



Datum van  
inontvangstneming

:

29/06/2022

**Zaak C-265/22**

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

**Datum van indiening:**

20 april 2022

**Verwijzende rechter:**

Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

19 april 2022

**Verzoekende partijen:**

ZR

PI

**Verwerende partij:**

Banco Santander, S. A.

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hypothecaire leningsovereenkomst met variabele rente – Vordering tot nietigverklaring van het beding van deze overeenkomst waarin is bepaald dat de variabele rente is gekoppeld aan de referentie-index voor hypothecaire leningen (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios; hierna: „IRPH”), vermeerderd met een positief rentevershil – Mogelijk oneerlijk karakter van dit beding omdat het strijdig is met het criterium van het regulerende lichaam (Banco de España), dat inhoudt dat het rentevershil waarmee een IRPH-index wordt vermeerderd negatief moet zijn opdat het jaarlijkse kostenpercentage (JKP) van die lening gelijk is aan de JKP’s van de aan de Euribor gekoppelde leningen

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Verzoek om een prejudiciële beslissing – Artikel 267 VWEU – Consumentenbescherming – Uitlegging van richtlijn 93/13/EEG – Oneerlijke

handelspraktijken – Uitlegging van richtlijn 2005/29/EG – Verenigbaarheid met richtlijn 2005/29/EG van een nationale praktijk waarbij wordt afgeweken van het door het regulerende lichaam van de Spaanse financiële sector vastgestelde criterium – Oneerlijkheid van de nationale praktijk als aanwijzing voor de mogelijke beoordeling van het oneerlijke karakter in het licht van richtlijn 93/13/EEG – Verenigbaarheid van de nationale rechtspraak met de richtlijnen 93/13/EEG en 2005/29/EG – Verenigbaarheid met de richtlijnen 93/13/EEG en 2005/29/EG van het feit dat er geen toetsing met betrekking tot het opnemen en het oneerlijke karakter van een vermeend oneerlijk beding is verricht

### **Prejudiciële vragen**

- 1) Wanneer bij de berekening van de variabele rente-index „Gemiddelde rente van hypothecaire leningen met een looptijd van langer dan drie jaar bij alle [financiële] instellingen” de gehanteerde provisies en renteverschillen worden opgenomen in de rente, waardoor die voor de consument duurder uitvalt dan de overige jaarlijkse kostenpercentages op de markt, en er voorts in circulaire 5/1994 van de Banco de España [(centrale bank van Spanje)] – het normatieve criterium van de toezichhoudende instantie – is bepaald dat renteverschillen negatief moeten zijn, maar dat vereiste door de financiële instellingen in de regel niet is meegedeeld en niet is nageleefd, is het dan in strijd met de artikelen 5 en 7 van richtlijn 2005/29/EG dat er volledig wordt afgeweken van het normatieve criterium van de toezichhoudende instantie?
- 2) Indien dat het geval is, vormt die oneerlijke praktijk volgens de rechtspraak van het Hof [die wordt aangehaald] in zaak C-689/20 dan een aanwijzing bij de toetsing en beoordeling of het desbetreffende beding oneerlijk is, en is er dan sprake van strijdigheid met de artikelen 3 en 4 van richtlijn [93/13/EEG]?
- 3) Indien er geenszins rekening is gehouden met circulaire 5/1994 van de Banco de España, die specifiek is voor de financiële sector, maar niet algemeen bekend is bij het publiek, en de omstandigheid dat er geen rekening mee is gehouden in strijd is met artikel 7 van richtlijn 2005/29, vormt het dan een aanwijzing bij de toetsing van het oneerlijke karakter aan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 dat nagegaan moet worden of de genoemde index, die bestaat uit „referentierente en rentevershil”, de transparantietoets doorstaat?
- 4) Staan artikel 3, lid 1, artikel 4 en artikel 5 van richtlijn 93/13 in de weg aan nationale rechtspraak met betrekking tot de specifieke regeling van de IRPH [Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (referentie-index voor hypothecaire leningen)] volgens welke het niet hanteren van een negatief rentevershil [niet] oneerlijk is, ondanks het feit dat dit krachtens de preambule van de circulaire van de Banco de España vereist is en dat de IRPH minder voordelig is dan alle bestaande jaarlijkse kostenpercentages en

