



Uw Ref.: 18/01151
Onze Ref.: 20190008

Hoge Raad der Nederlanden
De edelhoogachtbare heer
Mr. C.A. Streefkerk, voorzitter der Civiele Kamer
Korte Voorhout 8
2511EK Den Haag

Betreft: SDB c.s. / ABN AMRO- cassatie; zaaknr. 18/01151

Den Haag, 2 mei 2019

Edelhoogachtbare heer,

Inmiddels bestudeerde ik in deze zaak de conclusie PG van de hand van de advocaat-generaal mr. M.H. Wissink. Bij die conclusie plaats ik graag de volgende kanttekeningen.

De AG is van oordeel (zie met name de §§ 5.8.1 - 5.10.2 van de conclusie) dat het hof niet kenbaar of toereikend heeft gereageerd op de stellingen van ABN AMRO over het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht. Hij meent dat om die reden moeten slagen klachten uit de onderdelen 4.A.1 (§ 5.6 e.v. van de conclusie), 4.B.2(iii) (§ 5.41.1 e.v.), 4.C (§ 5.54 e.v.) en 4.D (§ 5.58 e.v.).

Verder is de AG van mening (zie met name de §§ 5.45.1 - 5.45.3 van de conclusie) dat het oordeel van het hof in rov. 3.8 dat uit de offerte niet kenbaar was dat het rentetarief ook afhankelijk was van een variabel opslagpercentage, onvoldoende is gemotiveerd. Hij meent dat om die reden dat onderdeel 4.B.4(iii) deels moet slagen (§ 5.44 e.v.).

Het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht

Het gevolg van het slagen van klachten uit de onderdelen 4.A.1 (§ 5.6 e.v. van de conclusie), 4.B.2(iii) (§ 5.41.1 e.v.), 4.C (§ 5.54 e.v.) en 4.D (§ 5.58 e.v.) is volgens de conclusie dat het verwijzingshof:



- (a) bij de beoordeling van de oneerlijkheid van de - onvoldoende transparante - bedingen een eigen afweging zal moeten maken van het gewicht dat toekomt aan de verschillende omstandigheden die dát hof daartoe in overweging zal moeten nemen (§ 5.27); en
- (b) alsnog bij de beoordeling van de oneerlijkheid van de - onvoldoende transparante - bedingen zal kunnen oordelen over de stelling van ABN AMRO dat, omdat de oorzaken voor het wijzigen van de opslag zeer divers zijn, een open formulering van de wijzigingsbedingen onvermijdelijk is en een specificatie van de wijzigingsgronden en een opgave van de wijze waarop de opslag kan worden gewijzigd de leningnemer geen beter inzicht zou geven in de risico's dat en de mate waarin de opslag kan worden gewijzigd (§ 5.41.2).

In het verlengde daarvan behoeven volgens de conclusie de volgende klachten niet te worden behandeld: 4.B.2(i) (§ 5.50.2), 4.B.5 (§ 5.53.2) 4.C. (de nrs. 4.53 en 4.57) (§ 5.56.3) en 4.E (§ 5.67¹). Dat is het geval, omdat het verwijzingshof volgens de AG:

- (c) zich opnieuw een oordeel zal kunnen vormen over de betekenis van het gebrek aan transparantie voor de beoordeling van de oneerlijkheid van de wijzigingsbedingen (§§ 5.50.2, 5.53.2 en 5.56.3).

Het komt er dus op aan dat de AG van mening is dat met de gegeven intransparantie van de onderhavige wijzigingsbedingen toch niet tevens vaststaat dat die bedingen oneerlijk zijn. Voor de vaststelling dat de wijzigingsbedingen oneerlijk zijn, is volgens de conclusie nog een afzonderlijke beoordeling van de oneerlijkheid van de wijzigingsbedingen nodig, waarin dan met name het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht moeten worden betrokken. Daarbij is nog van belang dat de AG meent dat uit het arrest RWE niet volgt dat het transparantiegebrek in beginsel niet kan worden goedge maakt doordat de leningnemers kosteloos kunnen overstappen naar een andere bank (§ 5.9.2).

