



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 30 januari 2020¹

Zaak C-452/18

**XZ
tegen
Ibercaja Banco SA**

[verzoek van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Teruel n.º 3 (rechter van eerste aanleg en instructie nr. 3, Teruel, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Richtlijn 93/13/EEG – Hypothecaire leningsovereenkomst – Beding tot beperking van de variabiliteit van de rente („bodembeding”) – Gebrek aan transparantie – Oneerlijk beding – Afspraak van partijen tot wijziging van het bodembeding, bevestiging van de geldigheid van de hypothecaire leningsovereenkomst en wederzijdse afstand van het recht om deze in rechte te betwisten – Verenigbaarheid met richtlijn 93/13 – Voorwaarden”

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend door de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Teruel nr. 3 (rechter van eerste aanleg en instructie nr. 3, Teruel, Spanje) en betreft een geding tussen XZ en Ibercaja Banco SA (hierna: „Ibercaja”). In wezen waren partijen in het hoofdgeding gebonden aan een hypothecaire leningsovereenkomst met een variabel rentetarief. In deze overeenkomst was een „bodembeding” opgenomen waarin de variabiliteit van dat tarief werd beperkt. Volgens een arrest van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) is een dergelijk beding onverenigbaar met de Spaanse regelgeving waarmee richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten² in Spaans recht is omgezet. Tegen deze achtergrond zijn XZ en Ibercaja tot een afspraak gekomen – waarvan zij de juridische kwalificatie betwisten – houdende vernieuwing van het betrokken beding en bevestiging van de geldigheid van de leningsovereenkomst in kwestie, en waarbij beide partijen ervan afzien om de overeenkomst in rechte te betwisten.

2. De verwijzende rechter wenst van het Hof te vernemen of een dergelijke afspraak verenigbaar is met richtlijn 93/13. De prejudiciële vragen bieden het Hof de gelegenheid om zich voor het eerst uit te spreken over de vraag of een consument zich er contractueel toe kan verbinden om zich niet op het oneerlijke karakter, in de zin van die richtlijn, van een bepaald beding te beroepen, en in voorkomend geval onder welke voorwaarden dat mogelijk is. Deze vraag bepaalt in het bijzonder de omvang van de autonomie waarover een consument en een verkoper beschikken om een oneerlijk beding in een overeenkomst te bevestigen of te vernieuwen, of een minnelijke schikking te treffen, en met name schikkingsovereenkomsten aan te gaan, om hun geschillen ter zake buitengerechtelijk te beslechten.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Richtlijn van de Raad van 5 april 1993 (PB 1993, L 95, blz. 29).

3. In deze conclusie zal ik uitleggen dat richtlijn 93/13 in beginsel niet verbiedt dat een consument en een verkoper tot een afspraak komen op grond waarvan de consument ervan afziet om zich op het oneerlijke karakter van een reeds bestaand beding te beroepen. Een dergelijke afspraak moet echter wel aan de eisen van deze richtlijn en met name aan de daarin vastgelegde transparantieplichting voldoen. Daarom zal ik het Hof een benadering voorstellen waarmee de geldigheid wordt gewaarborgd van „echte” schikkingsovereenkomsten die met volledige kennis van zaken door de consument worden gesloten, maar door verkopers opgelegde schikkingsovereenkomsten die enkel de schijn van een minnelijke schikking wekken, worden verboden.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Richtlijn 93/13

4. Artikel 3 van richtlijn 93/13 bepaalt:

„1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument diensgevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.

Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.”

5. Artikel 4 van voornoemde richtlijn bepaalt:

„1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

2. De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.”

6. Artikel 6, lid 1, van die richtlijn luidt:

„De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.”

7. In de bijlage bij die richtlijn, met als opschrift „In artikel 3, lid 3, bedoelde bedingen”, worden in punt 1, onder q), bedingen genoemd die tot doel of tot gevolg hebben, „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust”.

B. Spaans recht

8. Richtlijn 93/13 is in Spaans recht omgezet bij Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 inzake algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998, die samen met andere bepalingen tot omzetting van verschillende richtlijnen van de Unie op het gebied van consumentenbescherming is herschikt bij Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [koninklijk besluit 1/2007 tot vaststelling van de gecodificeerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers en andere aanvullende wetten (hierna: „koninklijk besluit 1/2007”)] van 16 november 2007.

9. In artikel 10 van koninklijk besluit 1/2007 is het volgende bepaald:

„Het op voorhand afstand doen van de rechten die bij deze regeling worden verleend aan consumenten en gebruikers, is nietig, evenals handelingen die worden verricht in strijd met de wet, overeenkomstig de bepalingen van artikel 6 van de Código Civil.”

10. Artikel 83, lid 1, van koninklijk besluit 1/2007 luidt: „Oneerlijke bedingen zijn van rechtswege nietig en worden als niet geschreven beschouwd.”

III. Hoofdeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

11. Bij authentieke akte van 23 december 2011 heeft XZ bij een projectontwikkelaar een onroerende zaak gekocht. Op deze onroerende zaak rustte een hypotheek ten gunste van de „Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón”, als waarborg voor de terugbetaling van een lening die de bank op grond van een overeenkomst van 23 juli 2010³ aan de projectontwikkelaar had verleend. Met de aankoop van de onroerende zaak is XZ in die overeenkomst in de plaats getreden van de betrokken projectontwikkelaar.

12. In de hypothecaire leningsovereenkomst was bepaald dat op de lening een variabel rentetarief van toepassing was. In een beding van de overeenkomst werd deze variabiliteit echter tot een jaarlijks maximum- en minimumrentetarief van respectievelijk 9,75 % en 3,25 % beperkt.

³ Hierna: „hypothecaire leningsovereenkomst”.

13. Op 4 maart 2014 is Ibercaja, die de Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón in de betrokken lening heeft opgevolgd⁴, met XZ een afspraak aangegaan die werd aangeduid als „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening”. In deze afspraak was in het bijzonder vastgelegd dat het minimumrentetarief van de lening met ingang van de daaropvolgende maandelijkse aflossing en tot aan de volledige aflossing naar 2,35 % werd verlaagd. In die afspraak was tevens het volgende beding opgenomen:

„De partijen bevestigen de geldigheid en de toepassing van de lening, achten de voorwaarden ervan geschikt en zien derhalve uitdrukkelijk en wederzijds af van elke vordering tegen de andere partij met betrekking tot de gesloten overeenkomst en de daarin vervatte bedingen, alsmede de tot op heden verrichte betalingen, die zij als conform erkennen.”

14. Voorts bevatte de afspraak, naar een door Ibercaja verstrekt voorbeeld, een door XZ met de hand geschreven en door hem ondertekende vermelding waarin het volgende werd verklaard:

„Ik ben mij ervan bewust en begrijp dat het jaarlijkse nominale rentetarief van mijn lening nooit lager dan 2,35 % zal zijn.”

15. Op 14 januari 2016 heeft XZ de laatste maandelijkse termijn van de lening afgelost.

16. Op 1 februari 2017 heeft belanghebbende bij de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het „bodembeding” in de hypothecaire leningsovereenkomst vanwege het oneerlijke karakter ervan, en tot veroordeling van Ibercaja tot terugbetaling van de op grond van dit beding betaalde bedragen.

17. Ibercaja heeft voor die rechter betwist dat het beding oneerlijk zou zijn en zich tegen de gevorderde terugbetaling verzet door zich op de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” tussen haar en XZ te beroepen. In dit verband heeft XZ betoogd dat de regel in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, volgens welke oneerlijke bedingen „de consument niet binden”, zich tot een dergelijke overeenkomst moet uitstrekken, zodat zowel die overeenkomst als dat beding nietig dienen te worden geacht.

18. Daarop heeft de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet het beginsel dat nietige bedingen (artikel 6 van [richtlijn 93/13]) niet bindend zijn zich ook uitstrekken tot latere overeenkomsten en rechtshandelingen met betrekking tot die bedingen, zoals de [,overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening']?

Kan, aangezien de absolute nietigheid impliceert dat het betreffende beding nooit heeft bestaan in het juridisch-economische leven van de overeenkomst, worden geconcludeerd dat latere rechtshandelingen, te weten de [,overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening'], en de rechtsgevolgen daarvan met betrekking tot dat beding, eveneens uit de juridische werkelijkheid verdwijnen en derhalve moeten worden geacht niet te bestaan en geen effect te sorteren?

2) Kan bij documenten die strekken tot de wijziging van of de sluiting van een schikkingsovereenkomst met betrekking tot bedingen waarover niet is onderhandeld en die de oneerlijkheden- en transparantietoets mogelijk niet met goed gevolg zullen doorstaan, sprake zijn

⁴ Uit de verwijzingsbeslissing en de opmerkingen van Ibercaja blijkt dat Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón op een niet nader vermelde datum in Banco Grupo Cajatrés SA is opgegaan. Vervolgens is die bank op 23 mei 2013 zelf met Ibercaja geïntegreerd, alvorens daarin op 1 oktober 2014 geheel op te gaan.

van algemene voorwaarden in overeenkomsten voor de doeleinden van artikel 3 van richtlijn 93/13/EEG, zodat dezelfde nietigheidsgronden gelden als die welke van toepassing zijn op de oorspronkelijke documenten die het voorwerp uitmaken van novatie of een schikking?

- 3) Moet de afstand van het recht om rechtsvorderingen in te stellen, zoals vervat in de [,overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening'], eveneens nietig zijn, voor zover de cliënten in de door hen ondertekende overeenkomsten niet zijn geïnformeerd over de nietigheid van een beding, noch over het bedrag of de geldelijke waarde van hun aanspraak op teruggave van de rente die was betaald uit hoofde van de initiële oplegging van het ,bodembeding'?

Met deze afstand verbindt de cliënt zich ertoe om af te zien van het instellen van een vordering, zonder door de bank te zijn geïnformeerd waarvan [of] van welk geldbedrag hij of zij afziet.

- 4) Wanneer de [,overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening'] wordt onderzocht in het licht van de rechtspraak van het Hof [...] en artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, lijdt het nieuwe bodembeding dan opnieuw aan een gebrek aan transparantie, aangezien de bank de in het arrest van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) van 9 mei 2013 vastgestelde transparantiecriteriën opnieuw niet heeft nageleefd en de cliënt niet heeft geïnformeerd over de daadwerkelijke financiële kosten van het bedoelde beding in haar hypothecaire leningsovereenkomst, waardoor de cliënt had kunnen kennisnemen van het rentetarief (en de daaruit voortvloeiende maandelijkse aflossingsbedragen) die hij zou moeten betalen bij toepassing van het nieuwe bodembeding en van het rentetarief (en de daaruit voortvloeiende maandelijkse aflossingsbedragen) die hij zou moeten betalen indien er geen bodembeding zou gelden en het in de hypothecaire leningsovereenkomst overeengekomen rentetarief zou worden toegepast, zonder benedengrens?

Met andere woorden, had de financiële instelling, toen zij het zogenoemde ,novatiedocument' met een ,bodembeding' oplegde, moeten voldoen aan de transparantiecriteriën van artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 en de cliënt moeten informeren over het financiële nadeel dat hij zou lijden als gevolg van de toepassing van het ,bodembeding', alsook over het rentetarief dat van toepassing zou zijn zonder het bestaan van een dergelijk beding, en moet dit document, voor zover de financiële instelling dat niet heeft gedaan, eveneens nietig worden verklaard?