wordt aangeboden als een product dat even voordelig is als de Euribor, ook al wordt het genoemde vereiste niet in acht genomen, en is het bijgevolg mogelijk om de gevolgen van de overeenkomst niet in stand te laten omdat de bedingen die in de toepassing van de IRPH voorzien nietig zijn, ervoor te zorgen dat banken er in de toekomst geen gebruik meer van maken, aangezien het aanbieden van deze dienst aan kwetsbare consumenten invloed kan hebben op hun economische gedrag, en vast te stellen dat die bedingen vanwege het oneerlijke karakter niet in overeenkomsten mogen worden opgenomen, aangezien de IRPH in strijd met richtlijn 2005/29 in het rentebedrag is verwerkt?

- 5) Is het in strijd met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 dat er met betrekking tot een heimelijk gehanteerd renteververschil geen toetsing van de opnemings- en het oneerlijke karakter van het desbetreffende beding plaatsvindt wanneer dat renteververschil in het aanbod van een bank negatief moet zijn, en dat de consument in de precontractuele fase niet wordt geïnformeerd over hoe de op zijn lening toegepaste rente zich economisch gezien zal ontwikkelen, aangezien er sprake is van strijdigheid met richtlijn 2005/29?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikelen 3, 4, 5, 6 en 7 van richtlijn 93/13/EEG

Artikelen 5 en 7 van richtlijn 2005/29/EG

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

- I. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el **texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias** (koninklijk besluit met kracht van wet 1/2007 tot goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers en andere aanvullende wetten). In deze geconsolideerde tekst worden de volgende bepalingen aangehaald:

#### **Artikel 8. Basisrechten van consumenten en gebruikers**

*1. Onder basisrechten van consumenten en gebruikers en van kwetsbare consumenten 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 kennisverbreding en voorlichting om de kennis over het correcte gebruik, verbruik of genot ervan te vergroten, evenals een optimale besluitvorming in hun belang.*

[...]

f) *De bescherming van hun rechten door doeltreffende procedures, in het bijzonder met betrekking tot kwetsbare consumenten.*

2. *De rechten van kwetsbare personen krijgen bijzondere aandacht, hetgeen wordt vastgelegd in de regelgeving en in de sectorale regelingen die in het gegeven geval relevant zijn. De overheid bevordert beleid en maatregelen die erop gericht zijn hun rechten op gelijke voet te waarborgen, overeenkomstig de specifieke kwetsbare situatie waarin zij zich bevinden, waarbij zij tracht bureaucratische rompslomp die de uitoefening van die rechten kan belemmeren, te vermijden.*

*TOELICHTING: Artikel 8, zoals gewijzigd bij artikel 1, lid 1, van Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (wet 4/2022 van 25 februari 2022 betreffende de bescherming van consumenten en gebruikers in sociaal en economisch kwetsbare situaties; hierna: „wet 4/2022”).*

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

1. *Voordat de consument of gebruiker door een overeenkomst of een soortgelijk aanbod is gebonden, verstrekt de verkoper de consument op duidelijke, begrijpelijke en toegankelijke wijze relevante, juiste en voldoende informatie over de voornaamste kenmerken van de overeenkomst, met name over de juridische en economische voorwaarden ervan.*

*Onverminderd de sectorale regeling die van toepassing kan zijn, moeten de bewoordingen waarin die informatie wordt verstrekt, vooral wanneer het kwetsbare consumenten betreft, niet alleen duidelijk, begrijpelijk, juist en voldoende zijn, maar moeten zij ook in een vlot toegankelijk formaat worden verstrekt, waarbij in voorkomend geval de nodige bijstand moet worden geboden, opdat de informatie goed wordt begrepen en de consumenten beslissingen kunnen nemen die in hun belang zijn.*

