

Gerechtshof Amsterdam
Zaak/rolnummer: 200.186.926/01 en 200.187.018
Roldatum: 26 juli 2016

MEMORIE VAN ANTWOORD
IN HET VOORWAARDELIJK INCIDENT-
TEEL APPEL

inzake:

de naamloze vennootschap **ABN AMRO Bank N.V.**,
hierna: de "**Bank**",
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mrs. J.W. van Rijswijk en F.E. Vermeulen,

tegen:

de stichting **Stichting Stop de Banken**,
hierna: "**Stichting SdB**",
gevestigd te Stichtse Vecht,
geïntimeerde in de zaak met kenmerk 200.186.926/01,
advocaat: mr. R.J. Leijssen,

en

de stichting **Stichting Euribar**,
hierna: "**Stichting Euribar**",
gevestigd te Leiden,
geïntimeerde in de zaak met kenmerk 200.187.018,
advocaat: mr. F.A. Koopman.

Geïntimeerden worden gezamenlijk aangeduid als de "**Stichtingen**".

1	Inleiding	2
2	Omvang rechtsstrijd in incidenteel hoger beroep.....	2
3	Geen grieven tegen afwijzing overige vorderingen; incidentele grieven zijn onnodig	4
4	Weerlegging van de voorwaardelijk incidentele grieven.....	6
5	Conclusie.....	15

1 INLEIDING

1. Op de rol van 28 juni 2016 heeft Stichting SdB een "Memorie van antwoord ten principale en memorie van grieven in het voorwaardelijk incidenteel appel" genomen (hierna: "**MvA/MvG Inc. SdB**"). Stichting Euribar heeft op die roldatum een "Memorie van antwoord tevens houdende memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel" genomen ("**MvA/MvG Inc. Euribar**").
2. De Stichtingen hebben over en weer elkaars memories "geïncorporeerd", behoudens tegenstrijdige (feitelijke) stellingen, in welk geval de eigen processtukken prevaleren (MvA/MvG Inc. SdB nr. 90; MvA/MvG Inc. Euribar nr. 1.3). De Bank reageert in een geconsolideerde memorie van antwoord op de voorwaardelijke incidentele grieven van de Stichtingen. De Bank handhaaft de afkortingen en definities in haar memorie van grieven ("**MvG**").

2 OMVANG RECHTSSTRIJD IN INCIDENTEEL HOGER BEROEP

3. Stichting SdB heeft grieven aangevoerd in de randnummers 58, 59, 60, 62, 63, 64 MvA/MvG Inc. SdB. Deze grieven zijn voorwaardelijk aangevoerd (vgl. nr. 68, 92). Het gaat om de volgende oordelen van de rechtbank en daartegen gerichte grieven.
 1. Art. 6:236 sub i BW is volgens de rechtbank niet van toepassing en de uitzondering van die bepaling geldt, omdat de Leningnemers de facto een ontbindingsrecht hebben. Volgens de eerste grief van Stichting SdB in nr. 58 zou op basis van de ratio van deze bepaling kunnen worden geoordeeld dat de Bedingen onder art. 6:236 sub i BW kunnen worden gekwalificeerd (p. 45) en geldt de uitzondering niet (p. 44).

2. De rechtbank heeft een te vergaande betekenis toegekend aan de Bijlage bij de Richtlijn. De rechtbank heeft miskend dat deze bijlage niet van dien aard is "dat zij automatisch en op zichzelf het oneerlijk karakter van een betwist beding vastlegt" (nrs. 59 en 66).
 3. De rechtbank heeft miskend dat ook als de uitzondering in punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage op gaat, nog steeds moet zijn voldaan aan wat in punt j staat, zodat de betreffende bedingen nog steeds een geldige in de overeenkomst uitgedrukte reden moeten bevatten (nrs. 60 en 63).
 4. De rechtbank heeft ten onrechte gescheiden en afzonderlijk getoetst aan de bepalingen van de Bijlage en aan de transparantiebepalingen van de Richtlijn. De verschillende bepalingen, met inbegrip van de transparantiebepalingen, dienen als één geheel op de Bedingen te worden toegepast (nr. 62).
 5. De rechtbank heeft de verschillende voorwaarden voor de toepasselijkheid van de uitzondering van punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage, kort gezegd, ten onrechte niet als cumulatieve voorwaarden aangemerkt (maar als alternatieve voorwaarden) (nr. 64).
4. Stichting SdB doet daarnaast in MvA/MvG Inc. SdB nr. 47 een beroep op de devolutieve werking. Stichting SdB wijst op de andere door haar in eerste aanleg aangevoerde rechtsgrondslagen. *"Enkel voor het geval dat de door de bank voorgestelde grieven doel treffen en het vonnis om deze reden wordt vernietigd, komt Uw Hof voor de taak te staan alle niet behandelde onderwerpen en grondslagen (uit de 1e aanleg) alsnog te onderzoeken en te beoordelen,"* aldus Stichting SdB. Stichting SdB wijst daarbij op de grondslag van de oneerlijke handelspraktijken en op de grondslag van nakoming van een als individuele opslag uit te leggen afspraak met de Bank.
5. Het voorwaardelijk incidenteel appel van Stichting Euribar bevat één grief. Die grief is voorgesteld onder de voorwaarde dat de rechtbank in rov. 5.22 heeft geoordeeld dat het in rov. 3.12.8 van het vonnis bedoelde beding niet kwalificeert als een beding onder punt j van de Bijlage. In nrs. 4.14-4.22, 7.17 en 9.1-9.3 betoogt Stichting Euribar dat dit oordeel onjuist is, omdat het betreffende beding geen "geldige" reden voor wijziging

