

**HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

Datum : 31 augustus 2018

Zaaknr. : 18/01151

**SCHRIFTELIJKE TOELICHTING**

**van mr. D. Rijpma**

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

verweester in het incidenteel cassatieberoep

advocaat: mr. F.E. Vermeulen

---

1 Inleiding

Het springende punt in deze cassatiezaak is - zowel in het principale als in het incidentele beroep<sup>1</sup> - de vraag of schending van het transparantievereiste - welke schending hoe dan ook een belangrijk gezichtspunt is - zonder meer van doorslaggevende betekenis kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk wordt beschouwd en/of onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, met als rechtsgevolg dat het betreffende beding de consument niet bindt en/of dat dat beding door de rechter moet worden vernietigd.

---

<sup>1</sup> Zie klachtonderdeel B (§§ 3.8-3.15 en 4.27-4.49) en - zijdelings - klachtonderdeel D (§§ 3.18-3.19 en 4.58-4.63) van het principale cassatiemiddel; alsmede onderdeel 2 van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel.

## 2 Uitgangspunten

Voor een relaas van de relevante feiten kan worden volstaan met te verwijzen naar de rov. 3.1.1 t/m 3.1.12.10 van 's hofs arrest. De §§ 1 en 2 van de procesinleiding in cassatie van de bank bevatten geen klachten, maar vertogen die in cassatie naar mijn mening als van feitelijke aard moeten worden beschouwd, nu daarin mede stellingen worden geponeerd betreffende feiten die door het hof niet zijn vastgesteld, terwijl daarvan niet duidelijk wordt of die stellingen in cassatie moeten dienen als hypothetische feitelijke grondslag. Ik zal daaraan in deze toelichting daarom geen aandacht besteden.

## 3 Het transparantievereiste

3.1 Vooropgesteld zij dat het transparantievereiste van het allergrootste belang is. Dat blijkt al daaruit dat het vereiste dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd van toepassing is, zélf s als een beding valt onder het begrip 'eigenlijk voorwerp van de overeenkomst' of onder het begrip 'gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten' in de zin van artikel 4 lid 2 van richtlijn 93/13/EEG.<sup>2</sup> De in die bepaling bedoelde bedingen ontsnappen immers - in de woorden van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het 'Hof') - enkel aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter voor zover de bevoegde nationale rechter, na een beoordeling per geval, oordeelt dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.<sup>3</sup> Zelf s van de in artikel 4 lid 2 van richtlijn 93/13/EEG bedoelde bedingen moet dus steeds worden beoordeeld of die bedingen eventueel oneerlijk zijn indien zou worden vastgesteld dat zij niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.<sup>4</sup>

In dit verband is van belang dat het transparantievereiste is opgenomen in artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG, volgens hetwelk schriftelijke contractuele bedingen 'steeds' duidelijk en begrijpelijk moeten worden opgesteld. In de 20<sup>ste</sup> overweging van de considerans van richtlijn 93/13/EEG wordt in dit verband verduidelijkt dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen van de overeenkomst. Dat onderstreept nog eens dat het vereiste dat bedingen duidelijk en begrijpelijk worden opgesteld in élk geval van toepassing is, zélf s wanneer een beding onder artikel 4 lid 2 van richtlijn 93/13/EEG valt en het oneerlijke karakter ervan dus niet kan worden beoordeeld als bedoeld in artikel 3 lid 1 van die richtlijn.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Zie HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355, punt 68; HvJEU 20 september 2017 (Andriciuc), ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248, punt 43; HvJEU 22 februari 2018 (Lupean), ECLI:EU:C:2018:103, punt 23; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 28.

<sup>3</sup> Zie HvJEU 3 juni 2010 (Caja de Ahorros), ECLI:EU:C:2010:309, NJ 2010/555, punten 32 en 39; en HvJEU 20 september 2017 (Andriciuc), ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248, punt 43; HvJEU 22 februari 2018 (Lupean), ECLI:EU:C:2018:103, punt 23; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 28.

<sup>4</sup> Zie HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355, punt 61; en HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, RCR 2015/37, punt 72.

