

**DAGVAARDING BODEMPROCEDURE**  
**(collectieve actie ex artikel 3:305a BW)**  
**Sector civiel**

---

---

1. Heden, december 2012 (tweeduizendtwaalf), ten verzoeken van:
2. De stichting **STICHTING SDB**, na te noemen **Stop de banken**, gevestigd in de gemeente Stichtse Vecht, te dezer zake domicilie kiezende te 7514 AR Enschede aan de Boddenkampsingel 76 (postbus 76, 7500 AB), ten kantore van de advocaten mrs. R.J. Leijssen en E.H. Hoeksma, die ten deze tot advocaten worden gesteld en als zodanig zullen optreden, met het recht van substitutie;

**GEDAGVAARD:**

3. De naamloze vennootschap **ABN AMRO BANK N.V.<sup>1</sup>**, hierna te noemen **de bank**, gevestigd en kantoorhoudende Amsterdam, aan de Gustav Mahlerlaan 10, aldaar mijn exploit doende, sprekende met en afschrift dezes alsmede na te melden producties latende aan:

**OM :**

4. Op **woensdag de 9<sup>de</sup> (negende) januari 2013 te 10:00 uur** niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen op de terechtzitting van de rechtbank te **Utrecht, sector civiel**, zitting houdende voor burgerlijke zaken, aldaar gehouden wordende in een van de zalen van het Paleis van Justitie aan het Vrouwe Justitiaplein 1 te 3511 EX Utrecht;

**MET UITDRUKKELIJKE AANZEGGING:**

5. Indien de bank verzuimt advocaat te stellen of het door haar verschijning verschuldigde griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, zal de rechter verstek tegen de bank verlenen en de vordering van Stop de banken toewijzen, tenzij deze haar onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
6. Van de bank zal bij verschijning in het geding een griffierecht worden geheven van € 575,00 te voldoen binnen vier weken na verschijning;
7. Van de bank, indien zij onvermogen is (wat illusoir lijkt), wordt een lager griffierecht geheven ten bedrage van € 73,00, indien zij bij haar verschijning in het geding heeft overgelegd:
  - a) een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan haar zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

---

<sup>1</sup> Aangezien het uittreksel uit het handelsregister op de bank 1000 pagina's beslaat, volstaat Stop de banken met een voorblad van de site van de KvK betreffende op de bank als **productie 1**.

- b) een verklaring van de raad als bedoeld in artikel 1, onder b, van die wet, waaruit blijkt dat haar inkomen niet meer bedraagt dan de bedragen, bedoeld in artikel 35, derde en vierde lid, telkens onderdelen a tot en met d dan wel in die artikelliden, telkens onderdeel e, van die wet; met dien verstande dat als gevolg van een inmiddels van kracht geworden wijziging van de Wet op de rechtsbijstand nu geldt dat de verklaring wordt verstrekt door het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 2 van die wet, terwijl de bedragen waaraan het inkomen wordt getoetst zijn vermeld in artikel 2, eerste en tweede lid, van het Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand.

#### DE STICHTING STOP DE BANKEN EN HAAR DOELSTELLING:

8. Stop de banken, een stichting, is bij notariële akte d.d. 14 mei 2012 in het leven geroepen. De hierin opgenomen statuten worden als **productie 2** in het geding gebracht. Het statutaire doel van Stop de banken is i) het behartigen en beschermen van de belangen van natuurlijke personen (hierna verder de donateurs), die een hypothecaire geldlening zijn aangegaan, ii) het voeren van collectieve acties ten behoeve van de donateurs (in of buiten rechte), iii) het verlenen van ondersteuning aan andere rechtspersonen en/of natuurlijke personen, die op enigerlei wijze opkomen voor de belangen van de donateurs en iv) het aangaan, uitwerken en uitvoeren van collectieve overeenkomsten ten behoeve van de donateurs en het houden van toezicht op de naleving van dergelijke overeenkomsten. Stop de banken tracht haar doel te verwezenlijken door onder andere het instellen van vorderingen in en buiten rechte, het voeren van onderhandelingen, het voeren van procedures en het treffen van andere rechtsmaatregelen ten behoeve van de donateurs.

#### INLEIDING:

9. Als **productie 3** wordt aan de dagvaarding gehecht een aantal (representatieve) kranten- en persberichten, te weten de Financiële Telegraaf d.d. 27 april 2012, persbericht d.d. 2 mei 2012, een persbericht d.d. 5 mei 2012, NRC d.d. 22 mei 2012, FD d.d. 27 juli 2012, een ingezonden brief van Stop de banken en een persbericht van onbekende datum. De problematiek, die in deze artikelen wordt geschetst laat zich aldus vertalen. De bank en ING verhogen de zgn. opslag op de euribor-hypotheek met 1 respectievelijk 0,35 procentpunt. De bank (ABN Amro) verhoogde per 1 februari 2009 de opslag van 0,5% naar 1%. Nu verhoogt de bank (ABN Amro) deze opslag opnieuw (per 1 juni 2012) van 1,00% naar 2,00%. Dat is een totale verhoging van 400% (sic!). De banken voeren als reden aan om deze opslag te verhogen: de bedrijfskosten zijn gestegen. Het gaat om 6.000 (bij de bank) en om 19.000 ING- klanten. De laatste per 1 juni 2012 doorgevoerde verhoging zorgt voor een enorme commotie onder de bankklanten, die dan ook prompt Stop de banken in het leven roepen. Leitmotiv voor Stop de banken: terwijl de euribor-rente extreem laag staat in deze tijdspanne, verhogen de bank en ING de opslag ter afwenteling van het ondernemersrisico van de banken op de klanten. AFM roept daarbij de banken op om te matigen en hypotheekrente niet te verhogen. De AFM letterlijk: *banken hebben beloofd het belang van hun klanten centraal te stellen. Zelfs al staat de opslagverhoging in het contract; de vraag is hier of ze transparant genoeg zijn geweest.* In dat kader wijst Stop de banken op het wetsvoorstel, een ministeriële regeling aangaande het afleggen van de eed door bankpersoneel (zie: **productie 4**) en het Wijzigingsbesluit Wft (de relevante onderdelen van dit besluit wordt als **productie 5** in het geding gebracht). Doelstelling van deze

ministeriële regeling: het centraal stellen van het belang van de klant (dus: het terughalen van de verdwenen ethiek bij de bankiers). Stop de banken kondigt aan dat er geprocedeerd gaat worden tegen de bank en Lex Makkinje als bestuurder van Stop de banken laat optekenen: *we hebben 3 gesprekken gevoerd met ABN Amro om te komen tot arbitrage over de plotselinge verhoging. Na het laatste gesprek moesten we concluderen dat we aan het lijntje zijn gebonden.* De ABN Amro bevestigt in de krant dat er inderdaad intensief overleg heeft plaatsgehad met Stop de banken. ING heeft in de consternatie per midden september 2012 laten weten de maatregel – de verhoging van de opslag boven de euribor-rente – in te trekken.

#### DE 3:305A BW-ACTIE:

10. Deze zaak betreft een actie ex artikel 3:305a BW. Stop de banken is een stichting, zoals bedoeld in lid 1 van deze bepaling. Daarnaast geldt dat de rechtsvordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, te weten de donateurs, die allen met de bank een euribor-hypothek hebben afgesloten. Zoals hiervoor al geconstateerd onder het kopje “inleiding” worden door de litigieuze verhoging van de opslag door de bank 6.000 natuurlijke personen getroffen, terwijl Stop de banken optreedt voor meer dan 500 donateurs. Deze belangen worden tevens door de statuten van Stop de banken gedekt. Een eventueel verweer van de bank dat deze zaak niet kan worden beoordeeld zonder alle individuele aspecten van de euribor-hypotheken in de zaak te betrekken stuit naar het oordeel van Stop de banken af op de rechtsoverweging van de Hoge Raad (r.o.v. 4.5.4) in het arrest d.d. 5 juni 2009 in de Sprintplanzaak tegen Aegon (LJN: BH2822). De Raad overwoog en deze overweging kan 1 op 1 op deze zaak worden toegepast.

4.5.4 Het hof heeft zijn oordeel dat de belangen van de verschillende personen die met Aegon een "Sprintplan"-overeenkomst zijn aangegaan in verband met de bedoelde verwijten voldoende gelijksoortig zijn en zonder onderzoek naar de individuele omstandigheden waaronder de afzonderlijke "Sprintplan"-overeenkomsten zijn aangegaan kunnen worden vastgesteld, mede daarop doen steunen dat deze overeenkomsten in het algemeen op dezelfde wijze zijn tot stand gekomen en Aegon zich daarbij van soortgelijke bescheiden heeft bediend (rov. 4.42) en dat Aegon structureel heeft nagelaten, alvorens de overeenkomst aan te gaan, inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de deelnemer (rov. 4.45). Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat aan de "Sprintplan"-overeenkomsten als zodanig bijzondere financiële (restschuld)risico's zijn verbonden, die Aegon verplichten daarvoor te waarschuwen, hetgeen zij eveneens structureel heeft nagelaten (rov. 4.40-4.42), en dat de overeenkomsten de verplichting inhouden gedurende de looptijd - voor alle overeenkomsten vijf jaar - maandelijks een vast bedrag aan rente te betalen over het door Aegon verschaft krediet, zodat de overeenkomsten gedurende verscheidene jaren een vast beslag leggen op de financiële positie van de wederpartij, zonder dat hiertegenover de zekerheid van een uitkering bij beëindiging van de overeenkomst stond, in verband waarmee Aegon inlichtingen had moeten inwinnen omtrent de inkomens- en vermogenspositie van de deelnemers (rov. 4.43). Aldus heeft het hof zonder miskening van het bepaalde in art. 3:305a lid 1 BW en niet onbegrijpelijk kunnen oordelen dat een, zich voor bundeling lenend, gelijksoortig belang van de deelnemers bestaat bij de gevorderde verklaring voor recht dat Aegon onrechtmatig heeft gehandeld. Daarop stuiten de klachten van de onderdelen 2.1, 2.3 en 2.4 af.

11. Daarnaast: Stop de banken voldoet ook aan het vereiste van lid 2 van deze bepaling. Anders gezegd, Stop de banken kan in haar actie worden ontvangen. Zoals volgde onder

het kopje “de inleiding” hiervoor, heeft de bestuurder van Stop de banken gerelateerd: *we hebben 3 gesprekken gevoerd met ABN Amro om te komen tot arbitrage over de plotselinge verhoging. Na het laatste gesprek moesten we concluderen dat we aan het lijntje zijn gehouden.* De bank heeft in datzelfde persbericht bevestigd dat er inderdaad intensief overleg heeft plaatsgehad met Stop de banken. Een eerste overleg tussen Stop de banken en de bank vindt plaats op 1 juni 2012. Nadat enige scenario`s waren besproken tussen partijen om een modus de procedendi te vinden, werd afgesproken dat de bank uiterlijk op woensdag 6 juni 2012 zou reageren jegens Stop de banken op door deze laatste gedane voorstellen. Reactie blijft uit en bij e-mailbericht d.d. 8 juni 2012 (**productie 6**) beklaagt Coen Aarts, voorzitter van Stop de banken, zich bij de heer De Wilt, een hooggeplaatste ABN-functionaris over de inertie bij de bank. Een kopie van dit bericht wordt dezelfde dag naar ex minister Zalm, de hoogste man van de bank, gezonden (**productie 7**). `s Middags antwoordt de heer De Wilt met een nietszeggend bericht (**productie 8**). Na veel vijven en zessen vindt er op 25 juni 2012 overleg plaats tussen bestuursleden van Stop de banken en de top van afdeling hypotheek van de bank. Overeenstemming over de problematiek wordt niet bereikt tussen partijen. Dan is het een korte periode stil, waarna op 12 juli 2012 opnieuw overleg plaatsvindt tussen een delegatie van Stop de banken en hooggeplaatste bestuurders (en de bedrijfsjuriste) van de bank. De onderwerpen van deze bespreking worden namens Stop de banken vastgelegd in een brief d.d. 13 juli 2012 (**productie 9**). Vervolgens laat de bank per e-mail d.d. 18 juli 2012 (**productie 10**) de advocaat van Stop de banken weten zich niet helemaal te kunnen vinden in de inhoud van de eerdere brief van Stop de banken. Bij een vervolgmil d.d. 20 juli 2012 (**productie 11**) laat de bank in al haar gulheid weten dat zij de klachttermijn voor de KIFID-actie verlengt met 1 maand om vervolgens niet meer inhoudelijk te reageren. Bij brief d.d. 25 juli 2012 (**productie 12**) wordt namens Stop de banken het verdere vertrouwen opgezegd in de voorgestelde wijze van geschillenbeslechting. Stop de banken was vervolgens vrij om de onderhavige actie te entameren. Daarbij geldt dat in alle gesprekken de bank ervan blijk heeft gegeven dat zij inhoudelijk niet wenst terug te komen op haar besluit om de opslag op de euribor-rente te verhogen. De bank heeft met klem gesteld dat zij deze bevoegdheid contractueel heeft. Het overleg tussen Stop de banken en de bank heeft zich grosso modo beperkt tot het vinden van een processuele weg om tot een oplossing te komen (KIFID-arbitrage).

12. Stop de banken is van oordeel dat zij in voldoende mate heeft getracht om met de bank tot een gezamenlijk plan van aanpak voor wat betreft de wijze van geschillenbeslechting te komen, maar dat deze aanpak is gestrand door de wijze waarop de bank de voorstellen van Stop de banken heeft behandeld. Om die reden – het aan het lijntje houden, zoals de bestuurder van Stop de banken dat in de pers heeft verwoord – is het vertrouwen aan de zijde van Stop de banken geschonden. Aan de vereisten van lid 2 van deze bepaling is aldus voldaan en om deze reden kan Stop de banken in haar onderhavige class action c.q. groepsrechtsovername worden ontvangen.

DE CLAIMCODE 2011:

13. Stop de banken heeft zich gecommitteerd om te handelen conform de claimcode 2011, die als **productie 13** aan de dagvaarding wordt gehecht. Zo zien het bestuur en de raad van toezicht van Stop de banken erop toe dat de governance structuur van haar stichting in stand wordt gehouden en erop toe dat deze code in al zijn facetten wordt nageleefd.

## ONDERHOUD TUSSEN STOP DE BANKEN EN DE FINANCIËEL OMBUDSMAN (KIFID):

14. In het kader van het overleg dat Stop de banken heeft gehad met ING, hebben deze partijen een audiëntie aangevraagd en gekregen bij de ombudsman van het KIFID, de heer mr. N. Monster. Nadat dit gesprek had plaatsgehad, ging ING overstag en trok de verhoging van de opslag in. Het gespreksverslag van 21 augustus 2012 wordt hierin woordelijk weergegeven om te tonen hoe de ombudsman prima facie tegen deze problematiek aankeek.

Verslag van het gesprek met financieel ombudsman (KIFID), mr. Nol Monster, dat op 21 augustus 2012 te 11:00 uur plaatsvond in het bijzijn van Dennis Noordervliet, Alexander MacLean (beiden ING), Coen Aarts en Hans Hoeksma

---

De ombudsman neemt het voortouw, na partijen te hebben angehooord, en spuit op ongezoeten wijze hoe voorshands de zaak in zijn ogen in elkaar steekt. De volgende uitspraken zijn van zijn hand:

1. Obvion is een vaste opslag: kan dus niet fluctueren.
2. Abn heeft wel 7 onderscheiden offertes.
3. Als opslag variabel is, moet er wel een referentiekader zijn om te toetsen welke kosten kunnen worden doorbelast.
4. Is het opslagbeding onredelijk bezwarend (algemene voorwaardenleer); dat moet de ombudsman ambtshalve toetsen.
5. Het komt aan op de uitleg van de stukken en op hetgeen de klant gerechtvaardigd heeft mogen verwachten.
6. Staat vast dat de opslag mag fluctueren (omdat dit onderdeel is van het contract), dan moet er wel een valabele reden zijn om de opslag aan te passen (geen blanco cheque).
7. Bij het bepalen of en zo ja, in welke mate de opslag mag en kan fluctueren gelden de redelijkheid en billijkheid als ondergrens.
8. Als het Euribor-systeem, zoals overeengekomen tussen partijen, niet werkt door de marktomstandigheden, kan de overeenkomst wellicht worden aangepast wegens onvoorziene omstandigheden. Dit gaat echter niet op als deze zgn. marktomstandigheden voor rekening en risico van ING komen, aangezien zij door eigen falen niet het geld kan inkopen tegen marktprijzen (Barclays en Rabo kunnen wel funding krijgen tegen marktprijzen).
9. Dus als de funding moeilijk wordt en dat is de schuld van ING zelf, dan kan, als de opslag contractueel mag worden gewijzigd, dit geen reden of rechtvaardiging voor de verhoging van de opslag zijn.
10. In de rechtszaak is dus primair de vraag aan de orde of de opslag kan worden gewijzigd en zo ja, subsidiair of deze wijziging zijn rechtvaardiging vindt in objectieve ijkpunten en objectieve argumentatie.
11. Het kan zijn dat de fundingskosten hoger zijn geworden en de funding moeilijker, dat zijn – in het normaal geval – omstandigheden, die voor rekening van de ING komen, aangezien zij met

die omstandigheden rekening had dienen te houden bij *het aangaan van* het contract. Dus het fundingprobleem kan niet worden afgewenteld op de cliënt.

12. De ratio achter het afsluiten van de Euribor-hypothek was de grote transparantie van deze rentestand. Die ratio dreigt bij het naar believen kunnen wijzigen van de opslag onder te sneeuwen.
13. De mate van wijziging van de opslag moet getoetst worden aan de i) de redelijkheid en billijkheid, ii) aan de reden van de verhoging en iii) aan de criteria die daar voor staan of die nog moeten worden vastgesteld.
14. Variabel wil zeggen dat je met de markt mee mag bewegen, maar wel in overeenstemming met de referentiepunten, die daarvoor staan of die (nog) moeten worden vastgesteld (door de ombudsman).
15. Procedurele aspecten: eerst: gemotiveerde klacht indienen bij ING en dan de weg naar het KIFID bewandelen. De klacht is 2-ledig: mag men de opslag wijzigen en zo ja in welke mate en waaraan moet worden getoetst. Voor de beantwoording van de 2<sup>de</sup> vraag bestaat de mogelijkheid om een deskundige te benoemen.
16. Dat de ING de verhoging van de opslag heeft opgeschort hangende de komende rechtszaak, betekent niet dat er geen geschil is (dus: SDB wordt daardoor niet niet-ontvankelijk verklaard).
17. ING legt uit dat in de opslag de volgende componenten zijn verwerkt, te weten bedrijfskosten, risico wanbetalers, fundingskosten en winst.
18. Als de kosten dalen, zal ook de opslag neerwaarts bewegen.
19. ING zal zich beraden of zij meewerkt aan deze rechtsstrijd met deze dichotomie. Immers, in de voorbespreking was alleen het al dan niet kunnen verhogen van de opslag – dus niet de mate waarin – im Frage en de inzet van de strijd.

Aldus opgesteld door Hans Hoeksma op 22 augustus 2012.

15. Na dit gesprek en na intern de problematiek omtrent de verhoging van de opslag te hebben geëvalueerd, trekt de ING haar beslissing ter verhoging van de opslag in. Dit een en ander vindt onder andere haar bevestiging in persbericht d.d. 15 september 2012 van de hand van Stop de banken (**productie 14**). Belangrijke zinsnede uit dit persbericht: *naar aanleiding van de gesprekken die met de betrokken partijen zijn gevoerd en de huidige situatie op de financiële markten, heeft ING besloten.....*Betrokken partijen zijn Stop de banken en ING, terwijl voor ING de huidige situatie geen aanleiding meer is voor verhoging van de opslag.

#### FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN I:

16. De donateurs hebben allen met de bank (en voorheen tevens met Fortis) een zgn. euribor-hypothek afgesloten. Kenmerk van deze hypothek is dat de rente dagelijks wordt bepaald en bij de onderhavige 1-maands euribor-contracten wordt als uitgangspunt meestal of de voorlaatste werkdag van de maand of de eerste dag van de maand genomen. Euribor staat voor Euro Interbank Offered Rate. Euribor is het gemiddelde rentetarief, waartegen een groot aantal vooraanstaande Europese banken (het bankenpanel) elkaar leningen in euro verstrekken. Bij het bepalen van de euribor-tarieven worden de hoogste

en de laagste 15% van de gemelde tarieven niet meegeteld. Iedere werkdag om 11:00 Central Ocean Time worden de euribor-rente-tarieven vastgesteld en doorgegeven aan alle deelnemende partijen en aan de pers. De hoogte van dit tarief is dagelijks verifieerbaar door middel van de euribor-internet-site. Bovenop die rente rekent de bank een opslag, waarvan de donateurs menen dat deze vast, althans individueel is (en dus niet generiek kan worden gewijzigd c.q. verhoogd); de bank acht zich daarentegen ineens in 2009 vrij om deze opslag te wijzigen.

17. De bank heeft met de standaardbrieven d.d. 26 januari 2009 (**productie 15**) en d.d. 24 april 2012 (**productie 16**) aangekondigd deze opslag respectievelijk per 1 februari 2009 met 0,5% en per juni 2012 met 1% te verhogen (dus een verhoging van 0,5% naar 2,00%). Dat is een verhoging van 400%! Als reden om de opslag te verhogen wordt in 2009 gemeld: *ontwikkelingen op de financiële markt*. In 2012 heet het: *doordat de economie de laatste jaren sterk veranderd is, is het voor ons al langere tijd duurder om geld te lenen. Onze kosten zijn hierdoor al langere tijd hoger dan de opslag die u betaalt*. Aangezien het variabele deel van de rente reeds in het euribor-tarief is gevat, is de algehele perceptie van de donateurs dat de opslag vast, althans individueel is (en dus niet generiek kan worden verhoogd). Hierover later meer! In een aantal offertes (met name de originele Fortis offertes) – waar hierna het woord offerte wordt gebruikt betekent dat het hypotheekcontract tussen partijen – is de term *vaste* opslag woordelijk vermeld. Daarnaast is in zeer veel gevallen voorafgaande aan het afsluiten van de offerte mondeling (en sommige gevallen schriftelijk) vermeld door de bank of door haar tussenpersonen dat deze opslag *vast* was. De bank meent echter, met een beroep op haar algemene voorwaarden, dat zij gerechtigd is de opslag te verhogen.
18. Wat is het motief en de drijfveer voor de donateurs geweest om destijds überhaupt een variabele euribor-rente in hun hypotheekarrangement op te nemen. Het is een financieel gegeven dat een hypotheek met een korte of variabele rente (zoals de euribor) gemeten over langere periode, statistisch beoordeeld, gunstiger is. Daarbij komt nog dat men zich tegen een eventuele stijging van de rente met financiële instrumenten kan indekken. Tegen een stijging van de opslag is evenwel geen enkele bescherming of indekking mogelijk.
19. Naast de euribor-rente, bestaat ook de zgn. variabele hypotheek. Ook deze schommelt in haar renteverplichting, maar heeft als nadeel dat de fluctuaties niet transparant zijn; de consument heeft geen enkel inzicht in rentefluctuaties. Dit in tegenstelling tot de euribor-rente, die per axioma totaal transparant is, waarbij het voor de bank niet mogelijk is niet-traceerbare en onbekende kosten door te berekenen. De euribor-hypotheek was voor velen (in elk geval voor de donateurs) een uitkomst. Het variabele deel, de rente, was gekoppeld aan de euribor, die publiekelijk toegankelijk te volgen is via onder andere het internet. Daarnaast hanteerde de bank een opslag. Uit de documentatie, die de bank aan de aspirant euribor-kredietnemer verstrekke, volgde enerzijds dat het ging om een vaste opslag en anderzijds dat de opslag in elk geval een individuele grootheid was. Buiten kijf was dat het renterisico gelegen was in de euribor-rente-fluctuaties; niet in de opslag.
20. Het kan geen verbazing wekken dat de donateurs, juist nu de euribor-rente extreem laag staat, moeite hebben (eufemistisch gezegd met gevoel voor understatement) met de verhoging van de opslag. Uit een zeer overzichtelijke bron – <http://nl.euribor-rates.eu/euribor-rente-1-maand.asp> - volgt (**productie 17**) dat de euribor-rente-tarieven

in oktober 2012 omstreeks de 0,11% fluctueerden. Ook kan de site [www.euribor-info.com](http://www.euribor-info.com) worden geraadpleegd om deze rentestanden te verifiëren.

