



Datum van inontvangstneming : 11/03/2014

Zaak C-54/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

5 februari 2014

Verwijzende rechter:

Juzgado de Primera Instancia n° 34 de Madrid (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 januari 2014

Verzoekende partijen:

Rafael Villafañez Gallego

María Pérez Anguio

Verwerende partij:

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

BESLISSING

Rechter/Magistraat-Rechter:

EDUARDO JOSÉ FONTAN SILVA

MADRID, dertien januari tweeduizend veertien.

FEITELIJKE VOORGESCHIEDENIS

TEN EERSTE.- Bij deze rechtbank wordt een (OMISSIS) vereenvoudigde declaratoire procedure in een civiele zaak behandeld (OMISSIS), ingesteld naar aanleiding van het verzoek daartoe van DE HEER RAFAEL VILLAFAN[Ñ]EZ GALLEGO EN MEVROUW MARÍA PÉREZ ANGUIO tegen BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARÍA, S.A. In het verzoek (OMISSIS) is de rechtbank verzocht een vonnis te wijzen waarin zou worden gelast dat de gedaagde instelling een bedrag van 1 086,44 EUR zou moeten betalen aan de eisers, vermeerderd met de wettelijke rente en de rente zoals van toepassing vanaf de datum dat het vonnis kracht van gewijsde zou verkrijgen, onder bepaling van de nietigheid en

afwezigheid van de contractuele bepaling op basis waarvan de kosten voor de formalisering van de wijziging van de openbare akte van lening met hypothecaire zekerheid zoals door de partijen opgemaakt, uitsluitend opgelegd werden aan de eisende partijen. Subsidiair verzochten de eisers in verband met de betaling van de geldsom, en een en ander voor zover het eerstgenoemde verzoek niet zou worden toegewezen, om te gelasten dat de gedaagde instelling een bedrag van 543,22 EUR zou moeten betalen. In beide gevallen werd verzocht om de gedaagde te veroordelen in de proceskosten.

TEN TWEEDE.- Het verzoek werd in behandeling genomen en een afschrift hiervan werd naar de gedaagde partij verzonden (OMISSIS), [processuele specificatie die hier niet relevant is], waarna de gedaagde verzet heeft aangetekend en verzocht heeft het verzoek volledig af te wijzen.

TEN DERDE.- Op 14 oktober 2013 werd een voorziening gegeven met de volgende strekking: „(OMISSIS) Onder opschorting van de termijn om vonnis te wijzen, aangezien het teneinde een beslissing **[Or. 1]** te nemen in het onderhavige geschil nodig is te bepalen of het beding met betrekking waartoe nietigverklaring wordt verzocht en waar de financiële vordering op gebaseerd wordt zoals naar voren gebracht in het verzoek [van de eisers], een beding is waarover niet afzonderlijk is onderhandeld met het oog op het bepaalde in artikel 3, leden 1 en 2, en artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten [(PB L 95, blz. 29) (hierna: „richtlijn 93/13”)] en in artikel 81, lid 1, en artikel 83, lid 1, van de gecodificeerde tekst van de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Algemene Wet op de Bescherming van Consumenten en Gebruikers en andere aanvullende wetten) [hierna: „LGDCU”], goedgekeurd door Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (Koninklijk Wetsbesluit 1 van 16 november 2007) [hierna: Real Decreto Legislativo 1/2007], dienen de partijen en het Openbaar Ministerie binnen een termijn van TIEN DAGEN te worden gehoord over de wenselijkheid om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie teneinde opheldering te verkrijgen over: a) de vraag of artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 uitgelegd moet worden in die zin dat een beding door middel waarvan, naast het wijzigen van de voorwaarden betreffende de limieten van de rentepercentages, de consument kosten worden opgelegd die voortvloeien uit de wijziging van de openbare akte van lening en akte van hypotheekvestiging zoals gesloten tussen de bank en de consument, hetgeen door de bank is aangeboden als een optie tussen twee verschillende alternatieven om de voorwaarden van de hypothecaire lening te wijzigen, hetgeen is aanvaard door de consument, ten gevolge van de onderhandelingen tussen de bankinstelling en de onderlinge verzekeringsmaatschappij waar de consument deel van uitmaakt, een beding is waarover niet afzonderlijk is onderhandeld met het oog op artikel 3, leden 1 en 2, en artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13; b) indien de voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord, de vraag of artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 moet worden uitgelegd in die zin dat een beding zoals omschreven sub a en waarvan het doel is