<sup>5</sup> En bijgevolg heeft dit in artikel 4 lid 2 van richtlijn 93/13/EEG opgenomen vereiste dezelfde draagwijdte als het in artikel 5 van die richtlijn bedoelde vereiste. Zie HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282,

- 3.2 Niet alleen is het transparantievereiste in élk geval van toepassing, het kan ook zonder meer doorslaggevend zijn. In de zaak die leidde tot HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213 stond door een uitspraak van het *Tribunal Supremo* vast dat zekere bodemrentebedingen als zodanig rechtmatig waren, dat zij voldeden aan objectieve gronden, dat zij niet ongewoon of buitensporig waren, en dat de markt van hypothecair krediet het gebruik ervan langdurig heeft gedoogd. Niettemin was volgens het *Tribunal Supremo* niet voldaan aan het materiële transparantievereiste, voor zover de betrokken bankinstellingen dergelijke informatie bij het afsluiten van de leningsovereenkomsten waarin bodemrentebedingen waren opgenomen, niet aan de consumenten hadden verstrekt. Bijgevolg heeft het *Tribunal Supremo* onderzocht of die bedingen eventueel oneerlijk waren, aan de hand van de in artikel 3 lid 1, artikel 4 lid 1 en artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG neergelegde algemene criteria van goede trouw, evenwicht en transparantie, en heeft het deze bedingen nietig verklaard vanwege gebrek aan transparantie door ontoereikende informatie aan kredietnemers over de concrete gevolgen van hun praktische toepassing.<sup>6</sup> De rechters die de hierboven bedoelde zaak naar het Hof verwezen, oordeelden (onder meer) dienovereenkomstig. Het Hof overwoog naar aanleiding van die beslissingen dat het onderzoek naar het oneerlijke karakter, in de zin van artikel 3 lid 1 van richtlijn 93/13/EEG, van een contractueel beding dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, valt binnen de werkingssfeer van deze richtlijn in het algemeen, en van artikel 6 lid 1 daarvan in het bijzonder, wanneer de consument vóór de sluiting van het contract niet over de benodigde informatie over de contractuele voorwaarden en de gevolgen van de sluiting ervan beschikte.<sup>7</sup>
- 3.3 Het Hof heeft benadrukt dat het feit dat bedingen van overeenkomsten formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn, niet volstaat om te voldoen aan het vereiste van transparantie van die bedingen, maar dat, integendeel, het vereiste dat bedingen van overeenkomsten duidelijk en begrijpelijk geformuleerd, en derhalve transparant zijn, ruim moet worden opgevat, aangezien het door richtlijn 93/13/EEG uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie dan laatstgenoemde beschikt.<sup>8</sup>
- 3.4 Derhalve moet het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, aldus worden begrepen dat het ook gebiedt dat in de overeenkomst de

---

*NJ* 2014/355, punten 67-69; en HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, punten 49 en 51.

<sup>6</sup> HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, punten 21 en 24.

<sup>7</sup> HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, punt 51.

<sup>8</sup> Zie HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, *NJ* 2012/404, punt 33; HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375, punt 41; HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, punten 39, 69, 71 en 72; HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR* 2015/37, punt 73; HvJEU 9 juli 2015 (Bucura) ECLI:EU:C:2015:447, punt 52; HvJEU 20 september 2017 (Andriciuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, punt 44; HvJEU 22 februari 2018 (Lupean), ECLI:EU:C:2018:103, punt 24; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 29.

concrete werking van het mechanisme waarop het beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.<sup>9</sup> Het Hof acht deze materiële begrijpelijkheid zelfs van wezenlijk belang met het oog op de naleving van het transparantievereiste.<sup>10</sup>

- 3.5 In dit verband merk ik met betrekking tot wijzigingsbedingen op dat het voorgaande volgens het Hof volgt uit de artikelen 3 en 5 alsmede uit de punten 1 sub j en l, en 2 sub b en d, van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG.<sup>11</sup>

De wijzigingsgrond moet dan ook met zoveel woorden in het beding zijn genoemd. Als dat niet het geval is, is het beding naar zijn aard alleen al om die reden oneerlijk! De reden waarom de overeenkomst kan worden gewijzigd, moet voor de consument duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Deze verplichting volgt volgens het Hof reeds uit artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG, waarin is bepaald dat alle schriftelijk opgestelde bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd. Naar de letter en de geest van punt 1 sub j van de bijlage volstaat daartoe niet dat het beding slechts het algemene begrip 'geldige reden' herhaalt. De mogelijke reden dient integendeel in voldoende transparante vorm in het beding te zijn opgenomen,<sup>12</sup> en dat betekent dus - het zij in dit verband herhaald - dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.<sup>13</sup>

- 3.6 Dit een en ander moet door de verwijzende rechter worden onderzocht op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en de informatie die door de verkoper (kredietgever) in het kader van de onderhandelingen over een (lenings)overeenkomst worden verstrekt.<sup>14</sup> Het gaat daarbij om alle omstandigheden waarvan de verkoper (kredietgever) kennis had op het moment waarop de betreffende

<sup>9</sup> Zie HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, punt 75; HvJEU 23 april 2015 (Van Hove), ECLI:EU:C:2015:262, *RAV* 2015/70, *RCR* 2015/52, punten 41 en 50; HvJEU 20 september 2017 (Andriuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, punten 45, 47 en 50; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 32 en 35.

