



Datum van  
inontvangstneming

:

12/07/2023

**Zaak C-300/23**

**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:**

10 mei 2023

**Verwijzende rechter:**

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia – San Sebastian (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

27 april 2023

**Verzoekende partij:**

NB

**Verwerende partij:**

Kutxabank, S. A.

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vordering tot nietigverklaring van een beding in een hypothecaire leningsovereenkomst volgens hetwelk de variabele rente wordt berekend op basis van de Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (referentierente voor hypothecaire leningen; hierna doorgaans: „IRPH”), op grond dat dit beding op niet-transparante wijze in de overeenkomst is opgenomen en oneerlijk is.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Consumentenbescherming – Uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Uitlegging van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement

en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad – Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Leningsovereenkomst – Variabele rente – Referentierente voor hypothecaire leningen (IRPH) – Toetsing door de nationale rechter van het vereiste van transparantie – Toetsing door de nationale rechter van het oneerlijke karakter van het beding – Gevolgen van de vaststelling dat het beding oneerlijk is

### **Prejudiciële vragen**

- 1) Kan, aangezien de Banco de España (Spaanse centrale bank) in circulaire nr. 5/1994 van 22 juli 1994 waarbij zij de IRPH (referentierente voor hypothecaire leningen) op de Spaanse hypotheekmarkt introduceerde, ook waarschuwde dat het zonder meer hanteren van die rente ertoe zou leiden dat het jaarlijks kostenpercentage (JKP) van de transactie hoger ligt dan het op de markt gangbare JKP en dat er een negatieve spread moest worden toegepast om die uitkomst te voorkomen, de omstandigheid dat geen rekening is gehouden met deze waarschuwing en dat er geen negatieve spread wordt toegepast, worden aangemerkt als een factor die in strijd met de goede trouw kan leiden tot de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG bedoelde verstoring van het evenwicht?
- 2) Kan de omstandigheid dat het door financiële instellingen toepassen van negatieve spreads, correctiecoëfficiënten of IRPH-percentages, zoals door de Banco de España wordt aangemoedigd, uitsluitend plaatsvindt wanneer hypothecaire leningen bestemd zijn voor de aanschaf van officieel beschermde woningen en er overheidstoezicht is, maar niet wanneer de lening bestemd is voor de aanschaf van een woning op de vrije markt en er geen overheidstoezicht is, een factor zijn die in strijd met de goede trouw kan leiden tot de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG bedoelde verstoring van het evenwicht?
- 3) Is het, aangezien sommige onderdelen van de JKP's van hypothecaire leningen die op maandbasis zijn gebruikt om de IRPH Cajas (door spaarbanken gehanteerde referentierente voor hypothecaire leningen) te bepalen – zoals de afsluitprovisie en bepaalde kosten die voor rekening van de verkoper moesten komen – oneerlijk zijn verklaard, in strijd met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG dat een beding tot toepassing van de IRPH Cajas, die op maandbasis is vastgesteld aan de hand van gegevens die zijn verzameld op grond van oneerlijk verklaarde bedingen, nog steeds geldig is?
- 4) Staan de punten 51, 52, 54 en 55 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 maart 2020 in zaak C-125/18 in de weg aan nationale rechtspraak zoals die van de Spaanse Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje), volgens welke de nationale rechter, zonder dat hij de in die punten genoemde verificaties hoeft te verrichten, ervan uit moet gaan dat een beding waarbij de IRPH wordt opgenomen in een tussen een

consument en een verkoper gesloten overeenkomst steeds de transparantietoets heeft doorstaan omdat die hypotheekrente wordt gedefinieerd in het Boletín Oficial del Estado (BOE, Spaanse staatsblad) en specifiek in circulaire 5/1994 van de Banco de España, gepubliceerd in BOE nr. 184 van 3 augustus 1994 op de bladzijden 25106 tot 25111, terwijl de consument daar niet op de hoogte van is?

- 5) Moet, om te voldoen aan het vereiste van transparantie waar het gaat om een beding in een hypothecaire lening met variabele rente die is gekoppeld aan een officieel rentetarief zoals de IRPH, welke als gevolg van de berekeningswijze ervan niet uitsluitend de rente weerspiegelt, maar tevens impliceert dat een moeilijk te berekenen spread wordt toegepast om te kunnen vergelijken met andere rentetarieven en voor de consument het risico meebrengt dat hij provisies deels tweemaal moet betalen, artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling of rechtspraak volgens welke het de verkoper is toegestaan om de volgende informatie niet in de overeenkomst op te nemen of niet voldoende lang vóór het sluiten van de overeenkomst expliciet aan de consument te verstrekken:
- a. het feit dat de referentierente niet alleen de rente, maar ook de provisies weerspiegelt;
  - b. de feitelijke verhoging die dat met zich meebrengt;
  - c. het gegeven of er een negatieve spread wordt toegepast op de referentierente om deze verhoging te compenseren,

zodat de consument gemakkelijk een echte vergelijking kan maken tussen de verschillende mogelijke referentierentes, kan nagaan of hij op basis van de te sluiten overeenkomst provisies deels tweemaal zal moeten betalen en wat het bedrag daarvan zal zijn, en in voorkomend geval daartegen kan opkomen?

- 6) Verdraagt nationale rechtspraak zoals die van de Spaanse Tribunal Supremo, volgens welke de verantwoordelijkheid om de consument te informeren over hoe de methode voor de berekening van de IRPH werkt en welke financiële gevolgen hieruit voortvloeien, niet rust op de verkoper die een overeenkomst aangaat, maar op de consument, die geen financiële kennis heeft en deze informatie zelf moet opzoeken door een in het BOE gepubliceerde definitie te vinden en te begrijpen, waarbij het verder zo is dat die definitie geen expliciete informatie bevat over het feit dat de referentierente spreads en kosten omvat, maar de consument dit zelf moet afleiden uit het feit dat het rentetarief op maandbasis wordt vastgesteld door middeling van de JKP's van de referentietransacties, zich met punt 57 van de opmerkingen van de Europese Commissie van 31 mei 2018, de punten 2 en 125 van de conclusie

