



Datum van  
inontvangstneming

:

24/08/2015

**Zaak C-307/15**

**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:**

25 juni 2015

**Verwijzende rechter:**

Audiencia Provincial de Alicante (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

15 juni 2015

**Verzoekende partij:**

Ana María Palacios Martínez

**Verwerende partij:**

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Verzoek om nietigverklaring, op grond van oneerlijkheid, van een beding tot beperking van schommelingen van het variabele rentepercentage (bodemrentebeding) in een overeenkomst van hypothecair krediet met een consument. Vordering tegen de bank tot terugbetaling van hetgeen zij uit hoofde van een nietigverklaarde bodemrentebeding ten onrechte heeft ontvangen van de consument vanaf het moment van het sluiten van de overeenkomst.

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

Uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, en van de rechtspraak van het Hof inzake de beperking van de terugwerkende kracht van een nietigverklaring.

## **Prejudiciële vragen**

- i) Is het verenigbaar met het beginsel van onverbindendheid zoals neergelegd in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, dat de terugbetalingsverplichting voortvloeiend uit de nietigverklaring wegens oneerlijkheid van een bodemrentebeding in een leningovereenkomst niet terugwerkt tot de datum van sluiting van de overeenkomst, maar tot een latere datum?
- ii) Is de goede trouw van de belanghebbende kringen, die als voorwaarde geldt voor beperking van de terugwerkende kracht van een oneerlijk beding, een autonoom Unierechtelijk begrip dat door alle lidstaten uniform dient te worden uitgelegd?
- iii) Zo ja, aan welke criteria moet worden voldaan om te bepalen dat er sprake is van goede trouw van de belanghebbende kringen?
- iv) Is in elk geval het gedrag van de verkoper, dat bij de totstandkoming van de overeenkomst heeft geleid tot het gebrek aan transparantie dat bepalend is geweest voor de oneerlijkheid van het beding, in overeenstemming met de goede trouw van de belanghebbende kringen?
- v) Is het gevaar van ernstige verstoringen, dat als voorwaarde geldt voor beperking van de terugwerkende kracht van een oneerlijk beding, een autonoom Unierechtelijk begrip dat door alle lidstaten uniform dient te worden uitgelegd?
- vi) Zo ja, aan welke criteria moet dan worden voldaan?
- vii) Moet het gevaar van ernstige verstoringen uitsluitend worden beoordeeld als het gevaar dat zich voor de verkoper kan voordoen, of moet ook rekening worden gehouden met de schade die de consumenten kunnen lijden door de niet volledige terugbetaling van de bedragen die op grond van dat bodemrentebeding zijn voldaan?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

- a) Richtlijn 93/13, artikelen 6, lid 1, („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”) en 7, lid 1, („De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en

verkopers”). In artikel 7, lid 2, worden collectieve acties als doeltreffende en geschikte middelen erkend.

b) Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de behartiging van de consumentenbelangen. Deze richtlijn regelt de verbodsacties ter behartiging van collectieve belangen en voorziet in haar toepassing op consumentenzaken door in bijlage I uitdrukkelijk richtlijn 93/13 te noemen. In artikel 2 van richtlijn 2009/22 worden de inhoud en het doel van die acties gespecificeerd.

c) Rechtspraak van het Hof inzake de grensdatum van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring op grond van oneerlijkheid.

Het Hof heeft zich al uitgesproken over de beperking van de terugwerkende kracht van zijn beslissingen, waaruit kan worden afgeleid dat dit, althans vanuit een bepaald gezichtspunt, geen onbekende kwestie is. Een dergelijke beperking is in elk geval

i) een uitzondering: Het Hof heeft in het arrest RWE Vertrieb overwogen dat het „[...] slechts bij uitzondering, met toepassing van een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid, aanleiding kan vinden om voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen opnieuw in geding te brengen. Om tot een dergelijke beperking te kunnen besluiten, moet zijn voldaan aan twee essentiële criteria: de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen [...]” (punt 59 van het arrest van 21 maart 2013, RWE Vertrieb, C-92/11); zie ook arresten van 2 februari 1988, Blaizot, C-24/86; 9 maart 2000, Ekw en Wein & CO, C-437/07, en 8 april 1976, SABENA, 43/75);

ii) een gevolg van de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel, waarbij niet mag worden voorbijgegaan aan de concrete of individuele omstandigheden van de zaak, waarover de nationale rechter zich moet uitspreken (arrest van 9 november 2010, Pénzügyi Lizing, C-137/08, punt 44).

