

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Datum : 28 september 2018

Zaaknr. : 18/01151

SCHRIFTELIJKE DUPLIEK

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

- 1.1 De bank benadert deze zaak geheel *in abstracto*, en gaat voorbij aan de omstandigheid dat veel van de wijzigingsbedingen in deze zaak *in concreto* niet meer - en regelmatig minder - doen dan het algemene begrip 'geldige reden' herhalen. Dat is in geen geval voldoende transparant. 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 bedingen met woorden van gelijke strekking), voldoen in de verste verte niet aan de eisen die het Hof van Justitie stelt. Als wijzigingsbedingen in termen van transparantie zó ver onder de maat blijven als *in casu* het geval is, dan hebben de als compensatie door de bank naar voren geschoven opzeggings- en wijzigingsbevoegdheden geen reële betekenis meer, omdat de klant zonder een adequate voorlichting over het volledig open geformuleerde wijzigingsbeding én geen idee heeft of zelfs maar kán hebben van het moment waarop die opzeggings- en wijzigingsbevoegdheden *in concreto* in het spel

zouden kunnen komen, én niet kan overzien wat hem te wachten staat wanneer hij van één van die bevoegdheden gebruik zou maken.

- 1.2 De bank wil in feite van de koers van het Hof van Justitie niet weten. Zij verkoopt haar standpunt onder het mom van grotere contractsvrijheid ('flexibiliteit') voor banken én hun klanten (sic), gepaard aan in het geheel niet onderbouwde kwalificaties van het door de bank aangevallen arrest als: 'een bom onder het bedrijfsleven', 'disruptief', 'desastreus', 'gevaarlijk', 'onwerkbaar', 'een dreiging boven de markt' en 'een ongehoord ernstige inbreuk op de rechtszekerheid met zeer verstrekkende gevolgen', én onder verwijzing naar de omstandigheid dat veel leveranciers hun wijzigingsbedingen maar niet aanpassen aan het geldende recht. De bank wil in ieder geval dat er voor haar een uitzondering wordt gemaakt op het materiële transparantievereiste zoals het Hof dat heeft vormgegeven. Geheel "*open geformuleerde wijzigingsbedingen*" - dat zijn dus wijzigingsbedingen die de klant geen énkél houvast bieden - moeten "*wel degelijk geldig kunnen zijn*", opdat de bank de gevolgen van het gebrek aan transparantie waarvoor zij zélf verantwoordelijk is, kan afwentelen op haar klanten. De stichtingen en hun achterban vinden de opstelling waarvan de bank hier blijk geeft, teleurstellend, met name ook in maatschappelijk opzicht.
- 1.3 Om redenen van het voorgaande noopt de toelichting van de bank tot een reactie die omvangrijker is dan doorgaans het geval is bij een dupliek in cassatie. Deze dupliek zal daarbij - ook anders dan veelal geschiedt - de toelichting van de bank niet op de voet volgen. Begonnen wordt (in de §§ 2.1 t/m 2.7 hierna) met dat deel van de toelichting van de bank dat naar de mening van mijn opdrachtgevers en van mijzelf de kern van de zaak betreft, te weten § 6.1. Wat daar wordt betoogd, is rehtens onjuist. Is dat eenmaal helder, dan blijkt de rest van de toelichting van de bank als een kaartenhuis in te storten. In de §§ 2.8-2.11 wordt ingegaan op een aantal onderdelen van de §§ 6.2 t/m 6.6 van de toelichting van de bank. In § 3 worden de hoofdstukken 2, 3, 4, 5 en 7 van de toelichting van de bank kort besproken.

2 Richtlijn 93/13/EEG en het Hof van Justitie

- 2.1 In § 99 van de toelichting van de bank wordt betoogd dat de rechtspraak van het Hof betreffende transparantie ziet op twee fundamenteel verschillende vragen, namelijk (1) op de vraag welke betekenis transparantie heeft bij de uitvoering van de oneerlijkhedsbeoordeling; en (2) op de vraag of er sprake is van een kernbeding dat al dan niet transparant is. In § 100 wordt vervolgens erkend dat het begrip transparantie voor beide rechtsvragen dezelfde betekenis heeft. Het Hof zegt hierover immers dat het in art. 4 lid 2 richtlijn 93/13/EEG opgenomen vereiste dezelfde draagwijdte heeft als het in art. 5 van die richtlijn bedoelde vereiste. In § 101 wordt vervolgens gesteld dat dat niet betekent dat het begrip transparantie in beide gevallen ook dezelfde functie heeft. Bij vraag (1) zou het begrip transparantie één van de toetsingselementen zijn bij de oneerlijkhedsbeoordeling. Bij vraag (2) zou het een zelfstandig vereiste zijn dat

direct bepalend is voor de toepasselijkheid van de uitzondering. En in § 102 wordt dan betoogd dat:

“[h]et Hof van Justitie (...) daarom in arresten over transparantie soms wel naar andere toetsingselementen (bij vraag 1) [verwijst], en bij andere gevallen niet (bij vraag 2). Alleen bij de uit te voeren oneerlijkhedenbeoordeling is er plaats voor het meewegen van andere elementen zoals bedoeld in artikel 4 lid 1 Richtlijn. Immers, bij de beantwoording van de vraag of een kernbeding voldoende transparant is, staat het transparantievereiste volgens artikel 4 lid 2 Richtlijn op zichzelf.”

