

Postbus 7113  
1007 JC Amsterdam  
Beethovenstraat 400  
1082 PR Amsterdam  
T +31 20 71 71 000  
F +31 20 71 71 111

Freerk Vermeulen  
Advocaat bij de Hoge Raad  
T +31 20 71 71 885  
F +31 20 71 71 347  
freerk.vermeulen@nautadutilh.com

Amsterdam, 3 mei 2019

### Upload in het digitale portaal

Hoge Raad der Nederlanden  
t.a.v. de Voorzitter van de Civiele Kamer  
Postbus 20303  
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Edelhoogachtbare heer,

Betreft: ABN AMRO Bank N.V. / Stichting SDB en Stichting Euribar, zaaknummer 18/01151

De conclusie van de advocaat-generaal mr. Wissink, de "CPG", geeft ABN AMRO Bank (de "**Bank**") aanleiding tot een reactie.

#### 1. Inbedding transparantiegebod in oneerlijke beoordeling

- CPG 4.1-4.35 bevat een belangwekkende bijdrage aan de Europese en Nederlandse ontwikkeling van de betekenis van het transparantiegebod in de oneerlijkheidstoets, in het bijzonder bij de toetsing van wijzigingsbedingen. De CPG zet overtuigend uiteen dat de nationale rechter het transparantiegebod contextueel moet toepassen binnen de integrale oneerlijkheidstoets: zowel bij de vraag of is voldaan aan het transparantiegebod (4.27-4.29.1, 4.29.2, 4.29.4, 4.35) als bij de weging van een transparantiegebrek binnen die oneerlijkheidstoets (4.18, 4.20, 4.35). De CPG laat zien hoe die oneerlijkheidstoets een integrale beoordeling vergt en hoe het transparantiegebod daarin contextueel valt in te bedden, met differentiatie van zijn betekenis en gewicht naar gelang van de omstandigheden. Daarbij laat de CPG ruimte voor een voortgaande ontwikkeling waarin "het transparantievereiste meer dan voorheen aandacht krijgt en in het voetspoor daarvan, soms, meer gewicht krijgt bij de toets of een beding oneerlijk/onredelijk bezwarend is" (4.35). Deze contextuele benadering doet recht aan de Richtlijn en de maatstaf van artikel 6:233a BW. De benadering van de CPG contrasteert met die van het Hof Amsterdam.

#### 2. Een integrale oneerlijke beoordeling

- CPG acht de subonderdelen van de bank deels gegrond, deels ongegrond. Gegrond acht de CPG de klachten van onder meer subonderdeel 4.A.1 (en de daarop voortbouwende klachten) over het omzettings- en beëindigingsrecht. De CPG acht de subonderdelen 4.A.2, 4.A.3 en 4.A.4 daarentegen ongegrond. Alvorens hierop in te gaan (vgl. § 3) wijst de Bank erop dat de CPG in

Amsterdam

Brussel

Londen

Luxemburg

New York

Rotterdam

5.27 het belang relateert van die gedeeltelijke ongegrondbevinding:

*"dat het voorgaande niet wegneemt dat het verwijzingshof, dat gezien het slagen van de klachten van subonderdeel 4.A.1 opnieuw zal moeten oordelen over de vorderingen van de Stichtingen, bij een beoordeling van de oneerlijkheid van de bedingen een eigen afweging zal dienen te maken van het gewicht dat toekomt aan de verschillende omstandigheden die dat hof daartoe in overweging zal dienen te nemen."*

