

**HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

Datum : 1 juni 2018

Zaaknr. : 18/01151

**VERWEERSCHRIFT MET VOORWAARDELIJK  
INCIDENTEEL CASSATIEBEROEP**

I n z a k e:

**1 Stichting SDB**

Gevestigd te Stichtse Vecht

**2 Stichting Euribar**

Gevestigd te Leiden

Verweersters in het principaal cassatieberoep

Eiseressen in het incidenteel cassatieberoep

advocaat: mr. D. Rijpma

T e g e n:

**ABN AMRO Bank N.V.**

Gevestigd te Amsterdam

eiseres in het principaal cassatieberoep

verweerster in het incidenteel cassatieberoep

advocaat: mr. F.E. Vermeulen

Edelhoogachtbaar College,

Stichting SDB (hierna: 'SDB') en Stichting Euribar (hierna: 'Euribar') (beide hierna tezamen: de 'Stichtingen') hebben kennis genomen van de procesinleiding van ABN AMRO Bank N.V. (hierna: 'ABN AMRO'). Zij wensen zich daartegen te verweren. Verder stellen de Stichtingen voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in tegen het arrest van het Gerechtshof Amsterdam d.d. 19 december 2017 met zaaknrs. 200.186.926/01 en 200.187.018/01.

**In het principale beroep:**

Het hof heeft met het bestreden arrest niet om de in het principale cassatiemiddel vermelde redenen het recht geschonden of vormen verzuimd die bij niet-inachtneming tot nietigheid leiden.

**In het voorwaardelijk incidentele beroep:**

De Stichtingen stellen hunnerzijds voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in tegen het hierboven vermelde arrest met het volgende

**MIDDEL VAN CASSATIE**

Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het arrest waarvan beroep, ten onrechte, om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

**Onderdeel 1: inleiding**

In rov. 3.5 van zijn arrest d.d. 19 december 2017 overweegt het hof als volgt:

“3.5 De wederpartijen van de bank zijn steeds natuurlijke personen die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen, oftewel consumenten. De Wijzigingsbedingen zijn geen zogenoemde kernbedingen. Over de Wijzigingsbedingen is niet afzonderlijk onderhandeld. Het voorgaande leidt ertoe dat de Wijzigingsbedingen onder de reikwijdte van de Richtlijn vallen. Het is vaste rechtspraak dat de rechter het oneerlijke karakter van een dergelijk beding ambtshalve moet toetsen. De rechtbank is daartoe dan ook eerst - en ondanks dat Stichting SdB pas meer subsidiair de vernietiging op grond van het onredelijk bezwarend karakter daarvan inroept - overgegaan.

De Wijzigingsbedingen zijn geen bedingen die worden aangemerkt als onredelijk bezwarend (art. 6:236 BW) of worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW). Een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen wordt wel aangemerkt als onredelijk bezwarend, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden (zie art. 6:236, aanhef en onder i, BW). Met grief 5 in principaal appel betoogt ABN AMRO dat de rechtbank in rov. 5.18 van het bestreden vonnis heeft miskend dat genoemd artikel een beperkte strekking heeft en niet van toepassing is op de Wijzigingsbedingen. Gelet op de hiernavolgende overwegingen heeft ABN AMRO geen belang bij deze grief. De Wijzigingsbedingen moeten worden getoetst aan de open norm van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn is hij gehouden het beding te vernietigen (zie HR 13 september 2013, rov. 3.73; ECLI:NL:HR:2013:691 *Heesakkers/ Voets*).”

Het hof heeft de zaak vervolgens afgedaan aan de hand van de open norm van art. 6:233, aanhef en sub a BW in verband met Richtlijn 93/13/EEG, zodat ABN AMRO inderdaad geen belang had bij behandeling van haar grief 5.