- 5) Kunnen de bedingen inzake rechtsvorderingen in de algemene voorwaarden van de [,overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening'], gelet op de inhoud ervan, als oneerlijk worden beschouwd overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, in samenhang met de bijlage met oneerlijke bedingen, en in concreto [in punt 1, onder] q) [...], gelet op het feit dat deze bedingen het recht van consumenten beperken om rechten uit te oefenen die kunnen ontstaan of aan de dag kunnen treden na de ondertekening van de overeenkomst, zoals dat is gebeurd in verband met de mogelijkheid om de volledige teruggave van de betaalde rentebedragen te vorderen (ingevolge het [arrest Gutiérrez Naranjo e.a.⁵])?"

19. De verwijzingsbeslissing van 26 juni 2018 is op 11 juli 2018 ingekomen ter griffie van het Hof. Ibercaja, de Spaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend in deze zaak. Dezelfde partijen en belanghebbenden, alsook XZ, waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 11 september 2019.

5 Arrest van 21 december 2016 (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980; hierna: „arrest Gutiérrez Naranjo”).

IV. Analyse

20. De onderhavige procedure speelt tegen de achtergrond van de kwestie van „bodembedingen” in leningsovereenkomsten.⁶ Ik wil er kort aan herinneren dat met name door Spaanse banken vlak vóór en tijdens de financiële crisis die de wereldeconomie tussen 2007 en 2012 op haar grondvesten heeft doen schudden, hypothecaire leningsovereenkomsten met variabele rente werden aangeboden waarin een dergelijk beding was opgenomen, waarmee werd beoogd de variabiliteit van dit tarief te beperken. Volgens dit beding moet de leningnemer de daarin vastgelegde minimale rente betalen wanneer deze onder het vastgelegde „minimumtarief” komt te liggen.⁷ In de praktijk hebben bodembedingen aldus tot gevolg gehad dat Spaanse consumenten niet konden profiteren van de rentedaling die zich tijdens deze financiële crisis heeft voorgedaan, terwijl kredietinstellingen juist wel werden beschermd tegen de negatieve gevolgen die deze daling op hun marges had moeten hebben.⁸

21. Het gebruik van deze bodembedingen is voor de Spaanse banken echter niet zonder gevolgen gebleven. In een arrest van 9 mei 2013⁹ heeft de Tribunal Supremo vastgesteld dat dergelijke bedingen wegens het ontbreken van transparantie oneerlijk waren en de bodembedingen in de algemene voorwaarden van drie banken bijgevolg nietig verklaard. Deze hoogste rechterlijke instantie heeft de gevolgen van haar arrest echter in de tijd beperkt, waardoor het met name geen betrekking had op bedragen die consumenten vóór de publicatiedatum van het arrest op grond van die bedingen hadden betaald.¹⁰ Hoewel partijen in het hoofdgeding het niet eens zijn over de mate waarin bekendheid is gegeven aan dat arrest nadat het was gewezen, kan volgens mij worden aangenomen dat het op zijn minst ernstige twijfels heeft doen rijzen over de vraag of bodembedingen van andere banken ook aan een dergelijk gebrek aan transparantie leden.

22. Tegen deze achtergrond heeft Ibercaja in juli 2013 een intern beleid vastgesteld dat erin bestond met sommige – zo niet alle – cliënten met een hypothecaire lening waarin een bodembeding voorkwam¹¹, een afspraak, de zogeheten „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening”, aan te gaan. In deze afspraak was in het bijzonder vastgelegd dat het „minimumtarief” dat op de lening van de betrokken cliënt van toepassing was, met ingang van de eerstvolgende maandelijkse aflossing en tot aan het einde van die lening werd verlaagd, en dat zowel de bank als de cliënt er uitdrukkelijk van afzagen om de bedingen van die lening in rechte te betwisten. Op 4 maart 2014 is Ibercaja een dergelijke afspraak aangegaan met XZ.

23. Op 21 december 2016 heeft het Hof, waaraan verschillende Spaanse rechterlijke instanties de vraag hadden voorgelegd welke gevolgen zij aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een bodembeding moesten verbinden, het arrest Gutiérrez Naranjo gewezen. In dat arrest heeft het Hof in wezen geoordeeld dat de nationale rechter een dergelijk beding, wanneer hij dat als oneerlijk aanmerkt,

6 Deze kwestie is reeds onder de aandacht van het Hof gebracht. Zie met name arrest van 14 april 2016, Sales Sinués en Drame Ba (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252); arrest Gutiérrez Naranjo, en beschikking van 14 november 2013, Banco Popular Español en Banco de Valencia (C-537/12 en C-116/13, EU:C:2013:759).

7 Zie arrest Gutiérrez Naranjo, punt 18.

8 Dergelijke bedingen kwamen zeer vaak voor. Zo bevatte ten minste een derde van alle hypothecaire leningen die in 2010 in Spanje werden aangeboden, een dergelijk beding (zie Zunzunegui, F., „Mortgage Credit – Mis-selling of Financial Products” – Onderzoek uitgevoerd op verzoek van de commissie ECON, Europees Parlement, Beleidsondersteunende afdeling Economische Zaken, Wetenschapsbeleid en Levenskwaliteit, Directoraat-Generaal Intern Beleid, juni 2018, blz. 23-32 en aldaar aangehaalde verwijzingen).

9 Arrest nr. 241/2013 (ES:TS:2013:1916; hierna: „arrest van de Tribunal Supremo van 9 mei 2013” of „arrest van 9 mei 2013”).

10 De Tribunal Supremo heeft deze oplossing later ook bevestigd [zie onder meer arresten van 25 maart 2015, nr. 139/2015 (ES:TS:2015:1280), en 29 april 2015, nr. 222/2015 (ES:TS:2015:2207)]. Zie arrest Gutiérrez Naranjo, punten 18-21 en 67.

11 Volgens Ibercaja moesten haar medewerkers alleen aan cliënten die na het arrest van de Tribunal Supremo van 9 mei 2013 bezwaar tegen het in hun overeenkomst opgenomen bodembeding hadden gemaakt, een „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” voorstellen. XZ betoogt echter dat het maken van dergelijke afspraken deel uitmaakte van een campagne voor alle cliënten in wier overeenkomst een dergelijk bodembeding was opgenomen, ongeacht of zij daartegen bezwaar hadden gemaakt. Er zij op gewezen dat de vraag of XZ zelf een dergelijk bezwaar had gemaakt, door partijen in het hoofdgeding voor de nationale rechter wordt betwist (zie punt 80 van deze conclusie).

op grond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 in beginsel buiten toepassing moet laten en terugbetaling van de op grond daarvan betaalde bedragen moet gelasten.¹² Het Hof heeft bovendien verduidelijkt dat deze bepaling eraan in de weg staat dat het recht op terugbetaling in de tijd wordt beperkt, zoals de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013 had bepaald.¹³

24. XZ, die waarschijnlijk kennis van dat arrest van het Hof had genomen, heeft de verwijzende rechter op 1 februari 2017 verzocht het bodembeding in haar hypothecaire leningsovereenkomst nietig te verklaren op grond dat het oneerlijk was en Ibercaja te veroordelen tot terugbetaling van de op grond van dat beding betaalde bedragen.¹⁴

25. De kernvraag die voor deze rechter is opgeworpen, betreft de juridische gevolgen die de door XZ en Ibercaja op 4 maart 2014 gesloten „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” voor deze vorderingen kan hebben.

26. De bank betoogt namelijk dat deze afspraak zich ertegen verzet dat XZ zich in rechte op het oneerlijke karakter van het oorspronkelijke bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst kan beroepen. Haar betoog dienaangaande is geënt op een arrest van de Tribunal Supremo van 11 april 2018¹⁵, waarin deze hoogste rechterlijke instantie zich over dezelfde afspraken tussen Ibercaja en twee andere cliënten van deze bank heeft uitgesproken. Volgens de Tribunal Supremo vormde een dergelijke afspraak in wezen een *schikkingsovereenkomst*¹⁶ tussen de partijen waarmee de door het arrest van 9 mei 2013 ontstane onzekerheid over de geldigheid van het bodembeding in hun leningsovereenkomsten buitengerechtigd en definitief kon worden weggenomen, in ruil voor wederzijdse concessies in de vorm van een verlaging van het in dit beding vastgelegde tarief. Bijgevolg zou de rechter het oneerlijke karakter van dat beding niet kunnen onderzoeken, aangezien die schikkingsovereenkomst voor beide partijen bindend is. In dit verband was de Tribunal Supremo van mening dat richtlijn 93/13 zich er niet tegen verzet dat een verkoper en een consument een schikking treffen om hun geschillen buitengerechtigd te beslechten. Volgens deze rechterlijke instantie waren de betrokken afspraken voor de consument bovendien transparant.¹⁷

27. XZ stelt dat de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” als nietig moet worden beschouwd en de verwijzende rechter derhalve niet kan beletten haar verzoeken te onderzoeken. Haar betoog dienaangaande borduurt voort op de dissenting opinion bij het in het vorige punt aangehaalde arrest van de Tribunal Supremo van 11 april 2018¹⁸. Daarin wordt in wezen gesteld dat een dergelijke afspraak geen schikkingsovereenkomst vormt, maar een overeenkomst is houdende *vernieuwing* (novatie)¹⁹ van het bodembeding dat in de hypothecaire leningsovereenkomsten van de cliënten in kwestie is opgenomen, en dat een dergelijke vernieuwing volgens het nationale recht ongeldig is²⁰. Hoe dan ook verzet artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 zich er ten eerste tegen dat de partijen een oneerlijk beding wijzigen of bevestigen, of dat de consument

12 In concreto het verschil tussen de bedragen die overeenkomstig het minimumtarief zijn betaald en die welke zouden zijn betaald als deze ondergrens niet had bestaan en het variabele rentetarief was toegepast.

13 Zie arrest Gutiérrez Naranjo, punten 61-75 en punt 21 van deze conclusie.

14 Het geval van XZ staat geenszins op zichzelf. Bij de Spaanse rechterlijke instanties zijn meer dan één miljoen vorderingen ingediend tot terugbetaling van bedragen die uit hoofde van een bodembeding zijn betaald (zie Zunzunegui, F., op. cit., blz. 6). Zie over de gevolgen van het arrest van de Tribunal Supremo van 9 mei 2013 en van het arrest Gutiérrez Naranjo voor de Spaanse economie, International Monetary Fund, *IMF Country Report N° 17/345, Spain: Financial Sector Assessment Program – Technical Note on Supervision of Spanish Banks – Select[ed] issues*, 13 november 2017, blz. 8, 10, 23 en 53. In dit rapport is de verkoop van hypothecaire leningen met een bodembeding als systeemrisico voor die economie aangemerkt.

15 Arrest nr. 205/2018 (hierna: „arrest van de Tribunal Supremo van 11 april 2018” of „arrest van 11 april 2018”, ES:TS:2018:1238).