het verbeteren van de financiële voorwaarden van de lening, wordt uitgesloten. (OMISSIS) [verwijzing naar het feit dat er niet tegen het vonnis in beroep kan worden gegaan]

TEN VIERDE.- Volgens het Openbaar Ministerie (OMISSIS) is het gerechtvaardigd de eerste prejudiciële vraag voor te leggen (OMISSIS) [samenvatting van de schuld zoals aangedragen bij de rechter]. In verband met de tweede prejudiciële vraag wordt aangegeven dat, voor zover er zou worden geconcludeerd dat over het beding niet afzonderlijk is onderhandeld, deze vraag niet hoeft te worden voorgelegd, daar het naar mening van het Openbaar Ministerie zonneklaar is dat er sprake is van een ongelijkheid tussen de contractpartijen wat de uit het contract voortvloeiende rechten en plichten betreft, aangezien de afschaffing in het aanvankelijke contract van het beding door middel waarvan de minimale en maximale limieten werden aangegeven voor de variabiliteit van de rentepercentages van de lening zowel de bank als de consument bevoordeelt en benadeelt, terwijl het uitsluitend de consument is die, overeenkomstig het beding waarvan de nietigverklaring wordt verzocht, alle kosten moet dragen die voortvloeien uit de wijziging van de contractvoorwaarden.

TEN VIJFDE.- Zowel de eisende partijen als de gedaagde bank hebben geschriften overgelegd met hun respectievelijke zienswijzen. Laatstgenoemde heeft in haar geschrift van 25 oktober 2013 aangegeven dat het niet nodig wordt geacht om de voorgestelde prejudiciële vraag voor te leggen, aangezien er geen enkel conflict bestaat tussen de nationale wetgeving en het gemeenschapsrecht, en het voorleggen van de vragen bovendien niet nodig is om het geschil uit de weg te ruimen. Ten gevolge hiervan wordt gesteld dat de bank het niet eens is met het voorstel om prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof. Subsidiair, voor zover de rechtbank voornemens is wel prejudiciële vragen voor te leggen, wordt voorgesteld deze vragen in de volgende bewoordingen te formuleren: „a) Dient artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 uitgelegd te worden in die zin dat een afspraak tussen een onderlinge verzekeringsmaatschappij, die de belangen van haar leden/consumenten behartigt, en een bankinstelling, beschouwd moet worden als een afspraak waarover onderhandeld is?; en b) Indien de voorgaande vraag ontkennend wordt beantwoord: dient artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 uitgelegd te worden in die zin dat een afspraak zoals overeengekomen tussen de genoemde onderlinge verzekeringsmaatschappij, die de belangen van haar leden/consumenten behartigt, en een bankinstelling, op basis waarvan de consument twee opties krijgt aangeboden zodat deze, indien hij dit wenst, vrijwillig op een gunstige manier de financiële voorwaarden kan wijzigen van zijn hypothecaire lening, onder betaling van de kosten van een dergelijke wijziging, niet als een oneerlijk beding wordt beschouwd?”

De eisers hebben op hun beurt bij geschrift van 25 november 2013 aangegeven dat het niet aangewezen wordt geacht om de prejudiciële vragen voor te leggen. Naar hun mening is het begrip beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld duidelijk omschreven in het gemeenschapsrecht en toegelicht door het Hof van

Justitie, waardoor het een feitelijke kwestie betreft die beoordeeld moet worden door de nationale rechter, nadat de gedaagde partij haar punten en toelichting naar voren heeft gebracht. De eisers zijn van mening dat het oneerlijke karakter van het beding in kwestie duidelijk is en dat dit beoordeeld en vastgesteld moet worden door de nationale rechter, die de taak heeft om een uitspraak te doen aangaande het oneerlijke karakter van het beding in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn. Dientengevolge wordt verzocht een beslissing te nemen aangaande het geschil en wordt het niet nodig geacht de voorgestelde prejudiciële vragen op te werpen. Subsidiair wordt verzocht om de tweede vraag aldus te herformuleren **[Or. 3]** dat de zinsnede „en waarvan het doel is het verbeteren van de financiële voorwaarden van de lening” wordt weggelaten.

