee, en dat art. 15 de gevolgen regelt van die ontbinding.*

(...)

3.6.4 *Voor de beantwoording van de prejudiciële vragen maakt het evenmin verschil of art. 6 Bijzondere voorwaarden wordt uitgelegd als betrekking hebbend op ontbinding dan wel als enkel behelzende (een regeling van) de bevoegdheid van Dexia om de overeenkomst te beëindigen in het geval de lessee tekortschiet in zijn verplichting de termijnen te voldoen. Hetgeen hierna wordt overwogen, geldt dan ook ongeacht of het beding mede wordt uitgelegd als regeling van ontbinding van de overeenkomst. Hetzelfde geldt met betrekking tot de vraag of art. 15 Bijzondere voorwaarden moet worden uitgelegd als een uitwerking van art. 6 Bijzondere voorwaarden, welke vraag het hof, overeenkomstig het standpunt van Dexia, bevestigend heeft beantwoord (rov. 2.17 van het derde tussenarrest), welk antwoord [A] ook in deze prejudiciële procedure bestrijdt (zie hierna in 3.7.8 en 3.8.1).*

(...)

3.7.1 *Art. 6 Bijzondere voorwaarden houdt in dat Dexia in het geval van wanbetaling door de lessee de overeenkomst kan beëindigen. Het onbetaalde deel van de leasesom is dan onmiddellijk in zijn*

geheel opeisbaar. De effecten waarop de overeenkomst ziet, worden verkocht en de opbrengst wordt verrekend met het onbetaald gebleven gedeelte van de leasesom. Art. 6 voorziet niet in enige aftrek wegens door Dexia als gevolg van de tussentijdse beëindiging genoten voordeel. Indien art. 15 Bijzondere voorwaarden van toepassing is bij de beëindiging op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden, dan wordt het nog verschuldigde deel van de leasesom verminderd overeenkomstig het in art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW bepaalde, dat wil zeggen met een aftrek van 5% per jaar, hetgeen in art. 15 Bijzondere voorwaarden wordt aangeduid als het contant maken van de nog verschuldigde leasesom.

- 3.7.2 Als art. 6 Bijzondere voorwaarden in de overeenkomst zou ontbreken, zou Dexia in het geval van wanbetaling uitsluitend de mogelijkheid hebben om de overeenkomst te ontbinden op de voet van art. 6:265 BW. Bij die ontbinding zou Dexia ingevolge art. 6:271 BW recht hebben op restitutie van de aan de lessee geleende hoofdsom. Voorts zou zij op grond van art. 6:277 BW aanspraak kunnen maken op vergoeding van de schade die zij lijdt doordat geen wederzijdse nakoming, maar ontbinding plaatsvindt, dat wil zeggen van het zogeheten positieve contractsbelang (HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, NJ 1995/531). De omvang van deze schade dient te worden vastgesteld door vergelijking van deze twee in art. 6:277 lid 1 BW genoemde situaties.
- 3.7.3 Bij de schadevaststelling op grond van art. 6:277 BW geldt dat Dexia door de ontbinding van de overeenkomst(en) niet in een voordeliger positie mag komen dan waarin zij bij wederzijdse nakoming zou hebben verkeerd. Dit is ook in overeenstemming met de bepaling van art. 7A:1576t (oud) BW, die erop neerkomt dat de huurverkoper door ontbinding van de overeenkomst niet in een betere vermogenstoestand mag geraken, welke bepaling van dwingend recht is (art. 7A:1576a (oud) BW).
- 3.7.4 In het geval van wederzijdse nakoming zou Dexia de volledige leasesom hebben ontvangen, waaronder de op het tijdstip van de beëindiging of ontbinding toekomstige rentetermijnen. Door de ontbinding loopt zij die termijnen mis, hetgeen in beginsel haar schade vormt als bedoeld in art. 6:277 BW. Overeenkomstig het hiervoor in 3.7.3 overwogene dienen op deze schade in mindering te worden gebracht de voordelen die Dexia als gevolg van de ontbinding heeft.
- 3.7.5 Door de ontbinding ontvangt Dexia de aflossing van het geleende bedrag op een eerder tijdstip dan overeengekomen. Bij een effectenleaseovereenkomst met een financiële instelling moet tot uitgangspunt worden genomen dat een eerdere aflossing die instelling in staat stelt om het hiermee gemoeide bedrag opnieuw uit te lenen. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat de eerdere aflossing voor haar het voordeel heeft dat dit bedrag onmiddellijk opnieuw rentedragend is, tegen het percentage dat zij op dat moment kan bedingen. Met dit voordeel dient overeenkomstig het hiervoor overwogene rekening te worden gehouden bij de vaststelling van de schade als bedoeld in art. 6:277 BW.
- 3.7.6 Dit strookt met art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW voor zover deze bepaling inhoudt dat de koper bij vervroegde betaling ineens van het gehele onverschuldigde bedrag steeds aanspraak heeft op een aftrek. Anders dan Dexia betoogt, is art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW - dat de aftrek fixeert op 5% per jaar - echter niet van toepassing bij de ontbinding van een overeenkomst tot koop op afbetaling of tot huurkoop. Deze bepaling is slechts geschreven voor de vervroegde betaling van het nog verschuldigde bedrag door de koper tijdens de looptijd van het contract.
- 3.7.7 Uit het hiervoor overwogene volgt dat bij de schadebegroting als hiervoor genoemd in 3.7.4 en 3.7.5 buiten beschouwing dienen te worden gelaten de eventuele (langlopende) financieringskosten die de financiële instelling in verband met het aangaan van de ontbonden leaseovereenkomsten is verschuldigd. Bij die wijze van schadebegroting, die is gebaseerd op een vergelijking tussen de situaties bij ontbinding en bij nakoming, moet immers ervan worden uitgegaan dat die kosten in beide situaties gelijk zijn. Wel dient bij die schadebegroting rekening te worden gehouden met de eventuele (eenmalige) meerkosten die voor die instelling zijn verbonden aan de vervroegde beëindiging van de overeenkomsten, nu van die kosten immers