16 Overeenkomstig artikel 1809 van de Código Civil is een schikkingsovereenkomst een overeenkomst waarbij de partijen, door elk iets te geven, toe te zeggen of te behouden, de aanhangigmaking van een geding voorkomen of een reeds aanhangig gemaakt geding beëindigen.

17 Zie voor meer bijzonderheden punt 82 van deze conclusie.

18 Hierna: „dissenting opinion van rechter Orduña Moreno”.

19 Novatie is een overeenkomst die met name in artikel 1203 van de Código Civil aan de orde is en waarbij twee partijen, die gebonden zijn door een reeds bestaande verplichting, deze verplichting wijzigen of in de plaats van een andere stellen.

20 Zie voetnoot 31 van deze conclusie.

afstand doet van het recht om dat beding in rechte te betwisten. Ten tweede is een dergelijke afspraak niet voldoende transparant, aangezien deze geen informatie bevat op grond waarvan consumenten konden begrijpen welke economische en juridische gevolgen het aangaan van die afspraak voor hen meebracht. De verwijzende rechter is ook die mening toegedaan.

28. Ik wijs er meteen op dat uit de twee voorgaande punten weliswaar naar voren komt dat de juridische kwalificatie van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” een geschilpunt tussen de partijen in het hoofdgeding vormt, maar dat deze kwestie, zoals de Commissie betoogt, uitsluitend een zaak van het Spaanse recht is, zodat het niet aan het Hof maar aan de verwijzende rechter staat om hierover uitspraak te doen.

29. Het staat daarentegen wel aan het Hof om in het licht van richtlijn 93/13 het geval te onderzoeken waarin (1) een consument en een verkoper gebonden zijn door een overeenkomst, (2) ernstige twijfels zijn gerezen over de vraag of een beding in die overeenkomst mogelijk oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn²¹ en (3) de partijen het betrokken beding in een latere afspraak hebben vernieuwd²², de geldigheid van de oorspronkelijke overeenkomst hebben bevestigd en beide partijen hebben afgezien van het recht om die in rechte te betwisten. Meer bepaald moet om te beginnen de vraag worden beantwoord die de verwijzende rechter in zijn eerste vraag heeft gesteld, namelijk of artikel 6, lid 1, van die richtlijn zich er *in beginsel* tegen verzet dat een dergelijke afspraak bindend is voor de consument. In het eerste deel van deze conclusie zal ik uiteenzetten waarom dit mijns inziens niet het geval is (deel A).

A. Vraag of een consument een mogelijk oneerlijk beding kan vernieuwen, de geldigheid ervan kan bevestigen en/of afstand kan doen van het recht om het in rechte te betwisten (eerste prejudiciële vraag)

30. Zoals reeds is aangegeven, is in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaald dat „oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden”. Op grond van deze bepaling moet de nationale rechter, wanneer hij vaststelt dat een bepaald beding in een overeenkomst oneerlijk is, daaraan alle gevolgen verbinden die volgens het nationale recht uit deze vaststelling voortvloeien, teneinde zich ervan te vergewissen dat het beding de consument niet bindt. Deze rechter dient dat beding immers buiten toepassing te laten zodat het geen bindende gevolgen heeft voor de consument.²³

21 Ibercaja en de Spaanse regering hebben erop gewezen dat de Tribunal Supremo in het arrest van 9 mei 2013 niet alle bodembedingen nietig heeft verklaard, maar alleen de bedingen van de drie banken waarop de bij hem ingestelde verbodsactie betrekking had. Volgens dat arrest zijn bodembedingen alleen oneerlijk wanneer zij niet voldoende transparant zijn, hetgeen voor elk afzonderlijk geval door de rechter moet worden vastgesteld. Op het tijdstip waarop de partijen in het hoofdgeding de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” hebben gesloten, was het in de hypothecaire leningsovereenkomst vastgelegde bodembeding niet voor de rechter betwist. XZ en de Commissie betogen evenwel dat de in dat arrest gestelde transparantievoorwaarden zeer streng zijn, zodat het op zijn minst zeer waarschijnlijk is dat het litigieuze bodembeding oneerlijk is. Volgens hen zijn consumenten in gerechtelijke procedures vanwege oneerlijke bedingen, met inbegrip van bodembedingen, in bijna 97 % van de gevallen in het gelijk gesteld. Er zij aan herinnerd dat het Hof zich in het arrest Gutiérrez Naranjo niet heeft uitgesproken over het oneerlijke karakter van de bodembedingen. Het Hof is ervan uitgegaan dat zij oneerlijk waren. Ook in de onderhavige zaak staat het niet aan het Hof om deze vraag te beantwoorden.

22 Strikt genomen wordt niet het beding, maar de daaruit voortvloeiende verplichting vernieuwd. Voor het gemak heb ik het in deze conclusie echter over „vernieuwing van een beding”.

23 Zie onder meer arresten van 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punt 58); 15 maart 2012, Pereničová en Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, punt 30); 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 65), en 30 mei 2013, Jórös (C-397/11, EU:C:2013:340, punt 41).

31. In het arrest Gutiérrez Naranjo heeft het Hof voorts verduidelijkt dat een oneerlijk beding „in beginsel geacht moet worden nooit te hebben bestaan, zodat het geen gevolgen heeft ten aanzien van de consument”. Derhalve moet de vaststelling in rechte dat een beding in een overeenkomst oneerlijk is „in beginsel tot gevolg hebben dat de situatie waarin de consument rechtens en feitelijk zonder dat beding zou hebben verkeer, wordt hersteld”. Wanneer het betrokken beding de consument verplicht tot betaling van geldbedragen, leidt de verplichting voor de rechter om het buiten toepassing te laten „in beginsel tot een terugbetalingsplicht [...] die overeenkomt met deze zelfde bedragen”.²⁴

32. Indien de verwijzende rechter in het hoofdgeding zou vaststellen dat het bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, is hij overeenkomstig artikel 6, lid 1, van deze richtlijn in beginsel verplicht om het beding buiten toepassing te laten en Ibercaja te veroordelen tot terugbetaling aan XZ van de uit hoofde van dat beding betaalde bedragen.

33. Volgens de uitlegging van het Spaanse recht in het arrest van de Tribunal Supremo van 11 april 2018 staat de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” er echter „aan in de weg dat de verwijzende rechter het oneerlijke karakter van dit bodembeding onderzoekt”.²⁵ Meer bepaald stelt de Spaanse regering dat XZ de rechter weliswaar niet meer kan verzoeken om de geldigheid van het oorspronkelijke bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst te toetsen, maar dat zij wel de geldigheid van het nieuwe bodembeding in die afspraak kan aanvechten.

34. In die omstandigheden rijst de vraag of, zoals XZ stelt²⁶, artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 zich er in beginsel tegen verzet dat consument en verkoper een afspraak aangaan inzake vernieuwing van een mogelijk oneerlijk beding, bevestiging²⁷ van de geldigheid ervan en/of afstand van het recht om het in rechte te betwisten – en, meer in het bijzonder, of die bepaling eraan in de weg staat dat die afspraak bindend is ten aanzien van de consument.

35. Zoals ik reeds heb aangegeven, ben ik van mening dat dit niet het geval is. Deze vraag moet mijns inziens genuanceerd worden beantwoord.

36. Als ik het goed begrijp, is de benadering van XZ gebaseerd op de rechtspraak van het Hof volgens welke artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, aangezien de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, een *dwingende bepaling* vormt die beoogt het door deze overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt, en die bepaling bovendien moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van *openbare orde* gelden.²⁸

²⁴ Arrest Gutiérrez Naranjo, punten 61 en 62.

²⁵ Zie punt 26 van deze conclusie.

²⁶ Zie punt 27 van deze conclusie.

²⁷ Met deze term bedoel ik de handeling waarbij een partij bij de overeenkomst ervan afziet zich op een nietigheidsgrond te beroepen, zoals met name bedoeld in de artikelen 1309-1313 van de Código Civil.

²⁸ Zie onder meer arresten van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punten 25, 36 en 37); 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punten 30, 51 en 52), en 17 mei 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, punten 26, 27, 34 en 35).

37. In deze rechtspraak, gelezen in samenhang met die welke in de punten 30 en 31 van deze conclusie is aangehaald, klinkt tot op zekere hoogte inderdaad het concept „*absolute nietigheid*” door, dat in het recht van diverse lidstaten, waaronder Spanje, bestaat.²⁹ Dat is ook precies de sanctie die in het Spaanse recht is vastgelegd voor gevallen waarin wordt vastgesteld dat een beding in een overeenkomst oneerlijk is.³⁰ Het concept „*absolute nietigheid*” laat geen ruimte voor de wil van partijen bij een overeenkomst. Zij kunnen een verplichting die door een dergelijke nietigheid wordt geraakt, niet bevestigen of vernieuwen. Zij kunnen met betrekking tot een dergelijke verplichting ook niet tot een schikking komen. De rechter stelt namelijk ambtshalve vast dat zij nietig is en dat de daaruit voortvloeiende handelingen geen effect sorteren. Volgens XZ kunnen consument en verkoper een oneerlijk beding dan ook niet vernieuwen of bevestigen, en hiervoor evenmin een schikking treffen. Een eventuele afspraak tussen de partijen kan de rechter niet beletten om het oneerlijke karakter van een bepaald beding in een overeenkomst te onderzoeken.³¹

38. De rechtspraak van het Hof gaat in werkelijkheid niet zo ver. Het Hof heeft namelijk steeds geoordeeld – en dat punt is volgens mij cruciaal – dat *de consument ervan kan afzien om het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst in te roepen*.³² Volgens het Hof gaat richtlijn 93/13 „niet zo ver dat het systeem van bescherming tegen het gebruik van oneerlijke bedingen door verkopers ten behoeve van de consument verplicht wordt gesteld”³³ en „behelst het recht van de consument op effectieve bescherming [...] ook de bevoegdheid om rechten juist niet uit te oefenen”³⁴.

39. In het arrest Banif Plus Bank³⁵ heeft het Hof verduidelijkt dat het aan de nationale rechter staat om „in voorkomend geval rekening te houden met de door de consument uitgedrukte wil wanneer deze zich ervan bewust is dat een oneerlijk beding niet bindend is maar toch aangeeft dat hij niet wil dat het buiten toepassing blijft en dus vrij en geïnformeerd met het betrokken beding instemt”.

40. Anders dan de Commissie ben ik niet van mening dat deze overwegingen enkel relevant zijn in de situatie waarin de rechter ambtshalve heeft vastgesteld dat een beding in een overeenkomst oneerlijk is en de consument daarvan op de hoogte heeft gesteld. Uit een en ander volgt mijns inziens veeleer een algemene logica volgens welke de consument afstand kan doen van het recht om het oneerlijke karakter van een bepaald beding in te roepen, voor zover hij dat – zoals het Hof in laatstgenoemd arrest heeft geoordeeld – *vrij en geïnformeerd* doet.

29 Ik herinner eraan dat in het recht van verschillende lidstaten, waaronder België, Frankrijk en Spanje, onderscheid tussen „absolute” en „relatieve” nietigheid van overeenkomsten wordt gemaakt. Absolute nietigheid ontstaat van rechtswege en moet ambtshalve door de rechter worden vastgesteld. Relatieve nietigheid kan daarentegen enkel in rechte worden ingeroepen door de partij die de wet beoogt te beschermen en wordt in voorkomend geval uitgesproken door de rechter. Algemeen wordt erkend dat het criterium voor het onderscheid tussen beide sancties bestaat in de grondslag van de overtreden regel, naargelang hiermee de bescherming van het algemene belang dan wel van particuliere belangen wordt beoogd. In het eerste geval is de nietigheid absoluut en in het tweede geval relatief. Zie met name conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, punt 51 en aldaar aangehaalde verwijzingen).