RECHTSOVERWEGINGEN

TEN EERSTE.- Samenvatting van de feitelijke zaak, van de vorderingen in deze zaak en van de bewoordingen van de discussie

- 1 De voorliggende procedure tegen de gedaagde bankinstelling is ingesteld naar aanleiding van een verzoek zoals ingediend door de heer Villafañez en mevrouw Pérez Anguio. Samenvattend werd in het verzoek uiteengezet dat zij door middel van een openbare akte van 29 maart 2007 een hypothecaire lening waren overeengekomen met de genoemde bank voor een bedrag van 400 000 EUR, met een looptijd van veertig jaar en een nominale rente van 4,3 % per jaar. In beding 3 bis, lid 3, van het contract werd bepaald: „hoewel de waarde van de referentie-index zoals van toepassing minder is dan 2,25 %, bepaalt deze waarde, vermeerderd met de percentages zoals eerder genoemd voor elk afzonderlijk geval, het vigerende ‚rentepercentage’ in de ‚renteperiode’, onverlet de mogelijke toepassing van de korting zoals voorzien in het volgende lid. Het rentepercentage zoals van toepassing op het opgeleverde bedrag van de gewone rente kan in geen geval hoger zijn dan het actuele nominale percentage van 15 %.”

De eisers stellen dat de gedaagde instelling een aanbod heeft gedaan aan de leden van de onderlinge verzekeringsmaatschappij Mutualidad General Judicial (Algemene Gerechtelijke Onderlinge Verzekeringsmaatschappij), waar de heer Villafañez Gallego lid van is gezien zijn hoedanigheid van magistraat van een arrondissementsrechtbank, die vóór 1 april 2009 een hypothecaire lening hadden afgesloten. Hierbij werd de mogelijkheid geboden de minimale referentielimiet te wijzigen die van toepassing zou kunnen zijn conform de leningsovereenkomst. Deze mogelijkheid werd aangeboden met een keuze tussen twee modaliteiten. Conform de eerste modaliteit, werden de zogenaamde „onder- en bovengrensclausules” afgeschaft, door middel waarvan de maximale en minimale limieten werden vastgesteld voor de variabele rente van de lening. Deze afschaffing zou verricht moeten worden door het opmaken van een openbare akte [van herziening] die ingeschreven zou moeten worden bij het Eigendomsregister. De kosten voor de wijziging van de akte en voor de inschrijving bij het

Eigendomsregister zouden voor rekening van de cliënt komen. Conform de tweede modaliteit, werd de „ondergrens” tot bepaalde grenzen naar beneden bijgesteld door middel van een onderhands contract. In dit geval [was het niet nodig een openbare akte op te maken] en waren er geen kosten voor de geldnemer.

De onderlinge verzekeringsmaatschappij Mutualidad General Judicial, waar de heer Villafañez Gallego lid van is, is een instelling die de bijzondere aspecten van het socialezekerheidsstelsel van ambtenaren van de rechterlijke macht regelt voor diegenen die lid zijn van deze maatschappij.

Naar aanleiding van het aanbod dat de bankinstelling gedaan had aan de leden van de Mutualidad General Judicial, kozen de eisers voor de eerste van de twee genoemde opties, waardoor de bepaling omtrent de „ondergrens” werd afgeschaft. Op basis hiervan werd door de geldgevende bank en de geldnemers op [Or. 4] 15 maart 2012 een openbare akte van herziening ondertekend betreffende de clausule van het leningscontract genaamd „Grens aan de variatie van het rentepercentage”. De akte werd direct hierna ingeschreven in het Eigendomsregister. Alle kosten die voortvloeiden uit de genoemde handelingen werden voldaan door de eisers, een en ander ten bedrage van 1 086,44 EUR.