*[TOELICHTING: Artikel 60, punt 1, zoals gewijzigd bij artikel 1, lid 8, van wet 4/2022]*

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: 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 en moet in voorkomend geval op verzoek van een van de partijen ook worden opgesteld in een van de andere officiële talen van de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten.*

*[TOELICHTING: Artikel 60, punt 4, zoals gewijzigd bij artikel 1, lid 8, van wet 4/2022]*

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

1. *In overeenkomsten met consumenten en gebruikers die bedingen bevatten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, met inbegrip van door de overheid en de daaronder vallende entiteiten en ondernemingen gesloten overeenkomsten, moeten deze bedingen voldoen aan de volgende vereisten:*

a) *de formulering moet nauwkeurig, duidelijk en eenvoudig zijn en onmiddellijk kunnen worden begrepen zonder verwijzing naar teksten of documenten die niet voorafgaand aan of ten tijde van de sluiting van de*

*overeenkomst zijn verstrekt en die hoe dan ook uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten worden vermeld;*

*b) zij moeten toegankelijk en leesbaar zijn, om het de consument en de gebruiker mogelijk te maken zich nog vóór de overeenkomst wordt gesloten op de hoogte te stellen 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) goede trouw en een passend evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen, 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.** Het 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 sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling zijn geweest, sluit niet uit dat dit artikel wordt toegepast op de overige bepalingen van de overeenkomst.*

*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 handelaar,*
- 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,*
- e) *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.*

**De voorwaarden die ten nadele van de consument op niet-transparante wijze in overeenkomsten zijn opgenomen, zijn van rechtswege nietig. [...]**

## **II. Burgerlijk wetboek:**

**Artikel 1258:** *„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 1303:** *„Bij nietigverklaring van een verbintenis moeten de partijen de zaken die het voorwerp waren van de overeenkomst, met de vruchten, en de prijs met rente over en weer teruggeven, onverminderd de hiernavolgende artikelen.”*

## **III. Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998**

### **Artikel 7:**

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

- a) *voorwaarden waarvan de consument niet daadwerkelijk volledig 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 of onbegrijpelijk zijn, tenzij, wat de laatstgenoemde betreft, de wederpartij deze uitdrukkelijk schriftelijk heeft aanvaard en zij stroken met de specifieke regelgeving betreffende de transparantie van contractuele voorwaarden op dit gebied.”*

**Artikel 8:**

*„1. Algemene voorwaarden die ten nadele van de wederpartij inbreuk maken op de bepalingen van deze wet dan wel op andere dwingende regels of verbodsbepalingen, zijn van rechtswege nietig voor zover deze laatste in geval van inbreuk niet in andere gevolgen voorzien.*

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

**IV. Circular del BANCO DE ESPAÑA 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (circulaire nr. 5/1994 van de BANCO DE ESPAÑA van 22 juli 1994, gericht aan kredietinstellingen, tot wijziging van circulaire nr. 8/1990 inzake transparantie van transacties en bescherming van klanten; hierna: „circulaire nr. 5/1994”)**

**Preamble:** *„De gekozen gemiddelde rentetarieven zijn feitelijk jaarlijkse kostenpercentages. De gemiddelde rentetarieven van hypothecaire leningen bij banken en alle entiteiten voor de aankoop van een woning op de vrije markt zijn dat strikt genomen ook, aangezien hierin ook de provisies zijn meegenomen. Als die rentetarieven rechtstreeks als contractuele rente zouden worden gebruikt, zou het JKP van de hypotheektransactie dus boven het markttarief liggen. Om het JKP van die transactie op één lijn te brengen met dat op de markt, zou een negatief rentevershil moeten worden toegepast, waarvan de waarde zou variëren naargelang van de provisies van de transactie en de frequentie van de aflossingen.”*