30 Zie artikel 83, lid 1, van Real Decreto Legislativo 1/2007.

31 Zie met name arrest nr. 558/2017 van de Tribunal Supremo van 16 oktober 2017. In dat arrest heeft deze rechterlijke instantie gesteld dat een „novatieovereenkomst” tussen een bank en een consument, waarin de partijen het in hun leningsovereenkomst opgenomen bodembeding hadden vernieuwd, nietig was, aangezien dat beding oneerlijk en bijgevolg absoluut nietig was. Zie ook arrest van 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punten 37-42). In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, hadden twee consumenten verschillende bedingen in hun leningsovereenkomst in rechte aangevochten. De nationale rechter had het Hof een aantal vragen over de uitlegging van richtlijn 93/13 gesteld. Deze consumenten en de verwerende bank hadden vervolgens een schikkingsovereenkomst gesloten met als doel het geschil buitengerechtelijk te beslechten. Die bank had zich daarop bij het Hof beroepen om te onderbouwen dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk waren. De nationale rechter had het Hof echter laten weten dat hij die schikkingsovereenkomst buiten beschouwing had gelaten omdat de vraag of de betrokken bedingen in de overeenkomst mogelijk oneerlijk waren, *een kwestie van openbare orde is, waarover de partijen niet tot een vergelijk mogen komen*. Er zij op gewezen dat het Hof dit punt in zijn arrest niet heeft beslecht. Het heeft enkel vastgesteld dat er nog een geschil bij de verwijzende rechter aanhangig was en derhalve de voor hem opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen.

32 Zie arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punten 33 en 35).

33 Arrest van 3 oktober 2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819, punt 54).

34 Arrest van 14 april 2016, Sales Sinués en Drame Ba (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 25). Zie, voor de oorsprong van deze formulering, conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128, punt 53).

35 Arrest van 21 februari 2013 (C-472/11, EU:C:2013:88, punt 35).

41. Deze logica vormt volgens mij een afspiegeling van de gedachte in de rechtspraak van het Hof volgens welke richtlijn 93/13 er met name toe strekt te voorkomen dat de consument verbintenissen aangaat waarvan hij de reikwijdte niet kent of niet ten volle begrijpt.³⁶ Wanneer de consument er daarentegen besef van heeft wat de juridische gevolgen zijn wanneer hij afziet van de bescherming die deze richtlijn biedt, is afstand van dit recht verenigbaar met die richtlijn.

42. Hoewel de consument wordt geacht te beseffen wat de gevolgen zijn van zijn handelingen wanneer hij er voor de rechter, nadat die hem erover heeft geïnformeerd dat een beding oneerlijk is, van afziet zich erop te beroepen, betekent dit niet dat er geen enkele andere situatie bestaat waarin dat wel mogelijk zou zijn. Meer bepaald zie ik niets wat er in beginsel aan in de weg staat dat een consument middels een overeenkomst afstand doet van een recht, mits hij, het zij nogmaals gezegd, daarmee vrij en geïnformeerd instemt. Met betrekking tot dit laatste punt ben ik evenwel van mening dat twee hypothesen tegenover elkaar moeten worden gesteld.

43. Volgens mij kan een consument enerzijds nooit meteen afzien van de bescherming die hij aan richtlijn 93/13 ontleent wanneer hij een goed koopt bij een verkoper of een dienst van hem ontvangt. Een beding in een verkoop- of dienstenovereenkomst waarin de geldigheid ervan wordt bevestigd of afstand wordt gedaan van het recht om deze in rechte te betwisten, kan ten aanzien van de consument niet bindend zijn. In verschillende instrumenten van het Unierecht is overigens ook vastgelegd dat hiervan geen afstand kan worden gedaan.³⁷

44. Een dergelijke afstand van een recht kan immers in geen enkel geval als „geïnformeerd” worden beschouwd. Iedereen raakt pas doordrongen van het belang van de door het consumentenrecht geboden bescherming wanneer zich een probleem voordoet en die bescherming concreet nodig blijkt. In die zin moet de idee van *op voorhand afstand doen* mijns inziens worden opgevat: er wordt „op voorhand” afstand gedaan van een recht wanneer dit vooraf gebeurt, op het tijdstip waarop de contractuele verhouding tussen de verkoper en de consument ontstaat, en waarbij de consument niet bedenkt, of er onvoldoende belang aan hecht, dat zich daarbij een probleem zou kunnen voordoen.

45. Wanneer anderzijds een probleem in die contractuele verhouding is ontstaan, waarbij bijvoorbeeld ernstige twijfels zijn gerezen over het mogelijk oneerlijke karakter, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, van een bepaald beding en er in voorkomend geval op dit punt een geschil tussen de partijen bestaat, moet het feit dat de consument ervan afziet zich erop te beroepen dat dit beding niet bindend is, niet even streng worden beoordeeld. In een dergelijke hypothese kan de consument

³⁶ Zie met name de rechtspraak van het Hof over het vereiste van transparantie van bedingen in overeenkomsten dat voortvloeit uit artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 (zie deel C van deze conclusie). Ik verwijs hiermee naar een „geïnformeerde” instemming van de consument. In het algemeen moet de vraag of een consument „vrij” met een overeenkomst instemt, volgens de nationale regels inzake wilsgebreken worden beantwoord (zie voetnoot 54 van deze conclusie).

³⁷ Zie met name artikel 41, onder a), van richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014, L 60, blz. 34) en artikel 25 van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG van de Raad en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64). Zie in het Spaanse recht ook artikel 10 van Real Decreto Legislativo 1/2007.

beseffen wat het belang van de bescherming uit hoofde van die richtlijn is en bijgevolg begrijpen welke gevolgen kunnen voortvloeien uit het feit dat hij ervan afziet.³⁸ Met andere woorden, volgens mij kan een consument in bepaalde omstandigheden middels een overeenkomst *naderhand afzien* van de rechten die hij aan die richtlijn ontleent.

46. Hieruit volgt naar mijn mening dat de consument in het tweede geval de mogelijkheid heeft om het betrokken beding middels een afspraak met de verkoper te vernieuwen, het te bevestigen of ook ervan af te zien om de vraag of het beding oneerlijk is bij de rechter aanhangig te maken, mits hij dat vrij en geïnformeerd doet.³⁹

47. De consument kan van zijn recht afzien door met de verkoper – al dan niet buitengerechtelijk – een *minnelijke schikking* over het betrokken beding te treffen. Bij een dergelijke schikking kan de consument overigens baat hebben. Zo kan hij er bijvoorbeeld onmiddellijk voordeel mee verkrijgen – hetgeen precies het voorwerp is van de wederzijdse concessies die een schikking moet bevatten – zonder dat hij in rechte tegen dat beding hoeft op te komen, de proceskosten hoeft te dragen en de uitkomst hoeft af te wachten, temeer daar hij op het moment waarop hij deze schikking treft, niet zeker weet of die uitkomst gunstig voor hem zal zijn.⁴⁰

48. Voor zover de consument, ik herhaal het, de schikking met volledige kennis van zaken heeft getroffen, staat niets er volgens mij aan in de weg dat een dergelijke afspraak bindend is, ook ten aanzien van die consument. Meer bepaald moet een schikkingsovereenkomst de partijen rechtszekerheid kunnen bieden, hetgeen betekent dat de bindende werking niet ten aanzien van een de partijen kan worden opgeheven. Bovendien vormt het afzien van gerechtelijke procedures in ruil voor wederzijdse concessies, zoals ik hieronder zal uitleggen, „het eigenlijke voorwerp”, in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, van een schikkingsovereenkomst, oftewel de kern van de contractuele autonomie, waaraan deze richtlijn in beginsel geen afbreuk beoogt te doen.⁴¹

49. Dit laatste punt wordt mijns inziens gestaafd door de bepalingen van richtlijn 2013/11/EU betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen⁴². Op grond van die richtlijn kunnen de consument en de verkoper bij een geschil over een consumentenovereenkomst een procedure voor alternatieve geschillenbeslechting (alternative dispute resolution – ADR) volgen. Wanneer zij in dit verband voor een procedure kiezen waarbij het geschil middels een voorstel voor een oplossing wordt beslecht – bijvoorbeeld bemiddeling – en deze procedure in een voor beide partijen aanvaardbaar compromis uitmondt, krijgt dit compromis doorgaans concreet de vorm van een schikkingsovereenkomst.⁴³ De Uniewetgever heeft de consument in een dergelijk geval niet het recht

38 Zie naar analogie de oplossing in verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1) op het gebied van forumkeuzebedingen in grensoverschrijdende geschillen inzake consumentenovereenkomsten. Ik herinner eraan dat in afdeling 4 van hoofdstuk II van die verordening bevoegdheidsregels ter bescherming van de consument zijn vastgelegd. In dat verband is in artikel 19 van die verordening bepaald dat van deze regels slechts kan worden afgeweken door overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegd gerecht die met name zijn *gesloten na het ontstaan van het geschil* tussen de partijen. De in de rechtsleer aanvaarde verklaring voor deze regel is dat de consument de gevolgen van een dergelijke overeenkomst pas ten volle kan begrijpen, en daarmee dus pas geïnformeerd kan instemmen, wanneer hij weet waarop het geschil betrekking heeft. Zie Nielsen, P. A., „Article 19”, in Magnus, U., en Mankowski, P., *Brussels Ibis Regulation – Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, blz. 519.

39 De stelling van het Hof dat een oneerlijk beding moet worden geacht „nooit te hebben bestaan”, is dus een te relativiseren juridische fictie – het Hof heeft overigens zelf benadrukt dat dit slechts „in beginsel” het geval is (zie arrest Gutiérrez Naranjo, punt 61). De consument kan het bestaan van het betrokken beding handhaven. Voortbordurend op de analogie met de regels voor nietigheid in het recht van bepaalde lidstaten (zie punt 37 van deze conclusie), lijken de regels voor oneerlijke bedingen mijns inziens in dat opzicht op *relatieve nietigheid*, die tot vernieuwing of bevestiging kan leiden.

40 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, punten 46-52).

41 Zie conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, punt 40 en aldaar aangehaalde verwijzingen). Zie punt 73 van deze conclusie.

42 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 tot wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten) (PB 2013, L 165, blz. 63, met rectificatie in PB 2014, L 348, blz. 31).