geen sprake zou zijn geweest bij behoorlijke nakoming van de overeenkomsten.

3.7.8 Met het hiervoor in 3.7.5 genoemde voordeel wordt geen rekening gehouden bij de berekening van het bedrag waarop Dexia aanspraak kan maken bij beëindiging op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden, zij het dat bij de uitleg die het hof aan art. 15 Bijzondere voorwaarden heeft gegeven, hierin wel op andere wijze wordt voorzien, doordat bij die uitleg de in art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW genoemde vaste aftrek van 5% per jaar dient plaats te vinden op de vervroegde betaling van het restant van de leasesom. Laatstgenoemde aftrek is evenwel volgens art. 15 Bijzondere voorwaarden bij voorbaat gelimiteerd tot dat percentage, zodat in het geval Dexia een groter voordeel geniet door de vervroegde aflossing, het verschil in zoverre niet in mindering komt op de haar toekomende vergoeding.

(...)

3.8.1 In verband met het hiervoor in 3.7.8 overwogene levert het beding van art. 6 Bijzondere voorwaarden een aanzienlijke verstoring op van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst van partijen voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument als hiervoor bedoeld in 3.5.6. Het hiervoor in 3.7.5 genoemde voordeel kan immers, afhankelijk van de hoogte van de rente en het tijdstip waarop de beëindiging dan wel de ontbinding plaatsvindt, zeer aanzienlijk zijn. Met dat voordeel wordt bij de berekening van hetgeen waarop Dexia op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden aanspraak kan maken, geen rekening gehouden, terwijl art. 15 Bijzondere voorwaarden hierin slechts beperkt op andere wijze voorziet. In verband hiermee kan worden gesproken van een onevenredig hoge schadevergoeding als hiervoor bedoeld in 3.5.3.

Hieraan doet niet af dat het hiervoor in 3.7.5 genoemde voordeel dan wel het hiervoor aan het slot van 3.7.8 genoemde verschil onder omstandigheden ook zeer gering of zelfs nihil kan zijn, afhankelijk van de rentestand en het tijdstip van de beëindiging of ontbinding van de overeenkomst. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.5.4-3.5.6 is overwogen, gaat het te dezen immers 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.