**V. Ley 3/1991 de Competencia Desleal (wet 3/1991 betreffende oneerlijke mededinging; hierna: „LCD”) van 10 januari 1991:**

**„Artikel 4. Algemene bepaling**

*1. Elk gedrag dat objectief in strijd is met de eisen van goede trouw, wordt als oneerlijk beschouwd.*

*In de betrekkingen met consumenten en gebruikers wordt als in strijd met de goede trouw beschouwd het gedrag van een verkoper dat strijdig is met de professionele toewijding, waaronder wordt verstaan het niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat overeenkomstig eerlijke handelspraktijken van een handelaar mag worden verwacht, en dat het economische gedrag van een gemiddelde consument of een gemiddeld lid van de doelgroep van de praktijk,*

*indien het een handelspraktijk betreft die gericht is op een concrete groep consumenten, wezenlijk verstoort of kan verstoren.*

[...]

#### **Artikel 7. *Misleidende omissies***

*1. Het weglaten of verzwijgen van de informatie die de geadresseerde nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen of te kunnen nemen ten aanzien van zijn economische gedrag, wordt als oneerlijk beschouwd. Van oneerlijkheid is tevens sprake als de verstrekte informatie onduidelijk, onbegrijpelijk of dubbelzinnig is dan wel niet tijdig wordt verstrekt, of het commerciële oogmerk van de praktijk, wanneer dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken.*

*2. Om het misleidende karakter van de in voornoemd lid bedoelde handelingen vast te stellen, worden de feitelijke context, alle kenmerken en omstandigheden van de handelingen en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen.”*

#### **Korte beschrijving van de feiten en het geding**

- 1 Op 12 mei 2006 sloten ZR en PI bij de financiële instelling (voorheen BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A., „BANESTO”) een hypothecaire lening voor een hoofdsom van 197 934,54 EUR, waarover een variabele rente moest worden betaald die werd berekend onder verwijzing naar de IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios of referentie-index voor hypothecaire leningen). Bepaald is dat aan die IRPH hetzij +0,20 procentpunt, hetzij +0,50 procentpunt wordt toegevoegd, afhankelijk van de vraag of de rente die wordt gebruikt de zogeheten „referentierente” is, dan wel de „vervangende referentierente” (die laatste is van toepassing wanneer de Banco de España de eerste, de „referentierente”, niet bekendmaakt).
- 2 Op 13 februari 2020 dienden ZR en PI bij de verwijzende rechter [Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (rechter in eerste aanleg nr. 17 Palma de Mallorca, Spanje)] een verzoek in tegen de financiële instelling BANCO SANTANDER, S. A. In dat verzoek vorderden zij nietigverklaring van beding 3 bis van de hypothecaire leningsovereenkomst, daar dit beding volgens hen oneerlijk is. In samenhang met het voorgaande wordt gevorderd: (i) de IRPH uit de met de entiteit afgesloten hypothecaire leningsovereenkomst te schrappen; (ii) te gelasten dat de bank de financiële schade vergoedt die is geleden door toepassing van de IRPH in vergelijking met de lagere kosten van de lening indien de Euribor was toegepast; (iii) het verdere aflossingsschema van de lening tot aan het einde van de overeenkomst te herberekenen, en (iv) de verwerende partij in de kosten te verwijzen.

- 3 De verzoekende partijen vorderen concreet de nietigverklaring van het volgende beding (3 bis) van de hypothecaire leningsovereenkomst omdat het oneerlijk zou zijn:

**„DRIE BIS**

**3 BIS. – VARIABELE RENTE**

**3 bis.1. – Frequentie van de herzieningen:** *Elke periode van twaalf maanden na de einddatum van de aanvankelijke renteperiode zoals bepaald in beding 3 wordt de ‚renteperiode’ genoemd.*

