



Datum van inontvangstneming : 25/06/2019

**Zaak C-224/19**

**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:**

14 maart 2019

**Verwijzende rechter:**

Juzgado de Primera Instancia n.º17 de Palma de Mallorca (rechter in eerste aanleg nr. 17 Palma de Mallorca, Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

12 maart 2019

**Verzoekende partij:**

CY

**Verwerende partij:**

Caixabank, S.A.

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vordering in een gewone procedure tot a) nietigverklaring van twee bedingen van een hypothecaire leningsovereenkomst tussen een bank en een consument wegens het oneerlijke karakter ervan (beding volgens hetwelk de kredietnemer de kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen en schrappen van de hypotheek en beding volgens hetwelk de kredietnemer kredietkosten moet betalen), en b) terugbetaling van de in dit kader door de consument betaalde bedragen, vermeerderd met de toepasselijke rente.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29). Prejudiciële verwijzing op grond van artikel 271 VWEU.

## Prejudiciële vragen

- 1) Kan de nietigverklaring, wegens het oneerlijke karakter ervan, van een beding volgens hetwelk de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, het vernieuwen of het schrappen van een lening met hypothecaire zekerheid, tegen de achtergrond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 **achteraf worden gematigd uit het oogpunt van de terugbetalingsplicht die eruit voortvloeit?**
- 2) Kan nationale rechtspraak volgens welke na nietigverklaring van het beding op grond waarvan de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, het vernieuwen of het schrappen van een lening met hypothecaire zekerheid, **de notaris- en administratiekosten bij helfte tussen de kredietgever en de kredietnemer moeten worden verdeeld,** tegen de achtergrond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 worden beschouwd als een rechterlijke matiging van het nietig verklaarde oneerlijk beding, die bijgevolg in strijd is met het beginsel van onverbindendheid, zoals dat in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 is neergelegd?
- 3) Is nationale rechtspraak volgens welke na nietigverklaring van het beding op grond waarvan de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, het vernieuwen of het schrappen van een lening met hypothecaire zekerheid, de **taxatiekosten van de onroerende zaak en de belasting op de hypotheekvestiging in het kader van de aangegane lening** ook door de kredietnemer moeten worden gedragen, tegen de achtergrond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 in strijd met het beginsel dat een nietig verklaard oneerlijk beding de consument niet bindt? Staat artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13 in de weg aan de **toewijzing aan de kredietnemer van de bewijslast met betrekking tot het feit dat hij niet in de gelegenheid is gesteld om zijn eigen taxatie van de onroerende zaak over te leggen?**
- 4) Staat richtlijn 93/13, gelet op artikel 6, lid 1, ervan, in de weg aan nationale rechtspraak volgens welke na nietigverklaring van het beding op grond waarvan de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, het vernieuwen of het schrappen van een lening met hypothecaire zekerheid, het beding gevolgen kan blijven sorteren voor de kredietnemer wanneer hij de hypotheek met wijzigingen vernieuwt of schrapt, **in die zin dat hij de kosten moet blijven betalen die voortvloeien uit een dergelijke wijziging of doorhaling van de hypotheek?** Is de oplegging van die kosten aan de kredietnemer in strijd met het beginsel dat een nietig verklaard oneerlijk beding de consument niet bindt?
- 5) Is nationale rechtspraak die de terugbetalingsplicht die voortvloeit uit de nietigverklaring, wegens het oneerlijke karakter ervan, van het beding volgens hetwelk de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, het vernieuwen en het schrappen van een lening met

- hypothecaire zekerheid, gedeeltelijk uitsluit, tegen de achtergrond van artikel 6, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13, in strijd met de in deze laatste bepaling bedoelde afschrikkende werking voor de verkoper?
- 6) Is nationale rechtspraak die de terugbetalingsplicht na nietigverklaring van een beding volgens hetwelk de kredietnemer alle kosten moet dragen die voortvloeien uit het vestigen, vernieuwen en schrappen, matigt op grond dat de kredietnemer daar belang bij heeft, wederrechtelijk tegen de achtergrond van het in de rechtspraak van het Hof vastgelegde beginsel dat nietig verklaarde bedingen niet mogen worden gematigd en het in artikel 6 van de richtlijn bedoelde beginsel van onverbindendheid?
  - 7) Kan er tegen de achtergrond van artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 van worden uitgegaan dat nationale rechtspraak volgens welke het zogenoemde **kredietkostenbeding de transparantietoets automatisch doorstaat**, in strijd is met het in artikel 3, lid 2, van de richtlijn bedoelde beginsel van omkering van de bewijslast, aangezien de verkoper niet moet bewijzen dat van tevoren informatie is verstrekt over het beding en dat er afzonderlijk over is onderhandeld?
  - 8) Staan artikel 3 van richtlijn 93/13 en de rechtspraak van het Hof in de weg aan nationale rechtspraak volgens welke een consument per definitie moet weten dat het gangbaar is dat financiële instellingen kredietkosten in rekening brengen en de kredietgever bijgevolg niet dient te bewijzen dat het beding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, of moet de kredietgever in ieder geval bewijzen dat het beding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling?
  - 9) Is nationale rechtspraak volgens welke **het oneerlijke karakter van het zogenoemde kredietkostenbeding niet kan worden beoordeeld krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 omdat het beding betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst**, tegen de achtergrond van de artikelen 3 en 4 ervan en de rechtspraak van het Hof, mogelijk in strijd met de richtlijn, of moeten dergelijke kredietkosten aldus worden uitgelegd dat zij geen deel uitmaken van de prijs van de overeenkomst maar een extra vergoeding zijn, zodat de nationale rechter in de gelegenheid moet worden gesteld om de transparantie en/of de inhoud van het beding te beoordelen om uit te maken of het overeenkomstig het nationale recht oneerlijk is?
  - 10) Is het tegen de achtergrond van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 – dat bij Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 inzake algemene contractvoorwaarden) van 13 april 1998 niet in de Spaanse rechtsorde is omgezet –, in strijd met artikel 8 van dezelfde richtlijn dat een Spaanse rechterlijke instantie artikel 4, lid 2, van de richtlijn inroept en toepast hoewel de wetgever ervoor heeft gekozen om die bepaling niet in de

