Zaak C-139/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

25 februari 2022

Verwijzende rechter:

Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 januari 2022

Verzoekende partijen:

AM

PM

Verwerende partij:

mBank S.A.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Oneerlijke bedingen in overeenkomsten – Nietigheid van de overeenkomst – Informatieverplichting over de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst en de risico's – Vordering tot betaling van een geldsom uit hoofde van onverschuldigde betaling naar aanleiding van de nietigheid van een hypothecaire kredietovereenkomst.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van het Unierecht, in het bijzonder van artikel 3, lid 1, artikel 4, lid 1, artikel 6, artikel 7, leden 1 en 2 en artikel 8 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van het doeltreffendheidsbeginsel; artikel 267 VWEU

WERKDOCUMENT

Prejudiciële vragen

1. Moeten artikel 3, lid 1, artikel 7, leden 1 en 2, en artikel 8 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en het doeltreffendheidsbeginsel aldus worden uitgelegd dat het voor de kwalificatie van een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld als een oneerlijk contractueel beding volstaat om vast te stellen dat het contractuele beding overeenstemt met een beding uit algemene voorwaarden dat is opgenomen in een register van oneerlijk bevonden bedingen?

2. Moet artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een aan de nationale regeling gegeven rechterlijke uitlegging dat een oneerlijk contractueel beding zijn oneerlijke karakter verliest indien de consument ervoor kan kiezen om zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen op basis van een ander beding dat wel eerlijk is?

3. Moeten artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus worden uitgelegd dat de verkoper verplicht is elke consument informatie te verstrekken over de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst en de risico's die ermee gepaard gaan, zelfs indien de betrokken consument over specifieke kennis van zaken beschikt?

4. Moeten artikel 3, lid 1, artikel 6 [...] en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus worden uitgelegd dat, wanneer meerdere consumenten een overeenkomst sluiten met één verkoper, kan worden vastgesteld dat een en hetzelfde contractuele beding ten aanzien van de eerste consument oneerlijk is maar ten aanzien van de tweede eerlijk, en, zo ja, kan dit tot gevolg hebben dat de overeenkomst ten aanzien van de eerste consument nietig is maar ten aanzien van de tweede geldig, zodat alle daaruit voortvloeiende verplichtingen op die tweede consument rusten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB C 202 van 7.6.2016): artikel 169, lid 1

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB C 202 van 7.6.2016, blz. 391): artikel 38

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29; hierna „richtlijn 93/13"): vierde, eenentwintigste en vierentwintigste overweging,

WERKDOCUMENT

artikel 3, leden 1 en 2, artikel 4, leden 1 en 2, artikel 5, artikel 6, lid 1, artikel 7, leden 1 en 2, artikel 8

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Grondwet van de Republiek Polen van 2 april 1997

De overheid beschermt consumenten, gebruikers en huurders tegen activiteiten die hun gezondheid, privacy en veiligheid in gevaar brengen en tegen oneerlijke marktpraktijken. De omvang van deze bescherming wordt bij wet bepaald (artikel 76).

Ustawa Kodeks cywilny (burgerlijk wetboek; hierna: „kc") van 23 april 1964 (Dz. U. nr. 16, volgnr. 93, zoals gewijzigd)

Als consument wordt beschouwd een natuurlijke persoon die met een ondernemer een rechtshandeling stelt die niet rechtstreeks verband houdt met zijn economische activiteit of beroepsactiviteit (artikel 22^1).

Een ondernemer is een natuurlijke persoon, een rechtspersoon of een organisatorische eenheid als bedoeld in artikel 33^1, lid 1, die in eigen naam een economische activiteit of een beroepsactiviteit uitoefent (artikel 43^1).

Een rechtshandeling die in strijd is met de wet of tot doel heeft de wet te omzeilen, is nietig, tenzij de toepasselijke bepaling anders voorschrijft, met name dat de nietige bedingen van de rechtshandeling worden vervangen door de relevante bepalingen van de wet (artikel 58, lid 1).

Een rechtshandeling die in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, is nietig (artikel 58, lid 2).

Indien slechts een deel van de rechtshandeling nietig is, blijft de handeling voor het overige van kracht, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de handeling zonder de nietige bepalingen niet zou zijn verricht (artikel 58, lid 3).

Bedingen in een consumentenovereenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, binden de consument niet indien zijn rechten en verplichtingen worden vormgegeven op een wijze die in strijd is met de goede gebruiken en een grove schending van zijn belangen vormt (oneerlijke contractuele bedingen). Dat geldt niet voor de bedingen over de voornaamste prestaties van de partijen, waaronder de prijs of de vergoeding als deze eenduidig zijn geformuleerd (artikel 385^1, lid 1).

Indien een beding de consument overeenkomstig het eerste lid niet bindt, blijven de partijen gebonden door de overeenkomst zonder dat beding (artikel 385^1, lid 2).

Bedingen in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zijn die bedingen op de inhoud waarvan de consument geen daadwerkelijke invloed

WERKDOCUMENT

had. Dit geldt met name voor contractuele bedingen die zijn opgenomen in algemene voorwaarden die aan de consument worden aangeboden door de wederpartij. (artikel 385^1, lid 3).

Bij de beoordeling of een contractueel beding in overeenstemming is met de goede zeden moet worden uitgegaan van de situatie op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de inhoud ervan, de omstandigheden waarin de overeenkomst is gesloten en met de overeenkomsten die verband houden met de overeenkomst met het onderzochte beding (artikel 385^2).

Eenieder die zonder rechtsgrond ten nadele van een ander een vermogensvoordeel heeft verkregen, is verplicht hem het voordeel in natura terug te geven en, indien dit niet mogelijk is, de waarde ervan te vergoeden (artikel 405).

De bepalingen van de voorgaande artikelen zijn in het bijzonder van toepassing op onverschuldigde prestaties (artikel 410, lid 1).

Een prestatie is onverschuldigd indien degene die ze heeft verricht, daartoe niet verplicht was of niet gebonden was ten aanzien van de persoon jegens wie ze is verricht, of indien de grondslag van de prestatie is weggevallen of het beoogde doel van de prestatie niet is bereikt, of indien de rechtshandeling op grond waarvan zij is verricht, nietig was en na de prestatie niet geldig is geworden (artikel 410, lid 2).

Kodeks postępowania cywilnego (wet houdende het wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „kpc”) van 17 november 1964 (Dz. U. nr. 43, volgnummer 296, zoals gewijzigd), eerste boek, titel VII, sectie IV ter, in de tot 16 april 2016 geldende versie.

Zaken die ertoe strekken bedingen in algemene voorwaarden oneerlijk te doen verklaren, behoren tot de bevoegdheid van de Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (rechter in eerste aanleg Warschau – bijzondere rechter voor mededingings- en consumentenzaken, Polen) (artikel 479^{36} kpc).

In geval van toewijzing van de vordering vermeldt de rechter in het dictum van haar uitspraak de inhoud van de oneerlijk bevonden bedingen in algemene voorwaarden en verbiedt hij het gebruik ervan (artikel 479^{42}, lid 1, kpc).

De in kracht van gewijsde gegane uitspraak is bindend voor derden vanaf het tijdstip waarop het oneerlijk bevonden beding in algemene voorwaarden wordt ingeschreven in het register als bedoeld in artikel 479^{45}, lid 2 (artikel 479^{43} kpc).

De voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming houdt op basis van de in lid 1 bedoelde uitspraken het register van oneerlijk bevonden bedingen in algemene voorwaarden bij (artikel 479^{45}, lid 2, kpc).