**3 bis.2. – Rentever verschillen en afronding:** *Tijdens elke renteperiode tot aan de einddatum van de overeenkomst wordt een nominale rente toegepast die tot stand komt door 0,20 punten op te tellen bij de ‚referentierente’ of 0,50 punten bij de ‚vervangende referentierente’.*

**3 bis.3. – Referentierente en vervangende referentierente:**

*De referentierente is de ‚GEMIDDELDE RENTE VAN DE HYPOTHECAIRE LENINGEN VAN LANGER DAN DRIE JAAR BIJ ALLE INSTELLINGEN’, gedefinieerd als het rekenkundige gemiddelde van de gewogen gemiddelde rentetarieven op de hoofdsom van de in de referentiemaand van de index door alle banken, spaarbanken en hypotheekbanken verrichte nieuwe of herhaalde transacties van leningen met hypothecaire zekerheid en een looptijd van minimaal drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt, waarbij het laatste gemiddelde tarief dat vóór de aanvang van elke nieuwe renteperiode en in de drie kalendermaanden daarvóór door de Banco de España is bekendgemaakt in het B.O.E. [Boletín Oficial del Estado (Spaanse staatsblad)] als referentie wordt genomen.*

*De vervangende referentierente is de ‚GEMIDDELDE RENTE VAN DE HYPOTHECAIRE LENINGEN VAN LANGER DAN DRIE JAAR BIJ BANKEN’, gedefinieerd als het rekenkundige gemiddelde van de gewogen gemiddelde rentetarieven op de hoofdsom van de in de referentiemaand van de index door alle banken verrichte nieuwe of herhaalde transacties van leningen met hypothecaire zekerheid en een looptijd van minimaal drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt, waarbij het laatste gemiddelde referentietarief dat vóór de aanvang van elke nieuwe renteperiode en in de drie kalendermaanden daarvóór door de Banco de España is bekendgemaakt in het B.O.E. als referentie wordt genomen.*

*Zowel de referentierente als de vervangende referentierente is beschreven in bijlage VIII bij circulaire 8/90 van de Banco de España.*

*De vervangende referentierente wordt gebruikt wanneer de Banco de España de referentierente om welke reden dan ook niet in het B.O.E. heeft bekendgemaakt binnen de drie kalendermaanden vóór aanvang van elke nieuwe renteperiode. Aan*

*het einde van de renteperiode waarop deze omstandigheid van toepassing is, wordt de toepasselijke rente voor de volgende periode opnieuw bepaald volgens de overeengekomen referentierente.”*

- 4 De verwerende entiteit verzet zich in haar verweerschrift tegen deze vordering en verzoekt om de volledige afwijzing ervan.

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

- 5 De verzoekende consumenten (of verzoekers) vorderen in het hoofdgeding op grond van de Spaanse en Europese regelgeving ter bescherming van consumenten en gebruikers onder meer de nietigverklaring van het in de leningsovereenkomst opgenomen beding waarin zonder enig onderscheid de variabele rente van de IRPH wordt opgelegd, vermeerderd met een positief rentevershil, daar zij dat beding oneerlijk achten, alsook de terugbetaling van de bedragen die onverschuldigd zijn betaald door toepassing van dat beding; welk gevolg voortvloeit uit de nietigverklaring op grond van artikel 1303 van het Spaanse burgerlijk wetboek en het in artikel 6, lid 1, van richtlijn 13/93/EEG vastgestelde beginsel dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. De gevorderde rechtsgevolgen hebben dus betrekking op de terugbetaling van de krachtens het beding betaalde bedragen.