3. Deze opmerking heeft, aldus CPG 5.27, algemene gelding en komt daarna op verschillende plaatsen in wisselende bewoordingen terug (vgl. 5.41.2, 5.50.2, 5.53.2, 5.56.3). Het belang hiervan ziet op de vraag of de oneerlijksbeoordeling daadwerkelijk een integrale weging is dan wel uiteen valt in verschillende deelbeoordelingen die ieder afzonderlijk als eindbeslissing hebben te gelden en vervolgens met elkaar verbonden kunnen worden.
4. De Bank begrijpt uit deze opmerking dat er volgens de CPG van zulke eindbeslissingen geen sprake is en dat het slagen van een enkel subonderdeel, bijvoorbeeld 4.A.1, de gehele oneerlijksbeoordeling aantast. Het is aan het verwijzingshof om zelfstandig een eigen integrale oneerlijksbeoordeling te geven en daarin de verschillende toetsingselementen in hun onderlinge samenhang te beoordelen en te wegen, zonder gebondenheid aan de (deel-)waarderingen door het Hof Amsterdam. De Bank acht dit juist, omdat alleen zo een faire en open afweging mogelijk is of de door de Bank ingeroepen "toetsingselementen" opwegen tegen de door de Stichtingen gestelde oneerlijksheid c.q. intransparantie van de Wijzigingsbedingen. Die afweging vergt een integrale beoordeling en weging van alle relevante elementen, in hun onderlinge samenhang.
5. Gegrondbevinding van subonderdeel 4.A.1 (en de daarop voortbouwende klachten) zou dus al volstaan om een nieuwe integrale beoordeling mogelijk te maken. De overige klachten van het middel zouden in zoverre onbehandeld kunnen blijven, mits duidelijk is voor de verwijzingsrechter dat hij de ruimte heeft voor een integrale herbeoordeling. De Bank zal niettemin ook reageren op de behandeling door de CPG van een aantal andere klachten.

**3. Een brede contextuele toetsing die recht doet aan het contractuele evenwicht in de Euribor-hypotheek**

Subonderdeel 4.A.1 (omzettings- en beëindigingsrecht)

6. Volgens de CPG slaagt subonderdeel 4.A.1. De CPG concludeert dat het hof in zijn oneerlijkheidsoordeel, ten onrechte, ontoereikend of niet kenbaar heeft gereageerd op de stellingen van de Bank over het omzettings- en het beëindigingsrecht van de Leningnemers (5.6 en 5.7). De aanwezigheid van compenserende bedingen is een relevante factor. In potentie kunnen het beëindigings- en het omzettingsrecht het door het Wijzigingsbeding veroorzaakte nadeel opheffen of afzwakken, zodat er geen 'voldoende ernstige mate' van aantasting van de rechtspositie van de Leningnemer is dan wel aanzienlijke evenwichtsverstoring van rechten en verplichtingen van artikel 3 Richtlijn (5.8.1). Of dit het geval is, is aan de verwijzingsrechter om te beoordelen, die daarbij onder meer moet onderzoeken of er voldoende samenhang is en of het niet slechts 'formele rechten' betreft (5.8.2). Volgens de CPG volgt uit het *RWE* arrest niet, dat een transparantiegebrek niet kan worden goed gemaakt doordat de Leningnemer kosteloos kan overstappen naar een andere bank (5.9.2).
7. De Bank mist echter in de CPG een respons op haar centrale stelling in appel en in cassatie dat het omzettings- en beëindigingsrecht voor de Leningnemer onmiskenbaar intrinsiek is verbonden met de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid voor de Bank. De Bank onderschrijft dat het voor een integrale oneerlijkhedenbeoordeling relevant is of er samenhang bestaat tussen de Wijzigingsbedingen en die rechten. Maar het is, met alle respect, in deze zaak geen vraag of die samenhang er is. De contractuele omzettings- en beëindigingsbevoegdheden zijn in dezelfde contractsbepalingen opgenomen waarin de Wijzigingsbedingen staan en ontlenen hun betekenis onmiskenbaar juist aan hun intrinsieke verbondenheid met de Wijzigingsbedingen. Dit is uitvoerig door de Bank uiteengezet en door de Stichtingen niet weersproken.
8. In elke weergave van de stellingen van de Bank zou deze intrinsieke samenhang moeten doorklinken. Daarmee klinkt dan ook door dat de Bank in deze zaak niet probeert om een intransparant beding te "redden" met een beroep op ongerelateerde "compenserende bedingen". Het betreft hier één van de pijlers voor haar overtuiging dat de open geformuleerde Wijzigingsbedingen geen ongerechtvaardigde evenwichtsverstoring voor haar klanten opleveren. Het omzettings- en beëindigingsrecht zijn van wezenlijk belangrijk als tegenwicht voor de Wijzigingsbedingen doordat zij waarborgen dat de Leningnemer bij voorbaat de zekerheid heeft zowel van een reële exit-mogelijkheid als van concurrerende alternatieve keuzemogelijkheden, als hij niet langer het Euribor-tarief wenst.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Dit komt ook tot uitdrukking in een uitspraak van de Commissie van Beroep van het Kifid van 27 september 2018, *JOR* 2019/14, waarin open geformuleerde wijzigingsbedingen in leningen van ING geldig werden ge-