- van de advocaat-generaal van 10 september 2019 en de punten 51, 52, 54 en 55 van het arrest van het Hof van 3 maart 2020 in zaak C-125/18?
- 7) Is een uitlegging van de punten 53 en 56 van het arrest van het Hof in zaak C-125/18 volgens welke de enkele bekendmaking van de definitie van de IRPH in het BOE de consument die een overeenkomst aangaat in staat stelt om te weten dat het rentetarief de door de financiële instellingen gehanteerde spreads en kosten omvat, verenigbaar met de vaste rechtspraak van het Hof dat de consument waar het gaat om informatie in een zwakkere positie verkeert dan de verkoper met wie hij een overeenkomst sluit, alsmede met punt 2 van de conclusie van de advocaat-generaal van 10 september 2019, waarin wordt aangegeven dat de gemiddelde consument niet in staat is om bepaalde begrippen, zoals „rente”, „referentierente” of „jaarlijks kostenpercentage” (JKP), en met name de verschillen tussen deze begrippen te begrijpen en dat dit ook geldt voor de feitelijke berekeningswijze, niet alleen van de variabele rente maar ook van de officiële rentetarieven voor hypothecaire leningen en van de JKP's op basis waarvan deze rentetarieven worden berekend?
  - 8) Verdraagt een uitlegging van de punten 53 en 56 van het arrest van het Hof in zaak C-125/18 volgens welke de consument op basis van de in het BOE gepubliceerde definitie in staat is om te weten dat de IRPH spreads en kosten omvat, zich met de vaste rechtspraak van het Hof dat de consument waar het gaat om informatie in een zwakkere positie verkeert dan de verkoper met wie hij een overeenkomst sluit, alsmede met punt 2 van de conclusie van de advocaat-generaal van 10 september 2019, ook al dient die consument te weten wat een JKP is en waar dit voor staat om daaruit te kunnen afleiden dat, aangezien de IRPH Cajas wordt vastgesteld op basis van een rekenkundig gemiddelde van JKP's, hierin noodzakelijkerwijs de door de financiële instellingen gehanteerde provisies, spreads en kosten worden opgenomen?
  - 9) Geldt de in de beschikking van het Hof van 17 november 2021 in zaak C-655/20 genoemde vrijstelling van de verplichting voor de verkoper om in een overeenkomst de volledige definitie op te nemen van de referentierente die wordt gebruikt om de variabele rente te berekenen en om een informatiebrochure te verstrekken waarin de schommelingen van de referentierente in het verleden worden geschetst, absoluut en onvoorwaardelijk of is deze vrijstelling daarentegen verbonden aan de voorwaarde dat de consument die een overeenkomst aangaat reeds op basis van de informatie die door de verkoper aantoonbaar is verstrekt, in staat is om te begrijpen hoe de methode voor de berekening van de aan de orde zijnde referentierente werkt en dus op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de mogelijk aanzienlijke gevolgen voor zijn financiële situatie kan beoordelen?

- 10) Heeft die vrijstelling ook betrekking op situaties waarin de verplichting om in een overeenkomst de volledige definitie op te nemen van de referentierente die wordt gebruikt om de variabele rente te berekenen en om de informatiebrochure te verstrekken waarin de schommelingen van de referentierente in het verleden worden geschetst, voortvloeit uit de ten tijde van het sluiten van die overeenkomst geldende nationale regeling?
- 11) Kan, aangezien richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt van toepassing is, het niet verstrekken door de verkoper van belangrijke informatie zoals de specifieke werking van de methode voor de berekening van de IRPH, het feit dat deze rente wordt berekend aan de hand van de JKP's van de referentietransacties, met het gevolg dat de gemiddelde spreads, provisies en kosten van deze transacties in de nominale waarde van die rente worden opgenomen, het feit dat de IRPH sinds de introductie ervan voortdurend hoger ligt dan de Euribor, gelet op de waarschuwing van de Banco de España aan de financiële instellingen om een negatieve spread toe te passen teneinde te voorkomen dat het JKP van de transactie hoger ligt dan het op de markt gangbare JKP, als een misleidende omissie in de zin van artikel 7 van deze richtlijn worden aangemerkt?
- 12) Kan, indien de nationale rechter tot de conclusie komt dat de praktijk van de verkoper misleidend was in het licht van richtlijn 2005/29/EG, zonder meer worden aangenomen dat diens gedrag in strijd met de goede trouw leidt tot de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG bedoelde aanzienlijke verstoring van het evenwicht, of is het mogelijk dat een verkoper misleidend handelt in de zin van richtlijn 2005/29/EG maar te goeder trouw handelt in de zin van richtlijn 93/13/EEG?
- 13) Wordt het doeltreffendheidsbeginsel geschonden door nationale rechtspraak zoals die van de Spaanse Tribunal Supremo, volgens welke, wanneer het beding waarbij de IRPH Cajas wordt opgenomen in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper de transparantietoets niet heeft doorstaan, artikel 83 van de Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (geconsolideerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers) en artikel 5, lid 5, van Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación (wet 7/98 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998 niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, waardoor er twee beschermingsniveaus met betrekking tot hetzelfde oneerlijke beding zijn, te weten een voor consumenten die vóór die wijziging een overeenkomst hebben gesloten en een ander voor consumenten die nadien een overeenkomst hebben gesloten?
- 14) Wordt het doeltreffendheidsbeginsel geschonden door nationale rechtspraak zoals die van de Spaanse Tribunal Supremo, volgens welke het gebrek aan transparantie van een beding dat betrekking heeft op de in een overeenkomst