De eisers hebben als grond voor hun vordering aangevoerd dat zij handelen in de hoedanigheid van consumenten en gebruikers in de zin van het bepaalde in artikel 3 van de LGDCU, op basis waarvan de gedaagde bankinstelling de hoedanigheid van ondernemer bekleedt overeenkomstig het bepaalde in artikel 4 van dezelfde wetstekst.

Hieraan werd toegevoegd dat het beding van het contract, krachtens welke bepaling zij verplicht werden om de kosten voor de formalisering van de wijziging van de hypothecaire lening te betalen, aangemerkt dient te worden als een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld conform de bewoordingen van artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13, aangezien dit beding van tevoren door de gedaagde bank is opgesteld, zonder dat de eisende partijen op enigerlei wijze invloed hebben kunnen uitoefenen op de inhoud van dit beding, waar zij zich uitsluitend bij hebben kunnen neerleggen. Dit beding is naar mening van de eisende partijen een oneerlijk beding aangezien alle vereiste wettelijke en jurisprudentiële voorwaarden aanwezig zijn om als zodanig te worden aangemerkt. Het gaat immers om een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, het druist in tegen de praktijken van de goede trouw, en het zorgt voor een aanzienlijke ongelijkheid tussen de partijen in verband met hun rechten en plichten, ten nadele van de consument. Dientengevolge wordt verzocht het genoemde beding nietig te verklaren en de bank te veroordelen tot de teruggave van de kosten die voldaan zijn voor de formalisering van de wijziging van de hypothecaire lening. Subsidiair, voor zover de rechter van mening zou zijn dat meer gewicht moet worden toegekend aan objectieve goede trouw, wordt verzocht

de gedaagde instelling te veroordelen tot de voldoening van de helft van het bedrag van de genoemde kosten, te weten een bedrag van 543,22 EUR.

- 2 De gedaagde bank heeft zich, kort gezegd, tegen de vorderingen van de eisers verzet met het argument dat het beding van het contract genaamd „Grens aan de variatie van het rentepercentage” in het contract stond teneinde de variatie van het rentepercentage zoals van toepassing op de hypothecaire lening te begrenzen, zowel naar boven als naar beneden toe. Er is naar voren gebracht dat het aanbod van de bank om het genoemde beding van het contract te wijzigen vooraf is gegaan aan constante verzoeken daartoe van de leden van de onderlinge verzekeringsmaatschappij Mutualidad General Judicial, naar aanleiding waarvan de bank, gezien het collectieve karakter van de onderlinge verzekeringsmaatschappij, heeft ingestemd [Or. 5] met de wijziging van dit financiële beding, na hierover te onderhandelen met de Mutualidad. Daardoor is het niet de bank geweest die de wijziging van de limieten van de variatie van de rentepercentages heeft aangeboden aan haar cliënten, maar was het de Mutualidad die hierom verzocht heeft bij de bankinstelling, als vertegenwoordiger van haar leden. Op deze wijze was het de heer Villafañez Gallego zelf die op de bankinstelling is afgestapt, heeft toegestemd in de onderhandelingen tussen de bank en de Mutualidad, en heeft verzocht om de afschaffing van het beding aangaande de beperking van de variatie van het rentepercentage, waarbij hij volledig op de hoogte was van het feit dat de keuze zoals aangeboden door de bank de betaling van de kosten van de herziening met zich meebracht en dat de formalisering hiervan door middel van het opmaken van een openbare akte en door de desbetreffende inschrijving naderhand in het Eigendomsregister zelfs verplicht was krachtens artikel 114 van de Ley Hipotecaria (Hypotheekwet) [hierna: „Ley Hipotecaria”] en krachtens de Norma Sexta del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios (Zesde Norm van Koninklijk Besluit 1426 van 17 november 1989, door middel waarvan de tarieven van notarissen worden goedgekeurd) [hierna: „RD 1426/1989”]. Dientengevolge, zo wordt geconcludeerd, is het beding waarin wordt bepaald dat de afschaffing van de bepaling inzake de beperking van de variatie van het rentepercentage, bij openbare akte verricht moet worden en dat de kosten van het formaliseren van die akte voor rekening van de geldnemer komen, niet oneerlijk.

TEN TWEEDE.- Het rechtskader. Het Unierecht en het nationale recht

- 3 Artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen artikel 234 VEG) bepaalt: „*Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen:*
- a) *over de uitlegging van de Verdragen,*

b) *over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie,*

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.”

In de dertiende overweging van de considerans van richtlijn 93/13 wordt het volgende aangegeven: „(...) *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 dan wel beginselen of bepalingen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, aan de bepalingen van deze richtlijn te onderwerpen; dat in dat verband onder de term ‚dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen [Or. 6]’ [zoals genoemd 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”.*

In de eenentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 93/13 wordt het volgende genoemd: „(...) *dat de lidstaten de nodige maatregelen dienen te treffen om te voorkomen dat in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument oneerlijke bedingen worden opgenomen; dat, als toch dergelijke bedingen zijn opgenomen, deze de consument niet binden en de overeenkomst de partijen blijft binden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan”.*

In artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 wordt bepaald: „*Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen”.*

In artikel 2 van de genoemde richtlijn wordt bepaald: „*In deze richtlijn wordt verstaan onder:*

a) *oneerlijke bedingen: de bedingen van een overeenkomst zoals die in artikel 3 zijn omschreven;*

b) *consument: iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;*

c) *verkoper: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit”.*

Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt: *„Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, 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”.*

Artikel 3, leden 2 en 3, van bedoelde richtlijn luidt als volgt: *„2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben.*

Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling [Or. 7] sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. *De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.”*

In artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 wordt aangegeven: *„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.”*

In artikel 7, lid 1, van dezelfde richtlijn wordt bepaald: *„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.”*

- 4 Met betrekking tot het nationale recht moet rekening worden gehouden met de volgende regelgeving:

a) Gecodificeerde tekst van de LGDCU, goedgekeurd door Real Decreto Legislativo 1/2007 van 16 november 2007, waarmee Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Algemene Wet 26 op de bescherming van consumenten en gebruikers van 19 juli 1984) werd vervangen, naderhand herzien door Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Wet 7 op Algemene Contractvoorwaarden van 13 april 1998), waarbij richtlijn 93/13 werd uitgevoerd in het nationale recht. Het gaat hierbij met name om de volgende artikelen:

Artikel 82: „1. *Alle bepalingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en alle niet uitdrukkelijk overeengekomen praktijken worden als oneerlijke bedingen beschouwd indien zij, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoren ten nadele van de consument.*

2. *Het feit dat over sommige onderdelen van een beding of over een afzonderlijk beding afzonderlijk is onderhandeld, sluit de toepassing van de regels over oneerlijke bedingen op de rest van de overeenkomst niet uit.*

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

3. *Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding worden de aard van de goederen of diensten [Or. 8] waarop de overeenkomst betrekking heeft, alle omstandigheden bij de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, in aanmerking genomen.*

4. *Onverminderd het bepaalde in de vorige leden zijn in elk geval die bedingen oneerlijk die overeenkomstig de artikelen 85 tot en met 90:*

- a) *de overeenkomst onderwerpen aan de wil van de handelaar,*
- b) *de rechten van de consument en gebruiker beperken,*
- c) *bepalen dat er geen sprake zal zijn van wederkerigheid in de overeenkomst,*
- d) *van de consument of gebruiker onevenredige garanties vragen of ten onrechte de bewijslast bij hem leggen,*
- e) *onevenredige eisen stellen met betrekking tot de sluiting en de uitvoering van de overeenkomst, of*
- f) *in strijd zijn met de regels betreffende de bevoegdheid en het toepasselijke recht.”*

Artikel 83: „*Nietigheid van oneerlijke bedingen en aanvulling van de overeenkomst*

1. *Oneerlijke bedingen zijn van rechtswege nietig en worden als niet geschreven beschouwd.*

2. *Het nietige deel van de overeenkomst wordt aangevuld overeenkomstig artikel 1258 van het burgerlijk wetboek en het beginsel van de objectieve goede trouw.*

Hiertoe vult de rechter die de nietigheid van deze bedingen vaststelt de overeenkomst aan, en kan hij overgaan tot matiging van de rechten en verplichtingen van de partijen wanneer de overeenkomst blijft bestaan, en de gevolgen van de ongeldigheid van de overeenkomst matigen indien er sprake is van een aanzienlijke benadeling van de consument en gebruiker.

Enkel indien de overblijvende bedingen leiden tot een onevenwicht tussen de partijen dat niet kan worden verholpen, kan de rechter verklaren dat de overeenkomst ongeldig is.”

b) Het decreet van 8 februari [1946] door middel waarvan de nieuwe redactie van de Ley Hipotecaria wordt goedgekeurd. Het gaat hierbij met name om de volgende artikelen:

Artikel 2: „*De volgende zaken worden ingeschreven in de registers zoals genoemd in het voorgaande artikel: (...) 2. Rechtstitels betreffende de vestiging, erkenning, overdracht, wijziging of beëindiging van rechten aangaande (OMISSIS) hypotheek (OMISSIS) [specificaties die niet relevant zijn voor de onderhavige zaak] en overige zakelijke rechten”.*

Artikel 144: „*Feiten en afspraken tussen de partijen die een eerdere hypothecaire verplichting kunnen wijzigen of daar afbreuk aan kunnen doen, zoals betaling, compensatie, uitstel, een overeenkomst of belofte om geen betalingsverzoeken in te dienen, een herziening van het eerste contract en een transactie of compromis, zijn niet rechtsgeldig ten overstaan van derden voor zover deze niet zijn vastgelegd in het register door middel van een nieuwe inschrijving (OMISSIS) [specificaties die niet relevant zijn voor de onderhavige zaak]”.* [Or. 9]

c) Zesde Norm van bijlage II bij RD 1426/1989: „*De verplichting tot betaling van de rechten komt toe aan diegene die verzocht heeft om de tussenkomst of de dienstverlening van de notaris (...)”.*

(OMISSIS) [specificatie aangaande het feit dat er geen rechtsmiddel meer kan worden aangewend tegen de beslissing die genomen wordt]

TEN DERDE.- Over de noodzaak prejudiciële vragen voor te leggen

- 5 De eisers baseren hun verzoek ten eerste op het oneerlijke karakter van het contractuele beding zoals genoemd in de openbare akte van wijziging van de akte van hypothecaire lening, krachtens welk beding de geldnemers verplicht waren om de kosten te voldoen die voortvloeien uit het passeren van de akte van herziening. Zij doen daartoe een beroep op de toepassing van artikel 3, lid 2, van richtlijn 93/13, en van artikel 82, lid 1, van de LGDCU, de bepaling van intern recht die momenteel in het nationale recht uitvoering geeft aan artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13. Volgens de gemeenschapsbepaling en de nationale bepaling kan pas sprake zijn van een oneerlijk beding als het om een bepaling gaat waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.
- 6 (OMISSIS) [verwijzing naar feitelijke, niet omstreden, eerder genoemde kwesties]
- 7 (OMISSIS) **[Or. 10]** (OMISSIS) [samenvatting van de feiten zoals omschreven in de tweede alinea van punt 1]