WERKDOCUMENT

Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wet betreffende de bescherming van de mededinging en de consumenten) van 5 augustus 2015 (Dz. U. volgnummer 1634), in werking getreden op 17 april 2016: artikel 2, punt 2, artikel 8, lid 1, artikel 9 en artikel 12.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure in het hoofdgeding

Op 7 oktober 2009 hebben verzoekers-kredietnemers als consument een overeenkomst inzake hypothecair krediet in Zwitserse frank (CHF) gesloten met de bank, tegen een variabele rentevoet (§ 9, lid 1). Op grond van deze overeenkomst heeft de verwerende bank hun een krediet van 246 500 Poolse zloty (PLN) verstrekt. Het in CHF uitgedrukte bedrag was ter informatie gegeven en vormde geen verbintenis van de bank. De waarde van het krediet in vreemde valuta op datum van opneming ervan kon verschillen van de vermelde waarde. Bovendien was in de overeenkomst bedongen dat de maandelijkse termijnen, bestaande uit hoofdsom en rente, worden terugbetaald in PLN, na omrekening tegen de verkoopkoers van de CHF aan de hand van de wisselkoerstabel die gold op datum van aflossing (§ 10, lid 4). Het reglement houdende het verstrekken van hypothecaire kredieten en leningen aan particulieren maakte integraal deel uit van de overeenkomst. De kredietnemers hebben verklaard kennis te hebben genomen van dit document en hebben het bindende karakter ervan erkend (§ 25, lid 1). De kredietnemers hebben verklaard dat zij grondig op de hoogte waren gebracht van de voorwaarden voor het verlenen van een krediet in PLN gewaardeerd in vreemde valuta, met inbegrip van de regels voor de aflossing van het krediet, en dat zij deze volledig hebben aanvaard. De kredietnemers waren zich ervan bewust dat het in vreemde valuta gewaardeerde krediet gepaard ging met een wisselkoersrisico en een risico van verandering van de spread, en dat de gevolgen ervan, die voortvloeien uit ongunstige schommelingen van de wisselkoers van de PLN ten opzichte van vreemde valuta, gevolgen konden hebben voor de hoogte van de aflossingstermijnen van het krediet en dat zij de kosten van het krediet konden doen verhogen (§ 30, lid 2). Het op de dag van toekenning van het krediet geldende reglement voor de toekenning van hypothecaire kredieten en leningen bepaalde o.a. dat de aankoop-/verkoopkoersen van vreemde valuta die in de wisselkoerstabel van de bank zijn gepubliceerd gebruikt worden voor de opneming/aflossing/hervalutering van in vreemde valuta gewaardeerde kredieten en leningen. De hoogte van de aankoop-/verkoopkoers van vreemde valuta die op een bepaalde werkdag van toepassing zijn, kan veranderen. De beslissing omtrent de verandering van de hoogte van de koers en de frequentie van die verandering wordt zelfstandig door de bank genomen. Het bedrag van elke, hetzij uit rente, hetzij uit hoofdsom en rente bestaande termijn van het in vreemde valuta gewaardeerde krediet wordt in die valuta bepaald, maar wordt terugbetaald in PLN, na omrekening tegen de verkoopkoers van die munt aan de hand van de wisselkoerstabel van de bank die geldt op datum van aflossing. Het bedrag van de hetzij uit rente, hetzij uit hoofdsom en rente bestaande termijnen van het in vreemde valuta gewaardeerde krediet, uitgedrukt in PLN, is onderworpen aan een maandelijkse wijziging, afhankelijk van de verkoopkoers van de vreemde valuta,

WERKDOCUMENT

volgens de wisselkoerstabel van de bank die geldt op datum van aflossing. Het reglement bevatte ook een definitie van de spread van vreemde valuta.

Ten tijde van de kredietaanvraag was verzoekster 3,5 jaar in dienst bij de verwerende bank en bezat zij een hogere en postgraduele opleiding in de economie. Een medewerker van de bank heeft verzoekster een historische grafiek van de wisselkoers CHF/PLN voor de drie jaar voorafgaand aan de indiening van de kredietaanvraag voorgelegd, alsook een simulatie van het bedrag van de kredietschuld en de aflossingstermijnen in geval van een toekomstige stijging van de wisselkoers CHF/PLN. Ondanks haar bezorgdheid over de gevolgen van een stijging van de wisselkoers CHF/PLN besloot verzoekster een krediet in CHF op te nemen. Verzoeker heeft niet deelgenomen aan de kredietprocedure en de ontmoetingen met de bankmedewerkers maar heeft enkel de kredietaanvraag en de overeenkomst ondertekend. Beide verzoekers zijn door de verwijzende rechter voorgelicht over de gevolgen van de nietigheid van de kredietovereenkomst en hebben verklaard dat zij de gevolgen van de nietigheid van de kredietovereenkomst hebben begrepen en aanvaard.

In 2014 heeft de voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming (hierna: „UOKiK”) de volgende bepaling uit de door mBank S.A. toegepaste algemene voorwaarden ingeschreven in het register van oneerlijk bevonden bedingen: „De maandelijkse termijnen, bestaande uit hoofdsom en rente, worden terugbetaald in Poolse zloty (PLN), na omrekening tegen de verkoopkoers van de CHF aan de hand van de wisselkoerstabel die gold op datum van terugbetaling om 14:50 uur” (beschikking nr. 5743). Die inschrijving was gebaseerd op het vonnis van de Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (rechter in eerste aanleg Warschau – bijzondere rechter voor mededingings- en consumentenzaken, Polen; hierna: „SOKiK”).

In 2021 heeft de voorzitter van de UOKiK de volgende bepaling uit de door mBank S.A. toegepaste algemene voorwaarden ingeschreven in het register van oneerlijk bevonden bedingen: „De hoogte van de aankoop-/verkoopkoers van vreemde valuta die op een bepaalde werkdag van toepassing zijn, kan veranderen. De beslissing omtrent de verandering van de koers en de frequentie van de verandering ervan wordt zelfstandig door de bank genomen, rekening houdend met de in lid 6 vermelde factoren” (beschikking nr. 7771); „Bij de bepaling van de aankoop-/verkoopkoers van vreemde valuta en de spread van vreemde valuta wordt rekening gehouden met deze factoren: 1) de huidige noteringen van de wisselkoersen op de interbancaire markt, 2) vraag en aanbod van de vreemde valuta op de binnenlandse markt, 3) verschillen in rentevoeten en inflatiecijfers op de binnenlandse markt, 4) de liquiditeit van de valutamarkt, 5) de stand van de betalings- en handelsbalans”; „De hoogte van de aankoop-/verkoopkoers van vreemde valuta die op een bepaalde werkdag van toepassing zijn, kan veranderen. De beslissing omtrent de verandering van de hoogte van de koers en de frequentie van de verandering ervan wordt zelfstandig door de bank genomen, rekening houdend met de in lid 4 vermelde factoren”; „Bij de bepaling van de aankoop-

WERKDOCUMENT

/verkoopkoers van vreemde valuta en de spread van vreemde valuta wordt rekening gehouden met deze factoren: 1) de huidige noteringen van de wisselkoersen op de interbancaire markt, 2) vraag en aanbod van de vreemde valuta op de binnenlandse markt, 3) verschillen in rentevoeten en inflatiecijfers op de binnenlandse markt, 4) de liquiditeit van de valutamarkt, 5) de stand van de betalings- en handelsbalans." Die inschrijvingen waren gebaseerd op een vonnis van de SOKiK.