Subonderdeel 4.A.2 (legitimiteit en functionele noodzaak) en 4.A.3 (tariefstelling)

9. De CPG gaat, in het voetspoor van het hof, in de ogen van de Bank te gemakkelijk voorbij aan de reële belangen die leningsnemers (kunnen) hebben bij keuze voor een variabele rente met een open wijzigingsbeding in het algemeen of het Euribor-rentetarief als voorbeeld daarvan. Die belangen, waarvoor de Bank in feitelijke instanties en in cassatie opnieuw nadrukkelijk de aandacht heeft gevraagd, zijn van fundamenteel belang en breder dan de aanwezigheid van een omzettings- en beëindigingsrecht. Niet voor niets vertoont de hypotheekmarkt voor consumenten een breed aanbod en navenante vraag naar zowel vaste rentes als variabele rentes met open wijzigingsbevoegdheid. De belangen voor leningnemers bij de keuze(mogelijkheid) voor variabele tarieven met open wijzigingsbeding zijn evident en zouden niet mogen worden genegeerd.
10. CPG 5.13 meent dat het hof niet in twijfel heeft getrokken dat open geformuleerde wijzigingsbedingen een functie vervullen om een bank in staat te stellen een lening aan te bieden waarin het door de leningnemer te betalen rentetarief (zowel wat betreft het Euribor-tarief als de opslag) variabel is, dat dit aanbod tegemoet komt aan de voorkeuren van een bepaalde groep leningnemers en dat een vaste opslag duurder zal (kunnen) zijn dan een variabele opslag, omdat een bank in een vast tarief bepaalde onzekerheden zal verdisconteren. Volgens de CPG heeft het hof voldoende acht geslagen op de stellingen van de Bank (vgl. ook CPG 5.16 e.v.)
11. In rov. 3.11 benoemt het hof zowel een voordeel als een nadeel van de Euribor-rentetarieven, namelijk dat daardoor kan worden geprofiteerd van rentedalingen respectievelijk dat de Leningnemer ook te maken kan krijgen met rentestijgingen. Het hof vervolgt dat de renteontwikkeling bij het aangaan van de lening voor de Leningnemers en de Bank onzeker was, zodat het huidige lage Euribor-rentetarief geen rol kan spelen bij de oneerlijksbeoordeling omdat het aangaan van de overeenkomst als toetsingsmoment heeft te gelden. Volgens het hof heeft de Bank nagelaten toe te lichten welke extra kosten bespaard konden worden zodat het voordeel vooraf voor de Leningnemers niet duidelijk is. Het waarborgen van de doeltreffendheid van de oneerlijkscontrole brengt volgens het hof namelijk mee dat over een eventuele 'tegenprestatie' wel duidelijkheid moet bestaan.

---

acht. Deze uitspraak dateert van na re- en dupliek in deze zaak en betreft het appel van de in CPG 4.34.2 bedoelde, tegen ING Bank gewezen, uitspraak van de Geschillencommissie.