<sup>10</sup> Zie HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR* 2015/37, punt 74.

<sup>11</sup> Zie HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, *NJ* 2012/404, punten 24, 26 en 28; en HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375, punt 49.

<sup>12</sup> Zie punt 87 van de conclusie van de advocaat-generaal Trstenjek d.d. 6 december 2011 voor HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10.

<sup>13</sup> Zie HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, punt 75; HvJEU 23 april 2015 (Van Hove), ECLI:EU:C:2015:262, *RAV* 2015/70, *RCR* 2015/52, punten 41 en 50; HvJEU 20 september 2017 (Andriuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, punten 45, 47 en 50; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 32 en 35.

<sup>14</sup> Zie HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR* 2015/37, punt 75; en HvJEU 20 september 2017 (Andriuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, punt 46.

overeenkomst werd gesloten, en die naar hun aard van invloed zijn op de latere uitvoering van de overeenkomst, met name wanneer het gaat om de waardering van een contractuele bepaling die tot een onevenwichtigheid tussen de partijen zou kunnen leiden die zich pas tijdens die uitvoering manifesteert.<sup>15</sup>

- 3.7 Meer in het bijzonder is het aan de nationale rechter, wanneer hij alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking neemt, om na te gaan of in de betrokken zaak aan de consument alle gegevens zijn meegedeeld die van invloed kunnen zijn op de omvang van zijn verbintenis en op grond waarvan hij met name de totale kosten van zijn lening kan ramen. Een beslissende rol bij die beoordeling spelen (1) de vraag of de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zodat een gemiddelde consument, namelijk een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument, aan de hand daarvan die kosten kan ramen en (2) de omstandigheid dat de kredietovereenkomst niet de gegevens bevat die, gelet op de aard van de goederen of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, essentieel worden geacht.<sup>16</sup>
- 3.8 Overigens is het volgens vaste rechtspraak van het Hof voor een consument van wezenlijk belang dat hij, vóór sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van die overeenkomst. Hij zal met name op basis van de aldus verkregen informatie beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd.<sup>17</sup>
- 3.9 Samengevat: Uit de hiervoor besproken jurisprudentie van het Hof blijkt dat het Hof en zijn Parket het transparantievereiste van het allergrootste belang achten, zozeer dat schending van dat vereiste - welke schending hoe dan ook een belangrijk gezichtspunt is - zonder meer van doorslaggevende betekenis kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk wordt beschouwd en/of onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, met als rechtsgevolg dat het betreffende beding de consument niet bindt en/of dat dat beding door de rechter moet worden vernietigd.<sup>18</sup> Het Hof acht het van

<sup>15</sup> Zie HvJEU 22 februari 2018 (Lupean), ECLI:EU:C:2018:103, punt 27.

<sup>16</sup> Zie HvJEU 9 juli 2015 (Bucura), ECLI:EU:C:2015:447, punt 66; en HvJEU 20 september 2017 (Andriuc), ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248, punt 47.

<sup>17</sup> Zie HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, punt 44; HvJEU 23 april 2015 (Van Hove), ECLI:EU:C:2015:262, RAV 2015/70, RCR 2015/52, punt 41; HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/213, punt 50; HvJEU 20 september 2017 (Andriuc), ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248, punt 48; en HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 34.

<sup>18</sup> Zie in die zin ook Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*; *Mon. BW B55*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 23a en met name nr. 33a: “De wet geeft niet aan welke sanctie op niet-naleving van dit transparantiegebod is gesteld. Ik meen dat de sanctionering in principe wordt verzorgd door art. 6:233 sub a BW: een onduidelijke of onbegrijpelijke voorwaarde is voor de consument-wederpartij onredelijk bezwarend en op die grond vernietigbaar. Zie voor Duitsland expliciet § 307 (1) BGB: ‘Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist’; in die zin ook art. II.-9:402 (2) DCFR.” Zie voorts R.H.C. Jongeneel, ‘Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden’ in: Wessels & Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1) 2017/* § 16.2 en met name § 16.3: “De vraag wat de consequentie is als de gebruiker zich bedient van bedingen