Verzoekers in deze zaak vorderen dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling aan verzoekers van een bedrag van 37 439,70 PLN, vermeerderd met de wettelijke rente, wegens door verweerster ten onrechte van verzoekers geïnde termijnen (hoofdsom en rente) die hoger waren dan het verschuldigde bedrag. Voor het geval de rechter oordeelt dat de overeenkomst nietig is, hebben zij eveneens gevorderd dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling aan verzoekers van een bedrag van 74 768,63 PLN, vermeerderd met de wettelijke rente wegens door verweerster ten onrechte van verzoekers geïnde gelden en dat de overeenkomst nietig wordt verklaard.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

Verweerster heeft tijdens de gehele procedure voortdurend betoogd dat de kredietovereenkomst noch nietig was, noch oneerlijke bedingen bevatte.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

1 Onderhavige zaak onderscheidt zich door het feit dat zij betrekking heeft op een overeenkomst die de verwerende bank heeft opgesteld in 2009, toen de door de bank gebruikte contractuele bedingen aanzienlijk zijn gewijzigd en nauwkeuriger zijn geformuleerd dan de eerder toepasselijke bedingen die ongeldig zijn verklaard. Bovendien waren er op de datum van sluiting van de overeenkomst bepaalde eigenschappen die verzoekster kenmerkten. De vaststelling of de bedingen van de overeenkomst en het reglement betreffende het opleggen van het wisselkoersrisico aan de kredietnemers en het machtigen van de bank om vrij de grootte van de wisselkoersen en de spread te bepalen een oneerlijk contractueel beding uitmaakt, hangt dus af van de vraag of zij „in strijd met de goede trouw, het evenwicht [...] aanzienlijk [verstoren]" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.

2 Wat de **eerste prejudiciële vraag** betreft, gaat het om de vraag of de loutere vaststelling dat een met consumenten (zoals verzoekers) gesloten overeenkomst een clausule bevat waarvan de inhoud overeenkomt met een beding dat is opgenomen in het register van oneerlijk bevonden bedingen, volstaat om die clausule als een oneerlijk contractueel beding aan te merken, zonder dat de omstandigheden van de sluiting van de betrokken overeenkomst hoeven te worden onderzocht en vastgesteld (§ 10, lid 4, van de kredietovereenkomst en § 2, lid 2,

WERKDOCUMENT

van het reglement houdende het verstrekken van hypothecaire kredieten en leningen hebben dezelfde inhoud als de bedingen die respectievelijk onder nr. 5743 en onder de nrs. 7771 en 7772 zijn ingeschreven in het register van oneerlijk bevonden bedingen. § 2, lid 4, van voornoemd reglement heeft dezelfde inhoud als de bedingen die onder de nrs. 7772 en 7775 zijn ingeschreven in het register). De verwerende bank was ook verweerster in de rechtszaken die hebben geleid tot in kracht van gewijsde gegane vonnissen die ten grondslag liggen aan alle bovengenoemde inschrijvingen in het register van oneerlijk bevonden bedingen. Aangezien voormelde contractuele bedingen werden geacht deel uit te maken van de algemene voorwaarden, werden zij aan de consument meegedeeld in de vorm van een vooraf opgestelde standaardovereenkomst en werd er dus niet afzonderlijk over onderhandeld in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13. Dit geldt met name voor de bedingen van het reglement, die naar hun aard een algemeen karakter hebben en waarover niet afzonderlijk kon worden onderhandeld.

3 Aangezien het nationaal recht geen oplossing biedt voor deze vraag, is het noodzakelijk om dit probleem vanuit het oogpunt van het Unierecht te bekijken. De verwijzende rechter wijst op de ruimere werking van de bindende rechtsgevolgen van de vonnissen van de SOKiK (en de daaruit voortvloeiende inschrijvingen in het register van oneerlijk bevonden bedingen) en benadrukt dat de gewone nationale rechterlijke instanties in het algemeen rekening houden met de standpunten van het Hof van Justitie en de Sąd Najwyższy (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Polen), maar dat de uitlegging van de ruimere werking niettemin niet eenvormig is. De verwijzende rechter citeert in dit verband het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Invitel[1], waarin wordt geoordeeld dat: „de preventieve aard en het afschrikkend doel van verbodsacties, alsook het feit dat zij losstaan van elk individueel concreet conflict, impliceren dat dergelijke acties zelfs kunnen worden ingesteld wanneer de bedingen waarvan het verbod wordt gevorderd, niet in een concrete overeenkomst zijn gebruikt [...]. De daadwerkelijke verwezenlijking van het genoemde doel vereist [...] dat de bedingen in de AV van consumentenovereenkomsten die in het kader van een verbodsactie tegen de betrokken verkoper, zoals die aan de orde in het hoofdgeding, oneerlijk zijn bevonden, noch de consumenten die partij zijn bij de verbodsactie binden, noch hen die met die verkoper een overeenkomst hebben gesloten waarop dezelfde AV van toepassing zijn. In het hoofdgeding bepaalt de nationale wettelijke regeling dat de nietigverklaring van een oneerlijk beding in de AV van consumentenovereenkomsten door een rechterlijke instantie ten aanzien van elke consument geldt die een overeenkomst heeft gesloten met een verkoper die deze clausule gebruikt. Blijkens de gegevens van het dossier in het hoofdgeding betreft het voorwerp van het geding het gebruik door de betrokken verkoper van algemene voorwaarden die het betwiste beding bevatten, in contracten met meerdere consumenten. In dit opzicht is het [...] van belang vast te

[1] Zie arrest Hof van Justitie van 26 april 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, punten 37-40 en 43-44.

WERKDOCUMENT

stellen of een nationale wettelijke regeling, zoals bedoeld in dit punt, voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, lid 1, juncto artikel 7, leden 1 en 2, van de richtlijn. De toepassing van een nietigverklaringssanctie op een oneerlijk beding ten aanzien van alle consumenten die een consumentenovereenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, verzekert immers dat die consumenten niet gebonden zijn door het genoemde beding, zonder evenwel andere soorten van doeltreffende en geschikte sancties uit te sluiten die in de nationale wettelijke regelingen zijn voorzien. [...] Daaruit volgt dat wanneer het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten erkend is in het kader van een verbodsactie als die aan de orde in het hoofdgeding, de nationale rechter daaruit, ook in de toekomst, ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties moet trekken opdat dit beding de consumenten die een overeenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, niet bindt. Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, van de richtlijn juncto artikel 7, leden 1 en 2, van die richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de vaststelling van de nietigheid van een oneerlijk beding in de AV van consumentenovereenkomsten in het kader van een in artikel 7 van de genoemde richtlijn bedoelde verbodsactie in het algemeen belang, die namens de consumenten door een bij de nationale wettelijke regeling aangewezen instantie tegen een verkoper is ingesteld, overeenkomstig de genoemde regeling gevolgen heeft ten aanzien van alle consumenten die een overeenkomst met de betrokken verkoper hebben gesloten waarop dezelfde AV van toepassing zijn, daaronder begrepen de consumenten die geen partij waren bij de verbodsactie; wanneer het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden van overeenkomsten is erkend in het kader van een dergelijke procedure, de nationale rechter daaruit, ook in de toekomst, ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties dient te trekken opdat dit beding de consumenten die een overeenkomst met de betrokken verkoper hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, niet bindt."

