



Datum van  
inontvangstneming

:

26/02/2020

**Zaak C-19/20**

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

**Datum van indiening:**

16 januari 2020

**Verwijzende rechter:**

Sąd Okręgowy w Gdańsku (Polen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

30 december 2019

**Verzoekende partijen:**

I. W.

R. W.

**Verwerende partij:**

Bank BPH Spółka Akcyjna, gevestigd te Gdańsk

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Nietigverklaring van een kredietovereenkomst wegens de strijdigheid van de daarin opgenomen indexeringsbedingen met dwingende bepalingen van nationaal recht, gelet op het oneerlijke karakter van deze bedingen, nietigverklaring van de overeenkomst wegens dwaling van verzoekers betreffende de totale kosten van het krediet en nietigheid van de overeenkomst in haar geheel, en vordering tot terugbetaling door de bank van de bedragen die zijn betaald uit hoofde van de hoofdsom en de verschuldigde rente alsmede van de betaalde vergoedingen.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vragen**

Uitlegging van artikel 2 en artikel 3, leden 1 en 2, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 1, artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: „richtlijn 93/13”) met betrekking tot de

verplichting van de rechter tot vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in een consumentenovereenkomst, indien dit beding op de datum van de rechterlijke uitspraak als gevolg van een inhoudelijke wijziging in de vorm van een addendum bij de overeenkomst zodanig is gewijzigd dat het niet langer oneerlijk is en de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding in zijn oorspronkelijke redactie kan leiden tot de nietigverklaring van de overeenkomst in haar geheel, alsook met betrekking tot de mogelijkheid tot vaststelling van het oneerlijke karakter van slechts bepaalde elementen van een contractueel beding dat betrekking heeft op de door de bank vastgestelde wisselkoers van de valuta, dat wil zeggen door schrapping van het beding inzake de eenzijdig en op een onduidelijke manier vastgestelde bancaire marge die de wisselkoers mede bepaalt, alsmede met betrekking tot de vraag of het openbaar belang zich verzet tegen de vaststelling in bovengenoemde zin dat slechts bepaalde elementen van een contractueel beding oneerlijk zijn. Bovendien hebben de prejudiciële vragen betrekking op de kwestie of het niet-verbindend zijn van een overeenkomst als gevolg van de uitsluiting van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen een sanctie is die als gevolg van een constitutieve rechterlijke uitspraak vanaf het moment van sluiting van de overeenkomst gevolgen heeft, en tevens, in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van 30 maart 2010 (hierna ook: „Handvest”), op de vraag of de nationale rechter verplicht is de consument in kennis te stellen van de rechtsgevolgen van een dergelijke nietigverklaring en van de eventuele aanspraken op restitutie van de verkoper.

### **Prejudiciële vragen**

- 1) Moet artikel 3, leden 1 en 2, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 1, artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29) aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter ook verplicht is vast te stellen dat een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is (in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn) indien dit beding op de datum van de rechterlijke uitspraak, als gevolg van een door de partijen aangebrachte inhoudelijke wijziging in de vorm van een addendum bij de overeenkomst, zodanig is gewijzigd dat het niet langer oneerlijk is en de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding in zijn oorspronkelijke redactie kan leiden tot het verval (de nietigverklaring) van de overeenkomst in haar geheel?
- 2) Moet artikel 6, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1 en lid 2, tweede volzin, en artikel 2 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29) aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter de mogelijkheid wordt geboden slechts bepaalde elementen van een contractueel beding betreffende de door de bank vastgestelde wisselkoers van de valuta waaraan het aan de consument verstrekte krediet is gekoppeld (zoals in het hoofdgeding) als oneerlijk aan te merken, dat wil zeggen door