wezenlijk belang voor de naleving van het transparantiebeginsel dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten. Gaat het om wijzigingsbedingen, dan volgt dat volgens het Hof uit de artikelen 3 en 5 alsmede uit de punten 1 sub j en l, en 2 sub b en d, van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG. Dat betekent dat ook wijzigingsbedingen zoals die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, niet ontsnappen aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter op grond van het transparantiebeginsel. De wijzigingsgrond moet met zoveel woorden in het beding zijn genoemd. Als dat niet het geval is, is het beding naar zijn aard alleen al om die reden oneerlijk! De reden waarom de overeenkomst kan worden gewijzigd, moet voor de consument duidelijk en begrijpelijk in de overeenkomst zijn geformuleerd. Daartoe volstaat niet dat het beding slechts het algemene begrip 'geldige reden' herhaalt. De mogelijke reden dient integendeel in voldoende transparante vorm in het beding te zijn opgenomen, en dat betekent, zoals gezegd, dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.

#### 4 Bestrijding van onderdeel B van het principale middel

4.1 Onderdeel B is het *pièce de résistance* van het cassatiemiddel van de bank,<sup>19</sup> en het bevat dan ook haar centrale klacht in de §§ 3.9.(i) jo 4.27-4.29 en de §§ 3.13 jo 4.48-4.49 van de procesinleiding. Die klacht luidt - zeer kort samengevat - dat het hof eenzijdig de nadruk zou hebben gelegd op het transparantievereiste, zonder de beoordeling van dat vereiste in te bedden in de inhoudelijke oneerlijkheidstoets van artikel 6:233, aanhef en sub a BW jo. de artikelen 3 lid 1 en 4 lid 1 van de richtlijn 93/13/EEG, waardoor het hof met name niet in aanmerking zou hebben genomen de contractuele bescherming die de leningnemers zouden ontlenen aan hun omzettingsrecht en aan hun beëindigingsrecht.

4.1.1 Deze klacht gaat uit van een verkeerde rechtsopvatting. Zoals in § 3 hiervoor is toegelicht blijkt uit de hiervoor besproken jurisprudentie van het Hof dat het Hof en zijn Parket het transparantievereiste van het allergrootste belang achten, zozeer dat

---

*die onvoldoende duidelijk en begrijpelijk wordt in art. 6:238 lid 2 niet beantwoord. Zowel in het systeem van de richtlijn als in het systeem van afd. 6.5.3 lijkt het meest voor de hand te liggen aan te nemen dat dergelijke bedingen onredelijk bezwarend zijn en dus (in de woorden van de Richtlijn) 'de consument niet binden'. (...) Naar mijn mening dient vernietiging van onduidelijke bedingen het uitgangspunt te zijn en wel op grond van de open norm."*

<sup>19</sup> Vgl. voor die vaststelling naast de §§ 3.8-3.15 en 4.27-4.49 van de procesinleiding die direct betrekking hebben op onderdeel B, ook de §§ 1.5, 1.7, 3.2, 3.18, 3.19 en 4.58-4.63.

schending van dat vereiste - welke schending hoe dan ook een belangrijk gezichtspunt is - zonder meer van doorslaggevende betekenis kan zijn voor het oordeel dat een beding als oneerlijk wordt beschouwd en/of onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, met als rechtsgevolg dat het betreffende beding de consument niet bindt en/of dat dat beding door de rechter moet worden vernietigd.

Het Hof acht het van wezenlijk belang voor de naleving van het transparantievereiste dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.

Voor wijzigingsbedingen zoals die de onderhavige zaak aan de orde zijn, volgt dat volgens het Hof uit de artikelen 3 en 5 alsmede uit de punten 1 sub j en l, en 2 sub b en d, van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG. Dat betekent dat ook deze wijzigingsbedingen, anders dan de bank wil, niet ontsnappen aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter op grond van het transparantiebeginsel, en voorts dat de wijzigingsgrond met zoveel woorden in het beding moet zijn genoemd, hetgeen bij de wijzigingsbedingen *in casu* niet het geval is. In veel gevallen doen de wijzigingsbedingen in deze zaak immers niet meer - en regelmatig minder - dan het algemene begrip 'geldige reden' herhalen. Dat is in geen geval voldoende. Maar ook wijzigingsbedingen die bepalen dat de bank te allen tijde bevoegd is het rentepercentage te wijzigen indien de ontwikkeling van de rente op de geld- en kapitaalmarkt haar daartoe aanleiding geeft (of woorden van gelijke strekking), voldoen niet aan de eis die het Hof stelt, namelijk het criterium dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.

Gegeven de omstandigheid dat de wijzigingsgrond *in casu* ofwel niet met zoveel woorden in de wijzigingsbedingen is genoemd, ofwel niet voldoet aan het criterium dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, is de uitzondering van punt 2 sub b van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG niet van toepassing,<sup>20</sup> zodat niet relevant is dat de leningnemers op grond van of in verband met de wijzigingsbedingen een omzettingsrecht en een beëindigingsrecht zouden hebben.