- opgenomen prijs, zoals een „bodemrentebeding”, ertoe leidt dat het beding oneerlijk is omdat het misleidende onderdelen bevat, maar het gebrek aan transparantie van het beding waarbij de IRPH Cajas in de overeenkomst wordt opgenomen, daar niet toe leidt, ook al gaat het om een beding dat ook van invloed is op de prijs van de overeenkomst?
- 15) Verdraagt nationale rechtspraak zoals die van de Spaanse Tribunal Supremo, volgens welke er niet kan worden gesteld dat de verkoper niet te goeder trouw heeft gehandeld wanneer hij gebruik heeft gemaakt van een officiële, door de Banco de España gereguleerde hypotheekrente, die de overheid doorgaans hanteert in haar programma's voor officieel beschermde woningen, en er dus steeds wordt aangenomen dat de verkoper te goeder trouw heeft gehandeld, zonder dat nader hoeft te worden onderzocht of de verkoper ervan mocht uitgaan dat de consument – wanneer hij eerlijk en billijk wordt behandeld – bij afzonderlijke onderhandelingen een dergelijk beding zou hebben geaccepteerd, zich met punt 69 van het arrest van het Hof van 14 maart 2013 in zaak C-415/11 en met het begrip verstoring van het evenwicht „in strijd met de goede trouw”?
  - 16) Moet punt 69 van het arrest van het Hof van 14 maart 2013 in zaak C-415/11, in het kader van een geschil over het opnemen van de IRPH Cajas in een overeenkomst om de desbetreffende vergoeding te bepalen, aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter dient te onderzoeken of de verkoper ervan uit mocht gaan dat de consument, die de werking van de methode voor de berekening van de IRPH Cajas kende, op de hoogte was van de schommelingen van die IRPH in ten minste de twee jaar voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en ervan op de hoogte was gesteld dat de Banco de España in circulaire 5/94 had gewaarschuwd dat in voorkomend geval een negatieve spread moest worden toegepast – een waarschuwing die door de verkoper niet in acht werd genomen – bij afzonderlijke onderhandelingen een dergelijk beding zou hebben geaccepteerd?
  - 17) Moet punt 67 van het arrest van het Hof van 26 januari 2017 in zaak C-421/14 aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter, waar het gaat om een beding waarbij de IRPH Cajas in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument wordt opgenomen, om te bepalen of er sprake is van een met de goede trouw strijdige verstoring van het evenwicht, de methode voor de berekening van die rente moet vergelijken met de methode die is gebruikt om de Euribor – de meest gebruikelijke referentierente – te bepalen, en de daaruit in beide gevallen voortvloeiende werkelijke tarieven voor leningen van een gelijkwaardig bedrag en met een gelijkwaardige looptijd moet vergelijken?
  - 18) Is het, om overeenkomstig punt 67 van het arrest van 26 januari 2017 in zaak C 421/14 te bepalen of een beding waarbij de IRPH Cajas wordt opgenomen in een tussen een consument en een verkoper gesloten

- overeenkomst, aanleiding geeft tot een verstoring van het evenwicht in strijd met de goede trouw, relevant dat de werkelijke rente die voortvloeit uit de berekening van de Euribor de prijs vertegenwoordigt waartegen financiële instellingen het geld verwerven dat zij vervolgens aan hun cliënten uitlenen, terwijl het werkelijke rentetarief dat resulteert uit de berekening van de IRPH Cajas en dat altijd hoger is, de totale kosten vertegenwoordigt die worden gedragen door de cliënten aan wie de spaarbanken dat geld hebben uitgeleend?
- 19) Is er sprake van schending van artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG wanneer, nadat het beding waarbij de IRPH Cajas wordt opgenomen in een tussen een consument en een verkoper gesloten overeenkomst oneerlijk is bevonden en is gebleken dat de overeenkomst zonder dat beding niet kan voortbestaan, dat beding op grond van de 15de aanvullende bepaling van Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (wet 14/2013 ter ondersteuning van ondernemers en hun internationalisering) van 27 september 2013 wordt vervangen, aangezien dit tot gevolg zou hebben dat de door de nationale rechter onrechtmatig verklaarde onevenwicht ten gunste van de verkoper blijft bestaan en deze aanvullende bepaling tot doel had de referentierente automatisch te vervangen en te waarborgen dat dit geen afbreuk zou doen aan de situatie die bestond vóór de afschaffing van die referentierente?
- 20) Moet artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG, gelet op het feit dat alle punten van kritiek die op de IRPH Cajas kunnen worden gemaakt volgens de Banco de España zouden zijn geneutraliseerd indien een negatieve spread was toegepast, aldus worden uitgelegd dat het, wanneer het beding waarbij de IRPH Cajas wordt opgenomen in een tussen een consument en een verkoper gesloten overeenkomst oneerlijk is bevonden, er niet aan in de weg staat dat de nationale rechter met terugwerkende kracht de in de overeenkomst opgenomen spread vervangt door de negatieve spread die bij het sluiten van de overeenkomst had moeten worden toegepast, en gelast dat de consument het ten onrechte aangerekende bedrag, vermeerderd met rente, terug krijgt betaald, teneinde de nietigheid van de overeenkomst te voorkomen en deze om te zetten in de overeenkomst die volgens de waarschuwing van de Banco de España had moeten worden gesloten?
- 21) Is er sprake van schending van artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG wanneer, nadat het beding waarbij de IRPH Cajas wordt opgenomen in een tussen een consument en een verkoper gesloten overeenkomst oneerlijk is bevonden en de overeenkomst nietig is verklaard omdat zij zonder dat beding niet kan voortbestaan, artikel 1303 Código Civil (burgerlijk wetboek) wordt toegepast met het gevolg dat de overtreder wordt bevoordeeld omdat hij het volledige bedrag van de lening terugkrijgt, vermeerderd met de wettelijke rente, die hoger is dan de rente uit de overeenkomst en die vanaf de eerste dag van toepassing is op het gehele geleende bedrag?



- 22) Moet artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG, aangezien het gaat om een standaardovereenkomst met algemene voorwaarden waarover niet is onderhandeld en die zijn opgelegd door de verkoper, die als enige verantwoordelijk is voor het opnemen van oneerlijke bedingen met betrekking tot essentiële onderdelen als de prijs, aldus worden uitgelegd dat de verkoper verantwoordelijk is voor de onrechtmatige oorzaak die tot de nietigheid van die overeenkomst in haar geheel heeft geleid, en dat bijgevolg artikel 1306, lid 2, van het burgerlijk wetboek van toepassing is?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, overwegingen 12, 13, 19, 20 en 24, en artikelen 3, 5, 6 en 7.

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, artikel 7.