bevat.

3 GEEN GRIEVEN TEGEN AFWIJZING OVERIGE VORDERINGEN; INCIDENTELE GRIEVEN ZIJN ONNODIG

6. Stichting SdB heeft in eerste aanleg een groot aantal vorderingen ingesteld die zijn toegespitst op de verschillende vorderingsgrondslagen die zij in eerste aanleg heeft aangevoerd. De rechtbank heeft blijkens rov. 5.27 en het dictum van het Vonnis het petitum onder XIII toegewezen voor wat betreft de daarin gevorderde vernietiging van de Bedingen op de voet van art. 6:233 sub a BW.

7. In rov. 5.29 heeft de rechtbank geoordeeld, na in rov. 5.28 de restitutievordering van Stichting SdB te hebben afgewezen:

"Alle overige vorderingen van Stichting SdB en Stichting Euribar (behalve die betreffende de proceskosten) worden eveneens, als ongegrond of bij gebrek aan belang, afgewezen."

Het dictum van het Vonnis sub 6.5 en 6.8 sluit hierop aan:

"wijst af het meer of anders gevorderde".

8. In HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1532 (rov. 3.4.2) heeft de Hoge Raad nog eens samengevat hoe een "afwijzing van het meer of anders gevorderde of verzochte" moet worden geïdentificeerd.

"Het dictum van een uitspraak moet worden uitgelegd in het licht en met inachtneming van de overwegingen die tot de beslissing hebben geleid (vgl. HR 21 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553, NJ 1998/544; HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7084). Hieruit volgt dat indien het dictum een afwijzing van het "meer of anders" gevorderde of verzochte bevat, in het licht en met inachtneming van de overwegingen die tot de beslissing hebben geleid, moet worden bepaald of die afwijzing betrekking heeft op een (bepaald deel van de) vordering of een (bepaald deel van het) verzoek, dan wel of de rechter die vordering of dat verzoek over het hoofd heeft gezien en de afwijzing daarop dan ook geen betrekking heeft (vgl. HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2465, NJ 2009/183).

9. Uit HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2465 (*Teeuwe/Drijber*) volgt dat de Hoge Raad, anders dan de wetsgeschiedenis¹, een afwijzing van het meer of anders gevorderde niet per se als een daadwerkelijke afwijzing wil zien.² Het gaat hierbij echter om gevallen waarin uit het lichaam (de overwegingen) van de uitspraak niet kan worden opgemaakt wat er met het dictum is bedoeld. Bij een dergelijke onduidelijke situatie heeft het de voorkeur als de rechter die de uitspraak deed op de voet van art. 32 Rv het dictum van zijn uitspraak kan verduidelijken.³
10. In dit geval heeft de rechtbank blijkens rov. 5.29 Vonnis onmiskenbaar bedoeld de (overige) vorderingen van de Stichtingen daadwerkelijk af te wijzen. Hiermee staat vast dat de rechtbank alle andere vorderingen van Stichting SdB heeft afgewezen. Voor Stichting Euribar geldt dat de rechtbank alle vorderingen heeft afgewezen.
11. Voor Stichting SdB geldt dat zij was gehouden om incidenteel hoger beroep in te stellen ter zake van deze afwijzing van haar overige vorderingen in het dictum van het Vonnis. Voor Stichting Euribar geldt dat zij incidenteel hoger beroep had moeten instellen met betrekking tot de afwijzing van al haar vorderingen in het dictum van het Vonnis. Immers, volgens vaste rechtspraak is (incidenteel) hoger beroep vereist om wijziging te brengen in het dictum van de uitspraak in eerste aanleg.⁴
12. De Stichtingen hebben geen incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de afwijzing van hun (overige) vorderingen in het dictum van het Vonnis. Hun memories kunnen niet worden uitgelegd in de zin dat zij een verkapt incidenteel hoger beroep bevatten. Beide memories bevatten expliciete grieven in een daartoe ingesteld incidenteel hoger beroep. Stichting SdB doet bovendien in nr. 47 een beroep op de devolutieve werking van het hoger beroep, waarbij zij twee van de vorderingen/vorderingsgrondslagen in eerste aanleg noemt. Voor de Bank is niet kenbaar dat de Stichtingen -

¹ *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 855, nr. 3, blz. 64 bij art. 1.3.13.