4 Vervolgens haalt de rechter het arrest Biuro Podroży „Partner"[2] aan, waarin het Hof van Justitie heeft aangegeven dat „de maatregelen waarin het Poolse recht voorziet, waaronder het bijhouden van een nationaal register van oneerlijk bevonden bedingen in algemene voorwaarden, ertoe strekken zo goed mogelijk te voldoen aan de in richtlijn 93/13 en richtlijn 2009/22 neergelegde verplichtingen inzake consumentenbescherming. Volgens de beschrijving van de verwijzende rechter worden met het nationale register drie doelstellingen nagestreefd om het verbod op het gebruik van oneerlijke contractuele bedingen effectiever te maken. Allereerst heeft dit register, dat openbaar is en dus door alle consumenten en alle verkopers kan worden geraadpleegd, tot doel de eenvoud tegen te gaan waarmee oneerlijk bevonden bedingen verspreiding vinden doordat zij worden overgenomen door andere verkopers dan die welke aan de basis liggen van de

[2] Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Biuro Podroży „Partner", C-119/15, EU:C:2016:987, punten 33-47.

WERKDOCUMENT

inschrijving van dergelijke bedingen in dat register. Vervolgens draagt dat register bij tot de transparantie van het in het Poolse recht gekozen stelsel van consumentenbescherming, en derhalve tot de rechtszekerheid die daaruit voortvloeit. Ten slotte versterkt dat register de goede werking van het nationale rechterlijke stelsel doordat wordt vermeden dat een veelheid van gerechtelijke procedures wordt gevoerd over vergelijkbare bedingen in algemene voorwaarden die worden gebruikt door die andere verkopers. Wat een dergelijk register betreft, kan niet worden betwist dat de invoering ervan in overeenstemming is met het Unierecht. Uit de bepalingen van richtlijn 93/13 en inzonderheid uit artikel 8 ervan blijkt namelijk dat de lidstaten lijsten kunnen opstellen van contractuele bedingen die als oneerlijk worden beschouwd. Krachtens artikel 8 bis van deze richtlijn, dat is ingevoegd bij richtlijn 2011/83 en dat van toepassing is op na 13 juni 2014 gesloten overeenkomsten, zijn de lidstaten gehouden de Commissie in kennis te stellen van de opstelling van dergelijke lijsten. Uit deze bepalingen vloeit voort dat deze door nationale instanties opgestelde lijsten of registers in beginsel het belang van de door richtlijn 93/13 geboden consumentenbescherming dienen. Ten tweede blijkt uit artikel 8 van richtlijn 93/13 dat niet alleen de invoering van een register als dat hetwelk door de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming tot stand is gebracht, maar ook het beheer van dit register moet voldoen aan de in deze richtlijn en – meer in het algemeen – in het Unierecht neergelegde vereisten. In dit verband dient te worden gepreciseerd dat het betrokken register op een transparante wijze moet worden beheerd in het belang van niet alleen de consumenten maar ook de verkopers. Dit vereiste houdt onder meer in dat dit register een duidelijke structuur moet hebben, ongeacht het aantal bedingen dat erin vervat is. Voorts moeten de bedingen in het betrokken register beantwoorden aan het actualiteitscriterium, hetgeen impliceert dat dit register zorgvuldig wordt bijgehouden en dat de bedingen die niet langer in het register hoeven te staan, er met inachtneming van het rechtszekerheidsbeginsel onverwijld uit worden verwijderd. Daarenboven moet de verkoper aan wie een geldboete wordt opgelegd wegens het gebruik van een beding dat geacht wordt overeen te komen met een in het betrokken register opgenomen beding, op grond van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming met name over de mogelijkheid beschikken om tegen deze sanctie beroep in te stellen. Dit recht van beroep moet betrekking kunnen hebben op zowel de beoordeling van de onrechtmatig geachte handelwijze als het boetebedrag dat is vastgesteld door het bevoegde nationale orgaan, in casu de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming. Wat de beoordeling van de onrechtmatig geachte handelwijze betreft, blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat naar Pools recht aan de verkoper een geldboete wordt opgelegd op grond van de vaststelling dat het door hem gebruikte litigieuze beding overeenkomt met een oneerlijk bevonden beding in algemene voorwaarden dat is opgenomen in het door de voornoemde autoriteit bijgehouden register. In het Poolse stelsel wordt aan de verkoper het recht toegekend de juistheid van deze vaststelling te betwisten voor een gespecialiseerde rechterlijke instantie, te weten de Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Deze rechterlijke instantie heeft als specifieke taak bedingen in algemene contractuele voorwaarden

WERKDOCUMENT

te toetsen en bijgevolg de uniformiteit van de rechtspraak inzake consumentenbescherming te verzekeren. Volgens de gegevens waarover het Hof beschikt, beperkt het door de bevoegde rechter uitgevoerde onderzoek zich niet tot een eenvoudige formele vergelijking van de onderzochte bedingen met de in het betrokken register opgenomen bedingen. Integendeel, dit onderzoek bestaat erin dat de inhoud van de litigieuze bedingen wordt beoordeeld om uit te maken of deze bedingen, met name gelet op de gevolgen ervan en rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval, inhoudelijk identiek zijn aan de in dat register ingeschreven bedingen. Gelet op de voorgaande overwegingen, waarvan de juistheid door de verwijzende rechter te beoordelen is, kan niet worden betoogd dat een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, de rechten van verdediging van de verkoper schendt of indruist tegen het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Weliswaar dient in dit verband te worden vastgesteld dat de oplegging van een geldboete wegens het gebruik van een als oneerlijk aangemerkt beding zonder twijfel een middel vormt om een einde te maken aan dit gebruik, maar dit middel moet worden aangewend met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. De lidstaten moeten iedere verkoper die van mening is dat de hem opgelegde geldboete tegen dit algemene Unierechtelijke beginsel ingaat, dan ook waarborgen dat hij beroep kan instellen om het bedrag van deze geldboete te betwisten. In het hoofdgeding staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of het in geding zijnde Poolse nationale stelsel verkopers aan wie de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming een geldboete heeft opgelegd, het recht toekent om met het oog op de betwisting van het bedrag van deze geldboete beroep in te stellen en daarbij aan te voeren dat het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen. Gelet op een en ander dient op de eerste prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, en artikel 7 van richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 2 van richtlijn 2009/22 en in het licht van artikel 47 van het Handvest, aldus moeten worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat wordt aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige handelwijze wanneer bedingen in algemene voorwaarden waarvan de inhoud overeenkomt met die van bedingen die bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing onrechtmatig zijn bevonden en die zijn ingeschreven in een nationaal register van oneerlijk bevonden bedingen in algemene voorwaarden, worden gebruikt door een verkoper die geen partij was in de procedure die heeft geleid tot de inschrijving van de betrokken bedingen in dat register, mits deze verkoper het recht heeft om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen tegen zowel het besluit waarbij wordt aangenomen dat de vergeleken bedingen overeenkomen uit het oogpunt van de vraag of zij, met name gelet op de nadelige gevolgen ervan voor de consumenten en rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval, inhoudelijk identiek zijn, als het besluit waarbij in voorkomend geval het bedrag van de opgelegde geldboete wordt vastgesteld. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de verkoper een dergelijk recht heeft.”