43 Het is juist dat richtlijn 2013/11 niet regelt wat de aard is of wat de rechtsgevolgen zijn van het instrument waarmee de instemming van de partijen met de voorgestelde oplossing wordt geformaliseerd, hetgeen derhalve een zaak van het recht van elke lidstaat is. Een minnelijke schikking die voortvloeit uit bemiddeling, neemt echter het vaakst de vorm aan van een schikkingsovereenkomst (zie Caponi, R., „Just Settlement’ or ‘Just About Settlement’? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics”, *RabelsZ*, nr. 79, 2015, blz. 117-141).

voorbehouden om de rechter te verzoeken dit geschil ondanks deze minnelijke schikking te onderzoeken. De wetgever heeft juist erkend dat een dergelijke schikkingsovereenkomst juridische gevolgen voor de consument heeft.⁴⁴ In die richtlijn zijn echter wel garanties neergelegd waarmee wordt beoogd te waarborgen dat een dergelijke schikkingsovereenkomst het resultaat is van vrije en geïnformeerde instemming van de consument.⁴⁵ Deze richtlijn is weliswaar niet van toepassing op minnelijke schikkingen tussen verkoper en consument buiten een ADR-procedure⁴⁶, maar de daaruit voortvloeiende logica kan volgens mij worden gegeneraliseerd.

50. Anders dan de Commissie ben ik niet van mening dat het antwoord op de vraag op grond van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie anders dient te luiden. Naar mijn mening wordt voor de consument met dit artikel ten eerste gewaarborgd dat hij de rechten die hij aan richtlijn 93/13 ontleent, daadwerkelijk in rechte kan uitoefenen door ervoor te zorgen dat hij daartoe de beschikking heeft over rechtsmiddelen die niet onderworpen zijn aan procedurele voorwaarden die dat uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk kunnen maken.⁴⁷ Deze bepaling is echter niet bedoeld om de consument ertoe te dwingen dit recht uit te oefenen wanneer hij er bewust van afziet. Ten tweede kan een particulier, gelet op het fundamentele belang van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, inderdaad niet op algemene wijze afstand doen van zijn recht om een rechtsvordering in te stellen, maar moet dat geval niettemin worden onderscheiden van dat waarin met betrekking tot een bepaald beding of geschil doelbewust van dat recht wordt afgezien.

51. Evenwel dient niet uit het oog te worden verloren dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie beschikt dan de verkoper.⁴⁸ Het risico dat de consument er vanwege misbruik van de machtspositie van de verkoper⁴⁹ van afziet het oneerlijke karakter van een beding in te roepen, mag niet worden genegeerd. Wanneer de consument een afspraak aangaat met de verkoper waarin hij afstand doet van een dergelijk recht, kan hij dus niet afzien van elke rechterlijke bescherming, en moet deze situatie van ongelijkheid door een „positief ingrijpen” van de rechter kunnen worden opgeheven.⁵⁰

52. In dit verband merk ik op dat een dergelijke afspraak per definitie onderworpen is aan de algemene en bijzondere regels van het toepasselijke overeenkomstenrecht en voorts, zoals elke overeenkomst tussen een verkoper en een consument, onder richtlijn 93/13 kan vallen.⁵¹ De afspraak is alleen bindend wanneer deze in overeenstemming met deze verschillende regels is.

53. Bijgevolg kan die afspraak worden getoetst door de rechter.⁵² Ik merk overigens op dat partijen in het hoofdgeding het in casu weliswaar oneens zijn over de vraag of XZ de rechter kan verzoeken om vast te stellen dat het oorspronkelijke bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst oneerlijk is, aangezien er een „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” is gesloten, maar niemand betwist dat XZ de geldigheid van die afspraak bij deze rechter kan aanvechten.⁵³

44 Zie artikel 9, lid 2, onder c), van richtlijn 2013/11.

45 Zie artikel 9, lid 2, van richtlijn 2013/11, overgenomen in voetnoot 75 van deze conclusie.

46 Volgens artikel 2, lid 2, onder e), van richtlijn 2013/11 is zij niet van toepassing op „rechtstreekse onderhandelingen tussen de consument en de ondernemer”. Overigens merk ik op dat de Uniewetgever zich er met deze bepaling toe heeft beperkt schikkingsovereenkomsten waarover de verkoper en de consument rechtstreeks hebben onderhandeld, uit te sluiten van de werkingssfeer van die richtlijn: hij heeft deze echter niet verboden, terwijl hij dat wel had kunnen doen als hij dat had gewild.

47 Zie in die zin arresten van 1 oktober 2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637, punt 59), en 21 april 2016, Radlinger en Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, punt 56).

48 Zie de in punt 36 aangehaalde rechtspraak.

49 Zie voor dit begrip de negende overweging van richtlijn 93/13.

50 Zie met name arresten van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punt 27); 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punt 31), en 14 april 2016, Sales Sinués en Drame Ba (C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252, punt 23).

51 Volgens de tiende overweging is richtlijn 93/13 van toepassing op „alle overeenkomsten” tussen verkopers en consumenten.

52 Zie conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Gavrilesco (C-627/15, EU:C:2017:690, punt 55).

53 Zie punt 33 van deze conclusie.

54. Naar mijn mening kan de rechter in het kader van deze rechterlijke toetsing echter „positief ingrijpen” om de consument tegen misbruik van de machtspositie van de verkoper te beschermen. Wanneer een dergelijke afspraak aan de rechter wordt voorgelegd, dient hij – ook ambtshalve – na te gaan of het feit dat de consument ervan afziet om het oneerlijke karakter van een bepaald beding in te roepen, het gevolg is van vrije en geïnformeerde instemming zijnerzijds, of juist van dergelijk misbruik. Dit houdt in dat met name moet worden nagegaan⁵⁴ of over de bedingen van die afspraak afzonderlijk is onderhandeld dan wel of deze juist door de verkoper zijn opgelegd en, in het tweede geval, of de uit richtlijn 93/13 voortvloeiende vereisten van transparantie, evenwicht en goede trouw zijn nageleefd.

55. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de eerste vraag aldus te beantwoorden dat wanneer een consument en een verkoper gebonden zijn door een overeenkomst, er ernstige twijfels zijn gerezen over de vraag of een beding in die overeenkomst mogelijk oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 en de partijen het betrokken beding in een latere afspraak hebben gewijzigd, de geldigheid van de oorspronkelijke overeenkomst hebben bevestigd en beide partijen hebben afgezien van het recht om de bedingen erin in rechte te betwisten, artikel 6, lid 1, van die richtlijn er niet aan in de weg staat dat die afspraak bindend is ten aanzien van de consument, mits hij er vrij en geïnformeerd mee heeft ingestemd.

56. Gelet op dit voorstel voor de beantwoording van de vraag, zal ik in het tweede gedeelte van deze conclusie uiteenzetten aan welke voorwaarden een als in voorgaand punt bedoelde afspraak moet voldoen om verenigbaar te zijn met richtlijn 93/13. Zoals ik in punt 54 van deze conclusie heb aangegeven, zal ik eerst ingaan op het begrip „beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld” in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, waarop de tweede prejudiciële vraag betrekking heeft (deel B). Vervolgens zal ik de uit die richtlijn voortvloeiende vereisten van transparantie, evenwicht en goede trouw onderzoeken, die in de derde, de vierde en de vijfde prejudiciële vraag aan bod komen (deel C).

B. Begrip „beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld” (tweede prejudiciële vraag)

57. Naar ik heb begrepen, wenst de verwijzende rechter met zijn tweede vraag verduidelijkingen te verkrijgen over het begrip „beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld” in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, zodat hij de bedingen van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” kan toetsen aan de uit deze richtlijn voortvloeiende vereisten van transparantie, evenwicht en goede trouw. Ik herinner eraan dat deze richtlijn overeenkomstig dat artikel 3, lid 1, alleen van toepassing is op bedingen in een overeenkomst waarover niet is onderhandeld. In die bepaling wordt dus een voorafgaande voorwaarde voor die toetsing gesteld. Het lijkt mij zinvol om dit punt nader te verduidelijken.⁵⁵

58. Richtlijn 93/13 bevat geen definitie van het begrip „beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld”. Volgens de eerste alinea van artikel 3, lid 2, van die richtlijn wordt een beding echter steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een „toetredingsovereenkomst”, „van tevoren is opgesteld” en de consument „dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben”.

⁵⁴ De vraag of er sprake is van „vrije” instemming van de consument, dient in het licht van de nationale regels inzake wilsgebreken te worden beoordeeld. Met betrekking tot de „geïnformeerde” instemming van de consument kan het recht van de lidstaten bovendien voorzien in waarborgen voor handelingen zoals vernieuwing, bevestiging of een schikkingsovereenkomst, juist om ervoor te zorgen dat de partijen een dergelijke handeling met volledige kennis van zaken verrichten. Zie, bij wijze van voorbeeld, artikel 1182 van het Franse burgerlijk wetboek, waarin is vastgelegd dat in een handeling houdende bevestiging van een verplichting in het bijzonder het gebrek in de overeenkomst dient te worden vermeld.

⁵⁵ Tot nu toe heeft het Hof zich er voornamelijk toe beperkt de inhoud van artikel 3 van richtlijn 93/13 bij de nationale rechters in herinnering te brengen. Zie beschikkingen van 16 november 2010, Pohotovost (C-76/10, EU:C:2010:685, punt 57), en 3 april 2014, Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857, punt 24).

59. Uit deze bepaling kunnen mijns inziens de volgende conclusies worden getrokken. Om te beginnen is over een beding „afzonderlijk onderhandeld”, volgens de gebruikelijke betekenis van deze termen, wanneer het specifiek tussen de partijen is besproken. Dit is vervolgens niet het geval wanneer het betrokken beding „van tevoren”, nog voordat het onderwerp ervan is besproken, door de verkoper is opgesteld. Ten slotte is de vraag doorslaggevend *of de consument al dan niet de mogelijkheid heeft gehad om de inhoud van dat beding te beïnvloeden*⁵⁶, zoals de Commissie betoogt.

60. Hieruit blijkt ook dat bedingen waarvan de inhoud niet door consumenten kan worden beïnvloed, in het bijzonder bedingen in zogeheten „toetredingsovereenkomsten” omvatten, dat willen zeggen overeenkomsten die zij slechts in hun geheel kunnen aanvaarden of weigeren te aanvaarden, zodat hun manoeuvreerruimte beperkt is tot het al dan niet aangaan van die overeenkomst met de verkoper. Het begrip „toetredingsovereenkomst” is overigens nauw verbonden met het begrip „algemene voorwaarden”, namelijk vooraf opgestelde standaardbedingen die een verkoper stelselmatig in zijn relaties met consumenten gebruikt om zijn kosten te rationaliseren.

61. Hoewel algemene voorwaarden en toetredingsovereenkomsten dus de „kern” van richtlijn 93/13 vormen, zij erop gewezen dat deze richtlijn van toepassing is op alle bedingen waarover niet is onderhandeld. Eenvoudig gesteld, geldt er bij een vooraf opgesteld standaardbeding op grond van artikel 3, lid 2, van die richtlijn een vermoeden dat daarover niet is onderhandeld, welk vermoeden kan worden weerlegd indien de verkoper het tegendeel aantoonst.⁵⁷ In het omgekeerde geval geldt dit vermoeden niet en moet de consument bewijzen dat er niet over is onderhandeld.

62. In het hoofdgeding staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of over de bedingen van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” al dan niet afzonderlijk is onderhandeld in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.⁵⁸ Bij de beoordeling dient hij allereerst na te gaan of de bedingen vooraf zijn opgesteld – wat het geval lijkt te zijn.⁵⁹ Indien dit inderdaad het geval is, wordt overeenkomstig artikel 3, lid 2, van die richtlijn vermoed dat daarover niet afzonderlijk is onderhandeld en is het aan Ibercaja om het tegendeel te bewijzen.