Aan de hand van de aldus gecreëerde tweedeling worden daarna in de §§ 103-107 de uitspraken van het Hof verdeeld in uitspraken die wel en uitspraken die niet relevant zouden zijn voor de invulling van de oneerlijkheidstoets. De uitspraken die niet relevant zouden zijn voor de oneerlijkheidstoets zijn volgens de bank de uitspraken *Matei*, *Kásler*, *Van Hove*, *Bucura*,¹ *Naranjo* en *Andriciu*.

- 2.2 De bedoeling van deze tweedeling is natuurlijk om de zojuist vermelde uitspraken buiten de deur te houden bij de beoordeling van wijzigingsbedingen zoals die in de onderhavige zaak aan de orde zijn. Aan de hand van HvJEU 26 februari 2015 (*Matei*), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR 2015/37* kan evenwel worden gedemonstreerd waarom dat resultaat niet kan worden bereikt.
- 2.3 Het Hof overweegt in het zojuist genoemde arrest dat art. 4 lid 2 richtlijn 93/13/EEG strikt moet worden uitgelegd omdat die bepaling een uitzondering vormt op de inhoudelijke toetsing van oneerlijke bedingen waarin de door die richtlijn ingevoerde consumenten- beschermingsregeling voorziet (rov. 49). Het Hof overweegt vervolgens dat de begrippen ‘eigenlijk voorwerp van de overeenkomst’ en ‘gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten’ in art. 4 lid 2 van de richtlijn autonoom en uniform moeten worden uitgelegd (rov. 50), en voorts dat het in zijn rechtspraak voor de uitlegging van die begrippen criteria heeft vastgesteld die precies rekening houden met het eigen doel van de richtlijn, te weten de lidstaten verplichten te voorzien in een mechanisme dat verzekert dat het eventueel oneerlijke karakter van contractuele bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, kan worden getoetst met het oog op de bescherming die aan de consument moet worden verleend omdat hij zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan laatstgenoemde beschikt (rov. 51). Daarna stelt het Hof vast dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of bedingen die de kredietgever onder bepaalde voorwaarden machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen en bedingen die voorzien in een ‘risicoprovisie’ voor die kredietgever al dan niet vallen onder de uitzondering van art. 4 lid 2 van de richtlijn (rov. 52). In dat verband merkt het Hof op dat de verwijzende rechter zelf zich moet uitspreken over de kwalificatie van die bedingen, maar dat het Hof bevoegd is om de

¹ *Bucura* wordt overigens ook vermeld in het rijtje van wél relevante uitspraken.

criteria aan te duiden die de nationale rechter kan of moet toepassen wanneer hij de contractuele bedingen aan (art. 4 lid 2 van) de richtlijn toetst (rov. 53).

Over die criteria overweegt het Hof dan als volgt. De eerste categorie van contractuele bedingen, die onder het begrip ‘eigenlijk voorwerp van de overeenkomst’ vallen, betreft die bedingen die de kern van de prestaties van die overeenkomst bepalen en als dusdanig die overeenkomst kenmerken. Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen daarentegen niet onder het begrip ‘eigenlijk voorwerp van de overeenkomst’ vallen (rov. 54). Ook de tweede categorie van bedingen waarvan het eventueel oneerlijke karakter niet mag worden beoordeeld, heeft een beperkte toepassing, omdat zij alleen de gelijkwaardigheid betreft van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten. Die uitsluiting valt te verklaren door het feit dat er geen tabellen of juridische criteria bestaan die de toetsing van die gelijkwaardigheid kunnen omlijnen en sturen (rov. 55). Na de bespreking van deze criteria concludeert het Hof dat bedingen betreffende de door de consument aan de kredietgever verschuldigde tegenprestatie, of bedingen die invloed hebben op de werkelijke prijs die door de consument aan de kredietgever moet worden betaald, in beginsel niet tot de tweede categorie van bedingen behoren (behalve met betrekking tot de vraag naar de gelijkwaardigheid van enerzijds het in de overeenkomst vastgelegde bedrag van de tegenprestatie of de prijs, en anderzijds de door de kredietgever als tegenprestatie verrichte dienst) (rov. 56).