5 In zijn beslissing van 20 november 2015 heeft de Sąd Najwyższy geoordeeld dat „de eenzijdige en ten gunste van eenieder geldende uitbreiding van de materiële gevolgen van het vonnis waarmee de vordering wordt ingewilligd om een

WERKDOCUMENT

bepaling uit algemene voorwaarden als oneerlijk aan te merken, in overeenstemming is met het in artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 gestelde vereiste dat de op nationaal niveau vastgestelde middelen geschikt en doeltreffend zijn. De ten aanzien van eenieder geldende werking, ten opzichte van de betrokken verkoper, is evenredig, aangezien het toelaat een evenwicht te bewaren tussen de noodzaak om de doeltreffendheid van de abstracte controle te waarborgen en de noodzaak om het recht om te worden gehoord te eerbiedigen als een fundamenteel element van het recht op een eerlijk proces dat voortvloeit uit het recht op toegang tot een gerecht. De rechtsbescherming die in het kader van deze toetsing binnen deze grenzen wordt geboden, blijft doeltreffend omdat eenieder die zich wil beroepen op het oneerlijke karakter van een beding in de door een verkoper gebruikte algemene voorwaarden, die door een rechter voor mededinging en consumentenbescherming ter discussie wordt gesteld, de voordelen ervan kan genieten tegen die verwerende verkoper.”

6 In het licht van het voorgaande kunnen twee elkaar uitsluitende lijnen uit de rechtspraak worden onderscheiden. Volgens de eerste betekent de inschrijving in het register van oneerlijk bevonden bedingen enkel dat alleen de bedingen van de door een verkoper gebruikte algemene voorwaarden „automatisch” als oneerlijk worden beschouwd, maar niet de bedingen van individuele overeenkomsten die door de ondernemer met specifieke consumenten zijn gesloten. Volgens de tweede heeft de inschrijving in het register van oneerlijk bevonden bedingen echter tot gevolg dat alle bedingen van alle door de verkoper met alle consumenten gesloten overeenkomsten oneerlijk zijn, voor zover de inhoud van die bedingen overeenkomt met de inhoud van de inschrijving in het register van oneerlijk bevonden bedingen. Bij de beoordeling welke van deze lijnen in overeenstemming is met richtlijn 93/13 (of althans welke lijn de doelstellingen ervan het best verwezenlijkt), merkt de rechter op dat artikel 7, lid 2, en artikel 8 van richtlijn 93, anders dan de vroegere bepalingen van deze richtlijn, geen dwingend karakter hebben. In het bijzonder zijn de lidstaten niet verplicht de in artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13 bedoelde procedure in te leiden om algemene voorwaarden als oneerlijk aan te merken. Wanneer een lidstaat dergelijke procedures invoert, mag de vorm ervan evenwel niet volledig willekeurig zijn. Zij moet voldoen aan de vereisten waarin de overige bepalingen van de richtlijn voorzien, met name artikel 7, lid 1, waarnaar artikel 7, lid 2, overigens uitdrukkelijk verwijst. Bovendien moeten de procedure om algemene voorwaarden als oneerlijke bedingen aan te merken en de gevolgen van het vonnis dat in deze procedure wordt gewezen, in overeenstemming zijn met de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

7 De verwijzende rechter stelt derhalve dat aan de bepalingen van artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 en aan het doeltreffendheidsbeginsel het best uitvoering wordt gegeven door een uitlegging van artikel 479[43] kpc volgens welke de opneming van een beding in het register van oneerlijk bevonden bedingen tot gevolg heeft dat alle bedingen uit de overeenkomsten die door de verkoper met consumenten werden gesloten als oneerlijke bedingen worden aangemerkt, zonder dat afzonderlijk en individueel hoeft te worden onderzocht of de concrete bepaling

WERKDOCUMENT

in strijd is met de goede trouw en het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoren. De volgende argumenten ondersteunen dit standpunt.

8 In de eerste plaats is dit standpunt in overeenstemming met het rechtszekerheidsbeginsel en met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13, aangezien de consument er zeker van zal zijn dat bij een eventuele gerechtelijke procedure een beding uit zijn overeenkomst dat vergelijkbaar is met het beding dat in het register van oneerlijk bevonden bedingen is ingeschreven, als een oneerlijk beding zal worden aangemerkt. De logica wil dat indien een bepaling uit algemene voorwaarden met een bepaalde inhoud oneerlijk is, elke contractuele bepaling met een identieke inhoud eveneens oneerlijk zal zijn. Zou het tegendeel worden aanvaard, dan zou dat betekenen dat de beslissing van de rechter vanuit het oogpunt van de consument onvoorspelbaar is en dat het instellen van een gerechtelijke procedure door de consument dus een aanzienlijk risico inhoudt. Dat kan vele consumenten ontmoedigen om hun rechten te doen gelden, ondanks het feit dat zij steun zullen vinden in de bepalingen van richtlijn 93/13. In de tweede plaats is een dergelijke uitlegging van richtlijn 93/13 vereist door de Poolse realiteit van civiele procedures, met deelname van consumenten, bij de Poolse rechterlijke instanties en kan een andere uitlegging ervoor zorgen dat het waarborgen van een doeltreffende bescherming van de consumenten onmogelijk blijkt. Bijgevolg zou er sprake zijn van een schending van artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13. De veronderstelling daarentegen dat een inschrijving in het register van oneerlijk bevonden bedingen ruimere rechtsgevolgen heeft waardoor alle contractuele bedingen met een identieke inhoud oneerlijk worden verklaard, is in overeenstemming met voornoemde bepaling en met het doeltreffendheidsbeginsel, zodat de nationale rechter de bewijsprocedure kan beperken tot een onderzoek van de inhoud van de documenten. De rechter zal enkel moeten nagaan of de kredietnemer een consument was en of er over de contractuele bedingen afzonderlijk is onderhandeld. Tegelijkertijd betekent het feit dat een beding in een overeenkomst qua bewoordingen identiek is aan de algemene voorwaarden echter dat het van tevoren is opgesteld en de consument dus geen invloed heeft gehad op de inhoud ervan en dat het aan de consument is gepresenteerd in de vorm van vooraf opgestelde algemene voorwaarden - en dat afzonderlijk onderhandelen over de inhoud dus helemaal niet mogelijk is geweest (artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13). Door deze wijze van procederen verschuift de rol van rechter hoofdzakelijk naar een beoordeling van de gevolgen van het opnemen van oneerlijke bedingen in de overeenkomst en worden de door consumenten ingeleide procedures efficiënt gevoerd, zodat aan het doeltreffendheidsbeginsel gevolg is gegeven. Ten derde blijft de verruimde doeltreffendheid van de uitspraken van de SOKiK die leiden tot de opneming van een bepaling van algemene voorwaarden in het register van oneerlijk bevonden bedingen in overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel. Dankzij deze regeling is de praktische uitvoering van rechten van de consumenten aanzienlijk vereenvoudigd. Tegelijkertijd wordt de zogenaamde afschrikkende werking bereikt, aangezien de verkoper de negatieve gevolgen draagt van het opnemen van oneerlijke

WERKDOCUMENT

contractuele bedingen in elke overeenkomst die hij met een consument sluit. De negatieve gevolgen voor de verkoper zijn dus des te ernstiger naarmate hij meer overeenkomsten met oneerlijke contractuele bedingen heeft gesloten.