- schrapping van het beding inzake de eenzijdig en op een onduidelijke manier vastgestelde bancaire marge die de wisselkoers mede bepaalt, en handhaving van een ondubbelzinnig beding betreffende de gemiddelde wisselkoers van de centrale bank (Narodowy Bank Polski), zodat de geschrapte tekst niet hoeft te worden vervangen door een ander rechtsvoorschrift, [...] wat leidt tot het herstel van het reële evenwicht tussen de consument en de verkoper, ook al wijzigt dit de kern van het beding inzake de prestatie van de consument in diens voordeel?
- 3) Moet artikel 6, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29) aldus worden uitgelegd dat het openbaar belang zich verzet tegen de vaststelling in de zin van de tweede vraag dat slechts bepaalde elementen van een contractueel beding oneerlijk zijn, ook al heeft de nationale wetgever maatregelen getroffen om te voorkomen dat oneerlijke bedingen nog langer worden toegepast, zoals de maatregelen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, door invoering van bepalingen waarbij de banken worden verplicht tot precisering van de modaliteiten en de data voor de vaststelling van de wisselkoers van de valuta op basis waarvan het kredietbedrag en de termijnen voor de aflossing van de hoofdsom en de verschuldigde rente worden berekend, alsmede van regels voor de omrekening naar de valuta van de uitbetaling of de aflossing van het krediet?
  - 4) Moet het niet-verbindend zijn van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29), dat het resultaat is van de uitsluiting van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen in de zin van artikel 2, onder a), juncto artikel 3 van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat dit een sanctie is die kan optreden als resultaat van een op uitdrukkelijk verzoek van de consument gegeven constitutieve rechterlijke uitspraak met werking vanaf het moment van sluiting van de overeenkomst, dat wil zeggen ex tunc, waarbij de aanspraken op restitutie van de consument en de verkoper opeisbaar worden zodra deze beslissing definitief wordt?
  - 5) Moet artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29), gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 30 maart 2010 (PB 2010, C 83, blz. 389), aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter verplicht is om een consument die nietigverklaring van een overeenkomst heeft gevorderd als gevolg van de schrapping van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen, in kennis te stellen van de rechtsgevolgen van een dergelijke beslissing en van de mogelijke aanspraken op restitutie van de verkoper (bank), met inbegrip van de aanspraken die in de betrokken procedure niet geldend zijn gemaakt alsmede van aanspraken waarvan de gegrondheid niet

ondubbelzinnig vaststaat, zelfs wanneer de consument door een professionele gemachtigde wordt vertegenwoordigd?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten: overwegingen 4, 21 en 24 en artikelen 3, 4 en 6;

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 30 maart 2010: artikel 47.

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Ustawa - Kodeks cywilny (wet houdende het burgerlijk wetboek) van 23 april 1964 (geconsolideerde tekst: Dz. U. 2019, volgnr. 1145; hierna: „k.c.”): artikelen 58, 120, 353<sup>1</sup> en 358 [in de versie van de wet van 23 oktober 2008 (Dz. U. nr. 228, volgnr. 1506), die in werking is getreden op 24 januari 2009], alsmede de artikelen 385<sup>1</sup>, 385<sup>2</sup>, 388, 405 en 410.

Ustawa - kodeks postępowania cywilnego (wet houdende het wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 17 november 1964 (geconsolideerde tekst van 19 juli 2019: Dz. U. 2019, volgnr. 1460): artikelen 5, 156<sup>1</sup>, 156<sup>2</sup> en 212.

Ustawa o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw (wet tot wijziging van de wet op het bankwezen en enkele andere wetten) van 21 juli 2011 (Dz. U. nr. 165, volgnr. 984; hierna: „wet tot wijziging van de wet op het bankwezen”): artikelen 1 en 4.

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

- 1 Verzoekers hebben in 2008 in de hoedanigheid van consument een hypothecaire kredietovereenkomst met een looptijd van 360 maanden gesloten met de rechtsvoorganger van de verwerende bank. Deze kredietovereenkomst was bedoeld ter dekking van de kosten van de bouw van een woning. Voorafgaand aan de ondertekening van de kredietovereenkomst hebben verzoekers een financieel adviseur (makelaar) ontmoet, die hun een aan de Zwitserse frank (CHF) gekoppeld krediet heeft aanbevolen en hun heeft meegedeeld dat de koers van de CHF ten opzichte van de Poolse zloty (PLN) zou kunnen stijgen, hetgeen op zijn beurt het bedrag van de verschuldigde aflossingstermijnen zou kunnen beïnvloeden. Verzoekers hebben geen bedenkingen bij de constructie van het aan de CHF gekoppelde krediet geuit.
- 2 In hun kredietaanvraag hebben verzoekers aangegeven te verzoeken om de verstrekking van een krediet in PLN, alsmede om de koppeling daarvan aan de koers van de CHF. In een afzonderlijk door de bank opgesteld formulier hebben

zij verklaard dat hun een krediet in PLN is aangeboden en dat zij, na in kennis te zijn gesteld van de risico's daarvan, hebben geopteerd voor een krediet in vreemde valuta.

- 3 Volgens de kredietovereenkomst wordt het krediet uitbetaald in PLN en na uitbetaling gekoppeld aan de CHF volgens de aankoopkoers van verweerder op de datum van uitbetaling, zoals vermeld in de tabel met aan- en verkoopkoersen van de bank. Het krediet moet evenwel worden afgelost in PLN volgens de verkoopkoers van deze valuta. De in de wisselkoerstabel van de bank vermelde aan- en verkoopkoersen hebben betrekking op de gemiddelde wisselkoers van Narodowy Bank Polski (hierna: „NBP”) en op de bancaire marge. De rentevoet van het krediet is gebaseerd op de referentierentevoet Libor 3M.
- 4 De door de rechter als oneerlijk aangemerkte bedingen luiden als volgt:

*„§ 1, lid 1*

*De bank verstrekt aan de kredietnemer een krediet ten bedrage van [...] Poolse zloty, gekoppeld aan de CHF [...], en de kredietnemer verbindt zich ertoe het krediet in overeenstemming met de contractuele bedingen te verbruiken, het verbruikte kredietbedrag op de in de overeenkomst bedongen data terug te betalen, vermeerderd met de verschuldigde rente, en aan de bank de overeengekomen commissies, vergoedingen en andere kosten te betalen. Het kredietbedrag bestaat uit: [...]*

*Op de datum van uitbetaling wordt het kredietsaldo uitgedrukt in de valuta waarop het krediet is gekoppeld aan de aankoopkoers van de indexeringsvaluta die is opgenomen in de tabel met aan- en verkoopkoersen voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten, die nader wordt beschreven in § 17. Vervolgens wordt het in deze valuta uitgedrukte saldo dagelijks omgerekend naar de Poolse zloty volgens de verkoopkoers van de indexeringsvaluta die is opgenomen in de tabel met aan- en verkoopkoersen voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten, die nader wordt beschreven in § 17.”*

*„§ 7, lid 2*

*Het in de uitbetalingsaanvraag vermelde kredietbedrag wordt uitbetaald door middel van overmaking op de in de aanvraag vermelde bankrekening bij een Poolse bank. De dag van overmaking wordt geacht de dag van uitbetaling van het verbruikte krediet te zijn. Het steeds in Poolse zloty uitbetaalde bedrag wordt omgerekend in de indexeringsvaluta volgens de aan- en verkoopkoers voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten die van toepassing is op de datum van uitbetaling door de bank.”*

*„§ 10, lid 6*

*Elke betaling van de kredietnemer wordt afgewikkeld op basis van de verkoopkoers van de indexeringsvaluta die is opgenomen in de tabel met aan- en*

*verkoopkoersen voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten en geldt op de datum van binnenkomst van de geldmiddelen bij de bank. [...]*”

„§ 17

1. *Voor de afwikkeling van uitbetalingen en de aflossing van kredieten worden respectievelijk de aan- en verkoopkoers voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten van de valuta in de bankofferte toegepast die van toepassing zijn op de transactiedatum.*
2. *Als aankoopkoers wordt de in de relevante tabel van NBP vermelde gemiddelde wisselkoers van de Poolse zloty ten opzichte van de betrokken valuta min de aankoopmarge gehanteerd.*
3. *Als verkoopkoers wordt de in de relevante tabel van NBP vermelde gemiddelde wisselkoers van de Poolse zloty ten opzichte van de betrokken valuta plus de verkoopmarge gehanteerd.*
4. *Voor de berekening van de aan- en verkoopkoersen voor de door de bank verstrekte hypothecaire kredieten wordt de wisselkoers toegepast van de Poolse zloty ten opzichte van de in de koerstabel van NBP vermelde gemiddelde wisselkoers van de betrokken valuta op de betrokken werkdag, gecorrigeerd met de aan- en verkoopmarges van de bank [...]*”.
- 5 Voor de berekening van de aan- en verkoopkoers van de valuta heeft de bank de dagelijks door NBP berekende gemiddelde wisselkoers van de valuta op de betrokken werkdag gehanteerd, vermeerderd met (of onder aftrek van) de bancaire marge, waarvan de berekeningsmethode niet in de overeenkomst is opgenomen. De aldus bepaalde respectieve aan- of verkoopkoers van de valuta is gepubliceerd en was van toepassing bij de afwikkeling op de daaropvolgende werkdag.
- 6 Op 7 maart 2011 zijn partijen overeengekomen een addendum bij de kredietovereenkomst te voegen. Dit voorzag in de mogelijkheid tot aflossing van het krediet in PLN of in CHF. De bedingen van het overeengekomen addendum beschrijven de wijze van berekening van de bancaire marge die wordt gebruikt voor de bepaling van de aan- en verkoopkoers van de indexeringsvaluta. Sinds de toevoeging van het addendum aan de overeenkomst betalen verzoekers de aflossingstermijnen in CHF en kopen zij deze valuta op de vrije markt.
- 7 De stijging van de koers van de CHF heeft tot een aanzienlijke stijging van de in PLN uitgedrukte aflossingstermijnen geleid en is voor vele consumenten de reden geweest om op zoek te gaan naar middelen waarmee zij hun moeilijke situatie het hoofd konden bieden. Als reactie daarop heeft de Związek Banków Polskich (vereniging van Poolse banken) na de uitspraak van het arrest van 3 oktober 2019 in zaak C-260/18 een communiqué op zijn website geplaatst waarin erop wordt gewezen dat de bank in het geval van nietigverklaring van de overeenkomst het recht heeft om het uitbetaalde kapitaal terug te vorderen en een vergoeding voor

het gebruik daarvan gedurende de in de overeenkomst vastgestelde periode te eisen.