De rechtbank overwoog in de door het hof genoemde rov. 5.18 van haar eindvonnis d.d. 11 november 2015 als volgt:

“In Nederland wordt het toepasselijke wettelijke kader voor deze ambtshalve toets gevormd door de art. 6:231 BW tot en met 6:247 BW. Waar nodig moeten die bepalingen richtlijnconform worden uitgelegd. Eerst wordt gezien of de opslagwijzigingsbedingen voorkomen op de grijze

en zwarte lijst - als bedoeld in de art. 6:236 en 6:237 BW - van bedingen die (vermoedelijk) onredelijk bezwarend zijn. Op grond van art. 6:236 onder i BW moet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft tot een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst, tenzij de wederpartij in dat geval bevoegd is de overeenkomst te ontbinden. Nu in geen van de opslagwijzigingsbedingen een beperking is gesteld aan het moment per wanneer de opslag voor het eerst kan worden gewijzigd en de leningnemer bovendien niet (contractueel) bevoegd is de overeenkomst te ontbinden in het geval de opslag binnen drie maanden na sluiting van de overeenkomst wordt verhoogd, is strikt genomen niet voldaan aan de in art. 6:236 onder i BW vermelde uitzondering (“*tenzij*”) dat de overeenkomst bij zo’n prijsverhoging binnen drie maanden kan worden ontbonden.

Voor het geval aan die uitzondering toch geacht moet worden te zijn voldaan - omdat de leningnemers contractueel weliswaar niet kunnen ontbinden, maar wel bevoegd zijn tot aflossing van de lening, dan wel omzetting van de lening naar een andere rentevastperiode - moet de vraag of de opslagwijzigingsbedingen niettemin onredelijk bezwarend zijn, worden beantwoord aan de hand van de open norm van art. 6:233 BW en aan de hand van in Europese rechtspraak ontwikkelde criteria.”

Het is tegen de zojuist geciteerde overweging dat ABN AMRO haar vijfde grief richtte.<sup>1</sup> De Stichtingen hebben bij hun memories d.d. 28 juni 2016 - kort gezegd - gemotiveerd betoogd dat de Wijzigingsbedingen worden getroffen door art. 6:236 sub i BW.<sup>2</sup>

#### Onderdeel 1: klachten

1.1 De volgende passage uit rov. 3.5 van 's hofs arrest is zonder nadere of andere motivering niet (voldoende) begrijpelijk:

“De Wijzigingsbedingen zijn geen bedingen die worden aangemerkt als onredelijk bezwarend (art. 6:236 BW) of worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 BW). Een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen wordt wel aangemerkt als onredelijk bezwarend, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden (zie art. 6:236, aanhef en onder i, BW).”

Het hof doet de zaak weliswaar af aan de hand van de open norm van art. 6:233, aanhef en sub a BW in verband met Richtlijn 93/13/EEG, en het oordeelt dan ook terecht dat ABN AMRO geen belang heeft bij behandeling van haar grief 5, maar het hof oordeelt in rov. 3.5 niettemin en met name dat de Wijzigingsbedingen geen bedingen zijn die worden aangemerkt als onredelijk bezwarend (art. 6:236 BW). Het hof onderbouwt dat oordeel in het geheel niet. De passage:

“Een beding dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen wordt wel aangemerkt als

<sup>1</sup> Memorie van grieven d.d. 3 mei 2016, § 217 i.v.m. § 170-183.

<sup>2</sup> Memorie van Euribar d.d. 28 juni 2016, § 3.1-3.26 i.v.m. § 7.20-7.21; en memorie van SDB d.d. 28 juni 2016, § 58 i.v.m. de voorlaatste alinea op blz. 86.

onredelijk bezwarend, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden (zie art. 6:236, aanhef en onder i, BW)”

kan immers niet als begrijpelijke motivering van dat oordeel dienen, omdat die passage slechts een parafrase is van art. 6:236, aanhef en sub (i) BW. 's Hofs oordeel is temeer onbegrijpelijk tegen de achtergrond van rov. 5.18 van het eindvonnis van de rechtbank d.d. 11 november 2015, en tegen de achtergrond van het debat van partijen in appel daarover.<sup>3</sup>

1.2 's Hofs hier aangevallen oordeel geeft bovendien blijk van een verkeerde rechtsopvatting en/of dat oordeel is onbegrijpelijk, om de navolgende redenen.