9 Wat de **tweede vraag** betreft, moet de verwijzende rechter, indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, onderzoeken of de voornoemde contractuele bedingen oneerlijk zijn. Van essentieel belang is hier § 10, lid 4, van de overeenkomst, waarin is bepaald dat het krediet wordt afgelost in PLN, maar dat de verwerende bank de bedragen omzet in CHF tegen haar eigen verkoopkoers. Analoge of zelfs identieke contractuele bedingen worden door de nationale rechterlijke instanties unaniem als oneerlijk beschouwd. De door verzoekers met verweerster gesloten overeenkomst heeft echter een iets andere constructie dan de meeste aan de CHF gekoppelde overeenkomsten, hetgeen te wijten is aan het feit dat in § 24, lid 1, van het (per 1 juli 2009 gewijzigde) reglement was voorzien in de mogelijkheid om de aflossingstermijnen van het krediet van meet af aan in CHF te betalen. Hoewel als gevolg van de door de verwerende bank doorgevoerde wijziging van het reglement vanaf 1 juli 2009 alle kredietnemers de mogelijkheid hadden om de aflossingstermijnen van het krediet rechtstreeks in vreemde valuta terug te betalen, moet uit het oogpunt van de regelgeving inzake oneerlijke bedingen in overeenkomsten worden beoordeeld of het contractueel beding zoals dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomst van toepassing is, oneerlijk is.

10 De mogelijkheid om de aflossingstermijnen van een aan vreemde valuta gekoppeld krediet rechtstreeks in die valuta terug te betalen is van cruciaal belang voor de beoordeling of de omzettingsclausules in de overeenkomst (§ 10, lid 4) oneerlijk zijn. In het geval van overeenkomsten die toelaten de aflossingstermijnen in CHF terug te betalen, kan de kredietnemer vooraf CHF kopen bij een wisselkantoor en de aflossingstermijnen telkens in deze valuta betalen. Bijgevolg zou de kredietnemer, indien hij dit wenst, alle aflossingstermijnen van het krediet in CHF kunnen betalen en zou de bank geen invloed kunnen uitoefenen op het bedrag van de door hen verrichte betaling. De vraag of § 10, lid 4, van de kredietovereenkomst van toepassing zou zijn, is in deze situatie geheel afhankelijk van de beslissing van de kredietnemers. De verwijzende rechter vraagt zich dan ook af of voormelde kwestie relevant is voor de beoordeling van de vraag of § 10, lid 4, van de kredietovereenkomst oneerlijk is. De rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties is op dit punt niet uniform. Zo oordeelde de Sąd Najwyższy dat de bedingen van een overeenkomst inzake een hypothecair krediet dat al naargelang de wil van de consument zowel kan worden uitbetaald en afgelost in CHF als in PLN aan de hand van de wisselkoerstabel van de bank, geenszins onbillijk zijn. De beslissing omtrent het uitbetalen van een krediet en de aflossing ervan in PLN is uitsluitend zijn beslissing en kon de aard van het krediet niet veranderen. Derhalve kan niet worden betoogd dat het niet aflossen in CHF voldoet aan de voorwaarden van artikel 385[1], lid 1, kc en tot de onwerkzaamheid van de betwiste bepaling leidt.[3]

[3] Zie arrest van de Sąd Najwyższy van 9 oktober 2020, III CSK 99/18.

WERKDOCUMENT

Anderzijds bestaat er in de nationale rechtspraak een andere opvatting, volgens welke het oneerlijke karakter van een contractueel beding niet verdwijnt louter omdat de consument het niet hoeft te gebruiken. Met name mag de keuze van de consument tussen twee opties niet neerkomen op een keuze tussen een optie waarbij er sprake is van misbruik en een optie waarbij dat niet het geval is. Volgens de SOKiK gaat het dus om een keuze tussen een potentieel duurdere maar handigere optie en een goedkopere optie, die echter de eigen activiteit van de consument vereist. Alle bedingen van de overeenkomst en het reglement moeten in overeenstemming zijn met de goede zeden en mogen geen afbreuk doen aan de belangen van de consument.[4] Elke optie moet in overeenstemming zijn met de consumentenwetgeving. Aannemen dat een oneerlijk beding in alle gevallen een oneerlijk karakter heeft, ook wanneer de consument ervoor kan kiezen af te zien van de toepassing ervan, strookt met de doelstelling van richtlijn 93/13, die beoogt verkopers ervan te weerhouden oneerlijke bedingen in overeenkomsten te gebruiken. Een tegengestelde opvatting zou verkopers er zelfs toe kunnen aanzetten hun overeenkomsten zo te formuleren dat zij voorzien in de mogelijkheid te kiezen tussen eerlijke en oneerlijke bedingen. Verkopers die overeenkomsten op deze wijze construeren zouden zich gemakkelijk kunnen onttrekken aan hun aansprakelijkheid jegens consumenten door erop te wijzen dat consumenten hadden kunnen kiezen voor de eerlijke contractuele bedingen.

11 Zoals uit het voorgaande volgt, bieden noch het nationale recht, noch de nationale rechtspraak een oplossing voor het gestelde probleem, zodat de zaak aan het Hof van Justitie moet worden voorgelegd. Een analyse van de tot dusver bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie leidt tot de conclusie dat deze kwestie nog niet door het Hof is onderzocht. Niettemin heeft het Hof van Justitie zich nog over soortgelijke problemen uitgesproken. In het bijzonder moet hier worden gewezen op het arrest van 27 januari 2021, waarin is geoordeeld dat „artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 preciseert dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Uit deze bepaling en uit artikel 3 van deze richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, volgt dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding moet worden uitgegaan van de datum waarop de betrokken overeenkomst is gesloten (zie in die zin arrest van 9 juli 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, punt 48). Volgens vaste rechtspraak gaat het bij de in artikel 4, lid 1, van die richtlijn bedoelde omstandigheden om de omstandigheden waarvan de verkoper op de datum van de sluiting van de overeenkomst kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering daarvan, aangezien een contractueel beding een verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende

4 Zie vonnis van de Sąd Apelacyjny w Warszawie (rechter in tweede aanleg Warschau, Polen) van 13 december 2017, VII ACa 1036/17.

WERKDOCUMENT

rechten en verplichtingen van partijen in zich kan dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert. [...] Uit deze rechtspraak blijkt dus dat, krachtens richtlijn 93/13, de nationale rechter bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding uitsluitend moet uitgaan van de datum waarop de betrokken overeenkomst is gesloten en aan de hand van alle omstandigheden rond die sluiting moet beoordelen of dat beding op zich een verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten gunste van de verkoper in zich droeg. Bij een dergelijke beoordeling kan weliswaar rekening worden gehouden met de uitvoering van de overeenkomst, maar zij kan in geen geval afhangen van gebeurtenissen die zich, buiten de wil van de contractpartijen om, voordoen na de sluiting van de overeenkomst. Hoewel niet kan worden betwist dat in bepaalde gevallen de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 bedoelde verstoring van het evenwicht slechts tot uiting kan komen tijdens de uitvoering van de overeenkomst, moet dus worden nagegaan of de bedingen van deze overeenkomst vanaf de datum van sluiting ervan die verstoring van het evenwicht in zich droegen, ook al zou deze verstoring zich alleen onder bepaalde omstandigheden kunnen voordoen of zou dat beding in andere omstandigheden zelfs ten goede kunnen komen aan de consument. Ten eerste zou een omgekeerde redenering ertoe leiden dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt uitgevoerd en van eventuele toekomstige ontwikkelingen die daarop van invloed zijn, waardoor de verkopers zouden kunnen speculeren over die uitvoering en die ontwikkelingen en een potentieel oneerlijk beding zouden kunnen opnemen, waarbij zij erop rekenen dat dit beding in bepaalde omstandigheden niet als oneerlijk zal worden aangemerkt. Ten tweede dient in herinnering te worden gebracht dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt dat oneerlijke bedingen de consument niet binden en dus worden geacht nooit te hebben bestaan. Indien de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding zou kunnen afhangen van gebeurtenissen die zich buiten de wil van de contractpartijen om voordoen na de sluiting van de overeenkomst, zou de nationale rechter het litigieuze beding alleen buiten toepassing kunnen laten voor die perioden waarin het betrokken beding als oneerlijk moet worden aangemerkt.” Gelet op de omstandigheid dat de mogelijkheid voor de consument om te kiezen welke van de twee contractuele bedingen van toepassing zal zijn, een omstandigheid is die zich na de sluiting van de overeenkomst voordoet en die van de wil van de consument afhangt, biedt deze rechtspraak geen uitsluitsel over de in de onderhavige prejudiciële vraag aan de orde gestelde kwestie.