21. De consument, die gekozen heeft voor de euribor-hypotheek, vertrouwde er derhalve gerechtvaardigd op dat hij op langere termijn gemiddeld goedkoper uit was dan de mensen met een vaste rente. Deze gerechtvaardigde verwachting zal echter alleen uitkomen als tegen de nadelen (periodes van hogere rentes) ook de voordelen staan (periodes met lagere rentes). In het verleden is de euribor-rente daadwerkelijk tijden hoger geweest dan de vaste rente. In die tijd heeft de bank niet spiegelbeeldig de opslag verlaagd (bij wijze van anti-cyclisch handelen). De historie leert dat de bank dit niet doet. Wat Stop de banken hiermee wenst te zeggen is dat de handelwijze van de bank, die thans wordt toegepast, het fundament onder de euribor-constructie wegslaat. Want de donateurs moeten in deze tijden van lagere rente sparen voor slechte tijden, als de rente weer hoog wordt. Door aldus te handelen wordt de ratio om te opteren voor een euribor-arrangement volstrekt teniet gedaan.
22. Zoals beschreven, staat de aard van de euribor-hypotheek een verhoging van de opslag niet toe. Ofschoon de bank zich van deze aard bewust is, beroept de bank zich nu ten onrechte op een vermeende ontsnappingsclausule: het zware weer in de bankensector brengt dan volgens de bank extra kosten met zich mee die de bank nu wenst door te belasten. En dat betekent volgens de bank dat er kan worden afgewenteld op de donateurs met een beroep op één zinsnede in de voorwaarden of de algemene voorwaarden.

#### FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN II / DE OFFERTES:

23. In dit hoofdstuk zullen de onderscheiden offertes worden beschreven. Met offerte wordt bedoeld: het tussen de bank en de donateur tot stand gekomen hypotheekcontract. Stop de banken heeft zeven verschillende varianten van offertes in de honderden dossiers kunnen onderscheiden. Deze varianten worden hierna apart beschreven onder overlegging van de betreffende offerte. Ofschoon het om graduele verschillen gaat in de onderscheiden groepen van offertes, zullen ze separaat moeten worden beoordeeld en wel in die zin of het rechtens geoorloofd is dat de in de betreffende variant genoemde opslag op de euribor-rente kan worden gemodificeerd (lees: verhoogd).
24. De eerste twee te noemen offertes betreffen Fortis-offertes. Aangezien er een juridische fusie heeft plaats gehad tussen de bank en Fortis en aangezien de bank als overnemende entiteit geldt, zijn alle rechten en verplichtingen van Fortis uit hoofde van de te noemen offertes onder algemene titel op de bank overgegaan. Daarnaast speelt het volgende. Fortis heeft in 2010 aangekondigd om de opslag, zoals genoemd in haar offertes, te verhogen. Nadat vele cliënten tegen deze aangekondigde verhoging van de opslag te hoop liepen, heeft Fortis deze verhoging niet doorgevoerd. Maar dat betekent naar het oordeel van Stop de banken niet dat het gevaar is geweken dat de bank de opslag in deze voormalige Fortis-euribor-arrangementen zal verhogen. Processueel betekent dit dat Stop de banken belang houdt bij een actie terzake deze gewezen Fortis-offertes.
25. De offertes worden onderverdeeld in en aangeduid met de lettercombinaties FA, FB, AA, AF, AI, AG en AB.



- FA: dit betreft de 1<sup>ste</sup> originele Fortis offerte. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 12 mei 2006 (de namen van de cliënten van de bank zijn om privacyredenen geanonimiseerd) met de daaraan gehechte bijlagen (bijlage hypotheekofferte, gedragscode hypothecaire financieringen, toelichting op deze gedragscode, de algemene voorwaarden van geldlening en hypotheekverlening en de algemene voorwaarden) als **productie 18** aan de dagvaarding gehecht. De relevante passages uit de stukken zijn: uit de offerte, de rentebepaling (*3,40% nominaal 3,5% effectief per jaar, maandelijks achteraf te voldoen. Het rentepercentage zal vast zijn gedurende 1 maand en is gebaseerd op het op dit moment geldende 1-maands euribortarief vermeerderd met een vaste opslag van 0,75% per jaar*) en de overige voorwaarden (*op de lening en de hypotheek zijn – voor zover hiervan in de offerte niet is afgeweken – de in de bijlage genoemde voorwaarden van toepassing*). Uit de bijlage hypotheekofferte, het artikel over de rentewijziging (*het rentepercentage bij het passeren van de hypotheekakte wordt bepaald aan de hand van het 1-maands euribortarief, zoals dat de voorlaatste werkdag voorafgaand aan de passeerdatum is vastgesteld. Dit percentage wordt vermeerderd met de in de offerte genoemde opslag. De bank behoudt zich het recht voor de opslag aan te passen. Het rentepercentage zal iedere maand automatisch worden gewijzigd in het rentepercentage, zoals dit voor soortgelijke leningen met een euribortarief geldt*). Uit de gedragscode hypothecaire financieringen artikel 13 volgt (*1. De hypothecair financier zal gedurende de juridische looptijd van de hypothecaire financiering in beginsel alleen het rentetarief wijzigen, voorzover de mogelijkheid tot rentewijziging overeengekomen is*).
- FB: dit betreft de zgn. conversie Fortis offerte. Dat wil zeggen dat een bestaande vaste of variabele hypotheek gedurende de looptijd is omgezet in euribor-rente-offertes. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 5 februari 2008 met de daaraan gehechte bijlagen (bijlage en aanvraagformulier) als **productie 19** aan de dagvaarding gehecht. De relevante passages uit de stukken zijn: uit de offerte, de rente leningdelen 1 en 2 (die gelijklopende zijn) volgt (*5,19% nominaal op jaarbasis, maandelijks achteraf te voldoen. Het rentepercentage is gebaseerd op het op dit moment geldende 1-maands euribortarief vermeerderd met een opslag, thans 1% per jaar*). Uit de bijlage volgt (*het rentepercentage zal bij ondertekening van deze akte worden bepaald aan de hand van het 1-maands euribortarief, zoals dat voor die dag is vastgesteld. Dit percentage wordt vermeerderd met de in de akte genoemde opslag. De bank behoudt zich het recht voor de opslag aan te passen*). De in de offerte vermelde algemene voorwaarden werden al bij offerte FA in het geding gebracht en in deze voorwaarden is niets relevant voor de onderhavige problematiek opgenomen.
- AF: dit betreft een iets anders geredigeerde offerte dan de hierna te beschrijven AA-variant. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 27 februari 2006 met de daaraan gehechte bijlagen (relevante passages uit algemene voorwaarden en bepalingen woninghypotheken, bestaande uit algemene voor woninghypotheken en algemene bepalingen voor hypotheekstelling) als **productie 20** aan de dagvaarding gehecht. De relevante passages uit de stukken zijn: uit de offerte blijkt (*opslag 0,70% renteperiode 1 maand van en rentebepaling euribor variabel*) en uit de genoemde algemene voorwaarden volgt (*artikel 15 rente: op de geldlening is van toepassing het 1-maands euribortarief dat wordt vastgesteld op de voorlaatste werkdag van de maand en geldt voor de volgende maand, vermeerderd met een opslag. De bank is bevoegd de opslag te wijzigen*). Meer is er niet bepaald over de euribor-rente en over de opslag.

- AB: dit betreft een niet-recente conversie (een bestaande hypothecaire lening, die omgezet is in een euribor-hypotheek) offerte. Als voorbeelden van deze variant worden twee offertes d.d. 9 januari 2006 en d.d. 19 januari 2006 en de bevestigingen d.d. 2 februari 2006 en d.d. 2 februari 2006 als **productie 21** aan de dagvaarding gehecht. In de offertes wordt enkel de euribor (variabel) genoemd. Daarnaast wordt er verwezen naar de van de hypotheekakte afwijkende voorwaarden, die worden vermeld op een aparte aan de offertes gehechte bijlage. In deze bijlage behoudt de bank zich het recht voor om het rentepercentage te wijzigen voor zover de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt daartoe aanleiding geeft. Over de opslag wordt niet gesproken. Wel wordt er een koppeling gemaakt tussen het kunnen wijzigen van de aflossingsvoorwaarden en de waarde van het verbonden OG. Er staat immers in deze bijlage: *de bank heeft de bevoegdheid om op de eerste vervaldag vijf jaar na de ingangsdatum van deze wijziging en daarna telkens om de vijf jaar, ingeval de waarde van het verbodene naar het oordeel van de bank daartoe aanleiding geeft, de aflossingsvoorwaarden te wijzigen.* In de beide bevestigingen van de acceptatie conditiewijzigingen wordt het rentepercentage ad 2,41% genoemd en een opslag van 0,70%. Nergens wordt verder het begrip opslag gedefinieerd of genoemd.
  
- AG: dit betreft een recente conversie (een bestaande hypothecaire lening, die omgezet in een euribor-hypotheek) offerte. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 18 februari 2009 als **productie 22** aan de dagvaarding gehecht. Volstrekt onduidelijk is welke voorwaarden van toepassing zouden zijn. Verwezen wordt naar de oorspronkelijke algemene voorwaarden, terwijl die of niet ter hand zijn gesteld of niet bekend is welke deze zijn. De relevante passages uit de offerte betreft *(rentevastheidsperiode 1 maand euribor)*. Mocht aannemelijk worden gemaakt door de bank dat de voorwaarden ABN Amro woninghypotheken van toepassing zijn op deze offerte, aangezien op pagina 7 van de offerte een verwijzing is gegeven naar deze set voorwaarden, dan zouden de volgende algemene voorwaarden van toepassing zijn (zie: onderdeel van productie 23 hierna): *artikel 4.1.4 euriborrente: is op de lening het euriborrentetarief van toepassing dan geldt het 1-maands euribortarief. Het 1-maands euribortarief wordt vastgesteld op de voorlaatste werkdag van de maand en geldt voor de volgende maand vermeerderd met een opslag. De bank is bevoegd de opslag te wijzigen en 4.3.4 variabele en euriborrente: bij hypotheken met een variabele of euriborrente kan het rentepercentage steeds per de 1<sup>ste</sup> van een maand worden herzien, zowel tijdens de geldigheidsduur van de offerte als tijdens de looptijd van de lening. Bij aktepassering ontvangt u via de notaris een opgave van de dan geldende rente. Na aktepassering ontvangt u gedurende de looptijd van de lening de opgave voor een wijziging van het rentepercentage altijd voor de 15<sup>de</sup> van de lopende maand*). Meer is er niet bepaald over de euribor-rente en de over opslag.
  
- AA: dit betreft een standaard offerte ABN Amro origineel. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 27 maart 2009 met de daaraan gehechte bijlagen (voorwaarden ABN Amro woninghypotheekproducten 1 september 2008, algemene bepalingen voor geldleningen 15 oktober 2007 en algemene voorwaarden ABN Amro bank N.V.) als **productie 23** aan de dagvaarding gehecht. De relevante passages uit de stukken zijn: uit de offerte volgt *(rentevastheidsperiode 1 maand euribor)* en uit de genoemde voorwaarden blijkt *(artikel 4.1.4 euriborrente: is op de lening het euriborrentetarief van toepassing dan geldt het 1-maands euribortarief. Het 1-maands euribortarief wordt vastgesteld op*

*de voorlaatste werkdag van de maand en geldt voor de volgende maand vermeerderd met een opslag. De bank is bevoegd de opslag te wijzigen) en (4.3.4 variabele en euriborrente: bij hypotheken met een variabele of euriborrente kan het rentepercentage steeds per de 1<sup>ste</sup> van een maand worden herzien, zowel tijdens de geldigheidsduur van de offerte als tijdens de looptijd van de lening. Bij aktepassering ontvangt u via de notaris een opgave van de dan geldende rente. Na aktepassering ontvangt u gedurende de looptijd van de lening de opgave voor een wijziging van het rentepercentage altijd voor de 15<sup>de</sup> van de lopende maand). Meer is er niet bepaald over de euribor-rente en over de opslag.*

- AI: dit betreft een recent geredigeerde offerte (Budget Hypotheek). Terzijde: aangezien dit euribor-product per 2009 uit de markt is gehaald door de bank, betreft deze offertes voortzettingen van bestaande offertes. Als voorbeeld van deze variant wordt de offerte d.d. 8 maart 2011, waarin de algemene voorwaarden, voorwaarden woninghypothekproducten en de algemene bepalingen voor geldleningen van toepassing zijn verklaard, als **productie 24** aan de dagvaarding gehecht. De relevante passages uit de stukken zijn: uit de offerte volgt *(1 maand euribor 2,36% zonder vermelding van de opslag / euriborrente is gebaseerd op het rentetarief dat door de Europese Centrale Bank wordt vastgesteld en gepubliceerd op [www.euribor.org](http://www.euribor.org). Tegen dit rentetarief lenen grote banken aan elkaar geld uit. De bank verhoogt deze rente met een opslag. Dit is de rente die u moet betalen. De bank mag deze opslag altijd veranderen)*, terwijl in de genoemde voorwaarden – zie onderdeel van productie 23 hiervoor – is opgenomen *(artikel 4.1.4 euriborrente: is op de lening het euriborrentetarief van toepassing dan geldt het 1-maands euribortarief. Het 1-maands euribortarief wordt vastgesteld op de voorlaatste werkdag van de maand en geldt voor de volgende maand vermeerderd met een opslag. De bank is bevoegd de opslag te wijzigen) en (4.3.4 variabele en euriborrente: bij hypotheken met een variabele of euriborrente kan het rentepercentage steeds per de 1<sup>ste</sup> van een maand worden herzien, zowel tijdens de geldigheidsduur van de offerte als tijdens de looptijd van de lening. Bij aktepassering ontvangt u via de notaris een opgave van de dan geldende rente. Na aktepassering ontvangt u gedurende de looptijd van de lening de opgave voor een wijziging van het rentepercentage altijd voor de 15<sup>de</sup> van de lopende maand). Meer is er niet bepaald over de euribor-rente en over de opslag.*

26. De heer Y sloot in januari 2009 een euribor-lening met de bank af. Het betrof de hiervoor genoemde AA-variant. De offerte d.d. 12 januari 2009 wordt als **productie 25** in het geding gebracht. Zoals hiervoor al bleek is op deze euribor-variant artikel 4.1.4 van de voorwaarden van toepassing dat bepaalt: *euriborrente: is op de lening het euriborrentetarief van toepassing dan geldt het 1-maands euribortarief. Het 1-maands euribortarief wordt vastgesteld op de voorlaatste werkdag van de maand en geldt voor de volgende maand vermeerderd met een opslag. De bank is bevoegd de opslag te wijzigen.* Y's accountmanager bij de bank, de heer Frans Egelmeers (ABN Amro in Weert), schrijft hem bij mail (**productie 26**) – de datum kon niet meer worden geproduceerd, maar het is een mail uit februari 2009 geweest gezien de aangekondigde 1<sup>ste</sup> verhoging van de opslag – dat de *vaste* opslag wordt verhoogd en dat het een *vaste* opslag betreft van 0,5%. Het laatste protest tegen de verhoging door de heer Y – de brief d.d. 1 november 2012 – wordt aangehecht als **productie 27**. De heer Y was juist vanwege deze vaste opslag op de euribor-rente naar de ABN Amro (de bank) overgestapt, omdat zijn eerste bank, Obvion, de opslag verhoogde.

27. Gedurende het opstellen van deze dagvaarding heeft de bank op 29 oktober 2012 publiekelijk kenbaar gemaakt dat de beslissing tot verhoging van de opslag voor wat

betreft de hiervoor uitgewerkte groep FA (de 1<sup>ste</sup> originele Fortis offerte) is herroepen en teruggedraaid. Deze beslissing wordt kenbaar gemaakt in de pers, waaronder in de Telegraaf d.d. 30 oktober 2012 (zie: **productie 28**). Aan de betreffende donateurs en andere gedupeerden wordt een standaardbrief d.d. 29 oktober 2012 gestuurd, waarin wordt uitgelegd waarom het besluit tot verhoging wordt teruggedraaid (zie: **productie 29**): *het begrip vaste opslag zou aanleiding kunnen geven tot verwarring (eufemisme?), maar de bank blijft van mening dat verhoging van de opslag is toegestaan.*

### FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN III / DE CRUX:

28. De website van de bank toont in 2006 de volgende tekst (zie: **productie 30**). Voor de onderscheiden hypotheekvormen met een euribor-rente worden vaste opslagen genoemd door de bank. *De basisrente wordt verhoogd met een opslag. Deze opslagen zijn: 0,5% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde) en vormen samen met de gepubliceerde Euribor het tarief.*
29. Bij de introductie van de euribor heeft de bank gebruik gemaakt van een nieuwsbrief d.d. 14 april 2005 (zie: **productie 31**). Ook uit deze informatie volgt dat het gaat om een basisopslag van 0,5%, een standaardopslag van 0,2% (= 0,5% + 0,2% = 0,7%) en voor mensen die zwaar oververhypothekeerd zijn een zgn. topopslag van 0,30% (0,7% + 0,3% = 1%).
30. In een andere circulaire van de bank aangaande de introductie van de euribor (de datum is weggefallen / zie: **productie 32**) wordt dit beeld omtrent de opslagen bevestigd. *Op de basisrente komt vervolgens een persoonlijke opslag, die bestaat uit 0,5% Euriboropslag verhoogd met de standaard- en eventuele topopslag.* Het gaat derhalve om een individuele opslag (letterlijk: een persoonlijke opslag). Ofwel de gewone opslag (bij hypotheken afgedekt met een NHG), ofwel een standaard opslag, ofwel voor tophypotheken een toptoeslag. Er wordt dus een individuele koppeling gemaakt met de verhouding tussen de EW (executiewaarde) en de hoogte van de lening (hypotheekbedrag). De bank heeft dus bedoeld – en zo hebben de donateurs dat ook gerechtvaardigd mogen verwachten – een individuele opslag te creëren toegesneden op het betreffende individu en zijn omstandigheden (dus: op basis van dit individuele risico). Deze omstandigheid laat natuurlijk contractueel geen ruimte voor de handelwijze van de bank om deze opslag – als dat uitkomt – te gebruiken als generiek middel om vermeende verhoogde bedrijfskosten af te wentelen op de donateurs.
31. Bij de introductie van de euribor in 2005 staat in de Hypotheekkrant o.a. het volgende: Op deze (de euribor)rente komt een **individuele** opslag: 0,5% basisopslag euribor gekoppeld aan de NHG, verhoogd met de standaard- en topopslag van resp. 0,2% en nog eens 0,3%. Behalve de NHG (basis)toeslag dus nog twee opslagen op basis van het risico dat de bank incalculeert, gerelateerd aan de verhouding hypotheekbedrag/executiewaarde. De relevante onderdelen van de Hypotheekkrant worden als **productie 33** aan de dagvaarding gehecht. Er staat dus uitdrukkelijk *op deze rente komt vervolgens een individuele opslag, die bestaat uit 0,5% euribor basisopslag verhoogd met de standaard- en eventueel topslag.*
32. Dat de bank zich daadwerkelijk hield aan het individueel vaststellen van de opslag blijkt bijvoorbeeld uit de offerte d.d. 1 september 2006 van de familie S. Deze offerte wordt als

**productie 34** in het geding gebracht. Het betreft voor leningdeel 1 een euribor-arrangement waarbij de opslag van 0,50% wordt gekoppeld aan Nationale Hypotheek Garantie (dus: onder voorbehoud dat een dergelijke garantie wordt gegeven).

33. Dat de opslag ook realiter werd gewijzigd bij wijziging van het individuele risico blijkt uit de brief d.d. 20 juli 2006 gericht aan de familie X (**productie 35**). Aangezien executiewaarde van haar woning was gestegen en dus het risico van de bank was verminderd, ging de familie X van de hoogste opslag van 1,0% naar de standaard opslag van 0,7% (de zgn. standaard hypotheek).
34. Ook weer een greep uit de verzameling van individuele gevallen: mevrouw Y krijgt uitleg over haar euribor-rente over de maand november 2007. Bij haar geldt een individuele opslag van 0,7% boven de variabele euribor-rente. Zie de brief d.d. 17 december 2007 (**productie 36**).
35. De Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO (voor particulieren) van januari 1999 werden per januari 2005 aangevuld met *ABN AMRO Bepalingen van toepassing op Euriborleningen (voor particulieren) van januari 2005*. Deze set bepalingen wordt als **productie 37** het geding gebracht. In artikel 5 wordt uitdrukkelijk tot uitdrukking gebracht dat het gaat om een individuele opslag. Dat het niet om een verschrijving van de bank gaat volgt alleen al uit de omstandigheid dat de woordcombinatie “individuele opslag” tot twee keer toe wordt gebezigd.
36. Op de site van de bank heeft tot en met december 2007 de tekst gestaan, die als **productie 38** wordt aangehecht. Er staat dus *de basisrente wordt verhoogd met een opslag. Deze opslagen zijn: 0,5% voor NHG-hypotheken, 0,7% voor standaardhypotheken (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde) en vormen samen met de gepubliceerde euribor het tarief.*
37. Tot en met april 2009 (het moment dat de euribor uit de markt wordt gehaald) staat het volgende op de site van de bank. Het gedeelte van deze site wordt als **productie 39** aan deze dagvaarding gehecht. *De hoogte van de opslag wordt individueel vastgesteld.* Dus tot einde van haar bestaan (euribor) is er gecommuniceerd met het publiek en dus met de donateurs dat het hier ging om een individuele opslag.
38. Bij de eerste verhoging in februari 2009 gaat de bank in de fout. In de aankondigingsbrief (de brief d.d. 26 januari 2009 / zie: productie 15 hiervoor), zoals verzonden aan de toen bestaande euribor-klienten staat de volgende passage:

Dit rentetarief wordt dagelijks vastgesteld en gepubliceerd in onder meer Het Financieel Dagblad en op teletekst. Het tarief dat wij maandelijks aan u berekenen stellen wij vast op de één na laatste werkdag van de maand. Dit is dan uw Euribor-rentetarief voor de volgende maand.

Daarnaast brengen wij u een opslag - van momenteel 0,5% - en een risico-opslag in rekening. De hoogte van de risico-opslag is afhankelijk van de hoogte van het hypotheekbedrag ten opzichte van de waarde van uw woning.

**De opslag wordt verhoogd**

De opslag kan worden gewijzigd als de ontwikkelingen op de financiële markt hiertoe aanleiding geven. Helaas is van dergelijke ontwikkelingen al enige tijd sprake. Daarom zijn wij genooddaakt de opslag van 0,5% met ingang van 1 februari 2009 met 0,5% te verhogen naar 1%.