Verzoekers voeren aan dat dit beding nietig moet worden verklaard omdat het oneerlijk is. Dit is een van de gronden die aanleiding geven tot deze **prejudiciële verwijzing** betreffende het oneerlijk verklaren van dat beding. **Het in de preambule van circulaire 5/1994 van de Banco de España opgenomen criterium dat een negatief rentevershil moet worden toegepast om het JKP van de IRPH in overeenstemming te brengen met andere JKP's op de markt, wordt namelijk verzwegen** voor de consument op het tijdstip waarop de variabele rente wordt opgelegd, hetgeen onverwacht gebeurt en derhalve in strijd is met de goede trouw en een wanverhouding veroorzaakt. **Hieraan moet worden toegevoegd, vanuit de ervaring van deze gespecialiseerde rechter, dat dit geen eenmalige gebeurtenis betreft, maar dat het een gangbare praktijk van de banken is om in combinatie met deze variabele rente een positief rentevershil op te leggen.**

- 6 De financiële instelling heeft zich tegen de vordering verzet en meer in het algemeen aangevoerd dat het beding geldig is, omdat zij van mening is dat het de inhouds-, de openbaarmakings- en de transparantietoets doorstaat omdat het door de partijen is overeengekomen.

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

- 7 De belangrijkste **juridische kwesties** die worden opgeworpen in deze zaak zijn:

1. Gelet op de letterlijke inhoud van de preambule van circulaire 5/1994 van de Banco de España is het debat toegespitst op de vraag of de banken, zoals verzoekers aanvoeren, hebben getracht om de IRPH te verkopen als een gunstigere index dan de Euribor, hoewel de IRPH veronderstelt dat de transacties die eraan zijn onderworpen altijd duurder zijn voor de consument, aangezien de gegevens die de banken maandelijks aan de Banco de España verstrekken voor de bekendmaking van de IRPH steeds een „*gemiddelde van alle transacties*” zijn, waarbij ervan wordt uitgegaan dat daarin alle provisies zijn opgenomen, waaronder ook de daarop toegepaste rentevershillen die zijn meegenomen in de rente, en dat rentevershillen van +0,20 of 0,25 of 0,50 zijn toegepast. **In de preambule van de circulaire is evenwel bepaald dat die rentevershillen negatief moeten zijn om de JKP van de IRPH in lijn te brengen met de overige JKP's op de markt.**

Dat vereiste van de circulaire is in het onderhavige geval niet geëerbiedigd, daar in de leningsakte een POSITIEF renteverdich is vastgesteld: er wordt een nominale rente toegepast die tot stand komt door de ‚*referentierente*’ te vermeerderen met 0,20 punten of de ‚*vervangende referentierente*’ te vermeerderen met 0,50 punten.

Men zou kunnen stellen dat dit feit een inbreuk vormt, die op haar beurt neerkomt op een misleidende omissie, die de overeenkomstsluitende consument kan hebben benadeeld, omdat hij, indien hij had geweten dat een negatief renteverdich moest worden toegepast om de index waarvoor hij een overeenkomst sloot in lijn te brengen met de Euribor en met andere JKP's op de markt, nooit voor deze index zou hebben gekozen.

De banken hebben de lokroep van het lage renteverdich van 0 %, 0,25 % of 0,5 % dat zij aanboden voor leningen met de IRPH gebruikt om consumenten te overhalen om voor deze rente te kiezen, zonder dat die consumenten wisten dat zij daarbij in feite meer rente betaalden, en zonder hen ervan in kennis te stellen dat de circulaire waarin de IRPH is geregeld voorschrijft dat het renteverdich negatief moet zijn, hetgeen werd verzwegen.

Het gaat er niet om dat klanten met de IRPH gelijk moeten worden gesteld met klanten met de Euribor, maar wel dat de bank de verzoekende consumenten niet heeft uitgelegd of meegedeeld dat terwijl de Euribor op 2 % stond, de IRPH op 4 % stond, waardoor zij, zelfs met een renteverdich van 0,5 %, meer zouden betalen voor hun hypotheek.

Volgens recente rechtspraak van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) is niet geweten of de IRPH in de toekomst onder de Euribor zal zakken en kan dus niet worden gesteld dat deze rente nadeliger is voor de klant, maar indien wordt verzwegen dat de Banco de España voorschrijft dat het renteverdich negatief moet zijn, wordt in strijd met de goede trouw gehandeld en een wanverhouding tussen de partijen tot stand gebracht.