63. Wat dit laatste punt betreft, preciezer ik dat op grond van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst moet worden vastgesteld of er een onderhandeling heeft plaatsgevonden, zoals de Commissie terecht betoogt. De consument heeft invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van een bepaald beding wanneer er voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst besprekingen tussen de

⁵⁶ Zie voor een soortgelijke definitie artikel II.-1:110, lid 1, van het *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Von Bar, C. e.a. (uitg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, München, 2008, blz. 160]. Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Tanchev in de zaak OTP Bank en OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303, punt 53).

⁵⁷ De eerste alinea van artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13 duidt er immers op dat een vooraf opgesteld beding „steeds” (dat wil zeggen noodzakelijkerwijs) wordt geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest, maar uit de derde alinea blijkt dat de verkoper kan aantonen dat over een standaardbeding (in het geval waarin het vooraf is opgesteld) wel afzonderlijk is onderhandeld.

⁵⁸ Zie naar analogie arrest van 16 januari 2014, *Constructora Principado* (C-226/12, EU:C:2014:10, punt 19), en beschikking van 24 oktober 2019, *Topaz* (C-211/17, niet gepubliceerd, EU:C:2019:906, punt 46).

⁵⁹ Ibercaja erkent zelf dat het een algemeen beleid was om dergelijke overeenkomsten met haar cliënten te sluiten (zie punt 22 van deze conclusie). Bovendien heeft de Tribunal Supremo in het arrest van 11 april 2018, dat, zoals gezegd, betrekking heeft op dezelfde overeenkomsten als aan de orde in het hoofdgeding, geoordeeld dat over de bedingen van die overeenkomsten niet afzonderlijk was onderhandeld, zodat zij aan het transparantievereiste van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 konden worden getoetst (zie punten 26 en 82 van deze conclusie).

partijen hebben plaatsgevonden en hij daarmee daadwerkelijk de gelegenheid heeft gekregen om het te beïnvloeden. De verkoper moet dus elementen aandragen waaruit niet alleen blijkt dat dergelijke besprekingen hebben plaatsgevonden, maar ook dat de consument een actieve rol heeft gehad bij de vaststelling van de inhoud van het beding.⁶⁰

64. In casu merk ik op dat Ibercaja in wezen enkel stelt dat volgens de informatie in het interne document waarin het door haar vastgestelde beleid met betrekking tot de heronderhandeling van de bodembedingen in de leningsovereenkomsten van haar cliënten was vastgelegd⁶¹, de laagste rentevoet die haar werknemers hun in dat kader konden aanbieden, 2,75 % bedroeg. Het feit dat de met XZ gesloten „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” een „minimumtarief” van 2,35 % bevat, toont volgens haar dus aan dat de partijen erover hebben onderhandeld. Het staat aan de verwijzende rechter om de bewijswaarde van deze informatie vast te stellen – die volgens mij nauwelijks voldoende is om de in het vorige punt genoemde elementen aan te tonen.⁶²

65. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de tweede vraag aldus te beantwoorden dat een beding in een overeenkomst niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling is geweest in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 wanneer de consument de inhoud ervan niet daadwerkelijk heeft kunnen beïnvloeden. Dit punt wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, en in het bijzonder de omvang van de besprekingen tussen de partijen over het onderwerp van dat beding. Wanneer het om een vooraf opgesteld standaardbeding gaat, dient de verkoper overeenkomstig artikel 3, lid 2, van die richtlijn te bewijzen dat het beding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling.

C. Toetsing van de uit richtlijn 93/13 voortvloeiende vereisten van transparantie, evenwicht en goede trouw (derde, vierde en vijfde prejudiciële vraag)

66. Gesteld dat de bedingen van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” niet het voorwerp zijn geweest van afzonderlijke onderhandeling, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, wenst de verwijzende rechter met zijn derde, vierde en vijfde vraag van het Hof te vernemen of de twee voornaamste bedingen van die afspraak verenigbaar zijn met de uit die uit die richtlijn voortvloeiende vereisten van transparantie, evenwicht en goede trouw: ten eerste het beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen, en ten tweede het nieuwe bodembeding, waarin het minimumtarief in de hypothecaire leningsovereenkomst tussen XZ en Ibercaja wordt gewijzigd. Ik zal deze twee bedingen achtereenvolgens onderzoeken.

1. Toetsing van het beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen

67. De derde en de vijfde vraag van de verwijzende rechter betreffen in wezen de vraag of artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met punt 1, onder q), van de bijlage bij deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat een beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, oneerlijk is in de zin

⁶⁰ In die zin duidt het enkele feit dat de verkoper de inhoud van een beding aan de consument toelicht, niet op een onderhandeling. Hetzelfde geldt voor het feit dat de consument geen bezwaar maakt tegen de inhoud van een beding of om toelichting bij de inhoud ervan verzoekt. Het feit dat een beding in de loop van de besprekingen tussen de partijen wezenlijk is gewijzigd, vormt daarentegen wel een aanwijzing voor een afzonderlijke onderhandeling. Wanneer de consument, na de toelichting van de verkoper te hebben gehoord, een tegenvoorstel doet en de partijen een bespreking zijn aangegaan die tot een compromis heeft geleid, moet het beding worden geacht het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest (zie Von Bar, C. e.a., op. cit., blz. 161 en 162).

⁶¹ Zie punt 22 van deze conclusie.

⁶² Ook het feit de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” een handgeschreven beding bevat waarin de consument verklaart het mechanisme van het bodembeding te begrijpen (zie punt 14 van deze conclusie), toont niet aan dat afzonderlijk is onderhandeld over dat beding [zie in die zin beschikking van 24 oktober 2019, Topaz (C-211/17, niet gepubliceerd, EU:C:2019:906, punten 47-51)] of, a fortiori, over het beding waarin beide partijen ervan afzien om rechtsvorderingen in te stellen.

van dat artikel 3, lid 1, wanneer het de consument ten eerste belet om na het aangaan van die afspraak aan het licht gekomen rechten uit te oefenen, waaronder de mogelijkheid om de bedragen die uit hoofde van het bodembeding zijn betaald, terug te vorderen⁶³, en de consument daarin ten tweede niet werd geïnformeerd over het mogelijk oneerlijke karakter van dat beding noch over het restitutiebedrag waarop hij mogelijk recht had.

68. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de *goede trouw*, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument *aanzienlijk verstoort*. Bovendien is in artikel 5 van deze richtlijn bepaald dat wanneer aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, zij steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd. Dit vereiste wordt in de regel opgevat als een vereiste van *transparantie*. Daarnaast worden in punt 1, onder q), van de bijlage bij die richtlijn als mogelijk oneerlijke bedingen bedoeld, bedingen die tot doel of tot gevolg hebben „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren”.

69. In dit verband stelt de Commissie dat een beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld in de zin van dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 – zoals waarschijnlijk het geval is met het beding in de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” – *op zich oneerlijk* is, zonder dat hiervoor nader onderzoek nodig is.⁶⁴

70. In overeenstemming met de toelichting in deel A van de onderhavige conclusie ben ik van mening dat een genuanceerder antwoord op zijn plaats is. Afgezien van het feit dat de lijst in de bijlage bij richtlijn 93/13 overeenkomstig artikel 3, lid 3, slechts indicatief is en dat een beding in een overeenkomst derhalve niet als oneerlijk kan worden aangemerkt op de enkele grond dat het op de lijst staat⁶⁵, moet volgens mij namelijk het onderscheid voor ogen worden gehouden tussen het geval waarin *op voorhand* en dat waarin *naderhand* afstand wordt gedaan.

71. In de eerste plaats moet een beding houdende afstand van het recht om rechtsvorderingen in te stellen dat is opgenomen in een verkoop- of dienstenovereenkomst, inderdaad op zichzelf als oneerlijk worden beschouwd. Zoals ik in de punten 43 en 44 van deze conclusie reeds heb aangegeven, kan een consument immers nooit op voorhand afzien van de rechterlijke bescherming en de rechten die hij aan richtlijn 93/13 ontleent. Het doet er in dit opzicht niet toe dat beide partijen ervan afzien.

72. In de tweede plaats ben ik echter van mening dat richtlijn 93/13 in beginsel niet in de weg staat aan bedingen in een overeenkomst waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen wanneer zij zijn vastgelegd in afspraken – zoals een schikkingsovereenkomst – waarvan het voorwerp de beslechting van een bestaand geschil tussen een verkoper en een consument is.

73. Zoals ik in punt 47 van deze conclusie reeds heb gesteld, kan het beding houdende afstand van het recht om rechtsvorderingen in te stellen tegen een dergelijke achtergrond namelijk het „eigenlijke voorwerp” van deze overeenkomst in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 vormen. Er zij aan herinnerd dat bedingen in de overeenkomst die onder dit begrip vallen, volgens het Hof die bedingen zijn welke de kern van de prestaties van de betrokken overeenkomst bepalen en als dusdanig de

⁶³ Zie arrest Gutiérrez Naranjo, punt 62.

⁶⁴ Zie met betrekking tot een forumkeuzebeding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en waarin de rechterlijke instanties van de plaats van vestiging van de verkoper worden aangewezen, arrest van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punt 24).

⁶⁵ Zie arrest van 19 september 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, punten 45, 46 en 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

overeenkomst kenmerken.⁶⁶ In dit verband is het wezenlijke kenmerk van een schikkingsovereenkomst in het bijzonder dat deze een beding bevat waarin afstand wordt gedaan van alle rechten, vorderingen en aanspraken met betrekking tot een geschil dat daartoe heeft geleid, en eraan in de weg staat dat tussen de partijen een rechtsovereenkomst met hetzelfde voorwerp wordt ingesteld of voortgezet.⁶⁷

74. Ingevolge dit artikel 4, lid 2, worden bedingen die onder het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” vallen, in beginsel niet op hun eventuele oneerlijke karakter beoordeeld.⁶⁸ Voor zover een beding houdende afstand van het recht om rechtsovereenkomsten in te stellen binnen de in de twee voorgaande punten bedoelde specifieke context past, kan het dus niet op zich als oneerlijk worden beschouwd.

75. In deze specifieke context is een dergelijk beding mijns inziens evenmin oneerlijk op grond van het enkele feit dat het de consument kan beletten rechten uit te oefenen die pas aan het licht zijn gekomen nadat de afspraak die dat beding bevat, was aangegaan. Dit is in casu het geval, zoals de verwijzende rechter in zijn vijfde vraag benadrukt, met betrekking tot het recht op teruggave dat XZ aan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 ontleent. Dienaangaande wil ik eraan herinneren dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013 inzake bodembedingen de gevolgen van dit arrest in de tijd had beperkt: het moest geen betrekking hebben op betalingen die vóór de datum van publicatie waren verricht. Die afspraak is aangegaan op 4 maart 2014, dus na dat arrest, maar twee jaar vóór het arrest Gutiérrez Naranjo, dat op 21 december 2016 is geweest en waarin het Hof heeft geoordeeld dat genoemd artikel 6, lid 1, zich tegen een dergelijke beperking verzet.⁶⁹ Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst moet echter worden uitgegaan van het tijdstip waarop de betrokken overeenkomst is gesloten, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de verkoper op dat moment kennis kon hebben, en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van die overeenkomst.⁷⁰

76. De verwijzende rechter dient in het hoofdgeding na te gaan of het beding in de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsovereenkomsten in te stellen, daadwerkelijk valt onder het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13. Dit is met name afhankelijk van de vraag of het werkelijk om een schikkingsovereenkomst gaat, zoals Ibercaja stelt.⁷¹

66 Zie arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 49 en 50), en 20 september 2017, Andriuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punten 35 en 36).