39. Hoezo gaat de bank de fout in? Plotseling is de **individuele Euribor-basisopslag behorende bij een NHG hypotheek van 0,5% verdwenen en veranderd in “een opslag” met daarnaast nog de risico-opslag!** Dus met een taalkundige truc wordt de weg vrij gemaakt om de opslag generiek te gaan invullen en dat gebeurt vervolgens ook. De individuele NHG-opslag van 0,5% heet nu ineens gewoon opslag en de standaard- en topopslagen worden nu risico-opslagen genoemd en de weg is vrij om de NHG-opslag generiek in plaats van individueel in te zetten. Tot februari 2009 heeft de bank in haar communicatie nimmer de term risico-opslag gebruikt: niet via de internet sites; niet in de individuele offertes. Wel valt op dat de bank – en dat is dan een foutje van de zijde van de bank – haar website niet aanpast aan deze trucage. Die blijft onveranderd: een opslag die individueel wordt vastgesteld. Immers, tot en met april 2009 staat het volgende op de site van de bank. Het gedeelte van deze site is als productie 39 hiervoor aan deze dagvaarding gehecht: *De hoogte van de opslag wordt individueel vastgesteld.* Nieuwe klanten mochten er dus eveneens op vertrouwen dat ze een individuele opslag hadden (gecontracteerd), die alleen kan wijzigen als er in hun individuele situaties iets zou veranderen. Aan hen werd alleen wel per 1 februari 2009 verhoogde opslagen van 1,0% (NHG) 1,2%(standaard), 1,3% (nieuw) en 1,5% (top) in rekening gebracht.
40. Van belang is tevens dat de bank ineens in haar brief d.d. 26 januari 2009 stelt dat *de opslag kan worden gewijzigd als de ontwikkelingen op de financiële markt hiertoe aanleiding geven.* Dat is nieuw. Nieuw: aangezien dat nergens staat en ook niet in de voorwaarden, waar in sommige gevallen bij euribor-offerte-varianten staat dat *de bank zich het recht voorbehoudt om de opslag aan te passen.* De draai, die de bank met haar brief d.d. 26 januari 2009 maakt – de verhoging van de opslag wordt nu ineens aan de ontwikkelingen op de financiële markten gerelateerd – , staat in elk geval haaks op de eerder aangegeven aard van de opslag: een individuele grootte, die afhankelijk is van de individuele ratio EW/hoogte hypotheekbedrag. Dus ineens draait de bank de aard van de opslag om van individueel naar generiek (ontwikkelingen op de markt). Tussen partijen is deze generieke behandeling van de opslag in ieder geval nimmer afgesproken. Deze is door de bank uit de hoge hoed getoverd om zo de donateurs te kunnen belasten. Stop de banken merkt hierbij uitdrukkelijk op dat de in de offerte, variant AB (zie: productie 21 hiervoor), opgenomen zinsnede *de bank behoudt zich het recht voor om het rentepercentage te wijzigen voor zover de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt daartoe aanleiding geeft niet* ziet op de opslag, maar op het rentepercentage, dus op de euribor. Immers, in deze offerte wordt de opslag als zelfstandige grootte in het geheel niet genoemd.
41. Naar aanleiding van deze eerste verhoging protesteren aanzienlijke hoeveelheden euribor-contractanten, waarbij naar voren wordt gebracht dat het ging om vaste opslagen, althans om individuele opslagen, zoals hiervoor uiteengezet. Tot een gezamenlijke initiatief á la Stop de banken komt het in deze dagen nog niet.
42. Ofschoon de bank per 1 februari 2009 de opslag op de euribor-offertes had verhoogd, kondigt zij intern – de informatiebrief uit maart 2009 wordt als **productie 40** aan de dagvaarding gehecht – aan dat per 16 maart 2009 het euribor-tarief (voorlopig) uit de actieve verkoop wordt gehaald en wel om economische redenen. De bank realiseerde zich kennelijk dat het juridisch niet haalbaar was om deze individuele opslag generiek te verhogen. Als de bank van oordeel was dat zij de opslag naar eigen inzichten kon

verhogen, dan waren er geen economische redenen geweest om de euribor-hypotheek van de markt te halen. Overigens wijst Stop de banken er op dat met deze interne informatiebrief wordt bevestigd dat het ging om individuele opslagen, die afhangen van de ratio executiewaarden (EW)/hoogte van de lening.

43. Zoals gezegd biedt, althans bood de ING een euribor-hypotheek op de markt aan. ING trok haar beslissing tot de generieke verhoging van de opslag op de euribor-rente per augustus 2012 in. Ook in het geval van de ING gaat het bij de opslag om een individuele grootheid. Net als bij de ABN Amro heeft de ING het begrip opslag in de offertes niet uitgewerkt. Wel wordt in de algemene voorwaarden, die op de offertes van de ING van toepassing zijn verklaard, een verduidelijking gegeven over het begrip opslag. Op pagina 14 van deze brochure (als **productie 41** worden het voorblad en pagina 14 van de voorwaarden aangehecht) onder het kopje “wanneer betaalt u een renteopslag” wordt uitgelegd dat deze opslag geldt in gevallen dat de ING meer risico loopt met het oog op de verhouding hoogte hypotheek / executiewaarde van de woning. Uitgelegd wordt verder dat als de hoofdsom (van de lening) onder de 75% van de executiewaarde van de woning zakt, de opslag lager wordt of vervalt. Dit impliceert per definitie dat het begrip opslag een individuele omstandigheid is, die aldus uit de aard van de zaak niet generiek kan worden verhoogd wegens gestegen bedrijfskosten van de bank.
44. Dat het om persoonlijke/individuele basisopslagen gaat blijkt uit het volgende. In de ABN Amro Nieuwbouwtarieven per 6 februari 2009 – een aan te hechten als **productie 42** – staan op de onderste balk de euribor-tarieven vermeld. De tarieven voor NHG (Nederlandse Hypotheek Garantie), voor standaard en voor top zijn respectievelijk 2,76%, 2,96%, 3,06% (nieuw geïntroduceerd) en 3,26%. Wordt op deze tarieven de dan geldende euribor-rente (1,76%) in mindering gebracht, dan ontstaat de volgende reeks van basisopslagen: 1,0% (NHG), 1,2% (standaard), 1,3% (nieuw geïntroduceerd) en 1,5% top. Wordt deze reeks van basisopslagen vergeleken met de eerder genoemde persoonlijke/individuele basisopslagen uit 2005 (zie: productie 31 hiervoor) van respectievelijk 0,5% (NHG), 0,7% (standaard) en 1,0% (top), dan zien we dat de bank zonder enige onderbouwing de persoonlijke/individuele basisopslagen generiek heeft verhoogd met 0,5% (procentpunt). Dus zowel voor bestaande als voor nieuwe hypotheekcliënten.
45. Dat er in de praktijk ook daadwerkelijk met deze standaardopslagen werd gewerkt blijkt bijvoorbeeld uit de offerte d.d. 14 december 2006. Deze offerte wordt als **productie 43** in het geding gebracht. Verwezen wordt naar pagina 3 van deze offerte. Zowel leningdeel 1 als 2 hebben een basisrentepercentage (euribor) met een opslag van 0,70%. Dat is dus de basisrente (euribor) met de standaardopslag van 0,70%. Dus de beschreven introductie-informatie werd in de praktijk standaard toegepast.
46. Stop de banken wil benadrukken dat de genoemde drie vormen van opslagen, te weten die met dekking NHG van 0,5%, de standaardopslag van 0,7% en topopslag 1% altijd gekoppeld zijn geweest aan en verband hielden met de verhouding tussen de EW (executiewaarde) en de hoogte van de hypothecaire lening. De opslag is dus nimmer in verband gebracht met kosten en/of verliezen (bedrijfskosten) van de bank. Deze laatste elementen gebruikt de bank evenwel als excuus om de opslag te verhogen zonder dat daarvoor een contractuele grondslag bestaat.

47. In alle brieven van de bank, waarbij de klachten van de euribor-klanten ten aanzien van de verhoging van de opslag in 2012 werden afgewezen (zie: bijvoorbeeld productie 50 hierna), werd de misleidende opmerking gemaakt, die als volgt luidde: *uw hypotheek heeft een variabele rente met opslag. Daarbij hoort ook het risico dat die rente en de opslag kunnen wijzigen. U kunt zonder kosten overstappen naar een hypotheek met een vaste rente.* Stop de banken wenst te accentueren dat het merendeel van de euribor-hypotheek gerelateerd zijn aan en gekoppeld met verbandhoudende producten, zoals partiële vaste hypotheek, andersoortige leningdelen of banksparen. Ofschoon de bank het heeft gepresenteerd alsof de cliënt van de bank zonder problemen kan overstappen van de euribor-hypotheek naar een andersoortig arrangement (of naar een concurrerende bank), is dat niet alleen praktisch gesproken schijn, maar ook feitelijk onjuist. De cliënten kunnen veelal 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.
48. Het overstappen zelf is 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 volstrekt 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 rente-percentages aan te passen. De hypotheek met vaste looptijden zijn eveneens aanmerkelijk duurder, ook wanneer die over langere periodes vergeleken worden met de euribor-hypotheek. Overstappen naar een andere aanbieder is geen alternatief, aangezien geen van de Nederlandse hypotheekverstrekkers nog euribor-hypotheek aanbiedt. Het overstappen naar een andere aanbieder voor een hypotheek met vaste looptijd brengt zowel eenmalige kosten met zich mee (hertaxatie, afsluitprovisie, hypotheek en notariskosten), als sterk verhoogde maandlasten in verband met de nieuwe regelgeving, die geen aflossingsvrije hypotheek meer toelaat. Alle andere alternatieven kosten gemiddeld wel zo'n € 500,00 per maand meer. Om die reden zijn de donateurs 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.

#### OPBOUW VAN DE RECHTSZAAK / EEN DICHOTOMIE:

49. In dit geding zal primair de vraag aan de orde moeten komen of de opslag überhaupt kan worden gewijzigd en zo ja, subsidiair of deze wijziging haar rechtvaardiging vindt in objectieve ijkpunten en objectieve argumentatie. Wordt de eerste vraag door uw rechtbank ontkennend beantwoord, dan komen we aan de subsidiaire vraag niet meer toe. Wordt de eerste vraag door uw rechtbank daarentegen bevestigend beantwoord, dan zal de vraag aan de orde komen in welke mate de opslag aanpasbaar is en welke kostenposten van de bank daarin dan kunnen worden opgenomen. Anders gezegd: volgens welke parameters kan een wijziging van de opslag worden gerechtvaardigd? Mocht dat laatste niet contractueel zijn gegeven – en daar kan van worden uitgegaan, omdat nergens in de contractstukken deze parameters zijn gegeven – dan is geïndiceerd dat uw rechtbank deze contractuele lacune opvult op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het lijkt een retorische vraag: een willekeurige wijziging van de opslag door de bank kan per definitie niet door de juridische beugel.



## WETTELIJK EN JURISPRUDENTIEEL KADER:

- Overeenkomst en zijn gevolgen:

50. Stop de banken zal, naast hetgeen hierna aan grondslagen naar voren wordt gebracht, de nakoming vorderen van de euribor-contracten, die de donateurs met de bank afsloten, en waarvan onderdeel was dat de opslag individueel werd bepaald en enkel afhankelijk was van de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van het hypotheekbedrag (de hoogte van de lening).
51. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (6:248 BW). Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
52. Bij hetgeen de redelijkheid en billijkheid vereisen moet onder meer rekening worden gehouden met algemene rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen (artikel 3:12 BW). Als zo'n rechtsbeginsel en in Nederland levende rechtsovertuiging moet gelden de beginselen neergelegd in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (richtlijn 2005 / 29 EG), welke richtlijn zijn neerslag heeft gevonden in onze wetgeving (de artikelen 6:193a e.v. BW). Voor de uitleg en de rechtsgevolgen van de overeenkomst is de aard van de overeenkomst van betekenis. De aard van de overeenkomst is ook een bron van verbintenissen en is mede bepalend voor hetgeen verwacht mag worden voor wat betreft de inhoud van de overeenkomst (Asser / Hartkamp en Sieburgh 6 – III 2010, nummer 386, bladzijde 326, alsmede Hoge Raad 1 juli 1997, NJ 1998, 329).
53. In zijn arresten (HR d.d. 14 mei 2004, nr. C03/030HR, NJ 2006, 188 inz. Witte/Leipziger) en (HR d.d. 12 januari 1996, nr. 15888, NJ 1996, 683) heeft de Raad in een soortgelijk geval – waarin een vervalbeding met een termijn van zes maanden in de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden was opgenomen – geoordeeld dat, ingevolge artikelen 3:12 BW, bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met – onder meer – de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Hij overwoog voorts dat grond bestaat om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf. Dat betekent voor dit geval dat de hierna te noemen gedragscodes en richtlijnen de rechtsbetrekking tussen partijen nader inkleuren.

- Misleiding en oneerlijke handelspraktijken:

### Richtlijn oneerlijke bedingen (artikel 3 richtlijn 93 / 13/ EG)

54. Voor zover de bank zich beroept, gelijk zij heeft gedaan, op de bepaling in haar algemene voorwaarden (*de bank is bevoegd de opslag te wijzigen*), die haar het recht geeft de rente door middel van de opslag naar eigen goeddunken te wijzigen, is dit beding in haar algemene voorwaarden een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst, zoals weergegeven in de richtlijn 93 / 13 EEG. Immers artikel 3 van deze richtlijn (93/13/EEG) bepaalt het

volgende: *Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd, indien het in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandelingen te zijn geweest, wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud daarvan heeft kunnen hebben* (artikel 3, richtlijn 93/13/EG).

55. Van belang is dat de Europese richtlijn in artikel 3 lid 3 verwijst naar een bijlage die een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat, die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Onder deze bedingen, die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, is in de bijlage onder 1 vermeld: *Een beding die de verkoper machtigt zonder geldige in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen. Bijlage 1 k vermeldt een beding dat de verkoper machtigt zonder geldige reden eenzijdig de kenmerken van het te leveren product of de te verrichten dienst te wijzigen.* Zie ook: artikel 6:236 onder a BW.
56. Zoals in het onderstaande nader zal worden toegelicht is hiervan in casu sprake. Van bijzonder belang is nog de considerans van gemelde richtlijn 93/13, die onder meer, voor zover hier van belang, het volgende vermeldt: *Overwegende dat de aard van de goederen of de diensten van invloed moeten zijn op de beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen..... En: Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van de bedingen en dat in geval van twijfel voor de consument gunstige interpretatie prevaleert*”.

#### Oneerlijke handelspraktijken (richtlijn 2005 / 29 / EG 6:193 e.v. BW)

57. Daarnaast is van belang te wijzen op de regels omtrent oneerlijke handelspraktijken. Te denken valt in het bijzonder aan een misleidende omissie, waarover artikel 6:193d BW handelt. Een handelspraktijk is misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie. Immers een misleidende omissie is iedere handelspraktijk, waarbij essentiële informatie, die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit of een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument besluiten over de overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Van een misleidende omissie is eveneens sprake indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze, dan wel te laat verstrekt wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk is uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over de overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
58. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium, als ook de maatregelen die zijn genomen om die informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.
59. Tevens wijst Stop de banken op artikel 6:193 C lid 2 BW. Een handelspraktijk is eveneens misleidend indien door de marketing van het product dan wel door gebruik van gelijke reclame verwarring wordt geschapen ten aanzien van producten, handelsmerken, handelsnamen of onwaarschijnlijke kenmerken van een concurrent. Een handelspraktijk

is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, zoals ten aanzien van: i) het bestaan of de aard van het product en ii) de voornaamste kenmerken van het product, zoals (voor zover hier van belang) voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling en wezenlijke kenmerken van het product (zie: 6:193c lid 1b BW). Ten aanzien van de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend (artikel 6:193c lid 1d BW is een misleidende handelspraktijk). Een handelspraktijk is eveneens misleidend indien de handelaar een verplichting, die is opgenomen in een gedragscode, niet nakomt voor zover de verplichting concreet en kenbaar is en de handelaar aangeeft dat hij aan die gedragscode gebonden is.

60. Bovendien kan er gehandeld zijn in strijd met de vereisten voor professionele toewijding (artikel 193 B BW). Professionele toewijding betekent het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor de handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken (zie 193a boek 6 lid f BW). Een bijzonder belang bij de informatieplichten van een professioneel handelaar, zoals de bank, is het bepaalde in artikel 6:193 e BW ter zake van een uitnodiging tot aankoop. Met een uitnodiging tot aankoop (zie artikel 6:193 a lid g BW) bij een uitnodiging tot verkoop, waarvan sprake is indien een concreet product met prijs wordt genoemd moeten de volgende informatie worden verstrekt: a) de voornaamste kenmerken van het product; b) de prijs, inclusief belastingen of als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend en c) de manier waarop de prijs wordt berekend.
61. Van bijzonder belang daarbij is nog wat in de considerans van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/9/EG) is bepaald.

Considerans, overweging 14 luidt als volgt: *Het is wenselijk dat onder misleidende handelspraktijken die praktijken worden verstaan waarbij de consument wordt bedrogen en hem wordt belet een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken, inclusief misleidende reclame. Overeenkomstig de wetten en praktijken is voor de lidstaten met betrekking tot misleidende reclame en misleidende praktijken de richtlijn onderverdeeld in misleidende handelingen en misleidende omissies. Met betrekking tot omissies wordt in deze richtlijn een beperkte hoeveelheid essentiële informatie bepaald die de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen over een transactie. Deze informatie hoeft niet in alle reclame te worden vermeld, maar wel wanneer de handelaar een uitnodiging tot aankoop tot de consument richt, een begrip dat in deze richtlijn duidelijk wordt gedefinieerd.*

62. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken en haar neerslag in onze wetgeving in de artikelen 6:193 a e.v. BW kunnen met name hun toepassing vinden in geval van een beroep op dwaling en de in deze richtlijnen en wetgeving geformuleerde beginselen geven met name nadere invulling aan de informatieverplichtingen van een professioneel handelaar. De informatie moet immers duidelijk vooraf worden gegeven en niet op een verwarringwekkende misleidende of enigszins verborgen manier worden gepresenteerd. Op het moment van het doen tot een uitnodiging van aankoop (in dit geval: de offerte) dienen de belangrijkste kenmerken, voordelen en risico's van het product (zie: 6:193c lid 1b BW) en de contraprestatie voor het product (zie: 6:193° lid c BW) te worden aangegeven. Wordt dit nagelaten dan is sprake van een oneerlijke handelspraktijk (omissie), die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden en daardoor in dwaling

brengt. Ook kunnen de richtlijn en wetgeving van belang zijn ter beoordeling van de vraag of er wanprestatie is gepleegd. Immers door het geven van onvoldoende of verwarringwekkende informatie, mede met in achtneming van het Havitex-criterium en de contra preferentem regel (artikel 6:238 BW) kan het gevolg zijn dat de consument een overeenkomst op een bepaalde manier uitlegt, dat wil zeggen met voorbijgaan van de niet duidelijk verstrekte informatie. Aan welke uitleg de handelaar dan gebonden is.

63. Hierbij is van belang te wijzen op het arrest van het Hof van Justitie EU d.d. 15 maart 2012, NJ 2012, 330 (inz: Perenicova/Perenic), waarin werd beslist: *dat artikel 6 lid 1 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus moet worden uitgelegd dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is, zijn beoordeling van de vraag of een overeenkomst tussen een consument en een beroepsbeoefenaar met een of meerdere oneerlijke bedingen kan voortbestaan zonder die bedingen, niet uitsluitend kan baseren op de eventueel gunstige gevolgen van de nietigverklaring van die overeenkomst in haar geheel voor een van de partijen, in dit geval de consument. Die richtlijn verbiedt een lidstaat echter niet om, binnen de grenzen van het Unierecht, te voorzien in een nationale regeling op grond waarvan een overeenkomst die een beroepsbeoefenaar sluit met een consument en die een of meerdere oneerlijke bedingen bevat, in haar geheel nietig is wanneer blijkt dat zulks de consument een betere bescherming biedt. Een handelspraktijk, zoals die in het hoofdgeding, waarbij in een kredietovereenkomst een lager werkelijk jaarlijks rentepercentage is opgegeven dan het daadwerkelijke, moet worden aangemerkt als "misleidend" in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ("richtlijn oneerlijke handelspraktijken"), indien zij de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is. De kwalificatie van een dergelijke handelspraktijk als oneerlijk is een van de elementen die de bevoegde rechter kan betrekken in zijn beoordeling overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 van het oneerlijke karakter van de bedingen in een overeenkomst die betrekking hebben op de kosten van de aan de consument verstrekte lening. Een dergelijke kwalificatie heeft echter geen rechtstreekse gevolgen voor de beoordeling van de geldigheid van de gesloten kredietovereenkomst uit het oogpunt van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13.*

- Onredelijk bezwarende bedingen:

64. Het beding, waarop de bank zich beroept ter rechtvaardiging van de wijziging van de hoogte van de opslag is een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233 BW. Bij de vraag of het gaat om een onredelijk bezwarend beding moeten alle relevante omstandigheden breed worden getoetst. Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval bij deze beoordeling worden betrokken. De wet noemt een drietal omstandigheden, te weten de aard en de overige inhoud van de overeenkomst en de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, alsmede de wederzijdse kenbare belangen van partijen.

65. Het beding is in het bijzonder een onredelijk bezwarend beding, nu artikel 4 van de EG richtlijn (richtlijn 93/13/EEG) oneerlijke bedingen bepaalt dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst dienen te worden betrokken, alsmede alle andere bedingen van de

overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is op het moment van het sluiten van de overeenkomst en dat daarbij tevens rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen en diensten waarop de overeenkomst betrekking hebben.

66. Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding moet bovendien rekening worden gehouden met feiten en omstandigheden, die zich eerst na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan (daarbij moet met name worden gedacht aan de wijziging van de opslag, die de bank meent naar eigen goeddunken en eigen wens wenst door te voeren) (Zie Valk, Tekst en Commentaar, Vermogensrecht, artikel 6:233 BW, aantekening 2).
67. Mocht de bank in een later stadium aanvoeren dat het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding, waar het ten processe om draait, als kernbeding is te beschouwen – quod non – dan heeft te gelden dat dit beding niet aan de toetsing van de algemene voorwaarden-regeling is onttrokken, aangezien artikel 6:231 onder a met zoveel bepaalt dat een kernbeding alleen als kernbeding kan gelden, voor zover deze kernbedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Dat laatste is gezien het gehele betoog van Stop de banken in deze dagvaarding niet het geval. Dat een dergelijk onduidelijk en onbegrijpelijk kernbeding niet aan deze toetsing is onttrokken werd nog eens bevestigd in de conclusie van de AG voor het hiervoor genoemde arrest Perenicova/Perenic (NJ 2012, 330). AG Trstenjak verwoordde het zo:

115. Tevens dient het contractuele beding dat een onjuiste opgave van het jaarlijkse rentepercentage bevat, zich te lenen tot een inhoudelijke toetsing in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13.

116. Ik verwijs in dit verband naar het arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, waarin het Hof heeft vastgesteld dat die regeling niet de werkingssfeer van richtlijn 93/13 afbakt, maar enkel tot doel heeft „de modaliteiten en de omvang vast te leggen van de inhoudelijke toetsing van contractuele bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en die de kern van de prestaties van de tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomsten beschrijven”. (54) De beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen heeft derhalve „geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.

117. Met het oog op de indeling bij een van de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 genoemde voorwerpen van de overeenkomst wil ik erop wijzen dat de opgave van het jaarlijkse rentepercentage door de Uniewetgever belangrijk wordt geacht omdat dit in wezen één van de eigenlijke voorwerpen van de kredietovereenkomst is. Dat beding geeft namelijk uitsluitel over de kosten die de kredietnemer voor de verstrekking van de lening moet betalen. Het jaarlijkse rentepercentage komt in zoverre binnen het geheel van contractuele rechten en verplichtingen van de partijen overeen met de eigenlijke tegenprestatie die de kredietgever ontvangt. Hieruit volgt dat een beding dat een onjuiste opgave van de kosten bevat, bijvoorbeeld omdat het jaarlijkse rentepercentage verkeerd is berekend, zich leent tot een inhoudelijke toetsing in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, voor zover het niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.

118. Die conclusie vindt steun in aanwijzingen in de beschikking van het Hof in de zaak Pohotovost<sup>1</sup>, die zekere gelijkenissen vertoont met de onderhavige zaak. In die zaak is het Hof onder meer ingegaan op de vraag of het ontbreken van het jaarlijkse rentepercentage in een kredietovereenkomst een beslissende factor kan zijn in het onderzoek door een nationale rechter van de vraag of een in een consumentenkredietovereenkomst opgenomen beding dat betrekking heeft op de kosten van dat krediet, maar waarin een dergelijke vermelding ontbreekt, duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd in de zin van artikel 4 van richtlijn 93/13. Het Hof heeft die vraag

bevestigend beantwoord(55), en de nationale rechter ermee belast per individueel geval te onderzoeken of het betrokken beding aan de voornoemde voorwaarden van duidelijkheid en begrijpelijkheid voldoet.