Daarna gaat het Hof over tot een generieke beoordeling van bedingen die de kredietgever onder bepaalde voorwaarden machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen. Het Hof begint met de geheel generieke vaststelling dat verschillende gegevens erop wijzen dat dergelijke bedingen niet onder de uitzondering van art. 4 lid 2 van de richtlijn vallen (rov. 57). Het Hof herinnert eraan dat het eerder al heeft geoordeeld dat een soortgelijk beding inzake een aanpassingsmechanisme van de kosten van de aan de consument te verstrekken diensten niet onder art. 4 lid 2 richtlijn 93/13/EEG valt (rov. 58).² Vervolgens stelt het Hof vast dat bedingen die de kredietgever machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen, uitdrukkelijk worden vermeld in punt 1 sub j van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG, dat overeenkomstig art. 3 lid 3 van die richtlijn een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, en dat punt 2 sub b van die bijlage de voorwaarden vaststelt waaronder dat punt 1 sub j, niet in de weg staat aan dergelijke bedingen (rov. 59). Het Hof concludeert dan dat het, gelet op het met de bijlage bij de richtlijn nagestreefde doel, namelijk een ‘grijze lijst’ opstellen van bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd, grotendeels zinloos zou zijn om in die bijlage bedingen op te nemen als die welke de kredietgever machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen, indien de beoordeling van het eventueel oneerlijke karakter van die bedingen a priori was uitgesloten op grond van art. 4 lid 2 van richtlijn 93/13/EEG (rov. 60). Het Hof gaat echter nog een stap verder en beoordeelt de toepasselijke Roemeense wettelijke regeling (rov. 61-62) En tenslotte oordeelt het Hof (onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter) dat de bedingen die de kredietgever *in casu* onder

² HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, NJ 2012/404, rov. 23.

bepaalde voorwaarden machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen, ook niet onder de uitzondering van art. 4 lid 2 van de richtlijn vallen, omdat uit het dossier waarover het Hof beschikt kan worden opgemaakt dat het oneerlijke karakter van die bedingen is aangevoerd *“wegens de voorwaarden en criteria voor die wijziging door de kredietgever, in het bijzonder de reden dat er ‘grote schommelingen’ op de geldmarkt zijn”* (rov. 63).

Omtrent bedingen die voorzien in een ‘risicoprovisie’ overweegt het Hof dat die op grond van verschillende gegevens niet tot een van de twee categorieën uitsluitingen van art. 4 lid 2 richtlijn 93/13/EEG behoren (rov. 64-71). Ik zie er vanaf om ook dat oordeel hier weer te geven. Van groot belang is echter rov. 72 van ’s Hofs arrest:

“Ten slotte moet ervan worden uitgegaan dat indien de verwijzende rechter op grond van de door het Hof in antwoord op de prejudiciële vraag verstrekte gegevens tot de conclusie zou komen dat de betrokken bedingen niettemin tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren of in feite worden bestreden om redenen die verband houden met de gelijkwaardigheid van de prijs of de vergoeding, dit niet wegneemt dat in ieder geval moet worden beoordeeld of die bedingen eventueel oneerlijk zijn indien zou worden vastgesteld dat zij niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, hetgeen de verwijzende rechter ook dient na te gaan (zie in die zin arrest *Kásler en Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, punt 61).”³

- 2.4 Volgens het Hof wordt dus eerst de vraag beantwoord of een beding al dan niet een kernbeding is. Is het beding een kernbeding, dan moet vervolgens in ieder geval worden beoordeeld of het beding eventueel oneerlijk is indien zou worden vastgesteld dat het niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Het Hof verbindt hier dus het transparantievereiste nadrukkelijk met de oneerlijkheidstoets, en wel in bewoordingen die erop duiden dat een beding (kernbeding of niet) al oneerlijk is omdat het niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. In het laatste deel van de dragende overwegingen van zijn arrest (rov. 73-77) gaat het Hof dan ook over tot de bespreking van de vraag of *in casu* aan het transparantievereiste is voldaan, in verband met de vraag of de betreffende bedingen eventueel oneerlijk zijn indien zou worden vastgesteld dat zij niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Het Hof overweegt daar als volgt:

“73 In dat verband zij eraan herinnerd dat het feit dat contractuele bedingen formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn, niet volstaat om te voldoen aan het vereiste van transparantie van die bedingen dat is neergelegd in de art. 4, lid 2, en 5 van richtlijn 93/13, die overigens formeel en grammaticaal dezelfde draagwijdte hebben (zie in die zin arrest *Kásler en Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, punten 69 en 71).”⁴

74 Met name uit de art. 3 en 5 van richtlijn 93/13 en de punten 1, onder j) en l), en 2, onder b) en d), van de bijlage bij die richtlijn volgt dat het met het oog op de naleving van het vereiste van transparantie van wezenlijk belang is te weten of in de leningsovereenkomst de reden voor en de bijzonderheden van het aanpassingsmechanisme van de rente en

³ Onderstreping toegevoegd (DR).