Gelet op de beoogde afschrikkende werking van richtlijn 93/13/EEG komt het mij geheel terecht voor dat langs deze lijnen korte metten wordt gemaakt met de wijzigingsbedingen van de bank.

---

<sup>20</sup> Zie ook de §§ 51 (sub l), 52 (ad l), 60, 70 (ad 11, laatste blok), en 84; alsmede de pleitnota in appèl van mr. Hoeksma d.d. 20 januari 2017, in het bijzonder § 4.

- 4.1.2 De klacht mist verder feitelijke grondslag. Het hof immers (a) vergelijkt in rov. 3.10 de feitelijke situatie van de leningnemers met de hypothetische situatie waarin de bank de wijziging van de opslag niet met de leningnemers was overeengekomen; (b) gaat in rov. 3.11 in op het standpunt van de bank dat de wijzigingsbedingen geen aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht van de rechten en verplichtingen van partijen opleveren; (c) bespreekt in rov. 3.12 het argument van de bank dat de leningnemers bescherming vinden in een rechterlijke controle op de uitoefening van de wijzigingsbedingen; en (d) maakt in rov. 3.13 korte metten met de stelling van de bank dat de leningnemers ook na de verhoging van de opslag nog steeds het laagste rentetarief betalen en dat de leningnemers door het accepteren van onzekerheid over de tariefhoogte gemiddeld gezien veel goedkoper uit zijn dan wanneer zij kiezen voor een vaste rente.
- 4.2 De klacht vervat in de §§ 3.9.(ii) jo 4.30 van de procesinleiding moet naar mijn mening falen, omdat de omstandigheid dat er destijds geen publiekrechtelijke norm bestond die de bank ertoe verplichtte de leningnemers te informeren over de verschillende kostencomponenten waaruit het opslagpercentage is opgebouwd, er niet aan in de weg staat dat het niet verstrekken van dergelijke informatie bijdraagt aan het oordeel dat de bank het transparantievereiste schond.
- 4.3 De klacht vervat in de §§ 3.9.(iii) jo 4.31-4.32 is regelrecht in strijd met de jurisprudentie van het Hof. Zie § 3 hiervoor en met name de daar vermelde beschikking HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 32 en 35. Daar komt bij dat de klacht feitelijke grondslag mist. In rov. 3.9 van zijn arrest overweegt het hof immers het volgende:

“In de Wijzigingsbedingen en ook in de overige inhoud van de leningdocumentatie is op geen enkele wijze duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden en volgens welke mechanismen de opslag kan worden gewijzigd met als gevolg dat de leningnemer niet op voorhand in staat is gesteld om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hen uit het beding voortvloeien te voorzien.”

Daarmee respondeert het hof in (meer dan) voldoende duidelijke termen op alle stellingen van de bank van de strekking dat zij niets meer of anders aan haar cliënten hoefde mede te delen dan zij deed - en dat was (nagenoeg) niets. De bank lijkt vooral verwarring te willen zaaien door onderscheid te maken tussen de begrippen ‘transparantie’ en ‘inhoud’ van de wijzigingsbedingen, maar dat onderscheid verheldert niets, het wordt ten onrechte door de bank gemaakt, en het moet als een drogreden worden verworpen. Vgl. ook Hijma:

“Het [transparantie]gebod moet ruim worden opgevat. Het ziet (...) ook op inhoudelijke inzichtelijkheid, zodat de consument de gevolgen van het beding kan overzien.”<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*; Mon. BW B55, Deventer: Kluwer 2016, nr. 33a.



De klacht moet dus falen.

4.4 Bij de klacht vervat in de §§ 3.9.(iv) jo 4.33 heeft de bank geen belang, nu het hof de bank daarmee in haar voordeel verder tegemoet is gekomen dan (mogelijk) rechtens toelaatbaar was.

4.5 De klacht van de §§ 3.10 jo 4.34-4.36 mist ten eerste feitelijke grondslag, omdat het hof de in § 4.34 bedoelde stellingen niet ambtshalve heeft bijgebracht. Voor de stelling sub (a) verwijs ik naar bijvoorbeeld naar de blz. 48-74 van de memorie van antwoord van SDB. De opsomming in § 4 op de blz. 73-74 laat alleen al geen andere conclusie toe dan dat de leningnemers niet tevoren zijn geïnformeerd over de werkelijke stand van zaken met betrekking tot de opbouw van het opslagpercentage.<sup>22</sup> Voor de stelling sub (b) geldt dat het hier vooral gaat om een conclusie die het hof op grond van de vaststaande feiten en omstandigheden mocht trekken.