- Spaanse rechtsorde om te zetten omdat hij een volledige bescherming wilde verzekeren ten aanzien van alle bedingen die de verkoper in een met de consument gesloten overeenkomst kan opnemen, ook die welke betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en zelfs als deze bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, als ervan wordt uitgegaan dat een zogenoemd kredietkostenbeding het eigenlijke voorwerp van de leningsovereenkomst vormt?
- 11) Veroorzaakt het zogenoemde kredietkostenbeding tegen de achtergrond van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 **een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen wanneer het niet het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling en de financiële instelling niet bewijst dat er daadwerkelijk verrichte diensten en gemaakte kosten tegenover staan**, zodat de nationale rechter het nietig moet verklaren?
- 12) Is, tegen de achtergrond van artikel 6, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13, **de verwijzing van de verkoper in de kosten** – naar aanleiding van een procedure waarbij een consument de nietigverklaring vordert van oneerlijke bedingen in een met eerstgenoemde aangegane overeenkomst en **de rechters de betrokken bedingen nietig hebben verklaard wegens het oneerlijke karakter ervan** –, een noodzakelijk gevolg van het beginsel van onverbindendheid en het beginsel van de afschrikkende werking voor de verkoper, wanneer de nationale rechter dergelijke vorderingen tot nietigverklaring toewijst, ongeacht of de bij het arrest gelaste terugbetaling concreet heeft plaatsgevonden, met dien verstande dat de primaire vordering de nietigverklaring van het beding betreft, terwijl de terugbetaling van bepaalde bedragen slechts een accessoire vordering is die voortvloeit uit de primaire vordering?
- 13) Kan de terugbetalingsplicht naar aanleiding van de nietigverklaring van een beding in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper wegens het oneerlijke karakter ervan, tegen de achtergrond van het beginsel van onverbindendheid en het beginsel van de afschrikkende werking als bedoeld in richtlijn 93/13 (artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1), **in de tijd worden beperkt op grond van toewijzing van de exceptie van verjaring van de vordering tot terugbetaling van een bedrag, ook al is de vordering tot vaststelling dat het beding van het begin af oneerlijk was volgens het nationale recht niet aan verjaring onderhevig?**

### Relevante bepalingen van Unierecht

De twaalfde, de dertiende, de negentiende, de twintigste en de vierentwintigste overweging alsook artikel 1, lid 1, artikel 3, lid 1, artikel 4, leden 1 en 2, artikel 5, artikel 6, lid 1, artikel 7, leden 1 en 2, en artikel 8 van richtlijn 93/13.

Ook de volgende rechtspraak van het Hof wordt aangevoerd:

Arrest van 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615. *Oneerlijk karakter van financiële bedingen en beginsel van onverbindendheid.*

Arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309. *De lidstaten kunnen in hun wetgeving voorzien in een hogere consumentenbescherming dan de richtlijn voorschrijft. De Spaanse regeling biedt een hogere graad van effectieve bescherming in die zin dat de prijs wordt gecontroleerd.*

Beschikking van 16 november 2010, ██████████ C-76/10, EU:C:2010:685. *Ambtshalve toetsing.*

Arrest van 15 maart 2012, ██████████ C-453/10, EU:C:2012:144. *Voortbestaan na nietigverklaring van een overeenkomst met oneerlijke bedingen.*

Arrest van 26 april 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242. *Onverbindendheid van oneerlijke bedingen. Toekomstige rechtsgevolgen van kostenafwenteling op de consument na nietigverklaring van het beding wegens het oneerlijke karakter ervan.*

Arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349. *Beginsel van onverbindendheid.*

Arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88. *Ambtshalve toetsing van alle bedingen van de overeenkomst, niet alleen van de betwiste bedingen. Principe van hoor en wederhoor.*

Arrest van 14 maart 2013, ██████████ C-415/11, EU:C:2013:164. *Opschorting van tenuitvoerlegging door de rechter die de nietigverklaring van het beding behandelt. De lijst in de richtlijn is indicatief, niet uitputtend.*

Arrest van 21 maart 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180. *Beginsel van onverbindendheid. Afschrikkende werking.*

Arrest van 30 mei 2013, ██████████ C-488/11, EU:C:2013:341. *Verbod op matiging van het nietig verklaarde beding.*

Arrest van 16 januari 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10. *Verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen.*

Arrest van 30 april 2014, ██████████ C-26/13, EU:C:2014:282. *Hypotheeklening in meerdere valuta met hypothecaire zekerheid. Eigenlijk voorwerp van de overeenkomst. Bepaling van de vergoeding. Uitlegging van de gevolgen van een beding.*

Arrest van 17 juli 2014, ██████████ C-169/14, EU:C:2014:2099. *Opschorting van de tenuitvoerlegging wegens oneerlijke bedingen.*

Arrest van 21 januari 2015, Unicaja Banco en Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21. *Hypothecaire executies. Rechtsgevolg van nietigheid van oneerlijk beding en beginsel van onverbindendheid.*

Arrest van 26 februari 2015, ██████████ C-143/13, EU:C:2015:127. *Risicoprovisie gelijk aan de kredietkosten. Vaststelling van oneerlijk karakter. Geen wezenlijk element van de overeenkomst, maar een extra vergoeding. Mogelijkheid van transparantie- en inhoudelijke toets krachtens het nationale recht.*

Arrest van 3 september 2015, ██████████ C-110/14, EU:C:2015:538. *Bescherming van de consument. Uitbreiding van het begrip „consument”.*

Arrest van 29 oktober 2015, BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731. *Hypothecaire executie. Oneerlijke bedingen en rechtsgevolgen.*

Arrest van 18 februari 2016, Finanzmadrid EFC, C-49/14, EU:C:2016:98. *Oneerlijk karakter van bedingen en rechtsgevolgen.*

Arrest van 14 april 2016, ██████████ C-381/14 en C-385/14, EU:C:2016:252. *Collectieve vordering tot staking van het gebruik van het bodembeding. Nietigheid en rechtsgevolgen.*

Arrest van 21 april 2016, ██████████, C-377/14, EU:C:2016:283. *Ambtshalve toetsing van de oneerlijke bedingen in het kader van de procedure. Onverbindendheid.*

Arrest van 28 juli 2016, ██████████, C-168/15, EU:C:2016:602. *Aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade ten gevolge van schendingen van het Unierecht. Beëindiging van een overeenkomst en daaropvolgende vordering bij de rechter.*

Arrest van 21 december 2016, ██████████ C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980. *Beginsel dat de bedingen niet worden gematigd. Beginsel van onverbindendheid. Afschrikkende werking.*

Arrest van 26 januari 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60. *Vervroegde beëindiging. Gewijsde. Uitsluiting van het beding betreffende vervroegde beëindiging.*

Arrest van 20 september 2017, ██████████ C-186/16, EU:C:2017:703. *Hypotheek in meerdere valuta. Wezenlijk element van de overeenkomst. Vaststelling van oneerlijk karakter, niet-uitvoering van artikel 4, lid 2, van de richtlijn.*

Arrest van 7 december 2017, Banco Santander, C-598/15, EU:C:2017:945. *Nietigheid van bedingen in een procedure van buitengerechtelijke executie van de hypothecaire zekerheid.*

Arrest van 31 mei 2018, ██████████, C-483/16, EU:C:2018:367. *Hypotheek in meerdere valuta. Wezenlijk element van de overeenkomst. Vaststelling van oneerlijk karakter, niet-uitvoering van artikel 4, lid 2, van de richtlijn.*

Arrest van 7 augustus 2018, Banco Santander ██████████, C-96/16 en C-94/17, EU:C:2018:643. *Geen cessie van vorderingen zonder dat dit contractueel is vastgelegd en zonder inkennisstelling van de cessie. Onevenredige verdragingsrente. Onverbindendheid van de verdragingsrente, toepassing van de normale rente.*

Arrest van 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750. *Geen akkoord mogelijk om nietigheid te verhelpen.*

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

**Herziene tekst van de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** (algemene wet op de bescherming van consumenten en gebruikers, hierna: „TRLGDCU”), aangenomen bij Real Decreto Legislativo 1/2007 (koninklijk wetsbesluit 1/2007) van 16 november 2007.