67 Zie artikel 1816 van de Código Civil en Caponi, R., „Agreements Resulting from Mediation: Judiciation Review, Avoidance, and Enforcement”, in Stürner, M. e.a., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, blz. 149 e.v.

68 Volgens die bepalingen heeft „[d]e beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen [...] geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”. Zie arresten van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punten 31, 35 en 40), en 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 41).

69 Zie punten 21 en 23 van deze conclusie.

70 Zie in die zin arrest van 20 september 2017, Andriuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 54).

71 De Tribunal Supremo heeft in zijn arrest van 11 april 2018 gesteld dat met betrekking tot een afspraak zoals aan de orde in het hoofdgeding aan de transactievoorwaarden, zoals bedoeld in artikel 1809 van de Código Civil (zie voetnoot 16 van deze conclusie), was voldaan, aangezien de partijen een situatie van onzekerheid over de geldigheid van de bodembedingen definitief wilden beslechten door af te zien van het instellen van rechtsovereenkomsten in ruil voor wederzijdse concessies: enerzijds stemde de kredietinstelling, die het voordeel van een bepaald „minimumtarief” had, in met verlaging van dat tarief; anderzijds stemde de consument, die geen bodembeding wilde, in met een lagere ondergrens dan die welke oorspronkelijk was vastgesteld (zie punt 26 van deze conclusie). Met zijn dissenting opinion heeft rechter Orduña Moreno betoogd dat deze afspraak geen schikkingsovereenkomst was, aangezien daarin niet naar voren kwam dat er sprake was van een geschil tussen de partijen. Ook de Audiencia Provincial de Badajoz (gerechtshof, Badajoz, Spanje) heeft in arrest nr. 168/2018 van 26 april 2018, waarin het zich over een soortgelijke overeenkomst heeft uitgesproken, geoordeeld dat er geen sprake kon zijn van een schikking, aangezien er geen geschil tussen de partijen bestond. Zelf heb ik mijn twijfels bij de analyse van de Tribunal Supremo in dit verband (zie punt 80 van deze conclusie).

77. Niettemin is de analyse hiermee hoe dan ook niet afgerond. Er zij namelijk aan herinnerd dat bedingen die onder het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” vallen, ingevolge artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet op hun eventuele oneerlijke karakter worden beoordeeld *voor zover zij duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd*. De transparantieplichting van artikel 5 van die richtlijn moet wat die bedingen betreft dus ook in acht worden genomen.

78. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is in dit verband het feit dat bedingen in overeenkomsten formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn, niet toereikend om te voldoen aan dit vereiste van transparantie.⁷² Op grond van artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 dient de *materiële transparantie* van deze bedingen te worden getoetst.⁷³ Een beding in een overeenkomst is vanuit materieel oogpunt transparant wanneer een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument de gevolgen (zowel de juridische als de economische) kan begrijpen die voor hem daaruit voortvloeien. In het bijzonder moet worden nagegaan of de gronden en bijzonderheden van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft, in de betrokken overeenkomst op transparante wijze worden uiteengezet. Reclame en precontractuele informatie die de verkoper over de voorwaarden van de overeenkomst en de gevolgen daarvan voor de consument heeft verstrekt, zijn in dit verband eveneens relevant.⁷⁴

79. Met betrekking tot een beding in een overeenkomst waarin beide partijen ervan afzien de geldigheid van een reeds bestaand beding in een afspraak, zoals een schikkingsovereenkomst, in rechte te betwisten, ben ik van mening dat een gemiddelde consument de juridische en economische gevolgen die daaruit voor hem voortvloeien, kan begrijpen, indien hij zich ten tijde van het aangaan van die afspraak bewust was van het mogelijke gebrek van dat beding, van de rechten die hij in dit opzicht aan richtlijn 93/13 kon ontleen, van het feit dat het hem vrijstond om die afspraak aan te gaan of dat te weigeren en zich tot de rechter te wenden, alsook van het feit dat hij dit na het aangaan ervan niet meer kon doen.⁷⁵ Het staat aan de verwijzende rechter om dit in het licht van de bepalingen van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” en de precontractuele informatie die Ibercaja aan XZ heeft verstrekt, in het hoofdgeding na te gaan.

80. In dit verband dient die rechter ten eerste na te gaan of XZ zich, voordat zij de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” sloot, daadwerkelijk bewust was van het mogelijke gebrek van het bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst en de rechten die zij in voorkomend geval aan richtlijn 93/13 kon ontleen. In dit verband merk ik enkel op dat het niet zeker is dat XZ een klacht bij Ibercaja had ingediend waarin zij om schrapping van dit beding verzocht, en dat de betrokken afspraak door die bank niet is voorgesteld als schikkingsovereenkomst

72 Zie arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 71 en 72), en 20 september 2018, EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745, punt 61).

73 Zie arrest Gutiérrez Naranjo, punten 48-51.

74 Zie onder meer arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 73 en 74), en 5 juni 2019, GT (C-38/17, EU:C:2019:461, punt 35). Het Hof heeft immers herhaaldelijk geoordeeld dat precontractuele informatie voor een consument van fundamenteel belang is. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd. Zie onder meer arresten van 21 maart 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punt 44), en 20 september 2017, Andriuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 48).

75 Naar mijn mening kan hier inspiratie worden geput uit de waarborgen die de Uniewetgever in richtlijn 2013/11 heeft vastgelegd en waarnaar in punt 49 van deze conclusie wordt verwezen. Overeenkomstig artikel 9, lid 2, van deze richtlijn „[zorgen] [d]e lidstaten [...] ervoor dat in ADR-procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing: [...] b) de partijen, alvorens met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven, erover worden geïnformeerd dat: i) zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven; ii) deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat; iii) de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst; c) de partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen van het instemmen met of gevolg geven aan die voorgestelde oplossing; d) de partijen, alvorens met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking in te stemmen, voldoende tijd ter beschikking wordt gesteld om over het voorstel na te denken”.

naar aanleiding van een bestaand geschil tussen de partijen over dit punt⁷⁶, maar als een „novatieovereenkomst” waarmee de hypothecaire leningsovereenkomst aan de veranderde economische conjunctuur werd aangepast. Het beding in deze afspraak waarin beide partijen afstand doen van een recht, is op zich dubbelzinnig, omdat het bijzonder ruim is: het betreft niet specifiek de geldigheid van het bodembeding, maar heeft betrekking op alle bedingen in de hypothecaire leningsovereenkomst.

81. Ten tweede dient die rechter na te gaan of XZ door Ibercaja op de hoogte was gesteld van het feit dat het haar vrijstond om deze afspraak aan te gaan of dat te weigeren en zich tot de rechter te wenden, en van het feit dat zij dat na het aangaan van de afspraak niet meer kon doen.⁷⁷ In dit verband is ook de vraag relevant of XZ voldoende tijd ter beschikking is gesteld om over het voorstel na te denken alvorens haar beslissing kenbaar te maken. Op dit punt wil ik enkel opmerken dat vaststaat dat de ontwerpovereenkomst haar niet van tevoren was voorgelegd⁷⁸ en dat zij deze evenmin mee naar huis kon nemen omdat zij gedwongen was om ter plaatse te beslissen.

82. Het is juist dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 11 april 2018 heeft vastgesteld dat een afspraak als die welke XZ was aangegaan, aan de transparantieplichting voldeed, omdat zijn arrest van 9 mei 2013 inzake bodembedingen bij het grote publiek bekend was en deze afspraak een handgeschreven beding bevatte waarin de consument erkende de strekking van het nieuwe „minimumtarief” te hebben begrepen. Ik heb echter mijn twijfels over deze redenering. De eventuele algemene bekendheid van een beslissing volstaat mijns inziens namelijk niet om een verkoper te ontheffen van zijn verplichting om transparante bedingen op te stellen en in de precontractuele fase op even transparante wijze te handelen. Voorts is het volgens mij niet zeker dat aan de hand van een handgeschreven beding, waarvan het voorbeeld door de bank wordt opgelegd en waarin feitelijk wordt vastgelegd dat de consument heeft begrepen dat de rentevoet niet onder een bepaald tarief zal liggen, kan worden aangetoond dat hij de strekking van hetgeen waarvan hij heeft afgezien, heeft begrepen.

83. Indien de verwijzende rechter zou bevestigen dat het beding in de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening”, waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen, niet voldoende transparant is, zou daaruit volgen dat die rechter zou kunnen toetsen of dat beding oneerlijk is, ook al zou het vallen onder het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13. Uit een dergelijk gebrek aan transparantie zou in de specifieke context van een afspraak als hier aan de orde volgens mij op zich al blijken dat het beding in kwestie niet verenigbaar is met die richtlijn, en hoeven de criteria van aanzienlijke verstoring van het evenwicht en goede trouw in artikel 3, lid 1, niet eens te worden getoetst. Doordat het beding niet transparant is, kan de in dat beding bedoelde afstand van een recht immers niet worden geacht voort te komen uit een „geïnformeerde instemming” van de

76 Bij wijze van voorbeeld op het gebied van overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter in grensoverschrijdende consumentengeschillen (zie voetnoot 38 van deze conclusie), wordt ervan uitgegaan dat er een geschil tussen partijen ontstaat vanaf het moment dat zij het over een bepaald punt niet eens zijn en een gerechtelijke procedure in de onmiddellijke of nabije toekomst onvermijdelijk schijnt [zie rapport van de heer P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 1), blz. 33]. Een bezwaar van de consument volstaat niet om te oordelen dat dit het geval is: ook moet de verkoper het hebben afgewezen (Nielsen, P. A., op. cit., blz. 520).

77 Zoals de verwijzende rechter aangeeft, betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat de verkoper het exacte bedrag waarvan de consument afziet, dient te vermelden. Een dergelijk vereiste lijkt mij in het kader van onderhandelingen over een schikking niet realistisch. Het Hof ziet er overigens op toe dat niet verder wordt gegaan dan wat in het kader van de transparantieplichting redelijkerwijs van de verkoper mag worden verwacht [zie arrest van 19 september 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, punt 69)]. Bovendien kon de bank ten tijde van het sluiten van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” niet redelijkerwijze weten dat XZ een dergelijk recht op restitutie zou kunnen hebben (zie punt 75 van deze conclusie).