119. In de context van de onderhavige vraag is echter van groter belang dat het Hof in die beschikking tegelijkertijd impliciet de mogelijkheid van een toetsing van een dergelijk beding heeft bevestigd.(56) Het feit dat het in de zaak Pohotovost' om een ontbrekende en niet, zoals in het hoofdgeding, om een onjuiste opgave van het jaarlijkse rentepercentage ging, is irrelevant met betrekking tot een eventuele toepassing van die rechtspraak op de onderhavige zaak, te meer daar het in beide gevallen om essentiële informatie gaat, die, alhoewel het Unierecht dit uitdrukkelijk voorschrijft, niet in de kredietovereenkomst is opgenomen. In beide gevallen gaat het om hetzelfde voorwerp van de overeenkomst, zodat een inhoudelijke toetsing principieel mogelijk is. Dit hangt echter uiteindelijk ervan af of aan de voorwaarden van duidelijkheid en begrijpelijkheid is voldaan, hetgeen volgens de rechtspraak door de bevoegde nationale rechter zelf moet worden beoordeeld.(57)

- De PECL en Unidroit Principles:

68. Redelijkheid en billijkheid vereisen dat rekening wordt gehouden met algemene erkende rechtsbeginselen (artikel 2:12 BW). Volgens de PECL wordt de partijbedoeling afgeleid uit de verklaringen en gedragingen, zoals zij door de wederpartij in redelijkheid mochten worden begrepen. Als partij a. een voor de wederpartij kenbare bedoeling had ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, wordt de overeenkomst uitgelegd conform deze kenbare bedoeling (artikel 5:101 lid 2 PECL). Overeenkomstig artikel 5:102 PECL moet bij de uitleg van de overeenkomst rekening worden gehouden met: a) de omstandigheden waaronder de overeenkomst werd gesloten; b) de gedragingen van partijen, waaronder datgene dat aansluit op de totstandkoming van de overeenkomst en c) de aard en het doel van de overeenkomst.

- Haviltex:

69. Bij uitleg van de overeenkomsten is vooreerst bepalend het Haviltexcriterium. De vraag wat partijen zijn overeengekomen kan niet worden beantwoord enkel op grond van de zuivere taalkundige uitleg van de bewoording van het contract. Het komt er op aan, overeenkomstig artikel 3:33 en 3:35 a BW, welke zin partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij ten dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang is tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis deze partijen hebben (zie Hoge Raad: 13 maart 1981, NJ 1981, 635 Haviltex).

70. Bij het vorenstaande moet ook in ogenschouw worden genomen dat overeenkomsten partijen weliswaar binden, maar in hoeverre deze binding rechtens kan standhouden wordt beïnvloed door de maatschappelijke positie van partijen en het daarmee verbonden beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Voor gevallen waarin sprake is van ongelijkwaardigheid tussen partijen, bijvoorbeeld indien één van de partijen een evidente achterstand heeft op zijn wederpartij wat betreft keuzemogelijkheden of de toegang tot informatie, stelt het overeenkomstenrecht dringende normen om deze ongelijkwaardigheid te compenseren en daarmee de maatschappelijke rechtvaardigheid van de overeenkomst tot op zekere hoogte te waarborgen. Met name is dit het uitgangspunt van de regelingen van consumentenkoop en de algemene voorwaarden (zie Asser / Hartkamp en Sieburgh 6 – III 2010 nummer 43, bladzijde 36).

- Wanprestatie:

71. Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming deze ontbinding niet rechtvaardigt. De donateurs zijn van oordeel dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten, omdat eenzijdig de prijs waartegen het geld is geleend wordt gewijzigd door een element, de opslag, die vast is dan wel individueel is bepaald. Daarbij speelt dat de uitleg van de kredietovereenkomsten een doorslaggevende rol kan spelen. Bij deze uitleg zijn bepalend de maatstaven genoemd in artikel 6:248 BW, het Haviltex criterium, terwijl ook in het kader van hetgeen de redelijkheid en billijkheid vereisen te rade kan worden gegaan bij de hiervoor genoemde PECL. Immers deze PECL kunnen gelden als algemene erkende rechtsbeginselen in de zin van artikel 3:12 BW.

- Uitleg contra proferentem:

72. Bij een overeenkomst bedoeld in de artikelen 6:236 en 6:237 BW moet een beding duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de wederpartij gunstige uitleg (zie hiervoor de richtlijn waarin in de considerans is opgenomen): in geval van twijfel prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.

73. In een viertal arresten, waaronder die van 29 mei 2012 (LJN: BW6749) overwoog het Hof Den Bosch als volgt in een gelijkkluidende zaak aangaan een euribor-hypotheek van Obvion:

4.3.1. De overeenkomst van partijen is tot stand gekomen door de aanvaarding door [geïntimeerde sub 1.] c.s. van de offerte van Obvion van 4 mei 2005. Tegen het oordeel van de rechtbank dat de AV 2004 op de overeenkomst van toepassing zijn is niet gegriefd, zodat ook het hof voor wat betreft de beoordeling van de grieven hiervan uitgaat. Het in geschil zijnde begrip vaste opslag wordt gebruikt in de offerte en in artikel 21 sub b van de AV 2004.

4.3.2. De vraag welke betekenis moet worden toegekend aan het begrip vaste opslag moet worden vastgesteld aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Aangezien gesteld noch gebleken is dat partijen over de offerte en/of de AV 2004 hebben onderhandeld, spelen de verklaringen van partijen in dit geval geen rol, maar komt relatief veel gewicht toe aan de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen en aan de objectieve omstandigheden van dit geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meenemen.

4.3.3. Naar algemeen spraakgebruik (zoals dat blijkt uit Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, dertiende, herziene uitgave) heeft het woord vast vele betekenissen, die in de kern (bijna) alle neerkomen op: zeker, onveranderlijk, blijvend. In begrippen als een vast traktement, een vast jaargeld, een vaste toelage, betekent vast: “dat niet telkens verandert”. Aangezien deze begrippen vergelijkbaar zijn met het in het geding zijnde begrip vaste opslag, is het hof van oordeel dat mag worden aangenomen dat de gemiddelde consument bij lezing van de offerte zal denken dat met vaste opslag wordt bedoeld een (rente)opslag van een bepaald percentage (in de offerte is de hoogte van de opslag niet afzonderlijk vermeld), welk percentage gedurende de looptijd van de overeenkomst niet verandert. De uitleg die Obvion voorstaat – de term vaste brengt tot uitdrukking

dat de opslag voor alle leningnemers met een vergelijkbare hypothecaire lening gedurende een bepaalde periode gelijk is, zoals bij het begrip vast recht waar het gaat om eenzelfde bedrag dat door iedereen die hetzelfde product of dezelfde dienst afneemt wordt betaald en die dus samenhangt met het type hypothecaire lening – is verdedigbaar, maar ligt minder voor de hand in een branche waar bijvoorbeeld ook het begrip vaste rente wordt gebruikt als tegenstelling van het begrip variabele rente.

4.3.4. De stelling van Obvion dat de AV 2004 een verhoging van de vaste opslag toestaat omdat uit de bewoordingen van artikel 21 sub b van de AV 2004 blijkt dat de vaste opslag niet voor onbepaalde tijd onveranderlijk is, maar periodiek wordt bepaald, overtuigt niet. Gezien de hiervoor gegeven uitleg van het begrip vaste opslag, is het hof evenals de rechtbank van oordeel dat de meest voor de hand liggende uitleg van de zinsnede en kent een vaste opslag die periodiek door geldgever wordt bepaald in artikel 21 sub b van de AV 2004 is: een vaste (onveranderlijke) opslag, die periodiek per (nieuw) contract nader wordt ingevuld. De gebruikte bewoordingen laten althans ook deze uitleg toe, ook indien daarbij de na deze zinsnede volgende verwijzing naar de website [www.obvion.nl](http://www.obvion.nl) wordt betrokken. De functie van deze verwijzing – en in zoverre oordeelt het hof anders dan de rechtbank – is niet helder. Niet alleen zou deze verwijzing naar de website kunnen dienen om daar de op het moment van aangaan van de lening geldende tarieven van de 1-maands Euribor en/of van de vaste opslag te vinden, maar ook om daar een nadere toelichting te lezen op de berekening van de overeengekomen variabele rente. In ieder geval is deze verwijzing naar het oordeel van hof onvoldoende om de door Obvion bepleite uitleg van artikel 21 sub b van de AV 2004 te volgen.

4.3.5. Bij het voorgaande weegt het hof mee dat de offerte volledig inzicht lijkt te verschaffen in de samenstelling en de wijze van berekening van de variabele rente. Immers, in de offerte specificereert Obvion drie (van de vier) elementen van de overeengekomen variabele rente: de 1-maands Euribor-rente (die variabel is en door de markt wordt bepaald) en de twee opslagen voor niet gegarandeerde leningen. Het vierde element – een kostenopslag – duidt Obvion enkel aan met de term vaste opslag; verdere informatie ontbreekt. Anders dan Obvion meent, ligt het in de gegeven situatie niet voor de hand om over het vierde element van de overeengekomen variabele rente verdere informatie te zoeken in de AV 2004. Dat de hoogte van de vaste opslag niet in de offerte is vermeld, maakt dat niet anders. Gezien de term vaste opslag hadden [geïntimeerde sub 1.] c.s. redelijkerwijs niet hoeven te begrijpen dat in de AV 2004 was geregeld dat Obvion deze opslag tussentijds zou kunnen wijzigen.

4.3.6. De stelling van Obvion dat het voor het merendeel van haar klanten met een variabele rente kennelijk wel duidelijk was dat de toepasselijke Algemene Voorwaarden verhoging van de vaste opslag toestaat (zij hebben niet geklaagd over de verhoging van de opslag), leidt niet tot een andere uitleg. Niet alleen staat dit door de betwisting door [geïntimeerde sub 1.] c.s. niet vast, maar het enkele feit dat het merendeel van de klanten van Obvion niet over de verhoging van de opslag zou hebben geklaagd, betekent niet dat het in het geding zijnde begrip vaste opslag duidelijk is.

4.3.7. [geïntimeerde sub 1.] c.s., consumenten, hebben een beroep gedaan op de onduidelijkheid van artikel 21 sub b van de AV 2004. Ook voor zover de door Obvion voorgestane uitleg ondanks het voorgaande tot de mogelijkheden behoort, is er naar het oordeel van het hof sprake van eenzijdig door Obvion opgestelde algemene voorwaarden die niet duidelijk zijn, zodat het hof op grond van het bepaalde in artikel 6:238 lid 2 BW de uitleg contra proferentum dient toe te passen. Niet valt in te zien waarom [geïntimeerde sub 1.] c.s. de strekking van deze bepaling redelijkerwijs op andere wijze hadden moeten begrijpen dan zij hebben gedaan.

74. Ook de Assense rechtbank deed een gelijksoortige uitspraak in Obvion-zaak. De meest relevante overwegingen uit het vonnis d.d. 13 maart 2012 (LJN: BW4968) worden hieronder weergegeven:

4.3. De kantonrechter stelt voorop dat de vraag wat partijen met elkaar zijn overeengekomen moet worden beantwoord aan de hand van de zogenoemde Haviltex-maatstaf. Dat betekent dat het



aankomt op de zin die [gedaagde] en Obvion in de gegeven omstandigheden bij het aangaan van de geldleningsovereenkomst over en weer redelijkerwijs aan de offerte en de algemene voorwaarden mochten toekennen, en op hetgeen zij ten aanzien daarvan van elkaar mochten verwachten. Volgens artikel 6:232 lid 2 BW moeten bedingen in algemene voorwaarden duidelijk en begrijpelijk worden geformuleerd en prevaleert bij twijfel over de betekenis daarvan de voor [gedaagde] meest gunstige uitleg.

4.4. De kantonrechter stelt vast dat in de offerte zelf niet wordt vermeld dat de vaste opslag gedurende de looptijd van de lening periodiek kan worden aangepast. Hoewel de rentecondities bij het uitbrengen en accepteren van offertes in het algemeen centraal staan, heeft Obvion in de toelichting bij de betreffende leningdelen ook niet naar het bijbehorende artikel 21.b van de algemene voorwaarden verwezen. Er is slechts een algemene verwijzing naar die voorwaarden opgenomen aan het einde van de offerte.

4.5. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt ook uit artikel 21.b van de algemene voorwaarden niet ondubbelzinnig dat Obvion het recht heeft om de vaste opslag zoals die bij het tekenen van de offerte en het passeren van de akte was bepaald, nadien aan te passen. De formulering van dat artikel in combinatie met de tekst van de offerte, sluit de door [gedaagde] gegeven lezing in ieder geval niet zonder meer uit. De kantonrechter neemt daarbij in aanmerking:

- dat de term 'vaste', zoals [gedaagde] aanvoeren, naar normaal spraakgebruik onveranderlijk betekent, en dat een rentecomponent die periodiek kan worden aangepast 'variabel' pleegt te worden genoemd;

- dat Obvion in artikel 21.b weliswaar aangeeft dat de 'vaste opslag periodiek wordt bepaald', maar dat uit de tekst niet eenduidig blijkt dat zij tijdens de looptijd van een geldlening ook voor dié lening de vaste opslag opnieuw mag bepalen en aanpassen;

- dat Obvion niet heeft gesteld dat zij aan (de hypotheekadviseur) van [gedaagde] nog andere informatie heeft verstrekt of beschikbaar heeft gesteld, waaruit zij redelijkerwijs hebben moeten begrijpen dat Obvion zich dat recht voorbehield.

[gedaagde] hoefden zonder nadere toelichting ook niet van de door Obvion gegeven uitleg uit te gaan, omdat deze Obvion het recht zou geven om de vaste opslag eenzijdig en (bij gebrek aan objectieve referentiepunten en limieten) naar believen te verhogen. Aangezien de rente een van de belangrijkste elementen in een geldleningsovereenkomst is, is een dergelijke vergaande bevoegdheid niet bepaald gebruikelijk.

Dat Obvion (zoals zij aanvoert) aan de banken waar zij geld inleent naast het Euribortarief ook nog een variabele, van de ontwikkelingen op de geldmarkt afhankelijke liquiditeitspremie moet betalen, en de vaste opslag mede daarop ziet, leidt niet tot een ander oordeel. Gesteld noch gebleken is dat [gedaagde] hiermee bekend waren en er om die reden in redelijkheid niet van uit mochten gaan dat de vaste opslag gedurende de looptijd gelijk zou blijven.

4.6. Het voorgaande brengt mee dat het beroep van [gedaagde] op artikel 6:238 lid 2 BW slaagt. Obvion was en is daarom niet gerechtigd om de vaste opslag van 0,65% gedurende de looptijd van de betreffende leningdelen eenzijdig te verhogen. Nu Obvion overigens geen verweer voert, zullen de vorderingen van [gedaagde] worden toegewezen, met wettelijke rente over het sub 3 gevorderde bedrag vanaf de dag der dagvaarding.

- Dwaling:

75. Stop de banken beroept zich op dwaling. Artikel 6:228 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar is (a) indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten en (b) indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. Daarnaast beroept Stop de banken zich op de

werking van artikel 6:230 2<sup>de</sup> lid BW dat bepaalt dat de rechter op verlangen van partijen in plaats van de vernietiging uit spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel kan wijzigen. Daarbij zij opgemerkt dat vernietiging van de overeenkomsten niet in het belang van de donateurs is, die anders veel duurder uit zullen zijn, zoals al uitgelegd in de punten 47 en 48 hiervoor.

76. Een overeenkomst, die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar. Het gaat in dergelijke gevallen in het bijzonder om schending van mededelings- en waarschuwingsverplichtingen. Voor een beroep op dwaling is voldoende dat de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten. (zie Asser / Hartkamp en Sieburgh 6 – III 2010 nummer 222, bladzijde 183). Van dwaling is sprake onder meer indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten de dwalende had behoren in te lichten (zie Asser / Hartkamp en Sieburgh nummer 230). De redelijkheid en billijkheid brengen met zich mee dat partijen, die met elkaar in onderhandeling treden, rekening moeten houden met elkanders belangen. Partijen, die met elkaar in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst, komen tot elkaar te staan in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, meebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in de precontractuele fase (zie: Baris / Riezenkamp).
77. Indien een partij voor het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven, teneinde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het desbetreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, zal de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) er zich in het algemeen tegen verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten (zie Hoge Raad 30 november 1973, NJ 1974, 97, Van der Beek / Van Dartrop, alsmede Hoge Raad 21 december 1990, NJ 1991, 251 van Geest / Nedelhof).
78. De mededelingsplicht gaat volgens vaste rechtspraak boven de onderzoeksplicht. Daaruit volgt dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt niet uitsluit dat de andere partij ter zake van dezelfde gegevens de mededelingsplicht heeft geschonden (Hoge Raad 16 juni 2000, NJ 2001, 559). Bij het beantwoorden van de vraag of partijen ter zake bepaalde gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht hebben, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden, omdat hij er op mag vertrouwen dat zijn wederpartij een onderzoek zal instellen en daardoor met meer bedoelde gegevens bekend is geworden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het geval, maar ook en vooral daarop dat de regel dat de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht gaat, juist ertoe strekt ook aan een onvoorzichtige partij bescherming te bieden (Hoge Raad 10 april 1998, NJ 1998, 666, Offringa / Vink en van Rosbergen). Dit brengt mee dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoeksinformatieplicht van een partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven.
79. Bij de precontractuele fase geldt derhalve een mededelingsplicht ten aanzien van de voornaamste kenmerken van de te leveren dienst of te verkopen product, teneinde te

voorkomen dat de andere partij op basis van een onjuiste veronderstelling de overeenkomst aangaat.

80. Bij de vraag of er sprake is van wanprestatie is van beslissende betekenis in samenhang met de uitleg contra preferentem, de aard van de overeenkomst en de vraag of er voldoende duidelijke voorafgaande informatie is gegeven. Daarbij kan naar analogie de maatstaf vastgelegd in artikel 7:17 BW worden betrokken. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In casu kan gezegd worden dat de koper (in dit geval de aspirant geldlener) in ieder geval verwachten mocht dat het aan te schaffen product de eigenschappen zou hebben, die haar aard meebracht (enkel de euribor-rente schommelt) en niet hoefde te verwachten dat de hoogte van de rente wezenlijk zou worden beïnvloed door een factor, waarvan gezegd werd dat die ofwel vast was ofwel geheel individueel werd bepaald. Dat deze factor (de aanpasbare opslag) kon wijzigen in verband met generieke oorzaken (duurdere bedrijfsvoering van de bank) is in de precontractuele setting niet naar voren gebracht en niet in de uitnodiging tot aankoop onder de aandacht van de donateurs gebracht. En dat laatste is in strijd met de artikelen 6:193e en 6:193d BW.

- Misbruik van bevoegdheid (willekeur):

81. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt. Van misbruik van bevoegdheid is in ieder geval sprake in geval van het willekeurig gebruiken van een bevoegdheid. Misbruik van recht houdt in dat gebruik wordt gemaakt van een recht of bevoegdheid op een manier waardoor dit gebruik onrechtmatig wordt. Dat doet zich bijvoorbeeld voor wanneer dat recht of de bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor dit bedoeld is. Dat is in deze casus het geval waar een individuele opslag wordt gebruikt om generieke maatregelen te kunnen bewerkstelligen (verliezen van de bank op te vangen en het eigen vermogen op te krikken om te kunnen voldoen aan het Basel III-akkoord).

- Artikel 4:20 Wft:

82. Artikel 4:20 Wft bepaalt, voor zover hier relevant, dat een financiële onderneming, waaronder ook een financiële dienstverlener zoals hier de bank, de cliënt vóór de totstandkoming van de overeenkomst inzake een financieel product, waaronder hypothecair krediet, informatie dient te verschaffen voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het product. Artikel 49 e.v. Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo Wft) werkt deze verplichting nader uit. In elk geval had de bank de verplichting om maatstaven aan te geven hoe in welke gevallen de opslag op de euribor-rente zou kunnen wijzigen. Ofschoon de bank dat wel kenbaar heeft gemaakt in de contractdocumentatie (vast en/of individueel bepaalbaar), voert de bank in strijd met deze bepaling een bevoegdheid uit, die niet is overeengekomen (het generiek wijzigen van de opslag).

83. Per 1 januari 2013 zal de Wft worden aangescherpt en wordt bestaand (jurisprudentieel) recht gecodificeerd. Dat zal zijn weerslag krijgen in het Wijzigingsbesluit financiële

markten. De relevante bepalingen en toelichtingen daarop zullen hierna staccato worden weergegeven.

Bepalingen ter uitvoering van de artikelen 4:19, vierde lid, en 4:22, eerste lid, van de wet

Artikel 53 wordt als volgt gewijzigd:

8. Een financiële onderneming neemt in een reclame-uiting over hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet een waarschuwing op met betrekking tot de risico's die aan het krediet zijn verbonden.

Artikel 59b komt te luiden:

1. Een aanbieder verstrekt een consument voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet, ten minste informatie over:

- a. de componenten waaruit de variabele debetrentevoet is opgebouwd;
- b. of deze componenten een vast of variabel bestanddeel vormen van de debetrentevoet; en
- c. de risico's die verbonden zijn aan een variabele debetrentevoet.

2. Bij ministeriële regeling kunnen de componenten worden aangegeven waaruit de variabele debetrentevoet uitsluitend kan zijn opgebouwd.

In de nota van toelichting staan de volgende relevante passages:

(pagina 31):

*Hypothecair krediet met variabele debetrentevoet:*

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft gekeken naar de toereikendheid van de informatie die voor het sluiten van een hypothecair krediet met variabele rente wordt verstrekt door financiële dienstverleners aan consumenten. De AFM constateerde dat de verstrekte informatie consumenten onvoldoende inzicht geeft in de fluctuaties en de opbouw van de in rekening gebrachte variabele debetrentevoet. Hierdoor kunnen consumenten de risico's die zij lopen door fluctuaties van de variabele debetrentevoet niet goed inschatten. Derhalve is het stellen van nadere regels aan de informatieverstrekking door aanbieders van hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet gewenst.

Voor consumenten die overwegen een overeenkomst inzake hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet te sluiten is het bovendien van belang dat zij beseffen uit welke componenten de variabele debetrentevoet is opgebouwd en dat zij te maken zullen krijgen met wisselende maandlasten. Om hierin een goed inzicht te krijgen, is het noodzakelijk dat het voor consumenten duidelijk is uit welke componenten de variabele debetrentevoet is opgebouwd (artikel 59b Bgfo) en welke componenten een vast of variabel bestanddeel vormen van de debetrentevoet. Bovendien dient een aanbieder gedurende de looptijd van een overeenkomst inzake een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet de consument te informeren over elke wijziging van de debetrentevoet en door welke component of componenten de debetrentevoet is gewijzigd.

(pagina's 64 t/m 69):

*(Onderdeel P):*

Een aanbieder dient informatie over de totale prijs van het product voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een complex product of hypothecair krediet aan de consument te verstrekken.

De opgave van de totale prijs van het product moet worden gedaan voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst. In de praktijk zal dit veelal gebeuren op het moment dat aan de consument een offerte wordt verschaft voor de mogelijke aanschaf van een of meerdere producten. Op deze manier kan de consument producten onderling goed vergelijken.

Het eerste lid heeft de bedoeling om de consument inzicht te geven in de totale prijs inclusief alle kosten, behalve die van advies en distributie, gedurende de gehele looptijd van het product. Het gaat dus om een totale prijs van het product waar de kosten van dienstverlening niet in zijn opgenomen.

Onder kosten worden op grond van artikel 1 van het Bgfo alle bedragen verstaan die een aanbieder in rekening brengt of ten laste laat komen van de consument. Hierbij kan gedacht worden aan rente, premie en eventuele belastingen die de consument via de aanbieder moet betalen. Verder moeten in de berekening van de totale prijs alle bijbehorende kosten worden meegenomen. Onder bijbehorende kosten vallen kosten voor andere financiële producten die een consument verplicht in combinatie met een complex product of hypothecair krediet moet afnemen. Dit zal het geval zijn indien het aanvullende product een onderdeel vormt van een complex product. Indien de kosten voor aanvullende financiële producten onbepaalbaar zijn, hoeven zij niet in die berekening van de totale prijs te worden meegenomen. De aanbieder is dan wel gehouden om bij de opgave van de totale prijs aan de consument er op te wijzen dat extra kosten aan het financieel product zijn verbonden, bijvoorbeeld dat het afsluiten van een opstalverzekering bij een hypothecair krediet verplicht is. Wanneer sprake is van een product met een vermogensopbouw-element, waarbij op basis van een eenmalige dan wel periodieke inleg of premie voor een bepaald doel kapitaal wordt opgebouwd, maken de inleg of premie onderdeel uit van de totale prijs. Ook een eventuele restschuld dient te worden meegenomen in de berekening van de totale prijs.

*(Onderdeel Q):*

Bij brief van 30 juni 2011 hebben de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de minister van Financiën richting de Tweede Kamer aangegeven voornemens te zijn om maatregelen te treffen, waar nodig via wet- en regelgeving, die ervoor zorgen dat kredietverstrekkers meer duidelijkheid verschaffen aan de consument over welke factoren de variabele rente doen variëren. De kredietverstrekker dient transparant te maken hoe een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet is opgebouwd en richting de consument te communiceren welke component of componenten variabel zijn. Artikel 59b geeft uitvoering aan deze voorgenomen maatregelen.