Artikel 8. Basisrechten van consumenten en gebruikers.

*Onder basisrechten van consumenten en gebruikers wordt verstaan:*

[...]

b) *De bescherming van hun legitieme economische en sociale belangen, in het bijzonder tegen oneerlijke handelspraktijken en het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten.*

c) *De vergoeding van de veroorzaakte schade en het herstel van het geleden nadeel.*

d) *De verstrekking van correcte informatie over de verschillende goederen en diensten en kennisverbreiding en voorlichting om de kennis over het correcte gebruik, verbruik of genot ervan te vergroten.*

[...]

f) *De bescherming van hun rechten door doeltreffende procedures, in het bijzonder wanneer zij zich in een zwakke of ondergeschikte positie bevinden en zich niet naar behoren kunnen verdedigen.*

Artikel 60. *Vóór het sluiten van de overeenkomst te verstrekken informatie.*



1. *Een handelaar die een overeenkomst sluit, verstrekt de consument, voordat de overeenkomst wordt gesloten of de consument door een aanbod gebonden is, op duidelijke en begrijpelijke wijze de nodige betrouwbare en relevante informatie over de belangrijkste kenmerken van de overeenkomst, in het bijzonder over de wettelijke en financiële voorwaarden, voor zover die informatie niet uit de context blijkt.*

2. *Relevant zijn de informatieverplichtingen betreffende de goederen of diensten, zoals die zijn neergelegd in deze en andere toepasselijke regelingen, en bovendien:*

a) *De voornaamste kenmerken van de goederen of de diensten, voor zover zulks gezien het gebruikte medium en de goederen of diensten passend is.*

[...]

c) *De totale prijs, inclusief belastingen. Als wegens de aard van de goederen of diensten de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend of er een begroting van moet worden opgesteld, de manier waarop de prijs wordt berekend, en alle extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, in ieder geval het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten moeten worden betaald.*

*Alle informatie voor de consument en gebruiker betreffende de prijs van de goederen of diensten, met inbegrip van reclame, moet de totaalprijs bevatten, in voorkomend geval met vermelding van het bedrag van de verhogingen of kortingen die van toepassing zijn, de kosten die worden afgewenteld op de consument en gebruiker en de bijkomende kosten voor aanvullende diensten, financiering, het gebruik van verschillende betaalmiddelen of andere soortgelijke betalingsvoorwaarden.*

d) *De wijze van betaling, levering en uitvoering, de datum waarop de handelaar zich verbindt om de goederen te leveren of de dienst te verrichten.*

[...]

4. *De precontractuele informatie moet kosteloos en ten minste in het Spaans aan de consument en gebruiker worden verstrekt.*

Artikel 80. Voorschriften betreffende bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.

1. *Bedingen die niet het voorwerp zijn geweest van afzonderlijke onderhandeling in overeenkomsten met consumenten en gebruikers, zelfs als de andere contractpartij een overheidsdienst is of een entiteit of onderneming die daarvan afhangt, moeten aan de volgende eisen voldoen:*

a) *Zij moeten in concrete, duidelijke en eenvoudige taal zijn opgesteld en meteen te begrijpen zijn, zonder verwijzingen naar teksten of documenten die niet voorafgaand aan of bij het sluiten van de overeenkomst zijn verstrekt en waarnaar in elk geval uitdrukkelijk moet worden verwezen in de overeenkomst.*

b) *Zij moeten toegankelijk en leesbaar zijn, zodat de consument en gebruiker voordat de overeenkomst wordt gesloten op de hoogte is van het bestaan en de inhoud van deze bedingen. In geen enkel geval kan worden geacht dat aan deze eis is voldaan als de lettergrootte van de overeenkomst kleiner is dan anderhalve millimeter of het lezen wordt bemoeilijkt door onvoldoende contrast met de achtergrond.*

c) *Zij moeten in overeenstemming zijn met de goede trouw en een passend evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen tot stand brengen, hetgeen in ieder geval het gebruik van oneerlijke bedingen uitsluit.*

2. *Bij individuele vorderingen prevaleert in geval van twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument gunstigste interpretatie.*

Artikel 82. Begrip „oneerlijk beding”.

1. *Alle bepalingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en alle niet uitdrukkelijk overeengekomen praktijken worden als oneerlijke bedingen beschouwd indien zij, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoren ten nadele van de consument en gebruiker.*

2. *Het feit dat over sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding afzonderlijk is onderhandeld, sluit de toepassing van de bepalingen over oneerlijke bedingen op de rest van de overeenkomst niet uit.*

*Wanneer de handelaar stelt dat over een bepaald beding afzonderlijk is onderhandeld, dient hij dit te bewijzen.*

3. *Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding worden de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, alle omstandigheden bij de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, in aanmerking genomen.*

4. *Onverminderd het bepaalde in de vorige leden zijn in ieder geval die bedingen oneerlijk die overeenkomstig de artikelen 85 tot en met 90:*

a) *de overeenkomst onderwerpen aan de wil van de verkoper,*

b) *de rechten van de consument en gebruiker beperken,*

c) *bepalen dat er geen sprake zal zijn van wederkerigheid in de overeenkomst,*

*d) van de consument of gebruiker onevenredige garanties vragen of ten onrechte de bewijslast bij hem leggen, onevenredige eisen stellen met betrekking tot de sluiting en de uitvoering van de overeenkomst, of*

*[...]*

*f) in strijd zijn met de regels betreffende de bevoegdheid en het toepasselijke recht.*

Artikel 83. Nietigheid van oneerlijke bedingen en voortbestaan van de overeenkomst.

*Oneerlijke bedingen zijn van rechtswege nietig en worden als niet geschreven beschouwd. Na de partijen te hebben gehoord, stelt de rechter derhalve de nietigheid van de in de overeenkomst opgenomen oneerlijke bedingen vast, met dien verstande dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft onder dezelfde voorwaarden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.*

Artikel 87. Bedingen die oneerlijk zijn omdat zij leiden tot het ontbreken van wederkerigheid in de overeenkomst.