² Zie hierover o.m. *JBP* 2009/25, m.nt. Van den Nieuwendijk, herhaald in HR 1 oktober 2010, *NJ* 2010/527, rov. 4.5.2. Verder Th.B. ten Kate & E.M. Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2013, par. III.4.3, slot.

³ Zie (vóór *Teeuwe/Drijber*) o.m. HR 9 juli 2004, nr. C01/013HR, *LJN* AO7573, rov. 3.3-3.4. Vgl. voorts concl. onder 47 en 48 (Ten Kate) vóór HR 15 maart 1985, nr. 12325, *NJ* 1985/563, rov. 4; Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 1979, *NJ* 1980/617; HR 19 december 2003, nr. C02/165HR, *NJ* 2004/348, rov. 4.6.1-4.6.2; HR 19 december 2003, nr. C02/214HR, *LJN* AL7074, rov. 3.4.1-3.4.3 (in beide laatste zaken was het meer of anders gevorderde afgewezen). Vgl. ook *Snijders-Klaassen-Meijer*, *Nederlands burgerlijk Procesrecht* (2011), nr. 158.

⁴ Zie o.m. HR 19 juni 2009 ECLI:NL:HR:2009:B18771 rov. 2.4.1, 2.4.5; HR 30 maart 2012 ECLI:NL:HR:2012:BU8514 rov. 3.3.2; HR 8 februari 2013 ECLI:NL:HR:2013:BY6699 rov. 3.5, HR 12 juni 2015 ECLI:NL:HR:2015:1520 rov. 3.4.2, *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/101, slot, 133 en 178; *Snijders/Wendels*, *Civiel appel*, 2009, nr. 219; T.H. Tanja-van den Broek, *De devolutieve werking van het hoger beroep*, EB 2005/58.

naast de welomlijnde voorwaardelijke incidentele grieven - ook (impliciet) zouden beogen andere grieven aan te voeren in hun incidentele beroepen.⁵

13. Voor zover de Stichtingen grieven in hun incidentele beroepen hebben aangevoerd zijn die onnodig en zijn de incidentele beroepen onnodig ingesteld. Immers, alle punten die de Stichtingen in hun incidentele beroepen aan de orde stellen betreffen eindbeslissingen in het lichaam van het Vonnis in het kader van de toetsing aan art. 6:233 sub a BW. Zij hebben niet geleid tot een voor de Stichtingen nadelig dictum. Op grond van de devolutieve werking dient het Hof zo nodig ambtshalve en opnieuw de juistheid van die beslissingen te onderzoeken.⁶
14. Dat neemt niet weg dat de Bank wel mag antwoorden in de incidentele beroepen van de Stichtingen. Zij doet dat in de volgorde van de hierboven onder nr. 3 onder 1 t/m 5 en nr. 5 weergegeven grieven.

4 WEERLEGGING VAN DE VOORWAARDELIJK INCIDENTELE GRIEVEN

4.1 Voorwaardelijk incidentele grief 1: art. 6:236 sub i BW

15. Met haar eerste voorwaardelijke grief komt Stichting SdB op tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 5.18 dat de Bedingen niet reeds onredelijk bezwarend zijn op grond van art. 6:236 sub i BW (jo. art. 6:233 sub a BW). Stichting SdB neemt terecht tot uitgangspunt dat de rechtbank klaarblijkelijk onvoldoende steun vond in art. 6:236 sub i BW om reeds daarop de onredelijke bezwarendheid van de Bedingen te baseren (zie MvG nr. 170).
16. Stichting SdB legt twee argumenten aan haar eerste grief ten grondslag. In de eerste plaats zouden de Leningnemers niet kunnen "ontbinden" in de zin van art. 6:236 sub i BW. In de tweede plaats ontleent SdB aan art. 6:236 sub i BW een bepaalde "ratio", op grond waarvan zij stelt dat de Bedingen onder deze bepaling vallen. Deze argumenten worden hieronder weersproken door de Bank, te beginnen met de ratio van art. 6:236 sub i BW.

⁵ Vgl. in ander verband over de disfunctie van zgn. veeggrieven o.m.: HR 3 februari 2006 ECLI:NL:HR:2006:AU8278 en Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/117. e.v. Zie ook HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1464.

⁶ Zie o.m. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/130 e.v., 138 en 178.