In cassatie moet er (minstgenomen bij wijze van hypothetische feitelijke grondslag) van worden uitgegaan dat in geen van de opslagwijzigingsbedingen een beperking is gesteld aan het moment per wanneer de opslag voor het eerst kan worden gewijzigd, en dat de leningnemer bovendien niet (contractueel) bevoegd is de overeenkomst te ontbinden in het geval de opslag binnen drie maanden na sluiting van de overeenkomst wordt verhoogd.<sup>4</sup> Bij die stand van zaken is geen andere conclusie mogelijk dan dat niet is voldaan aan de in art. 6:236 onder i BW vermelde uitzondering (“tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden”). Dat heeft het hof miskend.

Mocht het hof niet zijn uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting, dan is 's hofs oordeel zonder nadere of andere motivering niet (voldoende) begrijpelijk, nu het hof er geen blijk van geeft zelf aan de hand van de stellingen van partijen daaromtrent<sup>5</sup> te hebben onderzocht of de Wijzigingsbedingen worden getroffen door art. 6:236 sub i BW. In ieder geval had het hof niet zonder (nadere of andere) motivering voorbij mogen gaan aan de stellingen van de Stichtingen daaromtrent,<sup>6</sup> die te dezer zake als essentiële stellingen moeten worden aangemerkt.

## Onderdeel 2: inleiding

Het hof overweegt in zijn arrest - voor zover voor de onderhavige klacht van belang - onder meer als volgt:

“3.5 (...) De Wijzigingsbedingen moeten worden getoetst aan de open norm van art. 6:233, aanhef en onder a, BW. Indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn is hij gehouden het beding te vernietigen (zie HR 13 september 2013, rov. 3.73; ECLI:NL:HR:2013:691 *Heesakkers/ Voets*).

(...)

3.10 Het enkele feit dat niet voldaan is aan het transparantievereiste maakt de Wijzigingsbedingen nog niet oneerlijk. Art. 3 lid 1 Richtlijn bepaalt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd “indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en

<sup>3</sup> Zie de voetnoten 1 en 2 hiervoor.

<sup>4</sup> Vgl. rov. 5.18 van het eindvonnis van de rechtbank d.d. 11 november 2015.

<sup>5</sup> Zie de voetnoten 1 en 2 hiervoor.

<sup>6</sup> Zie voetnoot 2 hiervoor.

verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”. In het kader van de beoordeling van het ‘oneerlijke’ karakter is van wezenlijk belang dat voldaan is aan het transparantievereiste (...).

(...)

3.20 Uit het voorgaande volgt dat grief 1 in principaal appel slaagt maar niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kan leiden (...).”

## Onderdeel 2: klacht

De zojuist geciteerde overwegingen van het hof geven blijk van een verkeerde rechtsopvatting, omdat het hof daarmee miskent dat schending van het transparatievereiste van Richtlijn 93/13/EEG en/of van art. 6:238 lid 2 BW, eerste volzin, op zichzelf al tot rechtsgevolg heeft dat het betreffende beding de consument niet bindt (art 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG) en/of dat dat beding door de rechter moet worden vernietigd.

Althans heeft het hof miskend dat schending van het transparatievereiste van Richtlijn 93/13/EEG en/of van art. 6:238 lid 2 BW, eerste volzin, op zichzelf al (een gezichtspunt) van doorslaggevende betekenis moet of kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk wordt beschouwd (art 3 Richtlijn 93/13/EEG) en/of onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, met als rechtsgevolg dat het betreffende beding de consument niet bindt (art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG) en/of dat dat beding door de rechter moet worden vernietigd.

## Redenen waarom:

De Stichtingen:

(1) de Hoge Raad verzoeken het principale cassatieberoep van ABN AMRO te verwerpen; alsmede

(2) vorderen dat de Hoge Raad het bestreden arrest op grond van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep vernietigt;

een en ander met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad zal vermenen te behoren, mede ten aanzien van de kosten.

De Stichtingen vorderen voorts dat de aan hen toekomende proceskostenveroordeling wordt vermeerderd met de wettelijke rente daarover, voor zover ABN AMRO de proceskosten niet heeft voldaan binnen veertien dagen na de datum van het arrest van de Hoge Raad.

Advocaat