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

*a) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprobó el **Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias** (koninklijk wetsbesluit 1/2007 van 16 november 2007 houdende goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de algemene wet inzake de bescherming van consumenten en gebruikers en van andere, aanvullende wetten) (hierna: „TRLGDCU”). Uit deze geconsolideerde tekst worden de volgende bepalingen aangehaald:*

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;

[...]

- 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.

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

1. Een verkoper 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.

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. [...]

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 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 verkoper stelt dat over een bepaald beding afzonderlijk is onderhandeld, dient hij dit te bewijzen.

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.

*b) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 van 13 april 1998 betreffende algemene voorwaarden in overeenkomsten), artikelen 3, 5, leden 5, 7, 8 en 10. De inhoud van deze bepalingen wordt niet overgenomen.*

*c) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores (Wet 14/2013 van 27 september betreffende de ondersteuning van ondernemers), aanvullende bepaling 15.*

*d) Código Civil (burgerlijk wetboek), artikelen 1303 en 1306, lid 2. De inhoud van deze bepalingen wordt niet overgenomen.*

### **Beknopt overzicht van de feiten en het hoofdgeding**

- 1 Verzoekster heeft op 11 september 2006 een hypothecaire leningsovereenkomst gesloten met spaarbank KUTXABANK. Er werd overeengekomen variabele rente te betalen onder verwijzing naar de IRPH, vermeerderd met een positieve spread. Met het oog op de definitie van de IRPH cajas, is het derde beding *bis* van dit contract geïnspireerd op de officiële definitie van deze index zoals vervat in circulaire 5/1994 van de Banco de España van 22 juli 1994 die bepaalt dat de IRPH die van toepassing is op het contract bestaat uit het rekenkundig gemiddelde van de gewogen gemiddelde rentetarieven per hoofdsom van de in de referentiemaand van de index door alle spaarbanken verrichte nieuwe of herhaalde transacties van leningen met hypothecaire zekerheid en een looptijd van minimaal 3 jaar voor de aankoop van een niet verbouwde woning op de vrije markt, en waarbij de meest recente IRPH wordt gehanteerd die door de Banco de España werd gepubliceerd in de maand voorafgaand aan elke datum die is voorzien voor de herziening van de rente, en subsidiair, de laatste door de Banco de España gepubliceerde IRPH voorafgaand aan die maand.
- 2 De verwijzende rechter geeft een beschrijving van de methode voor de berekening van de IRPH en van de werking ervan, waarin hij de volgende aspecten benadrukt:
  - Sinds 1994 is de Banco de España bevoegd om te bepalen welke officiële referentie-indexen mogen worden toegepast op hypothecaire leningen met variabele rente. In de tot kredietinstellingen gerichte circulaire 5/1994 heeft de Banco de España een bijlage VIII toegevoegd aan haar vorige circulaire 8/1990

van 7 september 1990 betreffende de transparantie van verrichtingen en de bescherming van klanten. In deze nieuwe bijlage VIII werd de IRPH [in de versies i) banken, ii) spaarbanken, en iii) alle kredietinstellingen] als een van deze indices genoemd. Wet 14/2013 bepaalde dat de IRPH voor banken (hierna: „IRPH Bancos”) en de IRPH Cajas met ingang van 1 november 2013 niet meer zouden worden gepubliceerd en dat de overeenkomsten waarin deze indices werden gehanteerd vervangen zouden worden door de IRPH voor alle kredietinstellingen (hierna: „IRPH Entidades”), die op soortgelijke wijze worden berekend als de indices die werden afgeschaft. Zo is en blijft de IRPH een van de officiële indices die door de Banco de España worden gecontroleerd en maandelijks in het Boletín Oficial del Estado [BOE] worden gepubliceerd.

- Circulaire 5/1994 van de Banco de España bepaalt met betrekking tot de berekening van de IRPH dat de gekozen gemiddelde rentetarieven jaarlijkse kostenpercentages (JKP's) zijn, aangezien zij het totale kostenpercentage van de lening voor de kredietnemer weergeven omdat zij, naast de nominale rente, ook andere financiële posten bevatten die aan de consument in rekening worden gebracht (afsluit- en onderhoudsprovisies, premie voor verplichte verzekering en diverse transactiekosten zoals beheerkosten en de kosten voor het registreren van de hypotheek, enz.). Bepaalde bedingen die enkele van die financiële posten bij de consument leggen, werden oneerlijk verklaard.
- In diezelfde circulaire wordt opgemerkt dat, aangezien de IRPH een JKP is, het loutere rechtstreekse gebruik van rentetarieven als contractuele rente zou betekenen dat het JKP van de hypotheektransactie boven het markttafief zou liggen. Om het JKP van een dergelijke transactie in lijn te brengen met dat op de markt, zou een negatieve spread moeten worden toegepast waarvan de waarde zou variëren naargelang van de provisie van de transactie en de frequentie van de aflossingen. Met andere woorden, terwijl de Euribor – een andere referentierente voor dit soort hypothecaire leningsovereenkomsten – een nominale rente is, is de IRPH een jaarlijks kostenpercentage (JKP). De waarden van de werkelijke rentetarieven zijn hoger dan de nominale rentetarieven (of gewone rentetarieven). Het JKP is altijd hoger dan de nominale rente en het gemiddelde van de JKP's is (zoals bij de IRPH) altijd hoger dan het gemiddelde van de nominale rentetarieven.
- Bij overeenkomsten waarin de IRPH en een positieve spread wordt toegepast, wordt het totaal van deze twee cijfers genomen als nominale rente van de rente die te betalen is door de consument, op wie bovendien nog andere vergoedingen en kosten in rekening worden gebracht. Dit betekent dat, i) een JKP (de IRPH) als nominale rentetarief wordt gebruikt en, ii) provisie en andere kosten twee keer aan de consument worden aangerekend: een eerste keer, door een IRPH te gebruiken waarbij rekening is gehouden met provisie en andere kosten voor eerder verstrekte leningen op basis waarvan die index is berekend en, een tweede keer, door de bank provisie en andere kosten aan te rekenen in verband met de specifieke overeenkomst die door die consument is

gesloten.