Artikel 59b is gebaseerd op artikel 4:20, eerste lid, van de wet waarin is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de informatie die een financiële dienstverlener de consument voorafgaand aan het adviseren, het verlenen van een beleggingsdienst of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product dient te verschaffen, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die dienst of dat product.

Artikel 59b, eerste lid, onderdeel a, bepaalt dat een aanbieder voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst inzake een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet aan de consument tenminste informatie verstrekt over de componenten waaruit de variabele debetrentevoet is opgebouwd. De verplichting rust op de aanbieder, omdat dit degene is die uiteindelijk een aanbod doet voor een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet aan de consument. De informatie dient bovendien verstrekt te worden voor het tot stand komen van de overeenkomst, zodat de consument aan de hand van de informatie kan overwegen of hij een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet of met een vaste debetrentevoet wenst af te sluiten.

De componenten zijn alle factoren waarmee rekening wordt gehouden bij de opbouw van de variabele debetrentevoet. De variabele debetrentevoet is veelal opgebouwd uit een basistarief

(bijvoorbeeld Euribor, Libor of een zelfstandig ontwikkelde grondslag) vermeerderd met een opslag.

De opslag op het basistarief bestaat vaak uit een algemene opslag die aan alle klanten in rekening wordt gebracht en een individuele opslag die is gerelateerd aan de specifieke klantsituatie, bijvoorbeeld de hoogte van de krediet som ten opzichte van de waarde van de woning. Op grond van artikel 59b kan een aanbieder niet volstaan met het aangeven van algemene kostenposten zoals een basistarief, winst en overige kosten. De aanbieder dient de componenten te specificeren, die worden meegenomen in de algemene opslag op het basistarief. De te noemen componenten dienen te corresponderen met hun bedrijfseconomische oorsprong. Te denken valt aan de volgende componenten: een component in verband met de beschikbaarheid van middelen voor de aanbieder (bewegingen op de kapitaalmarkt of geldmarkt), een component in verband met het risico voor de aanbieder op wanbetaling en vervroegde aflossing, een component in verband met dienstverleningskosten die de financiëledienstverlener maakt zoals bijvoorbeeld administratie- en beheerkosten en een discretionaire component die is gerelateerd aan de winstdoelstellingen en concurrentieverhoudingen.

Bij ministeriële regeling kunnen de componenten worden aangegeven waaruit de variabele debetrentevoet uitsluitend kan zijn opgebouwd. De aanbieder kan vervolgens zelf beoordelen welke componenten voor zijn variabele debetrentevoet van toepassing zijn. Op deze manier wordt bewerkstelligd dat eenduidigheid bestaat over de benaming van de componenten.

De aanbieder dient naast het verstrekken van informatie over de componenten waaruit de variabele debetrentevoet is opgebouwd tevens bij alle componenten aan te geven of zij een vast of variabel bestanddeel vormen van de debetrentevoet (artikel 59b, eerste lid, onderdeel b).

Als bijvoorbeeld als basistarief de een-maands-Euribor wordt gehanteerd, zal dit basistarief iedere maand veranderen, welke verandering invloed heeft op de hoogte van de maandlasten. De aanbieder zal dan aan de consument kenbaar dienen te maken dat deze component variabel is binnen de variabele debetrentevoet. Hetzelfde geldt voor de componenten die worden meegenomen in de algemene opslag op het basistarief.

Tenslotte dient de aanbieder informatie te verstrekken over de risico's die zijn verbonden aan een variabele debetrentevoet (onderdeel c). Te denken valt aan een weergave van de fluctuaties in de maandlasten bij een stijging van de variabele debetrentevoet.

Opgemerkt wordt dat de aanbieder bij het verstrekken van de informatie over de componenten waaruit de variabele debetrentevoet is opgebouwd uiteraard dient te voldoen aan het bepaalde in artikel 4:19, tweede lid, van de wet, dat wil zeggen dat de precontractuele informatie correct, duidelijk en niet misleidend dient te zijn.

- De Europese overeenkomst over een vrijwillige gedragscode betreffende voorlichting in de precontractuele fase in zake woningkredieten:
84. De bank is partij bij deze overeenkomst, die als **productie 44** in het geding wordt gebracht. In deel II, hoofdstuk 2 is opgenomen aan welke vereisten het Europees gestandaardiseerd informatieblad dient te voldoen. In punt 3 wordt beschreven waaraan de rentevoet moet voldoen. Het volgende is beschreven: deze rubriek bevat informatie over het belangrijkste element van het krediet: de rentevoet. Voor zover relevant, moet de beschrijving nadere gegevens bevatten betreffende de wijze van verandering van de rentevoet, met inbegrip van onder andere herzieningsperioden, perioden met een vaste rentevoet en de daarmee verband houdende boetebedingen, maximaal toegestane verlaging of verhoging van de rentevoet. Wanneer het een krediet met een veranderlijke rente betreft, dient voorts te worden aangegeven: i) of de rentevoet geïndexeerd is en ii)

indien van toepassing, moeten nadere gegevens betreffende de indexerings worden gegeven. Zie ook voor wat betreft het in acht nemen van gedragscodes artikel 6:193c lid 2b BW.

- **Varia:**

85. In HvJ d.d. 26 april 2012, C-472/10 (Nemzeti/Invitel) heeft het Hof van Justitie een uitspraak gedaan over de werking van een procedure door een belangenorganisatie als de Consumentenbond. Het betrof een beding dat de ondernemer de bevoegdheid gaf tot eenzijdige wijziging van tarieven. De nationale rechter dient te bepalen of zo'n beding daadwerkelijk onredelijk bezwarend is (en daarmee voor Nederland het bepaalde in artikel 6:236 onderdeel i BW – inhoudende de bevoegdheid van de gebruiker om binnen 3 maanden de prijs te verhogen – modificerend).

86. Indien in een dergelijke procedure van een belangenorganisatie een zeker beding uit de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is verklaard, moet dat beding volgens het HvJ ook niet bindend zijn jegens consumenten die niet bij dat geding betrokken waren. Zodanige derdenwerking van uitspraken is naar Nederlands recht ook wel aangenomen (zie: Van der Wiel, NJB 2011/671, afl.13, pag. 792).

87. In HvJ d.d. 15 maart 2012, C-453/10 (Perenicova), zie Luzak, AAe juni 2012, pag. 428, oordeelde het Hof van Justitie dat een onredelijk bezwarend beding mogelijk met zich kan brengen dat de gehele overeenkomst nietig (void) moet worden verklaard, wanneer dit een betere bescherming van de consument verzekert. Dit nietig betekent naar Nederlands recht: dient ambtshalve te worden vernietigd, indien de consument zich hiertegen niet verzet (zie: HvJ d.d. 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon). In dit geval ging het om een lening waar een onjuiste (lagere) rente was medegedeeld, hetgeen een misleidende handelspraktijk is in de zin van artikel 6(1) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, ook artikel 6:193c BW. Het Hof preciseert dat die misleidendheid een element is voor de beoordeling of een beding ook onredelijk bezwarend is, doch dat dit verder (naar Europees recht) geen directe betekenis heeft voor de geldigheid van de overeenkomst als geheel. Naar Nederlands recht lijkt dit veeleer een geval van dwaling te betreffen; de rente is immers een essentieel element voor de lening.

- **Ontwerp besluit van het Ministerie van Financiën inzake transparant maken van de opbouw van het variabele rentetarief:**

88. Het witboek “aanpak financiële sector” wordt als **productie 45** in het geding gebracht. Verwezen wordt naar punt 10 van dit stuk. Er zal – naar verwachting per 1 januari 2013 – regelgeving worden ingevoerd, die moet voorkomen dat er problemen ontstaan die in deze procedure aan de orde zijn. Voor de consument moet de opbouw van het variabele rentetarief bij het afsluiten van een hypotheek duidelijk zijn. Dat geldt ook voor het wijzigen van het variabele rentetarief. Daarnaast punt 8 van dit witboek: geen onduidelijke producten en het dienen van de klant dient voorop te staan.

TRANSPONERING FEITELIJKE CASUS OP HET RECHT/HET PRIMAIRE  
ONDERDEEL VAN DE PROCEDURE:

89. De hierboven beschreven juridische kaders worden hieronder uitgewerkt en toegesneden op de onderhavige casus. Daarnaast zal worden toegewerkt naar een conclusie en een voorportaal van de hierna te formuleren petita.

#### **Nakoming van de overeenkomst tussen partijen:**

90. Uit de punten 28 t/m 46 hiervoor volgt dat tussen partijen ten aanzien van de opslag was afgesproken – naast en in aanvulling op de offerte en de genoemde voorwaarden van de bank – dat de opslag persoonlijk en individueel werd bepaald en dat de basisrente (de euribor-rente) wordt verhoogd met een opslag. Deze opslagen zijn: 0,5% voor NHG-hypotheek, 0,7% voor standaardhypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde) en vormen samen met de gepubliceerde euribor-rente het tarief. Van deze elementen, die het wezen vormen van het onderhavige opslag- en wijzigingsbeding, wordt de nakoming gevorderd.
91. Het was partijen derhalve om een individuele opslag (letterlijk: een persoonlijke opslag) te doen. Ofwel de gewone opslag (bij hypotheek afgedekt met een NHG), ofwel een standaard opslag, ofwel voor tophypotheek een toptoeslag. Er wordt dus een individuele koppeling gemaakt met de verhouding tussen de EW (executiewaarde) en de hoogte van de lening (hypotheekbedrag). De bank heeft dus bedoeld – althans zo hebben de donateurs dat ook gerechtvaardigd mogen verwachten – een individuele opslag te creëren toegesneden op het betreffende individu en zijn omstandigheden (dus: op basis van dit individuele risico). Deze omstandigheid laat natuurlijk contractueel geen ruimte voor de handelwijze van de bank om deze opslag – als dat uitkomt – te gebruiken als generiek middel om vermeende verhoogde bedrijfskosten af te wentelen op de donateurs. Deze bedrijfskosten – en de andere door bank genoemde factoren, die de verhoging van de opslag zouden rechtvaardigen – komen, naar het Stop de banken voorkomt, voor rekening en risico van de bank. In dat kader kan worden verwezen naar aantekening 4 sub c op artikel 6:75 BW, T&C, Kluwer, waar wordt opgemerkt: *bij gebreke van aanwijzingen in wet en rechtshandeling zal acht moeten worden geslagen op de in de praktijk (in het algemeen of in een bepaalde branche) levende opvattingen omtrent de verdeling van risico's (de verkeersopvattingen). Als algemene regel wordt in dat kader genoemd: voor rekening van de schuldenaar (de bank) blijven ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voorzienbare omstandigheden en de schuldenaar (de bank) persoonlijk betreffende omstandigheden zoals financieel onvermogen, onbekwaamheid en onervarenheid.*

#### **Misleiding en oneerlijke handelspraktijken:**

92. Ofschoon de wettelijke bepalingen aangaande de oneerlijke handelspraktijken eerst in 2008 in de wet is opgenomen, kreeg deze regeling door middel van de unierechtelijke richtlijn 2005/29/EG in 2005 gestalte. In elk geval heeft te gelden dat alle contracten van de donateurs, dus inclusief die zijn afgesloten voor 2008, worden geregeerd door de bepalingen van artikel 6:194 BW, die niet wezenlijk van de regeling van de oneerlijke handelspraktijken verschillen. Ook in het eerder genoemde Sprintplan-arrest van de Hoge Raad (LJN: BH 2822) maakte hij uit: *voor het antwoord op de vraag of een mededeling, die betrekking heeft op financiële producten als de onderhavige, al dan niet misleidend is, moet worden nagegaan of de gemiddelde geïnformeerde, oplettende en omzichtige gewone consument door de gedane mededelingen wordt misleid, in die zin dat hij tot het aangaan van de overeenkomst wordt verleid of kan worden verleid op basis van onjuiste of onvolledige informatie.*



93. Stop de banken is van oordeel dat de donateurs zijn misleid door de bank en dat ze hebben gedwaald bij het afsluiten van de euribor-hypotheek, nu de nadruk steeds is gelegd op het meebewegen van de rente met de euribor-rentevoet. In het bijzonder moet daarbij in ogenschouw worden genomen dat bij de uitnodiging tot aankoop, die in deze steevast werd gerealiseerd door het uitbrengen van offertes als voornaamste kenmerk van de euribor-geldlening, het meebewegen van de rente met de euribor. Voorts werd in de offerte, in de regel, niets gezegd over de prijs / rentevoet, zulks dus in strijd met artikel 6:193 e lid a en c BW. Bij de presentatie van het product werd ook als voornaamste kenmerk steevast gewezen op de variabele rente, die de euribor rente volgde. Als voordeel werd genoemd dat het product uiterst transparant was en euribor-rentevoet uiteindelijk over een langere periode lager was dan een vaste rente voor bijvoorbeeld vijf of tien jaar. Als risico werd aangegeven dat de euribor ook eens fors zou kunnen stijgen (tijdelijk). Aldus is dit voorgesteld als de voornaamste kenmerken in de zin van artikel 6:193 c BW. De aard van de overeenkomst (6:248 BW) is dan ook dat het product is gepresenteerd als een product waarbij de rente afhankelijk is van de euribor-rentestand. Daarbij komt dat in een groot deel van de offertes de opslag niet is vermeld. In de andere gevallen is het begrip opslag verdekt weggestopt in de algemene voorwaarden van de bank. Hierin wordt terloops vermeld dat het de bank vrijstaat de opslag te wijzigen.
94. Uit de documentatie rondom dit euribor-product (zoals de website van de bank) volgt dat deze opslag vast was, althans individueel werd bepaald, waarbij een relatie werd aangegeven tussen de EW (de executiewaarde) van de individuele woning en de hoogte van het geleende bedrag.
95. De donateurs hebben deze bepaling niet anders kunnen verstaan dan dat deze wijzigingsbevoegdheid betrekking heeft op het wijzigen van de euribor, elke maand; dus geen andere fluctuerende factoren.
96. De donateurs zijn daarnaast van oordeel dat er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, zoals neergelegd in de artikelen 6:193a BW e.v. In het bijzonder is Stop de banken van oordeel dat de handelspraktijk misleidend is, omdat er informatie is verstrekt die de consument misleidt of kan misleiden, mede door de algemene presentatie van de informatie ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product (nummer 193c lid b). Stop de banken is van oordeel dat de bank heeft gehandeld in strijd met de vereisten van professionele toewijding. Immers, met name van een bank hebben de consumenten verwacht dat deze zou handelen op een normaal niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een dergelijke bank ten aanzien van een consument mag worden verwacht, welke toewijding in overeenstemming moet zijn met de op de bank rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de professionele standaard van banken. Aldus is er in de zin van artikel 6:193 BW ook sprake van een oneerlijke handelspraktijk. Van de bank mocht toch worden verwacht dat zij in de uitnodiging tot aanschaf van het product (artikel 6:193 e BW) duidelijk zou wijzen op het feit dat de rentestand in het bijzonder kon worden beïnvloed door het naar eigen goeddunken verhogen van de opslag. In het bijzonder is Stop de banken van oordeel dat er sprake is van een misleidende omissie. Immers, een misleidende omissie is iedere handelspraktijk, waarbij essentiële informatie, welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten,

waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. In het bijzonder is hier sprake van een misleidende informatie, aangezien essentiële informatie verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke en dubbelzinnige wijze is verstrekt. Deze informatie, te weten het feit dat de bank naar eigen goeddunken de opslag en dus het tarief kon wijzigen, is niet bij de presentatie van het product gebleken en blijkt ook niet uit de context.

97. Voorts speelt, dat bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, de feitelijke context van de overeenkomst. Daarbij worden maatregelen, die zijn genomen, om informatie langs een andere weg ter beschikking van de consumenten te stellen, in aanmerking genomen. Daarbij is dan weer van belang er op te wijzen dat uit de informatie, die de donateurs rondom de offertes kregen (met name de website van de bank), bleek dat de opslag vast was, althans individueel bepaald werd.
98. Aldus moet worden geconcludeerd dat de bank volstrekt tekort is geschoten bij het verstrekken van informatie over de opslag en de wijze waarop deze opslag zou kunnen worden verhoogd. Terzijde wijst Stop de banken erop dat het verschil tussen de informatieverstrekking in de precontractuele fase en hetgeen recent door de bank naar voren is gebracht immens is. Voorafgaande aan het afsluiten van de euribor-contracten is hoegenaamd geen informatie aan de donateurs verstrekt. Dit wordt bevestigd door een scala van accountmanagers, die door Stop de banken zijn gehoord over dit onderwerp. Dit blijkt ook uit de bank's nieuwsbrief (zie: productie 31 hiervoor), waarin de bank in het laatste blokje opmerkt: *de introductie voor nieuwe klanten zal low profile plaatsvinden. Met andere woorden de introductie wordt niet ondersteund door media-aandacht, advertenties en mailings.* In maanden mei en juni 2012, na de aankondiging van de gewraakte verhoging, gaat de bank los in het geven van informatie over dit product: persberichten, sites met FAQ en zelfs heuse voorlichtingsfilms. De vraag dringt zich op: waarom zijn deze instrumenten niet vooraf ingezet, nu de bank kennelijk wel weet hoe het moet. De bank heeft er bewust voor gekozen om de informatieverstrekking zo minimaal mogelijk te houden en daardoor de huidige verwarring veroorzaakt, althans in de hand gewerkt. Dat gegeven ligt in de risicosfeer van de bank. De kenmerken van de geldleningovereenkomst zijn daarnaast misleidend voorgesteld. Immers, in de offertes is niet of onvoldoende gemeld over de opslag en op basis waarvan deze opslag kon wijzigen. De informatie is zodanig dat de gemiddelde consument wordt misleid of kan worden misleid, in het bijzonder omdat de informatie omtrent de opslag onduidelijk, onbegrijpelijk of op dubbelzinnige wijze wordt verstrekt. Daarbij wordt de indruk gewekt dat alleen de rente meebeweegt met de euribor (en dat dit het wezenlijke kenmerk is van dit product), zulks in tegenstelling tot de opslag. Dat de totale kostprijs voor de consument ook wezenlijk kan worden beïnvloed door substantiële verhoging van de *opslag* is nimmer duidelijk naar voren gebracht. Sterker: de opslag was vast, althans afhankelijk van individuele en persoonlijke omstandigheden in het bijzonder afhankelijk van de ratio EW/hoogte van het hypotheekbedrag. Van wezenlijk belang is dat het begrip opslag in de offerte noch in de voorwaarden duidelijk is verklaard of gedefinieerd en dat is nagelaten tot uitdrukking te brengen van welke feiten of omstandigheden de wijziging van de opslag afhankelijk zou zijn, behoudens dan de drie onderscheiden opslaggroepen, die afhankelijk zijn van de ratio EW/hoogte lening.

99. Stop de banken vordert dat het wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden, waarop de bank zich beroept ter verhoging van haar opslag, moet worden gekwalificeerd als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 193<sup>e</sup> boek 6 (misleidende omissie). Daarbij komt dat de bank niet gehandeld heeft volgens het vereiste van professionele toewijding, die van haar verwacht mag worden. Immers, er is niet gehandeld met de zorgvuldigheid die redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van een consument mag worden verwacht (artikel 6:193af en artikel 6:193b lid 2a BW).
100. In het bijzonder is daarbij nog van belang dat overeenkomstig artikel 6:193 e BW bij een uitnodiging tot aankoop de voornaamste kenmerken van het product in de mate waarin gezien het medium en het product passend is hadden moeten worden gepresenteerd. Dit is door de bank nagelaten. De bank heeft immers nagelaten het begrip opslag in de offerte naar voren te brengen en duidelijk en begrijpelijk te definiëren.
101. Er dus sprake van een oneerlijke handelspraktijk en een oneerlijke omissie. Wat zijn de in aanmerking komende sancties? Lankhorst in T&C, Kluwer, op artikel 6:193c BW (aantekening 4) schrijft: *indien een handelaar het verbod op oneerlijke handelspraktijken overtreedt en een consument als gevolg hiervan overgaat tot het sluiten van een overeenkomst, die hij anders niet zou hebben gesloten, kan de consument zich jegens de handelaar ook beroepen op dwaling, bedrog, misbruik van omstandigheden of bedreiging en de betreffende overeenkomst vernietigen, aldus MvT, kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 9. Een beroep door de consument op een wilsgebrek sluit niet uit dat hij daarnaast ook schadevergoeding vordert; er is een overlap aanwezig. De formulering van de gemiddelde consument die een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen, sluit nauw aan bij de wilsgebreken (Nadere MvA EK, Kamerstukken I 2007/08, 30 928, E, p. 3). Omdat oneerlijke handelspraktijken vaak de totstandkoming van de overeenkomst betreffen, ligt het vorderen van een vernietiging van de gehele overeenkomst op grond van artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW voor de hand (Nota n.a.v. Verslag, Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 18). Bij een onredelijke handelspraktijk in algemene voorwaarden kan de consument uitsluitend dat onredelijke beding vernietigen (MvA EK, Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, p. 3). In gelijke zin wordt geoordeeld door Van Nispen, Huydecoper en Cohen Jehoram in Industriële Eigendom, deel 3, hoofdstuk 6 Oneerlijke handelspraktijken, paragraaf 6.3.4 samenloop met wilsgebreken. Pavillon in haar proefschrift Open Normen in het Europees Consumentenrecht (recht en praktijk, contractenrecht CR4) schrijft in hoofdstuk 8, nummer 489: *De oneerlijkeheidsnorm uit de Richtlijn OHP is een naar Nederlands recht een onbekende norm. De richtlijn waarin zij is neergelegd laat de regels inzake rechtsbehandeling en overeenkomst onberoerd (art. 2 lid 3 richtlijn). Hoewel de subnormen, die nader invulling geven aan de oneerlijkeheidsnorm, in verband zijn gebracht met de wilsgebreken, is ervoor gekozen om bij de vertaling van de richtlijnnormen – ook de subnormen – naar nationaal recht in termen van onrechtmatigheid te denken. De keuze voor de onrechtmatige daad als rechtsgrond vloeit voort uit het feit dat de subnorm misleiding uit de Richtlijn misleidende reclame, waarop de nieuwe richtlijn voortbouwt, destijds in boek 6 titel 3 BW is geïmplementeerd. Daar komt bij dat omzetting in de wilsgebrekenregeling niet zou voldoen in gevallen waarin van een transactie wordt afgezien – wat volgens art. 2 onder k richtlijn ook een besluit over een transactie vormt. De keuze voor de onrechtmatige daad als rechtsgrond is een logische voor zover het besluitcriterium ook betrekking heeft op besluiten om uiteindelijk niet te contracteren. Zij gaat verder in nummer 490: *de individuele consument kan op grond van afdeling 6.3.3A schadevergoeding vorderen. De overeenkomst blijft echter onaantast. Hij kan, indien er een overeenkomst is gesloten, ingevolge art. 2 lid 3 richtlijn nog steeds een beroep doen op de wilsgebrekenregeling of de non-conformiteit. Dit zal hij waarschijnlijk ook doen: de vernietiging of ontbinding van de overeenkomst geniet bij***

*ontevredenheid vaak de voorkeur. Samenloop zal zich zeker voordoen en de vraag is in hoeverre er kruisbestuivingen zullen plaatsvinden.*

### **Oneerlijke bedingen:**

102. Stop de banken is bovendien van oordeel dat het hier gaat voor wat betreft het wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden om een oneerlijk beding in de zin van artikel 3 van de richtlijn 93/13 EEG oneerlijke bedingen. Immers, er is niet afzonderlijk onderhandeld omtrent dit beding. Het beding moet als oneerlijk worden beschouwd, aangezien het in strijd is met de goede trouw en aangezien het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten ten nadele van de consument is verstoord.
103. De bank heeft zich verplicht een rentevoet te hanteren voor de euribor-rente in die zin dat de wijziging van het rentetarief zijn grond en zijn oorzaak zal vinden in de rentewijziging van de éénmaands euribor. De daarbij gehanteerde opslag was vast, althans individueel bepaald. Dat betekent dus dat het de bank niet is toegestaan de opslag willekeurig te wijzigen met als argument dat de bedrijfskosten voor de bank zijn gestegen. Dat argument vindt geen grondslag in het contract tussen partijen.
104. Het beding dat de opslag kan worden gewijzigd is een oneerlijk beding in de zin van artikel 3 van de richtlijn. Immers het verstoort het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de donateurs aanzienlijk, waarbij de bank zich de vrijheid permitteert een tweede rentecomponent in het product te introduceren. Behalve met de geldmarkttarieven, wordt de klant van de bank ook nog eens geconfronteerd met de schommelingen op de kapitaalmarkt leidend tot een gedrocht voor de klant. In de circulaire van de bank bij de introductie van de euribor-rente (nogmaals te overleggen als **productie 45A**) heet het ook uitdrukkelijk dat het geld, dat tegen het euribor-tarief wordt uitgeleend aan de donateurs, op *geldmarkt* wordt opgehaald. In 2012 heet het dan ineens dat de hypotheek – waaronder uiteraard de onderhavige euribor-hypotheek, worden gefinancierd met *lang geld* en dat dit geld op de *kapitaalmarkt* wordt geleend. Dit laatste blijkt dan weer uit de standaardbrief van de bank, waarbij klachten van de donateurs over de verhoging van de opslag door de bank naar het land der fabelen worden verwezen. Als voorbeeld van een dergelijke standaardbrief brengt Stop de banken de brief d.d. 31 augustus 2012 gericht aan de heer Z. als **productie 45B** in het geding. Daarnaast in het bijzonder is het beding ook strijdig met het beding genoemd in de bijlage, waarnaar artikel 3 lid 3 verwijst, te weten een als oneerlijk te kwalificeren beding: *de verkoper te machtigen zonder geldige in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen / J - de verkoper te machtigen zonder geldige reden eenzijdige kenmerken van het te leveren of de te verrichten dienst te wijzigen*. Dit is bovendien in strijd met artikel 6:236 a BW en artikel 6:237 b BW, alsmede 6:236 i BW.
105. Immers, het beding inhoudende dat de opslag kan worden gewijzigd ontnemt aan de consument het karakter van deze geldlening: het euribor-rentekarakter, althans geeft de bank het recht de bedongen prijs te wijzigen, althans het beding zou de bank het recht geven haar verplichtingen, het uitlenen van het geld tegen de euribor-rente te wijzigen door deze rente aanzienlijk te verhogen door middel van de opslag en dit naar eigen goeddunken.

