

inzake

**ABN AMRO BANK N.V.**,  
gevestigd te Amsterdam (hierna: de "**Bank**"),  
eiseres in het principaal cassatieberoep,  
verweerster in het incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

tegen

1. **STICHTING SDB**,  
gevestigd te Stichtse Vecht (hierna: "**SDB**"),
  2. **STICHTING EURIBAR**,  
gevestigd te Leiden (hierna "**Euribar**"),
- partijen sub 1 en 2 worden gezamenlijk aangeduid  
als de "**Stichtingen**",  
verweersters in het principaal cassatieberoep,  
eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. D. Rijpma

De schriftelijke toelichting zijdens de Stichtingen ("**ST-S**") geeft aanleiding tot de volgende repliek. De zijdens de Bank gegeven schriftelijke toelichting wordt hieronder aangeduid als "**ST-B**".

*Rode draad ST-S: transparantie eclipseert integrale oneerlijkheidstoets*

1. De Stichtingen erkennen in ST-S nr. 5.1 dat het Hof Amsterdam de vernietiging van de Wijzigingsbedingen heeft gegrond op een vastgesteld tekort aan materiële transparantie, zonder het omzettings- en beëindigingsrecht in zijn beoordeling te betrekken. De Stichtingen achten dit toelaatbaar, omdat transparantie van het allergrootste en doorslaggevende belang is of kan zijn.
  - ST-S nr. 3.2: "*het [transparantievereiste] kan ook zonder meer doorslaggevend zijn*";
  - ST-S nr. 3.5: "*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!*";
  - ST-S nr. 4.1.1: "*..... het transparantie 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....*"

2. Dit "allergrootste belang" zou volgens de Stichtingen, gelet op de beoogde afschrikwekkende werking van de Richtlijn, rechtvaardigen dat "korte metten" wordt gemaakt met de Wijzigingsbedingen in de Euribor-hypotheeken (ST-S nr. 4.1.1, laatste volzin). Een tekort aan materiële transparantie zou volgens de Stichtingen, nu het Hof "*bij zijn afweging wel degelijk een aantal andere relevante omstandigheden heeft betrokken*", doorslaggevend mogen zijn en rechtvaardigen dat andere omstandigheden, waaronder het omzettings- en beëindigingsrecht, in de oneerlijkheidstoetsing mogen worden genegeerd (ST-S nr. 5.1):

*"Andere omstandigheden van het geval - met name het bestaan van het omzettingsrecht en het beëindigingsrecht - zijn dan niet (meer) relevant."*

3. Door het omzettings- en beëindigingsrecht - en daarmee het bredere betoog van de Bank over de voordelen, waarborgen en context van de Wijzigingsbedingen - onvervroren irrelevant te verklaren vervangen de Stichtingen de oneerlijkheidstoets van artikel 3 jo artikel 4 lid 1 Richtlijn door een geïsoleerde transparantietoets. Bij een transparantietekort behoeft volgens de Stichtingen niet te worden onderzocht of het beding daadwerkelijk een aanzienlijk en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht veroorzaakt tussen de rechten en verplichtingen van partijen.
4. Daarmee verdedigen de Stichtingen exact één van de punten die het Hof Amsterdam verkeerd heeft gedaan: het achterwege laten van een daadwerkelijke, integrale beoordeling of die evenwichtsverstoring zich voordoet.
5. Het Hof Amsterdam onderkent in rov. 3.10 weliswaar dat een wijzigingsbeding door een enkel transparantietekort niet noodzakelijk oneerlijk behoeft te zijn. Het Hof bewijst daarmee echter slechts lippendienst aan de rechtens te verrichten integrale oneerlijkhedenbeoordeling. Wezenlijke door de Bank ingeroepen toetsingselementen worden door het Hof niet behandeld. De fictieve toets die het Hof Amsterdam uitvoert, komt grotendeels neer op een herhaling van zijn reeds gevelde transparantieoordeel (zie ST-B nr. 6.5).
6. In ST-B par. 6.1 heeft de Bank laten zien dat deze smalle benadering van de oneerlijkhedenbeoordeling geen steun vindt in het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Zoals hieronder in nr. 16 e.v. wordt uiteengezet laten ook de paar door de Stichtingen aangehaalde recente arresten van het Hof van Justitie geen misverstand erover bestaan dat de nationale rechter een tekort aan materiële transparantie weliswaar als belangrijk gezichtspunt moet meewegen, maar dat dit de noodzaak van een integrale, contextuele toetsing conform artikel 3 jo 4 lid 1 Richtlijn onverlet laat.