- 3 Wat de betreft de opneming van de IRPH in de betrokken overeenkomst, stelt de verwijzende rechter dat het beding ter invoering van deze index niet transparant is en de consument niet in staat stelde de precieze economische gevolgen van zijn beslissing te kennen, en wel om de volgende redenen:
- De gemiddelde consument slaagt er niet in om essentiële begrippen als referentierente, JKP of nominale rente te begrijpen en is evenmin vertrouwd met de circulaires die de Banco de España tot de financiële instellingen richt.
  - De financiële instellingen hebben geen informatie verstrekt over de noodzaak om op de IRPH een negatieve spread toe te passen, zoals aangegeven in circulaire 5/1994. De verwijzende rechter wijst erop dat circulaire 5/1994 geen verplichting oplegt om een negatieve spread toe te passen, maar er daarentegen wel de aandacht op vestigt dat, indien die negatieve spread niet wordt toegepast, het JKP van de transactie boven het gemiddelde JKP van de markt zal liggen.
  - De betrokken overeenkomst lijkt de definitie van de IRPH over te nemen, maar laat het laatste gedeelte weg waarin wordt vermeld dat de gewogen gemiddelde rentetarieven die de Banco de España hanteert om het rekenkundig gemiddelde te berekenen waarmee de IRPH Cajas wordt bepaald, JKP's zijn.
  - Bij de verkoop van aan de IRPH gekoppelde hypothecaire leningen benadrukten banken de kleinere positieve spread die werd toegepast op de IRPH in vergelijking met het verschil dat wordt toegevoegd aan de Euribor voor hypothecaire leningen berekend op basis van die laatste index, maar verzuimden zij te vermelden dat de IRPH inherent hoger was dan de Euribor.
- 4 Op 4 maart 2022 heeft verzoeker bij gewone procedure een vordering ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het beding waarbij de IRPH als referentierente werd vastgesteld voor de berekening van de variabele rente van zijn lening, omdat dit beding oneerlijk was.

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

- 5 Verzoeker betoogt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk is omdat er tegenstrijdigheden bestaan tussen enerzijds het arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2020, [REDACTED] C-125/18, en de beschikkingen van 17 november 2021, [REDACTED] II, C-655/20, en Unión de Créditos Inmobiliarios, C-79/21, en, anderzijds, de uitlegging van die beslissingen door de Spaanse Tribunal Supremo (meer bepaald in de arresten 595/2020, 596/2020, 597/2020, 598/2020 en 599/2020, van 12 november 2020, en beslissingen 42/2022, 43/2022, en 44/2022, van 27 januari 2022), waarin dat Hoogerechtshof niet-ontvankelijk heeft verklaard de cassatieberoepen van

consumenten wier vorderingen tot nietigverklaring van het beding waarbij de IRPH Cajas in de overeenkomst wordt opgenomen, wegens oneerlijkheid zijn afgewezen, op grond dat de in die beroepen opgeworpen problematiek in de arresten 42/2022, 43/2022 en 44/2022 van 27 januari 2022 waren beslecht.

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

#### ***I) Vereiste dat de opnemings van de IRPH als bestanddeel van de renteberekeningsclausule transparant moet zijn***

6 De verwijzende rechter haalt de volgende arresten van het HvJ-EU aan om het kader te beschrijven dat volgens hem de voorwaarden bepaalt waaraan moet zijn voldaan om een beding op transparante wijze in de overeenkomst op te nemen:

a) Arrest van 3 maart 2020, ██████████ C-125/18

Punt 52: het staat aan de nationale rechter om de noodzakelijke verificaties te verrichten op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de **reclame en de informatie die door de kredietgever in het kader van de onderhandelingen van een leningsovereenkomst worden verstrekt**, en staat het hem, meer in het bijzonder, om – wanneer hij alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking neemt – na te gaan of in de betrokken zaak **aan de consument alle gegevens zijn meegedeeld** die van invloed kunnen zijn op de omvang van zijn verbintenis en op grond waarvan hij met name de totale kosten van zijn lening kan ramen. Een beslissende rol bij die beoordeling spelen de vraag of de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zodat een gemiddelde consument, zoals beschreven in punt 51 van het onderhavige arrest, aan de hand daarvan die kosten kan ramen en voorts de omstandigheid dat de kredietovereenkomst niet de gegevens bevat die, gelet op de aard van de goederen of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, essentieel worden geacht.

Punt 53: met betrekking tot een beding als het onderhavige moet worden vastgesteld dat bij dit onderzoek relevant is dat **de voornaamste gegevens** met betrekking tot de berekening van de IRPH van de Spaanse spaarbanken gemakkelijk **toegankelijk** waren voor eenieder die een hypothecaire lening wil aangaan, aangezien die gegevens waren opgenomen in circulaire 8/1990 die is gepubliceerd in het *Boletín Oficial del Estado*, hetgeen een redelijk oplettende en omzichtige consument immers in staat te **begrijpen** dat die index werd berekend op basis van een gemiddelde van de rentevoeten van hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning, met inbegrip van het gemiddelde van de marges die deze instellingen hanteren en de kosten die zij aanrekenen.

Punt 54: om te beoordelen of het litigieuze beding transparant is, is het relevant dat de kredietinstellingen volgens de nationale regeling die van

kracht was op de datum waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst werd gesloten, de consumenten moesten informeren over de evolutie van de IRPH van de Spaanse spaarbanken in de loop van de twee aan het sluiten van de leningsovereenkomsten voorafgaande kalenderjaren en over de laatste beschikbare waarde. Dergelijke informatie kan de consument ook een objectieve aanwijzing geven over de economische gevolgen van de toepassing van een dergelijke index en vormt een nuttig vergelijkingspunt tussen de berekening van de variabele rentevoet op basis van de IRPH van de Spaanse spaarbanken en andere formules voor de berekening van de rentevoet.

Punt 55: de verwijzende rechter zal moeten nagaan of bij de sluiting van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst daadwerkelijk aan alle informatieverplichtingen van de nationale regeling is voldaan.