Voorts is niet betwist dat de bank de inhoud van de openbare akten al had opgesteld vóór het passeren van de stukken, dat wil zeggen van de akte van lening met de hypothecaire zekerheid en van de akte van wijziging houdende de bewoordingen betreffende het aanbod zoals aanvaard door de eisers. Dientengevolge houden de twijfels aangaande de uitlegging geen verband met het feit dat de bepaling, waarvan de eisers de nietigheid vorderen, van tevoren was vastgelegd, in die zin dat dit beding van tevoren was opgesteld door de bank, maar met de reikwijdte van de in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 vervatte wettelijke voorwaarde, op grond waarvan een beding als oneerlijk kan worden aangemerkt indien over de inhoud niet afzonderlijk is onderhandeld en het beding wordt opgelegd aan de consument zonder dat deze de mogelijkheid heeft gehad om invloed uit te oefenen op de inhoud hiervan. De bepaling waar het in deze zaak om draait, was weliswaar niet in het contract opgenomen nadat daarover afzonderlijk was onderhandeld met de cliënt/consument, maar nadat met betrekking hiertoe onderhandelingen waren gevoerd tussen de bank en de onderlinge verzekeringsmaatschappij Mutualidad waar de consument toe behoort. De Mutualidad heeft daarbij gehandeld in het belang van de leden en de cliënt/consument had zich hierbij aangesloten, aangezien hij een keuze had gemaakt tussen twee mogelijkheden die besloten lagen in het aanbod van de bank zoals gericht aan de alle leden van de Mutualidad.

- 8 De partijen achten het niet nodig de prejudiciële vragen voor te leggen, aangezien er in deze zaak, naar hun mening, een feitelijke beslissing moet worden genomen door de rechtbank. De rechter is het, gezien de stand van zaken, niet eens met de partijen. Met de kwestie die voorgelegd wordt aan het Hof van Justitie over de vraag hoe een en ander moet worden uitgelegd, wordt immers beoogd duidelijkheid te verkrijgen in verband met de juridische betekenis van de feiten op basis van de interpretatie van artikel 3, lid 1, van de richtlijn, zodat de reikwijdte van de normatieve inhoud kan worden bepaald met **[Or. 11]** inachtneming van de omstandigheden die meespelen in de voorliggende zaak. De twijfelpunten die de

rechter op dit moment heeft, kunnen niet worden opgelost door te verwijzen naar de strekking van de toepasbare gemeenschapsregels of aan de hand van de jurisprudentie die betrekking heeft op deze regelgeving. Ook kan het geschil niet worden opgelost met de toepassing van de nationale regelgeving, uitgelegd in overeenstemming met het daaraan ten grondslag liggende gemeenschapsrecht, aangezien voor deze kwestie juist de uitlegging van de richtlijn noodzakelijk is in samenhang met de omstandigheden van de zaak, waarbij criteria moeten worden aangereikt volgens welke het geschil kan worden beslecht.

De rechter is ermee bekend dat het overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie [van de Europese Unie], niet aan het Hof van Justitie is om in een concrete zaak te bepalen of over een contractueel beding wel of niet afzonderlijk is onderhandeld, maar dat deze taak toekomt aan de nationale rechter. Daartoe beschikt de nationale rechter over het toepassingscriterium zoals opgenomen in het tweede lid van artikel 3 van de richtlijn. Er kan echter niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de bevoegdheid van het Hof van Justitie betrekking heeft op de uitlegging van de bepalingen van de richtlijn, evenals de vaststelling van de criteria die de nationale rechter kan of moet toepassen wanneer hij een contractueel beding toetst aan de bepalingen van de richtlijn, met dien verstande dat het aan de nationale rechter staat om, rekening houdend met die criteria, zich in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval uit te spreken over de concrete kwalificatie van een bepaald contractueel beding (zie hiervoor de arresten van het Hof van Justitie van 9 november 2010, VB Pénzgügyi Lízing, C-137/08 [Jurispr. blz. I-10847], punt 44; 26 april 2012, Invitel, C-472/10 [nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie], punt [22], en 21 maart 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 [nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie], punt 48).