*Zijn oneerlijk bedingen die, in strijd met de goede trouw, leiden tot het ontbreken van wederkerigheid in de overeenkomst ten nadele van de consument, en met name:*

*[...]*

*5. Bepalingen die voorzien in de afronding naar boven van de gebruikte tijd of van de prijs van de goederen of diensten of iedere andere bepaling die voorziet in het in rekening brengen van niet daadwerkelijk gebruikte goederen of diensten.*

*In die sectoren waarin aan de aanvang van de dienst voor de ondernemingen of verkopers onlosmakelijk kosten zijn verbonden die niet worden doorberekend in de prijs, wordt de afzonderlijke facturering van dergelijke kosten niet als oneerlijk beschouwd als zij overeenkomen met de daadwerkelijk verrichte dienst.*

*6. Bepalingen die dure of buitensporige verplichtingen opleggen voor de uitoefening van rechten die aan de consument zijn toegekend bij overeenkomst. Bij duurovereenkomsten voor het verrichten van diensten of het leveren van goederen gaat dit met name om het opleggen van buitensporig lange termijnen, het opleggen van enige afstand of beperkingen die het recht van de consument op opzegging van deze overeenkomsten uitsluiten of bemoeilijken alsook de uitoefening van dit recht via de overeengekomen procedure bemoeilijken, zoals bepalingen die andere formaliteiten voorschrijven dan die welke gelden voor het sluiten van de overeenkomst of voorzien in het verlies van vooruitbetaalde bedragen, in de betaling van bedragen voor niet daadwerkelijk verrichte diensten [of] de ondernemer de mogelijkheid bieden om eenzijdig contractuele*

*boetebedingen toe te passen of schadevergoedingen op te leggen die niet overeenkomen met werkelijk geleden schade.*

Artikel 89. Oneerlijke bedingen die gevolgen hebben voor de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst.

*Worden in ieder geval als oneerlijke bedingen beschouwd:*

[...]

*3. De afwenteling op de consument van de documentatiekosten en dossierkosten die wettelijk voor rekening van de handelaar komen. Met name bij de verkoop van woningen:*

*a) De bepaling volgens welke de consument de kosten moet dragen die voortvloeien uit de voorbereiding van de documenten en waarvan de betaling naar de aard ervan bij de ondernemer ligt (nieuwbouw, horizontale eigendom, hypotheekleningen om de bouw of splitsing ervan te financieren en de doorhaling daarvan).*

[...]

*c) De bepaling volgens welke de consument door de handelaar verschuldigde belastingen moet betalen.*

[...]

*4. Het verplichten van de consument en gebruiker om bijkomende of aanvullende goederen en diensten af te nemen waar hij niet om heeft gevraagd.*

*5. Prijsverhogingen voor nevendiensten, financiering, uitstel van betaling, toeslagen, schadevergoeding of sancties die geen betrekking hebben op aanvullende prestaties die in ieder geval kunnen worden aanvaard of geweigerd en voldoende duidelijk en afzonderlijk worden uiteengezet.*

*6. De uitdrukkelijke weigering van de ondernemer om zijn verplichtingen na te komen en de diensten te verlenen waartoe hij zich heeft verbonden, met automatische verwijzing naar administratieve of gerechtelijke klachtenprocedures.*

[...]

*8. Het voorzien in overeenkomsten van afstand of schikkingen betreffende het recht van de consument en gebruiker om een wettelijk bevoegde notaris te kiezen om de authentieke akte op te maken waarin vroeger of later de overeenkomst wordt opgenomen.*

**Código Civil (burgerlijk wetboek; hierna: „CC”)**

Artikel 1.258 CC luidt als volgt: „Overeenkomsten komen tot stand door loutere wilsovereenstemming en verbinden vanaf hun totstandkoming niet alleen tot nakoming van hetgeen uitdrukkelijk is overeengekomen, maar ook tot alle gevolgen die naar hun aard in overeenstemming zijn met de goede trouw, de gewoonte en de wet.”

Artikel 1.303 CC bepaalt: „Na de nietigverklaring van een verbintenis moeten de partijen elkaar de zaken teruggeven die het voorwerp waren van de overeenkomst, met de vruchten, en de prijs, met rente, onverminderd de hiernavolgende artikelen.”

**Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 van 13 april 1998 inzake de algemene contractvoorwaarden; hierna: „LCGC”)**

In artikel 7 LCGC wordt bepaald:

„De volgende algemene voorwaarden worden geacht niet in het contract voor te komen:

- a) voorwaarden waarvan de consument niet daadwerkelijk geheel kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst of die in voorkomend geval niet overeenkomstig artikel 5 zijn ondertekend.
- b) voorwaarden die onleesbaar, dubbelzinnig, onduidelijk en onbegrijpelijk zijn, tenzij, wat de laatstgenoemde betreft, de wederpartij deze uitdrukkelijk schriftelijk heeft aanvaard en de voorwaarden voldoen aan de specifieke regelgeving betreffende de transparantie van contractuele voorwaarden op dit gebied.”

Artikel 8 LCGC luidt:

„1. Algemene voorwaarden die ten nadele van de wederpartij inbreuk maken op de bepalingen van deze wet of op enige andere dwingende regel of een verbod, zijn van rechtswege nietig voor zover zij niet voorzien in een ander gevolg bij inbreuk.

2. Nietig zijn inzonderheid oneerlijke algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten [...]”

**Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (ministeriële verordening van 12 december 1989 betreffende rentetarieven en kosten, gedragsregels, informatie aan klanten en reclame van kredietinstellingen).**

In hoofdstuk I, betreffende het rentetarief, kosten en informatieverplichtingen, worden de regels voor de kosten als volgt geformuleerd: *Kredietinstellingen*

*kunnen de kosten van de transacties die zij uitvoeren of diensten die zij verrichten vrij vaststellen.*

*Kredietinstellingen moeten echter een lijst opstellen van kosten en uitgaven die kunnen worden doorberekend en deze na neerlegging bij de Banco de España (Spaanse centrale bank) publiceren, met vermelding van de gevallen waarin en, in voorkomend geval, de frequentie waarmee zij van toepassing zijn, waarbij zij geen hogere tarieven of bedragen dan vastgesteld in de lijst noch posten die er niet in zijn opgenomen in rekening mogen brengen.*

*Kosten of uitgaven voor diensten waar de klant niet uitdrukkelijk om heeft gevraagd of die hij niet definitief heeft aanvaard mogen in geen geval in rekening worden gebracht. De doorberekende kosten of uitgaven moeten overeenkomen met daadwerkelijk verrichte diensten of gemaakte kosten.*

Ook **Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (circulaire 8/1990 van 28 oktober 1990 betreffende de transparantie van transacties en de bescherming van de clientèle); Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (ministeriële verordening EHA/2899/2011 van 28 oktober 2011 inzake transparantie en bescherming van de cliënt van bankdiensten) en Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (wet 2/2009 van 31 maart 2009 betreffende de sluiting van hypothecaire leningen of kredieten met consumenten en bemiddelingsdiensten voor de sluiting van lenings- of kredietovereenkomsten)** bevatten soortgelijke bepalingen als de hierboven vermelde ministeriële verordening van 12 december 1989.

**Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios (koninklijk besluit 1426/1989 van 17 november 1989 tot goedkeuring van de honoraria van notarissen).**

Volgens dit besluit komt de verplichting tot betaling van de rechten te liggen bij degenen die gevraagd hebben om de vervulling van functies of de verrichting van diensten door de notaris en, in voorkomend geval, bij de belanghebbenden volgens de materiële en fiscale regels. Indien het meerdere partijen betreft, komt de betalingsverplichting hoofdelijk bij hen allen te liggen.

**Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (koninklijk besluit 1427/1989 van 17 november 1989 tot goedkeuring van de honoraria van hypotheekbewaarders).**

Dit besluit bepaalt dat de betalingsverplichting komt te liggen bij degene(n) op naam van wie het recht onmiddellijk wordt in- of overgeschreven, of bij de persoon die het document heeft overgelegd aan degene die om de desbetreffende

dienst verzoekt of op wiens naam het recht wordt ingeschreven of een verklaring wordt aangevraagd. Indien om inschrijving wordt gevraagd door de persoon die het recht overdraagt of belang heeft bij het zeker stellen van het in te schrijven recht, moeten de honoraria worden betaald door de overdrager of de belanghebbende.

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

- 1 Op 16 mei 2000 zijn de partijen bij authentieke akte een leningsovereenkomst ten belope van 81 136,63 EUR aangegaan, met vestiging van een hypotheek op het door de kredietnemer gekochte onroerend goed, dat zijn gebruikelijke woonplaats zou worden.
- 2 Die overeenkomst bevatte een beding betreffende de **kosten**, volgens hetwelk de kredietnemer het volgende op zich nam:
  - de taxatiekosten van de verhypothekerde zaak;
  - de kosten en belastingen voortvloeiende uit de authentieke akte waarin de overeenkomst besloten lag;
  - de kosten van de handelingen en overeenkomsten die in de authentieke akte hun beslag vonden, de kosten van de kadastrale inschrijving ervan en de kosten voortvloeiende uit alle authentieke akten die nodig waren om dit document en het document van de doorhaling ervan kadastraal in te schrijven;
  - de erelonen van de advocaat in geval van een gerechtelijke vordering, ook al is zijn tussenkomst niet verplicht.
- 3 Bovendien bevatte de overeenkomst een beding volgens hetwelk de kredietnemer **kredietkosten** moest betalen ten belope van 1 % van het geleende bedrag, namelijk 811,37 EUR.
- 4 Op 22 maart 2018 heeft de kredietnemer bij de verwijzende rechter een vordering ingesteld tot a) nietigverklaring van deze bedingen wegens het oneerlijke karakter ervan, en b) veroordeling van de bank tot terugbetaling aan de kredietnemer van de uit hoofde van voornoemde bedingen door hem betaalde bedragen, vermeerderd met de verschuldigde wettelijke rente, en van de volgende posten:
  - honoraria van de notaris;
  - kosten voortvloeiend uit de kadastrale inschrijving van het zakelijke hypotheekrecht;
  - administratiekosten;
  - taxatiekosten van de onroerende zaak;

- de belasting op authentieke akten;
- kredietkosten.

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

- 5 De **bank** voert aan dat de betwiste bedingen volkomen geldig zijn. De bank stelt a) dat zij het voorwerp zijn geweest van afzonderlijke onderhandeling met de kredietnemer en niet werden opgelegd door de financiële instelling, b) dat zij in eenvoudige taal zijn opgesteld en meteen te begrijpen zijn, c) dat de authentieke akte werd opgemaakt ten overstaan van een wettelijk bevoegde ambtenaar (notaris) die de inhoud ervan authenticeert en bevestigt dat de kredietnemer in kennis is gesteld van de inhoud van de authentieke akte, en d) dat is voldaan aan de transparantietoetsen als bedoeld in de Unieregeling betreffende de bescherming van consument en gebruiker.
- 6 Wat het beding inzake de kosten betreft, stelt de bank met name dat de belastingwetgeving de verplichting tot betaling van de belasting op authentieke akten bij de kredietnemer legt en de bank bijgevolg in geen geval kan worden verplicht om dat bedrag terug te betalen.
- 7 Wat de kredietkosten betreft, stelt de bank dat die kosten, samen met de gewone rente, deel uitmaken van de prijs van de lening en niet onder de rechterlijke toetsing van het oneerlijke karakter valt. Voorts voert de bank aan dat de voorwaarden van de kredietkosten duidelijk en transparant zijn vastgesteld en de kredietnemer kan weten waarom ze verschuldigd zijn door ze gewoon te lezen.
- 8 De **kredietnemer** is van mening dat de bedingen oneerlijk zijn volgens het nationale recht en het Unierecht betreffende de bescherming van de consument, en vraagt om terugbetaling van de uit hoofde van de bedingen door hem betaalde bedragen op grond van de onverbindendheid ervan.
- 9 Hij voert in het bijzonder de volgende argumenten aan:
  - wat de kosten van de tussenkost van de notaris betreft, is hij van mening dat zij niet moeten worden gedragen door de kredietnemer, aangezien het de bank is die verlangt dat de leningsovereenkomst wordt neergelegd in een authentieke akte om het hypotheekrecht kadastraal te kunnen inschrijven; hij stelt bovendien dat de leningsovereenkomst op elke andere wettelijk toegestane wijze tot stand had kunnen komen, zoals de privaatrechtelijke overeenkomst;
  - wat de kosten van de kadastrale inschrijving van het zakelijke hypotheekrecht betreft, meent hij dat de bank deze had moeten dragen in haar hoedanigheid van belanghebbende bij het vestigen van een hypotheek als uitvoerbare zekerheid bij wanbetaling van de lening;



- wat de taxatiekosten betreft, is hij van mening dat de bank deze had moeten dragen, aangezien volgens de wet in de hypotheekovereenkomst een taxatiewaarde moet worden opgenomen als referentiewaarde voor een eventuele hypothecaire executieprocedure;
- wat de belasting op authentieke akten betreft, is hij van mening dat de bank deze moet dragen aangezien het een wettelijke voorwaarde betreft om de hypotheek kadastraal in te schrijven en de hypotheek een zakelijk recht is dat op naam van de bank wordt ingeschreven;
- wat de kosten van de tussenkomst van een administratiekantoor betreft, is hij van mening dat de bank deze had moeten dragen, aangezien alle formaliteiten nodig waren om de hypotheek kadastraal in te schrijven; bovendien wijst hij erop dat het administratiekantoor rechtstreeks door de bank werd gekozen en hem werd opgedrongen en dat de consument het niet uitdrukkelijk heeft ingeschakeld;
- wat de kredietkosten betreft, is hij van mening dat hij deze niet had moeten betalen en wel om de volgende twee hoofdredenen: de bank heeft geen enkele dienst verricht als tegenprestatie voor de betaling van deze kosten en de kredietnemer is er vóór het aangaan van de lening niet van in kennis gesteld.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