- 8 De nationale rechter is van oordeel dat de bedingen van de door partijen gesloten overeenkomst betreffende de koppeling aan de Zwitserse frank (CHF) van het in Poolse zloty (PLN) uitgedrukte kredietbedrag en van de aflossing van de hoofdsom, vermeerderd met de verschuldigde rente, alsmede de bedingen betreffende de regels voor de vaststelling van de wisselkoers krachtens de bepalingen van de Poolse wetgeving, dat wil zeggen artikel 385<sup>1</sup>, leden 1 en 3, k.c., betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, ook in de zin van artikel 4, lid 2, van de richtlijn (zie arresten van 20 september 2017,                      C-186/16, EU:C:2017:703, punt 38, en 30 april 2014,                                           C-26/13, EU:C:2014:282, punt 59). De bedingen betreffende het indexeringsmechanisme zijn in dermate begrijpelijke bewoordingen opgesteld dat verzoekers zich in de hoedanigheid van consument en na hun gesprekken met de kredietadviseur voldoende bewust waren van het risico van de evolutie van de wisselkoers (hoewel zij in de praktijk geen rekening hebben gehouden met een dermate aanzienlijke stijging van de wisselkoers van de CHF ten opzichte van de PLN), hetgeen zij schriftelijk hebben bevestigd. In deze omstandigheden worden de contractuele bedingen betreffende het indexeringsmechanisme door de nationale rechter niet aangemerkt als oneerlijk in de zin van artikel 385<sup>1</sup>, leden 1 en 3, k.c., uitgelegd in overeenstemming met artikel 3, lid 1, juncto artikel 4, lid 2, van de richtlijn. In het licht van deze bepalingen is de nationale rechter daarentegen wel overtuigd van het oneerlijke karakter van de contractuele bedingen betreffende de wijze van vaststelling van de wisselkoers van de valuta, doch uitsluitend wat betreft het feit dat de aan- en verkoopkoers van de valuta afhankelijk is gesteld van een door de bank eenzijdig vastgestelde bancaire marge, waarbij mechanismen zijn toegepast waarmee de consument niet bekend was. Volgens de nationale rechter zijn de elementen van het beding betreffende de wisselkoers van de valuta die betrekking hebben op de gemiddelde wisselkoers van NBP die wordt gebruikt als basis voor de vaststelling daarvan niet oneerlijk. De nationale rechter is tevens van oordeel dat de in het overeengekomen addendum opgenomen toelichtingen betreffende het mechanisme voor de vaststelling van de bancaire marge die de wisselkoers mede bepaalt, ertoe hebben geleid dat dit beding niet langer oneerlijk is.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 9 De bank concludeert tot verwerping van de vordering op grond dat de overeenkomst in overeenstemming is met de bepalingen van nationaal recht, dat de consumenten niet zijn misleid en dat de indexeringsbedingen niet oneerlijk zijn. Bovendien heeft verweerder zich beroepen op de verjaring van de vorderingen in geld van verzoekers. De bank heeft geen aanspraken op restitutie geldend gemaakt.



## Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

### *Eerste prejudiciële vraag*

- 10 De kern van het probleem is of het, gelet op de vaststelling van het oneerlijke karakter van het contractuele beding in zijn oorspronkelijke redactie, legitiem is om de wettelijk voorgeschreven gevolgen daarvan te doen intreden wanneer het beding door de wilsuiking van de betrokken partijen is gewijzigd. De vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding moet tot gevolg hebben dat het wordt geschrapt en dat vanuit juridisch en economisch oogpunt de situatie tot stand wordt gebracht waarin de consument zich zonder dat beding zou bevinden (zie arresten van 15 maart 2012, ██████████ C-453/10, EU:C:2012:144, punt 31, 21 december 2016, ██████████ e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 61, en 14 maart 2019, ██████████ C-118/17, EU:C:2019:207). Indien het niet toegestaan is om het oneerlijke karakter van slechts een deel van een contractueel beding vast te stellen, bestaat de mogelijkheid dat heel de overeenkomst met ingang van de datum van sluiting ervan, dat wil zeggen *ex tunc*, nietig moet worden verklaard. Dat lijkt evenwel in strijd te zijn met de van tevoren verklaarde wil van de consument en de bank, die zijn overeengekomen een addendum tot wijziging van het oneerlijke beding bij de overeenkomst te voegen en daarmee het reële evenwicht tussen de partijen hebben hersteld. De beslissing van de rechter zou derhalve betrekking hebben op de overeenkomst in een andere redactie dan bindend is voor de partijen op de datum waarop de beslissing wordt gegeven. De vaststelling van het verval (nietigverklaring) van de overeenkomst zou tot gevolg hebben dat de bank niet alleen de door de consument krachtens de oneerlijke bedingen betaalde bijdragen moet aflossen, maar tevens de bijdragen die zijn betaald op grond van de bij het addendum gewijzigde eerlijke bedingen. Een dergelijk resultaat lijkt in strijd te zijn met de doelstelling van de richtlijn, namelijk het herstellen van het evenwicht tussen de contractpartijen, in principe met behoud van de geldigheid van de overeenkomst in haar geheel (arrest van 15 maart 2012, ██████████ C-453/10, EU:C:2012:144, punt 31).
- 11 Als gevolg van het door de partijen overgekomen addendum, waarin het mechanisme voor de berekening van de bancaire marge die deel uitmaakt van de wisselkoers van de indexeringsvaluta wordt beschreven voor het geval dat de consument opteert voor aflossing van het krediet in de Poolse valuta, bindt het oneerlijke beding in zijn oorspronkelijke redactie de partijen momenteel niet. Op basis van dit oneerlijke beding is evenwel het saldo van het krediet berekend en is reeds een aantal termijnen van de hoofdsom en de verschuldigde rente afgelost. Dit geeft, zij het ten dele, aanleiding tot legitieme aanspraken op restitutie van de zijde van verzoekers.
- 12 Het Hof heeft in het arrest van 20 september 2017, ██████████ C-186/16, EU:C:2017:703, gepreciseerd dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding moet worden uitgegaan van het moment 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 (punt [58]). Een gelijkaardig standpunt is ook te vinden in de rechtspraak van de Poolse rechterlijke instanties.