Punt 56: artikel 4, lid 2 en artikel 5 van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat een contractueel beding waarin in het kader van een hypotheekovereenkomst een variabele rentevoet wordt vastgesteld, om te voldoen aan het vereiste van transparantie van dat beding, niet alleen formeel en grammaticaal begrijpelijk moet zijn, maar tevens een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument in staat moet stellen om de concrete werking van de berekeningswijze van die rentevoet te begrijpen en om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de – mogelijk aanzienlijke – economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen in te schatten. Voor de beoordeling die de nationale rechter in dit verband moet verrichten, is bijzonder van belang dat de voornaamste gegevens met betrekking tot de berekening van deze rentevoet gemakkelijk toegankelijk zijn voor eenieder die een hypothecaire lening wil aangaan omdat de berekeningswijze van die rentevoet wordt gepubliceerd, en dat informatie wordt verstrekt over de evolutie in het verleden van de index op basis waarvan die rentevoet is berekend.

- b) Conclusie van de advocaat-generaal van 10 september 2019 in zaak C-125/18

Punt 2: consumenten zijn niet in staat bepaalde begrippen zoals (vaste of variabele) „rente”, „referentierente” of „jaarlijks kostenpercentage” (JKP), en in het bijzonder de verschillen tussen die begrippen te begrijpen. Dit geldt voor de werking of de concrete berekening van de variabele rente maar ook voor de JKP's op basis waarvan de IRPH-rentetarieven worden bepaald, zodat de door de kredietverstrekker verstrekte informatie essentieel is.

Punt 125: de berekeningsformule voor de IRPH Cajas is complex en weinig transparant, en om de transparantietoets te doorstaan moet de kredietverstrekker informatie verstrekken zodat de consument een prudente en goed geïnformeerde beslissing zou kunnen nemen over de

berekeningsmethode, waarbij niet alleen de volledige definitie van de gebruikte referentie-index wordt gepreciseerd, maar ook de relevante bepalingen van nationaal recht waarin die index en de ontwikkelingen ervan in het verleden zijn vastgelegd.

c) Opmerkingen van de Commissie in zaak C-125/18

Punt: 57 de verkoper is verplicht de consument uit te leggen hoe het referentiepercentage werd berekend, hoe het zich in het verleden heeft ontwikkeld en wat de prognoses voor de toekomst waren, voor zover dit geweten kon zijn.

Beschikking van 17 november 2021, [REDACTED] II, C-655/20

Punt 1 van het dictum: artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, en het vereiste van transparantie van contractuele bedingen moeten in het kader van een hypothecaire lening aldus worden uitgelegd dat zij de verkoper toestaan om in een dergelijke overeenkomst geen volledige definitie te geven van de referentie-index die wordt gehanteerd voor de berekening van een variabele rentevoet of om de consument vóór de sluiting van deze overeenkomst geen informatiebrochure met een overzicht van de vroegere evolutie van die index te overhandigen omdat de informatie over deze index officieel is bekendgemaakt, op voorwaarde dat een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, gelet op de publiekelijk beschikbare en toegankelijke gegevens en op de in voorkomend geval door de verkoper verstrekte informatie, in staat is gesteld om de concrete werking van de berekeningswijze van de referentie-index te begrijpen en om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de – mogelijk aanzienlijke – economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen in te schatten.

- 7 De verwijzende rechter verwijst vervolgens naar de benadering van de Spaanse Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) (arresten van 12 november 2020) met betrekking tot het arrest in zaak C-125/18, volgens welke de publicatie in het BOE van circulaire 8/1990 en van de procedure voor de berekening van de IRPH Cajas dient om in alle gevallen te voldoen aan het vereiste van transparantie met betrekking tot de samenstelling en de berekening van die index, zoals blijkt uit punt 56 van het voornoemde arrest. Met betrekking tot de beschikking van 17 november 2021, [REDACTED] II, C-125/18, is de Spaanse Tribunal Supremo van oordeel dat het feit dat het de verkoper is toegestaan om geen volledige definitie van de IRPH in de overeenkomst op te nemen, een onvoorwaardelijke vrijstelling is die in alle gevallen van toepassing is.
- 8 De verwijzende rechter is van oordeel dat het standpunt van de Spaanse Tribunal Supremo om de volgende redenen onjuist is: i) de raadpleging van circulaire



8/1990 in het BOE – waar de consument zich op zou kunnen beroepen – verstrekt geen informatie over de IRPH Cajas omdat die index in de voornoemde circulaire is ingevoerd bij circulaire 5/1994; ii) de raadpleging van circulaire 5/1994 in het BOE laat de consument toe kennis te nemen van de definitie van de IRPH Cajas, doch niet van de berekeningswijze van die index, waaruit de consument zelf en zonder financiële voorkennis moet afleiden dat de IRPH een JKP is dat spreads, provisies en kosten omvat; iii) de Tribunal Supremo benadrukt dat de publicatie in het BOE –waarnaar in punt 53 van arrest C-125/18 wordt verwezen – het mogelijk maakte te weten hoe de IRPH Cajas werd berekend, doch voorbijgaat aan de andere verduidelijkingen die in overige punten van dat arrest zijn opgenomen, en iv) de Spaanse Tribunal Supremo heeft zelf in zijn arresten de IRPH niet correct gedefinieerd en maakt geen duidelijk onderscheid tussen de begrippen referentierente, rente en JKP, aangezien het in de arresten van 12 november 2020 de prijs van een lening en de kosten ervan door elkaar haalt, hetgeen suggereert dat de gemiddelde consument evenmin in staat is om deze complexe begrippen en mechanismen te begrijpen.

- 9 In het licht van al het voorgaande betwijfelt de verwijzende rechter of bij de opneming van het beding in de overeenkomst aan het vereiste van transparantie is voldaan en legt hij op dit vlak de vierde, vijfde, zesde, zevende, achtste, negende en tiende prejudiciële vraag voor.

***II) Mogelijke bestaan van een misleidende praktijk in de zin van richtlijn 2005/29***

- 10 Volgens artikel 7 van richtlijn 2005/29 is er sprake van een misleidende praktijk wanneer de verkoper essentiële informatie weglaat die, indien de consument daarvan op de hoogte was geweest, hem ertoe had kunnen brengen een ander besluit te nemen dan het besluit dat hij uiteindelijk heeft genomen.
- 11 De verwijzende rechter is van oordeel dat het feit dat de hierboven vermelde relevante informatie – die nodig was om de potentieel significante economische gevolgen van de overeenkomst te beoordelen – door de verkoper werd weggelaten uit het beding waarbij de IRPH Cajas in de overeenkomst is opgenomen, kan neerkomen op een misleidende praktijk in de zin van richtlijn 2005/29, en een teken dat de verkoper niet te goeder trouw heeft gehandeld in de zin van richtlijn 93/13, waardoor een verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument is ontstaan.
- 12 In het licht van alle voorgaande overwegingen stelt de verwijzende rechter de elfde en de twaalfde prejudiciële vraag.