Aan het in 3.8.1 overwogene doet niet af dat Dexia op grond van art. 15 Bijzondere voorwaarden, zoals dat volgens haar moet worden uitgelegd, ook de rentetermijnen (die onderdeel uitmaken van de totale leasesom) contant maakt overeenkomstig art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW, dus door middel van een aftrek van 5% per jaar op het bedrag van de nog verschuldigde rentetermijnen. Die berekeningswijze compenseert immers slechts voor een gering deel het hiervoor in 3.8.1 genoemde voordeel dan wel verschil. Met betrekking tot de hiervoor in 3.7.7 genoemde (eenmalige) kosten die voor Dexia zijn verbonden aan een vervroegde aflossing en beëindiging van de overeenkomsten geldt dat die kosten veelal slechts een gering deel zullen betreffen van het hiervoor in 3.8.1 genoemde voordeel dan wel verschil.

(...)

3.9.1 Het antwoord op de eerste vraag luidt dus bevestigend. Dat betekent dat de rechter gehouden is het beding van art. 6 Bijzondere voorwaarden op grond van art. 6:233 BW te vernietigen voor zover dit betrekking heeft op de rentetermijnen die ten tijde van de beëindiging op grond van die bepaling nog toekomstig waren. Op die rentetermijnen kan dus niet op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden aanspraak worden gemaakt.

(...)

3.10.1 Het hiervoor overwogene laat onverlet dat Dexia bij wanbetaling door de lessee de mogelijkheid behoudt om over te gaan tot ontbinding van de overeenkomst, al dan niet op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden, en dat zij dan overeenkomstig art. 6:277 BW aanspraak kan maken op schadevergoeding. Die schadevergoeding dient te worden vastgesteld met inachtneming van het hiervoor in 3.7.2-3.7.7 overwogene.

3.10.2 *Indien Dexia bij de totstandkoming van de overeenkomsten haar zorgplichten heeft geschonden (zoals het hof voor dit geval heeft vastgesteld; zie hiervoor in 3.3.3), dient dat bij de vaststelling van de schadevergoeding op grond van art. 6:277 BW een rol te spelen. Art. 6:101 BW is immers ook in dat verband van toepassing. Ook van deze schade dient zij in dat geval in beginsel twee derde deel zelf te dragen, overeenkomstig hetgeen is beslist in de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot effectenleaseovereenkomsten (vgl. met betrekking tot de schade van de particuliere belegger HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9, rov. 5.1.2-5.1.5)."*

3.5 De hiervoor weergegeven beantwoording van de vragen door de Hoge Raad komt er in de kern op neer dat artikel 6 van de Bijzondere Voorwaarden een onredelijk bezwarend beding (in de zin van artikel 6:233 BW) is, voor zover Dexia op grond daarvan aanspraak kan maken op de onbetaalde toekomstige termijnen bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst, maar dat Dexia wel aanspraak kan maken op schadevergoeding op grond van de wettelijke regels.

4.1 Dexia en [geïntimeerde] zijn in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over de gevolgen van de beslissing van de Hoge Raad voor hun zaak.

4.2 Dexia heeft daarop aangevoerd dat de uitspraak van de Hoge Raad meebrengt dat de bepaling op grond waarvan zij bij tussentijdse beëindiging betaling van de resterende maandtermijnen kon vorderen weliswaar vernietigbaar is, maar dat de Hoge Raad ook heeft bepaald dat Dexia wel aanspraak houdt op schadevergoeding conform de wet, te weten art. 6:277 lid 1 BW, dat luidt:

"1. 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."

De schade bestaat volgens Dexia uit de op het moment van de ontbinding toekomstige termijnen, waarop het voordeel dat Dexia als gevolg van de ontbinding geniet in mindering moet worden gebracht. Volgens Dexia bedraagt haar ontbindingsschade € 6.653,33. Dat bedrag is (als gevolg van het verschil tussen de contractueel vastgelegde rente en de fors lagere marktrente ten tijde van de ontbinding) hoger dan door Dexia op grond van artikel 6 van de effectenlease-overeenkomst aan [geïntimeerde] in rekening is gebracht.

5.1 Het betoog van Dexia komt er op neer dat zij, nu zij geen beroep kan doen op het in artikel 6 neergelegde contractuele beding dat haar recht geeft op de resterende termijnen na beëindiging / ontbinding van de overeenkomst, in elk geval recht heeft op de schadevergoeding waarop de wet haar bij wijze van aanvullende regeling na ontbinding recht geeft.