*Tweede prejudiciële vraag*

- 13 Het beding dat in het hoofdgeding aan de orde is (§ 17, leden 2, 3 en 4, van de overeenkomst) was oneerlijk wat betreft de door de bank berekende bancaire marge. In de oorspronkelijke redactie van de overeenkomst waren de regels voor de berekening daarvan niet gespecificeerd, wat volgens de rechter in strijd was met de vereisten van goede trouw en een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de rechten ten nadele van de consument heeft teweeggebracht. De aankoopkoers van de valuta werd in het beding omschreven als de gemiddelde wisselkoers van de valuta in de koerstabel van NBP *min de aankoopmarge*, terwijl de verkoopkoers van de valuta werd omschreven als de gemiddelde wisselkoers van de valuta volgens de koerstabel van NBP plus de verkoopmarge. In de onderhavige zaak vereist de schrapping van het beding betreffende de bancaire marge, die één van de twee factoren is die op de wisselkoers van de valuta van invloed zijn, niet dat deze leemte door een andere tekst wordt vervangen. Het klopt dat een dergelijke demarche de betekenis van de oorspronkelijke redactie van het contractuele beding wijzigt, aangezien de bank daardoor de winst van het wisselkoersverschil wordt ontnomen. Opgemerkt zij evenwel dat juist de onduidelijke winst van de bank als gevolg van het wisselkoersverschil het oneerlijke karakter van het contractuele beding uitmaakte. Mede daarom heeft de schrapping van dat beding tot gevolg dat er niet langer sprake is van dit oneerlijke karakter.
- 14 De nationale rechter vraagt zich af of het, gelet op artikel 385<sup>1</sup>, lid 1, k.c., zoals uitgelegd in overeenstemming met het Unierecht, en in de context van artikel 6, lid 1, van de richtlijn en van de bestaande rechtspraak van het Hof, geoorloofd is om slechts één element van een contractueel beding te schrappen op grond dat dit element oneerlijk is, terwijl de overige elementen van het beding onverlet worden gelaten. Volgens de nationale rechter onderscheidt deze situatie zich van de situaties die ten grondslag liggen aan de doctrine van het verbod van reductie met behoud van nuttig effect. Deze situatie vereist namelijk niet dat de leemte als gevolg van de schrapping van een deel van het beding wordt gevuld door een andere tekst. Anderzijds komt deze situatie evenwel niet neer op de loutere uitsluiting van een contractueel beding in zijn geheel. Mede daarom moet volgens de nationale rechter wat dat betreft de twijfel worden weggenomen tegen de achtergrond van de uitlegging van artikel 6, lid 1, van de richtlijn en moet worden geantwoord op de vraag of het geoorloofd is alleen dat gedeelte van een contractueel beding te schrappen dat het oneerlijke karakter daarvan uitmaakt, zonder dat dit moet worden vervangen door een andere tekst, ook niet wanneer de betekenis van dit beding daardoor wordt gewijzigd.