Ik ben het met de benadering van de AG niet eens. Ik begin met het laatste punt.

¹ Ten overvloede gegeven oordeel.



Het 'goedmaken' van het transparantiegebrek

De uitzondering van punt 2 sub b van de bijlage bij richtlijn 93/13 geldt voor bedingen waarbij een leverancier van financiële diensten zich het recht voorbehoudt om - kort gezegd - de rentevoet of andere lasten *“bij geldige reden zonder opzegtermijn te wijzigen, mits de verkoper verplicht wordt dit zo spoedig mogelijk ter kennis te brengen van de andere contracterende partij(en) en deze vrij is (zijn) onmiddellijk de overeenkomst op te zeggen.”* Uit HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, RCR 2013/38 blijkt dat deze verplichting komt bovenop de verplichting om de consument vóór sluiting van de overeenkomst op duidelijke en begrijpelijke wijze te informeren over de voornaamste voorwaarden voor uitoefening van dat recht op eenzijdige wijziging. Als die verplichting niet wordt nagekomen - dus als niet is voldaan aan de eis dat de wijzigingsgrond met zoveel woorden in het beding wordt genoemd, en dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten -, dan kan de uitzondering logischerwijs, althans redelijkerwijs niet van toepassing zijn, en is dus niet relevant dat de leningnemers op grond van of in verband met de wijzigingsbedingen een omzettingsrecht en een beëindigingsrecht zouden hebben. Ware dat anders, dan zou daarmee de effectiviteit van het transparantievereiste principieel in gevaar worden gebracht. In die zin kan het transparantiegebrek dus ook niet worden goedge maakt doordat de leningnemers - in de woorden van hof en AG - *“kosteloos kunnen overstappen naar een andere bank.”*

Gegeven dat tegen deze achtergrond niet relevant is dat de leningnemers op grond van of in verband met de wijzigingsbedingen een omzettingsrecht en een beëindigingsrecht zouden hebben, kon het hof - dat zich in rov. 3.11 rekenschap heeft gegeven van de aanwezigheid van het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht - in rov. 3.19 zonder schending van enige rechtsregel oordelen dat het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht geen beha denling meer behoeften, en hoefde het op de desbetreffende stellingen van ABN AMRO niet



(nader) in te gaan.² Kortom: rov. 3.19 is noch onjuist, noch onbegrijpelijk, wat er verder zij van de inkadering onder de kop “*Uitzondering punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage*”. Wellicht verdient de motivering die het hof aan zijn oordeel op dit punt meegeeft niet de schoonheidsprijs, maar voor vernietiging in cassatie is nodig dat de motivering gebreken vertoont die ook met een welwillende uitleg niet kunnen worden opgeheven.³ Dat een dergelijke welwillende lezing mogelijk is, blijkt uit § 5.10.2 van de conclusie.

Ook overigens geldt dat het hof op de stellingen van ABN AMRO omtrent het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht niet (nader) behoefde in te gaan. Het heeft zich in rov. 3.11 rekenschap gegeven van de desbetreffende argumenten van de bank, en die argumenten klaarblijkelijk irrelevant of te licht bevonden. Tegen de achtergrond van de toepasselijke norm en tegen de achtergrond van het debat van partijen behoefde dat oordeel geen nadere motivering. Ik kom daar hierna nog op terug.

Intransparant is oneerlijk

De benadering van de AG staat mijns inziens ook overigens op gespannen voet met de ontwikkeling van de jurisprudentie van het HvJ EU en de ons omringende landen. Ik citeer Loos:

“Het oordeel van het Hof van Justitie in *Verein für Konsumenteninformation-/Amazon EU* gaat in de richting die al langer in Duitsland wordt gevolgd: § 307 lid 1, tweede zin, BGB bepaalt uitdrukkelijk dat de onredelijk bezwarendheid van een beding ook kan volgen uit het (enkele) feit dat het beding niet 'klar und verständlich' is. Deze bepaling is de neerslag van de tot dan al in de vaste rechtspraak tot uiting gebrachte gedachte dat als een beding het transparantievereiste schendt, *daarmee* de wederpartij onredelijk benadeeld is in de zin van (thans) § 307 BGB, zelfs indien het beding op zichzelf tot redelijke resultaten leidt. In Oostenrijk leidt § 6 lid 3 Konsumentenschutzgesetz voor consumentenovereenkomsten tot hetzelfde resultaat.”⁴

² Ik moge in dit verband nog verwijzen naar § 5.1 van mijn schriftelijke toelichting.