In de tweede plaats is de klacht in strijd met de processuele positie die de bank blijkens § 1.11 van de procesinleiding inneemt, zodat zij bij de klacht geen in rechte te respecteren belang heeft.

Ten derde gaat het bij de door SDB en Euribar ingestelde vorderingen niet om vorderingen als bedoeld in artikel 7 van richtlijn 93/13/EEG en/of als bedoeld in artikel 6:240 BW, zodat er geen redenen zijn waarom het hof niet tot ambtshalve beoordeling van de wijzigingsbedingen zou mogen overgaan.

4.6 De klachten van de §§ 3.12 jo 4.37-4.47 berusten alle op een verkeerde lezing van de rov. 3.8 en 3.9 van 's hofs arrest. In die rechtsoverwegingen oordeelt het hof onmiskenbaar op grond van het materiële transparantievereiste, en niet op grond van de formele en/of grammaticale begrijpelijkheid van de bedingen. De klachten moeten daarom alle falen.

## 5 Bestrijding van onderdeel A van het principale middel

5.1 Onderdeel A gaat in al zijn subonderdelen uit van dezelfde onjuiste rechtsopvatting als onderdeel B, en moet dus eveneens worden verworpen. De schending van het transparantievereiste door de bank is *in casu* door het hof van doorslaggevende betekenis geoordeeld, terwijl het hof bij zijn afweging wel degelijk een aantal andere relevante omstandigheden heeft betrokken; zie de §§ 4.1.1 en 4.1.2 hiervoor. Andere omstandigheden van het geval - met name het bestaan van het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht - zijn dan niet (meer) relevant. Gegeven voorts de omstandigheid dat de wijzigingsgrond *in casu* ofwel niet met zoveel woorden in de wijzigingsbedingen is genoemd, ofwel niet voldoet aan het criterium dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het wijzigingsbeding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, is de uitzondering van punt 2 sub b van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG niet van

<sup>22</sup> Zie ook § 4.28 van, en productie 1 bij de memorie van antwoord van Euribar.

toepassing, zodat ook om die reden niet relevant is dat de leningnemers op grond van of in verband met de wijzigingsbedingen een omzettingsrecht en een beëindigingsrecht zouden hebben; zie § 4.1.1 hiervoor. De desbetreffende stellingen van de bank hebben daarom niet als essentiële stellingen te gelden, met als gevolg dat het hof daaraan in zijn motivering geen aandacht behoefde te besteden. Weliswaar schrijft art. 4 lid 1 van de Richtlijn voor dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen, en weliswaar geeft art. 6:233 sub a BW een open opsomming van soorten van omstandigheden die in de beoordeling moeten worden betrokken, maar daarbij gaat het telkens alleen om de *relevante* omstandigheden van het geval. Stellingen betreffende niet relevante omstandigheden behoeven vanzelfsprekend niet in de afweging te worden betrokken. De in klachtonderdeel A aangevallen oordelen van het hof zijn dus niet onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het onderdeel stelt integendeel motiveringseisen die niet gesteld kunnen worden. De bank vraagt op tal van plaatsen in de vorm van motiveringsklachten in wezen om een hernieuwde beoordeling van haar stellingen en van het bewijsmateriaal, maar een dergelijke beoordeling gaat - ook in een zaak als deze - de taak van de cassatierechter te buiten.<sup>23</sup>

- 5.2 Met betrekking tot de klacht vervat in § 3.7.4.(c) jo 4.21 - waar de bank het hof verwijt dat het is voorbijgegaan aan haar betoog in de §§ 18 en 98-105 van de memorie van grieven, en in § 88 van de pleitnota van haar advocaten in hoger beroep -, merk ik nog het volgende op. De passages in de memorie van grieven hebben geen betrekking op de impact op de financiële sector, althans is het niet onbegrijpelijk dat het hof die stellingen bij de beoordeling van de grieven 1 en 2 niet zo heeft opgevat. Met een dergelijk betoog is de bank pas bij pleidooi in hoger beroep gekomen. In grief 6 verwijst de bank naar hoofdstuk 6 van haar memorie van grieven, en zowel grief 6 als hoofdstuk 6 gaan maar over één ding: de beperking tot werking voor de toekomst van de vernietiging van de wijzigingsbedingen. In dat licht is het vanzelfsprekend dat het hof in rov. 3.21, waar het uitsluitend oordeelt over grief 6, overweegt dat die grief faalt omdat de nationale rechter ingevolge HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/213 de werking van zijn uitspraak niet in de tijd mag beperken.