78 In de twintigste overweging van richtlijn 93/13 wordt verduidelijkt dat de consument daadwerkelijk de gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen van de overeenkomst. Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat het feit dat de consument de overeenkomst van tevoren ontvangt, bijdraagt tot de naleving van de transparantieplichting. Zie in die zin beschikking van 24 oktober 2019, Topaz (C-211/17, niet gepubliceerd, EU:C:2019:906, punt 50).

consument.⁷⁹ Mijns inziens zou overigens op grond van dat gebrek aan transparantie en de asymmetrie van de informatie die zij inhoudt, deze aanzienlijke verstoring van het evenwicht kunnen worden aangenomen en kunnen blijken dat Ibercaja niet aan het vereiste van goede trouw heeft voldaan.⁸⁰

84. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de derde en de vijfde vraag aldus te beantwoorden dat een beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, behalve in het geval waarin dat beding is vastgelegd in een afspraak waarmee een bestaand geschil tussen een consument en een verkoper wordt beslecht. Ook in dit geval moet een dergelijk beding echter in overeenstemming zijn met de uit artikel 4, lid 2, en artikel 5 van die richtlijn voortvloeiende transparantieplichting. Met betrekking tot een beding in een dergelijke afspraak waarmee beide partijen ervan afzien de geldigheid van een reeds bestaand beding in een overeenkomst in rechte te betwisten, wordt een gemiddelde consument geacht de juridische en economische gevolgen die daaruit voor hem voortvloeien, te begrijpen indien hij zich op het tijdstip waarop die afspraak werd aangegaan bewust was van het mogelijke gebrek van dat beding, van de rechten die hij in dit opzicht aan die richtlijn kon ontnemen, van het feit dat het hem vrijstond om die afspraak aan te gaan of dat te weigeren en zich tot de rechter te wenden, alsook van het feit dat hij dit na het aangaan ervan niet meer zou kunnen doen.

2. Toetsing van het nieuwe bodembeding

85. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een beding, zoals het nieuwe bodembeding dat in de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” is vastgelegd, blijk geeft van een gebrek aan transparantie in de zin van artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 omdat de bank de consument in die afspraak niet over de daadwerkelijke kosten van dat beding heeft geïnformeerd, waardoor de cliënt had kunnen kennisnemen van het rentetarief dat van toepassing zou zijn en van de maandelijkse aflossingen die hij zonder dat beding zou moeten betalen.

86. In het hoofdgeding valt het nieuwe bodembeding waarschijnlijk onder het „eigenlijke voorwerp”, in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, van de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening”, ongeacht hoe die afspraak naar nationaal recht moet worden gekwalificeerd. Indien die afspraak, zoals XZ stelt, ertoe strekt het oorspronkelijke bodembeding in de hypothecaire leningsovereenkomst te vernieuwen, moet dat nieuwe beding immers wel het eigenlijke voorwerp daarvan vormen. Indien met die afspraak, zoals Ibercaja en de Spaanse regering betogen, wordt beoogd een geschil in ruil voor wederzijdse concessies definitief te beslechten, valt dat beding ook onder dat eigenlijke voorwerp, aangezien die concessies daarin concreet worden ingevuld.

87. Niettemin moet ook een beding dat valt onder het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” in de zin van dat artikel 4, lid 2, aan de transparantieplichting voldoen, zoals ik al eerder heb aangegeven. Zoals in de onderhavige conclusie reeds in herinnering is gebracht, is een beding in een overeenkomst transparant wanneer een gemiddelde consument de economische gevolgen die voor hem daaruit voortvloeien, kan begrijpen. Met betrekking tot een bodembeding moeten de gronden en de bijzonderheden van het in dat beding bedoelde mechanisme in de overeenkomst waarin het is opgenomen, op transparante wijze worden uiteengezet.⁸¹ In dit verband heeft de Tribunal Supremo in zijn arrest van 9 mei 2013 vastgesteld onder welke voorwaarden dit soort bedingen in

⁷⁹ Zie het antwoord dat ik op de eerste prejudiciële vraag in overweging geef.

⁸⁰ Het Hof heeft geoordeeld dat de nationale rechter, om vast te stellen of een beding in een overeenkomst het evenwicht „in strijd met de goede trouw” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 verstoort, dient na te gaan of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden na een afzonderlijke onderhandeling daarover. Zie met name arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 69).

⁸¹ Zie punt 78 van deze conclusie.

leningsovereenkomsten mogen worden opgenomen.⁸² Deze voorwaarden vormen naar mijn mening een concrete invulling van de transparantieplichting die het Hof in algemene bewoordingen heeft geformuleerd. Ongeacht het feit dat de „overeenkomst houdende vernieuwing en wijziging van de lening” op zich geen leningsovereenkomst is, moet in casu aan deze voorwaarden worden voldaan. De verwijzende rechter dient dit na te gaan.

88. Op twee specifieke punten moet echter nader worden ingegaan. Ten eerste ben ik er niet zeker van dat van de kredietinstelling kan worden verlangd dat zij voor de toekomst de maandelijkse aflossingen uiteenzet die de consument zonder het bodembeding verschuldigd zou zijn. Aangezien de rentevoet afhankelijk is van economische schommelingen die zelden zijn te voorzien, lijkt mij een dergelijk vereiste niet redelijk.⁸³ Hooguit moet de verkoper, zoals de Tribunal Supremo in zijn rechtspraak heeft gesteld, scenario's aangeven voor de redelijkerwijze voorzienbare ontwikkeling van de rentevoet op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten. Wat ten tweede het handgeschreven beding van de consument betreft⁸⁴, dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 11 april 2018 van doorslaggevend belang acht om aan te tonen dat de transparantieplichting is nageleefd, ben ik van mening dat een dergelijk beding ontegenzeggelijk een relevante aanwijzing vormt, maar op zich geen beslissende invloed kan hebben. Hoewel uit dit handgeschreven beding blijkt dat de consument op de gevolgen van een bodembeding is gewezen, volstaat dit beding niet om aan te tonen dat aan de strikte transparantievoorwaarden van het Hof en de Tribunal Supremo is voldaan. De aanwijzing die dit handgeschreven beding vormt, dient volgens mij dan ook door andere onderling samenhangende elementen te worden aangevuld.

89. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de vierde vraag aldus te beantwoorden dat een bodembeding dat niet het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, als transparant in de zin van artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 moet worden beschouwd, wanneer de consument de economische gevolgen die voor hem daaruit voortvloeien, kan begrijpen. In het bijzonder moeten de gronden en de bijzonderheden van het in dat beding bedoelde mechanisme in de overeenkomst waarin het is opgenomen, op transparante wijze worden uiteengezet. Daarentegen kan van de verkoper niet worden verlangd dat hij voor de toekomst de maandelijkse aflossingen uiteenzet die de cliënt zonder dat beding zou moeten betalen.

V. Conclusie

90. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Teruel als volgt te beantwoorden:

„1) Wanneer een consument en een verkoper gebonden zijn door een overeenkomst, er ernstige twijfels zijn gerezen over de vraag of een beding in die overeenkomst mogelijk oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende

82 De Tribunal Supremo heeft geoordeeld dat een bodembeding onvoldoende transparant is wanneer: a) dat beding geen voldoende duidelijke informatie bevat over het feit dat het een onderdeel betreft dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst vormt; b) de bedingen tegelijkertijd met de maximumbedingen worden ingevoegd en worden voorgesteld alsof zij daarvan de tegenprestatie vormden; c) geen simulaties van verschillende scenario's bestaan met betrekking tot de redelijkerwijze te verwachten ontwikkeling van de rentevoet op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten; d) er geen voorafgaande, duidelijke en begrijpelijke informatie is over de kosten in vergelijking met andere leningsmogelijkheden van de instelling – voor zover deze bestaan – of geen waarschuwing aan de cliënt dat deze mogelijkheden, gelet op zijn profiel, niet aan hem worden voorgesteld, en e) het bodembeding deel uitmaakt van een zeer grote hoeveelheid gegevens waardoor deze worden verhuld en de aandacht van de consument daarvan wordt afgeleid.

83 Meer bepaald zou dit volgens mij veel verder gaan dan de vereisten van richtlijn 2014/17, die weliswaar *ratione temporis* niet van toepassing zijn op het hoofdgeding, maar wel een nuttige aanwijzing vormen. In artikel 14 van die richtlijn is immers bepaald dat de kredietgever middels het gestandaardiseerde Europese informatieblad (ESIS) dat in bijlage II bij die richtlijn is opgenomen, precontractuele informatie moet verstrekken. In rubriek 3 van die bijlage, met als opschrift „Hoofdkenmerken van het krediet”, punt 6, is enkel het volgende bepaald: „In deze rubriek wordt uitgelegd of de debetrentevoet vast of variabel is en in voorkomend geval tijdens welke perioden deze vast blijft, met welke frequentie herzieningen daarna kunnen plaatsvinden en of er voor de variatie van de debetrentevoet grenzen zoals maximum- of minimumwaarden gelden.”

84 Zie punt 14 van deze conclusie.

oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, en de partijen het betrokken beding in een latere afspraak hebben gewijzigd, de geldigheid van de oorspronkelijke overeenkomst hebben bevestigd en beiden hebben afgezien van het recht om de bedingen erin in rechte te betwisten, staat artikel 6, lid 1, van die richtlijn er niet aan in de weg dat die afspraak bindend is ten aanzien van de consument, mits hij er vrij en geïnformeerd mee heeft ingestemd.

- 2) Een beding in een overeenkomst is niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling geweest in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 wanneer de consument de inhoud ervan niet daadwerkelijk heeft kunnen beïnvloeden. Dit punt wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, en in het bijzonder de omvang van de besprekingen tussen de partijen over het onderwerp van dat beding. Wanneer het om een vooraf opgesteld standaardbeding gaat, dient de verkoper overeenkomstig artikel 3, lid 2, van die richtlijn te bewijzen dat het beding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling.
- 3) Een beding waarin beide partijen afstand doen van het recht om rechtsvorderingen in te stellen en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, is oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, behalve in het geval waarin dat beding is vastgelegd in een afspraak waarmee een bestaand geschil tussen een consument en een verkoper wordt beslecht. Ook in dit geval moet een dergelijk beding echter in overeenstemming zijn met de uit artikel 4, lid 2, en artikel 5 van die richtlijn voortvloeiende transparantieplichting. Met betrekking tot een beding in een dergelijke afspraak waarin beide partijen ervan afzien de geldigheid van een reeds bestaand beding in een overeenkomst in rechte te betwisten, wordt een gemiddelde consument geacht de juridische en economische gevolgen die daaruit voor hem voortvloeien, te begrijpen indien hij zich op het tijdstip waarop die afspraak werd aangegaan bewust was van het mogelijke gebrek van dat beding, van de rechten die hij in dit opzicht aan die richtlijn kon ontnemen, van het feit dat het hem vrijstond om die afspraak aan te gaan of dat te weigeren en zich tot de rechter te wenden, alsook van het feit dat hij dit na het aangaan ervan niet meer zou kunnen doen.
- 4) Een bodembeding dat niet het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, moet als transparant in de zin van artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 worden beschouwd, wanneer de consument de economische gevolgen die voor hem daaruit voortvloeien, kan begrijpen. In het bijzonder moeten de gronden en de bijzonderheden van het in dat beding bedoelde mechanisme in de overeenkomst waarin het is opgenomen, op transparante wijze worden uiteengezet. Daarentegen kan van de verkoper niet worden verlangd dat hij voor de toekomst de maandelijkse aflossingen uiteenzet die de cliënt zonder dat beding zou moeten betalen.”