***III) Bestaan van een verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen, in strijd met de goede trouw***

*III-1) Verband tussen transparantie en oneerlijkheid*

- 13 Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld als oneerlijk beschouwd wanneer het, in tegenstelling tot de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.
- 14 In zaak C-125/18 is de advocaat-generaal in punt 127 van zijn conclusie van mening dat moet worden opgemerkt dat, indien de verwijzende rechter zou vaststellen dat, gelet op de antwoorden die het Hof op de gestelde vragen zal geven, is voldaan aan het vereiste dat contractuele bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, en bijgevolg aan het transparantievereiste, dit niet wegneemt dat het litigieuze beding hoe dan ook moet worden beoordeeld met betrekking tot het eventuele inhoudelijk oneerlijke karakter ervan, gelet op het mogelijke bestaan van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument.
- 15 De Spaanse Tribunal Supremo is van oordeel dat, zelfs wanneer het beding met betrekking tot de IRPH Cajas de transparantietoets niet doorstaat, dit niet automatisch betekent dat het beding oneerlijk is, aangezien het ook aan de oneerlijkheidstoets moet worden onderworpen zoals gedefinieerd in artikel 3, lid 1, van Richtlijn 93/13. Dit criterium is in tegenspraak met het eerdere door datzelfde Tribunal Supremo ingenomen standpunt, volgens hetwelk het gebrek aan transparantie van het bodemrentebeding noodzakelijkerwijs de oneerlijkheid ervan met zich meebrengt.
- 16 De verwijzende rechter is van oordeel dat, ongeacht of de betrokken clause de transparantietoets al dan niet doorstaat, onderzocht moet worden of dat beding oneerlijk is omdat zij het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort, en verzoekt het Hof van Justitie te bevestigen dat, indien het beding betreffende de IRPH Cajas de transparantietoets doorstaat, de nationale rechter dit beding hoe dan ook moet onderwerpen aan een toetsing naar het oneerlijke karakter ervan ten gronde, gelet op de mogelijkheid van het bestaan van een dergelijke verstoring van het evenwicht.

– *III-2) Goede trouw en evenwicht*

- 17 Om na te gaan of het beding inhoudelijk oneerlijk is, preciseert het arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, Banco Primus, C-421/14, in punt 67 dat wanneer volgens de rechter een contractueel beding betreffende de wijze van berekening van de gewone rente niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd in

de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, het zijn taak is te onderzoeken of dat beding oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, daarvan. Daarbij zal hij de in dat beding vastgestelde wijze van berekening van de gewone rente en het concrete rentebedrag dat daaruit resulteert moeten vergelijken met de berekeningswijzen die in de regel worden gebruikt, de wettelijke rente en de rentevoeten die ten tijde van de sluiting van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst op de markt werden gehanteerd voor leningen voor een bedrag en een looptijd overeenkomende met die van de betrokken leningsovereenkomst. Volgens punt 69 van het arrest van 14 maart 2013 in zaak C-415/11, ██████ dient de nationale rechter na te gaan of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.

- 18 De Spaanse Tribunal Supremo is van oordeel dat, in tegenstelling tot de goede trouw, het beding betreffende de IRPH geen aanleiding kan geven tot een verstoring van het evenwicht omdat het een officiële index is die is goedgekeurd door de bankautoriteit en in feite als referentie-index is gebruikt door de Spaanse centrale regering en verschillende regionale regeringen op het gebied van financiering van officieel beschermde woningen.
- 19 Volgens de verwijzende rechter is de IRPH, die in abstracto een officiële index is, niet hetzelfde als de IRPH die in een overeenkomst is opgenomen om te dienen voor de berekening van de variabele rente en is het daarom irrelevant dat deze index officieel is. Bovendien moet eraan worden herinnerd dat in overeenkomsten met variabele rente alleen officiële indexen mogen worden gebruikt. Overigens passen de banken bij de financiering van officieel beschermde woningen een negatieve spread op de IRPH toe, waarschijnlijk omdat deze financiering onder toezicht van de overheid staat.
- 20 De verwijzende rechter is van oordeel dat de officiële aard van de index en de controle die daarop werd uitgevoerd door de Banco de España niet betekent dat een beding – zoals datgene dat in de onderhavige zaak aan de orde is – aan de goede trouw en het passend evenwicht voldoet, zoals opgelegd door richtlijn 93/13. De verwijzende rechter betwijfelt overigens of de consument het litigieuze beding zou hebben aanvaard indien daarover afzonderlijk was onderhandeld en de verkoper hem alle informatie had bezorgd die noodzakelijk was om te begrijpen hoe zijn rente werd berekend, met name die van circulaire 5/1994 betreffende de negatieve spread en de ontwikkelingen van die index tijdens ten minste de twee voorgaande jaren.
- 21 De verwijzende rechter wenst te vernemen onder welke omstandigheden moet worden geoordeeld dat een beding geacht wordt te voldoen aan de vereisten inzake goede trouw en evenwicht en stelt daartoe de eerste, de tweede, de veertiende, de vijftiende, de zestiende, de zeventiende en de achttiende prejudiciële vraag.