12 Wat de **derde vraag** betreft, zij erop gewezen dat de problematiek van de aan verkopers (met inbegrip van banken) opgelegde informatieverplichtingen en van het opleggen van het wisselkoersrisico aan de kredietnemers door het Hof van Justitie is onderzocht, bijvoorbeeld in de arresten RWE Vertrieb en Kásler en Káslerné Rábai, waarin het Hof heeft opgemerkt dat het „voor een consument [...] immers van wezenlijk belang [is] dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk

WERKDOCUMENT

beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die de laatstgenoemde tevoren heeft vastgelegd."[5]

13 Het Hof heeft in de zaken Andriciuc en OTP Bank erop gewezen „dat de kredietnemer duidelijk moet worden geïnformeerd over het feit dat hij zich met de ondertekening van een in vreemde valuta luidende kredietovereenkomst blootstelt aan een wisselkoersrisico dat mogelijkerwijs economisch gezien een zware last kan worden ingeval de valuta waarin hij zijn inkomsten ontvangt in waarde daalt. Voorts moet de bank uitleg geven over de mogelijke wisselkoersschommelingen en de risico's die inherent zijn aan het aangaan van een krediet in vreemde valuta, met name wanneer de consument die het krediet afsluit zijn inkomsten niet in deze valuta ontvangt. Het staat derhalve aan de nationale rechterlijke instantie om na te gaan of de verkoper de betrokken consumenten alle relevante informatie heeft verschaft aan de hand waarvan zij de economische gevolgen van een beding als dat in het hoofdgeding voor hun financiële verplichtingen konden inschatten. Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, veronderstelt dat financiële instellingen in het geval van kredietovereenkomsten kredietnemers voldoende informatie verschaffen die hen in staat stelt goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen. In dit verband impliceert dit vereiste dat een beding volgens hetwelk de lening in dezelfde vreemde valuta moet worden terugbetaald als die waarin de lening is aangegaan, door de consument zowel formeel als grammaticaal wordt begrepen, maar ook wat de concrete draagwijdte ervan betreft, in die zin dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet alleen kennis kan nemen van de mogelijkheid om de vreemde valuta waarin de lening is aangegaan te verhogen of te verminderen, maar ook de potentieel aanzienlijke economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn obligaties kan beoordelen. Het staat aan de nationale rechter om de noodzakelijke verificaties ter zake te verrichten."[6]

14 Tenslotte heeft het Hof in de zaak BNP Paribas Personal Finance als volgt geoordeeld: „Met betrekking tot in vreemde valuta luidende leenovereenkomsten als in de hoofdgedingen moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat alle informatie die de verkoper verstrekt om de consument in te lichten over de werking van het mechanisme voor het omwisselen van valuta en het daaraan verbonden risico, relevant is voor die beoordeling. Van bijzonder belang zijn de toelichtingen over de risico's die de kredietnemer loopt ingeval het wettig betaalmiddel van de lidstaat waar de kredietnemer is gevestigd aanzienlijk in waarde daalt en ingeval de buitenlandse rentevoet stijgt. [...] Hieruit volgt dat

5 Zie arresten van het Hof van Justitie van 21 maart 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punt 44, en 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 70.

6 Zie arresten van het Hof van Justitie 20 september 2017, Andriciuc, C-186/16, EU:C:2017:703, punt 50-51, en 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, punten 74 en 78

WERKDOCUMENT

slechts aan het transparantievereiste wordt voldaan indien de door de verkoper verstrekte informatie een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet alleen in staat stelt om te begrijpen dat de wijzigingen in de tussen de rekenmunt en de betaalmunt geldende wisselkoers, afhankelijk van de schommelingen ervan, negatieve gevolgen kunnen hebben voor zijn financiële verplichtingen, maar ook om bij het aangaan van een lening in vreemde valuta te begrijpen aan welk reëel risico hij gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst is blootgesteld ingeval de munt waarin hij zijn inkomsten ontvangt aanzienlijk daalt ten opzichte van de rekenmunt. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat becijferde simulaties, zoals die welke zijn opgenomen in sommige kredietaanbiedingen in de hoofdgedingen, nuttige informatie kunnen vormen indien zij zijn gebaseerd op voldoende en juiste gegevens, en indien zij objectieve beoordelingen bevatten die op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument worden meegedeeld. Alleen onder die voorwaarden kunnen becijferde simulaties de verkoper in staat stellen de aandacht van deze consument te vestigen op het risico van – mogelijk aanzienlijke – negatieve economische gevolgen van de betrokken contractuele bedingen. Zoals alle andere informatie die de verkoper verschaft over de omvang van de door de consument aangegane verbintenis moet de becijferde simulatie deze consument helpen begrijpen wat de werkelijke omvang is van het risico dat er zich op lange termijn wisselkoersschommelingen voordoen, en dus van de risico's die inherent zijn aan het sluiten van een in vreemde valuta luidende kredietovereenkomst. In het kader van een leenovereenkomst in vreemde valuta die de consument blootstelt aan een wisselkoersrisico kan dus niet worden voldaan aan het transparantievereiste door deze consument informatie te verstrekken – ook al is deze uitgebreid – indien die informatie is gebaseerd op de veronderstelling dat de tussen de rekenmunt en de betaalmunt geldende wisselkoers tijdens de hele looptijd van die overeenkomst stabiel zal blijven. Dit is met name het geval wanneer de verkoper de consument niet heeft gewaarschuwd voor de weerslag die de economische context kan hebben op de wisselkoersschommelingen, zodat de consument niet in staat is gesteld concreet te begrijpen welke mogelijk ernstige gevolgen het aangaan van een in vreemde valuta luidende lening voor zijn financiële situatie kan hebben. In de tweede plaats is ook het soort taal dat de financiële instelling in de precontractuele en contractuele documenten hanteert een relevante factor voor de in punt 67 hierboven bedoelde beoordeling. Dat niet is voldaan aan het transparantievereiste van met name artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 blijkt in het bijzonder uit het ontbreken van bewoordingen of toelichtingen waarin de kredietnemer er uitdrukkelijk voor wordt gewaarschuwd dat er bijzonder risico's zijn aan in vreemde valuta luidende leenovereenkomsten."[7]

15 Een bank die aan een consument een aan een vreemde valuta gekoppeld krediet aanbiedt, moet die consument in het kader van de informatieverplichting met betrekking tot diens wisselkoersrisico ten minste informatie verstrekken over de

[7] Zie arrest van het Hof van Justitie van 10 juni 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19-C-782/19, EU:C:2021:470, punten 69 en 72-75.