12. CPG 5.12-5.21 doet onvoldoende recht aan de hiertegen gerichte klachten van de Bank. De Bank illustreert dit met twee punten:

*(a) Mogelijkheid van rentestijgingen en rentedalingen*

13. Een leningnemer weet bij het aangaan van een hypothecaire geldlening inderdaad niet of de rente in de markt zal stijgen of zal dalen. Dat geldt bij elke tariefvorm: vast of variabel met wijzigingsbevoegdheid. Er is geen tariefvorm die in alle gevallen gunstig uitpakt. Zoals de Bank heeft betoogd, zijn er voor de leningnemer verschillende strategieën om met het dilemma van die rente-onzekerheid om te gaan (zie MvG nr. 11 sub (iii) en (iv) en slot, Pleitnota nr. 18 e.v., Procesinleiding cassatie 2.4 e.v., ST-B o.m. nr. 21-23, 38-39). Het is van wezenlijk belang voor de leningnemer dat hij kan kiezen tussen:

(i) Variabele rente met open wijzigingsbeding, die tweezijdig flexibel is (zowel voor bank als leningnemer); en voor de leningnemer gunstig uitpakt bij rentedaling maar hem geen bescherming biedt tegen rentestijging, en;

(ii) Vaste rente (rentevastperiodes), die tweezijdig vast is (zowel voor bank als leningnemer) en de leningnemer bescherming biedt tegen rentestijging maar ongunstig voor hem uitpakt bij rentedaling.

14. De ene tariefvorm combineert het ene voor- en nadeel, de andere combineert precies het omgekeerde voor- en nadeel. Welke combinatie van voor- en nadelen een leningnemer in zijn concrete situatie verkiest is aan die leningnemer zelf, afhankelijk van zijn persoonlijke omstandigheden. De CPG laat, in het voetspoor van het hof, zonder werkelijke respons het betoog van de Bank dat de wijzigingsbedingen een legitiem middel zijn om de combinatie van voor- en nadelen behorende bij de variabele tariefvorm mogelijk te maken als alternatief naast de omgekeerde combinatie van voor- en nadelen van vaste rentes. Daarmee wordt zonder respons gelaten dat leningnemers er een groot belang bij hebben om uit deze verschillende tariefvormen te kunnen kiezen.

*(b) Kostenbesparing door laag tarief*

15. De CPG laat ten onrechte toe dat het hof de stellingen van de Bank over het door de Wijzigingsbedingen mogelijk gemaakte potentiële tariefvoordeel afdoet met de dooddoener dat, kort gezegd, de besparing/het voordeel voor de Leningnemers onvoldoende is geconcretiseerd. Zoals de Bank in appel en in cassatie opnieuw heeft benadrukt, hebben de Leningnemers belang bij een open wijzigingsbeding omdat dit een kostenbesparende factor inhoudt en va-

riabele rente-arrangementen met open wijzigingsbeding, zoals het Euribor-rentetarief, gemiddeld aanzienlijk goedkoper zijn dan vaste tarieven (dat wil zeggen los van de gevolgen van mogelijke rentestijgingen en -dalingen in de markt die uiteraard ook van invloed kunnen zijn).