³ Zie *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/187 (voorlaatste alinea).

⁴ M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, nr. 242a.



Zie voorts de advocaat-generaal Trstenjak:

“Een beding dat een eenzijdige wijziging van de overeenkomst mogelijk maakt, is echter niet per definitie oneerlijk. Dit is alleen het geval indien volgens het beding de overeenkomst kan worden gewijzigd zonder geldige reden of zonder dat de wijzigingsgrond in het beding zelf wordt genoemd. Blijkens punt 1, sub j, van de bijlage wordt de consument geacht voldoende bescherming te genieten indien hij van meet af aan over de mogelijkheid en de voorwaarden van een wijziging van de overeenkomst wordt geïnformeerd. Van een geldige reden is — zoals met name a contrario valt af te leiden uit de in punt 1, sub g, genoemde eis van een gewichtige reden — niet pas sprake indien het volstrekt onredelijk zou zijn om in detail aan de in de overeenkomst gegeven omschrijving van de prestaties vast te houden. In plaats daarvan volstaat reeds elke juridisch voldoende zwaarwegende reden om de volgens het beding toegestane wijziging van de omschrijving van de prestaties door te voeren. Het gaat er dus om dat er na beoordeling van de in geding zijnde belangen een juridische zwaarwegende reden is om tot wijziging over te gaan. De wijzigingsgrond moet met zoveel woorden in het beding zijn genoemd. Als dit niet het geval is, is het beding naar zijn aard alleen al om die reden oneerlijk. De reden waarom de overeenkomst kan worden gewijzigd, moet voor de consument duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Deze verplichting volgt reeds uit artikel 5 van richtlijn 93/13, waarin is bepaald dat alle schriftelijk opgestelde bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd. Naar de letter en de geest van punt 1, sub j, van de bijlage volstaat daartoe niet dat het beding slechts het algemene begrip geldige reden herhaalt. De mogelijke reden dient integendeel in voldoende transparante vorm in het beding te zijn opgenomen.”⁵

De benadering van het HvJ EU van de AG Trstenjak, en die in Duitsland en Oostenrijk, is niet vreemd wanneer men bedenkt dat achter een gebrek aan transparantie de bedoeling kan schuilgaan de wederpartij op het verkeerde been te zetten of in het duister te laten tasten.

⁵ Conclusie AG d.d. 6 december 2011 van V. Trstenjak voor HvJ EU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, ECLI:EU:C:2011:806.



Voor het geval de Hoge Raad geneigd zou zijn de benadering van de AG te volgen, zou ik willen aandringen op het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU.

Consequenties van de benadering van de AG

Wat moet men verwachten van de koers die de AG voortstaat? Als wijzigingsbedingen in termen van transparantie zó ver onder de maat blijven als *in casu* het geval is, dan hebben de als compensatie door de bank naar voren geschoven omzettings- en beëindigingsrechten toch geen reële betekenis meer, omdat de klant zonder een adequate voorlichting over het volledig open geformuleerde wijzigingsbeding én geen idee heeft of zelfs maar kán hebben van het moment waarop die omzettings- en beëindigingsrechten *in concreto* in het spel zouden kunnen komen, én niet kan overzien wat hem te wachten staat wanneer hij van één van die ‘rechten’ gebruik zou maken?