7. De enige denkbare grondslag voor het standpunt van de Stichtingen zou zijn dat de Richtlijn toelaat dat het nationale recht verder gaat ten gunste van de consument. Dat stuit echter af op de duidelijke tekst van artikel 6:233a BW, vaste rechtspraak van de Hoge Raad, de Nederlandse opvatting dat wijzigingsbedingen in beginsel, met inachtneming van een integrale toetsing, geldig zijn en de in ST-B nrs. 6, 17 t/m 20, 68 e.v. geschetste gevolgen van deze benadering, waaronder het punt dat zij uiteindelijk het bredere consumentenbelang niet dient.

Nogmaals: wat houdt het begrip transparantie Unierechtelijk in?

8. De Stichtingen lezen het arrest van het Hof Amsterdam zo dat het Hof onmiskenbaar oordeelt "*op grond van het materiële transparantievereiste, en niet op grond van de formele en/of grammaticale begrijpelijkheid van de bedingen*" (ST-S nr. 4.6). Dit strookt met het standpunt van de Bank dat de Wijzigingsbedingen tekstueel duidelijk en begrijpelijk zijn en dat, zoals het Hof Amsterdam in rov. 3.1.5 heeft vastgesteld, de Wijzigingsbedingen behoren tot de met de Leningnemers gesloten overeenkomsten.
9. Het staat niet ter discussie dat het Hof van Justitie het transparantiegebod van artikel 5 Richtlijn ruim uitlegt en daar ook de materiële transparantie onder verstaat in de zin dat de consument de informatie moet krijgen om de economische gevolgen van wat hij overeenkomt te kunnen beoordelen.
10. De Stichtingen wijzen in ST-S nr. 3.1 terecht op de overweging in de considerans van de Richtlijn "dat de consument daadwerkelijk de gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen van de overeenkomst". Zoals het Hof van Justitie in *RWE* uitwerkt is die daadwerkelijke gelegenheid tot kennisneming nodig omdat de consument op basis de informatie die hij door kennisname verkrijgt zal beslissen: "*of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd.*" (vgl. ook bijv. *RWE* punten 43-44).
11. Het doel van materiële transparantie is dat de consument zich bij zijn beslissing over gebondenheid - zo goed en kwaad als mogelijk - een voorstelling kan maken van de (mogelijke) gevolgen van het aangaan van die gebondenheid. Materiële transparantie stelt aldus geen eisen aan de inhoud van een beding maar aan de duidelijkheid / begrijpelijkheid daarvan (inclusief mogelijke gevolgen van het beding). Het ligt dan ook niet voor de hand om via de materiële *transparantie* eisen aan de *inhoud* van een beding te stellen (zoals de inhoudelijke eis dat de werking moet zijn geclausuleerd / beperkt door criteria, werkingsmechanismes of een bandbreedte). Dat is ook helemaal niet nodig, omdat de relevantie van de inhoud en dus ook de

eventuele clausulering of het ontbreken daarvan, rechtstreeks volgt uit artikel 3 Richtlijn (zonder dat daartoe een beroep nodig is op het transparantiegebod).