17. Zoals reeds aan bod kwam in MvG nr. 171 e.v., is art. 6:236 sub i BW bedoeld om *enige* bescherming aan de consument te bieden.⁷ De strekking van deze bescherming is door de wetgever vastgesteld op drie maanden na het moment van contractsluiting. De reden hiervan is, blijkens de wetsgeschiedenis, dat van de ondernemer mag worden verwacht dat hij anticipeert op een prijsontwikkeling gedurende drie maanden ná het moment dat de overeenkomst, met daarin doorgaans de overeengekomen prijs, is gesloten.⁸ Een voor de ondernemer negatieve prijsontwikkeling binnen dit tijdvak heeft de wetgever voor rekening van de ondernemer willen laten komen. De ratio van art. 6:236 sub i BW is dus de bescherming, gedurende de eerste drie maanden na contractsluiting, van de consument.⁹
18. Hoewel Stichting SdB het *onderwerp* van de beschermingsgedachte die uitgaat van art. 6:236 sub i BW onjuist heeft weergegeven, heeft zij de *strekking* van dit artikel juist gedeut. Stichting SdB stelt dat de "ratio (...) er derhalve niet meer [is] bij prijswijzigingen na deze driemaandentermijn".¹⁰ Dit is juist. De "zwartheid" van een prijsverhoging is door de wetgever beperkt tot een termijn van drie maanden na contractsluiting. Zie in deze zin Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1705:
- De heer Hartkamp:** "[...] De zwarte lijst is voorzichtig geformuleerd. Daarop wordt alleen voor dit speciale geval aangegeven dat het beding altijd onredelijk is, anders kan het weer aan de open norm worden getoetst."
19. Stichting SdB ziet in dat art. 6:236 sub i BW daarom niet geldt ten aanzien van prijswijzigingen die *na* drie maanden hebben plaatsgevonden (zie ook MvG nr. 173). Art. 6:236 sub i BW geldt dus in elk geval niet ten aanzien van de opslagverhoging in 2012, aangezien na 2009 geen nieuwe Euribor hypotheeklen zijn verstrekt. Stichting SdB onderkent voorts dat de opslagverhoging in 2009 niet onder de reikwijdte van art. 6:236 sub i BW valt.¹¹ Bovendien is een beroep op vernietiging in ver-

⁷ Zie ook het citaat uit Wessels e.a. in MvA/MvG Inc. SdB nr. 58.

⁸ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1701.

⁹ Stichting SdB stelt dat: "Omdat in de onderhavige zaak (opslagverhogingen in 2009 en 2012) de opslagwijzigingen plaatsvonden buiten (lees: na) de 3-maandstermijn (vanaf contractdatum) is er geen sprake meer van een te beschermen risico voor de ondernemer (lees: de bank)." (MvA/MvG Inc. SdB, nr. 58, p. 45) Dit laatste moet uiteraard niet zijn de ondernemer, maar de consument.

¹⁰ MvA/MvG Inc. SdB, nr. 58, p. 45.

¹¹ De stellingen van Stichting Euribar (vgl. nr. 3 24) zijn hiermee in tegenspraak. Ook volgens de stellingen van Stichting Euribar gaat het slechts om een deelgroep van de statutaire achterban van Stichting Euribar, zodat een en ander zich niet leent voor een beoordeling in een collectieve actie.

band met de opslagverhoging in 2009 verjaard.¹² Reeds om die reden faalt de eerste incidentele grief van Stichting SdB.

20. Stichting SdB gaat daarnaast niet in op het primaire betoog van de Bank dat art. 6:236 sub i BW niet de strekking heeft om de variabiliteit van een voortdurende periodieke prestatie - zoals de betaling van rente - aan banden te leggen. Stichting SdB laat onbestreden dat de wetgever bij art. 6:236 sub i BW niet heeft gedacht aan een geval zoals het onderhavige waarin (i) de "prijzen" collectief voor een grote groep van consumenten worden gewijzigd en (ii) de verplichting tot gelijke rentebehandeling ertoe leidt dat het kan voorkomen dat de overeengekomen variabele prestatie al in de eerste drie maanden van de veelal 30-jarige looptijd van de overeenkomst wijzigt (MvG nr. 177). Stichting SdB bestrijdt evenmin het subsidiaire beroep van de Bank op partiële nietigheid/conversie en het ontbreken van belang in de zin van art. 3:303 BW (MvG nrs. 184-185).
21. Voor zover de Bedingen wel onder art. 6:236 sub i BW zouden vallen, geldt dat de Leningnemers de bevoegdheid hebben de leningsovereenkomst te ontbinden. Ook het "ontbindingsrecht" uit art. 6:236 sub i BW is gestoeld op de hiervoor beschreven beschermingsgedachte. Waar het om gaat is dat de consument een reële mogelijkheid heeft om zich te onttrekken aan een verhoging binnen het tijdvak van drie maanden na contractsluiting. Is dit het geval, dan is er voor bescherming in de vorm van vernietigbaarheid op grond van art. 6:236 sub i BW geen plaats. Daarbij is het duidelijke uitgangspunt dat het er bij art. 6:236 sub i BW niet om gaat dat de consument geen schade mag ondervinden van de ontbinding (MvG nr. 182). Stichting SdB heeft dat niet weersproken.
22. Dat de Leningnemers reële mogelijkheden hebben om niet gebonden te raken aan de opslagverhoging is uiteengezet in MvG nrs. 106-115 en 179-183. De Leningnemers kunnen zowel kosteloos omzetten naar een andere rentevorm als vervroegd boetevrij aflossen. Hiermee hebben de Leningnemers een tweetal opties om binding aan een gewijzigde prijs te voorkomen, hetgeen art. 6:236 sub i BW beoogt te verzekeren.¹³