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

a) Herziene tekst van de Algemene Wet op de bescherming van consumenten en gebruikers en andere aanvullende wetten, aangenomen bij Koninklijk wetsbesluit 1/2007 van 16 november 2007 (hierna: „LGDCU”)

Artikel 8: „Basisrechten van de consumenten en gebruikers”, sub b: bescherming van hun legitieme economische en sociale belangen; in het bijzonder tegen oneerlijke handelspraktijken en het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten; sub c: schadevergoeding en herstel van de geleden schade.

Artikel 83, lid 1: „Nietigheid van oneerlijke bedingen en voortbestaan van de overeenkomst

Oneerlijke bedingen zijn van rechtswege nietig en worden als niet geschreven beschouwd. Na partijen te hebben gehoord, verklaart de rechter derhalve de oneerlijke bedingen in de overeenkomst nietig. De overeenkomst blijft echter bindend voor partijen, indien zij kan blijven voortbestaan zonder die bedingen.”

b) Wet 7/1998 van 13 april 1998 op de algemene contractuele voorwaarden (hierna: „LCGC”)

Artikel 8, lid 1: „Algemene voorwaarden die ten nadele van de wederpartij inbreuk maken op de bepalingen van deze wet of op enige andere dwingende regel of een verbod, zijn van rechtswege nietig voor zover zij niet voorzien in een ander gevolg bij inbreuk.”

Artikel 8, lid 2: „In het bijzonder zijn oneerlijke algemene voorwaarden nietig wanneer de overeenkomst met een consument is gesloten [...].”

Artikel 9: Toepasselijk stelsel

1. De wederpartij kan de rechter verzoeken om bedingen in algemene voorwaarden non-existent of nietig te verklaren overeenkomstig de algemene regels voor de nietigheid van overeenkomsten.

2. In de toewijzende uitspraak in een procedure die is ingeleid door een individuele vordering tot nietigverklaring of non-existentverklaring, stelt de rechter de nietigheid of de non-existentie van de betrokken algemene voorwaarden vast en beslist over de geldigheid van de overeenkomst overeenkomstig artikel 10, dan wel verklaart de gehele overeenkomst nietig wanneer de nietigheid of de non-existentie van de betrokken voorwaarden betrekking heeft op een van de essentiële bestanddelen van de overeenkomst in de zin van artikel 1261 van het [Spaanse] Burgerlijk Wetboek.

Artikel 10: Gevolgen

1. De non-existentie of de nietigverklaring van bedingen in de algemene voorwaarden leidt niet tot algehele ongeldigheid van de overeenkomst indien de overeenkomst zonder die bedingen kan voortbestaan. Of dat het geval is, moet in de uitspraak worden aangegeven.

2. Het deel van de overeenkomst dat door de non-existentie of de nietigheid is getroffen, wordt aangevuld overeenkomstig artikel 1258 van het Burgerlijk Wetboek en de daarin opgenomen uitleggingsbepalingen.

c) Burgerlijk Wetboek (hierna: „CC”)

Artikel 1303: „Na de nietigverklaring van een verbintenis moeten de partijen elkaar de zaken teruggeven die het voorwerp waren van de overeenkomst, met de vruchten en de prijs, met rente [...].”

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

#### *De hypothecaire lening die voorwerp is van het geding*

- 1 Op 28 juli 2006 heeft Ana María Palacios Martínez, als consument, met Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (hierna: „BBVA”) een overeenkomst van hypothecaire lening met variabele rente gesloten. In die overeenkomst was een beding opgenomen ter beperking van schommelingen in de rentevoet, die voorzag in een minimumrente (bodemrentebeding) van 2,25 % en een maximumrente (plafondrente) van 15 %. Het percentage van 2,25 % was van toepassing wanneer de variabele rentevoet, die werd berekend op grond van een referentiewaarde (meestal de EURIBOR), onder dat percentage daalde.