12. Bottom line is dat het Hof van Justitie heeft gekozen voor een open benadering waarin inhoud (en eventuele clausulering) en transparantie niet los van elkaar worden beoordeeld maar tezamen met de andere elementen van artikel 4 lid 1 Richtlijn worden ingebed in een integrale oneerlijkheidstoets (vgl. ST-B par. 6.1). Het Hof van Justitie heeft deze keuze gemaakt tegen de achtergrond van grote onzekerheid in de lidstaten over de functie en betekenis van het transparantiegebod van artikel 5 (zie ST-B par. 5.1). De consequentie van die keuze is dat transparantie geen aparte grootheid is of een bijzondere status heeft, maar deel uitmaakt van een open, contextuele toetsing, waarin het fungeert als een belangrijk gezichtspunt naast andere (belangrijke) gezichtspunten. In die open benadering passen ook geen voorschriften over een vereiste specifieke wijze van transparantie of een specifieke inhoud van een beding (wat de taak van het Hof van Justitie ook te buiten zou gaan (vgl. ST-B par. 6.2)), en zulke voorschriften geeft het Hof van Justitie ook niet.
13. Een en ander illustreert ook hoe fout het is om, zoals het Hof Amsterdam heeft gedaan, (i) het transparantiegebod op te rekken tot een vereiste om bandbreedten voor een tariefswijziging en om een specificatie van tariefcomponenten op te nemen in een wijzigingsbeding, (ii) in rov. 3.10 - na zijn constatering van een tekort aan transparantie - een fictieve toets uit te voeren die grotendeels neerkomt op een herhaling van het transparantieoordeel inhoudt (vgl. ST-B par. 6.5); en (iii) geen relevantie toe te kennen aan de inhoudelijke waarborgen, voordelen en andere inhoudelijke en contextuele factoren, waarop de Bank in appel een beroep heeft gedaan en (iv) uiteindelijk, mede blijkens rov. 3.19, een tekort aan materiële transparantie beslissende betekenis toe te kennen, zonder de oneerlijkheidsvraag te beantwoorden.

#### *Functie van transparantie in het Unierecht*

14. Dan nogmaals de functie van transparantie. De Stichtingen zien eraan voorbij dat het begrip transparantie in de Richtlijn voor twee verschillende vragen relevant is. Weliswaar betekent transparantie bij beide vragen begripsmatig hetzelfde, maar daarmee heeft het nog niet twee keer dezelfde functie.
15. Dit is van cruciaal belang.

16. De twee te onderscheiden vragen zien op de oneerlijkheidstoets respectievelijk de kernbedingenuitzondering:
- i. Oneerlijkheidstoets  
Bij de toets van het eventueel oneerlijke karakter van een beding (artikel 3 jo artikel 4 lid 1 Richtlijn) is transparantie één van de toetsingselementen naast de overige te wegen toetsingselementen.
  - ii. Kernbedingentoets  
Bij de toets of een kernbeding wegens transparantie als uitzondering buiten de oneerlijkheidstoets blijft is transparantie niet alleen van het allergrootste belang, maar het enige, allesbepalende vereiste.
17. De Stichtingen verwarren de functie van transparantie bij deze twee verschillende vragen. De Stichtingen baseren hun betoog dat (materiële) transparantie bij de oneerlijkheidstoets van het "allergrootste belang" zou zijn ten onrechte op (rechtspraak over) de functie van transparantie in de kernbedingentoets van artikel 4 lid 2 Richtlijn. ST-S nr. 3.7 illustreert duidelijk dat de Stichtingen de rechtspraak van het Hof van Justitie verkeerd uitleggen. Zij halen t.a.p. *Bucura* aan. Daarin oordeelt het Hof van Justitie juist duidelijk dat als de nationale rechter een tekort aan (materiële) transparantie vaststelt hij alsnog de integrale toets moet uitvoeren. Het citaat in ST-B nr. 106 spreekt voor zichzelf. Daaruit volgt onmiskenbaar dat, wat al bleek uit o.m. *Invitel* en *RWE* (zie ST-B par. 6.1), een gebrek aan materiële transparantie bij de toepassing van de oneerlijkheidstoets niet doorslaggevend, laat staan allesbepalend is.
18. Gelet op het beroep dat de Stichtingen doen op *Lupean, Andriciuc en Naranjo* zal de Bank deze ook kort bespreken.