⁴ Onderstreping toegevoegd (DR).

de verhouding tussen dat beding en andere bedingen inzake de vergoeding van de kredietgever, transparant zijn gespecificeerd, zodat een geïnformeerde consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien (zie in die zin arrest *Kásler en Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, punt 73).

- 75 Die vraag moet door de verwijzende rechter worden onderzocht op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de kredietgever in het kader van de onderhandeling van een leningsovereenkomst worden verstrekt, en rekening houdend met het aandachtsniveau dat mag worden verwacht van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument (zie in die zin arrest *Kásler en Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, punt 74).
- 76 Aangaande de in het hoofdgeding aan de orde zijnde contractuele bedingen en in de eerste plaats de bedingen die de kredietgever machtigen de rentevoet eenzijdig te wijzigen, moet worden onderzocht of de verhogingen van die rentevoet die de kredietgever kan doorvoeren op grond van het, op het eerste gezicht weinig transparante, criterium van 'grote schommelingen op de geldmarkt' voor de consument voorspelbaar zijn, ook al is deze laatste uitdrukking op zich grammaticaal duidelijk en begrijpelijk.
- 77 Aangaande in de tweede plaats de bedingen die voorzien in de 'risicoprovisie', rijst de vraag of in de betrokken leningsovereenkomst op transparante wijze is uiteengezet wat de reden is voor de vergoeding die met die provisie overeenstemt, aangezien wordt betwist dat de kredietgever verplicht is om werkelijk een tegenprestatie te verrichten om die provisie te verkrijgen, afgezien van het feit dat hij het risico van niet-terugbetaling draagt, waarvan wordt beweerd dat het reeds wordt gedekt door een hypotheek. Het gebrek aan transparantie bij de vermelding in de in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomsten van de redenen voor die bedingen lijkt overigens te worden bevestigd door het in punt 29 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte feit dat de kredietgever in casu de kredietnemers heeft voorgesteld om de benaming van die bedingen te vervangen door 'provisie voor beheer van het krediet', zonder echter de inhoud van die bedingen te wijzigen."

2.5 Wat valt er voor de onderhavige zaak te leren uit HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, RCR 2015/37?

In de eerste plaats dat het beschermingsniveau van Richtlijn 93/13/EEG hoog is, omdat de consument zich tegenover bank in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie beschikt dan de bank.

Ten tweede dat de groep van bedingen waarvan het oneerlijke karakter niet mag worden beoordeeld zo klein mogelijk moet zijn.

Ten derde dat het Hof, ondanks de door het Hof vermelde afbakening van zijn taak ten opzichte van die van de nationale rechter, zich indringend uitlaat over het concrete beding dat in de betreffende zaak aan de orde is.

In de vierde plaats dat wijzigingsbedingen zoals die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, geen kernbedingen zijn.

In de vijfde plaats dat, of de wijzigingsbedingen nu kernbedingen zijn of niet, in ieder geval moet worden beoordeeld of die bedingen oneerlijk zijn als zou worden vastgesteld dat zij niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

En in dat verband ten zesde dat in de leningsovereenkomst de reden voor en de bijzonderheden van het aanpassingsmechanisme, en de verhouding tussen dat beding en andere bedingen inzake de vergoeding van de kredietgever, transparant moeten zijn gespecificeerd, zodat een geïnformeerde consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.

HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, RCR 2015/37 is dus in ieder geval wél relevant voor de oneerlijkheidstoets, en is dus niet buiten de deur te houden bij de beoordeling van wijzigingsbedingen zoals die in de onderhavige zaak aan de orde zijn. De twee vragen bedoeld in de §§ 99-101 moeten dus wel van elkaar worden onderscheiden, maar zij betreffen wel degelijk hetzelfde 'krachtenveld'. Ook de uitspraken over de tweede vraag zijn relevant voor de oneerlijkheidstoets.

- 2.6 Met betrekking tot het zesde punt genoemd in § 2.5 hiervoor herhaal ik⁵ 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.⁶ Nu de wijzigingsgrond nergens met zoveel woorden in de wijzigingsbedingen is genoemd, zijn die bedingen naar hun aard alleen al om die reden oneerlijk.⁷ In ieder geval is met het voorgaande duidelijk dat 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. De uitzondering van punt 2 sub b van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG is dan níet van toepassing,⁸ zodat aan het betoog in § 6.3 van de toelichting van de bank in de onderhavige zaak geen betekenis toekomt. Verder is bij een dergelijke stand van zaken niet relevant dat de leningnemers op grond van of in verband met de wijzigingsbedingen een omzettingsrecht en een beëindigingsrecht zouden hebben, zodat ook aan § 6.4 van de toelichting van de bank *in casu* geen betekenis toekomt. Bovendien (het zij herhaald): als wijzigingsbedingen in termen van transparantie zó ver onder de maat blijven, dan hebben de als compensatie door de bank naar voren geschoven opzeggings- en

⁵ Zie de §§ 3.5, 3.9 en 4.1.1 van mijn schriftelijke toelichting.