### **Onredelijk bezwarende bedingen:**

106. Het wijzigingsbeding, waarop de bank zich beroept ter rechtvaardiging van de verhoging van de opslag, is onredelijk bezwarend. Immers, in wezen verleent het beding aan de Bank een onbepaald recht om de contraprestatie van het uitlenen van geld, wanneer zij dit wenst, te verhogen volgens niet vaststaande maatstaven. De bank kan naar willekeur de opslag verhogen. De consument kan daar niets aan doen. Wat dat betreft heeft het beding aldus een grote mate van gelijkheid met het op de zwarte lijst voorkomende beding van artikel 6:236 onder i BW.
107. Daarbij komt dat op de totstandkoming van dit beding de donateur geen enkele invloed heeft gehad. Het beding is uitsluitend in het voordeel van de bank, die volgens, voor de consument onbekende (immers in het contract zijn geen maatstaven bekend gemaakt of anderszins gedefinieerd), onredelijke en ondoorzichtige maatstaven daarvan gebruik kan maken om naar haar eigen goeddunken de opslag te verhogen. Tegenover het beding staat geen enkel voordeel voor de consument. Dat schept willekeur en om die reden is dit beding onredelijk bezwarend.
108. De aard van de overeenkomst is in casu van groot belang nu het gaat om zogenaamde euribor- woninghypotheken, waarvan de aard, zoals al in de naam van het product / dienst tot de uitdrukking komt, bepaald wordt door het verloop van de euribor-rentevoet. Met deze aard strookt uiteraard niet dat de totale kostprijs voor de consument door middel van de opslag, die hiervoor niet in het leven is geroepen, kan worden gewijzigd naar goeddunken van de bank en op basis van niet bestaande parameters. De aard van de dienst is juist dat consumenten over zijn gegaan om een dergelijke euribor- woninghypothek te sluiten met het oog op i) de transparantie van dit product en ii) het uiteindelijke (op de langere termijn) voordeel van de euribor-rente.
109. Gelet op de onredelijke bezwarendheid van het beding is geïndiceerd dat het beding wordt vernietigd, althans is het beroep op dit wijzigingsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

### **De PECL en Unidroit:**

110. De aard en het doel van de euribor-hypothek is in het hiervoor weergegevene al geschetst.

### **Wanprestatie:**

111. Donateurs zijn van oordeel dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten, omdat eenzijdig de prijs waartegen het geld is geleend wordt gewijzigd door middel van de opslag, die daarvoor niet is bedoeld. Daarbij speelt de uitleg van de kredietovereenkomsten een doorslaggevende rol. Bij deze uitleg zijn bepalend de maatstaven genoemd in artikel 6:248 BW, het Havitexcriterium, terwijl ook in het kader van hetgeen de redelijkheid en billijkheid vereisen te rade kan worden gegaan bij de zogenaamde Principles of European Contract Law. Immers deze PECL kunnen gelden als algemene erkende rechtsbeginselen in de zin van artikel 3:12 BW.

## Uitleg contra proferentem en haviltex:

112. De donateurs konden het wijzigingsbeding niet in de door de Bank gewenste zin uitleggen. Bovendien moet uitleg ten aanzien van de consument contra proferentem plaatsvinden. Immers, dat brengt met zich mee dat de onduidelijke bepaling in de overeenkomst uitgelegd moet worden in het nadeel van degene die deze voorwaarden of dit beding bij het tot stand komen van het contract heeft opgesteld. In het bijzonder geldt voor consumenten dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten worden opgesteld. Bij onduidelijkheid geldt de uitleg in het voordeel van de consument. In dat kader geldt het volgende. De crux van de zaak is dat de donateurs een individuele opslag is gegeven. De in offertes en in de algemene voorwaarden opgenomen term *de bank is bevoegd de opslag te wijzigen* betekent dus (althans zo mochten de donateurs dat gerechtvaardigd opvatten) dat in individuele gevallen de opslag kon worden gewijzigd, indien de verhouding tussen de EW (executiewaarde)/ hoogte hypothecaire lening daartoe aanleiding zou geven. Deze opvatting en deze uitleg van het wijzigingsbeding staan dus per definitie geen generieke, voor iedere hypotheekgever/kredietnemer geldende, verhoging van de opslag toe.
113. De opzet bij de introductie in 2005 was een individuele opslag afhankelijk van het risico dat de bank liep: 0,5% bij NHG (intern bij de bank ook basis-opslag genoemd) 0,7% bij standaard (< 75%EW) en 1,0% bij tophypotheek (>125%EW). Bij deze opzet past dus ook dat de individuele opslag enkel aanpasbaar is bij veranderingen in de individuele toestand van de klant. Daarbij kan gedacht worden (als uitwerking van de wijziging van de verhouding EW / hoogte hypotheek) aan: i) hertaxatie van het onderpand, ii) aflossing van de hoofdsom, iii) bij-lenen, iiiii) vervallen NHG, iiiiii) wijziging bestemmingsplan, iiiiii) woningverbetering, etc. Er bestaat dus geen enkele contractuele grondslag tot wijziging van de opslag zolang de individuele toestand van de klant ten opzichte van de bank niet verandert. Dat spoort ook met de aard van dit product: de euribor-hypotheek is transparant, individueel, en in verhouding op termijn voordeliger dan andere hypothecaire producten.
114. Een en ander betekent dus ook dat er geen grondslag voor de eerste generieke verhoging van de opslag in februari 2009 was. Toen werd opslag bij NHG van 0,5% ineens verhoogd tot 1%. Ook die verhoging, naast de verhoging in 2012, was dus ontoelaatbaar. Een en ander impliceert dat de daarmee overeenstemmende bedragen, die de donateurs tengevolge van deze verhogingen hebben betaald, als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd. Dit thema keert terug in de hierna te formuleren petitie.
115. In de algemene voorwaarden wordt enkel in 1 zinnetje gezegd dat de opslag kan wijzigen. Aangezien er in deze voorwaarden geen criteria zijn gegeven hoe en wanneer de opslag kan worden aangepast en aangezien het handelt over een individuele opslag (Van Dale zegt over individueel afzonderlijk, op zichzelf, persoonlijk), kan de conclusie geen andere zijn dan dat de wijziging van de opslag slechts gerelateerd kan zijn aan een verandering van de persoonlijke omstandigheden van de klant (= wijziging van de ratio EW / hoogte hypotheekbedrag).
116. Met het KIFID is Stop de banken van oordeel dat, aangezien de algemene voorwaarde (het wijzigingsbeding) onduidelijk is, de uitleg, die Stop de banken hier

verdedigt (individuele wijziging opslag bij wijziging van de ratio EW / hoogte hypotheekbedrag), dient te prevaleren. Het KIFID (nr. 2012-08 d.d. 5 januari 2012) in een vergelijkbare situatie: *“De Commissie overweegt voorts dat ingevolge het bepaalde onder het tweede lid van artikel 6:238 van het Burgerlijk Wetboek bedingen als de onderhavige in Algemene Voorwaarden duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld en dat bij twijfel over de betekenis van een dergelijke bepaling de voor de wederpartij meest gunstige uitleg dient te prevaleren.”*

### **Dwaling:**

117. Het beroep van Stop de banken op dwaling richt zich in de eerste plaats op de onjuiste informatie c.q. non-informatie (schending van de mededelingsplicht) aangaande de bevoegdheid van de bank om de opslag te kunnen wijzigen. Daarnaast op de onjuiste informatie c.q. non-informatie over de risico's die een dergelijke opslag met zich brengt. De aangehaalde informatie, voor de leken op financieel gebied die de donateurs zijn, was onvoldoende duidelijk; niet kon worden afgeleid uit deze informatie dat de opslag, naast de fluctuerende euribor-rente, zelf ook zou kunnen fluctueren, anders dan bleek uit de informatie van de bank rondom dit product. Het ging in deze informatie, zoals gezegd, om een vaste opslag, althans een individuele opslag, die afhankelijk was van de persoonlijke ratio EW/hoogte van het hypotheekbedrag. Of er in een concreet geval een mededelingsplicht bestaat, is steeds afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, waaronder ook de aard van de te sluiten overeenkomst en de bij de contractsluitende partijen aanwezig te achten kennis en kunde. In dat kader is hier allereerst van belang dat de euribor-overeenkomsten door de bank werden aangeboden aan particuliere partijen. In die verhouding rust op de bank als ter zake deskundige financiële onderneming de plicht haar niet-professionele wederpartijen van voldoende informatie te voorzien om hen in staat te stellen een verantwoorde geïnformeerde keuze te maken om de aangeboden leningsovereenkomst, met de daaraan verbonden risico's, al dan niet aan te gaan. Daartoe dient de bank niet alleen de nodige informatie te verschaffen omtrent de inherent aan de aangeboden overeenkomsten verbonden risico's, maar dient zij waar nodig en mogelijk ook voldoende informatie te verschaffen omtrent de kans dat die risico's zich daadwerkelijk zullen verwezenlijken. Bij dat laatste is in het onderhavige geval van belang dat de particuliere partijen, de donateurs van Stop de banken, die met de bank een euribor-overeenkomst aangingen, moesten kunnen weten dat de opslag zou kunnen wijzigen, anders dan een wijziging in de individuele EW/hoogte van de lening-ratio. Dit aangezien een dergelijke wijziging, zoals thans door de bank ingevoerd, van buitengewone invloed is op de bestedingsruimte van deze particulieren. Die informatie, over het kunnen wijzigen van de opslag, had concreet moeten worden geëxpliciteerd in de tekst van de overeenkomst en niet in een enkele zinsnede in de algemene voorwaarden, zonder overigens aan te geven hoe en onder welke voorwaarden de bank deze opslag zou kunnen wijzigen. In elk geval had de bank deze informatie moeten verstrekken in de periode na de eerste verhoging van de opslag per 1 februari 2009. Rond deze datum zijn de meeste euribor-hypotheekleningen afgesloten. De bank heeft de donateurs deze essentiële informatie onthouden en heeft de donateurs op dit punt ten onrechte onvoldoende geïnformeerd. Belangrijk punt: in de periode van drie maanden na de eerste verhoging van de opslag is 70% van alle euribor-hypotheekleningen, waarin Stop de banken inzicht kreeg, afgesloten. Dit zijn tevens de drie maanden rondom het uit de markt halen van dit product. Dit uit de markt halen werd al in maart 2009 aangekondigd, zodat veel donateurs nog snel kozen voor dit product (zolang dat dus nog

kon). Want anders moest men terugvallen op het veel duurdere en niet-transparante product van de variabele hypotheek. Dus de bank heeft, door de donateurs deze informatie te onthouden, gezwegen waar zij had behoren te spreken. Hierdoor heeft de bank een onjuist beeld van de werkelijkheid gegeven. Om die reden behoort het beroep van Stop de banken op dwaling te slagen. Dit zou er toe leiden dat de overeenkomsten rijp zijn voor vernietiging. Maar dat is niet een middel dat de donateurs ten goede komt. Zij zijn erbij gebaat dat de euribor-overeenkomsten intact blijven, zij het dat het onderdeel in de overeenkomst dat ziet op de bevoegdheid van de bank om de opslag te kunnen verhogen door uw rechtbank kan worden gewijzigd en wel in die zin dat dit onderdeel uit de overeenkomst (= het wijzigingsbeding) wordt geëcarteerd, althans wordt vernietigd, althans dat uw rechtbank bepaalt dat de bank op dit beding geen beroep kan doen.

#### **Gedeeltelijke ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden:**

118. De wijziging van de opslag in de overeenkomst is op te vatten als onvoorziene omstandigheid (artikel 6:258 BW). Een overeenkomst kan gewijzigd worden op grond van onvoorziene omstandigheden. Of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren is niet beslissend. Het komt er op aan van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan en of zij de mogelijkheid van het optreden van onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd. Onvoorziene omstandigheid: dat de bank ineens zich het recht toe-eigent de opslag te wijzigen buiten de gevallen, zoals aangegeven in de informatie rondom dit product: het betreft een individuele opslag die aanpasbaar is in het geval de ratio EW/hogte van het hypotheekbedrag wijzigt. Onvoorzien is: een niet overeengekomen generieke verhoging wegens beweerdelijk verslechterde economische en financiële omstandigheden van de bank.

#### **Misbruik van bevoegdheid (willekeur):**

119. Doordat de bank, zonder dat daarvoor maatstaven zijn vastgesteld en zonder dat zij daarvoor enige verantwoording aflegt, naar eigen goeddunken de opslag wijzigt en daardoor de rentevoet verhoogt door middel van de opslag, is er sprake van misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW. Immers, de bank verhoogt kennelijk naar eigen goeddunken de opslag op basis van haar eigen bedrijfseconomische opzet en onkunde. Nota bene: deze genoemde opzet en onkunde wordt hierna gesubstantieerd. Gezien de ernstige schade voor de donateurs in vergelijking met het door de bank gediende belang, kan gezegd worden dat de bank naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Doorslaggevend is echter dat het beding, waarop de bank zich beroept, voor wat betreft haar wijzigingsbevoegdheid ook blijkens de bijlage van richtlijn 93/13/EEG een oneerlijk beding is (een beding dat de verkoper machtigt zonder geldige in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarde van de overeenkomst te wijzigen). Dat betekent dat de bank haar bevoegdheid niet kan inroepen. Daarbij moet dan in de marge worden bedacht dat de bank nog steeds grote winsten maakt en in het bijzonder nog grote winsten maakt op haar portefeuille rentedragende producten. Stop de banken brengt als **productie 46** de eerste zeven bladzijden van het Interim Financial Report 2012 van de bank in het geding. Hieruit blijkt dat de bank over het eerste half jaar 2012 een netto winst heeft behaald van 827 miljoen euro`s!



### Verwachtingsmaatstaf van artikel 7:17 BW naar analogie:

120. De bank pleegt wanprestatie, aangezien het geleverde product niet beantwoordt aan de overeenkomst. Dit mede gelet op de aard van het product en de wijze, waarop dit product aan de man is gebracht, nu het tarief is losgemaakt van de euribor-rentevoet en dus niet de eigenschappen bezit, die de aspirant geldlener op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

### De in 2003 in werking getreden Gedragscode Hypothecaire Financieringen:

121. Een en ander maakt de bedingen in de algemene voorwaarden, waarbij de bank het recht heeft de opslag naar eigen goeddunken te verhogen, ook in strijd met artikel 14 van de gedragsregels hypotheek (productie 47), die blijkens haar algemene voorwaarden van toepassing zijn. Immers, in dit artikel 14 van de gedragscode hypothecaire financieringen is bepaald, dat de hypothecaire financier gedurende de juridische looptijd van de hypothecaire financiering in beginsel alleen het rentetarief zal wijzigen, voor zover de mogelijkheid tot rentewijziging overeen is gekomen. De mogelijkheid tot wijziging van de opslag is niet met zoveel woorden overeengekomen, maar staat verstopt in de algemene voorwaarden. Daarbij is sprake van een onduidelijk en dubbelzinnig beding voor wat betreft de opslag. Stop de banken verwijst daarnaast naar de artikelen 3 en 5.12 van deze Gedragscode: *de hypothecaire financier zorgt er voor dat aan consumenten te verstrekken informatiemateriaal over hypothecaire financieringen helder en duidelijk is en dat daarin tenminste de volgende zaken zijn opgenomen.....en in een offerte dan wel in een daarbij gevoegde bijlage zal de hypothecaire financier minimaal de volgende zaken opnemen: de kosten die de hypothecaire financier in rekening brengt bij het verstrekken van de hypothecaire financiering en gedurende de economische looptijd. De kosten bij verstrekking moeten zijn uitgedrukt in een percentage van het bedrag van de hypothecaire financiering.* Duidelijk is dat de bank in strijd met deze coderegels heeft gehandeld.
122. De donateurs voelen zich misleid en zijn van oordeel dat zij op basis van onjuiste stellingen de euribor-overeenkomst zijn aangegaan. Immers, het hoofdkenmerk van deze lening, zoals gepresenteerd door de bank en/of tussenpersonen van de bank, is dat de rente variabel is en meebeweegt met de euribor-rente en daardoor daarvan wezenlijk afhankelijk is. Doordat de bank nu opeens de rente – naar willekeur – verhoogt door de opslag te verhogen (met maar liefst 400%), wordt er in strijd gehandeld met hetgeen de donateurs gerechtvaardigd mochten verwachten. Immers, uit alle informatie rondom dit euribor-product bleek dat de opslag vast dan wel individueel werd bepaald en was opgehangen aan de verhouding EW / hoogte van de lening. Dat wordt nog versterkt door de eigen beslissing van de bank om naar eigen goeddunken de opslag te verhogen, zonder dat daarvoor vaststaande criteria gelden en deze wijziging niet gebonden is aan bepaalde vaststaande van tevoren bekend gemaakte factoren. Daardoor is de handelwijze van de bank ook in strijd met de Gedragscode Hypothecaire Financieringen, artikel 14, die voorschrijft dat het rentetarief alleen mag worden gewijzigd, gedurende de looptijd, indien en voor zover de mogelijkheid tot rentewijziging vooraf is overeengekomen. Dat is klaarblijkelijk voor wat betreft de opslag niet het geval, voor zover er wordt afgeweken van het individuele karakter van de opslag en dus wordt afgeweken van de verhouding van de individuele executiewaarde ten opzichte van de hoogte van de hypothecaire lening. Het zich niet houden aan de code levert, zoals we hiervoor zagen, wanprestatie op.

Hetzelfde laken een pak voor het overtreden door de bank van de Europese overeenkomst over een vrijwillige gedragscode betreffende voorlichting in de precontractuele fase inzake woningkredieten.

#### **Artikel 4:20 Wft is geschonden:**

123. Dat artikel 4:20 Wft en de uitwerking van deze bepaling, zoals opgenomen in artikel 49 e.v. Bgfo is geschonden blijkt onder andere uit het feit dat in de precontractuele fase de bank eigenlijk alleen aandacht heeft besteed aan het risico van de variabiliteit van de euribor. In de gesprekken tussen partijen, de brochures en de berekening van de draagkracht van de cliënten (de zgn. check) werd enkel uitgegaan van de schommeling van de euribor. Niet is geïnformeerd over mogelijke risico's ten aanzien van een verhoging van de opslag boven de euribor. Die verhoging domineert thans de kosten van deze lening. Deze opslag omvat op het moment van schrijven van deze dagvaarding 94,7% van de kosten van de variabele euribor-hypothek (berekening op basis van de stand van de eenmaands euribor op 12 oktober 2012:  $2,0\% / (0,111 + 2,0) = 0,947 \times 100 = 94,7\%$ ). Daarbij komt dat, behoudens één zinsnede in de algemene voorwaarden, de bank geen informatie heeft verstrekt over het risico van de variabiliteit van de opslag. Noch in de brochure, noch in de gesprekken en noch op de internetsites heeft de bank haar klanten pro-actief geïnformeerd dat zij de opslag naar eigen goeddunken kon verhogen. Schending van deze wettelijke bepalingen levert een onrechtmatige daad op jegens de donateurs.

124. In elk geval had de bank de verplichting om de maatstaven aan te geven hoe en in welke gevallen de opslag op de euribor-rente zou kunnen wijzigen, anders dan in geval van een individuele wijziging van de verhouding EW / hoogte van de lening. Nu dit niet is gebeurd, kan de bank van de geclaimde bevoegdheid om de opslag te wijzigen geen gebruik maken.

#### **TUSSENCONCLUSIE:**

125. Van een professionele partij mag worden verwacht dat deze voldoende duidelijke informatie geeft om te voorkomen dat de aspirant geldlener zich omtrent een bepaald punt een onjuiste voorstelling gaat maken (alleen euribor fluctueert). Immers, door met elkaar in onderhandeling te treden komen partijen te staan in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, die meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (de donateurs). Een en ander brengt met zich mee dat, zoals in casu, er sprake is van een misleidende omissie, omdat essentiële informatie omtrent de verhoging van de opslag verborgen werd gehouden. Deze onduidelijke, onbegrijpelijke en dubbelzinnige wijze van informatieverstrekking bracht de aspirant geldleners in dwaling, althans heeft deze handelwijze te gelden als een oneerlijke handelspraktijk, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

126. In het bijzonder is daarbij nog van belang dat overeenkomstig artikel 6:193 e BW bij een uitnodiging tot aankoop de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin dat gezien het medium en gezien het product passend is, hadden moeten worden

gepresenteerd. Dit is door de bank nagelaten. De bank heeft immers nagelaten het begrip opslag in de offerte naar voren te brengen en duidelijk en begrijpelijk te definiëren, anders dan deze opslag te relateren aan de individuele omstandigheden van de leningnemer, te weten de verhouding tussen de EW en de hoogte van het hypothecair krediet.