A. Lupean

In *Lupean* behandelt het Hof van Justitie eerst de kernbedingenuitzondering en daarna de oneerlijkheidstoets:

- i. Kernbedingenuitzondering  
Zie punt 23 t/m 25. Conform artikel 4 lid 2 Richtlijn benadrukt het Hof van Justitie dat kernbedingen alleen aan de oneerlijkheidstoets ontsnappen als zij transparant zijn.

Punt 23:

« À titre liminaire, il convient de souligner que l'exigence de rédac-

*tion claire et compréhensible, également rappelée à l'article 5 de la directive 93/13, s'applique même lorsqu'une clause, comme celle en cause au principal, relève de la notion d'« objet principal du contrat », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive. En effet, une telle clause n'échappe à l'appréciation de son caractère abusif que dans la mesure où elle a été rédigée de façon claire et compréhensible (arrêt du 20 septembre 2017, *Andriuc e.a.*, C-186/16, EU:C:2017:7030, point 43 ainsi que jurisprudence citée). »*

ii. Oneerlijkheidstoets

Zie punt 26 e.v. Hier behandelt het Hof van Justitie de vraag of een beding eventueel oneerlijk is. Duidelijk is dat dit overeenkomstig artikel 3 jo. 4 lid 1 Richtlijn een integrale toets vergt (zonder enig specifiek aan transparantie toe te kennen primaat):

punt 26: "*En ce qui concerne les éléments à prendre en compte aux fins de l'appréciation du caractère éventuellement abusif d'une clause [..]*"

punt 27: "*Il s'ensuit que l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle doit être effectuée en tenant compte de l'ensemble des circonstances dont le professionnel pouvait avoir connaissance à la date de la conclusion du contrat concerné [..]*"

punt 29: "*À cet égard, il incombe donc à la juridiction de renvoi d'évaluer, au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire au principal, et en tenant compte notamment de l'expertise et des connaissances du professionnel, en l'occurrence de la banque, en ce qui concerne les possibles variations des taux de change et les risques inhérents à la souscription d'un prêt en devise étrangère, dans un premier temps, le possible non-respect de l'exigence de bonne foi et, dans un second temps, l'existence d'un éventuel déséquilibre significatif [..]*"

B. Andriuc

Zo mogelijk nog duidelijker dan *Lupean* maakt *Andriuc* duidelijk dat het betoog van de Stichtingen berust op een onjuiste verwarring van de functie van transparantie bij de kernbedingentoets van artikel 4 lid 2 Richtlijn en de functie van transparantie bij de integrale oneerlijkheidstoets. De Bank verwijst naar het dictum sub 2 en 3 dat voldoende voor zich spreekt.

C. Naranjo

*Naranjo* is vooral van belang omdat het Hof van Justitie hierin benadrukt dat het Unierecht zich er tegen verzet dat als een beding wegens oneerlijkheid nietig wordt verklaard, de verplichting tot terugbetaling aan de consument van op grond van dat beding betaalde bedragen geen terugwerkende kracht zou hebben. *Naranjo* bevat geen regel over de functie van materiële transparantie bij de oneerlijkheidstoets.

ST-S nr. 3.2 haalt ten onrechte *Naranjo* aan voor de stelling dat het gebod van materiële transparantie zonder meer doorslaggevend is. Dat staat niet in het arrest van het Hof van Justitie. Het gaat hierbij uitsluitend om een weergave van wat het Spaanse hooggerechtshof had beslist.<sup>1</sup>

19. Kortom, ook *Lupean*, *Andriciuc* en *Naranjo* geven geen steun aan het betoog van de Stichtingen dat materiële transparantie bij de oneerlijkheidstoets van het "allergrootste belang" zou zijn in de zin dat toetsingselementen, zoals het omzettingsrecht- en beëindigingsrecht (en de daarmee verbonden waarborgen en voordelen) respectievelijk de aard van de dienstverlening "*niet (meer) relevant* zouden zijn" (vgl. hiervoor nr. 2).