Bovendien is het van fundamenteel belang dat de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst op te zeggen, niet slechts een formeel opzeggingsrecht is, maar ook daadwerkelijk kan worden benut. Dat is niet het geval wanneer de consument, om redenen die verband houden met de wijze van uitoefening van het opzeggingsrecht of met de voorwaarden van de betrokken markt, niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om van leverancier te veranderen of wanneer hij niet naar behoren en tijdig op de hoogte werd gebracht van de op til zijnde wijziging, waardoor hij aldus de mogelijkheid verliest om de berekeningswijze te controleren en in voorkomend geval van leverancier te veranderen. In dit verband moet met name rekening worden gehouden met het gegeven of op de betrokken markt concurrentie heerst, de eventuele kosten die voor de consument verbonden zijn aan opzegging van de overeenkomst, het tijdsverloop tussen mededeling en toepassing van de nieuwe tarieven, de informatie die op het tijdstip van mededeling is verstrekt, en de kosten en de tijd om van leverancier te veranderen.⁶

De omzettings- en beëindigingsbedingen waar het hier om gaat zijn vermeld in de §§ 2.14, 2.18, 2.19 en 2.20. Aan de beëindigingsbedingen zijn door de bank

⁶ Zie HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, RCR 2013/38, rov. 54.



meestal tijdslimieten verbonden. Bijvoorbeeld: als de bank één maand na rentewijzigingsdatum de gehele aflossing niet heeft ontvangen, wordt de schuldenaar geacht akkoord te zijn gegaan met het gewijzigde rentepercentage. Of de aflossing moet tenminste dertig dagen tevoren schriftelijk zijn gemeld. Die voorwaarden staan op zichzelf al op gespannen voet met de eis dat het recht om de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen ook daadwerkelijk moet kunnen worden benut, omdat evident onvoldoende tijd wordt gelaten tussen mededeling en toepassing van de nieuwe tarieven. Voor de omzettingsbedingen geldt meestal dat voor de omzetting administratiekosten verschuldigd zijn, en ook dat staat op zichzelf al op gespannen voet met de eis dat het recht om de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen ook daadwerkelijk moet kunnen worden benut.

Maar er zijn nog andere bezwaren die ook door de Stichtingen naar voren zijn gebracht. Het merendeel van de euriborhypotheken is gekoppeld aan andere producten, zoals partiële vaste hypotheken, aan andersoortige leningdelen of aan banksparen. De leningnemers kunnen doorgaans niet overstappen op een ander hypotheekproduct, omdat er dan boetes worden verbeurd op andere leningdelen en/of omdat dat dit (zeer) nadelige fiscale consequenties kan hebben. Het overstappen zelf is soms weliswaar kosteloos (geen nieuwe afsluitprovisie), maar alle andere, door de bank aangeboden hypotheekvormen, zijn wezenlijk duurder. De variabele hypotheek is een hypotheekvorm, waarbij de bank geheel in het midden laat op basis waarvan de rente wordt vastgesteld en waarbij men volledig is overgeleverd aan de 'bevoegdheid' van de bank om maandelijks het rentepercentage aan te passen. De hypotheken met vaste looptijden zijn eveneens aanmerkelijk duurder ook wanneer die over langere periodes vergeleken worden met de euriborhypotheken. Overstappen naar een andere aanbieder is geen alternatief, omdat geen van de Nederlandse hypotheekverstrekkers nog euriborhypotheken aanbiedt. Het overstappen naar een andere aanbieder brengt zowel eenmalige kosten met zich (hertaxatie, afsluitprovisie, hypotheek en notariskosten), als sterk verhoogde maandlasten in verband met de nieuwe regelgeving, die geen aflossingsvrije hypotheken meer toelaat. Alle andere alternatieven kosten gemiddeld wel zo'n EUR 500,00 per maand meer. Om die reden zijn de leningnemers met handen en voeten gebonden aan de bank en is de



slogan dat er kosteloos kan worden overgestapt een zowel onjuiste als een misleidende kwalificatie.⁷