***IV) Toepassing van artikel 6 van richtlijn 93/13 met betrekking tot de voor de berekening van de IRPH gebruikte financiële posten, waarvan de betaling niet aan de consument had mogen worden opgelegd***

- 22 De verwijzende rechter wijst erop dat de JKP's die door de spaarbanken aan de Banco de España zijn verstrekt zodat deze kan bepalen of de IRPH Cajas van de overeenkomstige maand elementen bevat waarvan het oneerlijk karakter niet ter discussie staat, zoals het geval is voor bepaalde kosten die – hoewel betaalbaar door de verkoper – aan de consument waren aangerekend, of kosten waarvan de rechtmatigheid ter discussie wordt gesteld, zoals de afsluitprovisie.
- 23 Bijgevolg legt de verwijzende rechter de derde prejudiciële vraag voor, waarmee hij wenst te vernemen of artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, volgens hetwelk oneerlijke bedingen de consument niet binden, in de weg staat aan de geldigheid van een IRPH Cajas-beding dat is vastgesteld op basis van gegevens die voortvloeien uit het gebruik van bepaalde oneerlijk verklaarde bedingen.

***V) Gevolgen van de nietigverklaring wegens oneerlijkheid van het IRPH-beding in het geval dat de overeenkomst zonder dit beding niet kan voortbestaan***

- 24 Indien de verwijzende rechter zou concluderen dat het IRPH-beding de transparantietoets niet doorstaat, zou hij artikel 83 van de TRLGDCU en artikel 5, lid 5, van wet 7/1998, beiden gewijzigd bij Ley 5/2019 de regulación de los contratos de crédito inmobiliario (wet tot regeling van kredietinkomsten inzake onroerende zaken) van 15 maart 2019, van toepassing moeten verklaren. Deze artikelen bepalen dat voorwaarden die op niet-transparante wijze ten nadele van de consument in overeenkomsten zijn opgenomen, van rechtswege nietig zijn. De Spaanse Tribunal Supremo gaat ervan uit dat artikel 83 van de TRLGDCU en artikel 5, lid 5 van wet 7/98 niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast.
- 25 De beschikking van het Hof van Justitie van 17 november 2021, ██████████ II, C-655/20, sluit op haar beurt aan bij de arresten van het Hof van Justitie van 3 oktober 2019, ██████████ C-260/18, en van 8 september 2022, D.B.P. e.a. (Hypothecair krediet in vreemde valuta), C-80/21 tot en met C-82/21, en bepaalt in punt 3 van het dictum dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het de nationale rechter de verplichting oplegt om de consument de keuze te bieden tussen enerzijds een herziening van de overeenkomst door het oneerlijk bevonden contractueel beding waarin een variabele rentevoet wordt vastgesteld, te vervangen door een beding dat verwijst naar een in de wet aanvullend vastgestelde index, en anderzijds een nietigverklaring van de volledige hypotheekovereenkomst indien deze niet kan voortbestaan zonder dat beding.
- 26 Met betrekking tot de in de wet aanvullend vastgestelde index (IRPH Entidades in plaats van IRPH Cajas) zij erop gewezen dat de 15de aanvullende bepaling van wet 14/2013 erop gericht was te waarborgen dat door de automatische

verdwijning van de IPRH Cajas en de IPRH Bancos het evenwicht tussen de op dat ogenblik op de partijen rustende verplichtingen werd bewaard. Die aanvullende bepaling legde eveneens op dat de IRP Cajas zou worden vervangen door IRPH Entidades- vermeerderd met een marge die gelijk is aan het rekenkundige gemiddelde van de verschillen tussen de IRPH Cajas en de IRPH Entidades, welke verschillen worden berekend op basis van de informatie die beschikbaar is tussen de datum van sluiting van de overeenkomst en de datum waarop de rente daadwerkelijk is vervangen.

- 27 Indien de vaststelling van het oneerlijke karakter van het IRPH Cajas-beding veronderstelt dat wordt erkend dat het beding een onevenwicht heeft gecreëerd in de verplichtingen tussen de partijen, rijst de vraag of een aanvullende bepaling die tot doel heeft het bestaande evenwicht te handhaven (15de aanvullende bepaling van wet 14/2013) een geschikt middel is om de doelstelling te bereiken dat de vaststelling van het oneerlijke karakter het evenwicht van de verplichtingen van de partijen herstelt.
- 28 Aangezien volgens de Banco de España alle punten van kritiek die tegen de IRPH Cajas kunnen worden aangevoerd, zouden zijn vermeden indien een negatieve spread was toegepast, is de verwijzende rechter van mening dat wanneer het beding waarmee de IRPH Cajas in de overeenkomst is opgenomen, oneerlijk is bevonden, het verenigbaar kan zijn met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 dat de nationale rechter het daadwerkelijk in de overeenkomst opgenomen verschil met terugwerkende kracht vervangt door de negatieve spread die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst had moeten worden toegepast, en de consument het ten onrechte aangerekende bedrag terugbetaalt, vermeerderd met rente, teneinde de nietigheid van de overeenkomst te voorkomen en deze om te zetten in de overeenkomst die overeenkomstig de waarschuwing van de Banco de España had moeten worden gesloten.
- 29 Indien de consument voor de nietigverklaring van de overeenkomst zou kiezen, heeft de verwijzende rechter twijfels over de toepassing van artikel 1303 dan wel artikel 1306, lid 2, van het burgerlijk wetboek. Op grond van artikel 1303 van het Burgerlijk Wetboek zouden de partijen datgene terugvorderen wat de andere partij op grond van de nietige overeenkomst had ontvangen, vermeerderd met rente, hetgeen betekent dat de instantie die aansprakelijk is voor de schending die aan de nietigverklaring ten grondslag ligt, daar voordeel uit zou halen omdat zij het volledige bedrag van de lening zou recupereren, vermeerderd met rente die wordt berekend tegen de wettelijke rente, die hoger is dan de rente in de overeenkomst en vanaf de eerste dag van toepassing is op het totale bedrag van de lening. Rekening houdend met het feit dat we te maken hebben met een toetredingsovereenkomst met algemene contractvoorwaarden waarover niet kan worden onderhandeld en die uitsluitend door de verkoper zijn opgelegd, is de verwijzende rechter van mening dat de verkoper als enige verantwoordelijk is voor de onrechtmatige oorzaak die tot de nietigheid van die overeenkomst heeft geleid en dat artikel 1306, lid 2, van het burgerlijk wetboek van toepassing is.

- 30 In het licht van alle voorgaande overwegingen stelt de verwijzende rechter op dit vlak de dertiende, negentiende, twintigste, eenentwintigste en tweeëntwintigste prejudiciële vraag.