Datum van inontvangstneming	:	11/06/2018

Zaak C-260/18

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

Datum van indiening:

16 april 2018

Verwijzende rechter:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 februari 2018

Verzoekers:

[redacted]

[redacted]

Verweerster:

Raiffeisen Bank Polska S.A., met statutaire zetel in Warschau

---

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Terugvordering van geldbedragen die door verzoekers (kredietnemers) aan verweerster zijn betaald zonder rechtsgrond aangezien de kredietovereenkomst in haar geheel nietig is of zonder rechtsgevolgen blijft voor het deel dat uit ongeoorloofde contractuele bedingen bestaat. Subsidiair - nietigverklaring van de kredietovereenkomst.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van artikel 1, lid 2, artikel 3, lid 1, artikel 4, artikel 6, lid 1, en artikel 7 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ook: „richtlijn 93/13”), vanuit het oogpunt van het vraagstuk van de geldigheid van overeenkomsten die oneerlijke bedingen bevatten, en van de eventuele mogelijkheid om leemtes in overeenkomsten op te vullen op grond van bepalingen die voorzien in de

aanvulling van de gevolgen van rechtshandelingen op basis van de beginselen van billijkheid en de gangbare praktijken.

Prejudiciële vragen

a. Mag op grond van artikel 1, lid 2, en artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29) worden aangenomen dat, wanneer de vaststelling dat bepaalde contractuele bedingen inzake de wijze van nakoming (de hoogte van het te betalen bedrag) oneerlijk zijn, ertoe zou leiden dat de consument wordt benadeeld omdat de overeenkomst dan in haar geheel zou komen te vervallen, leemtes in een overeenkomst kunnen worden aangevuld niet door het oneerlijke beding te vervangen door een bepaling van regelend recht maar op basis van een bepaling van nationaal recht die voorziet in de aanvulling van de gevolgen van rechtshandelingen onder meer op grond van de beginselen van billijkheid (de goede zeden) of de gangbare praktijken?

b. Moet bij de eventuele beoordeling van de gevolgen van het wegvallen van een overeenkomst voor de consument rekening worden gehouden met de omstandigheden die zich voordeden op de datum van sluiting ervan of met de omstandigheden op het tijdstip waarop het geschil tussen de partijen betreffende de rechtsgevolgen van een bepaald beding is ontstaan (het moment waarop de consument het oneerlijke karakter daarvan heeft ingeroepen), en wat is het belang van het standpunt dat in de loop van een dergelijk geschil door de consument is ingenomen?

c. Mogen bedingen die volgens richtlijn 93/13/EEG als oneerlijk moeten worden aangemerkt, worden gehandhaafd indien een dergelijke oplossing op het ogenblik waarop het geschil wordt beslecht, objectief voordelig zou zijn voor de consument?

d. Kan de kwalificatie van contractuele bedingen inzake de hoogte van het te betalen bedrag en de wijze van nakoming van de prestaties als oneerlijk in het licht van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG tot een situatie leiden waarin de rechtsbetrekking zoals vormgegeven door de overeenkomst, zonder de gevolgen van de oneerlijke bedingen, afwijkt van de bedoeling van de partijen wat betreft de hoofdprestatie, en bestaat, meer in het bijzonder, de mogelijkheid om andere contractuele bedingen te blijven toepassen waarvan niet wordt aangenomen dat zij oneerlijk zijn, waarin de hoofdprestatie van de consument wordt beschreven en waarvan de door de partijen overeengekomen vorm (de opname ervan in de overeenkomst) onlosmakelijk verbonden was met het beding dat door de consument wordt bestreden?

[redacted]

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

Richtlijn 93/13: dertiende overweging, artikel 1, lid 2, artikel 4, artikel 6, lid 1, en artikel 7

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wet van 23 april 1964 – Kodeks cywilny (burgerlijk wetboek) (Dz. U. 2007, volgnr. 459, zoals gewijzigd; hierna: „k.c.”)

Artikel 56:

Een rechtshandeling heeft niet alleen de daarin geformuleerde gevolgen maar tevens die welke voortvloeien uit de wet en uit de beginselen van de goede zeden en de gangbare praktijken.

Artikel 353^1:

Partijen die een overeenkomst sluiten, mogen naar eigen goeddunken een rechtsbetrekking aangaan, op voorwaarde dat de inhoud en het doel ervan niet in strijd zijn met de aard of natuur van de rechtsbetrekking, de wet of de goede zeden.

Artikel 354:

1. De schuldenaar dient zijn verplichtingen na te komen in overeenstemming met de inhoud van de overeenkomst, overeenkomstig haar sociaaleconomische doel en de goede zeden en, indien er wat dat betreft bestendige praktijken bestaan, ook in overeenstemming daarmee.

2. Evenzo dient de schuldeiser zijn medewerking te verlenen bij de nakoming van de verplichtingen.

Artikel 385^1:

1. De bedingen van een consumentenovereenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, binden de consument niet, indien zijn rechten en verplichtingen worden vormgegeven op een wijze die in strijd is met de goede zeden en een grove schending van zijn belangen vormt (oneerlijke contractuele bedingen). Dat geldt niet voor de bedingen over de voornaamste prestaties van partijen, waaronder de prijs of de vergoeding, indien deze eenduidig zijn geformuleerd.