#### ***Over de kosten die voortvloeien uit het formaliseren en doorhalen van de hypothecaire lening***

- 10 De verwijzende rechter zet uiteen dat de rechterlijke instanties het beding volgens hetwelk de kredietnemer de kosten van het formaliseren en doorhalen van de hypothecaire lening moet dragen al nietig hebben verklaard wegens het oneerlijke karakter ervan. Zo heeft de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, afdeling civiele zaken, Spanje) in zijn arrest van 23 december 2015 beslist dat in het geval van de honoraria van notarissen en hypotheekbewaarders de voornaamste belanghebbende bij de documenten en de kadastrale inschrijving van de authentieke akte waarin de hypothecaire leningsovereenkomst besloten ligt de bank is, aangezien de zekerheid ten behoeve van de kredietgever wordt gesteld en de inschrijving ervan ertoe dient om een executoriale titel te verkrijgen en een bijzondere executieprocedure te kunnen instellen. Volgens de Tribunal Supremo betreft het een bepaling die een aanzienlijke verstoring van het evenwicht teweegbrengt bij de cliënt-consument, die de bepaling niet redelijkerwijs had aanvaard indien er afzonderlijk over was onderhandeld, en die bovendien is opgenomen in de lijst van bedingen die de wet aanmerkt als oneerlijk. In de Spaanse rechtspraak staat ook enkel te lezen dat deze bedingen worden gekenmerkt door hun open formulering en allesomvattende karakter, waaruit het gebrek aan evenredigheid en wederkerigheid tussen de

rechten en verplichtingen van de partijen blijkt, wat op zich al voldoende is om deze bedingen als oneerlijk aan te merken.

- 11 De rechtspraak hanteert echter geen eenvormig criterium met betrekking tot de rechtsgevolgen van die nietigverklaring. In die zin moet de aandacht worden gevestigd op de volgende beslissingen:
- Arrest van de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo van 15 maart 2018: moeten worden terugbetaald aan de kredietnemer, de kosten die zijn gedaan om de lening aan te gaan, met uitzondering van de door de kredietnemer betaalde belasting op authentieke akten.
  - Arrest van de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, kamer voor bestuurszaken, Spanje) van 16 oktober 2018: onder de terugbetalingsplicht aan de kredietnemer valt ook de door hem betaalde belasting op authentieke akten.
  - Arrest van de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo van 27 november 2018: dit arrest corrigeert de eerdere rechtspraak en stelt vast dat terugbetaling van de belasting op authentieke akten aan de kredietnemer niet aan de orde is.
  - Arrest van de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo van 23 januari 2019: de taxatiekosten en de belasting op authentieke akten moeten door de kredietnemer worden betaald; de notaris- en administratiekosten moeten bij helfte worden verdeeld en de kosten van de kadastrale inschrijving zijn voor rekening van de kredietgever.
- 12 De verwijzende rechter heeft bepaalde bezwaren tegen dit in de rechtspraak gehanteerde criterium. Zo vraagt hij zich af of de Spaanse rechtbanken de oneerlijke bedingen niet matigen of aanvullen door het verzoek tot terugbetaling van bepaalde kosten af te wijzen, de kosten *a posteriori* te verdelen tussen de bank en de consument of het verzoek tot terugbetaling afhankelijk te stellen van een verjaringstermijn, hoewel de vordering tot nietigverklaring niet onderhevig is aan verjaring en niet te verhelpen is. De verwijzende rechter oordeelt dat deze rechterlijke matiging van de rechtsgevolgen van de nietigverklaring in strijd kan zijn met het beginsel van onverbindendheid ten aanzien van de consument (artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13) en de afschrikkende werking als bedoeld in artikel 7, lid 1, van deze richtlijn kan ondermijnen. In dit verband verwijst hij naar de rechtspraak van het Hof en met name naar het arrest van 30 mei 2013, [REDACTED] C-488/11, EU:C:2013:341, volgens punt 44 waarvan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden. Deze overweging is van toepassing op alle bepalingen van de richtlijn die onontbeerlijk zijn voor de verwezenlijking van het met artikel 6 beoogde doel. Hij verwijst ook naar het arrest van 26 januari 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, dat met betrekking tot die bepaling verklaart dat „het

gaat om een dwingende bepaling die beoogt het in de 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”.

- 13 Hierna wordt de door de verwijzende rechter aanbevolen oplossing uiteengezet betreffende de rechtsgevolgen van de nietigverklaring van dergelijke bedingen. Hij meent dat wanneer het beding nietig is verklaard en uit de overeenkomst is verwijderd, moet worden gehandeld alsof het nooit in de overeenkomst was opgenomen en alle besproken kosten moeten worden gedragen door de partij bij wie het Spaanse recht de betalingsverplichting legt. Volgens de verwijzende rechter moet uit hoofde van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 de consument wordt hersteld in de toestand waarin hij zich rechtens en feitelijk zou hebben bevonden zonder die oneerlijke bedingen en moet de bank aan de consument de bedragen terugbetalen die zij had moeten dragen zonder het oneerlijke beding. In dit verband haalt hij punt 34 van het arrest van het Hof van 31 mei 2018, [REDACTED], C-483/16, EU:C:2018:367, aan, volgens hetwelk door de nietigverklaring van het beding de situatie waarin de consument zich rechtens en feitelijk zonder dat oneerlijke beding zou hebben bevonden, moet kunnen worden hersteld, met name door een recht in het leven te roepen op terugbetaling van de voordelen die de verkoper op grond van dat oneerlijke beding ten nadele van de consument onverschuldigd heeft verkregen.
- 14 De verwijzende rechter wijst erop dat de terugbetalingsplicht als bedoeld in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 niet overeenkomt met het rechtsgevolg als vastgesteld in artikel 1.303 van het Spaanse burgerlijk wetboek, aangezien die nationale bepaling van toepassing is op de wederzijdse verrichtingen tussen de contractpartijen en, in het onderhavige geval, de betalingen door de consument werden uitgevoerd aan derden (notaris, hypotheekbewaarder, administratiekantoor, taxateur, enz.). Niettemin meent hij dat er sprake zou kunnen zijn van een situatie die vergelijkbaar is met die van ongerechtvaardigde verrijking, omdat de bank ten onrechte winst heeft gemaakt door kosten te besparen die zij wettelijk gezien had moeten dragen, en aan de hand van het oneerlijke beding heeft afgewenteld op de consument. Bij vaststelling van ongerechtvaardigde verrijking wordt de bevoordeelde verplicht een geldbedrag te betalen aan de partij die het overeenkomstige nadeel heeft geleden. De verwijzende rechter stelt dat de situatie in het hoofdgeding gelijkenissen vertoont met het begrip „onverschuldigde betaling”, zoals geformuleerd in de artikelen 1.895 en 1.896 van het Spaanse burgerlijk wetboek, in die zin dat de consument een onverschuldigde betaling zou hebben verricht en de bank daar voordeel uit heeft getrokken omdat zij, hoewel zij die betaling niet rechtstreeks heeft ontvangen, zich de betaling heeft bespaard van alle of een deel van de kosten die zij moest dragen, aangezien de kredietnemer die betaling onverschuldigd voor zijn rekening heeft genomen.
- 15 Vervolgens zet de verwijzende rechter uiteen welke concrete oplossing hij aanbeveelt voor elk van de litigieuze kosten.