127. Eveneens heeft de bank nagelaten tot uitdrukking te brengen van welke omstandigheden de wijziging van de opslag afhankelijk zal zijn, anders dan de individuele ratio EW / hoogte van het hypotheekbedrag. Tevens is onduidelijk welke kostenposten in de opslag doorwerken. Daardoor is de overeenkomst door dwaling tot stand gebracht en is wijziging van de overeenkomst op het onderdeel van het wijzigingsbeding geïndiceerd.
128. Daarnaast kan worden geoordeeld dat de bank wanprestatie heeft gepleegd. Op basis van het Havitexcriterium en gezien de aard van de overeenkomst, die naar zijn aard is gepresenteerd als een woninghypotheek, waarvan de rentevoet wezenlijk meebeweegt met de euribor-rente, had de consument (de donateur) de overeenkomst niet anders kunnen verstaan dan dat de rentevoet uitsluitend wijzigingen ondervond door de wijziging van de *euribor-rente* en door wijziging van de persoonlijke omstandigheden, die tot aanpassing van de opslag zou kunnen leiden in dat individuele geval. In die perceptie, die door de bank teweeg is gebracht, is de opslag, zonder verandering van de individuele ratio EW / hoogte van de lening, niet onderhevig aan fluctuaties.
129. Door naar eigen goeddunken door middel van de opslag de rentevoet te wijzigen pleegt de bank een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Mocht van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst niet kunnen worden gesproken, dan heeft te gelden dat dit feitencomplex zich kwalificeert als een onrechtmatige daad. Immers, gelijk de Hoge Raad overwoog in het Sprintplan-arrest (zie punt 10 hiervoor) is de bank tekortgeschoten in haar informatieverplichting jegens de donateurs.
130. Het beroep van de bank op het wijzigingsbeding in haar algemene voorwaarden, die haar (zonder voorbehoud) de bevoegdheid geven de opslag te wijzigen, kan haar niet baten, nu deze, gezien haar onredelijk bezwarendheid, dient te worden vernietigd. Het beding in de algemene voorwaarden verstoort het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen; de bank mag en kan niet naar eigen goeddunken de opslag op basis van haar eigen bedrijfseconomische motieven verhogen.
131. In redelijkheid had de aspirant geldlener de euribor-overeenkomst niet zo kunnen begrijpen dat de bank unilateraal, naast het wezen van de euribor (een transparante fluctuerende op termijn gunstige rente), de kern van de wederprestatie van het lenen van geld zou kunnen wijzigen en wel in die mate dat de opslag een veel grotere component van de rente zou vertegenwoordigen dan de euribor-rente zelf. Dit alles mede gelet op de kenbare aard en het doel van de overeenkomst (vgl. artikel 5:102 PECL). Daarbij mag en kan niet uit het oog worden verloren dat de ratio om een euribor-rente te contracteren nu juist gelegen was in de op termijn lagere en transparante rente (de kerneigenschap van dit product dat bij de klanten van de bank een gerechtvaardigd vertrouwen wekte) en dat deze ratio door de onderhavige verhoging van de opslag, buiten het individuele geval van wijziging van de verhouding EW / hoogte van de lening, geheel teniet wordt gedaan.

132. Het wijzigingsbeding is vernietigbaar en dit beding is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de PECL kunnen daarbij gelden als in Nederland geldende rechtsovertuigingen, die een nadere inhoud geven aan de redelijkheid en billijkheid, zoals bedoeld in artikel 6:12 BW.
133. Een beroep op het wijzigingsbeding van de opslag staat de bank bovendien niet vrij gelet op het feit dat zij partij is bij de gedragscode betreffende voorlichtingen in de precontractuele fase inzake woningkrediet. Nu het wijzigen van de opslag niet is opgenomen in de offerte en de maximale toegestane verlaging of verhoging van de opslag evenmin deel uitmaakt van de algemene voorwaarden, waarin deze wijzigingsbevoegdheid in enkele gevallen met één enkele zin kenbaar wordt gemaakt, maakt de bank misbruik van haar bevoegdheid om zich op het beding te beroepen en staat dit beroep haar niet vrij, althans is het beding vernietigbaar volgens de algemene voorwaarden-regeling.

#### TRANSPONERING FEITELIJKE CASUS OP HET RECHT/SUBSIDIAIRE ONDERDEEL VAN DE PROCEDURE:

134. Als de vraag, of de opslag contractueel kan en mag worden aangepast en of de gewraakte verhoging van de opslag rechtens niet aantastbaar is, bevestigend wordt beantwoord door uw rechtbank, dan komt de vraag aan de orde of de onderhavige verhogingen van de opslag met 0,5% (2009) en 1,0% (2012) tot in totaal 2,0% (zijnde een totale verhoging van 400% ten opzichte van de oorspronkelijke opslag) haar rechtvaardiging vindt in objectieve ijkpunten en objectieve argumentatie. Daarop aansluitend is de vraag in welke mate de opslag aanpasbaar is en welke kostenposten van de bank daarin dan kunnen worden opgenomen. Anders gezegd, volgens welke parameters kan een wijziging van de opslag worden gerechtvaardigd. Vaststaat dat er in dat kader contractueel niets is bepaald. Het enige wat is vastgelegd is dat de bank de opslag mag wijzigen. Er is dus sprake van een lacune in de overeenkomst, die uw rechtbank behoort aan te vullen op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een willekeurige wijziging van de opslag door de bank, zoals de bank voorstaat, is natuurlijk een monstrum. Alvorens hier verder op in te gaan, eerst een uitstapje naar de werkelijkheid.

#### MOTIEF VAN DE BANK TOT VERHOOGING VAN DE OPSLAG/PRETENSE STIJGING VAN DE BEDRIJFSKOSTEN:

135. De bank heeft de verhoging van de opslag trachten te rechtvaardigen met een beroep op de stelling dat de bedrijfskosten begin dit jaar, althans sedert de bankencrisis zijn gestegen. Dit staat te lezen in een persbericht d.d. 1 mei 2012 (**productie 48**). Uit productie 3 hiervoor, de FD d.d. 27 april 2012 volgt: *beide banken (lees: ABN Amro en ING) voelen zich gedwongen de opslagen te verhogen omdat de bedrijfskosten voor de banken de afgelopen jaren fors zijn gestegen*. Uit productie 3 hiervoor, FD d.d. 5 mei 2012 blijkt: *we mogen hypotheken maar ten dele met spaargeld bekostigen en moeten deels ook financieren met geld van de kapitaalmarkt. Door de onrust op de financiële markten is het voor banken duurder geworden om geld van andere financiële instellingen te lenen. Ze vertrouwen elkaar minder dan voor de crisis en vragen hogere risico-opslagen. Door al deze factoren zijn de euriborhypotheken verliesgevend en we verwachten niet dat de kosten hiervoor spoedig dalen*. Uit productie 3 hiervoor, NRC d.d. 22 mei 2012 volgt: *via die opslag rekenen banken de kosten door die ze maken om zelf te lenen*. Uit productie 3 FD d.d. 27

juli 2012 blijkt: *de bank verhoogt naar eigen zeggen de opslag op de variabele hypotheekrente omdat het voor de bank vanwege marktomstandigheden moeilijker en duurder is om geld uit de markt te halen.* In de standaard aankondigingsbrief d.d. 24 april 2012 van de hand van de bank (**productie 49**), die alle euribor-klienten hebben ontvangen, heet het: *het is voor ons al langere tijd duurder om geld te lenen / onze kosten zijn hierdoor al langere tijd hoger dan de opslag die u betaalt.* In de standaard weerleggingsbrief (als voorbeeld de brief d.d. 19 juni 2012 / **productie 50**), die euribor-klienten kregen, nadat zij hadden geprotesteerd tegen de verhoging van de opslag, wordt gewag gemaakt van: *voor het geld dat wij lenen betalen wij een rentetarief dat op dit moment veel hoger ligt dan het euribor-rentetarief; dit komt door ontwikkelingen in de economie. Onze inkoopprijs is dus hoger dan het euribor-rentetarief.*

136. Is het verhaal van de banken in overeenstemming met de werkelijkheid en rechtvaardigt dit betoog de stelling van de bank om de opslag te verhogen?
137. Uit de eigen jaar- en kwartaalcijfers volgt en daaruit is eenvoudig te destilleren dat de operationele kosten van de bank, alleen al in Q2 (2<sup>de</sup> kwartaal) 2012, met 14% gedaald zijn (door onder andere succesvolle personeelsaanwerving). Stop de banken verwijst naar de internetsite (<http://www.abnamro.com/en/investor-relations/financial-disclosures/index.html>), aangezien de betreffende rapportage te omvangrijk is om als productie aan de dagvaarding te hechten.
138. Is de inkoopprijs van het geld, die de bank op de geld- en kapitaalmarkt betaalt, gestegen? Het aantrekken van geldmiddelen wordt de zgn. funding genoemd en wordt verzorgd door de afdeling ALM (Asset Liability Management) van de bank. De gemiddelde prijs van de funding leidt tot de intern gehanteerde ‘tranchingprice’; eenvoudig gesteld ‘de inkoopprijs van geld voor de bank’.
139. Welke instrumenten heeft de bank tot haar beschikking om op de geld- en kapitaalmarkt geld aan te trekken? Daarbij wordt primair opgemerkt dat ondernemerskeuzen en goed ondernemerschap bepalend zijn om de voordeligste prijs op de geld- en kapitaalmarkt te krijgen. De belangrijkste instrumenten betreffen:
- Spaargeld: een beperkt gedeelte van de funding bestaat uit spaargeld. De Nederlandse markt kent een beperkt aanbod van spaargeld, aangezien Nederlanders veel via pensioenfondsen sparen voor de toekomst. De totale financieringsbehoefte van de bank, minus het aangetrokken spaargeld, dient aan de geld- en kapitaalmarkt (respectievelijk kort en lang geld) onttrokken te worden en wordt de ‘funding gap’ genoemd. De bank heeft verscheidene instrumenten tot haar beschikking om deze funding gap aan te vullen. Stop de banken zal hierna deze instrumenten, die de bank bezigt, benoemen.
  - Securitatie: dit instrument betreft het aantrekken van geld met verpanding van de onderpanden (hypotheeklen), die de bank zelf heeft verkregen van haar kredietnemers. Samen met de CB's (zie hierna) is dit de goedkoopste vorm om geld te onttrekken aan de markt. Dit instrument vergt de inzet van schaarse en dure specialisten. Kleine banken besteden deze vorm van geldverzamelen uit aan gespecialiseerde banken of bureau's. De bank heeft zich hier in de periode 2011- 2012 extreem vergalopperd door reorganisatieproblemen op de ALM-afdeling. Door het optreden van de heer Jeroen Dijkstra, thans hoofd ALM van de bank, moesten de specialisten op het terrein

van securitisatie het veld ruimen, zonder dat er gespecialiseerde opvolging kon worden verkregen.

- Covered Bonds ofwel CB's: ook wel gedekte obligaties. Onderpand is het eigen vermogen van de bank zelf. Obligatiehouders hebben als voordeel dat zij preferent schuldeiser zijn van de bank. Onder huidige marktomstandigheden is het met dit instrument eenvoudig om op goedkope wijze geld op te halen in de markt. Ook hier geldt dat de bank moet beschikken over gespecialiseerd ALM-personeel. De laatste emissie CB's in 2012 had een prijs van 0,52% boven euribor (+/- 0,125%). Dit is dus een tranching price van 0,64%. Dus geen enkele aanleiding of noodzaak om de opslag te verhogen. Let op: een staatsbank, als de ABN Amro, zou met CB's nu nog veel scherper geld moeten kunnen aantrekken op de markt. Dit is reeds door Arnoud Boot hoogleraar ondernemingsfinanciering en financiële markten in Amsterdam en Harald Benink hoogleraar Banking and Finance te Tilburg bevestigd in het artikel uit de NRC d.d. 18 september 2012 en aan te hechten als **productie 51**. Duitse banken financieren wel tot 80% van hun gehele behoefte op deze (goedkope wijze).
- Senior Unsecured: Ongedekte obligaties. Geld wordt zonder enige vorm van onderpand verstrekt aan de bank. Let wel: deze wijze van funding is de eenvoudigste, maar wel de duurste. Deze financieringswijze geeft de bank 'flexibiliteit tegen een prijs' en wordt normaal gesproken zo laag mogelijk gehouden. Het laat zich raden waarom: omdat deze vorm van funding veel te duur is. Maar wat is sinds enige tijd de grote paradox?: juist deze vorm is bij de ABN-AMRO van 33% in 2010 gestegen naar 75% in 2012! De tabel hieronder spreekt boekdelen. Ter staving van de cijfers in de tabel, in het bijzonder voor wat betreft de covered bonds verwijst Stop de banken naar de specificatie "Dolphin Master Issuer Outstanding Notes" over de periode 2010 / 2012 (**productie 52**).

<b>ABN-AMRO:</b>				
<b>'Composition of Wholesale funding further improved'</b>				
<b>Bron: Q1, Q2 berichten 2012 en jaarcijfers 2010-2011</b>				
	2010	2011	2012	Interne Pricing (opgave bank-medewerker)
<b>Securisaties</b>	46%	7%	10%	0,6 - 1,5%
<b>Covered Bonds</b>	21%	35%	15%	0,55 - 1,2 %
<b>Senior Unsecured</b>	<b>33%</b>	<b>48%</b>	<b>75%</b>	<b>2 - 2,5%</b>

- Euribor: is onderdeel van 'Senior unsecured'. De handel tegen euribor-tarieven is tot onder de 25% van de reguliere handel gedaald (het volume in euribor van voor de bankencrisis). Reden: banken vertrouwen elkaar onderling niet meer. En dat laatste wordt op zijn beurt weer veroorzaakt door de omstandigheid dat verscheidene banken de afschrijvingen op zuidelijke staatobligaties, het onroerend goed en de subprimes nog niet op hun balansen tot uitdrukking hebben gebracht. Toen de euribor nog hoog stond (voor de bankencrisis) en banken dus graag euribor-hypotheken verstrekten, werden er grote winstmarges door de banken gerealiseerd. Dat heeft echter nooit tot een daling van de opslag geleid. Niet onvermeld mag

blijven de factor: euribor-rigging. Over deze manipulatie van de Libor en euribor heeft prof. Schinkel een column geschreven in het vakblad M&M september 2012; deze column wordt als **productie 53** in het geding gebracht. Angst voor aansprakelijkstellingen van betrokken bancaire instellingen wegens het gesjoemel met deze tarieven zal reden kunnen zijn dat partijen zich terugtrekken uit deze handel.

140. Ofschoon de bank in de zgn. conference call-1<sup>e</sup> kwartaalcijfers 2012 stelt dat de impact van de hogere financieringslasten te verwaarlozen is (antwoord van Jan van Rutte op vraag van een journalist over het oplopen van het aandeel senior unsecured in de fundingsmix), laten de cijfers dus een diametraal ander beeld zien. Er vindt over de jaren 2010-2012 bij de bank dus een verschuiving plaats van 1/4 naar 3/4 unsecured. Wat is daarvoor de verklaring? De bank 'stapelt het onderpand op dit moment op', dus laat het onbenut (dat is volgens enkele ALM-specialisten een dure ondernemersfout). Simpel gezegd, de inkoopprijs van geld gaat er door omhoog. Zoals al gezegd, unsecured lenen is zeer duur. Ook niet toevallig: in de loop van deze verschuiving, wordt de in het geding zijnde verhoging van de opslag van euribor-hypotheek aangekondigd (sic!).
141. Andere partijen als Aegon, Rabobank, Nationale Nederlanden (maar ook RBS / Barclays Lloyd's, die samen goed zijn voor 10 miljard aan securitisaties in 2012) hebben ook recent nog onder de huidige marktomstandigheden gedemonstreerd en bewezen dat het ook anders (en dus goedkoper) kan. Zelfs SNS heeft recent 1 miljard Euro relatief goedkoop kunnen aantrekken door middel van CB's. Een en ander wordt geschraagd door een persbericht van het FD d.d. 27 augustus 2012 dat als **productie 54** wordt aangehecht. Om dit te kunnen bewerkstelligen moet je wel het juiste personeel in huis hebben en een goed doordacht fundingsplan op de juiste wijze implementeren (bij de bank is er volgens een bron, die niet geïdentificeerd wilde worden, al geruime tijd, gezien de eerder genoemde reorganisatie-perikelen onder Jeroen Dijst, überhaupt geen sprake geweest van een actueel fundingsplan). Er zijn thans vele vacatures binnen de ALM afdeling van ABN (waaronder een Senior ALM Analyst). Zie op google met zoekterm vacature ABN AMRO Asset Liability Management. Dit is opmerkelijk gezien het surplus aan ALM personeel in 2010. De conclusie is dan ook tweeledig: i) er is geen sprake van veranderde marktomstandigheden, maar het ondernemersrisico van het niet voorhanden hebben van goede bankiers en ii) het kennelijk opzettelijk aantrekken van dure funding in de markt. Voor de bank maakt dit niet uit, want door het ontbreken van voldoende concurrentie op de Nederlandse hypotheekmarkt kunnen de hogere inkoopkosten toch wel aan de klanten worden doorberekend. In het geval van de euribor-hypotheek – zo redeneert de bank – vangen we de klanten wel met de wijzigingsclausule. Vergeet daarbij niet: de rente staat historisch extreem laag en de fiscus betaalt de helft wel mee. De bank vertrouwd er blijkbaar op dat onder die omstandigheden de klant een wijziging van de opslag wel zou aanvaarden.
142. Waarom deze opzet om in plaats van goedkoop geld, dat in de markt beschikbaar is, zoals hiervoor aangetoond, dure middelen aan te trekken? De bank stapelt – zoals gezegd – nu het onderpand op. Anders gezegd, zij laat het onderpand ongebruikt ten koste van een hogere (interne) trancing price. In conference call Q2 in 2012 – openbare informatie – stelt Jan van Rutte, CFO van de bank, dat dit bewuste strategie is (dus: opzet). Dit volgt ook uit het artikel uit de Telegraaf d.d. 25 augustus 2012 dat als **productie 55** aan de dagvaarding wordt gehecht. De bewuste passage in dit artikel leest:

*ABN Amro heeft zijn 'funding' voor het hele jaar al rond, maar opvallend is dat 74% van het aangetrokken geld 'unsecured bonds' zijn, dus een duurdere vorm van geld aantrekken dan met covered (gedekte) bonds. Volgens financieel directeur Jan van Rutte is dit bewust beleid. „Als je te veel gedekte bonds uitgeeft, daalt het vertrouwen van de markt, we kunnen ons nu ruim bewegen op de geldmarkt en er is altijd nog ruimte om covered bonds uit te geven.”* Daarmee geeft de bank bij monde van haar CFO toe dat i) ondernemingskosten ten grondslag hebben gelegen aan de hogere fundingskosten en dat ii) het een doelbewuste en weloverwogen keuze is geweest dit zo te doen. Dus de bank stapelt het onderpand op om – en dat zegt de bank dan maar liever niet – de bank aantrekkelijker te maken voor verkoop. Want dat laatste is feit van algemene bekendheid (de verkoop door de staat van de bank). Het creëert immers een verhoogde aandeelhouderswaarde en een verborgen asset om aantrekkelijk te zijn in de markt. De prijs van deze strategie van de bank legt zij vervolgens neer bij haar cliëntèle, in het bijzonder bij de donateurs. Dus de donateurs betalen dan de prijs voor de i) fouten van de bank (het niet kunnen ophalen van goedkoop geld) en voor de ii) de strategie van de bank (het bewust kopen van unsecured loans om zo geen eigen vermogen te hoeven verpanden). Dus de donateurs betalen voor een door bank gewenste goede beursgang. Dat komt de Staat als 100% aandeelhouder van de bank natuurlijk goed uit, maar dit gelag (zelf gecreëerde kosten in de opslag verwerken) mag niet over de ruggen van de klanten van de bank. Is dit staatsbelang wellicht de reden waarom er (door de toezichthouders) niet wordt ingegrepen tegen het gedrag van de bank? Vergeet bij dit alles niet dat fouten gemaakt door de bank hebben geleid tot forse afschrijvingen (verliezen door foute investeringen). Als laatste komt daarbij nog het volgende: bij het wegvallen van de Staat als aandeelhouder van de bank dient het opgestapelde onderpand de weggevallen Staat, die oneindig solvabel wordt geacht, te compenseren. Op die wijze is dan gegarandeerd dat de bank scherp kan handelen op de geld- en kapitaalmarkt. In de woorden van Jan Rutte heet dat: *ruim te bewegen op de geldmarkten*. De rekening voor deze bedrijfseconomische beslissing wenst de bank vervolgens aan de klanten, waaronder de donateurs, te presenteren.

143. De bank is over de redenen, de noodzaak en het motief van de verhoging van de opslag jegens haar klanten volstrekt onhelder geweest. Stop de banken verwijst nog maar eens naar productie 3 hiervoor, de NRC d.d. 22 mei 2012, waar het AFM laat optekenen: *banken hebben beloofd het belang van hun klanten centraal te stellen. Zelfs al staat de opslagverhoging in het contract, de vraag is hier of ze transparant genoeg zijn geweest*. Neen dus! De bank stelt, zonder enige verdere verduidelijking, dat de “kosten op de kapitaalmarkt voor het aantrekken van geld zijn gestegen”. Uit het hiervoor geschrevene volgt dat dit een drogreden is. Eigenlijk is dat eufemistisch gezegd: de facto betreft het een opzettelijk foute mededeling, terwijl de bank weet dat ze de rekening van haar ondernemersfout bij de donateurs neerlegt. Let wel: de bank, als 100%-staateigendom, kan als geen ander goedkoop fondsen aantrekken. Er is dus geen enkele noodzaak om zo buitenproportioneel “senior Unsecured” te funden. De reden dat de bank naar de kapitaalmarkt verwijst is gelegen in de omstandigheid dat zij aldus nog hogere winsten kan genereren. Het is niet voor niets dat van regeringswege maatregelen in het vat zitten om de banken hier bij de hand te nemen: wees transparant jegens je klanten. Hiervoor is gewezen op het witboek “aanpak financiële sector” (zie productie 45 hiervoor) en het Wijzigingsbesluit Financiële Markten (productie 5 hiervoor).



144. In dat kader is het tekenend dat Vereniging Eigen Huis in samenwerking met de Universiteit van Amsterdam onderzochten dat – in zijn algemeenheid – Nederlandse banken hun klanten een kwart meer hypotheekrente berekenen dan nodig is. Als **productie 56** wordt een print out van de site van deze vereniging d.d. 14 september 2012 aan de dagvaarding gehecht, waarin een en ander bevestigd wordt.
145. Het programma Zembla (uitgezonden op 14 september 2012) stond geheel in het teken van de te hoge hypotheekrenten in Nederland, waaronder de euribor-hypotheekrenten. Een synopsis van dit programma wordt als **productie 57** aan de dagvaarding gehecht. Steekwoorden uit deze schets zijn: i) volgens hoogleraar Schinkel van de UvA wordt de hoge hypotheekrente in Nederland veroorzaakt door een gebrek aan concurrentie en betalen de klanten van de bank honderden tot duizenden euro per jaar teveel, ii) wilden noch het Ministerie van Financiën, noch de banken reageren in het kader van hoor en wederhoor, iii) banken geven geen volledige openheid over de specifieke kosten en renteopbouw van hun hypotheekproducten, iiiii) bij variabele hypotheekrenten maken de banken – naar schatting, aangezien de banken niet open zijn – een rendement van 28% op het eigen vermogen en iiiiii) bij de bank vond in de periode 2005 / 2012 een verdubbeling van de winstmarge plaats bij de rentevast hypotheekrenten.
146. Als **productie 58** wordt het transcript van het interview dat de heer John Smeets van de bank (directeur producten particulieren) gaf aan de interviewer van Tros Radar (uitgezonden op 17 september 2012 om 20:00 uur) in het geding gebracht. Enige opvallende uitspraken passeren de revue. Smeets: *de klant heeft maar één risico, de klant kiest voor een variabele rente dus dat hij schommelt met de bewegingen op de markt en die bewegingen op de markt geven we op deze manier weer.* Interviewer: *als het euribor-tarief heel laag is verhoogt u toch de opslag. Dus het risico dat u als bedrijf loopt dat uw geld duurder wordt daarvoor laat u de klant betalen.* Smeets: *in de opslag zitten een aantal kosten. Een aantal van de kosten die in de opslag zitten en dat staat ook uitgeschreven in de productvoorwaarden, in de offertes of de algemene voorwaarden.* Interviewer: *en u begrijpt dat als er in een offerte staat vaste opslag en je krijgt 3 jaar later een brief waarin staat geen vaste opslag dat dat dan niet duidelijk is?* Smeets: *dat is correct maar 2 pagina's verder in die offerte staat precies uitgelegd wat vaste opslag betekent.* Interviewer: *in de algemene voorwaarden staat dat de bank behoudt het recht voor de opslag te wijzigen. Dat is alles. Er is geen kader aangegeven.* Smeets: *sorry, dat weet ik niet.* Interviewer: *en waar kunnen uw klanten op rekenen? Blijft die opslag omhoog vliegen?* Smeets: *daar hebben we op dit moment .....dat weet ik niet. Er zijn in ieder geval geen nieuwe plannen (sic!).*
147. Dezelfde prof. Schinkel van de UvA is door Vereniging Eigen Huis ingeschakeld om de zgn. Eigen Huis Rentebaremeter te ontwikkelen. Een korte schets van de methodiek van prof. Schinkel wordt als **productie 59** in het geding gebracht. Aanleiding voor dit onderzoek was de in mei 2011 gepresenteerde Sectorstudie Hypotheekrenten van de hand van de NMa. Gebleken is namelijk dat Nederlandse banken na de kredietcrisis historisch hoge marges in hun hypotheekrenten berekenden. Opmerkelijk: vaststaat dat na een kortstondige daling gedurende het NMa-onderzoek de marge direct na mei 2011 (nadat het NMa-onderzoek was afgerond) weer sterk steeg. Het onderzoek zelf – Nma's Hypotheektarief-calculatiemethode – van prof. Schinkel wordt als **productie 60** in het geding gebracht. Hij begint met de samenvatting: *dat wil zeggen, in de gemiddelde hypotheekrente van 4,56% zit een prijsopslag van bijna 15%. De extramarge op de variabele hypotheekrente na mei 2009 is permanent positief en gemiddeld 0.57 procentpunt, een prijsopslag van bijna 20%.* Verder

wordt opgemerkt dat de grafieken in het rapport een schokkend beeld tonen van inhaligheid, afwenteling van ondernemersrisico en verwaarlozing van klantenbelang door de Nederlandse banken. Niet te vergeten: de grafieken laten pijnlijk zien dat sedert het uitbreken van de bankencrisis Nederlandse banken in het algemeen (en we zagen reeds de ABN Amro in het bijzonder) hun marges op de variabele hypotheek fors hebben vergroot hetgeen resulteert (zoals Schinkel dat noemt) in overwinsten. De paradox: hogere winstmarges door de door de banken zelf veroorzaakte bankencrisis.