2. Indien een beding de consument overeenkomstig lid 1 niet bindt, blijven partijen gebonden door de overeenkomst zonder dat beding.

3. Bedingen worden niet geacht individueel te zijn overeengekomen wanneer de consument daarop geen werkelijke invloed heeft gehad. Dit geldt met name voor

contractuele bedingen die zijn overgenomen van een modelcontract dat door de wederpartij aan de consument is voorgesteld.

Artikel 385^2:

De afweging of een contractueel beding in overeenstemming is met de goede praktijken dient te geschieden op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten, rekening houdend met de inhoud ervan, de omstandigheden waarin deze is gesloten en overige overeenkomsten die verband houden met de overeenkomst waarvan het te beoordelen beding deel uitmaakt.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

1 De partijen in het hoofdgeding hebben op 14 november 2008 een overeenkomst inzake een hypothecair krediet gesloten. De eisers in het hoofdgeding zijn kredietnemers die tevens consumenten zijn. Op grond van de overeenkomst heeft de bank aan de eisers een krediet in Poolse zloty (PLN) verleend. Het krediet was geïndexeerd aan een vreemde valuta (Zwitserse frank - CHF). Dit indexeringsbeginsel was vastgelegd in het reglement van het hypothecaire krediet, volgens welk het krediet zou worden uitbetaald in PLN, tegen een wisselkoers die niet lager zou zijn dan de aankoopkoers op het tijdstip van de uitbetaling. Volgens het reglement wordt het schuldsaldo van het krediet uitgedrukt in de vreemde valuta en wordt het berekend volgens de wisselkoers die van toepassing was op de begindatum van het krediet. Voorts bepaalt het reglement dat de periodiek terug te betalen bedragen voor kredieten die aan een vreemde valuta zijn gekoppeld, in die valuta worden uitgedrukt en dat deze bedragen op de dag van opeisbaarheid worden afgeschreven van de bankrekening in PLN volgens de verkoopkoers die vermeld is in de tabel die geldt op het eind van de werkdag vóór de datum van opeisbaarheid. De variabele rentevoet van het krediet is vastgelegd als de som van de referentierentevoet LIBOR 3M (CHF) en de vaste bancaire marge.

2 Tot op heden zijn er al meer dan 100 van de 480 maanden waarvoor de kredietovereenkomst is gesloten, verstreken. De kredietnemers hebben de bank tot op heden een bedrag (hoofdsom en de rente) terugbetaald dat minder dan de helft van het door hen opgenomen krediet uitmaakt. Indien de overeenkomst nietig zou worden verklaard, zou ervan moeten worden uitgegaan dat alleen het aangewende kredietbedrag aan de bank moet worden terugbetaald, zonder dat de kredietnemers zouden kunnen worden verplicht om rente of enige andere kosten uit de overeenkomst te betalen. In dat geval zou de bank echter aanspraak kunnen maken op de onmiddellijke terugbetaling van het resterende kredietbedrag. De beoordeling van de gevolgen van het wegvallen van de overeenkomst dient dan ook te worden verricht op grond van de aanname dat de bank een opeisbare en afdwingbare vordering met betrekking tot het opgenomen krediet heeft.

3 Inhoudelijk komt de geanalyseerde overeenkomst overeen met in het rechtsverkeer gangbare, aan een vreemde valuta geïndexeerde kredietovereenkomsten. Dergelijke overeenkomsten zijn ontwikkeld als een

variant van bancaire kredietovereenkomsten. Het indexeringsmechanisme is niet wettelijk geregeld. In 2011 is het begrip „ in een vreemde valuta luidend of aan een vreemde valuta geïndexeerd krediet” in de Poolse rechtsorde ingevoerd. De regeling ervan bleef echter beperkt tot de invoering van een verplichting tot contractuele vastlegging van de bijzondere regels met betrekking tot de wijze waarop en de termijnen waarbinnen de wisselkoers voor de valuta's moeten worden vastgelegd. Op basis daarvan wordt met name het kredietbedrag berekend en worden de tranches en de kapitaal- en rentetermijnen, de voorschriften inzake de omrekening naar de valuta van uit- of terugbetaling en de mogelijkheden van de kredietnemer om het krediet in de vreemde valuta terug te betalen bepaald.

4 Kenmerkend voor dergelijke overeenkomsten was de omrekening van het kredietbedrag naar PLN in een bedrag in de vreemde valuta (meestal EUR of CHF). Het bedrag in de vreemde valuta vormde de basis voor de berekening van het schuldsaldo van de kredietnemer, alsook van de te betalen rente en, tot slot, van de termijnen. Vervolgens werden deze termijnen omgerekend in het bedrag in Poolse zloty dat door de kredietnemer diende te worden terugbetaald. Het doel van deze operaties was de toepassing van een rentevoet op grond van indices die betrekking hadden op de vreemde valuta, en dus niet op de Poolse zloty. De rentevoet die zodoende werd vastgelegd, was lager dan de rentevoet in Poolse zloty. Het directe gevolg hiervan was dat de bedragen van de termijnen lager uitvielen. Bovendien hadden de lagere termijnen een andere beoordeling van de kredietwaardigheid van de kredietnemers tot gevolg, met name doordat de relatie tussen de lasten van het krediet en de inkomsten van de kredietnemer een andere vorm aannam.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