⁶ 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 (Andriciuc), 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.

⁷ 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.

⁸ Zie ook de §§ 51 (sub I), 52 (ad I), 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.

wijzigingsbevoegdheden geen reële betekenis meer, omdat de klant zonder een adequate voorlichting over het volledig open geformuleerde wijzigingsbeding én geen idee heeft of zelfs maar kán hebben van het moment waarop die opzeggings- en wijzigingsbevoegdheden *in concreto* in het spel zouden kunnen komen, én niet kan overzien wat hem te wachten staat wanneer hij van één van die bevoegdheden gebruik zou maken.⁹

- 2.7 Met het voorgaande is natuurlijk niet gezegd dat aan de in § 107 van de toelichting van de bank vermelde gezichtspunten uit de jurisprudentie van het Hof geen betekenis zou kunnen toekomen bij de beoordeling van de vraag of een niet-transparant beding al dan niet oneerlijk is, maar het is niet zo dat al die gezichtspunten altijd relevant zijn. In de onderhavige zaak heeft het hof doorslaggevende betekenis toegekend aan de schending van het transparantiebeginsel, en dat is niet vreemd wanneer men in aanmerking neemt dat de wijzigingsbedingen van de bank zó ver onder de maat blijven als in deze zaak nu eenmaal het geval is. Zoals gezegd hebben de als compensatie door de bank naar voren geschoven opzeggings- en wijzigingsbevoegdheden dan geen reële betekenis meer. Daar komt overigens bij dat het hof (a) in rov. 3.10 de feitelijke situatie van de leningnemers vergelijkt met de hypothetische situatie dat de bank de wijziging van de opslag niet met de leningnemers was overeengekomen; (b) in rov. 3.11 ingaat 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) in rov. 3.12 het argument van de bank bespreekt dat de leningnemers bescherming vinden in een rechterlijke controle op de uitoefening van de wijzigingsbedingen; en (d) in rov. 3.13 korte metten maakt 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.¹⁰ Daarmee mist ook § 6.5 van de toelichting van de bank in deze zaak relevantie.
- 2.8 Het betoog in § 6.1 van de toelichting van de bank gaat dus uit van een onjuiste rechtsopvatting. Daarmee valt ook het doek voor de §§ 6.2 t/m 6.6, alsmede voor de hoofdstukken 1 t/m 5 en voor § 7.2. Met betrekking tot de §§ 6.2 t/m 6.6 merk ik kort nog het volgende op.
- 2.9 Ad § 129-130
In de eerste plaats zij verwezen naar § 4.4 van mijn schriftelijke toelichting. Verder zij opgemerkt dat § 130 berust op een onjuiste rechtsopvatting en/of uitgaat van verkeerde lezing van 's hofs arrest. Voor wat betreft de rechtsopvatting wijs ik op de rov. 51-53 van HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, RCR 2013/38:

⁹ Zie ook de § 1.1 van deze schriftelijke dupliek.

¹⁰ Zie ook de §§ 4.1.1 en 4.1.2 van mijn schriftelijke toelichting.

- “51 Hoewel de omvang van de vereiste consumentenvoorlichting kan variëren naargelang van de specifieke omstandigheden van het concrete geval en van de betrokken goederen of diensten, kan het verzuim om vóór sluiting van de overeenkomst daarover informatie te verstrekken in beginsel niet worden goedge maakt door de omstandigheid dat de consumenten in de loop van de uitvoering van de overeenkomst redelijke tijd vooraf zullen worden geïnformeerd over de aanpassing van de kosten en over hun recht de overeenkomst te ontbinden mochten zij deze wijziging niet wensen te aanvaarden.
- 52 Hoewel het overeenkomstig punt 2, sub b, van de bijlage bij richtlijn 93/13 en bijlage A, sub b, bij richtlijn 2003/55 aan de leverancier staat om de consumenten redelijke tijd vooraf in te lichten over een tariefwijziging en hun opzeggingsrecht, komt deze verplichting, waarin is voorzien voor het geval deze leverancier zijn recht om de tarieven te wijzigen daadwerkelijk wenst uit te oefenen, immers bovenop de verplichting om de consument vóór sluiting van de overeenkomst op duidelijke en begrijpelijke wijze te informeren over de voornaamste voorwaarden voor uitoefening van dat recht op eenzijdige wijziging.
- 53 Deze strikte eisen betreffende consumentenvoorlichting zowel bij sluiting als in de loop van uitvoering van een leveringsovereenkomst inzake het recht van de verkoper om de voorwaarden eenzijdig te wijzigen, zijn de neerslag van een afweging van de belangen van beide partijen. Tegenover het rechtmatige belang van de verkoper om zich in te dekken tegen een wijziging in de omstandigheden staat het even rechtmatige belang van de consument om te weten, en dus te kunnen voorzien, wat de gevolgen van een dergelijke wijziging voor hem in de toekomst zullen zijn en om in dat geval over informatie te beschikken opdat hij op de meest geëigende wijze op zijn nieuwe situatie kan reageren.”