- 16 Wat de *notaris- en administratiekosten* betreft, stelt hij dat bij het aangaan van de overeenkomst een oorspronkelijke verdeling bij helfte tussen de kredietnemer en de bank redelijk zou zijn geweest om te voorkomen dat dat beding nietig werd verklaard. Hij betwijfelt of het wel juist is deze verdeling van de kosten bij helfte *a posteriori* vast te stellen, wanneer het beding volgens hetwelk de kredietnemer die kosten volledig moet dragen al nietig is verklaard, zoals het geval is in de laatste arresten van de Tribunal Supremo, omdat het er dan om gaat de uit de nietigverklaring van een oneerlijk beding voortvloeiende terugbetalingsplicht te bepalen.
- 17 Wat de *taxatiekosten* betreft, stelt hij dat de rechters in tweede aanleg de terugbetaling van deze kosten afwijzen wanneer het beding nietig wordt verklaard, op grond dat de begunstigde van de lening de consument is en dat het stellen van een zakelijke hypothecaire zekerheid een wettelijke voorwaarde is om een dergelijke lening te verkrijgen. In dit verband verwijst hij naar artikel 5 van Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (wet 2/1981 van 25 maart 1981 houdende regeling van de hypotheekmarkt), zoals geformuleerd na de hervorming ervan in 2007, waarin wordt bepaald dat de lening of het krediet met hypothecaire zekerheid niet hoger mag zijn dan 60 % van de taxatiewaarde van de verhypothekerde zaak. Voornoemde rechters stellen dat het de kredietnemer is die ervoor kiest de nodige financiering te verkrijgen aan de hand van een lening met hypothecaire zekerheid en dat hij bijgevolg moet bewijzen dat de ten behoeve van de financiële instelling gestelde zekerheid afdoende is, waarvoor de onroerende zaak moet worden getaxeed. Bijgevolg moet hij de taxatiekosten dragen.
- 18 De rechters in tweede aanleg zijn bovendien van oordeel dat het beding volgens hetwelk de kredietnemer de taxatiekosten moet dragen niet bepaalt dat de taxatie verplicht via de bank moet worden uitgevoerd, aangezien de banken volgens artikel 3 van Ley 2/1981 iedere door de cliënt overgelegde taxatie moeten aanvaarden, op voorwaarde dat de taxatie is gecertificeerd door een erkende taxateur, en hoewel de bank de door de cliënt overgelegde taxatie aan de nodig geachte controles kan onderwerpen, mag zij de cliënt hiervoor geen kosten of uitgaven in rekening brengen. In deze beslissingen in tweede aanleg wordt bovendien verwezen naar het feit dat in de behandelde procedures niet is bewezen dat de consument werd verhinderd om een eigen taxateur te kiezen, om zo de terugbetaling van die kosten te weigeren.
- 19 Tegen de achtergrond van het hierboven beschreven criterium dat in de rechtspraak wordt gehanteerd, vraagt de verwijzende rechter zich af of dergelijke argumenten niet leiden tot een ongerechtvaardigde omkering van de bewijslast ten nadele van de consument, in strijd met artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13, zeker wanneer in nagenoeg alle gevallen de taxatie is uitgevoerd door entiteiten die hun diensten verlenen aan of samenwerken met de financiële instellingen en bovendien gelet op het feit dat de taxatie een wettelijke voorwaarde is om de vordering tot executie van de verhypothekerde zaken ontvankelijk te verklaren.

- 20 Wat de *doorhalingskosten van de hypotheek* betreft, is het laatste criterium dat de Tribunal Supremo heeft gehanteerd in zijn arrest van 23 januari 2019 dat de hypothecaire zekerheid wordt ingeschreven ten behoeve van de kredietgever en hij de kosten dus moet dragen die voortvloeien uit de inschrijving van de leningsovereenkomst met hypothecaire zekerheid, terwijl de inschrijving van de authentieke akte van doorhaling de last opheft en bijgevolg wordt ingeschreven ten behoeve van de kredietnemer, waardoor die die kosten moet dragen.
- 21 De verwijzende rechter meent bij het analyseren van de gevolgen van de nietigverklaring van het onredelijke beding tegen de achtergrond van het beginsel van onverbindendheid voor de consument en rekening houdend met het feit dat de oneerlijkverklaring alle kosten betreft, zowel voortvloeiend uit het vestigen als uit het doorhalen van de hypotheek, echter dat het niet redelijk is dit onderscheid te maken tussen de kosten van inschrijving en van doorhaling van de hypotheek, wanneer de hypotheek in het Spaanse vastgoedrecht een zakelijk recht is dat door inschrijving wordt gevestigd en begint en eindigt in het kadaster. Hij twijfelt ook of het redelijk is dat de kredietnemer de kosten moet dragen van de doorhaling van een last waar hij niet om heeft gevraagd en waarvan de vestiging uitsluitend in het voordeel van de hypothecaire schuldeiser is, gelet op de gevolgen van het feit dat als de kadastrale inschrijving van de hypotheek niet wordt doorgehaald de zaak blijft gelden als een verhypothekerde zaak met het oog op latere overdrachten van de eigendom ervan.

### *Over de kredietkosten*

- 22 De verwijzende rechter licht toe dat nagenoeg alle rechters in tweede aanleg hebben geoordeeld dat het beding volgens hetwelk de betalingsplicht inzake kredietkosten bij de kredietnemer wordt gelegd, oneerlijk was omdat a) tegenover dergelijke kosten geen daadwerkelijke en effectieve tegenprestatie van de bank stond, b) ze willekeurig en niet evenredig waren, en c) de transparantie- en inhoudelijke toets niet doorstonden. Er wordt met name op gewezen dat hoewel de handelaar volgens artikel 87, lid 5, van de TRLGDCU de kosten die niet in de prijs zijn doorberekend in rekening mag brengen aan de consument, deze kosten evenredig moeten zijn aan de daadwerkelijk gedane uitgave of verrichte dienst, aangezien anders het in artikel 80 TRLGDCU bedoelde evenwicht tussen de prestaties zou worden verstoord. In het geval van de kredietkosten zou van een dergelijke evenredigheid geen sprake zijn, omdat de vergoeding van de bank uitsluitend bestaat uit de op het geleende bedrag verschuldigde rente en er geen reden bestaat waarom de kredietgever naast die rente een vergoeding voor kredietkosten zou moeten ontvangen. Voorts wordt gesteld dat een bankwet die de kredietkosten regelt niet in de weg staat aan de toepassing van de LCGC of de TRLGDCU.
- 23 In tegenstelling tot dit jurisprudentiële criterium heeft de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo in zijn arrest van 23 januari 2019 geoordeeld dat de kredietkosten deel uitmaken van de prijs die de bank vrij vaststelt voor de diensten die zij verricht en geen doorberekende kosten zijn. Het criterium dat in dit arrest