5 Volgens verzoekers bieden de bedingen van de overeenkomst inzake het hypothecaire krediet (§ 7, lid 4, en § 9, lid 2) de bank de mogelijkheid om de wisselkoersen willekeurig en geheel vrij vast te leggen. De bank zou dus eenzijdig het in de vreemde valuta uitgedrukte kredietsaldo kunnen bepalen op basis waarvan de rente en de termijnen worden berekend. Vervolgens zou de bank de uitkomst van de omrekening van de in de vreemde valuta luidende krediettermijnen in het bedrag in Poolse zloty vastleggen. Dergelijke bedingen die een eenzijdige vastlegging van de wisselkoersen mogelijk maken, zouden ongeoorloofde contractuele bedingen zijn. Als zodanig zouden zij voor verzoekers dan ook niet bindend zijn. Verzoekers betwisten niet de werking van de bedingen volgens welke het krediet aan de vreemde valuta is geïndexeerd. Als het beding betreffende de wijze van omzetting van het verleende krediet en de wijze van terugbetaling als een ongeoorloofd beding moet worden beschouwd, kan de juiste wisselkoers niet meer worden bepaald. Derhalve zou ook de schuld op grond waarvan de rente en de terug te betalen termijnen moeten worden berekend, niet meer kunnen worden vastgesteld. Onder verwijzing naar het arrest in zaak C-26/13 (EU:C:2014:282) hebben verzoekers erop gewezen dat het niet mogelijk is om de ontstane leemtes in de overeenkomst aan te vullen, aangezien er geen

relevante voorschriften van aanvullend recht bestaan op grond waarvan de wisselkoersen voor de omrekening kunnen worden geregeld. Derhalve zou de overeenkomst niet kunnen voortbestaan zonder de oneerlijke bedingen (artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13). De overeenkomst is dus nietig en de bank is verplicht om alle bijdragen van de kredietnemers terug te betalen. Een andere mogelijkheid zou erin bestaan van het tegendeel uit te gaan en aan te nemen dat, aangezien het niet mogelijk is om het indexeringsmechanisme op het overeengekomen kredietbedrag toe te passen, de overeenkomst kan worden uitgevoerd op grond van een kredietbedrag in PLN en de contractueel vastgelegde rentevoet (gebaseerd op de variabele LIBOR en de vaste bancaire marge).

6 De verwerende bank betwist dat de contractuele bedingen ongeoorloofd zijn en is van mening dat de overeenkomst krachtens artikel 385[1], lid 2, k.c. bindend blijft voor de partijen wanneer de bedingen inzake de bepaling van de wisselkoersen eventueel buiten toepassing worden gelaten. Dat zou dus ook gelden voor de bepaling inzake de invoering van het indexeringsmechanisme. De uitgesloten bedingen zouden moeten worden vervangen door een nationaal voorschrift van aanvullend recht (zie arrest in zaak C-26/13). Bij gebreke van een bepaling van aanvullend recht inzake de bepaling van de wisselkoers onderstreept de bank in dit verband de noodzaak om de algemene beginselen van artikelen 56, 65 en 354 k.c. en, meer in het bijzonder, de regels voor de uitlegging van wilsverklaringen en de gangbare praktijken te eerbiedigen. De bank betwist eveneens dat kan worden aangenomen dat de overeenkomst door de intrekking van de litigieuze bedingen nog steeds kan gelden als een overeenkomst inzake een krediet in PLN met een rentevoet gebaseerd op de LIBOR. De toepassing van de LIBOR op de Zwitserse frank zou uitsluitend berusten op het in de overeenkomst ingevoerde indexeringsmechanisme. Voor een krediet in Poolse zloty zou een rentevoet moeten gelden op basis van de marktrente voor de Poolse zloty (WIBOR), welke op de datum van sluiting van de overeenkomst, maar ook in de periode daarna, hoger was dan de LIBOR voor de Zwitserse frank.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

7 De verwijzende rechter gaat ervan uit dat er zich geen andere omstandigheden voordoen op grond waarvan de overeenkomst nietig kan worden verklaard dan het indirecte gevolg van de toepassing van oneerlijke contractuele bedingen en dat het bij de bedingen om oneerlijke contractuele bedingen gaat.

Eerste vraag (a)

8 Deze vraag heeft betrekking op de bedingen inzake de wijze van vaststelling van de wisselkoers bij de omrekening van PLN in CHF en, vervolgens, van PLN in CHF. De verwijzende rechter gaat er tevens van uit dat de partijen, voor zover mogelijk, gebonden zijn aan de bedingen waarbij het indexeringsmechanisme is ingevoerd.

9 Indien de wisselkoers niet kan worden bepaald op basis van de specifieke rechtsbetrekking tussen de partijen, is het eveneens onmogelijk om het overeengekomen indexeringsmechanisme toe te passen. Het is immers niet duidelijk hoe (op basis van welke wisselkoers) de omrekening tussen de nationale en de vreemde valuta zou moeten worden verricht.