#### *Nationale controverse over de rechtmatigheid van bodemrentebedingen*

- 2 Het Tribunal Supremo (TS) heeft zich bij verschillende gelegenheden uitgesproken over het oneerlijke karakter van bodemrentebedingen en over de gevolgen van de nietigverklaring van die bedingen.
- 3 In zijn arrest van 9 mei 2013 heeft het TS uitspraak gedaan in een collectieve actie strekkende tot staking van het gebruik van algemene contractuele voorwaarden die een vereniging voor consumentenbescherming had ingesteld tegen verschillende banken. Verzocht werd om i) nietigverklaring van de bodemrentebedingen in de overeenkomsten die deze banken met de consumenten hadden gesloten, ii) veroordeling van de gedaagde banken tot het schrappen van die bedingen, en iii) de oplegging van de verplichting om het gebruik van die bedingen in het vervolg te staken.
- 4 In zijn arrest in cassatie heeft het TS dit soort bedingen nietig verklaard wegens oneerlijkheid en gebrek aan transparantie. Daarom heeft het de banken veroordeeld om deze bedingen te schrappen en het gebruik ervan te staken. Het heeft bovendien bepaald dat de overeenkomsten waarin die bedingen waren opgenomen in stand bleven. Met betrekking tot de teruggave van de bedragen die door de consumenten op grond van de nietig verklaarde bodemrentebedingen waren betaald, heeft het TS bepaald dat „dit arrest geen terugwerkende kracht bezit en geen invloed heeft op [...] betalingen die op de datum van publicatie van deze uitspraak reeds waren verricht”.
- 5 Ter verklaring voor het ontbreken van terugwerkende kracht bij de nietigverklaring van bodemrentebedingen heeft het TS de volgende argumenten aangedragen:

- De **algemene regel** betreffende de gevolgen van nietigheid zoals zij in artikel 1303 CC is neergelegd, is dat het nietige beding geen effect sorteert en dat partijen elkaar de zaken die het voorwerp waren van dit beding, moeten teruggeven – in dit geval, dat de bank de op grond van de toepassing van het bodemrentebeding teveel in rekening gebrachte som moet terugbetalen – omdat de rechtstitel voor de op grond van dat beding te verrichten prestatie niet langer geldig is.
- Deze oplossing wordt voorgesteld in het verslag van de Commissie van 27 april 2000 over de toepassing van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten [COM(2000) 248 definitief]. In dat verslag wordt gesteld dat „de gerechtelijke uitspraak waarin een beding oneerlijk wordt verklaard, [...] [moet] terugwerken tot het sluiten van de overeenkomst (ex tunc).”
- In die zin wordt ook punt 58 van het arrest van het Hof van 21 maart 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, aangehaald, waarin wordt gesteld dat „[...] volgens vaste rechtspraak, de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan een voorschrift van Unierecht, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast, zo nodig verklaart en preciseert. Hieruit volgt dat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter ook kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist [...].”
- Het TS meent echter dat **de terugwerkende kracht** van de nietigverklaring in algemene zin **moet worden beperkt** op grond van i) het rechtszekerheidsbeginsel, zoals volgt uit punt 59 van het bovengenoemde arrest RWE Vertrieb, waarin wordt overwogen dat het Hof „[...] aanleiding [kan] vinden om beperkingen te stellen aan de mogelijkheid voor iedere belanghebbende, met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling, te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen opnieuw aan de orde te stellen. Om tot die beperking te besluiten moet aan twee essentiële voorwaarden worden voldaan, namelijk i) de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen” en ii) dat het herstel in de vorige toestand niet automatisch geschiedt, maar slechts wanneer een partij zonder oorzaak wordt verrijkt ten koste van de andere, welke consequentie niet altijd uit de nietigheid voortvloeit.
- In het bijzonder met betrekking tot de bodemrentebedingen meent het TS dat de terugwerkende kracht van de gevolgen van de nietigverklaring om de volgende redenen dient te worden beperkt: i) de bodemrentebedingen zijn abstract gezien niet onrechtmatig; ii) de opname ervan in overeenkomsten met een variabele rente berust op objectieve gronden – de geldprijs, die