wordt gehanteerd, is gebaseerd op de volgende overwegingen: a) als de bank in elk afzonderlijk geval zou moeten bewijzen dat het bedrag van de kredietkosten „evenredig” is aan de kosten die zij heeft moeten dragen om de lening toe te kennen, zou dat voor ernstige praktische problemen zorgen, vooral omdat er vaste kosten zijn die moeilijk voor elke transactie door te berekenen zijn; b) door de verplichting dit bewijs te leveren, is het onmogelijk het bedrag van de kosten vooraf vast te leggen, zodat de cliënt er pas na het aanvragen van de lening van in kennis kan worden gesteld; c) het vooraf vastleggen van het bedrag van de kredietkosten is een onontbeerlijke voorwaarde volgens de wetgeving inzake transparantie bij dit soort banktransacties; d) als wezenlijk onderdeel van de prijs van de lening valt het beding dat de kredietkosten vaststelt niet onder de toetsing van de wezenlijke inhoud van de overeenkomst uit hoofde van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 – welke bepaling volgens de Tribunal Supremo in het Spaanse recht is opgenomen doordat de uitdrukking „juist evenwicht tussen de tegenprestaties” in de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios is vervangen door de wending „aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen”; e) de kredietkosten vormen samen met de gewone rente een van de voornaamste betalingen die de kredietnemer moet uitvoeren voor de toekenning en het genot van de lening; f) het feit dat sommige banken ervoor kiezen om geen kredietkosten in rekening te brengen, betekent enkel dat ze in uitoefening van de vrijheid van ondernemerschap de prijs van hun dienst hebben beperkt tot het in rekening brengen van gewone rente, en niet dat de keuze om die prijs op te splitsen in kredietkosten – die bij toekenning van de lening in rekening worden gebracht – en gewone rente – die gedurende de hele looptijd van de lening in rekening wordt gebracht – oneerlijk is, en g) de transparantie van het beding is aangetoond omdat het bij de consumenten algemeen bekend is dat banken bij het overgrote merendeel van de hypothecaire leningen naast de gewone rente ook kredietkosten in rekening brengen en bovendien verplicht zijn om de potentiële kredietnemer in kennis te stellen van deze kosten, wat doorgaans een van de punten is die aan bod komen in hun reclame; de transparantie van het beding blijkt ook uit het feit dat het kosten betreft die volledig moeten worden betaald bij aanvang van de lening, waardoor de gemiddelde consument er in het bijzonder rekening mee houdt als een wezenlijk onderdeel van de financiële inspanning die hij moet leveren om de lening te verkrijgen, alsook uit het feit dat de bewoordingen van het beding, de plaats ervan in de overeenkomst en de structuur ervan er duidelijk op wijzen dat het een wezenlijk onderdeel van de overeenkomst is.

- 24 Ten slotte heeft de verwijzende rechter twijfels bij de verklaring van de Tribunal Supremo dat de kredietkosten deel uitmaken van de „bepaling van het eigenlijke voorwerp van de leningsovereenkomst”. Zo heeft de Tribunal Supremo in zijn arrest van 14 december 2017 met betrekking tot de geldigheid van het gebruik van een referentie-index om de variabele rente te berekenen geoordeeld dat de gewone rente de prijs van de leningsovereenkomst is en dat de bedingen betreffende de wijze waarop de gewone rente wordt bepaald bijgevolg wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst betreffen die het eigenlijke voorwerp ervan bepalen. Volgens de verwijzende rechter dienen de kredietkosten echter niet om de gewone

rente te berekenen, maar vormen ze een bijkomend bestanddeel om de prijs van de dienst te berekenen, dat moet worden beschouwd als een aanvulling op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst.

- 25 De verwijzende rechter oordeelt hoe dan ook dat de LCGC artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet in de Spaanse rechtsorde heeft opgenomen. Om die reden zou een Spaanse rechter onder alle omstandigheden de oneerlijke aard kunnen vaststellen van een beding met betrekking tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, ook al heeft de handelaar het beding vooraf duidelijk en begrijpelijk geformuleerd. Hij baseert zich hierbij op de schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie in de zaak betreffende het verzoek om een prejudiciële beslissing dat werd ingediend door de Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona (rechter in eerste aanleg nr. 38, Barcelona) over de nietigheid van de referentie-index voor hypothecaire kredieten (hierna: „IRPH”) die wordt gebruikt om de variabele rente te berekenen. In die opmerkingen stelt de Commissie dat de keuze van het Koninkrijk Spanje om artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet op te nemen in het Spaanse recht in overeenstemming is met artikel 8 van dezelfde richtlijn, dat bepaalt dat de lidstaten strengere bepalingen kunnen aannemen of handhaven ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument. Nog volgens de Commissie heeft het Hof eraan herinnerd dat het vereiste van transparantie van die bedingen, dat is neergelegd in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, overeenkomt met het vereiste van transparantie als bedoeld in artikel 5 van deze richtlijn, en dat de oneerlijke aard van een contractueel beding bijgevolg kan volgen uit een formulering die niet voldoet aan het in dit artikel 5 gestelde vereiste dat het duidelijk en begrijpelijk is opgesteld; de transparantietoets maakt dus deel uit van de toetsing van het oneerlijke karakter overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn.

***Over de beperking in de tijd van de gevolgen van de nietigverklaring***

- 26 In dit verband heeft de bank een exceptie van verjaring opgeworpen met betrekking tot de vordering tot terugbetaling van de bedragen die de consument onverschuldigd heeft betaald op grond van de bedingen waarvan hij nietigverklaring vordert.
- 27 Volgens bepaalde beslissingen van de rechters in tweede aanleg geldt het onverjaarbare karakter van de vordering voor de nietigverklaring, maar niet voor de restitutie van de zaken die uit hoofde van de nietige overeenkomst werden gegeven, geleverd of verkregen, waarbij de op de restitutieplicht de gewone verjaringstermijn voor persoonlijke vorderingen van toepassing is (artikel 1.964 CC). Als dit criterium zou worden gehanteerd in het hoofdgeding, zou de vordering tot betaling verjaard moeten worden verklaard en het verzoek tot terugbetaling van de onverschuldigd betaalde bedragen moeten worden afgewezen, aangezien de hypothecaire leningsovereenkomst is afgesloten op 16 mei 2000.

- 28 Volgens de verwijzende rechter is de vordering tot absolute nietigheid louter een vordering strekkende tot het verkrijgen van een verklaring, waardoor deze vordering niet binnen een bepaalde termijn moet worden ingesteld en moet worden beschouwd als onverjaarbaar, aangezien een overeenkomst die vanaf het begin nietig is geen geldigheid kan verkrijgen door het verloop van de tijd (*quod ab initio vitiosum est non potest tracto tempore convalescere*). Daarom verzoekt hij het Hof om te verduidelijken of de door de rechters in tweede aanleg gehanteerde uitlegging van de exceptie van verjaring in strijd is met het beginsel van onverbindendheid zoals neergelegd in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 en met de afschrikkende werking zoals neergelegd in artikel 7, lid 1, ervan.

***Over de relevantie van de verwijzing van de bank in de kosten***

- 29 Volgens de verwijzende rechter moet worden opgehelderd of een verwijzing van de handelaar in de kosten altijd aan de orde is bij een vordering in rechte tot vaststelling van het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen, gelet op het beginsel van onverbindendheid en het beginsel van de afschrikkende werking zoals neergelegd in richtlijn 93/13.