10 Wat betreft de uitlegging van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 heeft het Hof reeds geoordeeld dat die bepaling zich, in een situatie waarin een overeenkomst tussen een verkoper en een consument niet kan blijven voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk beding, niet verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan de nationale rechter de nietigheid van dat beding kan verhelpen door het te vervangen door een nationaal voorschrift van aanvullend recht. Uit hetzelfde arrest lijkt te volgen dat wanneer de gevolgen van de ongeldigheid van een beding kunnen worden verholpen door dit te vervangen door een dergelijk voorschrift, de consument hierdoor moet worden beschermd tegen de volledige nietigverklaring van de overeenkomst, waardoor hij zou kunnen worden geconfronteerd met uiterst nadelige consequenties (arrest C-26/13, punten 83 en 84).

11 Dit standpunt wordt bevestigd door het arrest in de gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, waarin het Hof heeft erkend dat „de nationale rechter de mogelijkheid heeft om een oneerlijk beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht, indien de vervanging strookt met het doel van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 en het mogelijk maakt een reëel evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst te herstellen. Deze mogelijkheid is evenwel beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad” (EU:C:2015:21, punt 33).

12 Uit de dertiende overweging van richtlijn 93/13 volgt dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten waarin bedingen van overeenkomsten met consumenten direct of indirect worden vastgesteld, worden geacht geen oneerlijke bedingen te bevatten, dat het bijgevolg niet nodig blijkt bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen, aan de bepalingen van deze richtlijn te onderwerpen en dat in dat verband onder de term „dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen” in artikel 1, lid 2, tevens de regels vallen die volgens de wet van toepassing zijn tussen de overeenkomstsluitende partijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen.

13 De nationale wettelijke bepalingen waarbij de rechtsbetrekking tussen partijen wordt geregeld, kunnen tweeledig zijn. Het kunnen bepalingen van aanvullend recht zijn waarbij het karakter van de rechtsbetrekking wordt geregeld indien de partijen niets anders zijn overeengekomen. Dergelijke bepalingen bevatten een ondubbelzinnige regeling van de rechten en verplichtingen van de partijen bij de

overeenkomst. Er bestaat echter geen nationale bepaling die op de overeenkomst waarop het hoofdgeding betrekking heeft, zou kunnen worden toegepast teneinde de wisselkoersen te bepalen. De tweede categorie bevat algemene normen die verwijzen naar niet-wettelijke regels. In de Poolse wetgeving vallen daaronder onder meer artikel 56 k.c., waarin inzake de beoordeling van gevolgen wordt verwezen naar de goede zeden en de gangbare praktijken, en artikel 354 k.c., dat ziet op de wijze van naleving van verplichtingen en de nadruk legt op het sociaaleconomische doel en de beginselen van de goede zeden en de gangbare praktijken.

14 Het gehanteerde begrip van de goede zeden wordt geacht gelijkwaardig te zijn aan de beginselen van integriteit, billijkheid en goede trouw. Voorts houdt het gebruik van het begrip sociaaleconomisch doel in dat bij de bepaling van de wijze van nakoming van een verbintenis rekening moet worden gehouden met de objectieve functies en de doelstellingen ervan. De verbintenis dient op een zodanige wijze te worden nagekomen dat het doel waarvoor zij in het leven is geroepen, kan worden bereikt.

15 In het kader van het geschil tussen partijen blijkt het onmogelijk om de wisselkoers te bepalen, waardoor het ook onmogelijk is om de overeenkomst ten uitvoer te leggen aan de hand van het indexeringsmechanisme. Indien de inhoud van de overeenkomst kan worden bepaald op grond van artikel 56 k.c. of de juiste uitvoering ervan kan worden vastgesteld op grond van artikel 354, lid 1, k.c., kan de bij de afwikkeling toe te passen wisselkoers wel worden bepaald. Naast de wisselkoers van de bank – zoals volgt uit de betwiste bedingen – komt daarvoor ook de marktkoers of de koers van de centrale bank in aanmerking.

16 Door het vermelde mechanisme tot vaststelling van de inhoud van de overeenkomst toe te passen is de rechter nog niet bevoegd de leemtes in de overeenkomst rechtstreeks op grond van het billijkheidsbeginsel aan te vullen teneinde het contractuele evenwicht tussen de partijen en de gelijkmatige verdeling van hun rechten en verplichtingen te handhaven. Evenmin zou de overeenkomst zodoende kunnen worden aangevuld met bedingen die daarin niet voorkwamen. Ogenschijnlijk zouden de inhoud en de wijze van nakoming van de verbintenis worden vastgelegd op grond van objectieve criteria, zoals de gangbare praktijken, de goede zeden en het sociaaleconomische doel van de overeenkomst.

17 Ten slotte zou de rechter moeten bepalen hoe de partijen de overeenkomst dienen uit te voeren. Voorts zouden de daarbij toegepaste criteria niet verschillen van een exclusieve verwijzing naar het billijkheidsbeginsel.

18 Het lijkt echter aanvaardbaar om artikel 1, lid 2, en de dertiende overweging van richtlijn 93/13 aldus uit te leggen dat het mogelijk wordt om de inhoud van de overeenkomst en de wijze van nakoming ervan vast te stellen, op voorwaarde dat dit op grond van objectieve criteria gebeurt. De bewoordingen „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen” in artikel 1, lid 2, van de richtlijn zien ook op regels die volgens de wet tussen de overeenkomstsluitende partijen

zullen worden toegepast mits zij niets anders zijn overeengekomen. De twijfels van de verwijzende rechter hebben met name betrekking op de vraag of de term „regels” uitsluitend slaat op de ondubbelzinnige afbakening van de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst of dat deze term misschien een ruimere betekenis heeft (algemene normen in het nationale recht).

19 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat richtlijn 93/13 en de Unierechtelijke beginselen van consumentenbescherming en contractueel evenwicht aldus moeten worden uitgelegd dat daaronder niet vallen wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, wanneer geen sprake is van een contractueel beding dat de reikwijdte of werkingssfeer van die bepalingen wijzigt. Indien de partijen de inhoud van de verbintenis hebben vastgelegd maar vervolgens blijkt dat dit op een ongeoorloofde wijze is gebeurd, dan lijkt het uitgesloten dat later nog zou mogen worden teruggegrepen naar de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ter vervanging van de oneerlijke bedingen (arrest C-280/13, EU:C:2014:279). Voorts heeft het Hof geoordeeld dat uit de bewoordingen van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 volgt dat de nationale rechter een oneerlijk beding slechts buiten toepassing dient te laten, maar dat hem niet de bevoegdheid wordt toegekend om de inhoud van een dergelijk beding te herzien. De overeenkomst moet immers in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen – voortbestaan. Deze bepaling moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat op grond waarvan de nationale rechter een overeenkomst tussen een handelaar en een consument kan aanvullen door de inhoud van een oneerlijk beding te herzien, wanneer hij de nietigheid van dat beding vaststelt (arrest C-618/10, EU:C:2012:349).

20 Ook in het arrest in zaak C-488/11 heeft het Hof geoordeeld dat artikel 6, lid 1, van de richtlijn niet aldus kan worden uitgelegd dat de nationale rechter, wanneer hij vaststelt dat een boetebeding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is, de hoogte van de aan de consument in rekening gebrachte boete mag verlagen in plaats van voor de consument het betrokken beding geheel buiten toepassing te laten (punt 59). Daarin worden dus de argumenten en het standpunt van het arrest in zaak C-618/10 gehandhaafd. Bovendien heeft het Hof in beide arresten opgemerkt dat de verwezenlijking van het in artikel 7 van richtlijn 93/13 bedoelde langetermijndoel in gevaar zou kunnen komen indien de nationale rechter de inhoud van oneerlijke bedingen in dergelijke overeenkomsten zou kunnen herzien, doordat de afschrikkende werking die voor verkopers uitgaat van een loutere niet-toepassing van dergelijke oneerlijke bedingen ten aanzien van de consument, hierdoor zou verminderen.

21 Deze uitspraken betreffende soortgelijke bepalingen als die van artikel 56 en 354 k.c. nemen echter niet alle twijfels weg. Meer in het bijzonder rijzen dergelijke twijfels door de uitspraak van het Hof in zaak C-26/13, waarin de mogelijkheid van aanvulling of vervanging van oneerlijke contractuele bedingen wordt opengelaten.

22 Onder verwijzing naar de richting die wordt aangegeven in het arrest C-26/13 heeft de Sąd Najwyższy (hoogste rechterlijke instantie in burgerlijke en strafzaken, Polen) aangegeven dat de hierboven vermelde arresten betrekking hadden op bedingen die, toen zij buiten toepassing werden gelaten, geen grote leemtes hebben achtergelaten (zoals boetebedingen). Derhalve is het volgens de Sąd Najwyższy mogelijk om leemtes in een overeenkomst aan te vullen wanneer deze leemtes de belangen van de consument dreigen te schaden, zelfs wanneer de desbetreffende bepaling van aanvullend recht niet rechtstreeks kan worden toegepast. De consument mag immers niet worden gedwongen te kiezen tussen twee opties die beide per definitie nadelig voor hem zijn: het laten voortbestaan van de nadelige leemte in de overeenkomst of het aanvaarden van een nadelige clausule achteraf.

23 Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 beoogt het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt en niet alle overeenkomsten met oneerlijke bedingen nietig te verklaren (arrest C-26/13, punt 82). Er kan worden aangenomen dat ook de aanvulling van een leemte in een overeenkomst op basis van een algemene clausule een geschikt middel is om dat doel te bereiken.

24 De verwijzende rechter stelt zich echter de vraag of men door het tolereren van de vervanging van oneerlijke contractuele bedingen door regelingen aangenomen op basis van algemene normen, eigenlijk niet terugkeert naar het concept van de reductie met behoud van de geldigheid dat in de tot nog toe gegeven uitlegging van richtlijn 93/13 juist wordt afgewezen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt ondubbelzinnig dat de nationale rechters een oneerlijk beding slechts buiten toepassing dienen te laten maar dat hen niet de bevoegdheid wordt toegekend om de inhoud van een dergelijk beding aldus te herzien dat het de belangen van de consument niet langer schaadt aangezien de afschrikkende werking die van de sanctie uitgaat, hierdoor zou verminderen. Gelet op dit standpunt lijkt er dan ook een verbod op het aanvullen van leemtes in overeenkomsten te bestaan.

25 Het arrest C-26/13 breekt in zekere zin met dit standpunt en zet de deur open voor de aanvulling van leemtes in een overeenkomst, mits dit het wegvallen ervan voorkomt. Er dient dan ook te worden uitgemaakt of de in dit arrest geformuleerde oplossing ook ruimer mag worden toegepast. Daarbij zou het dus gaan om de eventuele toepassing van andere gronden ter aanvulling van leemtes in situaties waarin het risico bestaat dat de overeenkomst zou komen te vervallen wanneer het oneerlijke beding buiten toepassing wordt gelaten.

26 De verwijzende rechter is tevens van oordeel dat het vermelde mechanisme ter vervanging van een oneerlijk contractueel beding slechts kan worden toegepast in situaties waarin de nietigverklaring van de overeenkomst nadelig zou zijn voor de consument. Gelet op het doel van richtlijn 93/13 lijkt er geen enkele reden te bestaan om op zoek te gaan naar mogelijkheden om oneerlijke contractuele bedingen te vervangen door regelingen die op algemene normen berusten, indien

het primaire doel daarvan erin zou bestaan overeenkomsten te handhaven waarvan de nietigverklaring negatieve gevolgen voor de handelaar zou hebben.

27 De kwestie van de toelaatbaarheid en de draagwijdte van de aanvulling van leemtes in het geval van de intrekking van oneerlijke bedingen is een van de voornaamste twistpunten in het hoofdgeding. Van de uitlegging van richtlijn 93/13 zal afhangen of in de loop van het hoofdgeding kan worden vastgesteld in hoeverre de contractuele bedingen kunnen worden aangevuld en in welke mate de regels voor de uitvoering ervan kunnen worden vastgelegd.

Tweede vraag (b)

28 Indien de reden voor het aanvaarden van een aanvulling van contractuele lacunes zou bestaan in de vaststelling dat er anders nadelige gevolgen voor de consument zouden ontstaan, dan moeten ook de beoordelingscriteria met betrekking tot deze gevolgen worden vastgelegd. Eventuele oplossingen bestaan erin uit te gaan van een objectief of subjectief (op het standpunt van de consument gebaseerd) criterium. Daarnaast moet het precieze tijdstip worden bepaald dat voor de toetsing van de omstandigheden maatgevend is.

29 Hoewel in de aangehaalde rechtspraak van het Hof wordt gewezen op de negatieve gevolgen die een nietigverklaring van een overeenkomst kan hebben voor de consument, wordt daarin niet vermeld waarmee precies rekening moet worden gehouden om deze gevolgen te beoordelen. Uit het arrest C-26/13 lijkt te volgen dat bij de beoordeling van de nadelige gevolgen moet worden gekeken naar het moment waarop de nationale rechter uitspraak doet over de gevolgen van het buiten toepassing laten van de oneerlijke bedingen. Meer in het bijzonder wordt aangegeven dat de nadelige gevolgen erin zouden bestaan dat het nog verschuldigde bedrag van de lening onmiddellijk opeisbaar zou worden (punten 83 en 84).

30 Naar het oordeel van de verwijzende rechter dienen de consequenties van een eventuele nietigverklaring van de overeenkomst te worden beoordeeld volgens de omstandigheden die zich voordeden op het moment waarop het geschil werd beslecht. Het betreft hier immers de situatie van een concrete consument en geen abstracte afweging of het voordeliger is om een overeenkomst met een welbepaalde inhoud te handhaven of om de overeenkomst nietig te verklaren. Daarbij mag geen van de gebeurtenissen en de ontwikkelingen die zich tussen de sluiting van de overeenkomst en het ontstaan van het geschil betreffende de geldigheid ervan hebben voorgedaan, uit het oog worden verloren.

31 Volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst echter alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen. Het verwijst uitdrukkelijk alleen naar de afweging of bepaalde bedingen

al dan niet oneerlijk zijn. De gestelde prejudiciële vraag heeft echter betrekking op de beoordeling van de gevolgen van het buiten toepassing laten van een dergelijk beding en de afweging of deze gevolgen gunstig zullen zijn voor de consument. Het is echter denkbaar dat een dergelijke beoordeling ter wille van de samenhang van de beoordelingscriteria ook moet worden verricht volgens de omstandigheden die zich voordeden toen de overeenkomst werd gesloten.

32 Wanneer een dergelijke oplossing wordt aanvaard, zou niet alleen rekening moeten worden gehouden met de consequenties als de onmiddellijke opeisbaarheid van het krediet maar ook met het feit dat de consument bepaalde goederen heeft gekocht die hij niet had kunnen kopen wanneer hij de overeenkomst met de oneerlijke bedingen niet was aangegaan. Dit zou betekenen dat de omstandigheden die zich gedurende de uitvoering van de overeenkomst hebben voorgedaan, buiten beschouwing moeten worden gelaten.

33 Onder verwijzing naar de inhoud van artikel 385^2 k.c., welke overeenkomt met de bepaling van artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 heeft de Sąd Najwyższy zich uitgesproken voor een dergelijke oplossing. Dat is dan ook de reden waarom de bepalingen van richtlijn 93/13 moeten worden uitgelegd en waarom de geldende rechtspraak van het Hof moet worden verduidelijkt door aan te geven welk tijdstip maatgevend is bij de beoordeling of een nietigverklaring van de overeenkomst voordelig zal zijn voor de consument. Van deze beoordeling zal afhangen of het aanvaardbaar is om ook in andere gevallen leemtes in overeenkomsten op te vullen wanneer de ongeoorloofde bedingen die daarin voorkomen, buiten toepassing worden gelaten.

34 Tevens stelt de verwijzende rechter zich de vraag of hij een dergelijke beoordeling wel tegen de wil van de consument mag verrichten. Anders dan in zaak C-453/10 (EU:C:2012:144) houdt het belang dat de consument heeft om niet meer door de overeenkomst te worden gebonden geen verband met de vraag of de overeenkomst ongeldig zal zijn wanneer de erin voorkomende oneerlijke bedingen buiten toepassing worden gelaten. In de gestelde vragen wordt ervan uitgegaan dat artikel 6, lid 1, van de richtlijn niet meer kan worden toegepast en dat de overeenkomst niet zal kunnen voortbestaan wanneer de betwiste bedingen gewoonweg buiten toepassing worden gelaten. De overeenkomst zou niet meer kunnen worden nagekomen en zou als nietig moeten worden beschouwd.

35 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het mogelijk is om op zoek te gaan naar een aanvulling van de overeenkomst zoals beschreven in de eerste vraag, indien de consument daartegen bezwaar maakt.

36 Er moet dus worden uitgemaakt of de consument bezwaar mag maken tegen de aanvulling van de overeenkomst of de vastlegging van de wijze van nakoming ervan op grond van bepalingen die algemene normen bevatten, indien – tegen zijn standpunt in – de rechter vaststelt dat een dergelijke aanvulling voordeliger voor hem zal zijn dan de nietigverklaring van de overeenkomst.

[redacted]

Derde vraag (c)

37 Aangenomen dat het antwoord op de eerste vraag ontkennend is en dat de overeenkomst door het buiten toepassing laten van de ongeoorloofde (oneerlijke) bedingen niet meer bindend is in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, dan rijst de vraag hoe in een dergelijk geval het doel van deze richtlijn kan worden bereikt.

38 De regeling van artikel 6, lid 1, was bedoeld om het formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.

39 Uit artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 volgt echter dat bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding de omstandigheden op het moment van de sluiting van de overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen.

40 De aanvaarding van dit beginsel kan leiden tot discrepanties tussen de beoordeling of een contractueel beding oneerlijk is (het evenwicht tussen de partijen schendt) en de beoordeling van de gevolgen die de opheffing van dat beding voor de consument zou hebben, aangezien de overeenkomst dan niet meer in haar geheel ten uitvoer kan worden gelegd.

41 Hierbij moet worden aangenomen dat de consument gedurende de uitvoering van de overeenkomst niet te kennen heeft gegeven dat hij gebonden wil zijn door het beding dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomst het karakter van een oneerlijk beding had.

42 Zoals door het Hof is opgemerkt in zaak C-26/13, is het mogelijk dat de vaststelling dat de overeenkomst niet zonder de oneerlijke bedingen kan worden uitgevoerd, tot nadelige gevolgen voor de consument leidt en daarbij eerder zijn belangen dan die van de handelaar schaadt.

43 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de wil van een consument die – zich bewust van de gevolgen daarvan – vordert de oneerlijke bedingen buiten toepassing te stellen, doorslaggevend is in een dergelijke situatie of dat de rechter bij de beoordeling van de situatie van de consument, en van de gevolgen die zich voor hem zullen voordoen wanneer de overeenkomst komt te vervallen, mag aannemen dat de regels van richtlijn 93/13 niet kunnen worden toegepast op een manier die ingaat tegen de daarin beoogde consumentenbescherming.

Vierde vraag (d)

44 De vierde vraag beoogt de uitlegging van de in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 gebruikte bewoordingen „indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan”.

45 Wat dat betreft zijn er twee oplossingen mogelijk. Volgens de eerste volgt uit de vaststelling van het oneerlijke karakter van één van de bedingen waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst wordt beschreven, en uit de eliminatie van dit beding uit de rechtsbetrekking dat de overeenkomst in geen geval nog bindend kan zijn. Bijgevolg zou de rechtsbetrekking waardoor de partij wordt gebonden, aanzienlijke veranderingen ondergaan en zou het karakter daarvan niet alleen afwijken van de afspraken tussen de partijen maar ook van de vorm van het type overeenkomst zoals in het rechtsverkeer gangbaar.

46 In zaak C-186/16 (EU:C:2017:703) heeft het Hof geoordeeld dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „eigenlijk voorwerp van de overeenkomst" in de zin van die bepaling een contractueel beding omvat dat is opgenomen in een leningsovereenkomst in vreemde valuta, waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en krachtens hetwelk de lening in dezelfde vreemde valuta moet worden terugbetaald als die waarin zij is aangegaan, aangezien dat beding een wezenlijke prestatie vastlegt die kenmerkend is voor die overeenkomst.

47 Naar het oordeel van de verwijzende rechter moet hetzelfde belang worden gehecht aan de bedingen inzake de berekeningswijze van de schuld van de kredietnemer in de vreemde valuta en inzake de wijze waarop de naar vreemde valuta vastgelegde verbintenis moet worden nagekomen door middel van betalingen in de nationale valuta. Derhalve moet worden aangenomen dat dit bedingen zijn tot vaststelling van de basisverbintenis van een kredietovereenkomst die aan een vreemde valuta is geïndexeerd.

48 Doordat deze bedingen als oneerlijk buiten toepassing worden gelaten, worden er dus ook bedingen buiten toepassing gelaten die mede constitutief zijn voor een welbepaalde soort kredietovereenkomsten. Wanneer de overeenkomst zonder deze bedingen zou voortbestaan, zou dus uitvoering worden gegeven aan een andere soort kredietovereenkomst dan een geïndexeerde kredietovereenkomst.

49 De uitvoering van een dergelijke overeenkomst zou echter niet objectief onmogelijk zijn. De andere bedingen van de overeenkomst voorzien in de vaststelling van het bedrag van het verleende krediet (in PLN), de rente, de afbetalingstermijnen en de aflossingsregels. In theorie zou de overeenkomst dus ten uitvoer kunnen worden gelegd.

50 Het feit dat een bepaalde overeenkomst kan worden nagekomen overeenkomstig de inhoud ervan (de rechten en verplichtingen van de partijen kunnen worden vastgelegd) betekent echter nog niet dat het krachtens de nationale wetgeving geoorloofd is om een rechtsbetrekking op een dergelijke wijze vorm te geven. In het Poolse recht wordt de vrijheid van overeenkomst onder meer begrensd door artikel 353^1 k.c., waarin naar de kenmerken van de rechtsbetrekking wordt verwezen. De verwijzing naar het begrip aard van een rechtsbetrekking houdt in dat de fundamentele kenmerken van een verbintenis moeten worden gerespecteerd, evenals alle elementen van de rechtsbetrekking waarvan het

ontbreken zou leiden tot de ondermijning van de zin (het wezen) daarvan en waarvan de weglating of wijziging een verstoring van het model van een dergelijke rechtsbetrekking teweeg zou kunnen brengen.

51 Een voorbeeld waarin de overeenkomst niet aan de basiskenmerken van een rechtsbetrekking in het rechtsverkeer voldoet, is de situatie waarin het aan de vreemde valuta geïndexeerde krediet als gevolg van het wegvallen van de bedingen inzake de indexeringswijze zou worden omgevormd in een krediet in de nationale valuta, met behoud van de rente die geldt voor de vreemde valuta.

52 Tot nog toe heeft het Hof er in zijn rechtspraak op gewezen dat een overeenkomst die oneerlijke bedingen bevat, in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen – moet voortbestaan voor zover volgens de regels van het interne recht een dergelijk voortbestaan van de overeenkomst rechtens mogelijk is (arresten in de zaken C-618/10 en C-488/11).

53 Volgens de verwijzende rechter is het dan ook noodzakelijk om bij de uitlegging van artikel 6, lid l, van richtlijn 93/13 na te gaan of de regels van het interne recht die het criterium voor de beoordeling van een mogelijk voortbestaan van de overeenkomst vormen, ook algemene regels betreffende de inperking van de contractuele vrijheid bevatten. Bijgevolg moet worden nagegaan of de niet-toepasselijkheid van een overeenkomst mogelijk is indien daardoor een rechtsbetrekking ontstaat met een andere structuur dan in het rechtsverkeer gebruikelijk is en door partijen oorspronkelijk was gewenst.

54 Het is ook de vraag of de afschrikkende werking die van de voorschriften van richtlijn 93/13 uitgaat, een afdoende rechtvaardiging vormt voor de veronderstelling dat de overeenkomst kan voortbestaan in een vorm die, wat de voornaamste prestaties van de partijen betreft, niet het voorwerp van hun afspraken heeft uitgemaakt en die niet strookt met hun oorspronkelijke bedoeling. Dit zou tevens een vorm zijn die eerder een onevenwicht in het voordeel van de consument laat ontstaan dan een reëel evenwicht tussen de partijen weerspiegelt.

55 Naar het oordeel van de verwijzende rechter is een soortgelijke kwestie aan de orde in zaak C-92/16, waarin een van de vragen betrekking had op het probleem of artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een overeenkomst niet kan voortbestaan zonder een beding dat als oneerlijk is aangemerkt, indien het resterende deel van de overeenkomst buitensporig belastend zou zijn voor de ondernemer. In deze vraag wordt echter de nadruk gelegd op de moeilijkheden voor de ondernemer bij de uitvoering van de rest van de overeenkomst. De vierde prejudiciële vraag heeft echter betrekking op de kwestie of de vaststelling dat contractuele bedingen waarbij de hoofdprestaties van de partijen worden geregeld, oneerlijk zijn, ook inhoudt dat de overeenkomst de partijen niet meer kan binden in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, gelet op het gewijzigde rechtskarakter van de verbintenis tussen de partijen.