hoofdzakelijk gebaseerd is op kleine spaartegoeden (zicht- en termijndeposito's), met een grote inelasticiteit bij een daling vanaf een bepaald niveau van de geldprijs, en op de structurele kosten die noodzakelijk zijn om de leningen beschikbaar te stellen en te administreren, welke kosten onafhankelijk zijn van de geldprijs –; iii) er is geen sprake van ongebruikelijke of buitensporige bedingen; iv) het gebruik van de bedingen is langdurig door de markt getolereerd; v) het bevel om het gebruik van de bedingen te staken en ze te schrappen op grond van oneerlijkheid is niet gebaseerd op de intrinsieke onrechtmatigheid van hun gevolgen – dan zou er namelijk sprake zijn van nietigheid zonder meer van de bodemrentebedingen – maar op het gebrek aan transparantie; vi) het gebrek aan transparantie is geen inherente eigenschap van de bedingen zelf, maar is het gevolg van de onvolledigheid van de aan de cliënt verstrekte informatie; vii) er is niet gebleken vast dat de kredietinstellingen de informatievereisten van het reglement inzake transparantie van de financiële voorwaarden voor hypothecaire leningen niet in acht hebben genomen; viii) het doel van de vaststelling van een bodemrente is een minimumrendement van de betrokken activa (de hypothecaire leningen) te waarborgen, zodat de banken de kosten van verstrekking en instandhouding van deze financieringen kunnen dekken; ix) deze rentebedingen zodanig zijn geformuleerd dat zij geen belangrijke veranderingen teweegbrengen in de aanvankelijke aflossingsbedragen, en x) het is duidelijk dat terugwerkende kracht van de uitspraak zou resulteren in het risico van ernstige verstoringen van de openbare economische orde.

- 6 Het TS heeft zich in zijn **arrest van 25 maart 2015** in cassatie opnieuw over deze vraag uitgesproken. In die zaak betrof het een vordering van een consument tegen BBVA waarin de rechter werd verzocht om nietigverklaring van een bodemrentebeding en om veroordeling tot teruggave aan de geldlener van het bedrag dat tot de datum van instelling van de vordering op grond van dat beding was voldaan.
- 7 In de uitspraak in hoger beroep was terugwerkende kracht toegekend aan de nietigverklaring van het bodemrentebeding en was de bank veroordeeld de ten onrechte ontvangen bedragen terug te betalen. De rechter in tweede aanleg overwoog dat de uitspraak van het TS in zijn arrest van 9 mei 2013 niet toepasselijk was omdat de ingestelde vorderingen onderling verschilden: a) in de door het TS besliste zaak ging het om een staking waarmee de rechter werd verzocht de gedaagde te bevelen uit haar algemene voorwaarden de nietig verklaarde voorwaarden te schrappen en die voorwaarden in het vervolg niet meer te gebruiken, en het was een collectieve vordering waarin niet werd verzocht om teruggave van hetgeen was betaald op grond van de bedingen waar dat arrest betrekking op had; terwijl b) in de zaak voor de rechter in hoger beroep de nietigverklaring werd gevorderd van het als oneerlijk aangemerkte beding en bovendien werd verzocht om teruggave van de op grond van dat beding teveel betaalde bedragen.



- 8 Het TS vernietigde de uitspraak in tweede aanleg en verklaarde in het dictum dat de terugbetalingsverplichting die voortvloeit uit de nietigverklaring van het beding niet ziet op rentebetalingen die op grond van dat beding vóór de datum van publicatie van het arrest van 9 mei 2013 van het TS zijn verricht. Deze verklaring van het TS werd in algemene zin geformuleerd voor alle consumenten, ongeacht zij al of niet werden geraakt door de collectieve stakingsactie die het voorwerp was van het arrest van 9 mei 2013, en onafhankelijk van de vraag of zij individueel een vordering hadden ingesteld. Het TS stoelt zijn beslissing op de overweging dat als het arrest van 9 mei 2013 met betrekking tot het effect van de nietigverklaring van de bedingen rechtstreeks werkte ten aanzien van de eisers, daaruit ook zou kunnen worden afgeleid dat de gevolgen die het arrest aan nietigheid verbindt, voor hen zouden gelden.
- 9 Twee raadsheren van het TS hebben middels een afwijkende stem bij de totstandkoming van het arrest van 25 maart 2015 een andere mening laten horen. Zij bepleitten de volledige teruggave van de betaalde bedragen vanaf het sluiten van de overeenkomst, om de volgende redenen: i) uit de nietigheid van rechtswege van het beding vloeit voort dat er geen rechtstitel bestaat voor inhouding van die bedragen door de bank; ii) de niet-terugwerkende kracht van nietigheid met betrekking tot de betalingen die vóór de publicatie van het arrest van 9 mei 2013 zijn verricht, is een rechtsgevolg dat door het Hof in zijn arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito, zaak C-618/10, alsmede door de wijziging van de Spaanse wetgeving waartoe dat arrest aanleiding heeft gegeven, is verboden, namelijk dat er een aanvulling plaatsvindt, zij het slechts voor een beperkte periode, van de werking van het beding dat wegens oneerlijkheid nietig is verklaard. Op die manier, zo menen zij, wordt het sanctionerende en ontmoedigende effect van een nietigverklaring ingeperkt; iii) het arrest van het TS van 2015 betekent een schending van het recht op effectieve rechtsbescherming van consumenten, die, zonder partij te zijn bij deze gerechtelijke procedure en dus zonder dat aandacht wordt besteed aan de concrete omstandigheden van hun rechtsverhouding, hun legitieme vordering om het genoemde beding aan te vechten en hun recht op volledige teruggave van de betaalde bedragen aangetast zien.