¹² De verjaringstermijn van 3 jaar is begonnen te lopen op het moment waarop die verhoging werd medegedeeld. Er is geen beroep gedaan op de vernietiging binnen drie jaar, gevolgd binnen 6 maanden instellen van een daad van rechtsvervolgning (zie ook par. 246 CvA).

¹³ Zie ook bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam, 10 juni 2014, rov. 18, ECLI:NL:RBAMS:2014:5424 en Geschillencommissie Kifid 4 februari 2013, nr. 2013-30 ("7. Voorts is de Commissie van oordeel dat inherent aan het gekozen renteregime is onzekerheid over de exacte ontwikkeling van de maandtermijnen, maar daar staat tegenover de vrijheid aan de zijde van Consument desgewenst te allen tijde boetevrij over te stappen op een ander renteregime of naar een andere geldverstrekker. Onder voormelde omstandigheden kan niet gezegd worden dat Aangeslotene heeft gehandeld buiten de grenzen van de krachtens de overeenkomst in acht te nemen redelijkheid en billijkheid en dat zij toerekenbaar tekortgeschoten is in haar verplichtingen jegens Con-

23. Stichting SdB betwist in MvA/MvG Inc. SdB nr. 58 dat het overstappen naar een andere rentevorm en kosteloze aflossing gelden als vormen van "ontbinding" in de zin art. 6:236 sub i BW. Deze stelling wordt echter slechts in beperkte mate onderbouwd.¹⁴
24. Stichting SdB stelt dat omzetting naar een andere rentevorm niet kwalificeert als "ontbinding" omdat dit tot een "kostenverhoging" zou leiden en tot een verandering van de voorwaarden van de lening (MvA/MvG Inc. SdB nr. 58, p. 44). Wat hieronder moet worden verstaan blijft onduidelijk. Ter onderbouwing van dit argument heeft Stichting SdB productie 1 en productie 2 overgelegd.
25. Productie 1 betreft een individuele klacht die ziet op een arrangementskorting die per 1 juli 2010 ten onrechte zou zijn verwijderd. Op basis hiervan zou sprake zijn van "reële belemmering" bij het omzetten naar een andere rentevorm. Dit is feitelijk onjuist. Stichting SdB verzuimt te vermelden dat de korting van 0,8% wederom is toegepast na omzetting van de rentevastperiode van de andere leningdelen (zie **productie 48**). Er is derhalve geen sprake geweest van een kostenverhoging of een verandering in de voorwaarden van de lening bij omzetting van andere leningdelen naar een andere rentevorm.
26. Productie 2 heeft betrekking op het EPO/EOB personeelsarrangement (Europees Octrooi Bureau). De Bank heeft dit arrangement in het vierde kwartaal van 2008 opgezegd en in dat verband is dit document aan het Europees Octrooi Bureau verstrekt. Vervolgens is de Bank op deze opzegging teruggekomen en daarmee is dit document komen te vervallen. Uit dit document blijkt juist dat bij omzetting naar een andere rentevastperiode ("*Wijziging renteperiode (op DHC)*") geen nieuwe voorwaarden van toepassing worden en de oorspronkelijke arrangementskorting behouden blijft.
27. Met beide producties wordt dus een onjuist beeld geschetst. Daarnaast geldt het personeelsarrangement waarop de producties betrekking hebben slechts voor een zeer beperkte groep Leningnemers. De Bank heeft slechts vijf cliënten die zowel een Euribor-hypotheek hebben als een EOB personeelsarrangement op een populatie van 822 hypotheeknemers voor wie dat EOB arrangement geldt (zie **productie 49**). Het kan dan ook

sument (Vergelijk Geschillencommissie Kifid, 2012/150); evenmin kan in die situatie gesproken worden van strijd met artikel 6:236 aanhef en onder i BW als door Consument betoogd.)

¹⁴ In het geheel wordt niet ingegaan op het argument dat kosteloze aflossing geen reële optie zou zijn voor de Leningnemer. Dat de Leningnemer deze optie ten dienste staat wordt door Stichting SdB onderkend in nr. 58.

sowieso geen basis vormen voor een beoordeling in een collectieve actie zoals de onderhavige.