148. Euribor-rente is een apart rentesysteem, gebaseerd op een rentetarief dat voortspuit uit een gemiddelde van de door de betrokken banken zelf opgegeven tarieven. Vaststaat dat deze euribor-rente historisch laag staat. In punt 20 hiervoor werd al tot uitdrukking gebracht dat deze rente op dit moment beweegt rond de 0,111%. Dat betekent dus ook dat er met een verhoging van de opslag met 1% (en dat is dus stijging van 400% ten opzichte van de oorspronkelijke opslag) een wanverhouding ontstaat tussen het rentetarief en de opslag. De opslag is dus vele malen hoger dan het rentetarief. Dat kan natuurlijk nooit de bedoeling zijn geweest van deze euribor-leningen c.q. van het wijzigingsbeding.
149. Wat is processueel aan de orde? Subsidiair (dus als uw rechtbank zou oordelen dat de bank bevoegd is de opslag te verhogen) te oordelen dat, gezien mede het gestelde in de punten 135 t/m 147 hiervoor, voor verhoging van de opslag geen aanleiding bestaat en dat de doorgevoerde verhoging van de opslag enkel bedoeld is om de winstmarges van de bank op te krikken. Deze vordering is vertolkt in de petita XXI en XXII hierna. Mocht uw rechtbank niet aanstonds tot een dergelijk oordeel komen, dan wordt uw rechtbank verzocht om een deskundigenbericht te gelasten naar het werkelijkheidsgehalte van de door Stop de banken geponeerde stellingen dat de donateurs de prijs betalen voor de i) fouten van de bank (het niet kunnen ophalen van goedkoop geld) en voor de ii) de strategie van de bank (het bewust kopen van unsecured loans om zo geen eigen vermogen te hoeven verpanden). Worden deze stellingen van Stop de banken door de deskundige(n) bevestigd, dan is er uiteraard geen enkele reden om de opslag te verhogen en geen enkele reden om deze last bij de cliënten van de bank neer te leggen. De eerste vordering van Stop de banken voor wat betreft deze subsidiaire grondslag is dat het de bank wordt bevolen om de verhoging van de opslag ongedaan te maken c.q. voor recht te verklaren dat de opslag, zoals door de bank doorgevoerd, grondslag ontbeert en met sequeel om de bank te veroordelen om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (de donateurs) te restitueren.
150. Mocht deze vordering niet voor toewijzing in aanmerking komen, dan wordt uw rechtbank verzocht – al dan niet op basis van een uit te brengen deskundigenbericht – om als meest subsidiaire grondslag een maatstaf te geven, die inhoudt welke kostenposten wel en niet in de opslag kunnen doorwerken en om vervolgens de hoogte van de opslag te bepalen. Uw rechtbank zou in dat kader aansluiting kunnen zoeken bij artikel 59b, eerste lid Wijzigingsbesluit financiële markten, zoals hiervoor onder punt 81 uitgewerkt. Dit artikel bepaalt dat een aanbieder voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst inzake een hypothecair krediet met een variabele debetrentevoet aan de consument tenminste informatie verstrekt over de componenten waaruit de variabele debetrentevoet is opgebouwd. De componenten zijn alle factoren waarmee rekening wordt gehouden bij de opbouw van de variabele debetrentevoet. De variabele debetrentevoet is veelal

opgebouwd uit een basistarief (bijvoorbeeld Euribor, Libor of een zelfstandig ontwikkelde grondslag) vermeerderd met een opslag. In dit geval is gebleken dat de opslag individueel werd bepaald en was gekoppeld aan de ratio EW / hoogte van de lening. Op grond van artikel 59b kan de bank niet volstaan met het aangeven van algemene kostenposten zoals een basistarief, winst en overige kosten. De bank dient de componenten te specificeren, die worden meegenomen als er sprake is van een algemene opslag op het basistarief (in dit geval dus niet). De te noemen componenten dienen te corresponderen met hun bedrijfseconomische oorsprong. Als voorbeelden worden in de toelichting op deze wettelijke bepaling genoemd: een component in verband met de beschikbaarheid van middelen voor de aanbieder (bewegingen op de kapitaalmarkt of geldmarkt), een component in verband met het risico voor de aanbieder op wanbetaling en vervroegde aflossing en een component in verband met dienstverleningskosten die de financiële dienstverlener maakt zoals bijvoorbeeld administratie- en beheerkosten.

#### DE EPILOOG:

151. Stop de banken zet primair in op de nakoming van de euribor-contracten, waarvan de inhoud – naar de donateurs gerechtvaardigd hebben mogen vertrouwen – was een fluctuerende rente met een opslag die individueel werd bepaald (letterlijk: een persoonlijke opslag). Ofwel de gewone opslag (bij hypotheek afgedekt met een NHG), ofwel een standaard opslag, ofwel voor tophypotheek een toptoeslag. Er werd dus een individuele koppeling gemaakt met de verhouding tussen de EW (executiewaarde) en de hoogte van de lening (hypotheekbedrag). De bank heeft dus bedoeld – en zo hebben de donateurs dat ook gerechtvaardigd mogen verwachten – een individuele opslag te creëren toegesneden op het betreffende individu en zijn omstandigheden (dus: op basis van dit individuele risico). Deze omstandigheid laat natuurlijk contractueel geen ruimte voor de handelwijze van de bank om deze opslag – als dat uitkomt – te gebruiken als generiek middel om vermeend verhoogde bedrijfskosten af te wentelen op de donateurs. Mocht deze grondslag niet deugdelijk zijn, dan heeft te gelden dat de bank door de opslag te wijzigen, zoals in dit geding aan de orde, tekort is geschoten in haar zorgverplichting jegens de donateurs (en dus onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de donateurs). Op deze basis is er ruimte om de bank te veroordelen tot schadevergoeding in natura daarin bestaande dat de overeenkomsten zodanig worden aangepast dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten (voor de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009) 0,5% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde) en te weten (voor de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009) 1,0% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) 1,3% (van 75% tot 100% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde). Mocht ook deze grondslag niet toepasbaar zijn, dan behoort er een prominente plaats te worden ingeruimd voor het argument van Stop de banken dat het wijzigingsbeding onredelijk bezwarend is en dus vernietigbaar. Stop de banken wil dan afsluitend wijzen op de fraaie woorden van Charlotte Pavillon, die in haar proefschrift d.d. 13 oktober 2011 (Open normen in het Europees consumentenrecht / de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief / Recht en Praktijk, contractenrecht, CR4) in de paragrafen 3.5.4 en 3.5.5 schreef (en waaraan uw

rechtbank wellicht handvatten kan ontlenu): “(122) Eerder werd duidelijk dat de onredelijk bezwarendheid kan worden vastgesteld door een vergelijking met het wettelijk kader of door een weging van rechten, plichten en/of belangen. De onredelijk bezwarendheid van een beding wordt naar Nederlands recht ook vastgesteld door middel van de uitleg van de overeenkomst. Een onredelijk bezwarend beding is een beding dat een inbreuk vormt op de redelijke verwachting van de consument. Deze benadering van de toets uit art. 6:233 onder a komt terug in de formulering van sommige lijstbedingen. Een overweging bij art. 6:236 onder a was de vraag “wat de wederpartij op grond van de overeenkomst mag verwachten aan rechten te krijgen”. Een beding dat de rechten van de consument inperkt heeft doorgaans een verrassend karakter. De verrassendheid van een beding kan echter ook zijn gelegen in de ongebruikelijkheid ervan. Deze op de uitleg van het contract gebaseerde toetsingswijze is geïnspireerd door de oude aanpak van verrassende bedingen aan de hand van de wilsvertrouwensleer. Deze wijze van vaststelling van de onredelijk bezwarendheid is opmerkelijk omdat art. 6:233 onder a de inhoud van het beding vooropstelt en een verrassend beding in potentie niet bezwarend naar zijn inhoud hoeft te zijn – te denken valt aan een op zichzelf evenwichtige opzegtermijn, die de toetsing aan het wettelijk kader doorstaat en de balans tussen rechten, plichten en belangen niet verstoort, maar waarop de consument niet tijdig is geweest. Van deze zuivere verrassendheid is eigenlijk bijna nooit sprake. (123) De onredelijk bezwarendheid kan worden bepaald door na te gaan wat de consument redelijkerwijs had mogen verwachten ten aanzien van het door hem gesloten contract. De vraag rijst hoe de verwachtingentoets wordt ingevuld. Onder meer de wet, de gewoonte (ofwel de gebruikelijkheid van een beding), de inhoud en de aard van de overeenkomst, de omstandigheden rond de totstandkoming en sluiting hiervan en de persoonlijke kenmerken van partijen, zoals de deskundigheid van de consument, kunnen een rol spelen. De onredelijk bezwarendheid van een beding hangt af van de vraag of de consument hierop bedacht had moeten zijn. Op de formulering van deze vraag bestaan diverse varianten. Zij voeren allemaal terug op de vraag of de redelijke verwachtingen van de consument zijn geschonden. (124) De Nederlandse onredelijk bezwarendheidstoets bestaat, wanneer een beding niet voorkomt op een lijst, uit een beoordeling van het nadelige beding in relatie tot zijn context. De rechter brengt heel soms een onderscheid aan tussen de abstracte vaststelling van het nadeel (bezwarendheidstoets) en de omstandighedentoets (onredelijkheidstoets). In de meeste toetsingen aan de open norm is van een dergelijke tweedeling geen sprake. De onredelijk bezwarendheidstoets komt vaak neer op een afweging van de belangen van partijen of de vaststelling van de redelijke verwachtingen in het licht van de omstandigheden van het geval. In de praktijk worden de verschillende in deze paragraaf onderscheiden methoden regelmatig gecombineerd.” Deze thematiek dekt behoorlijk de lading van de door Stop de banken aangesneden problematiek. Het komt er dus op aan dat de vraag, of de redelijke verwachtingen van de donateurs zijn geschonden, bevestigend moet worden beantwoord. Dexit Stop de banken.

#### DE SCHADE:

152. Het behoeft geen betoog dat in alle scenario`s (ook in het geval als geoordeeld zou worden dat de bank bevoegd is de opslag te verhogen) de donateurs door de tekortkomingen, de onrechtmatige daad daaronder begrepen, van de bank schade lijden in de vorm van het maandelijks teveel betalen van en aan opslagen. Simplistisch gesproken

kan de schade aldus worden weergegeven. Uit een eigen enquête, gehouden door Stop de banken, is het volgende gebleken. De gemiddelde hoogte (een gewogen gemiddelde, waarbij de extremen zijn geëcarteerd) van de euribor-hypothek belooft € 304.000,00. Per gedupeerde brengt dit een bedrag van jaarlijks € 3.040,00 aan extra kosten mee, veroorzaakt door de verhoogde opslag. Er zijn 6.000 euribor-geduceerden. De gemiddelde nog lopende duur van deze euribor-hypotheken bedraagt 25 jaren. Dat betekent dus een gezamenlijke schade van  $25 \times 6.000,00 \times 3.040,00 = 456.000.000,00$  euro (zegge: vierhonderdzesenvijftig miljoen euro). Voor 2009 is deze schade te becijferen op een bedrag van € 68.400.000,00 (resterende looptijd  $25 \times$  aantal hypoteken  $1.800 \times$  het bedrag van de opslag € 1.520,00) en dit bedrag is zonder samengestelde interest. Stop de banken wil voor haar donateurs redres van deze schanddaad. De aard van deze procedure verzet zich weliswaar tegen het vorderen van schadevergoeding, maar volgens de MvT blz. 30 is het wel mogelijk schadevergoeding in natura te vorderen en dat laatste vertaalt zich in een aanpassing van de overeenkomst.

#### DE VERWEREN EN DE WEERLEGGING:

153. Uit het geheel van deze dagvaarding volgt wel dat de bank meent dat zij op contractuele gronden de opslag op de euribor-arrangementen kan en mag verhogen en dat deze verhoging in overeenstemming is met de werkelijke door de bank gemaakte meerkosten tengevolge van de onderscheiden crises. Stop de banken heeft hiertegen gefulmineerd en heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

#### BEWIJSAANBOD:

154. Voor zover op Stop de banken, naast hetgeen zij door middel van genoemde en overgelegde producties reeds aannemelijk heeft gemaakt, aanvullende bewijslast drukt omtrent hetgeen zij heeft gesteld, zal zij aanvullend bewijs wensen te leveren door middel van het bewijsmiddel getuigenbewijs. In dat kader geldt dat de personen genoemd in de eerder geduide verklaringen het eventueel door uw rechtbank te formuleren probandum kunnen completeren door het horen van hen als getuigen. In dat kader en voor zover uw rechtbank toekomt aan het subsidiaire gedeelte van deze procedure, wordt voorgesteld om een of meer deskundigen te benoemen ter beantwoording van de vraag of het rechtmatig en gerechtvaardigd is dat de bank op basis van de huidige marktomstandigheden de opslag mag en kan verhogen met 0,5% (2009) en met 1% (2012) naar 2% (een verhoging van 400% ten opzichte van de oorspronkelijke hoogte van de NHG-opslag).
155. Tevens wordt uitdrukkelijk ten bewijze aangeboden de maximen van de zijde van Stop de banken dat voorafgaande aan het afsluiten van de euribor-offertes de donateurs door de bank en de ingeschakelde tussenpersonen is voorgehouden dat het rentepercentage van de euribor dagelijks fluctueerde en continu aan wijzigingen onderhevig was, terwijl over de opslag, anders dan dat deze individueel was bepaald en gerelateerd was aan de persoonlijke ratio EW / hoogte van de hypothecaire lening, uitdrukkelijk is gezwegen. In dat kader kunnen donateurs worden gehoord, maar ook professionals, die inmiddels de bank hebben verlaten en die van de hoed en de rand weten aangaande deze euribor-historie.

156. Stop de banken heeft gesproken met een oud bankmedewerker, die destijds euribor-hypotheken heeft verkocht voor de bank. Deze getuige kan niet met naam worden genoemd, aangezien hij zich dan zou blootstellen aan het verbeuren van boetes uit hoofde van een met de bank gesloten geheimhoudingscontract. Wel heeft hij zijn getuigenis aan het papier toevertrouwd en deze wordt als **productie 61** aan de dagvaarding gehecht. Het euribor-product werd verkocht als variabele rente met vaste opslag. Ware er sprake geweest van een variabele opslag – aldus nog steeds deze getuige – dan was deze hypotheek niet verkoopbaar geweest. Stop de banken biedt aan deze getuige onder ede te doen horen.

157. Een andere anonieme getuige en ex bankier van de bank geeft in zijn mail d.d. 8 november 2012 (**productie 62**) weer dat er bij de bank sprake is van selectief beleid bij het verhogen van de opslag. Deze verhogingen werden bij vermogende klanten – in tegenstelling tot bij de donateurs – niet doorgevoerd. Ook deze getuige is, na daartoe op wettige wijze te zijn bevolen, bereid om zijn wetenschap onder ede aan uw rechtbank over te brengen.

#### WENSELIJKHEID VAN EEN COMPARITIE VAN PARTIJEN:

158. Stop de banken wenst in dit stadium al te benadrukken dat het haar voorkomt dat een comparitie van partijen dient te worden gelast direct na antwoord zijdens de bank. Door het gelasten van een comparitie kan op drie fronten winst worden behaald. i) Mondelinge toelichtingen dienen de duidelijkheid ii) er wordt voorkomen dat er een tweede schriftelijke ronde volgt en iii) en de duur van de procedure wordt flink verkort.

#### DE VORDERINGEN EN M I T S D I E N:

159. Het uw rechtbank behage bij vonnis:

##### **Primair:**

- I. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009) De bank jegens de donateurs te veroordelen tot nakoming van het opslag- en wijzigingsbeding en wel in die zin dat voor recht wordt verklaard dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 0,5% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde), wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;
- II. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009) De bank jegens de donateurs te veroordelen tot nakoming van het opslag- en wijzigingsbeding en wel in die zin dat voor recht wordt verklaard dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 1,0% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde), 1,3% (van 75% tot 100% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde),

wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;

- III. Voor wat betreft de petita I en II te verklaren voor recht dat de donateurs de bedragen overeenstemmende met de oplegde verhogingen van de opslag onverschuldigd hebben betaald en met veroordeling van de bank om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klanten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

**subsidiar:**

- IV. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009) voor recht te verklaren dat het opslagbeding zo moet worden uitgelegd dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 0,5% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde), wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;
- V. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009) voor recht te verklaren dat het opslagbeding zo moet worden uitgelegd dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 1,0% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde), 1,3% (van 75% tot 100% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde), wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;
- VI. Voor wat betreft de petita IV en V te verklaren voor recht dat de donateurs de bedragen overeenstemmende met de oplegde verhogingen van de opslag onverschuldigd hebben betaald en met veroordeling van de bank om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klanten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

**meer subsidiar:**

- VII. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009) voor recht te verklaren dat de bank tekort is geschoten in haar zorgverplichting jegens de donateur (dus onrechtmatig jegens de donateurs heeft gehandeld) en de bank te veroordelen tot schadevergoeding in natura daarin bestaande dat de overeenkomsten zodanig worden aangepast dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 0,5% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde), wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;

- VIII. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009) voor recht te verklaren dat de bank tekort is geschoten in haar zorgverplichting jegens de donateur (dus onrechtmatig jegens de donateurs heeft gehandeld) en de bank te veroordelen tot schadevergoeding in natura daarin bestaande dat de overeenkomsten zodanig worden aangepast dat de opslag enkel en alleen in individuele gevallen kan worden gewijzigd volgens de in dat beding gegeven maatstaven, te weten 1,0% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde), 1,3% (van 75% tot 100% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde), wanneer de individuele verhouding tussen de EW en de hoogte van de onderhavige hypothecaire lening wijzigt;
- IX. Voor wat betreft de petita VII en VIII te verklaren voor recht dat de donateurs de bedragen overeenstemmende met de oplegde verhogingen van de opslag onverschuldigd hebben betaald en met veroordeling van de bank om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klienten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

**meer subsidiair:**

- X. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009) te verklaren voor recht dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank een beroep kan doen op het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding voor zover dat een verplichting inhoudt om meer te betalen dan 0,5% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde) als opslag boven de euribor-rente;
- XI. (dit petitum geldt voor de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009) te verklaren voor recht dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank een beroep kan doen op het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding voor zover dat een verplichting inhoudt om meer te betalen dan 1,0% voor NHG-hypotheken (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheken (tot 75% van de executiewaarde), 1,3% (van 75% tot 100% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheken (tot 125% van de executiewaarde) als opslag boven de euribor-rente;
- XII. Voor wat betreft de petita X en XI te verklaren voor recht dat de donateurs de bedragen overeenstemmende met de oplegde verhogingen van de opslag onverschuldigd hebben betaald en met veroordeling van de bank om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klienten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

**meer subsidiair:**



XIII. Het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding te vernietigen – oneerlijke bedingen, misleiding, oneerlijke handelspraktijken en schending Wft – althans dit beding ongedaan te maken als vorm van schadevergoeding (anders dan in geld);

**meer subsidiair:**

XIV. Het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding te vernietigen – onredelijk bezwarendheid van het opslagbeding – althans te verstaan dat dit beding is vernietigd, althans voor recht te verklaren dat dit beding nietig is;

**meer subsidiair:**

XV. Te verstaan, althans voor recht te verklaren – PECL, Unidroit, contra proferentem, Haviltex – dat de bank het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding niet geldend kan maken;

**meer subsidiair:**

XVI. Het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding te vernietigen – dwaling – althans de gevolgen van het wijzigingsbeding ter opheffing van het door de donateurs geleden en te lijden nadeel te wijzigen in die zin dat het geen onderdeel uitmaakt van het contract tussen partijen;

**meer subsidiair:**

XVII. Het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding te ontbinden – wanprestatie, onvoorzien omstandigheden en schending codes – althans dit ontbonden te verklaren;

**meer subsidiair:**

XVIII. Te verstaan, althans voor recht te verklaren – misbruik van bevoegdheid (willekeur) en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – dat de bank de bevoegdheid uit het wijzigingsbeding als onderdeel van het opslagbeding niet kan inroepen jegens de ongeveer 6000 euribor-klienten van de bank;

**meer subsidiair:**

XIX. Voor wat betreft de euribor-contracten afgesloten tot 1 februari 2009 de bank te verbieden de opslag te wijzigen, anders dan volgens de individuele maatstaven, te weten 0,5% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 0,7% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,0% voor tophypotheek tot 125% van de executiewaarde) en voor wat betreft de euribor-contracten afgesloten na 1 februari 2009 de bank te verbieden de opslag te wijzigen, anders dan volgens de individuele maatstaven, te weten 1,0% voor NHG-hypotheek (NHG = nationale hypotheek garantie), 1,2% voor standaard-hypotheek (tot 75% van de executiewaarde) en 1,5% voor tophypotheek (tot 125% van de executiewaarde);

XX. Voor wat betreft de petita XIII tot en met XIX te verklaren voor recht dat de donateurs de bedragen overeenstemmende met de oplegde verhogingen van de opslag onverschuldigd hebben betaald en met veroordeling van de bank om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klanten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

**meer subsidiair:**

XXI. De bank te bevelen om de verhoging van de opslag ongedaan te maken c.q. voor recht te verklaren dat de opslag, zoals door de bank doorgevoerd, contractuele grondslag ontbeert en met als sequeel om de bank te veroordelen om de reeds geïncasseerde bedragen (gerelateerd aan deze verhoogde opslag) aan de cliënten van de bank (euribor-klanten) te restitueren en deze restitutiebedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de momenten dat de gewraakte opslagverhogingen zijn betaald tot de dag der betalingen;

XXII. Te verstaan dat de door de bank opgevoerde kostenposten ter rechtvaardiging van het verhogen van de opslag naar objectieve maatstaven niet kunnen leiden tot deze verhoging;

**Meer subsidiair:**

XXIII. Het uw rechtbank behage – al dan niet op basis van een uit te brengen deskundigenbericht – om een maatstaf te geven, volgens welke kan worden bepaald welke kostenposten wel en welke niet in de opslag kunnen doorwerken en om vervolgens de hoogte van de opslag te bepalen, c.q. naar objectieve maatstaven vast te stellen welke kostenposten kunnen leiden tot verhoging van de onderhavige opslag en deze opslag vervolgens vast te stellen, alsmede naar objectieve maatstaven vast te stellen wanneer, hoeveel en onder welke voorwaarden de opslag moet worden verlaagd;

**Voor alle vorderingen:**

XXIV. De bank te veroordelen in de kosten van deze procedure aan de zijde van Stop de banken gevallen, het griffierecht en de andere verschotten daaronder begrepen;

XXV. Het vonnis, behoudens de gevraagde declaratoiren, uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, €

---

*Deze zaak wordt inhoudelijk behandeld door mrs. R.J. Seijssen en E.H. Hoeksma van Dijkse Leijssen Advocaten aan de Soeddenkampsingel 76 te Enschede (postbus 76, 7500 AB), telefoonnummer 053-433 54 66, faxnummer 053-433 10 01, e-mail: hoeksma@dijkseleijssen.nl*

---

dv.2012.10.30.model.hans.definitieve.versie.

bijlagen: producties 1 t/m 62.

PRODUCTIELIJST: