



Datum van inontvangstneming : 03/12/2019

Geanonimiseerde versie

Vertaling C-776/19 - 1

Zaak C-776/19

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

22 oktober 2019

Verwijzende rechter:

Tribunal de grande instance de Paris (Frankrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 oktober 2019

Verzoekende partijen:

VB

WA

Verwerende partij:

BNP Paribas Personal Finance SA

TRIBUNAL

DE GRANDE

INSTANCE

DE PARIS

(RECHTER IN EERSTE AANLEG PARIJS)

[OMISSIS] **TUSSENVONNIS**

van dinsdag 1 oktober 2019



[OMISSIS]

VERZOEKERS

VB

[OMISSIS] PARIJS

WA

[OMISSIS] PARIJS

[OMISSIS]

VERWEERSTER

S.A. BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE

[OMISSIS] PARIJS

[OMISSIS] [Or. 2] [OMISSIS]

TUSSENVONNIS

[OMISSIS]

Op grond van een aanbieding van 19 juni 2009, waarvan niet wordt bestreden dat zij is aanvaard, zijn VB en WA voor de aankoop van een verhuurappartement bij de vennootschap BNP Paribas Personal Finance een eerste vastgoedlening, „Helvet Immo” geheten, ter hoogte van 425 525,61 Zwitserse frank aangegaan, met een aanvankelijke looptijd van 25 jaar.

In de overeenkomst [OMISSIS] was vastgelegd dat het krediet werd gefinancierd middels een lening in Zwitserse frank die door de kredietgever op de internationale valutamarkt werd afgesloten, „*waardoor u het hierin vastgestelde rentepercentage geniet*”. Hierin was tevens bepaald dat het krediet door middel van twee interne rekeningen, een in euro en een in Zwitserse frank, zowel in Zwitserse frank (rekenmunt) als in euro (betaalmunt) werd beheerd. Met betrekking tot de „wisseltransacties” was [OMISSIS] het volgende vastgelegd: „*aangezien het geen transactie voor internationaal krediet betreft, kunnen uw betalingen uit hoofde van deze lening alleen in euro worden verricht voor aflossing in Zwitserse frank*”. [OMISSIS] Ook was vastgelegd dat het kredietbedrag, inclusief wisselkosten, werd vastgesteld op basis van 1 euro tegen 1,5096 Zwitserse frank. In de overeenkomst werden de te verrichten wisseltransacties opgesomd, waaronder de mogelijkheid voor de kredietverstrekker om de Zwitserse frank eenzijdig door de euro te vervangen ingeval de kredietnemer in gebreke zou blijven [OMISSIS], en was aangegeven dat de wisselkosten per transactie 1,50 % zouden bedragen. [Or. 3]

In de eerste 34 maanden bedroeg het maandelijkse terugbetalingsbedrag 1 033,91 euro, en in de 266 daaropvolgende maanden 1 695,49 euro. De aflossing was namelijk afhankelijk van de ontwikkeling van de koers van de euro ten opzichte van de Zwitserse frank en in de overeenkomst was bepaald dat indien de wisseltransactie tot een lager bedrag dan de termijnaflossing in Zwitserse frank zou leiden, de aflossing „*minder snel*” zou verlopen en het eventuele niet-afgeloste deel van het kapitaal in het debetsaldo zou worden opgenomen. In het tegenovergestelde geval zou de aflossing van de lening sneller verlopen. Indien het totale saldo niet binnen de aanvankelijke looptijd van de lening plus vijf jaar met de termijnbetalingen kon worden afgelost, zouden de aflossingen worden verhoogd voor vereffening van het saldo, binnen de grenzen van het prijsindexcijfer voor de consumentenprijzen van het INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques) (Frans bureau voor de statistiek en economische studies) over de voorgaande vijf jaar. Indien aan het einde van het vijfde verlengingsjaar een debetsaldo zou overblijven, zouden de verrekeningen tot de volledige vereffening worden voortgezet.

De rentevoet, die aanvankelijk op 4,1 % was vastgesteld, werd om de vijf jaar herzien op basis van een formule [OMISSIS] met een vast deel van 2,25 en een deel dat gelijk was aan het maandgemiddelde van de vijfjaarlijkse swaprente voor Zwitserse frank in de voorgaande kalendermaand.

In de overeenkomst was bepaald dat de kredietnemer bij de vijfjaarlijkse herziening van de rente voor de euro als rekenmunt kon kiezen, hetzij door te kiezen voor een vaste rente in euro, op basis van de gemiddelde maandelijkse rente op langlopende staatsobligaties, vermeerderd met 2,35 %, of met 2,55 % of zelfs 2,65 %, afhankelijk van de resterende aflossingstermijn, hetzij door te kiezen voor een variabele rente in euro, waarbij de variabele rente gebaseerd was op een vast deel (2,35 %) en op het maandelijkse gemiddelde van de EURIBOR.

Bij de overeenkomst waren twee simulaties gevoegd. De eerste simulatie had betrekking op de gevolgen van een verhoging of een verlaging met 2 procentpunten van de rentevoet vanaf de 61-ste aflossingstermijn voor het bedrag van de betalingen, de duur, en de totale kosten van de lening, en in de tweede simulatie, met als titel „*Informatie over de wisseltransacties die in het kader van het beheer van uw krediet zullen worden verricht*”, werden schommelingen van diezelfde gegevens in het geval van een waardevermeerdering van de euro ten opzichte van de Zwitserse frank (1 euro voor 1,5896 Zwitserse frank) en van een waardevermindering van de euro (1 euro voor 1,4296 Zwitserse frank) gesimuleerd.

Na een gerechtelijk vooronderzoek (door een onderzoeksrechter) werd BNPPF op 29 augustus 2017 vanwege misleidende handelspraktijken voor de rechter in eerste aanleg, bevoegd voor bepaalde strafzaken, gedaagd.

Bij gerechtsdeurwaarderexploit van 22 februari 2018 hebben VB en WA BNP Paribas voor deze rechter gedaagd, waarbij zij met name aanvoeren dat de

bedingen inzake het financiële mechanisme van de leningsovereenkomst oneerlijk zijn.

Bij beschikking van 23 januari 2019 heeft de rechter van instructie [OMISSIS] in afwachting van de definitieve uitkomst van de strafprocedure gelast de behandeling van de zaak te schorsen.

Nadat de rechter van instructie is verzocht de behandeling in afwachting van verschillende uitspraken van de Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk) te schorsen, heeft hij de mogelijkheid voorgelegd om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. [Or. 4]

In hun laatste vorderingen, die op 20 mei 2019 [OMISSIS] zijn betekend, verzoeken VB en WA de rechter om [het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 VWEU een aantal prejudiciële vragen voor te leggen].

[OMISSIS] [Or. 5] [OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS] [door verzoekers in het hoofdgeding voorgestelde prejudiciële vragen]

Volgens haar meest recente vorderingen, die op 20 mei 2019 [OMISSIS] zijn betekend, verzoekt BNPPF de rechter om [OMISSIS]

- te verklaren dat er geen prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie hoeft plaats te vinden;

- het verzoek van VB en WA om een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie bijgevolg af te wijzen;

[OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS]

MOTIVERING VAN DE BESLISSING:

[OMISSIS] [overwegingen inzake de nationale procedure]

Prejudiciële vragen

A. Toepasselijk gemeenschapsrecht - algemeen

Met betrekking tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet de rechter, op grond van richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993, die ten tijde van de overeenkomst in Frans recht was omgezet bij artikel L. 132-1 van de code de la consommation, op basis van het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht ambtshalve toetsen of een beding mogelijk oneerlijk is [arrest Hof van 4 juni 2009, ████████ zaak C-243/08], wat een afspiegeling is van een algemener beginsel van het communautaire consumentenrecht [arrest Hof van 21 april 2016, ████████ zaak C-377/14], dat zich verzet tegen elk procedureel mechanisme waardoor bepalingen inzake consumentenbescherming, zoals een

vervaltermijn, niet doeltreffend kunnen worden toegepast [zie bijvoorbeeld arrest Hof van 21 november 2002, ██████████ C-473/00].

In artikel 4, [lid] 2, van richtlijn 93/13 is echter bepaald dat „[d]e beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen [...] geen betrekking [heeft] op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van [Or. 8] enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.

Wat de beoordeling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreft, heeft het Hof van Justitie met betrekking tot overeenkomsten voor geïndexeerde leningen en/of in vreemde valuta af te lossen leningen ten eerste verduidelijkt dat de uitzondering op de toetsing van het oneerlijke karakter van een beding als bedoeld in artikel 4, [lid] 2, van de richtlijn strikt moet worden uitgelegd (arrest Hof van 30 april 2014, ██████████ e.a./OTP Jelzalogbank Zrt, C-26/13, punt 42), en ten tweede dat:

„57) [i]n de onderhavige zaak [...] bovendien [moet] worden vastgesteld dat, aangezien de uitsluiting van de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding beperkt is tot de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, zij niet kan worden toegepast ingeval wordt aangevoerd dat er een asymmetrie bestaat tussen de verkoopkoers van vreemde valuta, die volgens dat beding moet worden gebruikt voor de berekening van de aflossingen, en de aankoopkoers van die valuta, die volgens andere bedingen van de leningsovereenkomst moet worden gebruikt voor de berekening van het vrijgegeven leenbedrag.

58) Bovendien kan die uitsluiting niet worden toegepast op bedingen die, zoals beding III/2, met het oog op de berekening van de aflossingen, enkel de wisselkoers bepalen van de vreemde valuta waarin de leenovereenkomst is opgesteld, zonder dat bij die berekening door de kredietverlener een wisseldienst wordt verstrekt, en die dus geen „vergoeding” impliceren, waarvan de gelijkwaardigheid als tegenprestatie voor een door de kredietverlener verrichte prestatie krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet mag worden beoordeeld op het oneerlijke karakter ervan”.

In de zaak ██████████ (arrest Hof van 20 september 2017, C-186/16) is daarentegen verduidelijkt dat het beding volgens hetwelk de lening in dezelfde vreemde valuta moet worden terugbetaald als die waarin zij is aangegaan (punt 40), in beginsel onder het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst valt, waarbij het ging om een leningsovereenkomst in Zwitserse frank die in Zwitserse frank moest worden afgelost.

Wat betreft de vraag of een beding „duidelijk en begrijpelijk” is geformuleerd, heeft het Hof van Justitie met name het volgende verduidelijkt [arrest van 20 september 2018, OTP Bank/██████████ C-51/17, punt 78]:

„Gelet op een en ander moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat financiële instellingen op grond van het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn geformuleerd verplicht zijn leningnemers voldoende informatie te verstrekken om hen in staat te stellen goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen.

In dat verband betekent dat vereiste dat een beding betreffende het wisselkoersrisico voor de consument formeel en grammaticaal begrijpelijk moet zijn, maar ook wat de praktische reikwijdte ervan betreft, zodat een gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument niet alleen zich ervan bewust kan zijn dat de binnenlandse valuta in waarde kan verminderen ten opzichte van de vreemde valuta waarin de lening is opgesteld, maar ook de potentieel aanzienlijke economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen kan beoordelen.” (onderstreping toegevoegd)

Met betrekking tot de sanctie is in artikel 6 van de richtlijn het volgende bepaald: *„De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.”*

Wat betreft de bewijslast inzake de nakoming van de verplichtingen door de verkoper heeft het Hof op het gebied van consumentenkredieten verduidelijkt dat deze op de verkoper, en niet op de consument rust (arrest Hof van 18 december 2014, *Crédit Agricole Consumer Finance*/█ C-449/13).

Omwille van de duidelijkheid wordt de toepasselijke communautaire en nationale wetgeving voor elk van de vragen nader onderzocht.

B. Door BNP Paribas aangevoerde verjaring en daarmee verband houdende vragen

Verweerster stelt [OMISSIS] dat de verzoeken van de kredietnemers „kennelijk verjaard” zijn en dat derhalve geen prejudiciële vragen hoeven te worden gesteld.

Dit punt en de eventuele noodzaak om deze vraag ook aan het Hof van Justitie voor te leggen, moeten dus vóór de andere punten worden onderzocht.

1. Uiteenzetting van relevante elementen uit het gemeenschapsrecht en het nationale recht

In het gemeenschapsrecht is de kwestie van de conformiteit van eventuele aan de consument opgelegde termijnen met name aan de orde gesteld in het arrest van 21 november 2002, █ C-473/00, waarin het Hof van Justitie voor recht heeft verklaard (punt 36) dat „een procesregel die de nationale rechter na

het verstrijken van een vervaltermijn verbiedt, ambtshalve of naar aanleiding van een door een consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een beding waarvan de verkoper de tenuitvoerlegging vordert, oneerlijk is, een beroep op de bescherming die de richtlijn de consument beoogt te verlenen uiterst moeilijk maakt”.

In het arrest van 29 oktober 2015 (BBVA SA/█ C-8/14) heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat het bestaan van een vervaltermijn waarbinnen de consument zich in het kader van een procedure van beslag op onroerend goed op het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst kan beroepen, op zich niet in strijd is met het gemeenschapsrecht, maar dat

„39) [erop] moet [...] worden gewezen dat de litigieuze overgangsbepaling, voor zover zij de vervaltermijn in casu doet ingaan zonder dat de betrokken consumenten persoonlijk in kennis worden gesteld van de mogelijkheid om in een reeds vóór de inwerkingtreding van die wet ingeleide executieprocedure een nieuwe verzetgrond aan te voeren, niet garandeert dat die termijn ten volle kan worden benut, en dus niet verzekert dat het nieuwe, bij de wetswijziging in kwestie verleende recht daadwerkelijk kan worden uitgeoefend. [Or. 10]

40) Rekening houdend met het verloop, de bijzondere kenmerken en de complexiteit van de procedure alsook van de toepasselijke wettelijke regeling, bestaat er immers een aanzienlijk risico dat die termijn verstrijkt zonder dat de betrokken consumenten hun rechten daadwerkelijk en op zinvolle wijze kunnen doen gelden voor de rechter, met name omdat zij de juiste omvang van die rechten eigenlijk niet kennen of niet ten volle beseffen”.

Voorts heeft de Grote kamer van het Hof van Justitie (arrest van 21 december 2016, █ e.a./Cajasur Banco e.a., C-154/15) de rechtspraak van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) onderzocht, waarbij de gevolgen van het vastgestelde oneerlijke karakter van een beding in tal van overeenkomsten voor hypothecaire leningen op grond van het rechtszekerheidsbeginsel in de tijd waren beperkt, zodat betalingen die vóór de datum van het arrest van de Tribunal Supremo waren verricht, niet konden worden betwist. De Grote kamer was van oordeel dat dergelijke rechtspraak, die zij onderscheidde van een „redelijke” verjaringstermijn, niet verenigbaar was met het Unierecht doordat zij ertoe heeft geleid dat consumenten in strijd met de bepalingen van de richtlijn aan het beding waren gebonden dat juist oneerlijk werd geacht (zie punten 70 t/m 75).

In het nationale recht beroept verweerster zich op [OMISSIS] een aantal beslissingen van deze rechter en van de Cour d’appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk) op grond waarvan, wanneer het beroep door de kredietnemer wordt ingesteld, de verjaringstermijn van vijf jaar van artikel 2224 van het burgerlijk wetboek toepasselijk is en de verjaringstermijn ingaat vanaf de datum van aanvaarding van de aanbieding van de lening, zodat de bij hen ingediende vorderingen waren verjaard.

Met betrekking tot de toepasselijkheid van verjaring op vorderingen die op grond van de richtlijn waren ingesteld, heeft de eerste civiele kamer van de Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk) onlangs echter het volgende vonnis gewezen (*eerste civiele kamer, 13 maart 2019, hogere voorziening nr. 17-23.169*) [OMISSIS]:

„*Verjaring:*

[OMISSIS] [*Or. 11*] [OMISSIS]

De rechter in tweede aanleg was evenwel terecht van mening dat het verzoek om de litigieuze bedingen als niet-overeengekomen te beschouwen, niet als een vordering tot nietigverklaring kon worden beschouwd, zodat de verjaringstermijn van vijf jaar daarop niet van toepassing was; [OMISSIS]

In het arrest wordt echter niet ingegaan op eventuele verjaring van verzoeken om terugbetaling van te veel betaalde rente op grond van het oneerlijk geachte beding, zodat, zelfs als die rechtspraak ingang zou vinden, de kwestie niet geheel zou zijn opgelost. [OMISSIS] Wat de ingangsdatum van de verjaringstermijn betreft, is de rechtspraak op andere gebieden minder strikt: zo wordt in oudere rechtspraak van de eerste civiele kamer gesteld dat de termijn, indien de bankier zijn waarschuwingsplicht niet is nagekomen, pas kan ingaan op het moment waarop zich de eerste aflossingsproblemen voordoen (*eerste civiele kamer, 9 juli 2009, hogere voorziening nr. 08-10.820, Bull. 2009, I, nr. 172*). In recente rechtspraak inzake de adviesplicht van de handelskamer is deze regel met betrekking tot aflossingsvrije leningen, dat wil zeggen leningen waarbij het kapitaal na de looptijd wordt afgelost, duidelijker neergelegd (zie handelskamer, 6 maart 2019, hogere voorziening nr. 17-22.668 [OMISSIS]; handelskamer, 13 februari 2019, hogere voorziening nr. 17-14.785[OMISSIS]). [OMISSIS]2. Vragen van de rechter

Het belang van deze vragen voor de beslechting van het geschil is duidelijk, aangezien de leningsovereenkomst in 2008 is gesloten, zodat indien de zaak is verjaard, en de verjaringstermijn van vijf jaar ingaat vanaf de ondertekening van de overeenkomst, de vorderingen verjaard zijn omdat zij bij dagvaarding van 13 oktober 2016 zijn ingesteld.

De eerste vraag betreft de verenigbaarheid van een verjaringstermijn met het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, wanneer de verzoeker een consument is: uit een aantal beslissingen komt naar voren dat het bestaan van een verjaringstermijn op zich niet in strijd met het gemeenschapsrecht is, ook als deze in het licht van de feiten van de zaak ongeldig wordt verklaard (BBVA/█ C-8/14). Niettemin wordt zowel in het arrest █ (C-473/00) als in het arrest █ van de Grote kamer (C-154/15) benadrukt dat dergelijke termijnen problemen kunnen opleveren voor een consument die niet goed op de hoogte is van zijn rechten, niet alleen vanuit het oogpunt van de doeltreffendheid

van het gemeenschapsrecht, maar ook van het in de richtlijn neergelegde beginsel dat consumenten niet door oneerlijke bedingen kunnen worden gebonden.

Bovendien is voorzichtigheid geboden bij het, zij het traditionele, onderscheid tussen gevallen waarin de consument verzoeker is en gevallen waarin hij verweerder is, want als de consument zijn aflossingstermijnen niet meer betaalt, hetzij vrijwillig, hetzij omdat hij [Or. 12] zijn verplichtingen echt niet kan nakomen, wordt een andere procedure of een tegenvordering tegen hem ingesteld.

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Eerste vraag: Verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel, zich in een zaak als in het hoofdgeding tegen toepassing van de verjaringsregels in de volgende gevallen: (a) bij de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding, (b) bij eventuele terugbetalingen, (c) wanneer de consument de verzoeker is en (d) wanneer de consument de verweerder is, ook bij een tegenvordering?

De tweede vraag is alleen aan de orde indien de eerste vraag geheel of ten dele ontkennend wordt beantwoord. Indien verjaring in een van deze configuraties van toepassing is, rijst de vraag wanneer deze is ingegaan, met name in het licht van de door BNP Paribas aangevoerde beslissingen waarbij de datum van ondertekening van de overeenkomst als ingangsdatum is vastgesteld.

Aangezien het gaat om een overeenkomst met een aanvankelijke looptijd van 25 jaar en de verjaringstermijn naar Frans recht vijf jaar bedraagt, kan er immers een risico bestaan dat de kredietnemers ten eerste niet op de hoogte waren van hun rechten en ten tweede niet op de hoogte waren van het bestaan zelf van een probleem met de wisselkoers indien deze gedurende de eerste jaren stabiel bleef en bijvoorbeeld na vier of vijf jaar ongunstiger werd, wat vervolgens tot ernstige moeilijkheden leidde.

[OMISSIS]

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet tevens worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Tweede vraag: Indien de eerste vraag geheel of ten dele ontkennend wordt beantwoord, verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel, zich dan in een geval als in het hoofdgeding tegen toepassing van nationale rechtspraak waarin is verklaard dat de verjaringstermijn ingaat op de datum van aanvaarding van de aanbieding van de lening, in plaats van op de datum waarop ernstige financiële problemen zijn ontstaan?

C. De vraag of de litigieuze bedingen al dan niet tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren

De vraag of de litigieuze bedingen al dan niet betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst is relevant voor het onderzoek ten gronde van het geschil, aangezien het antwoord daarop bepaalt of het oneerlijke karakter van de bestreden bedingen kan worden onderzocht indien zij „*duidelijk en begrijpelijk*” zijn. [Or. 13]

1. Relevante elementen uit het gemeenschapsrecht en het nationale recht

In het gemeenschapsrecht lijken het arrest █████ van 30 april 2014 (C-26/13), enerzijds, en de latere rechtspraak, met name het arrest in de zaak OTP Bank van 20 september 2018 (C-51/17) en het arrest in de zaak █████ Erste Bank van 14 maart 2019 (C-118/17), anderzijds, op gespannen voet met elkaar te staan.

Zoals hierboven is aangegeven, is in het arrest █████ om te beginnen het beginsel vastgelegd dat de beperking van de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen in overeenkomsten als bedoeld in artikel 4, [lid] 2, strikt moet worden uitgelegd. Voorts is in dat arrest verklaard dat:

„57) [i]n de onderhavige zaak [...] bovendien [moet] worden vastgesteld dat, aangezien de uitsluiting van de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding beperkt is tot de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, zij niet kan worden toegepast ingeval wordt aangevoerd dat er een asymmetrie bestaat tussen de verkoopkoers van vreemde valuta, die volgens dat beding moet worden gebruikt voor de berekening van de aflossingen, en de aankoopkoers van die valuta, die volgens andere bedingen van de leningsovereenkomst moet worden gebruikt voor de berekening van het vrijgegeven leenbedrag.

58) Bovendien kan die uitsluiting niet worden toegepast op bedingen die, zoals beding III/2, met het oog op de berekening van de aflossingen, enkel de wisselkoers bepalen van de vreemde valuta waarin de leningsovereenkomst is opgesteld, zonder dat bij die berekening door de kredietverlener een wisseldienst wordt verstrekt, en die dus geen „vergoeding” impliceren, waarvan de gelijkwaardigheid als tegenprestatie voor een door de kredietverlener verrichte prestatie krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet mag worden beoordeeld op het oneerlijke karakter ervan”.

In punt 48 van het arrest █████ wordt echter het volgende verklaard:

„In de tweede plaats dient ter zake eraan te worden herinnerd dat, met betrekking tot contractuele bedingen inzake het wisselkoersrisico, uit de rechtspraak van het Hof volgt dat dergelijke bedingen, doordat zij het eigenlijke voorwerp van de leningsovereenkomst bepalen, binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 vallen en enkel aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter

ontsnappen voor zover de bevoegde nationale rechter, na een beoordeling per geval, oordeelt dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (zie in die zin arrest van 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring, C- 51/17, EU:C:2018:750, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

Op grond van de redenering van het arrest ██████ lijkt echter niet te kunnen worden geoordeeld dat bedingen inzake het wisselkoersrisico op zich „goederen” of „diensten”, dan wel een „vergoeding” zijn in de zin van artikel 4, [lid] 2, dat strikt moet worden uitgelegd.

In het nationale recht was de eerste civiele kamer in een reeks [Or. 14] vonnissen die in februari 2019 zijn geweest (zie bijvoorbeeld eerste civiele kamer, 12 december 2018, hogere voorziening nr. 17-18.491) van mening dat het ging om het eigenlijke voorwerp van de overeenkomsten als aan de orde in het hoofdgeding.

2. Vraag van de rechter

Aangezien hier een overeenkomst aan de orde is waarin de termijnen, net zoals in de zaak ██████ maar anders dan in de zaak ██████ (C-186/16), in de nationale valuta moesten worden afgelost, rijst de vraag of de in het eerste arrest uiteengezette beginselen wel geldig zijn.

Moet opnieuw de redenering van het arrest ██████ worden gevolgd, volgens welke het beding (hoewel zeer belangrijk in de opzet van de overeenkomst) geen deel lijkt uit te maken van het „eigenlijke voorwerp” van de overeenkomst in de restrictieve zin van artikel 4, [lid] 2, aangezien het geschil geen betrekking heeft op de wisselkosten (1,5 %), of moet er juist van worden uitgegaan dat de bedingen inzake het wisselkoersrisico, net als in de zaken OTP en ██████ louter vanwege dit feit tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren?

Deze vraag moet ook worden beoordeeld met het oog op de toepassing van richtlijn 2004/39 (hierna: „MFI-richtlijn”), aangezien het Hof van Justitie in het arrest ██████ van 3 december 2015 (C-312/14), dat kort na het arrest ██████ is geweest, heeft geoordeeld dat de verplichtingen van de MFI-richtlijn met name op de volgende gronden niet op overeenkomsten in een vreemde valuta van toepassing zijn:

„56) Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, zijn die transacties immers beperkt tot de omrekening, tegen de aankoop- of de verkoopkoers van de betrokken vreemde valuta, van de bedragen van de lening en de maandelijkse afbetalingen die in die vreemde valuta zijn uitgedrukt (rekenmunt) in de nationale valuta (betaalmunt).

57) Dergelijke transacties hebben alleen tot doel uitvoering te geven aan de essentiële betalingsverplichtingen van de leningsovereenkomst, namelijk de beschikbaarstelling van het kapitaal door de kredietgever en de terugbetaling van

dat kapitaal, vermeerderd met rente, door de kredietnemer. Die transacties strekken er niet toe een belegging te doen, aangezien de consument alleen ernaar streeft om geld te verkrijgen voor de aankoop van een consumptiegoed of een dienst, en bijvoorbeeld niet om een wisselkoersrisico te beheren of op de wisselkoers van een vreemde valuta te speculeren.”

Indien thans zou vaststaan dat bedingen inzake het wisselkoersrisico in leningsovereenkomsten tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren, zou de vraag kunnen rijzen of op deze overeenkomsten soortgelijke verplichtingen van toepassing zijn als die van de MFI-richtlijn, waarbij in het bijzonder moet worden nagegaan of het aan de kredietnemer in die overeenkomsten aangeboden product passend was, ook al lijkt het pmoelijk om ze als financiële producten aan te merken, zoals sommige verzoekers lijken te overwegen.

Een kredietovereenkomst als aan de orde in het hoofdgeding omvat een element van weddenschap op de koersontwikkeling van de rekenmunt en de betaalmunt, waarbij de belangen van de bank en die [Or. 15] van de kredietnemer haaks op elkaar staan, wat sterk lijkt op speculatie (met als verschil dat de valuta's zijn geleend en niet zijn gekocht). Dit is des te meer het geval omdat de betrokken overeenkomst niet alleen bepalingen over het wisselkoersrisico bevat, maar ook [OMISSIS] opties waarmee de financiële voorwaarden van de overeenkomst op gezette tijden en volgens vooraf bepaalde voorwaarden kunnen worden aangepast.

Aangezien bedingen zonder welke de betrokken overeenkomst niet zou kunnen voortbestaan gewoonlijk onder het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst vallen (zie bijvoorbeeld arrest ██████ C-118/17, punt 52), beroepen verzoekers zich op het bestaan van een optie voor de omzetting van de overeenkomst in euro op precieze data om daaruit af te leiden dat de betrokken bedingen niet „het eigenlijke voorwerp” ervan vormen, aangezien uitdrukkelijk is vastgelegd dat de overeenkomst in de nationale valuta kan worden voortgezet. Het lijkt er niet op dat het Hof van Justitie zich heeft hoeven uitspreken over de mogelijke gevolgen van dergelijke bedingen voor de analyse.

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Derde vraag: Vallen bedingen als aan de orde in het hoofdgeding, waarin in het bijzonder is vastgelegd dat de Zwitserse frank de rekenmunt en de euro de betaalmunt is, wat tot gevolg heeft dat het wisselkoersrisico bij de kredietnemer komt te liggen, onder het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, in de zin van artikel 4, [lid] 2, van richtlijn 93/13, wanneer het bedrag van de wisselkosten niet wordt betwist en er bedingen zijn opgenomen waarin is bepaald dat de kredietnemer er op gezette tijden voor kan kiezen de lening volgens een vooraf vastgestelde formule in euro om te zetten?

D. Beoordeling van het „duidelijke en begrijpelijke” karakter van het beding

De beoordeling van de vraag of het beding „duidelijk en begrijpelijk” is geformuleerd, is van essentieel belang voor de beslechting van het geschil in het geval dat de bestreden bedingen het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst vormen, maar ook in het tegenovergestelde geval, aangezien bij de beoordeling van de vraag of het evenwicht al dan niet aanzienlijk wordt verstoord, in aanmerking moet worden genomen dat de verkoper „duidelijke en begrijpelijke” informatie dient te verstrekken.

[OMISSIS] [Or. 16] [OMISSIS].

1. Elementen die aan de kredietnemer moeten worden meegedeeld (specifieke waarschuwing voor het wisselkoersrisico, simulaties en eventuele criteria waaraan deze simulaties moeten voldoen)

a) Elementen uit het gemeenschapsrecht en het nationale recht

In het gemeenschapsrecht heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat een beding volgens het gemeenschapsrecht „*duidelijk en begrijpelijk*” is in de zin van richtlijn 93/13 indien het aan strenge criteria voldoet, die met name in het arrest van 20 september 2018, OTP Bank/█ C-51/17, in herinnering zijn gebracht:

„73) *In dit verband volgt, in de context van in vreemde valuta luidende leningsovereenkomsten, uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat bedingen van overeenkomsten formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn niet volstaat om te voldoen aan het vereiste dat deze bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn (zie in die zin arrest van 20 september 2017, █ e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*

74) *Met betrekking tot leningen in vreemde valuta als aan de orde in het hoofdgeding moet worden benadrukt dat, zoals het Europees Comité voor systeemrisico's in herinnering heeft gebracht in zijn aanbeveling ESRB/2011/1 van 21 september 2011 inzake kredietverlening in vreemde valuta (PB 2011, C 342, blz. 1), financiële instellingen kredietnemers voldoende informatie moeten verschaffen die hen in staat stelt goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen en die ten minste het effect op periodieke betalingen omvat van een scherpe waardevermindering van het wettig betaalmiddel van de lidstaat waar een kredietnemer is gevestigd, en van een toename van de buitenlandse rentevoet (Aanbeveling A – Risicobewustzijn van kredietnemers, punt 1) (arrest van 20 september 2017, █ e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, punt 49).*

75) *Meer in het bijzonder moet de leningnemer duidelijk worden geïnformeerd over het feit dat hij zich met de ondertekening van een in vreemde valuta luidende kredietovereenkomst blootstelt aan een wisselkoersrisico dat mogelijkerwijs*

economisch gezien een zware last kan worden in geval dat de waarde van de valuta waarin hij zijn inkomsten ontvangt, daalt ten opzichte van de vreemde valuta waarin de lening is aangegaan. Voorts moet de verkoper, in casu de bankinstelling, uitleg geven over de mogelijke wisselkoersschommelingen en de risico's die inherent zijn aan het aangaan van een lening in vreemde valuta (zie in die zin arrest van 20 september 2017, ██████████ e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, punt 50).

76) Ten slotte, zoals in de twintigste overweging van richtlijn 93/13 wordt verduidelijkt, dient de consument daadwerkelijk de gelegenheid te hebben om kennis te nemen van alle bedingen van de overeenkomst. Voor een consument is het immers van wezenlijk belang dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, tijdig informatie ontvangt over de contractvoorwaarden en de gevolgen van de [Or. 17] sluiting van de overeenkomst, om te beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die de laatstgenoemde tevoren heeft vastgelegd (zie in die zin arrest van 30 april 2014, ██████████ en ██████████ ██████████ C-26/13, EU:C:2014:282, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77) In casu staat het, gelet op het voorgaande, aan de verwijzende rechter om met name rekening te houden met de aanwezigheid in de in geding zijnde leningovereenkomst van punt 10 daarvan, met als opschrift „Verklaring inzake de mededeling van het risico”, waarvan de bewoordingen in punt 19 van dit arrest zijn weergegeven, gelezen in samenhang met eventuele aanvullende informatie die vóór de sluiting van die overeenkomst is verstrekt. Wat dit laatste betreft, blijkt uit de aan het Hof voorgelegde gegevens dat de leningnemers onder meer een formulier met aanvullende informatie over het wisselkoersrisico hebben ontvangen, dat concrete voorbeelden bevat van de berekening van het risico in geval van een waardevermindering van de Hongaarse forint ten opzichte van de Zwitserse frank, hetgeen de nationale rechter niettemin dient te verifiëren.

78) Gelet op een en ander moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat financiële instellingen op grond van het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn geformuleerd verplicht zijn leningnemers voldoende informatie te verstrekken om hen in staat te stellen goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen. In dat verband betekent dat vereiste dat een beding betreffende het wisselkoersrisico voor de consument formeel en grammaticaal begrijpelijk moet zijn, maar ook wat de praktische reikwijdte ervan betreft, zodat een gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument niet alleen zich ervan bewust kan zijn dat de binnenlandse valuta in waarde kan verminderen ten opzichte van de vreemde valuta waarin de lening is opgesteld, maar ook de potentieel aanzienlijke economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen kan beoordelen.” (onderstreeping en vet toegevoegd)

In het nationale recht heeft de hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken met betrekking tot de „Helvet Immo”-overeenkomsten zonder simulatie in het bijzonder de volgende vonnissen gewezen:

Eerste civiele kamer, 3 mei 2018, hogere voorziening nr. 17-13.593 [OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 18] [OMISSIS] [passage uit het arrest]

In dezelfde zin: Eerste civiele kamer, 20 februari 2019, hogere voorziening nr. 17-31.065 [OMISSIS] [passage uit het arrest]

Met betrekking tot de aanbiedingen waarbij een simulatie was gevoegd, heeft de eerste civiele kamer het volgende vonnis gewezen:

Eerste civiele kamer, 12 december 2018, hogere voorziening nr. 17-18.491

[OMISSIS] [Or. 19] [OMISSIS] [passage uit het arrest]

b) Vragen van de rechter

In haar arresten van 20 februari 2019 heeft de eerste civiele kamer van de Cour de cassation, die de analyse van de Cour d'appel heeft bekrachtigd, gesteld dat de betrokken bedingen voor overeenkomsten zonder simulatie om de volgende redenen „duidelijk en begrijpelijk” waren:

- in de voorafgaande aanbieding van de lening worden de wisseltransacties die tijdens de looptijd van de lening worden verricht, gedetailleerd uiteengezet en wordt verduidelijkt dat op wisseltransacties tussen de euro en de Zwitserse frank de wisselkoers wordt toegepast die twee werkdagen vóór de datum van de gebeurtenis op basis waarvan de transactie wordt verricht, is vastgesteld, en op de website van de Europese Centrale Bank wordt gepubliceerd;
- in de aanbieding staat vermeld dat de kredietnemer de voor de werking en aflossing van het krediet noodzakelijke wisseltransacties van Zwitserse frank naar euro en van euro naar Zwitserse frank aanvaardt, en dat de kredietverlener het saldo van de maandelijkse aflossingen in euro na betaling van de extra kosten van de lening in Zwitserse frank omzet;
- in de aanbieding is aangegeven dat, indien de wisseltransactie in een bedrag resulteert dat lager is dan de verschuldigde termijnaflossing in Zwitserse frank, het kapitaal minder snel wordt afgelost en elk deel van het kapitaal dat niet uit hoofde van een termijnbetaling is afgelost, in het debetsaldo van de rekening in Zwitserse frank wordt opgenomen. Voorts wordt verduidelijkt dat de kapitaalaflossing van de lening zal veranderen naargelang van de schommelingen van de wisselkoers die op de maandelijkse aflossingen wordt toegepast, zowel naar boven als naar beneden, en dat deze verandering tot een langere of kortere aflossingstermijn voor

de lening en, in voorkomend geval, tot een wijziging van de totale aflossingskosten kan leiden;

- in de artikelen „interne rekening in euro” en „interne rekening in Zwitserse frank” wordt een gedetailleerd overzicht gegeven van de transacties die bij elke termijnbetaling worden verricht met de af- en bijschrijvingen per rekening, en in de overeenkomst wordt de concrete werking van het mechanisme voor omrekening van de vreemde valuta op transparante wijze uiteengezet;

Met betrekking tot overeenkomsten waarbij een simulatie was gevoegd, werd tevens de volgende reden aangevoerd: **[Or. 20]**

- bij de aanbieding van de lening was een cijfermatige simulatie gevoegd op basis waarvan de invloed van wisselkoersschommelingen op het geleende kapitaal en de daaruit voortvloeiende wijziging van de looptijd van de lening konden worden beoordeeld.

Opgemerkt zij evenwel dat de advocaat-generaal van de eerste civiele kamer in deze zaken het volgende advies had uitgebracht [OMISSIS], dat aansluit bij rechtspraak van de onderhavige rechter die van vóór het arrest OTP dateert:

„Dit verschil tussen de twee reeksen arresten lijkt mij voldoende belangrijk om, zoals de rechter heeft besloten, beide situaties afzonderlijk te behandelen.

Ik ben namelijk van mening dat de eerste arresten, anders dan de tweede, niet stroken met de uitlegging door de Europese rechter van de criteria van duidelijkheid en begrijpelijkheid van artikel 4, lid 2 van richtlijn 93/13, dat van toepassing is op eerder gesloten overeenkomsten, aangezien daarin uitsluitend in het licht van de bepalingen van de aanbieding van de lening en de aanwijzingen in de voorlopige aflossingstabel werd aangenomen dat de consument op grond van het litigieuze beding in staat was de economische gevolgen voor zijn financiële verplichtingen in te schatten.

Hoewel kan worden aangenomen dat de bepalingen in de overeenkomsten in formeel en grammaticaal opzicht toegankelijk zijn voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument, stellen zij hem echter op zich niet in staat om de risico's waaraan hij door wisselkoersschommelingen is blootgesteld wanneer hij zijn inkomsten in de valuta van aflossing en niet in de vreemde valuta van betaling ontvangt, voldoende in te schatten.

Wanneer die consument daarentegen een simulatie van de wisselkoersschommelingen krijgt, met cijfermatige voorbeelden, kan hij rekening houden met de economische gevolgen van een waardevermindering van de nationale valuta waarin hij de lening aflost ten opzichte van de vreemde valuta.”

Deze beslissingen van de hoogste Franse rechter en het deels daarmee strijdige advies van de advocaat-generaal aan die rechter stellen verwijzende rechter voor

ernstige uitleggingsproblemen in een geding dat alleen al bij de negende civiele kamer van de Tribunal de Paris meer dan duizend zaken betreft.

Of er nu wel of geen simulatie is bijgevoegd, de term „wisselkoersrisico” komt namelijk nergens in de aanbieding [OMISSIS] voor.

Het dichtst in de buurt komt de vermelding [OMISSIS] in de paragraaf „Wisseltransacties”, die betrekking heeft op de omgekeerde situatie van de transacties die zich hebben voorgedaan, namelijk het geval waarin de kredietnemer geen inkomsten in euro meer ontvangt, euro’s zou moeten kopen om de lening af te lossen, en dus het risico zou moeten dragen.

Ook kan worden gewezen op de vermeldingen in een ander deel van de aanbieding met betrekking tot [OMISSIS] het feit dat het kapitaal „minder snel” wordt afgelost indien „de wisseltransactie resulteert in een bedrag dat lager is dan de verschuldigde termijnaflossing in Zwitserse frank”. [Or. 21]

Volgens de gemeenschapsrechtspraak moeten het bestaan van een wisselkoersrisico en de gevolgen daarvan echter niet alleen uit de vermeldingen in de overeenkomst en de documentatie kunnen worden afgeleid, wat de Cour de cassation toereikend lijkt te hebben geacht, maar moeten deze risico’s uitdrukkelijk worden vermeld, zodat zij niet alleen voor gespecialiseerde rechters, maar ook voor consumenten met een gemiddeld niveau van kennis en aandacht begrijpelijk zijn.

In het arrest ██████████ (20 september 2017, C-186/16) heeft het Hof het volgende voor recht verklaard:

„Artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, veronderstelt dat financiële instellingen in het geval van kredietovereenkomsten kredietnemers voldoende informatie verschaffen die hen in staat stelt goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen. In dit verband houdt dit vereiste in dat een beding krachtens hetwelk de lening in dezelfde vreemde valuta moet worden terugbetaald als die waarin zij is aangegaan, niet alleen formeel en grammaticaal maar ook wat de concrete reikwijdte ervan betreft in die zin door de consument moet worden begrepen dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet alleen in staat moet zijn om de mogelijkheid van waardevermindering of -vermeerdering van de vreemde valuta waarin de lening is aangegaan te kennen, maar ook om de – mogelijk aanzienlijke – economische gevolgen van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen in te schatten.”

Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 20 september 2018, OTP Bank/██████████ (C-51/17), de concrete vereisten die hieruit voortvloeien, aanzienlijk verduidelijkt:

74) „financiële instellingen [moeten] kredietnemers voldoende informatie [...] verschaffen die hen in staat stelt goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen en die ten minste het effect op periodieke betalingen omvat van een scherpe waardevermindering van het wettig betaalmiddel van de lidstaat waar een kredietnemer is gevestigd, en van een toename van de buitenlandse rentevoet”;

75) „[de consument moet] duidelijk worden geïnformeerd over het feit dat hij zich met de ondertekening van een in vreemde valuta luidende kredietovereenkomst blootstelt aan een wisselkoersrisico dat mogelijkwijs economisch gezien een zware last kan worden in geval dat de waarde van de valuta waarin hij zijn inkomsten ontvangt, daalt ten opzichte van de vreemde valuta waarin de lening is aangegaan. Voorts moet de verkoper, in casu de bankinstelling, uitleg geven over de mogelijke wisselkoersschommelingen en de risico's die inherent zijn aan het aangaan van een lening in vreemde valuta.” (onderstreping en vet toegevoegd)

In de zaak OTP hadden de kredietnemers een „verklaring inzake de mededeling van het risico” ontvangen (punt 77), maar dit is in casu niet het geval. De term „risico” of een soortgelijke uitdrukking zoals „gevaar” of „probleem”, waarmee een gemiddelde consument wordt gewaarschuwd voor de gevolgen van een ongunstige wisselkoersschommeling van de Zwitserse frank als hij zijn inkomsten in euro ontvangt, komt in de aanbieding niet voor, met uitzondering van de hierboven vermelde paragraaf. [Or. 22]

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Vierde vraag: Verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, zich tegen nationale rechtspraak op grond waarvan een beding of een geheel van bedingen als in het hoofdgeding op de volgende gronden „duidelijk en begrijpelijk” in de zin van de richtlijn wordt geacht:

- in de voorafgaande aanbieding van de lening worden de wisseltransacties die tijdens de looptijd van de lening worden verricht, gedetailleerd uiteengezet en wordt verduidelijkt dat op wisseltransacties tussen de euro en de Zwitserse frank de wisselkoers wordt toegepast die twee werkdagen vóór de datum van de gebeurtenis op basis waarvan de transactie wordt verricht, is vastgesteld, en op de website van de Europese Centrale Bank wordt gepubliceerd;

- in de aanbieding staat vermeld dat de kredietnemer de voor de werking en aflossing van het krediet noodzakelijke wisseltransacties van Zwitserse frank naar euro en van euro naar Zwitserse frank aanvaardt, en dat de kredietverlener het saldo van de maandelijkse aflossingen in euro na betaling van de extra kosten van de lening in Zwitserse frank omzet;

- in de aanbieding is aangegeven dat, indien de wisseltransactie in een bedrag resulteert dat lager is dan de verschuldigde termijnaflossing in Zwitserse frank, het kapitaal minder snel wordt afgelost, elk deel van het kapitaal dat niet uit hoofde van een termijnbetaling is afgelost in het debetsaldo van de rekening in Zwitserse frank wordt opgenomen, en wordt verduidelijkt dat de kapitaalaflossing van de lening zal veranderen naargelang van de schommelingen van de wisselkoers die op de maandelijkse aflossingen wordt toegepast, zowel naar boven als naar beneden, en dat deze verandering tot een langere of kortere aflossingstermijn voor de lening en, in voorkomend geval, tot een wijziging van de totale aflossingskosten kan leiden;

- in de artikelen „interne rekening in euro” en „interne rekening in Zwitserse frank” wordt een gedetailleerd overzicht gegeven van de transacties die bij elke termijnbetaling worden verricht met de af- en bijschrijvingen per rekening, en in de overeenkomst wordt de concrete werking van het mechanisme voor omrekening van de vreemde valuta op transparante wijze uiteengezet;

en in de aanbieding wordt met name het „wisselkoersrisico”, dat op de kredietnemer rust aangezien er geen inkomsten in de rekenmunt worden ontvangen, niet uitdrukkelijk vermeld, evenmin als het „renterisico”?

Indien deze vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag wat het effect is van de simulaties die in bepaalde zaken (waaronder de onderhavige) bij de aanbieding zijn gevoegd, met name de simulatie getiteld „*Informatie over de te verrichten wisseltransacties in het kader van het beheer van uw krediet*”, waarbij de schommelingen van deze elementen worden gesimuleerd in geval van een waardeinstijging van de euro ten opzichte van de Zwitserse frank en een waardedaling van de euro ten opzichte van de wisselkoers op de datum van de overeenkomst [OMISSIS]. Deze simulaties lijken in de onderhavige zaak te ontbreken (hoewel de overeenkomst werd gesloten op een datum waarop zij doorgaans werden bijgevoegd).

De advocaat-generaal had in bovengenoemde zaken op basis van rechtspraak van deze rechtbank vóór het arrest OTP (C-51/17) immers gesteld dat deze simulatie op zich volstond om aan de voorwaarden van dat arrest te voldoen. [Or. 23]

Hoewel buiten kijf staat dat deze informatie, met name de looptijd en de totale kosten van de lening, een nuttige aanvulling vormt in vergelijking met overeenkomsten waarin zij niet is opgenomen, moet evenwel allereerst worden opgemerkt dat in deze simulaties evenmin termen voorkomen waarmee kredietnemers worden gewaarschuwd voor eventuele „*risico's*”, „*gevaren*” of „*moeilijkheden*” in de zin van met name de punten 74, 75 en 77 van het arrest OTP (C-51/17).

Uit de zeer neutrale titel van de simulatie betreffende de wisselkoers („*Informatie over de wisseltransacties die in het kader van het beheer van uw krediet zullen*”) zullen

worden verricht”) komt overigens niet naar voren dat de desbetreffende pagina, in tegenstelling tot de simulatie daarvóór („*Simulatie van de ontwikkeling van de rentevoet van uw krediet*” [OMISSIS]) simulaties van wisselkoersschommelingen bevat.

[OMISSIS]

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Vijfde vraag: Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, zich dan tegen nationale rechtspraak waarin wordt verklaard dat een beding of een geheel van bedingen als in het hoofdeding „duidelijk en begrijpelijk” is in de zin van de richtlijn, wanneer in een overeenkomst met een aanvankelijke looptijd van 25 jaar, naast de in de vierde vraag genoemde elementen, enkel een simulatie is opgenomen van een daling van 5,29 % van de betaalmunt ten opzichte van de rekenmunt, en daarin verder geen termen als „risico” of „moeilijkheid” voorkomen?