16. Dat dergelijke variabele rentes goedkoper plegen te zijn is een feit van algemene bekendheid en is door de Bank gemotiveerd en gedocumenteerd gesteld, met vergelijking van andere rentevastperiodes, en in appel niet gemotiveerd betwist (MvG nr. 12, 18; Pleitnota nr. 24-32; Procesinleiding par.2 IV en 4.3; ST-B par. 2.1). Het is onjuist dat de CPG, in navolging van het hof, deze stellingen wil doen verwerpen omdat de Bank, náást de met een grafiek toegelichte prijsverschillen met (andere) vaste renteperiodes, met precisie had moeten kwantificeren hoe hoog de te besparen kosten destijds waren, hetgeen nodig zou zijn als waarborg voor een doeltreffende controle op de eerlijkheid van de bedingen volgens het arrest *Constructora Principado* (punt 29).
17. Te bedenken valt dat destijds, bij het aangaan van de overeenkomst, helemaal niet duidelijk was of kon zijn welke kosten zouden (kunnen) worden bespaard althans niet over de hele looptijd van de leningen. Dat is hooguit achteraf aan het eind van de looptijd vast te stellen en verschilt per leningnemer afhankelijk van zijn individuele instapmoment. Bovendien hangt dit ook nog af van de alternatieve rentevorm die voor de kostenberekening als referentie wordt gekozen want de uitkomst zal verschillen al naar gelang de rentevastperiode.
18. Het hof, en in zijn voetspoor de CPG, miskent bovendien dat ook niet gekwantificeerde of niet-kwantificeerbare belangen reële belangen kunnen zijn. Tegenover het nadeel voor de Leningnemers dat de Bank door de Wijzigingsbedingen de opslag eenzijdig kan verhogen, staat als positieve keerzijde dat variabele rentes met zulke bedingen over de gehele looptijd gemiddeld aanzienlijk goedkoper zijn. Dat is wel degelijk een reëel belang voor de Leningnemers, zelfs al hadden / hebben zij vooraf geen garantie dat dit in hun geval ook daadwerkelijk zo zal uitpakken. Het ontbreken van een dergelijke garantie laat het voordeel als gunstige kans onverlet. Daarbij komt dat een eventueel risico dat de Bank oneigenlijk gebruik van haar open wijzigingsbevoegdheid zou kunnen maken wordt opgeheven / gemitigeerd door het beëindigings- en omzettingsrecht van de Leningnemers dat hun de vrijheid geeft zelf autonoom te blijven kiezen voor reële alternatieven, zoals die ook aan nieuwe klanten worden aangeboden.
19. De verwijzingsrechter zal, bij vernietiging op grond van subonderdeel 4.A.1, in elk geval de aannemelijkheid van een prijsvoordeel moeten (kunnen)

meewegen in zijn hernieuwde integrale oneerlijkeitsbeoordeling. Dit prijsvoordeel raakt aan de maatschappelijke kern waarom de wijzigingsbedingen, in de ogen van de Bank, ondanks een transparantiegebrek naar de sinds 2012 ontwikkelde maatstaven, niet onredelijk bezwarend zijn.

#### 4. Gebod van materiële transparantie

##### a. Contextuele inbedding in oneerlijkeitsbeoordeling

20. In het bijzonder de subonderdelen 4.A.1, 4.A.2 en 4.A.3 adresseren reële belangen van leningnemers, die vallen binnen het bereik van artikel 4 lid 1 Richtlijn en artikel 6:233a BW. De ontoereikende respons van het hof hierop werkt door in zijn beoordeling van zijn bevindingen inzake de (in)transparantie van de Wijzigingsbedingen aangezien deze in onderlinge samenhang beoordeeld moeten worden in de integrale oneerlijkeitsbeoordeling. Gegrondbevinding van een of meer subonderdelen van 4.A tast de gehele oneerlijkeitsbeoordeling aan, met inbegrip van het door het hof vastgestelde transparantiegebrek respectievelijk de weging daarvan.
21. Zie in dit verband de uitwerking die de CPG geeft aan de contextuele inbedding van het transparantiegebod in de oneerlijkeitsbeoordeling, met differentiatie naar de omstandigheden van het geval. De CPG kijkt duidelijk verder dan het binaire oordeel of een beding al dan niet (voldoende) transparant is (4.18):

*"Achter het oordeel dat een beding niet-transparant is kan echter een 'analoge' (meer /minder) beoordeling schuilgaan. De mate of het opzicht waarin een beding onvoldoende transparant is, is lijkt mij relevant voor de beoordeling van het gewicht van het transparantiegebrek bij de oneerlijkeitsstoets."*