2. De LCD veroordeelt alle gedragingen die in strijd zijn met de goede trouw, zoals de handelspraktijk in de onderhavige zaak – die door de Tribunal Supremo aan de kaak is gesteld – waarbij andere, iets lagere renteverschillen dan die van de Euribor worden aangeboden als lokkertje, hetgeen een misleidende en derhalve oneerlijke omissie vormt, aangezien het verzwijgen van deze informatie, die de Banco de España noodzakelijk acht om tot een eerlijkere rente te komen, tot gevolg heeft gehad dat de consument niet in staat was om een geïnformeerd besluit te nemen ten aanzien van zijn economische gedrag.

3. De gevorderde nietigverklaring behelst het gehele beding inzake variabele rente, welk beding zonder negatieve index niet kan voortbestaan omdat het de transparantietoets waaraan het beding inzake de variabele rente moet worden onderworpen, niet doorstaat.

4. Volgens de rechtsleer betekent het feit dat preambules geen rechtstreekse normatieve waarde hebben voor het regelen van rechtssituaties en -verhoudingen niet dat zij geen andere waarde hebben of juridisch volstrekt irrelevant zijn. Betoogd wordt dat zij een formeel vehikel vormen waarmee gewoonlijk wordt aangegeven met welke intentie de wet werd vastgesteld; het gaat om de zogeheten authentieke uitlegging van de wil van de wetgever.

In de onderhavige zaak is de authentieke uitlegging van de circulaire dat met de regeling van de IRPH werd beoogd dat die rente met negatieve renteverschillen zou worden aangeboden, waardoor de verwijzende rechter zich afvraagt of deze handelspraktijk misleidend is, voor zover dit ten nadele van de consument is nagelaten en positieve renteverschillen werden toegepast.

Een soortgelijke vraag is reeds besproken door het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat zich in het voordeel van de consument heeft uitgesproken.

Het Hof heeft op 16 januari 2014 in zaak C-226/12 in het kader van de uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 verklaard dat het voor een „aanzienlijke verstoring van het evenwicht” niet nodig is dat de kosten die uit hoofde van een contractueel beding ten laste komen van de consument, in verhouding tot het bedrag van de betrokken transactie ernstige financiële gevolgen voor hem hebben, maar reeds voldoende is dat de rechtspositie waarin die consument als partij bij de overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien.

In zaak C-689/20 is dan weer het volgende verklaard [door de verwijzende rechter in die zaak]: „24. Volgens de rechtspraak van het Hof (arrest van 15 maart 2012, ██████████ en ██████████ C-453/10, EU:C:2012:144, punten 43 en 44, en arrest van 19 september 2018, Bankia, C-109/17, EU:C:2018:735, punten 48-50) vormt het

*opnemen van een beding in een overeenkomst ten gevolge van de toepassing van een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in richtlijn 2005/29, een aanwijzing bij de beoordeling van het oneerlijke karakter in de zin van artikel 4 van richtlijn 93/13.”*

Wat de **verhouding tussen de communautaire en de Spaanse regeling** betreft, geeft de verwijzende rechter het volgende aan:

Een index zoals de IRPH, in zijn verschillende vormen, veronderstelt in vergelijking met andere indices op de markt, zoals de Euribor, dat de transacties die eraan zijn onderworpen altijd duurder zijn voor de consument, aangezien de gegevens die de financiële instellingen maandelijks aan de Banco de España verstrekken voor de bekendmaking van de IRPH steeds een „*gemiddelde van alle transacties*” zijn, waarbij ervan wordt uitgegaan dat daarin alle provisies zijn opgenomen, waaronder ook de daarop toegepaste renteversillen die zijn meegenomen in de rente.