5.2 In de Nederlandse literatuur is bepleit dat na vernietiging van een oneerlijk beding geen beroep mag worden gedaan op aanvullend recht, omdat dit het afschrikwekkend effect voor de gebruiker teniet doet (C.M.D.S. Pavillon, 'Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?', Tijdschrift voor de Procespraktijk 2015-3, blz. 74-75, M.B.M. Loos, noot bij Hof Den Haag 8 maart 2016, TvC 2016, blz. 243).

5.3 In de gevoegde zaken C-96/16 en C/94/17 (Banco Santander tegen Demba en Godoy Bonet en Cortés tegen Banco de Sabadell) is in de zaak C94/17 als derde de vraag gesteld of de nietigverklaring van een verdragingsrentebeding op grond van de oneerlijkheid ervan andere gevolgen moet hebben, zoals het geheel schrappen van de gewone en de verdragingsrente of het verschuldigd zijn van de wettelijke rente wanneer de leningnemer zich niet houdt aan zijn verplichting om binnen de in de overeenkomst genoemde termijn de kosten van de lening te betalen.

De Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, N. Wahl, heeft op deze vraag

in zijn voorlopige conclusie (ECLI:EU:C:2018:216) het volgende geantwoord :

"85. Het is juist dat het Hof ook heeft erkend dat de nationale rechter de mogelijkheid heeft om een oneerlijk beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht. Deze mogelijkheid is evenwel beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad. In deze context kan, zoals het Hof in wezen heeft verklaard, de vernietiging van een in een leningsovereenkomst opgenomen beding betreffende verpagingsrente dergelijke gevolgen in beginsel niet hebben, aangezien de door de geldlener opgeëiste bedragen noodzakelijkerwijs lager zullen zijn doordat zij niet worden verhoogd met deze rente. (...)

86. Rekening houdend met deze rechtspraak kan tot de slotsom worden gekomen dat richtlijn 93/13 zich niet verzet tegen de aanpak van de Tribunal Supremo in de hierboven aangehaalde rechtspraak, voor zover deze aanpak betekent dat de nationale rechter die het oneerlijke karakter van het contractuele beding tot vaststelling van de verpagingsrente heeft geconstateerd om te beginnen dit beding zonder meer buiten toepassing stelt, met behoud van de geldigheid van de andere bedingen van de overeenkomst, met name die betreffende de gewone rente en, voorts, het oneerlijk verklaarde beding niet vervangt door aanvullende wetgevende bepalingen, en met name niet door die welke de wettelijke verpagingsrente vaststellen bij ontstentenis van een overeenkomst tussen de partijen bij het contract."

De Advocaat Generaal kwam uiteindelijk tot de conclusie dat de bedoelde vraag drie geen beantwoording behoeft. Inmiddels heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in de hiervoor genoemde zaken uitspraak gedaan en er inderdaad mee volstaan de eerste twee vragen te beantwoorden (HvJ EU 7 augustus 2018, ECLI:EU:C:2018:643). Tegen deze achtergrond, en gelet op het feit dat deze vragen in een groot aantal soortgelijke zaken een rol zullen (kunnen gaan) spelen worden de volgende vragen aan het HvJEU gesteld.

6 Vragen van uitleg betreffende Richtlijn 93/13 EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

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?

Toelichting op vraag 2:

Het bedrag dat Dexia kan vorderen op grond van het aanvullende recht (art. 6:277 BW) is mogelijk hoger dan door Dexia op grond van artikel 6 van de effectenlease- overeenkomst in rekening had kunnen worden gebracht). Dit wordt veroorzaakt door het verschil tussen de (in 2000) contractueel vastgelegde rente en de fors lagere markrente ten tijde van de ontbinding van de overeenkomst (in 2006). Als gevolg van het tijdsverloop en de dalende rente zou [geïntimeerde] in deze concrete situatie dus nadeliger uit kunnen zijn bij toepassing van het aanvullende recht (art. 6:277 BW) dan bij toepassing van het (vernietigde) art. 6 van de effectenlease-overeenkomst.

Het HvJEU wordt verzocht deze zaak gezamenlijk te behandelen met de zaak die door het gerechtshof Amsterdam bij arrest van 5 maart 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:657) aan het Europese hof is voorgelegd.

Beslissing

Het hof:

- verzoekt het HvJEU met betrekking tot de onder 6 geformuleerde vragen uitspraak te doen;
- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M. Olthof, A.J.M.E. Arpeau en M.J. van der Ven en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 april 2019 in aanwezigheid van de griffier.