22. De CPG geeft verderop als samenvatting (4.35):

*"De oneerlijkeits / onredelijkeits van een beding moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Een van die omstandigheden is een gebrek aan transparantie van het beding. (... ..) Hoe specifiek die informatie kan of dient te zijn, is afhankelijk van de omstandigheden. Dit geldt ook voor het gewicht dat een transparantie gebrek heeft in de beoordeling van de oneerlijk/onredelijkeits van een beding."*

De Bank verstaat dit aldus dat de contextuele behandeling van het transparantiegebod mede recht moet doen aan de omstandigheden van het geval, waartoe mede behoren de door de Bank ingeroepen "toetsingselementen" bedoeld in subonderdeel 4.A. Het transparantiegebod mag daarom niet los daarvan

worden gewogen en moet opnieuw, met inachtneming van die "toetsingselementen", worden gewogen in de integrale oneerlijkheidsbeoordeling. Een voorbeeld daarvan vormt, ook volgens de CPG, de in 5.41.2 aangehaalde stelling van de Bank dat een open formulering van de Wijzigingsbedingen in de context waarin zij worden gebruikt onvermijdelijk is en een specificatie van wijzigingsgronden geen beter inzicht zou hebben opgeleverd.

23. De Bank gaat nog kort op enkele afzonderlijke aspecten in.

b. Consequenties contextuele betekenis van (in)transparantie

24. De CPG legt een aantal oordelen van het hof over het gebrek aan transparantie van de Wijzigingsbedingen als niet-dragend uit om, op die grond, de daartegen gerichte klachten te verwerpen. De Bank merkt hierover op dat CPG hier de lijn van zijn eigen contextuele benadering onvoldoende lijkt door te trekken. Immers, zoals CPG 4.18 stelt, zal het bij de weging van een transparantiegebrek aankomen op "de mate of het opzicht waarin een beding onvoldoende transparant is". Daarmee is niet verenigbaar dat verscheidene overwegingen in 's hofs arrest (geen specificatie van componenten in het tarief, geen bandbreedte voor een opslagwijziging etcetera) in stand zouden blijven en als eindbeslissingen zouden kunnen worden aangemerkt die daarmee blijven "staan" en de verwijzingsrechter zouden beperken in zijn integrale oneerlijkheidsbeoordeling. Dit ziet met name, maar niet uitsluitend, op de voorgestelde verwerping van subonderdelen 4.B.2 (ii) t/m iv).

25. CPG (5.48) verwerpt het betoog dat de Leningnemers een vorm van transparantie hadden doordat zij met hun omzettingsrecht de gevolgen van de wijzigingsbedingen konden begrenzen, met de zekerheid vooraf dat zij nooit een hoger tarief hoeven te betalen dan de Bank aan nieuwe klanten in rekening zou brengen. Dit argument gaat volgens de CPG uit van een andere betekenis dan die daaraan blijktens de rechtspraak van HvJ EU zou toekomen. Volgens de Bank gaat het niet zozeer om de vraag in welke juridische categorie haar stelling past: waar het om gaat is dat de verwijzingsrechter mede recht zal kunnen doen op de hiermee voor de klanten van de Bank bestaande reële waarborg, waarop de Bank heeft gewezen. Naar het oordeel van de Bank zou de verwijzingsrechter zich hierover moeten kunnen uitspreken.

**5. Uitzondering punt 2.b Bijlage Richtlijn**

26. CPG 5.60.4 onderschrijft 's hofs uitleg van de uitzondering in punt 2.b), eerste alinea, van de Bijlage bij de Richtlijn. In deze uitleg wordt de geldigheid van een beding in algemene voorwaarden afhankelijk gemaakt van omstan-