*De zaak die ten grondslag ligt aan de verwijzing*

- 10 De consument in de onderhavige zaak, mevrouw Palacios Martínez, meent dat het bodemrentebeding in haar overeenkomst niet door onderhandeling tot stand is gekomen maar haar is opgelegd en dat het beding bovendien niet transparant was en geen inzicht gaf in het gevolg ervan voor de kosten van het krediet. Daarom heeft zij op 6 maart 2014 een vordering ingesteld tegen BBVA, strekkende tot nietigverklaring van een algemene contractuele voorwaarde (het bodemrentebeding) wegens oneerlijkheid, schrapping van dat beding uit de overeenkomst en, als gevolg van de nietigheid, conform artikel 1303 CC teruggave van de ten onrechte door de bank geïnde bedragen (de som van het verschil tussen het in elke maandelijkse betalingstermijn door de bank in rekening

gebrachte en door de kredietnemer betaalde bedrag, en het bedrag dat over die perioden had moeten worden betaald zonder toepassing van het vernietigde bodemrentebeding), plus rente.

- 11 In de procedure in eerste aanleg heeft BBVA als verweer de exceptie van gewijsde zaak aangevoerd, gebaseerd op het arrest van het TS van 9 mei 2013. De bank verzocht om niet-ontvankelijkverklaring, subsidiair, voor geval de rechter wel van het hoofdgeding kennis zou nemen, om de vordering in haar geheel af te wijzen.
- 12 De rechter in eerste aanleg wees de vordering af op grond dat hier sprake was van een zaak zonder processueel voorwerp, omdat het arrest van het TS van 9 mei 2013 al de nietigheid had vastgesteld van een bodemrentebeding dat identiek was aan het beding in de overeenkomst van verzoekster. Hij besliste dat de bank in elk geval niet de bedragen hoefde terug te betalen die vóór het arrest van het TS van 9 mei 2013 waren betaald.
- 13 Verzoekster heeft hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter en verzoekt de terugbetalingsverplichting vast te stellen met betrekking tot de vóór het arrest van 9 mei 2013 van het TS op grond van het bodemrentebeding betaalde bedragen.

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

- 14 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster de volgende middelen aan: a) de zaak is niet zonder voorwerp geraakt; b) er is geen sprake van een gewijsde zaak; c) de vordering is niet identiek; d) de partijen zijn niet identiek; e) de gevolgen van de nietigverklaring krachtens artikel 1303 CC.
- 15 Met betrekking tot de terugbetaling van de door de bank geïnde bedragen vanaf het sluiten van de overeenkomst heeft verzoekster zich beroepen op het dictum van het arrest van het Hof van 30 mei 2013, Jörös (C-397/11), volgens hetwelk richtlijn 93/13 in die zin moet worden uitgelegd dat „de nationale rechter die ambtshalve heeft vastgesteld dat een contractueel beding oneerlijk is, de nationale regels van procesrecht zo veel mogelijk aldus moet toepassen dat alle consequenties worden getrokken die volgens het nationale recht voortvloeien uit de vaststelling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding, teneinde zich ervan te vergewissen dat de consument niet is gebonden aan dat beding”. Naar de mening van verzoekster is de nationale wetgeving in zoverre duidelijk, omdat krachtens artikel 1303 CC nietigheid teruggave impliceert, en oneerlijke bedingen volgens artikel 83 LGDCU van rechtswege nietig zijn en als niet geschreven worden beschouwd, waarbij de rechter het niet kan aanvullen of matigen.
- 16 Zij stelt dat volgens richtlijn 93/13 de niet-gebondenheid van de consument aan het oneerlijke beding absoluut en onvoorwaardelijk moet zijn. Aanvaarden dat een oneerlijk beding rechtsgevolgen kan sorteren – ook al zijn die tot een bepaalde

periode beperkt – is daarom in strijd met het rechtsgevolg van niet-gebondenheid, omdat dit de aanvaarding van een gedeeltelijke gebondenheid aan het beding veronderstelt en het beding gedurende een onzekere en onbepaalde periode toepasselijk zou blijven. Om een volledige bescherming van de consument te waarborgen, behoort de niet-gebondenheid niet alleen op de toekomst te zijn gericht (te bereiken door de nietigverklaring en het schrappen van het betrokken beding), maar ook op het verleden, om elk spoor van haar bestaan uit te wissen, en dat kan enkel worden bereikt als de gevolgen ervan zijn verdwenen. Zij geeft aan, dat op het gebied van bancaire contracten (waar grote banken op de hele Europese markt opereren die dezelfde producten verkopen met gebruikmaking van dezelfde bedingen) de volledige en gelijke bescherming van consumenten op Unieniveau ernstig zou worden aangetast en dat er, afhankelijk van de betrokken lidstaat, een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling kan ontstaan indien een beperking zou worden toegelaten met betrekking tot de niet-gebondenheid aan nietig verklaarde oneerlijke bedingen.

- 17 Verzoekster stelt dat in deze zaak aan geen van beide voorwaarden (gevaar van ernstige economische verstoringen en goede trouw) wordt voldaan die door het Hof zijn gesteld voor een beperking, bij wijze van uitzondering, van de gevolgen van nietigheid. Zij geeft aan dat er geen ernstig gevaar bestaat, of is aangetoond, voor de bank door teruggave van de door een klant uit de middenklasse teveel betaalde rente op zijn bescheiden hypothecaire lening (het gevaar van ernstige verstoring bestaat eerder voor de financiële gezinssituatie van deze consument).
- 18 BBVA, gedaagde in hoger beroep, stelt dat in het arrest van het TS van 9 mei 2013 reeds is verklaard dat het arrest geen terugwerkende kracht bezit, zodat de bank niets hoeft terug te betalen.

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

#### *Algemene beschouwingen*

- 19 De omstreden vraag houdt in vanaf wanneer de kredietverstrekende bank, op grond van de nietigverklaring van het bodemrentebeding door de rechter, de bedragen die op grond van de toepassing van dat beding zijn ontvangen, aan de consument terug moet betalen.
- 20 De regels van Unierecht geven uitdrukkelijk aan dat de consument niet door het oneerlijke beding mag worden gebonden, hoewel noch in het recht, noch in de rechtspraak is vastgesteld dat daaruit, als onderdeel van dat effect, in het kader van individuele verbodsacties of in collectieve acties, de teruggave moet volgen van de bedragen die door de consument zijn betaald.
- 21 Daarom bestaat volgens bepaalde schrijvers geen Europese harmonisatie inzake de plicht tot restitutie als gevolg van de ongeldigheid van een oneerlijk contractueel beding. Dat deel van de doctrine meent dat artikel 6, lid 1, van

richtlijn 93/13 voor de regeling van die kwestie naar het nationale recht verwijst, zoals ook lijkt te volgen uit het arrest Jörös, hierboven aangehaald.

- 22 Het is de vraag of de toepassing van het nationale recht alle gevolgen produceert die moeten volgen uit de eis van niet-gebondenheid van consumenten aan oneerlijke voorwaarden, zoals vastgesteld in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13.
- 23 In de Spaanse zaak heeft het TS artikel 1303 CC uitgelegd als basisregel met betrekking tot de terugwerkende kracht van de contractuele nietigheid, zowel voor een collectieve als voor een individuele actie. Daarbij heeft het op de verplichting van de teruggave van de prestaties een uitzondering gemaakt op grond van goede trouw en een „duidelijk” gevaar van verstoring van de economie, zonder bewijs te vragen of voorwaarden of eisen te stellen om dat gevaar te beoordelen of aannemelijk te maken.
- 24 De verwijzende rechter meent echter dat wanneer een beding nietig is verklaard, herstel in de vorige toestand moet plaatsvinden, aangezien de verbintenissen die uit dat beding ontstaan rechtsgrond missen en in het Spaanse recht de verplichting tot teruggave van hetgeen is ontvangen voortvloeit uit de wet en niet uit de overeenkomst of het ongeldige beding. De teruggaveverplichting is het natuurlijke gevolg van de nietigverklaring. Daarom meent hij dat de restrictieve uitlegging van het gevolg van de nietigheid door het TS wellicht niet verenigbaar is met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13.

*Argumenten voor de twijfel van de verwijzende rechter*

- 25 Ten eerste. Uit de letterlijke tekst van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 blijkt niet dat de teruggave is geharmoniseerd. Het is echter aannemelijk dat de richtlijn subtieler werkt, waar zij het beginsel van onverbindendheid vaststelt en tegelijkertijd de lidstaten verplicht om in hun rechtsstelsels „[...] doeltreffende en geschikte middelen” op te nemen „om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers”, welke verplichting naar onze mening noodzakelijk is voor het zogenoemde „nuttig effect” van de richtlijn.
- 26 Gezien het doel van de richtlijn kan de oplegging aan de bank van de verplichting om het ten onrechte ontvangen bedrag terug te betalen een doeltreffend middel zijn om het afschrikkende effect te garanderen. De handhaving van een deel van de gevolgen van de toepassing van het oneerlijke beding terwijl het nietig is verklaard, kan het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn zeker in gevaar brengen.
- 27 Ten tweede. De arresten van het Hof van 14 juni 2012, 21 februari 2013 en 21 januari 2015 poneren het beginsel dat nietig verklaarde oneerlijke bedingen niet door de rechter mogen worden aangevuld. In die arresten wordt overwogen dat indien een nationale rechter de mogelijkheid zou hebben om de inhoud van de bedingen te wijzigen, die bevoegdheid ertoe zou leiden dat het afschrikkende

effect op de verkopers van het feit dat dergelijke oneerlijke bedingen simpelweg niet op de consumenten worden toegepast, wordt tenietgedaan. De verkopers zouden dan geneigd kunnen zijn om die bedingen toch te gebruiken, in de wetenschap dat de nationale rechter de overeenkomst bij nietigverklaring voor zover noodzakelijk kan aanvullen.

- 28 Tegen die achtergrond kan de handhaving van een deel van de door een nietig verklaard oneerlijk beding veroorzaakte gevolgen worden begrepen als een soort matiging of aanvulling van de gevolgen van dat beding.
- 29 Ten derde. Als het doel van de richtlijn is om in de lidstaten van de Unie een algehele consumentenbescherming te bevorderen, dan moet de niet-gebondenheid aan een oneerlijk beding – wegens nietigheid of ongeldigheid, afhankelijk van het nationale recht – niet alleen op de toekomst zijn gericht, maar ook op het verleden, aangezien het geen grondslag meer vindt in de wet zelf.
- 30 In dezelfde zin wordt in het verslag van de Commissie van 27 april 2000 over de toepassing van richtlijn 93/13 [...], COM(2000) 248 def., opgemerkt dat „de gerechtelijke uitspraak die een beding als oneerlijk beschouwt [...] moet gelden vanaf de sluiting van de overeenkomst (ex tunc).”
- 31 Ten vierde. Het Hof heeft in tal van uitspraken – bijvoorbeeld de arresten van 26 april 2012, C-472/10 en 30 mei 2013, C-397/11 – het beginsel van onverbindendheid geformuleerd in de zin dat wanneer een contractuele bepaling oneerlijk wordt verklaard, de nationale rechter verplicht is om alle daaruit voortvloeiende gevolgen van het nationale recht toe te passen, opdat de consument niet door dat beding wordt geschaad.
- 32 Aanvaarden dat een oneerlijk beding gevolgen kan hebben ten nadele van de consument betekent het aanvaarden van een gedeeltelijke gebondenheid van die consument aan dat beding gedurende een onzekere en onbepaalde periode.
- 33 Ten vijfde. Het Hof staat slechts bij uitzondering een beperking van de terugwerkende kracht toe. Daarvoor moet aan twee voorwaarden worden voldaan: goede trouw van de belanghebbenden en gevaar van ernstige verstoringen van de economie.
- 34 Met betrekking tot de goede trouw is het twijfelachtig of iemand die op een ondoorzichtige wijze een beding in zijn eigen voordeel oplegt, zonder de vereiste informatie omtrent de negatieve effecten van dat beding te verschaffen, kan worden geacht te goeder trouw te handelen, omdat hij door die handelwijze de consumenten belet andere aanbiedingen te kiezen.
- 35 Het TS heeft in zijn rechtspraak aanvaard dat het twijfelachtig is of iemand die, gebruik makend van zijn dominante positie, de werkelijke inhoud en betekenis van het bodemrentebeding verhuult, te goeder trouw handelt.

- 36 Met betrekking tot het gevaar van ernstige verstoringen – aantasting van het economisch bestel – is het eveneens twijfelachtig of de voorwaarde voor het maken van een uitzondering op de algemene regel van terugwerkende kracht de „duidelijkheid” van het feit kan zijn, zonder kwalitatieve of kwantitatieve vaststelling van feiten of objectiveerbare criteria, terwijl in de zaken waarin het TS uitspraak heeft gedaan, het conflict beperkt was tot een of meer financiële instellingen die zich ten onrechte hadden bevoordeeld middels contractuele voorwaarden die oneerlijk waren, waardoor de ontvangen bedragen beschouwd konden worden als een soort ongerechtvaardigde verrijking, met daarmee samenhangend een verarming van de consument.
- 37 Het is derhalve de vraag of het redelijk is het economisch bestel enkel te beschouwen vanuit het gezichtspunt van het economische effect op de verkoper, en geen rekening te houden met het economische leed dat het voor de consument kan betekenen als hij het onverschuldigd betaalde niet terugkrijgt.
- 38 Daarom zou het zin kunnen hebben als de criteria van goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen autonome begrippen van Unierecht zouden zijn die door alle lidstaten op uniforme wijze worden uitgelegd.
- 39 Ten zesde. Krachtens art. 83 van de LGDCU zijn oneerlijke bedingen van rechtswege nietig. Ze moeten als ongeschreven worden beschouwd. Dat artikel zegt niets over de terugwerkende kracht, maar wel is artikel 1303 CC op de zaak van toepassing, en dan in zijn gewone toepassing, niet als uitzondering.
- 40 Er moet bovendien op worden gewezen dat de huidige formulering van het artikel een gevolg is van een recente wetswijziging bij wet 3/2014 van 27 maart 2014, die als doel had de rechtspraak van het Hof van 14 juni 2012 – zaak Banco Español de Crédito – daarin te verwerken, die elke soort aanvulling, ook al is die gering of gedeeltelijk, verbiedt die de aanbieder bevoordeelt, omdat die oplossing een effect genereert dat strijdig is met het Unierecht. Daarmee wordt namelijk het gebruik van oneerlijke bedingen ten nadele van de consument begunstigd of bevorderd, zonder enige sanctie of met een afgezwakte of lagere sanctie. In de oude formulering bepaalde het artikel namelijk dat, wanneer de overeenkomst in stand bleef, de rechter die het beding nietig had verklaard de rechten en plichten van partijen kon matigen. Men moet ook bedenken dat het directoraat-generaal Justitie van de Europese Commissie de Spaanse regering een brief heeft gestuurd waarin de regering wordt gewezen op de verplichting tot wijziging van artikel 83 LGDCU, omdat het niet verenigbaar is met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 dat een rechter die een oneerlijk beding nietig heeft verklaard, de inhoud ervan aanvult.
- 41 Ten zevende. De rechter is verplicht om, bij de toepassing van de regels van het nationale recht, rekening te houden met alle regels van het nationale recht en deze voor zover mogelijk uit te leggen tegen de achtergrond van de tekst en het doel

van de toepasselijke richtlijn, teneinde tot een oplossing te komen die conform is aan het doel van die richtlijn. In deze zaak rijst echter de twijfel of het nationale recht in overeenstemming met richtlijn 93/13 en artikel 6 daarvan zodanig kan worden uitgelegd dat de nietigverklaring op grond van oneerlijkheid van het bodemrentebeding géén teruggave van alle overeenkomstig dat beding geïnde bedragen impliceert. Die teruggave heeft immers tot doel de in dat artikel en in de nationale consumentenwetgeving – LGDCU – toegekende rechten te effectueren. In artikel 8 van die wet worden onder de titel „Basisrechten van de consumenten en gebruikers” onder andere sub b: „de bescherming van hun legitieme economische en sociale belangen, in het bijzonder tegen oneerlijke handelspraktijken en het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, en sub c: „verkrijging van schadevergoeding en herstel van de geleden schade”, als basisrechten vastgesteld.

*Verzoek om behandeling volgens de versnelde procedure*

- 42 De verwijzende rechter meent dat de onderhavige vraag vanwege het grote aantal potentiële betrokkenen in aanmerking komt om volgens de versnelde procedure te worden behandeld, omdat de economische crisis die Spanje doormaakt, heeft geleid tot een groot aantal procedures waarin consumenten om nietigverklaring van bodemrentebedingen verzoeken.