Omzettings-en beëindigingsrecht

20. De door Stichtingen bepleite irrelevantie van het omzettings- en beëindigingsrecht in de oneerlijkheidstoets staat haaks op de Richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Het betreft ontegenzeggelijk relevante bedingen die de rechter, in samenhang met de daaruit voortvloeiende voordelen, de scherpe tarifiering en het voor de klant steeds bestaande onzekerheidsdilemma, op grond van artikel 4 lid 1 Richtlijn (en artikel 6:233a BW) mede in aanmerking moeten nemen.
21. Anders dan de Stichtingen menen, kunnen deze voor de Euribor-hypotheek (en andere hypotheekvormen) essentiële bedingen, zeker in het licht van het gemotiveerde beroep dat de Bank hierop heeft gedaan, niet zo maar als "*niet (meer) relevant*" ter zijde worden geschoven. Sterker nog, blijkens *SEBA/Gemeente Amsterdam*, rov. 5.1.6, behoeft het oneerlijkheidsoordeel juist "*een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval.*"
22. Daarbij komt dat het Hof van Justitie, in ieder geval met betrekking tot het

<sup>1</sup> Die beslissing was overigens nogal gratis omdat de Spaanse rechter vervolgens de werking van zijn uitspraak voor de toekomst beperkte en op die manier effectief ongedaan maakte (wat volgens het Hof van Justitie in strijd is met artikel 6 Richtlijn).

beëindigingsrecht de relevantie ervan in *RWE* nadrukkelijk heeft bevestigd. Het Hof van Justitie benadrukt in *RWE* (punt 55 en dictum sub 2) het wezenlijke belang van zowel (materiële) transparantie als van een reële exitmogelijkheid. Beide elementen worden naast elkaar van wezenlijk belang geoordeeld, zonder dat aan een van beide elementen een wezenlijker belang wordt toegekend dan aan het andere, laat staan dat de eerlijkheid van een beding staat en valt met haar (materiële) transparantie.

23. Zoals het beëindigingsrecht ontegenzeggelijk een relevant beding belichaamt in de zin van artikel 4 lid 1 Richtlijn, valt moeilijk vol te houden dat dit anders is voor het omzettingsrecht. Het omzettingsrecht vormt, naar de Bank gemotiveerd heeft gesteld, een voor de consument zeer relevant complement op het beëindigingsrecht dat het Hof Amsterdam niet buiten de uit te voeren toets had mogen laten. Zie S-T-B H. 2-3 en par. 6.4.

Brede context

24. De Euribor-hypotheek zijn wel beschouwd slechts een specifieke vorm van gangbare, algemeen geaccepteerde woningfinancieringen met een variabele rente, die als gemeenschappelijke kenmerken hebben dat de bank de rente eenzijdig kan vaststellen en de consument daartegenover de autonomie heeft zijn rente te kunnen omzetten of zijn financiering voortijdig te mogen beëindigen.
25. Het is duidelijk waarom de Stichtingen proberen de beoordeling van de eerlijkheid/transparantie van de wijzigingsbedingen te isoleren uit hun context. De vermeende oneerlijkheid van de wijzigingsbedingen verdampt namelijk, zodra het gezichtsveld zich verbreedt en men oog heeft voor het bredere plaatje.
26. Dat bredere plaatje is in de procesinleiding en in ST-B H. 2-3 uitvoerig geschetst en houdt, zowel bij woningfinancieringen met variabele rentes in het algemeen als bij de Euribor-hypotheek, nogmaals zeer kort samengevat het volgende in.
  - a) Onzekerheidsdilemma:  
De aspirant-leningnemer verkeert bij het aangaan van een langlopende woningfinanciering (ST-B H. 2) in het - uit de aard van dit soort financiering volgende - dilemma, dat hij vooraf niet weet (of kan weten) hoe de toekomst zich zal ontwikkelen en of hij daarin meer profijt zal hebben van veel contracts- en tariefszekerheid dan wel van keuzevrijheid/-autonomie.