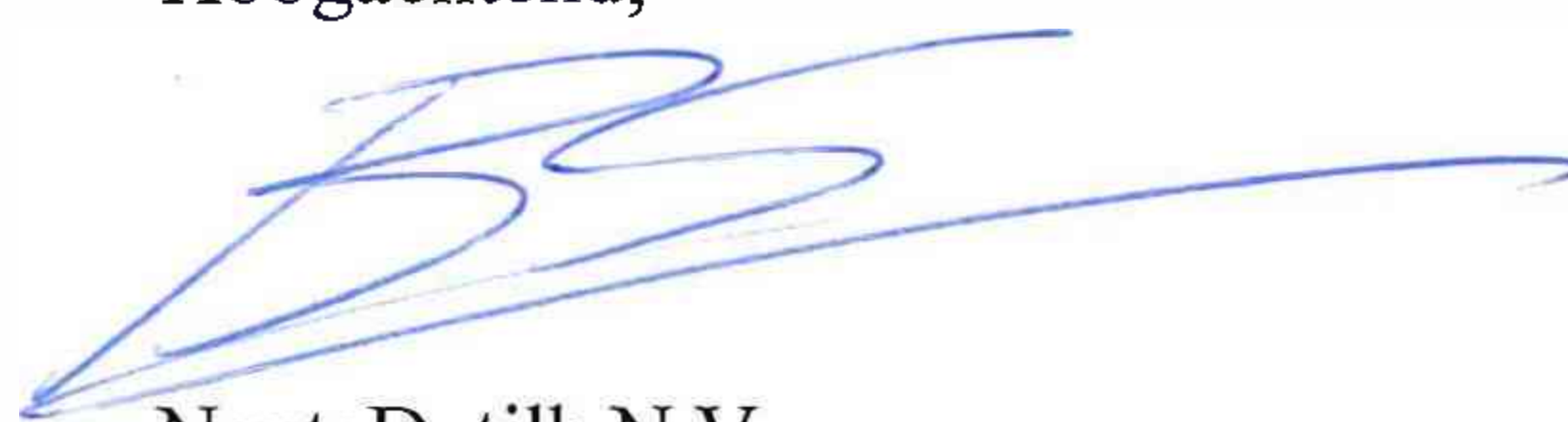
digheden die dateren van na contractssluiting. Dat conflicteert met het in CPG 4.8 benadrukte peilmoment van contractssluiting, die grondig is verankerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad. De uitleg van de bedoelde uitzondering kan in dit opzicht niet juist zijn. Het is niet bestaanbaar dat de geldigheid van een beding in een hypothecaire lening met een looptijd van 20-30 jaar afhankelijk zou worden gesteld van de toevallige omstandigheden bij uitoefening van een wijzigingsbeding (bijvoorbeeld in jaar 1 van de looptijd). 's Hof's oordeel is onjuist, dragend voor zijn oneerlijkheidsoordeel en behoort te worden vernietigd. In het verlengde daarvan zou onderdeel 4.E onbehandeld moeten blijven.

**6. Art. 6:236 i BW**

27. CPG 6.4 e.v. meent dat in het geval van tariefswijzigingen (verhogingen) binnen drie maanden na contractssluiting artikel 6:236i BW van toepassing is, tenzij de consument overeenkomstig *RWE* een daadwerkelijk te benutten beëindigingsmogelijkheid heeft. Deze benadering is onjuist. De Bank heeft bij ST uiteengezet dat deze bepaling niet is bedoeld voor duurovereenkomsten met een intrinsiek variabele prijs, dat het onbestaanbaar is een daartoe noodzakelijk beding door de toevallige uitoefening ervan binnen de eerste drie maanden voor de gehele looptijd (van 20-30 jaar) uit de overeenkomst te schrappen. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat een enkel "ontbindingsrecht" als zodanig volstaat (uitoefening van het "ontbindingsrecht" mag ook nadelig zijn voor de consument). Een door *RWE* geïnspireerde uitleg van dit onderdeel van de zwarte lijst - die geen Unierechtelijke grondslag heeft - is daarom onjuist.

Namens de Bank, dank ik u voor de door u aan deze brief bestede tijd.

Hoogachtend,



NautaDutilh N.V.  
Freerk Vermeulen