2. Status van de onderdelen van de strafrechtelijke procedure, met name van opleidingsbrochures en argumentatie, en bewijslast

a) Elementen uit het gemeenschapsrecht en het nationale recht

In het gemeenschapsrecht is geoordeeld dat bij de beoordeling van de vraag of een beding al dan niet oneerlijk is, „*alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst*”, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten”, in aanmerking moeten worden genomen [Or. 24] (arrest Hof van 20 september 2018, OTP Bank/█ C-51/17, punt 83).

Voorts werd in hetzelfde arrest gesteld dat „*financiële instellingen kredietnemers voldoende informatie moeten verschaffen die hen in staat stelt goed geïnformeerde en prudente beslissingen te nemen*” (punt 74).

Deze formulering suggereert dat het aan de verkoper staat om aan te tonen dat het beding duidelijk en begrijpelijk is, maar het Hof van Justitie lijkt op dit punt geen duidelijk standpunt te hebben ingenomen.

Op het verwante gebied van consumentenkredieten daarentegen is geoordeeld dat de bewijslast voor verplichtingen van de kredietgever op grond van richtlijn 2008/48/EG op de kredietgever rust, die daarvan het bewijs moet bewaren (zie arrest van 18 december 2014, CA CF/█ C-449/13, punten 27 tot en met 32, met name punt 28).

Wat het nationale recht betreft zij erop gewezen dat twee onderzoeksrechters op grond van een gerechtelijk vooronderzoek in een beschikking van 29 augustus

2017 [OMISSIS] van mening waren dat er juist met betrekking tot het wisselkoersrisico „*voldoende bewijzen*” tegen de vennootschap BNPPF waren om haar schuldig te bevinden aan misleidende handelspraktijken (in de zin van richtlijn 2005/29/EG, omgezet in artikel L.121-2 van de code de la consommation, in de toepasselijke versie).

Het parket heeft in een aantal civiele zaken stukken [OMISSIS] overgelegd waaruit bijvoorbeeld blijkt dat waarschuwingen over het wisselkoersrisico uit interne opleidingsdocumenten van de bank waren geschrapd, en dat de commerciële boodschap erop was gericht het bestaan van wisselkoersrisico's te minimaliseren of zelfs te ontkennen.

De Cour d'appel de Paris heeft in een arrest van 6 januari 2017 (RG nr. 15/14128) [OMISSIS] echter verklaard dat niet was bewezen dat deze documenten en brochures door de bank in plaats van door de vermogensbeheerder aan de kredietnemers waren verstrekt, en heeft deze dus niet in aanmerking genomen.

b) Vragen van de rechter

De zesde vraag betreft de bewijslast, aangezien de mededeling van bepaalde informatie die van invloed kan zijn op de „duidelijke en begrijpelijke” formulering van de litigieuze bedingen wordt betwist:

Zesde vraag: Rust de bewijslast voor de „duidelijke en begrijpelijke” formulering van een beding in de zin van richtlijn 93/13, met inbegrip van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op de verkoper of op de consument? [Or. 25]

In dit kader rijst, indien de bewijslast op de verkoper rust, de vraag van de bewijskracht van de elementen met betrekking tot de verkooptechnieken, die deel uitmaken van de „omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst” (getuigenissen van voormalige werknemers, reclamebrochures, opleidingsdocumenten, enz.).

Volgens de redenering die de Cour d'appel de Paris in zijn arrest van 6 januari 2017 heeft gevolgd, moeten verzoekers niet alleen het bestaan aantonen van verkoopstrategieën voor commerciële medewerkers van de bank en tussenpersonen, maar ook dat zij de adressaten waren van de desbetreffende teksten – waarbij dit soort communicatie doorgaans mondeling plaatsvindt – en dat het de bank, en niet de tussenpersoon (bijvoorbeeld een financieel beleggingsadviseur), was die deze informatie aan hen heeft verstrekt.

In een civiele zaak voor de rechter in eerste aanleg in Frankrijk komt het echter zelden voor dat partijen of getuigen worden gehoord, om redenen die voornamelijk te maken hebben met de werklast van de rechtbanken, zodat dergelijke bewijzen in de praktijk zeer moeilijk of zelfs onmogelijk te overleggen zijn.

Een andere redenering zou inhouden dat deze elementen enerzijds een eenvoudig vermoeden doen ontstaan dat de informatie in deze documenten, ook mondeling, aan de kredietnemers is verstrekt, en anderzijds dat de omstandigheid dat de informatie door een vermogensbeheerder of een andere adviseur is verstrekt, niet van belang is, aangezien de verkoper aansprakelijk is voor de handelingen van de door hem gekozen tussenpersonen.

De verkoper wordt immers geacht controle over de distributiekanaalen van zijn producten te hebben, of het nu gaat om de keuze van de tussenpersonen of om commerciële communicatie in ruime zin, en te kunnen beschikken over bewijzen (bijvoorbeeld een opdracht om een bepaalde problematische brochure te verwijderen) waaruit blijkt dat de door verzoekers overgelegde elementen in werkelijkheid niet zijn gebruikt of op de datum van sluiting van de overeenkomst niet meer werden gebruikt.

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Zevende vraag: Indien de bewijslast voor de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de formulering van het beding op de verkoper rust, verzet richtlijn 93/13 zich dan tegen nationale rechtspraak waarin wordt verklaard dat het, wanneer sprake is van documenten betreffende verkoopstechnieken, aan de kredietnemers staat om ten eerste te bewijzen dat zij de in die documenten vervatte informatie hebben ontvangen, en ten tweede dat de bank die documenten aan hen heeft doen toekomen, of vereist deze richtlijn daarentegen dat deze elementen een vermoeden opleveren dat de in deze documenten vervatte informatie, ook mondeling, aan de kredietnemers is verstrekt, welk vermoeden de verkoper, die verantwoordelijk is voor de informatie die de door hem gekozen tussenpersonen verstrekken, moet weerleggen? [Or. 26]

E. Begrip „aanzienlijke verstoring van het evenwicht”

In gevallen waarin (a) de litigieuze bedingen niet tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren of (b) zij weliswaar tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoren, maar niet „duidelijk en begrijpelijk” zijn geformuleerd, dient de rechter derhalve na te gaan of er al dan niet sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht.

1. Relevante elementen uit het gemeenschapsrecht en het nationale recht

Het bestaan van een „aanzienlijke verstoring van het evenwicht” tussen de rechten en plichten van de partijen moet ook worden beoordeeld wanneer het beding volgens de rechter niet „duidelijk en begrijpelijk” was. Met andere woorden, de omstandigheid dat het beding niet duidelijk en begrijpelijk is, volstaat niet om het bestaan van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht te kenmerken, maar

vormt een van de in aanmerking te nemen elementen (zie impliciet beschikking Hof van 22 februari 2018, ██████ C-119/17).

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een dergelijke verstoring van het evenwicht, moet rekening worden gehouden met „de deskundigheid en de kennis van de verkoper”, alsmede met verstoringen van het evenwicht die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteren (arrest Hof van 20 september 2017, ██████ C-186/16, punt 54).

Het Hof van Justitie heeft met name het volgende verduidelijkt:

„56) In dit verband staat het aan de verwijzende rechter om – in het licht van alle omstandigheden van het hoofdgeding en rekening houdend met met name de deskundigheid en de kennis van de verkoper, in casu van de bank, met betrekking tot de mogelijke wisselkoersschommelingen en de risico’s die inherent zijn aan het aangaan van een lening in vreemde valuta – na te gaan, in de eerste plaats, of het vereiste van goede trouw is nageleefd en, in de tweede plaats, of er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.

57) Om te bepalen of een beding als in het hoofdgeding, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort, moet de nationale rechter immers nagaan 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 (zie in die zin arrest van 14 maart 2013, ██████ C-415/11, EU:C:2013:164, punten 68 en 69).”

Vanwege zijn standpunten over de „duidelijke en begrijpelijke” formulering van de litigieuze bedingen heeft de Cour de cassation zich niet over deze vraag uitgesproken. [Or. 27]

2. Vraag van de rechter

Het staat buiten kijf [OMISSIS] [dat] de bank om te kunnen anticiperen op economische ontwikkelingen en wisselkoersrisico’s over veel meer middelen beschikt dan een consument.