## 6 Bestrijding van onderdeel C van het principale middel

Onderdeel C bouwt in zijn geheel voort op de onderdelen A en B, en moet daarom eveneens worden verworpen. Zie de §§ 4.1.1, 4.1.2 en 5.1 hiervoor.

---

<sup>23</sup> Vgl.: HR 24 december 1999 (Van den Hemel/Royal), NJ 2000/172, rov. 3.4.

7 Bestrijding van onderdeel D van het principale middel

Onderdeel D bevat een rechtsklacht die - wat er verder zij van 's hofs in het onderdeel aangevallen oordelen - in al zijn subonderdelen uitgaat van een verkeerde rechtsopvatting, en die daarom moet worden verworpen. Zie de §§ 3 en 4.1.1 hiervoor.<sup>24</sup>

8 Bestrijding van onderdeel E van het principale middel

8.1 Onderdeel E heeft in al zijn subonderdelen betrekking op een oordeel van feitelijke aard. Het miskent de grenzen van hetgeen in cassatie nog aan de orde kan komen. Het aangevallen oordeel is niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Voor het overige gaan de klachten uit van motiveringseisen die niet kunnen worden gesteld aan oordelen die - zoals de onderhavige - berusten op de uitleg en waardering van gegevens van feitelijke aard. Zij vragen in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen van de bank en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat.<sup>25</sup>

8.2 Overigens heeft de bank bij deze klacht geen belang, gegeven de omstandigheid dat de wijzigingsgrond *in casu* niet met zoveel woorden in de wijzigingsbedingen is genoemd. De uitzondering van punt 2 sub b van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG is bij die stand van zaken immers niet van toepassing. Zie de §§ 3 en 4.1.1 hiervoor.

9 Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep

9.1 Ter zake van onderdeel 1 van het voorwaardelijk incidentele middel merk ik nog het volgende op. 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>26</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*").<sup>27</sup> De Bank heeft weliswaar aangegeven dat Leningnemers bevoegd waren de leningen vervroegd af te lossen of over te stappen naar een ander renteregime, maar deze mogelijkheden onderscheiden zich wezenlijk van het recht op ontbinding dat artikel 6:236, aanhef en sub i BW heeft willen garanderen. Waarom dat zo is, is kernachtig verwoord in de §§ 3.12 t/m 3.17 van de memorie van antwoord tevens houdende

<sup>24</sup> De bank weet zelf ook dat het Hof in ieder geval sedert HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, NJ 2012/404 een andere koers vaart dan de bank wenselijk vindt. Zie de §§ 85 en 86 van de memorie van grieven van de bank, alsmede in reactie daarop in het bijzonder § 13 van de pleitnota in appèl van mrs. Koopman en De Vaan d.d. 20 januari 2017.

<sup>25</sup> Vgl.: HR 24 december 1999 (Van den Hemel/Royal), NJ 2000/172, rov. 3.4.

<sup>26</sup> Vgl. rov. 5.18 van het eindvonnis van de rechtbank d.d. 11 november 2015.

<sup>27</sup> Zie subonderdeel 1.2 van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel.

memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel van de Stichting Euribar, die ik daarom hier citeer:

“3.12 De mogelijkheid om de lening vervroegd af te lossen is niets meer dan een bevoegdheid van de Leningnemer om zijn verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst vervroegd na te komen. Een recht om de eigen verplichtingen vervroegd na te komen is het *tegenovergestelde* van een bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden. Vervroegde nakoming door de Leningnemers is per definitie voordeliger voor de Bank, terwijl dat bij ontbinding genuanceerder ligt.

3.13 Wanneer Leningnemers werkelijk het door artikel 6:236, aanhef en sub i BW voorgeschreven recht van ontbinding zouden hebben gehad en uitgeoefend, zouden de geldleningsovereenkomsten vanaf het moment van die ontbinding ophouden te bestaan. Op grond van artikel 6:271 BW zouden over en weer ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan. De Bank zou in dat geval geen aanspraak meer kunnen maken op alle voorwaarden uit de leningsovereenkomsten, maar in plaats daarvan nakoming van de nieuw ontstane ongedaanmakingsverbintenissen moeten vorderen. Zodoende zou de Bank te maken krijgen met de proces- en incassorisico's die inherent zijn aan het eisen van nakoming van een dergelijke verbintenis.