*Derde prejudiciële vraag*

- 15 Volgens de verwijzende rechter moet worden verduidelijkt of artikel 6, lid 1 van de richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, en de overwegingen 1, 2, 3, 6, 7, 8 en 21 daarvan, aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een lidstaat bepalingen heeft vastgesteld die de vaststelling van oneerlijke contractuele bedingen (zoals in het hoofdgeding aan de orde) verhinderen, het noodzakelijk blijft om verkopers te ontmoedigen dergelijke bedingen te hanteren door de strafrechtelijke gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding te handhaven. De rechter vraagt zich af of het gerechtvaardigd is te voorzien in een verbod op reductie met behoud van nuttig effect (zodat een deel van een contractueel beding kan worden geschrapt), hetgeen kan leiden tot de nietigverklaring van een overeenkomst in haar geheel. In dit geval is het namelijk niet de rechterlijke beslissing die de reden is waarom de banken ervan zullen afzien contractuele bedingen als dat van het hoofdgeding te hanteren. De reden daarvoor is namelijk de bepaling van de door de lidstaat vastgestelde wet. Naar aanleiding van de bancaire praktijk van het verstrekken van kredieten die aan een vreemde valuta gekoppeld zijn, heeft de Poolse wetgever er bij wet van 29 juli 2011 in voorzien dat, als wezenlijk onderdeel van een overeenkomst inzake een krediet in vreemde valuta of een aan een vreemde valuta gekoppeld krediet, moet worden voorzien in specifieke regels voor de bepaling van de modaliteiten en de data ter zake van de vaststelling van de wisselkoers van de valuta op basis waarvan met name het kredietbedrag en de tranches daarvan, alsmede de uit hoofde van de hoofdsom en de verschuldigde rente af te lossen termijnen worden berekend, alsook in regels voor de omrekening naar de uitbetalingsvaluta of de aflossingsvaluta (artikel 1, punt 1) in de zin van de wet tot wijziging van de wet op het bankwezen. Volgens de rechter heeft de Poolse wetgever derhalve voldaan aan de verplichting van overweging 4, overweging 21 en artikel 7, lid 1, van de richtlijn.
- 16 De bestaande rechtspraak van het Hof betreffende het verbod op reductie met behoud van nuttig effect had betrekking op een situatie waarin het gedeeltelijk geschrapte contractuele beding moest worden vervangen door een rechtsregel of een beslissing van de rechter. Het Hof heeft het verbod op demarches die strekken tot handhaving van de bindende werking van een contractueel beding onder schrapping van de oneerlijke elementen daarvan gerechtvaardigd onder verwijzing naar het door de richtlijn beschermde openbaar belang (arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punten 67-69). Dit openbaar belang is beschreven in de overwegingen van de richtlijn en komt erop neer dat de burgers, als consument, moeten worden beschermd tegen misbruik van de machtspositie van verkopers of dienstverrichters en met name tegen de onrechtmatige uitsluiting of beperking van de rechten van de consument in het kader van gesloten overeenkomsten. Deze doelstelling moet in beginsel worden verwezenlijkt door de vaststelling van rechtsvoorschriften ter omzetting van de richtlijn. De richtlijn impliceert dat de sanctie van een rechterlijke nietigverklaring van oneerlijke bedingen en soms zelfs van een overeenkomst in haar geheel een ontmoedigende werking voor de toekomst heeft. Een creatieve rechtspraak van de

rechterlijke instanties zou deze doelstelling kunnen dwarsbomen (arresten van [14] juni 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punten 65-69, en 21 december 2016, ██████████ e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punten 56, 57, 60 en 61).

*Vierde prejudiciële vraag*

- 17 Volgens de verwijzende rechter heeft de Poolse wetgever, anders dan bedoeld in overweging 21 en in artikel 6, lid 1, van de richtlijn, de doelstellingen daarvan, die tot uiting komen in de noodzaak ervoor te zorgen dat een overeenkomst tussen een consument en een verkoper (dienstverrichter) niet van kracht blijft wanneer dit na uitsluiting van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen niet mogelijk is, niet volledig in de Poolse rechtsorde omgezet. Artikel 385<sup>1</sup>, lid 2, k.c. bepaalt dat wanneer een contractueel beding de consument niet bindt, de partijen door de overige bepalingen van de overeenkomst gebonden blijven. De nationale wetgever is voorbijgegaan aan het in artikel 6, lid 1, van de richtlijn tot uitdrukking gebrachte voorbehoud „indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan”. Krachtens het Poolse burgerlijk wetboek kan een overeenkomst met terugwerkende kracht (dat wil zeggen vanaf de sluiting ervan) nietig worden verklaard bij een constitutieve beslissing van de rechter die op verzoek van een contractpartij wordt gegeven. Dit is mogelijk in het kader van de rechtsfiguur van misbruik van de ongunstige positie van de wederpartij in de zin van artikel 388 k.c. Uiteraard zijn de voorwaarden waaronder een contractpartij zich op dit recht kan beroepen totaal verschillend van de voorwaarde die wordt bedoeld in artikel 3, leden 1 en 2, van de richtlijn.
- 18 De rechtspraak van het Hof in het kader van de uitlegging van artikel 6, lid 1, van de richtlijn vermeldt evenwel andere dan de in de Poolse rechtspraak genoemde kenmerken van de sanctie van het niet meer van toepassing zijn van een overeenkomst indien dat na schrapping van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen niet mogelijk is. In het arrest van 30 april 2014, ██████████ C-26/13, EU:C:2014:282, punt 84, heeft het Hof vastgesteld dat nietigverklaring in beginsel tot gevolg heeft dat het gehele nog verschuldigde bedrag van de lening onmiddellijk opeisbaar wordt. Voorts heeft het Hof in het arrest van 3 oktober 2019, ██████████ C-260/18, EU:C:2019:819, verklaard dat de wil van de consument in dit verband doorslaggevend is voor de vraag of een overeenkomst kan worden gehandhaafd of door de rechter nietig moet worden verklaard als gevolg van de schrapping van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen (zie punten 2 en 4 en van het dictum). In het arrest van 21 december 2016, ██████████ e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, legt het Hof evenwel de nadruk op het recht van de consument op terugbetaling van de voordelen die de verkoper op grond van dat oneerlijke beding ten nadele van de consument onverschuldigd heeft verkregen (zie punt 66). Dit zou kunnen betekenen dat de nietigverklaring van de overeenkomst als gevolg van de schrapping van de daarin opgenomen oneerlijke bedingen het gevolg is van een constitutieve rechterlijke beslissing en niet van rechtswege geschiedt, te weten op verzoek van slechts één van de contractpartijen (de consument), als gevolg