28. Stichting SdB maakt niet duidelijk waaruit de "aanzienlijke moeilijkheden" en "kosten" bestaan waarmee Leningnemers bij omzetting zouden worden geconfronteerd (MvA/MvG Inc. SdB nrs. 36, 37 en 58).
29. Wel stelt Stichting SdB nog dat "*van de leningnemers niet hoeft te worden geveerd dat zij afstand doen van hun Euribor-product*" omdat zij de "voordeligheid" hiervan uitdrukkelijk zouden hebben aanvaard.¹⁵ Stichting SdB miskent hiermee dat aan een reëel ontbindingsrecht in de zin van art. 6:236 sub i BW niet in de weg staat dat de Leningnemers een vorm van nadeel ondervinden van die ontbinding (zie ook MvG nr. 182). Dit is expliciet uitgemaakt in de wetsgeschiedenis. De Bank memoreert Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1704 en 1705:

Minister Korthals Altes: "[...] Er zullen gevallen zijn waarin de wederpartij meer schade ondervindt door van die ontbindingsbevoegdheid gebruik te maken dan door het aanvaarden van de prijsverhoging. Er vindt dan een economische afweging plaats. Als men die prijsverhoging aanvaardt, omdat de ontbinding van de overeenkomst nog minder bevalt, dan is dat de vrucht van een interne afweging. Ik zou dat aanvaardbaar vinden. [...]" (onderstreping toegevoegd)

30. Nadeel in de vorm van omzettingskosten of een hoger rentetarief staan dus niet eraan in de weg dat de Leningnemer een ontbindingsrecht heeft. De Bank benadrukt echter nogmaals dat noch aan omzetting naar een andere rentevorm, noch aan vervroegde aflossing (noemenswaardige) omzettingskosten zijn verbonden. De Bank verwijst verder naar MvG nrs. 106-115 en 179.
31. Tot slot meent Stichting SdB nog dat de mogelijkheid tot oversluiting niet reëel is omdat Leningnemers niet naar een andere Euribor-lening kunnen overstappen. Voor de weerlegging van deze stelling wordt verwezen naar MvG nrs. 110-112.
32. Nu de Leningnemers wel degelijk meerdere reële "ontbindingsmogelijkheden" hebben, zijn de Wijzigingsbedingen niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub i BW. De eerste voorwaardelijk incidentele grief

¹⁵ Nr. 58, p. 44 MvA/MvG Inc. SdB.

van Stichting SdB faalt.

4.2 Voorwaardelijk incidentele grief 2: maatstaf Richtlijn

33. De tweede voorwaardelijke grief van Stichting SdB is gericht tegen de overweging van de rechtbank in rov. 5.18 Vonnis dat bij de toetsing van het Wijzigingsbeding aan de Richtlijn betekenis toekomt aan de vraag of het beding is opgenomen in de Bijlage bij de Richtlijn. Volgens Stichting SdB miskent de rechtbank daarbij dat het feit dat een beding kwalificeert als een beding dat is genoemd in de Bijlage bij de Richtlijn niet automatisch en op zichzelf betekent dat het beding oneerlijk is, maar een (wezenlijk) aspect vormt waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren. De rechtbank heeft op dit punt dus een onjuiste maatstaf aangelegd, aldus Stichting SdB.
34. De Bank constateert dat Stichting SdB en de Bank op dit punt op één lijn zitten. Zoals de Bank reeds in Grief 1 van de MvG naar voren heeft gebracht, vergt art. 6:233a BW, net als art. 3 lid 1 en 4 lid 1 van de Richtlijn, een toetsing met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De rechtbank mocht zich dan ook niet beperken tot louter een toetsing aan punt 1(j) en 2(b), eerste alinea, van de Bijlage bij de Richtlijn. De rechtbank heeft tevens miskend dat met de constatering dat de Bedingen niet voldoen aan punten 1(j) jo. 2(b), eerste alinea, van de Bijlage bij de Richtlijn nog niet is gezegd dat de Bedingen onredelijk bezwarend zijn. De Bank verwijst voor een verdere toelichting naar paragraaf 4.1 MvG.
35. Het standpunt van Stichting SdB, zoals verwoord in de tweede voorwaardelijk incidentele grief, is dus juist en daarmee is dus ook gegeven dat het Vonnis niet in stand kan blijven.

4.3 Voorwaardelijk incidentele grief 3: hoofdregel en uitzondering

36. De derde voorwaardelijke grief van Stichting SdB is gericht tegen de overweging van de rechtbank in rov. 5.19, 5.22 en 5.23 dat bij het opgaan van de uitzondering van punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage bij de Richtlijn niet meer aan de hoofdregel van Bijlage 1(j) kan worden toegekomen.
37. De grief faalt. De structuur van de Bijlage bij de Richtlijn is helder: onder punt 1 wordt een aantal bedingen genoemd die indicatief oneerlijk ver-

moed worden te zijn en vervolgens wordt onder punt 2 ("*Draagwijdte van de punten g), j) en l*") de draagwijdte van die bedingen ingeperkt. Dus eerst de regel en vervolgens de uitzondering op de regel.