3.14 Door Leningnemers niet het recht op ontbinding te geven maar enkel een recht op vervroegde nakoming, heeft de Bank zich het comfort toegekend dat Leningnemers niet op een andere wijze van hun verbintenissen jegens de Bank kunnen worden bevrijd dan door nakoming. De onderhandelingspositie van een Leningnemer die, zonder boetes en kosten, zijn lening heeft kunnen *ontbinden* is een stuk steviger dan die van een Leningnemer die (totdat de lening is afgelost of de voorwaarden zijn gewijzigd) gehouden is maand na maand braaf de door de Bank vastgestelde rente af te dragen. De stelling dat de bevoegdheid tot vervroegde nakoming gelijk zou zijn aan het recht de overeenkomst te ontbinden, dient daarom te worden verworpen.

3.15 In dit kader heeft de Bank eveneens gesteld dat de Leningnemers de bevoegdheid hadden om een ander renteregime te kiezen wanneer de prijzen van de Euribar-hypotheeken werden verhoogd. Ook dit zou, zo betoogt de Bank, gelijk zijn aan het recht de overeenkomst te ontbinden. Dit betoog kan geen stand houden.

3.16 De Bank heeft liever dat Leningnemers hun leningsvoorwaarden wijzigen (meer specifiek: een ander renteregime kiezen) dan dat zij hun leningsovereenkomsten ontbinden. In het eerste geval kan de Bank er in elk geval nog van uitgaan dat de Leningnemers de openstaande hoofdsom aflossen, en zijn amper aanvullende administratieve handelingen nodig. De Bank hoeft bij de hier bedoelde wijziging van de leningsvoorwaarden ook niet te concurreren met andere aanbieders: de opbrengsten uit hoofde van de (al dan niet gewijzigde) leningsovereenkomst zouden hoe dan ook toekomen aan de Bank. De Bank is in dit scenario in wezen monopolist. Het economische risico voor de Bank is bij een 'overstap binnen de Bank' minimaal. Een ontbinding daarentegen brengt voor de Bank stevige risico's met zich, zoals hiervoor al werd toegelicht. Ook om deze redenen kan het recht om te kiezen voor een ander renteregime niet gelijk gesteld worden aan het recht van ontbinding.

3.17 Tot slot is er in de wettekst expliciet opgenomen dat het bij een ontbindingsbevoegdheid ook werkelijk om ontbinding moet gaan, en dat niet ook andere vormen van contractsbeëindiging onder het begrip 'ontbinding' worden geschoven. Artikel 6:236, aanhef en sub b BW verwijst zelfs expliciet naar de *"bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld"*. De toevoeging *"zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld"* is - hoogstwaarschijnlijk om redenen van leesbaarheid -

achterwege gelaten in bijvoorbeeld de onderdelen e. en i. van hetzelfde artikel. Dat de wetgever niettemin bewust het (wettelijk gedefinieerde) begrip *ontbinding* heeft gekozen, volgt ook uit de omstandigheid dat in andere onderdelen over *opzegging* (artikel 6:236 sub j en o tot en met r BW) of *beëindiging* (artikel 6:237 sub i BW) wordt gesproken.”

9.2 Onderdeel 2 is voldoende toegelicht met de §§ 3 en 4.1.1 hiervoor.

### Jurisprudentie

- HvJEU 22 februari 2018 (Lupean), ECLI:EU:C:2018:103, punt 23, 24, 27  
HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 28, 29, 32, 34, 35  
HvJEU 20 september 2017 (Andriciuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, punt 43, 44, 45, 47, 48, 50  
HvJEU 21 december 2016 (Gutiérrez Naranjo), ECLI:EU:C:2016:980, *NJ* 2017/213, punten 21, 24, 49, 50, 51.  
HvJEU 9 juli 2015 (Bucura) ECLI:EU:C:2015:447, punt 52, 66  
HvJEU 23 april 2015 (Van Hove), ECLI:EU:C:2015:262, *RAV* 2015/70, *RCR* 2015/52, punten 41, 50  
HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR* 2015/37, punten 72, 73, 74, 75  
HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, punten 39, 61, 67-69, 71, 72, 75  
HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375, punt 41, 44, 49  
HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, *NJ* 2012/404, punt 24, 26, 28, 33  
HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, CAG 6 december 2011, punt 87  
HvJEU 3 juni 2010 (Caja de Ahorros), ECLI:EU:C:2010:309, *NJ* 2010/555, punten 32, 39  
  
HR 24 december 1999 (Van den Hemel/Royal), *NJ* 2000/172, rov. 3.4

### Literatuur

- Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden; Mon. BW B55*, Deventer: Kluwer 2016, nrs. 23a en 33a  
R.H.C. Jongeneel, 'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden' in: Wessels & Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden (R&P nr. CA1) 2017/§§ 16.2 en 16.3*