In zijn arrest in de onderhavige zaak doet het hof niet meer of anders dan constateren (1) dat er niet alleen op essentiële onderdelen geen voorlichting vooraf is gegeven zodat de wijzigingsbedingen alleen al om die reden niet transparant zijn, en (2) dat bij een welwillende lezing van de wijzigingsbedingen niettemin aan de hand van de brieven van de bank niet kan worden vastgesteld of de omstandigheden waarnaar in die brieven wordt verwezen, behoren tot de soorten van omstandigheden die in de wijzigingsbedingen als redenen voor wijziging worden vermeld.

2.10 Ad §§ 133-135 jo § 16

Naar mijn mening is de hier verdedigde lezing van HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375, RCR 2013/38 gewrongen en onjuist. Ik verwijs om te beginnen naar de rov. 49 en 54 van dat arrest:

- “49 Aangaande de beoordeling van een beding op grond waarvan de verkoper de kosten van de dienst eenzijdig kan wijzigen, heeft het Hof reeds verklaard dat 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 volgt dat daartoe van wezenlijk belang is te weten of, ten eerste, in de overeenkomst de reden voor en de wijze van aanpassing van de kosten van de dienst transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria eventuele wijzigingen van deze kosten kan

voorzien, en ten tweede, de consumenten het recht hebben de overeenkomst te beëindigen in geval van een daadwerkelijke wijziging van deze kosten (zie in die zin arrest Invitel, reeds aangehaald, punten 24, 26 en 28).

(...)

- 54 Wat — in de tweede plaats — het recht van de consument betreft om zijn leveringsovereenkomst op te zeggen in geval van een eenzijdige wijziging van de tarieven die de verkoper toepast, is het van fundamenteel belang, zoals de advocaat-generaal in punt 85 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, dat de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst op te zeggen, niet slechts een formeel opzeggingsrecht is, maar ook daadwerkelijk kan worden benut. Dat is niet het geval wanneer de consument, om redenen die verband houden met de wijze van uitoefening van het opzeggingsrecht of met de voorwaarden van de betrokken markt, niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om van leverancier te veranderen of wanneer hij niet naar behoren en tijdig op de hoogte werd gebracht van de op til zijnde wijziging, waardoor hij aldus de mogelijkheid verliest om de berekeningswijze te controleren en in voorkomend geval van leverancier te veranderen. In dit verband moet met name rekening worden gehouden met het gegeven of op de betrokken markt concurrentie heerst, de eventuele kosten die voor de consument verbonden zijn aan opzegging van de overeenkomst, het tijdsverloop tussen mededeling en toepassing van de nieuwe tarieven, de informatie die op het tijdstip van mededeling is verstrekt, en de kosten en de tijd om van leverancier te veranderen.”

Beziet men die rechtsoverwegingen in verband met de in § 2.9 hiervoor geciteerde rov. 51-53, dan wordt meteen duidelijk dat de tweede vraag, of de consument *in concreto* daadwerkelijk zijn opzeggingsrecht kan uitoefenen, zonder betekenis is wanneer is verzuimd om vóór sluiting van de overeenkomst transparant de reden voor en de wijze van aanpassing van de kosten te specificeren, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria eventuele wijzigingen van de kosten kan voorzien. De verplichting behorend bij de tweede vraag komt bovenop de verplichting behorend bij de eerste vraag. Is aan de eerste verplichting niet voldaan, dan is het *game over* voor de bank, en behoeft de rechter niet te toetsen of aan de tweede verplichting al dan niet is voldaan. Ik verwijs naar de §§ 2.6 en 2.7 hiervoor.