De bank heeft een deel van deze stellingen weliswaar betwist, maar dat slechts in de meest algemene termen.⁸ Verder is het een feit van algemene bekendheid dat aflossingsvrije hypotheekleningen niet meer worden toegelaten, zodat het niet anders kan of het overstappen naar een andere aanbieder brengt sterk verhoogde maandlasten (bestaande uit aflossing en rente) mee, naast eenmalige kosten voor hertaxatie, afsluitprovisie, hypotheek en notariskosten. De kosten gemoeid met het overstappen naar een andere aanbieder maken het onmiskenbaar onmogelijk het recht de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen, daadwerkelijk te benutten. Er is dan ook geen andere conclusie mogelijk dan dat leningnemers gevangen zitten tussen Scylla en Charybdis als de wijzigingsbedingen in stand blijven vanwege de omzettings- en beëindigingsbedingen. Want dan worden zij - gegeven de intransparantie van de wijzigingsbedingen - ófwel gebonden aan een hogere opslag dan waarmee zij rekening behoeften te houden en waaraan zij de bank gehouden mochten achten, ófwel gebonden aan veel hogere maandlasten dan waarmee zij rekening behoeften te houden (naast allerlei andere kosten die het beëindigen van de relatie met ABN AMRO en het vinden van een nieuwe bank evident met zich brengt).

Naar mijn mening kan niet worden ontkend dat de omzettings- en beëindigingsbedingen geen soelaas bieden of kunnen bieden. Het zijn evident schijnoplossingen voor evident serieuze problemen waarmee leningnemers door de bank worden opgezadeld. Het is dan ook terecht dat het hof - dat zich in rov. 3.11 e.v. rekenschap heeft gegeven van het bestaan van de desbetreffende argumenten van de bank - die argumenten irrelevant of te licht heeft bevonden. Tegen de achtergrond van de toepasselijke norm en tegen de achtergrond van het debat van partijen behoeft dat oordeel geen nadere motivering. En áls al moet worden aangenomen dat het hof hier een steek heeft laten vallen, dan leidt het mijns inziens, gelet op de toepasselijke norm en gelet op het debat van partijen, geen twijfel dat een verwijzingshof niet tot een ander resultaat zal (kunnen) komen dan het hof in de aangevallen uitspraak, zodat cassatie en verwijzing geen

⁷ Zie bijvoorbeeld de inleidende dagvaarding van SDB, § 47-48.

⁸ Zie bijvoorbeeld de conclusie van antwoord van ABN AMRO, §244-245.



goede zin heeft.⁹ Zou anders worden geoordeeld, dan komt daarmee de effectiviteit van het transparantievereiste op de tocht te staan.

Dat de effectiviteit van het transparantievereiste door de koers van de conclusie in gevaar komt, klemt eens te meer wanneer bij iedere afzonderlijke hypotheek zou moeten worden getoetst of realiter gebruik gemaakt kon worden van die omzettings- en beëindigingsbedingen. Het transparantievereiste zou daarmee met name in collectieve acties als de onderhavige, en die bedoeld in art. 7 lid 2 van de richtlijn en in art. 6:240 BW in feite geheel onbruikbaar worden, en dus in ons recht niet meer de betekenis (kunnen) krijgen die het in de ogen van het HvJ EU onmiskenbaar wél behoort te hebben.

Het transparantievereiste

Zoals gezegd is de AG voorts van mening (zie met name de §§ 5.45.1 - 5.45.3 van de conclusie) dat het oordeel van het hof in rov. 3.8 onvoldoende is gemotiveerd, zodat onderdeel 4.B.4(iii) deels moet slagen (§ 5.44 e.v.).

Het moge zo zijn dat in de standaardoffertes bedoeld in de rov. 3.1.12.2¹⁰ en 3.1.12.10¹¹ van 's hofs arrest was vermeld dat de bank zich het recht voorbehield de opslag aan te passen, daarmee voldoet het betreffende wijzigingsbeding nog altijd niet aan het transparantievereiste,¹² zodat ABN AMRO geen belang heeft bij het doel treffen van de klacht.

Hoogachtend,
uw dw.,



D. Rijpma

⁹ Zie *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/187 (twee-na-laatste alinea).

¹⁰ Zie productie 19 bij de inleidende dagvaarding van SDB, blad 3.

¹¹ Zie productie 24 bij de inleidende dagvaarding van SDB, blad 5.

¹² Ik moge in dit verband verwijzen naar Ik verwijs naar de §§ 3 en 4 van mijn schriftelijke toelichting, en naar § 2 van mijn schriftelijke dupliek.