38. Ook de tekst van punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage bij de Richtlijn is zonneklaar:

"Punt [1] j) staat niet in de weg aan bedingen (...)"

In de Engelse taalversie luidt de uitzondering:

"(b) Subparagraph (j) is without hindrance to terms (...)"

In het Frans:

"Le point j) ne fait pas obstacle à des clauses (...)"

In het Duits:

"Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen (...)"

39. Met andere woorden: voor bedingen die voldoen aan punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage geldt punt 1(j) van de Bijlage niet. Deze bedingen hoeven dan ook niet (nogmaals) te worden getoetst aan punt 1(j) van de Bijlage.

40. Het argument van Stichting SdB dat niet in de weg staan niet betekent dat niet ook aan punt 1(j) van de Bijlage moet worden voldaan, doet gekunsteld aan, is innerlijk tegenstrijdig en doet geen recht aan de heldere structuur en bewoordingen van de Bijlage bij de Richtlijn. Uit die structuur en tekst volgt immers duidelijk dat punt 2(b), eerste alinea, een uitzondering is op de regel dat bedingen die onder punt 1(j) van de Bijlage vallen, indicatief oneerlijk zijn. De conclusie is dan ook dat de derde voorwaardelijk incidentele grief van Stichting SdB faalt.

4.4 Voorwaardelijk incidentele grief 4: gescheiden toetsing

41. Met haar vierde voorwaardelijke grief komt Stichting SdB op tegen de opvatting van de rechtbank in rov. 5.21 dat gescheiden en afzonderlijk moet worden getoetst aan de bepalingen van de Bijlage bij de Richtlijn en aan de transparantiebepalingen. Volgens Stichting SdB vormen de artike-

len 1 lid 2, 3 en 5 van de Richtlijn één geheel met de punten 1(j) en 2(b) van de Bijlage bij de Richtlijn en dienen zij niet afzonderlijk te worden beoordeeld. Het vereiste van transparantie geldt voor zowel art. 3 van de Richtlijn als voor artikelen 4 en 5 van de Richtlijn, aldus Stichting SdB.

42. Hierbij verliest Stichting SdB uit het oog dat het transparantievereiste, zoals het Hof van Justitie dat in de arresten *Invitel*, *RWE*, *Kásler* en *Matei* heeft ontwikkeld, niet gelijkelijk van toepassing is op bedingen die voldoen aan de uitzondering van punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage. De Bank verwijst hiervoor naar MvG paragraaf 4.1c.
43. Bovendien: zelfs al zou het transparantievereiste gelijkelijk van toepassing zijn op bedingen die voldoen aan de uitzondering van punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage, dan zou dit één van de gezichtspunten zijn die een rechter in ogenschouw moet nemen bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van een beding. Art. 6:233 sub a BW en art. 3 lid 1 van de Richtlijn vergen immers een integrale oneerlijkheidsanalyse met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waarvan het transparantievereiste één van de gezichtspunten is. Dit volgt met zo veel woorden uit onder meer *RWE*.¹⁶
44. Kortom: de vierde voorwaardelijk incidentele grief van Stichting SdB faalt.

4.5 Voorwaardelijk incidentele grief 5: alternatieve toetsing

45. Stichting SdB betoogt in haar vijfde voorwaardelijk incidentele grief dat de rechtbank in rov. 5.23 is uitgegaan van de gedachte dat aan punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage van de Richtlijn is voldaan indien er *of* een geldige reden is, *of* als er een (contractuele) verplichting bestaat de consument zo spoedig mogelijk te informeren en *of* als de mogelijkheid bestaat de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen. De rechtbank zou, naar de Bank begrijpt, de verschillende elementen in deze uitzondering elk afzonderlijk als voldoende gronden hebben beschouwd om deze uitzondering van toepassing te achten (het zou dan niet gaan om cumulatieve, maar om alternatieve vereisten).

¹⁶ HvJ EU 21 maart 2013 ECLI:NL:XX:2013:BZ6472, m. n. de nadrukkelijke instructie aan de nationale rechter in het prejudiciële antwoord: "Het is de taak van de verwijzende rechter om bij deze beoordeling rekening te houden met alle omstandigheden van het concrete geval, daaronder begrepen alle bedingen van de algemene voorwaarden van de consumentenovereenkomsten waarvan het omstreden beding deel uitmaakt." Het gaat hierbij om de beoordeling "of een standaardbeding waarin een leverancier zich het recht voorbehoudt om de gasprijs te wijzigen, beantwoordt aan de in deze bepalingen gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie".