b) Wederzijdse flexibiliteit:

De voorwaarden voorzien in een ongeclausuleerd wijzigingsbeding van de bank met daartegenover een ongeclausuleerd beëindigings- en omzettingsbeding van de leningnemers, met voor de leningnemers de volgende onmiskenbare waarborgen/voordelen (ST-B nr. 39):

i. Op contractsniveau:

- contractszekerheid (overeengekomen looptijd)
- contractsvrijheid (geen gebondenheid als leningnemer ervan af wil)

ii. Op tariefniveau:

- potentieel scherp (en in de praktijk scherp gebleken) tarief
- tariefsvrijheid (geen gebondenheid aan een vast tarief)
- tariefszekerheid (zekerheid steeds een vrije keuze te kunnen maken uit breed tariefsaanbod voor nieuwe klanten)
- transparantie (leningnemer weet dat de bank onbeperkt kan wijzigen maar dat hij zelf de gevolgen kan begrenzen door zijn tarief om te zetten).

27. Dit bredere plaatje treft men zoals gezegd niet alleen bij Euribor-hypotheek, maar bij variabele woning hypotheek in het algemeen. Een uitspraak waarin het onzekerheidsdilemma en de onderhavige voordelen en waarborgen, ongemotiveerd, relevantie worden ontzegd, zal daarom allicht grote onzekerheid creëren over de houdbaarheid van zulke variabele woning hypotheek in het algemeen.

Afronding

28. De conclusie moet zijn dat het Hof Amsterdam de rechtens vereiste integrale oneerlijkheidstoets niet heeft verricht en zozeer gefocust is geweest op (een te specifieke/verkeerde invulling van) materiële transparantie dat het geen of veruit onvoldoende oog meer heeft gehad voor het bredere contractuele en contextuele evenwicht, en dat dit daarna doorwerkt in zijn fictieve toets en de rest van overwegingen (zie hiervoor nr. 13). De arresten van het Hof van Justitie laten de rechtspraak van de Hoge Raad onverlet dat een evenwichtige, deugdelijk gemotiveerde integrale oneerlijkheidstoets vereist is waarin met een specifieke motivering, wordt ingegaan op de relevante toetsingselementen, zoals die in hoger beroep door de Bank zijn ingeroepen.

29. Ook artikel 6:233a BW laat niet toe dat "zonder meer doorslaggevende"

betekenis wordt toegekend aan een tekort aan materiële transparantie, door weg te kijken van andere relevante omstandigheden van het geval (waaronder volgens de wettekst uitdrukkelijk: "de aard en overige inhoud van de overeenkomst", "de wederzijds kenbare belangen van partijen" en "de overige omstandigheden van het geval"). Weliswaar is de nationale rechter unierechtelijk vrij bij toepassing van artikel 6:233a BW buiten de reikwijdte van de Richtlijn zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Het nationale recht verzet zich echter tegen door de Stichtingen bepleite en door het Hof Amsterdam gevolgde benadering: zij stuit af op de duidelijke tekst van artikel 6:233a BW, vaste rechtspraak van de Hoge Raad, de Nederlandse opvatting dat wijzigingsbedingen in beginsel, met inachtneming van een integrale toetsing, geldig zijn en de in ST-B nrs. 6, 17 t/m 20, 68 e.v. geschetsde gevolgen van deze benadering, waaronder het punt dat zij uiteindelijk het bredere consumentenbelang niet dient. De nationale rechter is Unierechtelijk eveneens vrij bij de uitleg van artikel 6:236i BW, dat in het incidentele cassatieberoep aan de orde is. Zoals de Bank reeds ampel heeft toegelicht, zijn er overtuigende redenen om het beroep van de Stichtingen op die bepaling af te wijzen en het arrest van het Hof Amsterdam op dit punt te bekrachtigen (vgl. ST-B H. 7).

Advocaat bij de Hoge Raad