waarvan deze partij aanspraak kan maken op terugbetaling van de voordelen die de verkoper ten nadele van haar onverschuldigd heeft verkregen. De nationale rechter vraagt zich in het licht van de aangehaalde beslissingen af of de sanctie van het niet-verbindend zijn van een overeenkomst inderdaad zo moet worden opgevat.

- 19 De uitlegging van artikel 6, lid 1, van de richtlijn is wat betreft de kern van het niet-verbindend zijn van een overeenkomst noodzakelijk om in het hoofdgeding het nationale recht in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn uit te kunnen leggen. De vaststelling van de aard van de sanctie is nodig om te kunnen beoordelen met ingang van welke datum de door verzoekers ingestelde vorderingen tot terugbetaling opeisbaar worden en of de door verweerder opgeworpen verjaringsexceptie gegrond is. Voorts is deze uitlegging van belang voor de boordeling of de nietigverklaring van de overeenkomst in het belang van de consument is. Indien moet worden aangenomen dat de rechterlijke uitspraak houdende de nietigverklaring (het niet-verbindend zijn van de overeenkomst) constitutief van aard is, kan namelijk niet worden uitgesloten dat de bank in een andere procedure van de consument zal vorderen dat hij een reeds uitbetaald (vrijgegeven) krediet aflost en kan worden aangenomen dat deze vordering niet verjaard zal zijn. In extremis zouden het verschil in uitlegging van artikel 6, lid 1 van de richtlijn en van de nationale regelingen en de onmogelijkheid om de nationale wetgeving in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn uit te leggen, kunnen wijzen op een gebrekkige omzetting daarvan en de aansprakelijkheid van de Poolse staat voor de daardoor aangerichte schade tot gevolg kunnen hebben.

*Vijfde prejudiciële vraag*

- 20 Het antwoord op deze vraag is relevant voor het hoofdgeding indien het Hof krachtens artikel 6, lid 1, van de richtlijn de verplichting van de rechter vaststelt het oneerlijke karakter van een beding ook dan te onderzoeken wanneer het achteraf door de wilsuïting van de contractpartijen is gewijzigd maar zich ertegen verzet dat slechts bepaalde elementen van een contractueel beding als oneerlijk worden aangemerkt. In dat geval zijn er gronden om te concluderen dat de overeenkomst in haar geheel niet-verbindend is.
- 21 Volgens de rechtspraak van het Hof betreffende de uitlegging van artikel 6, lid 1, [van de richtlijn] vereist de bescherming van de consument dat rekening wordt gehouden met diens werkelijke en dus actuele belangen. De bescherming van deze belangen strekt zich tevens uit tot de gevolgen die in de op het moment van het geschil bestaande of te voorziene omstandigheden daadwerkelijk zouden intreden indien de nationale rechter de overeenkomst nietig zou verklaren (arresten van 3 oktober 2019, ██████████ C-260/18, EU:C:2019:819, punt [51], en 21 februari 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, punten 23, 27 en 35). Het Hof heeft er tevens op gewezen dat richtlijn 93/13 niet zo ver gaat dat het systeem van bescherming tegen het gebruik van oneerlijke bedingen door verkopers ten behoeve van de consument verplicht wordt gesteld. Als de consument er de

voorkeur aan geeft geen gebruik te maken van dit beschermingssysteem, wordt het dus niet toegepast. De consument moet a fortiori het recht hebben om zich ertegen te verzetten dat hij krachtens dat systeem wordt beschermd tegen de schadelijke gevolgen van de nietigverklaring van de overeenkomst (arrest van 3 oktober 2019, ██████████ C-260/18, EU:C:2019:819, punten 54 en 55).