46. Dit betoog berust op een onjuiste lezing van rov. 5.23. Blijkens de eerste alinea van rov. 5.23 heeft de rechtbank niet een alternatieve maatstaf, maar een cumulatieve maatstaf aangelegd bij de toetsing van de Bedingen aan punt 2(b), eerste alinea, van de Bijlage:

"Onder b) van onderdeel 2 van de bijlage wordt, als overwogen, onder meer een uitzondering gemaakt voor bedingen uit hoofde waarvan lasten voor financiële diensten kunnen worden gewijzigd, voor zover (i) daarvoor een geldige reden bestaat, (ii) de dienstverlener verplicht is de consument zo spoedig mogelijk te informeren over de wijziging en (iii) de consument de overeenkomst onmiddellijk kan opzeggen." (onderstreping toegevoegd)

47. In het vervolg van rov. 5.23 heeft de rechtbank onderzocht of aan elk van de voorwaarden genoemd onder (i), (ii) en (iii) is voldaan. Dat de rechtbank daarbij is uitgegaan van een alternatieve maatstaf, blijkt nergens uit. Weliswaar had de rechtbank strikt genomen nadat zij had geconcludeerd dat niet aan voorwaarde (i) was voldaan, niet hoeven onderzoeken of aan voorwaarden (ii) en (iii) was voldaan. Dat de rechtbank dit toch heeft onderzocht en beoordeeld, betekent echter niet dat de rechtbank een alternatieve maatstaf (in plaats van een cumulatieve maatstaf) heeft aangelegd. Het betoog van Stichting SdB gaat dus niet op. De vijfde voorwaardelijk incidentele grief van Stichting SdB faalt.

4.6 Voorwaardelijk incidentele grief Stichting Euribar

48. Stichting Euribar komt met een voorwaardelijk incidentele grief op tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 5.22 Vonnis dat het beding onder rov. 3.12.8 niet kwalificeert als een beding onder punt 1(j) van de Bijlage bij de Richtlijn. Volgens Stichting Euribar noemt het betreffende beding wellicht een reden, maar geen *geldige* reden voor het doorvoeren van een wijziging.
49. De grief treft geen doel. De conditiewijzigingsbrief (rov. 3.12.8) bevat een geclausuleerde opslagwijzigingsbevoegdheid, te weten: *"indien de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt haar daartoe aanleiding geeft"*. Dit is een geldige reden voor wijziging. Punt 1(j) van de Bijlage is niet van toepassing op dit wijzigingsbeding en het wijzigingsbeding is dus niet "indicatief oneerlijk". De Bank verwijst naar MvG paragraaf 4.2.g.i en paragraaf 8.4.

4.7 Slotsom

50. Slechts grief 2 van Stichting SdB treft doel. Stichting SdB heeft bij die grief echter geen belang, omdat de Bank reeds een gelijklopende grief heeft aangedragen. Geen van de overige voorwaardelijk incidentele grieven die Stichting SdB en Stichting Euribar hebben aangedragen, treffen doel. Beide voorwaardelijk incidentele appellen dienen dan ook te worden verworpen.

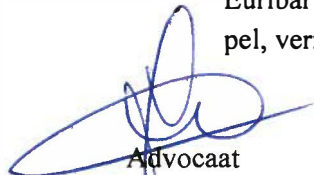
5 CONCLUSIE

in het voorwaardelijk incidenteel appel met zaaknummer 200.186.926/01 van Stichting SdB

dat het uw Hof moge behagen bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het door Stichting SdB ingestelde voorwaardelijk incidenteel appel tegen het onder zaaknummer / rolnummer C/13/547469 / HA ZA 13-831 door de Rechtbank Amsterdam gewezen op 11 november 2015 uitgesproken vonnis te verwerpen, met veroordeling van Stichting SdB in de kosten van het geding in het voorwaardelijk incidenteel appel, vermeerderd met nakosten.

in het voorwaardelijk incidenteel appel met zaaknummer 200.187.018/01 van Stichting Euribar

dat het uw Hof moge behagen bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het door Stichting Euribar ingestelde voorwaardelijk incidenteel appel tegen het onder zaaknummer / rolnummer C/13/547735 / HA ZA 13-846 door de Rechtbank Amsterdam gewezen op 11 november 2015 uitgesproken vonnis te verwerpen, met veroordeling van Stichting Euribar in de kosten van het geding in het voorwaardelijk incidenteel appel, vermeerderd met nakosten.



Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door mrs. J.W. van Rijswijk, F.E. Vermeulen en Y. Steeg-Tijms, NautaDutilh N.V., Strawinskyalaan 1999, 1077 XV Amsterdam, T: 020-71 71 541, F: 020-71 71 326, E: jan.vanrijswijk@nautadutilh.com, dossiernummer 50093290.

Alle berichtgeving in verband met rolhandelingen richten aan:
Bureau Proceskwaliteit NautaDutilh N.V., Postbus 7113, 1007 JC Amsterdam,
T 020-71 71 788/790/836, F 020-71 71 392, E bureauproceskwaliteit@nautadutilh.com.