In de onderhavige overeenkomst draagt elk van de partijen een deel van het wisselkoersrisico: de bank gaat erop vooruit als de Zwitserse frank in waarde stijgt en gaat er in het tegenovergestelde geval op achteruit.

Niettemin zou er sprake kunnen zijn van een evenwichtsverstoring in de mate waarin partijen zijn blootgesteld aan het wisselkoersrisico. Het risico van BNP is namelijk beperkt tot het uitgeleende bedrag (in het ergste geval zou na vijf jaar slechts één euro van het volledige resterende bedrag zijn afgelost), terwijl dat van de kredietnemer niet in dezelfde mate beperkt lijkt te zijn, ook als de uitlegging

zou worden gevolgd dat het totale aflossingsbedrag door de termijn van de verlenging aan een limiet is gebonden, wat zeer omstrede is. Deze evenwichtsverstoring kan worden verergerd door het feit dat de bank meer rente ontvangt naarmate de aflossing langer duurt.

Bovendien is het voor deze rechter niet mogelijk om, gezien de structuur van de overeenkomst en het aantal variabelen dat daarbij een rol speelt, de gevolgen van schommelingen van de wisselkoers en de rentetarieven, en de waarschijnlijkheid dat deze zich voordoen, te modelleren.

Omgekeerd blijft het mogelijke voordeel voor de consument beperkt tot het geleende kapitaal, verminderd met de bedragen die in de eerste vijf jaar op het kapitaal zijn terugbetaald. De bank betoogt ook dat de kredietnemers een gunstiger rentetarief hebben genoten.

De procedure dient derhalve te worden geschorst en het Hof van Justitie moet worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Achtste vraag: Kan er sprake zijn van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in een overeenkomst als die in het hoofdgeding, waarin beide partijen een wisselkoersrisico lopen, wanneer ten eerste de verkoper over betere middelen dan de consument beschikt om te anticiperen op het wisselkoersrisico en, ten tweede, het door de verkoper gedragen risico aan een bovengrens is gebonden, terwijl dit laatste bij de consument niet het geval is?

[OMISSIS]

OM DEZE REDENEN:

schorst de rechter [OMISSIS] [Or. 28] de behandeling van de zaak totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie zich heeft uitgesproken over de navolgende vragen:

Eerste vraag: Verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel, zich in een zaak als in het hoofdgeding tegen toepassing van de verjaringsregels in de volgende gevallen: (a) bij de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding, (b) bij eventuele terugbetalingen, (c) wanneer de consument de verzoeker is (d) wanneer de consument de verweerder is, ook bij een tegenvordering?

Tweede vraag: Indien de eerste vraag geheel of ten dele ontkennend wordt beantwoord, verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel, zich dan in een zaak als in het hoofdgeding tegen toepassing van nationale rechtspraak waarin is verklaard dat de verjaringstermijn ingaat op de datum van aanvaarding van de aanbieding

van de lening, in plaats van op de datum waarop ernstige financiële problemen zijn ontstaan?

Derde vraag: Vallen bedingen als aan de orde in het hoofdgeding, waarin in het bijzonder is vastgelegd dat de Zwitserse frank de rekenmunt en de euro de betaalmunt is, wat tot gevolg heeft dat het wisselkoersrisico bij de kredietnemer komt te liggen, onder het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, wanneer het bedrag van de wisselkosten niet wordt betwist en er bedingen zijn opgenomen waarin is bepaald dat de kredietnemer er op gezette tijden voor kan kiezen de lening volgens een vooraf vastgestelde formule in euro om te zetten?

Vierde vraag: Verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, zich tegen nationale rechtspraak op grond waarvan een beding of een geheel van bedingen als in het hoofdgeding op de volgende gronden „duidelijk en begrijpelijk” in de zin van de richtlijn wordt geacht:

- in de voorafgaande aanbieding van de lening worden de wisseltransacties die tijdens de looptijd van de lening worden verricht, gedetailleerd uiteengezet en wordt verduidelijkt dat op wisseltransacties tussen de euro en de Zwitserse frank de wisselkoers wordt toegepast die twee werkdagen vóór de datum van de gebeurtenis op basis waarvan de transactie wordt verricht, is vastgesteld, en op de website van de Europese Centrale Bank wordt gepubliceerd;

- in de aanbieding staat vermeld dat de kredietnemer de voor de werking en aflossing van het krediet noodzakelijke wisseltransacties van Zwitserse frank naar euro en van euro naar Zwitserse frank aanvaardt, en dat de kredietverlener het saldo van de maandelijkse aflossingen in euro na betaling van de extra kosten van de lening in Zwitserse frank omzet;

- in de aanbieding is aangegeven dat, indien de wisseltransactie in een bedrag resulteert dat lager is dan de verschuldigde termijnaflossing in Zwitserse frank, het kapitaal minder snel wordt afgelost, elk deel van het kapitaal dat niet uit hoofde van een termijnbetaling is afgelost in het debetsaldo van de rekening in Zwitserse frank wordt opgenomen, en wordt verduidelijkt dat de kapitaalaflossing van de lening zal veranderen naargelang van de schommelingen van de wisselkoers die op de maandelijkse aflossingen wordt toegepast, zowel naar boven als naar beneden, en dat deze verandering tot een langere of kortere aflossingstermijn voor de lening en, in voorkomend geval, tot een wijziging van de totale aflossingskosten kan leiden;

- in de artikelen „interne rekening in euro” en „interne rekening in Zwitserse frank” wordt een gedetailleerd overzicht gegeven van de transacties die bij elke termijnbetaling worden verricht met de af- en bijschrijvingen per rekening, en in de overeenkomst wordt de concrete werking van het

mechanisme voor omrekening van de vreemde valuta op transparante wijze uiteengezet; en in de aanbidding wordt met name het „wisselkoersrisico”, dat op de kredietnemer rust aangezien er geen inkomsten in de rekenmunt worden ontvangen, niet uitdrukkelijk vermeld, evenmin als het „renterisico”?

Vijfde vraag: Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, verzet richtlijn 93/13, uitgelegd in het licht van het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, zich dan tegen nationale rechtspraak waarin wordt verklaard dat een beding of een geheel van bedingen als in het hoofding „duidelijk en begrijpelijk” is in de zin van de richtlijn, wanneer in een overeenkomst met een aanvankelijke looptijd van 25 jaar, naast de in de vierde vraag genoemde elementen, enkel een simulatie is opgenomen van een daling van 5,37 % van de betaalmunt ten opzichte van de rekenmunt, en daarin verder geen termen als „risico” of „moeilijkheid” voorkomen?

Zesde vraag: Rust de bewijslast voor de „duidelijke en begrijpelijke” formulering van een beding in de zin van richtlijn 93/13, met inbegrip van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op de verkoper of op de consument?

Zevende vraag: Indien de bewijslast voor de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de formulering van het beding op de verkoper rust, verzet richtlijn 93/13 zich dan tegen nationale rechtspraak waarin wordt verklaard dat het, wanneer sprake is van documenten betreffende verkoopstechnieken, aan de kredietnemers staat om ten eerste te bewijzen dat zij de in die documenten vervatte informatie hebben ontvangen, en ten tweede dat de bank die documenten aan hen heeft doen toekomen, of vereist deze richtlijn daarentegen dat deze elementen een vermoeden opleveren dat de in deze documenten vervatte informatie, ook mondeling, aan de kredietnemers is verstrekt, welk vermoeden de verkoper, die verantwoordelijk is voor de informatie die de door hem gekozen tussenpersonen verstrekken, moet weerleggen?

Achtste vraag: Kan er sprake zijn van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in een overeenkomst als die in het hoofding, waarin beide partijen een wisselkoersrisico lopen, wanneer, ten eerste, de verkoper over betere middelen dan de consument beschikt om te anticiperen op het wisselkoersrisico en, ten tweede, het door de verkoper gedragen risico aan een bovengrens is gebonden, terwijl dit laatste bij de consument niet het geval is? [Or. 29]

[OMISSIS]