WERKDOCUMENT

ontwikkeling in het verleden van de wisselkoers van de nationale valuta ten opzichte van de vreemde valuta over een voldoende lange periode, en een simulatie tonen waaruit blijkt hoe de aflossingstermijnen op de lening en het bedrag van de kredietschuld kunnen veranderen in geval van een daling van de waarde van de nationale valuta ten opzichte van de vreemde valuta. De vraag is of bovengenoemde informatieverplichtingen van de bank ook gelden voor een consument die door zijn opleiding of beroepservaring reeds over dergelijke informatie beschikt.

16 Naar het oordeel van de verwijzende rechter heeft de bank niet voldaan aan de informatieverplichtingen jegens verzoeker. Dat ligt anders voor de situatie van verzoekster, die ten tijde van de sluiting van de overeenkomst over een hoge beroepsbekwaamheid en beroepservaring bij de verwerende bank beschikte. Zij gaf ook toe dat zij het aanbod van de bank kende en zich bewust was van het wisselkoersrisico dat voortvloeide uit het aan een vreemde valuta gekoppelde krediet dat zij had afgesloten. Bijgevolg wenst de rechter te vernemen of artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 een verkoper verplichten om een abstracte consument in aanmerking te nemen of moet afgaan op de individuele kenmerken van de betrokkene wanneer hij een consument inlicht over de wezenlijke kenmerken van een overeenkomst.

17 Het antwoord op deze vraag is van wezenlijk belang voor de beoordeling van onderhavige zaak. De vaststelling dat de verkoper verplicht is aan elke consument volledige en begrijpelijke informatie te verstrekken over de kenmerken van de overeenkomst (met name over de risico's die verbonden zijn aan het sluiten van de overeenkomst) kan impliceren dat de instructies die de verwerende bank aan beide verzoekers heeft gegeven, ontoereikend waren, hetgeen tot gevolg zal hebben dat de contractuele bedingen voor hen beiden dubbelzinnig en oneerlijk zullen zijn. Daarentegen kan de aanvaarding dat de reikwijdte van de informatieverplichtingen van de verkoper moet worden aangepast aan de individuele consument, leiden tot het oordeel dat de onderzochte contractuele bedingen alleen voor verzoeker onbegrijpelijk en oneerlijk waren.

18 Wat de laatste, **vierde prejudiciële vraag** betreft, die als het ware voortvloeit uit de derde vraag, overweegt de verwijzende rechter, gelet op de feitelijk betere situatie van verzoekster (kennis- en ervaringsniveau) ten opzichte van verzoeker, te oordelen dat de contractuele bedingen die een wisselkoersrisico opleggen aan verzoekers en die toestaan dat de bank de wisselkoers vrij bepaalt, alleen voor verzoeker oneerlijk zijn maar niet voor verzoekster. Dat zou betekenen dat de kredietovereenkomst slechts ongeldig is voor zover zij betrekking heeft op verzoeker (in de veronderstelling dat het schrappen van deze contractuele bedingen de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg moet hebben, aangezien zij als de voornaamste prestatie worden beschouwd). Een dergelijke oplossing is toegestaan op grond van zowel het nationale recht als de rechtspraak van de Poolse rechterlijke instanties. De vraag rijst echter of een dergelijke oplossing verenigbaar is met de bepalingen van richtlijn 93/13 (met name artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1). De aanvaarding van een dergelijke beslechting, die ongetwijfeld

WERKDOCUMENT

gunstig is voor verzoeker, zou verzoekster tegelijkertijd in een nog slechtere positie brengen dan wanneer de overeenkomst in haar geheel geldig zou zijn voor beide verzoekers (in welk geval zij samen hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn jegens de bank). Dat zou tot gevolg hebben dat de verantwoordelijkheid voor het nakomen van de verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst volledig bij verzoekster wordt gelegd. Bijgevolg zal de uitoefening door verzoeker van de rechten die hij aan richtlijn 93/13 ontleent, voor verzoekster negatieve gevolgen hebben, wat echter in strijd zou zijn met richtlijn 93/13.

19 Een alternatieve oplossing die in overeenstemming is met richtlijn 93/13 zou er volgens de rechter in kunnen bestaan aan te nemen dat de overeenkomst ofwel jegens alle consumenten nietig kan worden verklaard, ofwel in het geheel niet nietig kan worden verklaard. Een dergelijke oplossing lijkt echter onjuist te zijn, aangezien zij zou betekenen dat de rechten van een consument uit hoofde van richtlijn 93/13 zouden worden beperkt louter wegens de verschillende rechtspositie van een andere consument die partij is in dezelfde overeenkomst. In dat geval zouden de rechten van de consument tegen wie de contractuele bedingen oneerlijk zijn, worden tenietgedaan zonder dat daarvoor een rechtsgrondslag in richtlijn 93/13 bestaat.

20 Een derde mogelijke oplossing is gebaseerd op een met het Unierecht conforme uitlegging en is een compromis. Deze komt erop neer dat de overeenkomst nietig wordt verklaard wat verzoeker betreft, terwijl alle uit de overeenkomst voortvloeiende prestaties worden gehalveerd. Bijgevolg blijven verzoekster en de bank partij bij de overeenkomst, terwijl verzoeker niet verplicht zou zijn om aflossingstermijnen te betalen en tegelijkertijd aanspraak zou kunnen maken op teruggave van de helft van de reeds betaalde aflossingstermijnen. Het compromiskarakter van bovengenoemde oplossing bestaat erin dat enerzijds de vordering van verzoeker wordt toegewezen, terwijl anderzijds de rechtspositie van verzoekster niet wordt verslechterd. Deze oplossing doet echter twijfels ontstaan in verband met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aangezien de inmenging door de rechter in de inhoud van de overeenkomst verder gaat dan het als niet-bestaand beschouwen van de oneerlijke bedingen.

21 Volgens de vierde oplossing, die gunstig is voor de consument maar twijfels oproept vanuit het oogpunt van het rechtszekerheidsbeginsel, hebben de bedingen die slechts ten aanzien van één van de consumenten een oneerlijk karakter hebben, tot gevolg dat de overeenkomst in haar geheel nietig is. Deze oplossing sluit de problemen van de drie hierboven beschreven oplossingen uit. In dit geval zou aan de eisen van alle consumenten worden voldaan, aangezien zij beiden de nietigheid van de overeenkomst vorderen en de daaruit voortvloeiende consequenties aanvaarden. Het aanvaarden van deze oplossing zou betekenen dat de verwijzende rechter de subsidiaire vordering van verzoekers in haar geheel zou toewijzen. Volgens de verwijzende rechter is dit een optimale oplossing die aan beide personen de uit richtlijn 93/13 voortvloeiende bescherming waarborgt.

WERKDOCUMENT

22 In die omstandigheden geeft de verwijzende rechter het Hof in overweging de eerste drie vragen bevestigend te beantwoorden. Wat de vierde vraag betreft, geeft de rechter het Hof echter in overweging te antwoorden dat de vaststelling dat een contractueel beding oneerlijk is ten aanzien van zelfs maar één van de consumenten die partij zijn bij de overeenkomst met de verkoper, betekent dat dit beding ook als oneerlijk moet worden aangemerkt ten aanzien van alle andere partijen bij de overeenkomst en dat de overeenkomst, indien ze niet kan worden uitgevoerd zonder dit beding, nietig is ten aanzien van al deze partijen.

WERKDOCUMENT