De vraag rijst of het derhalve oneerlijk en in strijd met de regelgeving van de Europese Unie zou zijn om het aanbod niet toe te lichten zoals beschreven [in de samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing] in zaak C-689/20. Het opnemen van een beding in een overeenkomst ten gevolge van de toepassing van een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in richtlijn 2005/29 vormt een aanwijzing bij de beoordeling van het oneerlijke karakter in de zin van artikel 4 van richtlijn 93/13. INDIEN er, zoals de Banco de España in de preambule van circulaire 5/1994 aangeeft, een negatief rentevershil moet worden toegepast op de IRPH, moet het verzwijgen van dat vereiste ook een aanwijzing vormen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding in de zin van artikel 4 van richtlijn 93/13, hetgeen betekent dat een handelspraktijk oneerlijk is indien zij strijdig is met de goede trouw, voor zover een aspect van het economische gedrag bij een transactie wordt verzwegen en economisch gedrag wordt gedefinieerd als „elke handeling van de consument die hem in staat stelt verschillende aanbiedingen van aan hem aangeboden producten of diensten te evalueren”.

Wordt er gekeken naar artikel 5, onder b), van richtlijn 2005/29/EG, inzake de wezenlijke verstoring van het economische gedrag van de gemiddelde consument, dan doet die wezenlijke verstoring zich in casu voor doordat geen gewag wordt gemaakt van een authentieke uitlegging van de door de toezichhoudende instantie (Banco de España) vastgestelde regeling, te weten dat voor de berekening van de te betalen rente een negatief rentevershil moet worden toegepast, hetgeen niet wordt gedaan.

Er kan bovendien redelijkerwijs worden aangenomen dat het in strijd is met de wetten op de consumentenbescherming en met richtlijn 93/13, gelezen in samenhang met richtlijn 29/2005, om een met een rentevershil vermeerderde referentie-index te hanteren die nadeliger is voor de consument, die daar bovendien niet van in kennis is gesteld.

Met betrekking tot de rechtspraak van de Tribunal Supremo analyseert de verwijzende rechter het volgende:

- a) De rechtspraak van de Tribunal Supremo over bedingen die strijdig zijn met de goede trouw en die een wanverhouding scheppen omdat zij onverwacht zijn.

Hij verwijst met name naar het **arrest van de Tribunal Supremo van 3 juni 2016**. Daarin wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid aanvaard om ongebruikelijke bedingen uit te sluiten van de overeenkomst. Wanneer de Tribunal Supremo verklaart dat te verdedigen valt dat het algemene beginsel van goede trouw van artikel 1258 van het Spaanse burgerlijke wetboek kan worden ingeroepen als regeling op grond waarvan de inhoud van overeenkomsten kan worden gewijzigd en bedingen kunnen worden uitgesloten als die bedingen de inhoud van de overeenkomst – die de wederpartij zich redelijkerwijs overeenkomstig de aard en het doel ervan had kunnen voorstellen – heimelijk wijzigen, past die rechterlijk instantie de zogeheten regel van „verrassende bedingen” toe, volgens welke bedingen die gelet op de omstandigheden en op de aard van de overeenkomst zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij niet redelijkerwijs rekening had kunnen houden met het bestaan ervan, niet geldig zijn.

Het **arrest van de Tribunal Supremo van 7 november 2017** biedt een soortgelijke uitlegging als voornoemd arrest.

- a) De rechtspraak inzake oneerlijke bedingen: de dubbele transparantietoets

De verwijzende rechter geeft aan dat zijn prejudiciële vraag betrekking heeft op de dubbele transparantietoets die is ingesteld bij het **arrest van de Tribunal Supremo van 9 mei 2013**, waarin de Tribunal Supremo uitvoerige rechtspraak heeft ontwikkeld over het bodembeding in hypothecaire leningsovereenkomsten met consumenten en over de oneerlijke praktijk om een negatief renteverskil te verzwijgen, welke praktijk aan een dubbele transparantietoets moet worden onderworpen omdat er sprake is van een oneerlijk beding dat in strijd is met richtlijn 2005/29/EG en de LCD, beide gelezen in samenhang met richtlijn 93/13/EEG.