2.11 Ad §§ 155-159

In deze paragrafen wordt geprobeerd om richtlijn 93/13/EEG uit te hollen en krachteloos te maken door aan andere Europese en nationale regelgeving de status van *leges speciales* toe te kennen. Die poging moet stranden omdat zij uitgaat van een evident onjuiste rechtsopvatting aangaande de werking van richtlijn 93/13/EEG. Zij botst ook hard met de koers van het Hof. Streven naar coherentie op het terrein van de Europese consumentenbescherming houdt niet in dat bestaande rechtsbescherming van consumenten zomaar erodeert door de invoering van extra regels ter bescherming van consumenten, integendeel. Vgl. *Asser/Hartkamp 3-I 2015/171*, met verdere verwijzingen, onder andere naar HvJEG 22 april 1999 (Travel Vac), ECLI:EU:C:1999:197, NJ 1999/748:

“ 22 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat timesharing-overeenkomsten weliswaar door richtlijn 94/47 worden geregeld, maar dat dit niet wegneemt dat een overeenkomst die ene timesharing-bestanddeel bevat, tevens onder richtlijn 85/577 kan vallen, indien voor het overige aan de toepassingsvoorwaarden van laatstgenoemde richtlijn is voldaan.

23 Geen van beide richtlijnen bevat immers bepalingen die de toepassing van de andere richtlijn uitsluiten. Voorts zou het tegen de bedoeling van richtlijn 85/577 ingaan om haar zo uit te leggen, dat de bescherming die zij biedt, niet geldt, alleen omdat de overeenkomst in beginsel onder richtlijn 94/47 valt; een dergelijke uitlegging zou de consument de bescherming van richtlijn 85/577 ontnemen, ook al is de overeenkomst buiten een verkoopruimte gesloten.”

3 De toelichting van de bank voor het overige

3.1 Hoofdstuk 2 van de toelichting van de bank berust in zijn geheel op de onjuiste, en in ieder geval niet onderbouwde aannahme dat het materiële transparantievereiste zoals dat door het Hof wordt uitgelegd, tariefszekerheid zou impliceren. Dat behoeft helemaal niet het geval te zijn. Maar zelfs als dat wél zo zou zijn, dan is dat een werkelijkheid waaraan de bank en andere ondernemers die het blijkens bijlage 2 bij de toelichting van de bank nog steeds niet begrepen hebben, zich behoren aan te passen, en niet andersom. Naar de kern genomen luidt het standpunt van de bank in hoofdstuk 2: *“Wij hoeven ons niet aan de regels te houden, omdat wij er niet op bedacht hoefden en hoeven te zijn dat die ook voor ons zouden kunnen gelden.”* Dat standpunt is niet aannemelijk, ook niet wanneer men het poogt te schragen met de in § 1.2 hiervoor al vermelde kreten als: ‘een bom onder het bedrijfsleven’, ‘disruptief’, ‘desastreus’, ‘gevaarlijk’, ‘onwerkbaar’, ‘een dreiging boven de markt’ en ‘een ongehoord ernstige inbreuk op de rechtszekerheid met zeer verstrekkende gevolgen’.

3.2 Hoofdstuk 3 bevat twee onderwerpen. De §§ 46-51 gaan over het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht. Voor de irrelevantie daarvan zij verwezen naar de §§ 2.6 en 2.7 hiervoor.

In de §§ 52-56 worden een aantal parallellen met en conclusies uit HR 29 april 2016 (SEBA/Amsterdam), ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41 (m.nt. Krans) getrokken die niet opgaan. De Hoge Raad overwoog in rov. 5.1.6 als volgt:

“Vooropgesteld wordt dat het bij de onderhavige wijzigingsbevoegdheid niet om een beding gaat dat op grond van de art. 6:236 en 237 BW als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt of wordt vermoed dat te zijn. Een beding dat (uitsluitend) voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd. Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval. (vgl. onder meer HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 (I./J.), rov. 3.4 en 3.5)

Dergelijke motivering ontbreekt in het arrest van het hof. Zijn oordeel komt erop neer dat een beding dat voor een van partijen de bevoegdheid bevat om de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen steeds onredelijk bezwarend is. Dit oordeel ziet eraan voorbij dat onder meer de ratio en rechtvaardiging van, de voorwaarden voor en beperkingen op een dergelijke bevoegdheid kunnen meebrengen dat van die onredelijke bezwarendheid geen sprake is. In deze zaak is in dit verband onder meer van belang dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de Gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, dat het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid is om de voorwaarden na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de Gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Gelet op deze aspecten valt niet in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn.”

Naar mijn mening kan men uit deze rechtsoverweging het volgende concluderen:

- (a) Een beding dat (uitsluitend) voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd.
- (b) Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG.
- (c) Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval. Dat is in de onderhavige zaak het punt van geschil. In hoofdstuk 6 van de toelichting van de bank wordt immers betoogd dat oneerlijkheidstoets moet geschieden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Mijns inziens gaat het steeds alleen om de relevante omstandigheden van het geval. Zie § 2.7 hiervoor.