- 22 Aangezien richtlijn 93/13 impliceert dat de consument de zwakkere partij bij de overeenkomst en in het proces is (overweging 5 en artikel 7, lid 1, van de richtlijn) moet hem de mogelijkheid worden geboden een beroep te doen op passende beschermende maatregelen om zijn vorderingen voor de rechter af te dwingen. Bijgevolg is de rechter niet alleen gehouden ambtshalve het oneerlijke karakter van contractuele bedingen te onderzoeken maar is hij tevens verplicht de consument en de verkoper van het vastgestelde oneerlijke karakter in kennis stellen. Het vereiste van doeltreffende rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest, verplicht de nationale rechter die ambtshalve heeft vastgesteld dat een beding van een overeenkomst oneerlijk is om de procespartijen de mogelijkheid te bieden hierover op tegenspraak hun standpunt kenbaar te maken (zie arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, punten 29 en 36). De beslissing van de consument zich te beroepen op de bescherming van het stelsel van richtlijn 93/13 en van de bepalingen van het nationale recht tot tenuitvoerlegging daarvan is evenwel alleen mogelijk wanneer hij niet alleen kennis krijgt van het oneerlijke karakter van het contractuele beding zelf maar tevens van de gevolgen van het beschermingssysteem, dat wil zeggen de schrapping van de oneerlijke contractuele bedingen, de toelaatbaarheid van de voortzetting van de overeenkomst en de rechten en plichten van de consument als gevolg van de uitsluiting van de oneerlijke bedingen of van de ontbinding van de overeenkomst. In het arrest ██████████ C-260/18, EU:C:2019:819, heeft het Hof in punt 66 verklaard dat de nationale rechter, wanneer hij een contractueel beding als oneerlijk beschouwt, verplicht is het buiten toepassing te laten, en dat op die verplichting enkel een uitzondering wordt gemaakt indien de consument, na door die rechter te zijn voorgelicht, niet van plan is zich op het oneerlijke en niet-bindende karakter ervan te beroepen. Het Hof heeft daarin evenwel niet de omvang van de informatieverplichting van de rechter gepreciseerd. In het bijzonder moet worden vastgesteld of deze informatieverplichting uitsluitend betrekking heeft op de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding dan wel tevens op de daaraan verbonden rechtsgevolgen, alsmede op de economische gevolgen van een dergelijke vaststelling. Volgens de verwijzende rechter stelt alleen de verstrekking van volledige informatie aan de consument, dat wil zeggen informatie over het oneerlijke karakter van het beding, of over de noodzaak tot nietigverklaring van de overeenkomst, en voorts over de gevolgen van een dergelijke nietigverklaring en de daarmee gepaard gaande noodzaak tot terugbetaling van de wederzijdse prestaties (alsmede over de andere mogelijke gevolgen uit hoofde van de bepalingen van nationaal recht, zoals de gevolgen die betrekking hebben op verjaring), de consument in staat een weloverwogen beslissing over de gebruikmaking van het beschermingssysteem te nemen.

- 23 Wanneer consumenten niet volledig op de hoogte zijn van hun rechtspositie, is het mogelijk dat zij procesrechtelijke beslissingen nemen zonder te beschikken over de volledige informatie die hun gewoonlijk wordt aangereikt door hun gemachtigde. Anderzijds berusten de nationale bepalingen op de premisse van het vertrouwen van procespartijen in hun gemachtigde en ontslaan zij de rechter van een hele reeks informatieverplichtingen indien de procespartij door een gemachtigde wordt vertegenwoordigd. Het enige wat moet worden vastgesteld is of het risico van de beoordeling van de rechtsgevolgen van een positieve beslissing van de consument om gebruik te maken van het beschermingsstelsel uitsluitend moet worden overgelaten aan de consument zelf en aan zijn gemachtigde. De consument kan er slechts voor kiezen nietigverklaring van een overeenkomst te vorderen indien hij in kennis wordt gesteld van alle mogelijke gevolgen van de toewijzing van een dergelijke vordering.
- 24 Met het oog op de uitlegging van de nationale bepalingen van burgerlijke rechtsvordering in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn moet artikel 6, lid 1, daarvan ter zake van de omvang van de informatieverplichting van de rechter in procedures met deelneming van consumenten worden uitgelegd. Volgens de rechter is een uitlegging van bepaalde procedurele voorschriften die bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn mogelijk, mits de informatieverplichting van de rechter in een door het Hof gegeven uitlegging wordt gepreciseerd.