Mijns inziens gaan de parallellen die de bank trekt met de omstandigheden van het geval die de Hoge Raad in het arrest inzake SEBA/Amsterdam vermeldt, niet op:

- (i) Er is geen relevante parallel tussen de gemeente als overheid, en de bank als marktpartij.
- (ii) Er is geen relevante parallel tussen de na verloop van - doorgaans lange - tijd gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten ter zake van erfpachtvoorwaarden, en de manier waarop de markt voor woningfinancieringen functioneert.
- (iii) Er is geen relevante parallel tussen de gemeenteraad als democratisch gekozen vertegenwoordigend orgaan en de beweerdelijke waarborg van de keuzevrijheid/ autonomie en alternatieve tariefszekerheid die de klant ontleent aan zijn omzettings- en beëindigingsrecht.¹¹

¹¹ Vgl. Van der Kamp in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad in *JIN* 2016/133: “Bij particuliere erfpacht waarbij een niet-overheid grond in erfpacht uitgeeft, kan de uitkomst heel wel anders zijn. Niet alleen zullen de door de Hoge Raad genoemde controlemechanismes en democratische legitimering ontbreken, ook zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan niet van toepassing en zal de

- (iv) Er is geen relevante parallel tussen algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid.¹²

De toelichting poneert in § 56 dat geheel “*open geformuleerde wijzigingsbedingen*” - dat zijn dus wijzigingsbedingen die de klant geen énkél houvast bieden - “*wel degelijk geldig [moeten] kunnen zijn*”. Dat betekent maar één ding: de consument is overgeleverd aan de willekeur van de bank, opdat de bank de gevolgen van het gebrek aan transparantie waarvoor zij zélf verantwoordelijk is, kan afwentelen op haar klanten.

- 3.3 Van hoofdstuk 4 is alleen § 67 relevant, in dier voege dat het vooral gaat om een werkelijkheid waaraan de bank en andere ondernemers die het blijktens bijlage 2 bij de toelichting van de bank nog steeds niet begrepen hebben, zich behoren aan te passen. Zie ook § 3.1 hiervoor.
- 3.4 Aan hoofdstuk 5 zijn voor het onderhavige geval geen conclusies te verbinden. De §§ 81-83 zijn achterhaald door de jurisprudentie van het Hof. Bij de §§ 84-88 past de relativering dat de Duitse benadering en die van het Hof inmiddels - althans in hun effectiviteit - naar elkaar toegroeien, hetgeen mede kan worden toegerekend aan de ontwikkeling van het materiële transparantievereiste door het Hof. En de §§ 89-95 geven geen enkel inzicht in hoe de Engelse rechter zou oordelen over wijzigingsbedingen die zo flagrant in strijd zijn met het transparantievereiste als de wijzigingsbedingen waarover het in de onderhavige procedure gaat.
- 3.5 Van hoofdstuk 7 behoeven alleen de §§ 160-166 enig commentaar. Ik verwijs in de eerste plaats naar § 9.1 van mijn schriftelijke toelichting. Daaruit volgt al dat de opvatting verkondigd in § 163 moet worden verworpen. De rechtbank heeft het daar bedoelde verweer juist niet verworpen. De lezing van rov. 5.18 van het vonnis van de rechtbank die de bank in § 164 verdedigt, is logischerwijs niet juist. Hetzelfde geldt voor de opvatting van Jongeneel.

doelstelling veelal louter commercieel van aard zijn.” Wat voor particuliere erfverpachters geldt, geldt a fortiori voor de bank.

¹² Zie voetnoot 10.

Jurisprudentie

HvJEU 22 februari 2018 (Czakó), ECLI:EU:C:2018:107, punt 32, 35

HvJEU 20 september 2017 (Andriciuc), ECLI:EU:C:2017:703, *NJ* 2018/248, rov. 45, 47, 50

HvJEU 23 april 2015 (Van Hove), ECLI:EU:C:2015:262, *RAV* 2015/70, *RCR* 2015/52, rov. 41, 50

HvJEU 26 februari 2015 (Matei), ECLI:EU:C:2015:127, *RCR* 2015/37, rov. 49-77

HvJEU 30 april 2014 (Kásler), ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, rov. 75

HvJEU 21 maart 2013 (RWE), ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375, rov. 49-54

HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, *NJ* 2012/404, rov. 23

HvJEU 26 april 2012 (Invitel), C-472/10, CAG 6 december 2011, punt 87

HvJEG 22 april 1999 (Travel Vac), ECLI:EU:C:1999:197, *NJ* 1999/748

HR 29 april 2016 (SEBA/Amsterdam), ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 (m.nt. Krans), *JIN* 2016/133 (m.nt. Van der Kamp), rov. 5.1.6

Literatuur

Asser/Hartkamp 3-I 2015/171