- 9 De rechtbank is, in tegenstelling tot hetgeen de gedaagde bank heeft opgeworpen, van mening dat de toepassing van artikel [1], lid [2], van richtlijn 93/13 er niet aan in de weg staat dat een prejudiciële vraag wordt voorgelegd. Noch artikel 144 van de Ley Hipotecaria, in samenhang met het tweede artikel daarvan, noch de Zesde Norm van bijlage II bij RD 1426/1989 vormen dwingende wettelijke bepalingen in de zin van de bepaling van gemeenschapsrecht die de toepassing van de richtlijn uitsluit. In artikel 144 wordt vastgelegd dat het feit dat een wijziging oplevert van de vroegere hypothecaire verplichting, ingeschreven moet worden in het Eigendomsregister zodat dit rechtsgevolgen heeft ten overstaan van derden, maar de betwiste contractuele voorwaarde heeft niet tot doel te voldoen aan de genoemde regel teneinde de gevolgen rechtsgeldig te laten zijn ten overstaan van derden die geen deel uitmaken van de contractuele relatie, maar vast te leggen dat de kosten die voortvloeien uit de wijziging van de bepaling voor rekening van de geldnemer komen. De regelgeving betreffende de tarieven van notarissen beperkt zich voorts tot bepalingen over de vraag wie verplicht is de heffingen te betalen die voortvloeien uit de tussenkost van een openbare, bevoegde notaris, maar hier kan geen dwingend karakter aan worden ontleend **[Or. 12]** aangezien het binnen de beschikkingsmacht van de partijen ligt om te bepalen aan wie de genoemde plicht toekomt. Daardoor kan de inhoud van het voorschrift ook zeker niet worden

geïdentificeerd met het contractuele beding op grond waarvan de lener verplicht wordt om de kosten te voldoen die voortvloeien uit de herziening van het contract.

Conform hetgeen wordt aangegeven in de dertiende overweging van de considerans van richtlijn 93/13, is het met betrekking tot dit punt goed om niet te vergeten dat de uitsluiting zoals voorzien in artikel 1, lid 2, zich tevens uitstrekt tot die bedingen die bepalingen van het nationale recht weergeven die van toepassing zijn op de contractpartijen, ongeacht hun keuze, of die van toepassing zijn wanneer er geen andere regeling is overeengekomen. Bovendien vallen contractuele bedingen waarin de bepalingen van de nationale regeling betreffende een bepaalde categorie overeenkomsten zijn overgenomen, buiten de werkingssfeer van richtlijn 93/13, niet alleen wanneer de tussen partijen gesloten overeenkomst onder deze categorie valt, maar ook met betrekking tot andere overeenkomsten waarop deze regeling krachtens het nationale recht van toepassing is.

In deze zin is het tevens aangewezen om, zoals wordt aangegeven in punt 28 van het eerder genoemde arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 2013, RWE Vertrieb AG, in herinnering te brengen dat deze uitsluiting van de toepassing van de regeling van de richtlijn wordt gerechtvaardigd door het feit dat rechtmatig wordt vermoed dat de nationale wetgever een evenwicht tussen alle rechten en plichten van de partijen bij bepaalde overeenkomsten tot stand heeft gebracht. Op overeenkomstige wijze kan hieraan worden toegevoegd dat het legitiem is te veronderstellen dat het dwingende karakter van de regels zoals weergegeven in de contractuele bepaling, een noodzakelijk evenwicht met zich meebrengt ten aanzien van het geheel van rechten en plichten van de contractpartijen.

Dit argument is echter niet geldig indien het beding in kwestie zelf geen dwingende nationale bepaling omvat waardoor de toepassing van de richtlijn, krachtens bedoelde veronderstelling, kan worden uitgesloten, maar een verplichting oplegt aan de consument. Ook al vloeit de verplichting voort uit een andere verplichting waarin het nationale recht voorziet om een rechtshandeling werking ten aanzien van derden te verlenen, of uit een andere verplichting waarin wordt vastgelegd wie degene is die de honoraria van de notaris moet voldoen, het betreft niet een verplichting als die waar de nationale bepaling naar verwijst, noch een dwingende verplichting. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat het beding waarvan de nietigheid wordt verzocht, het beding is waarin wordt vastgelegd dat de kosten die voortvloeien uit de herziening van het contract voor rekening van de consument komen, waarbij deze een keuze heeft gemaakt tussen twee alternatieven die hem zijn aangeboden ten gevolge van een afspraak tussen de bank en de onderlinge verzekeringsmaatschappij waar de consument toe behoort, een en ander met het oog op de belangen en ten bate van de leden van die verzekeringsmaatschappij. Hierdoor heeft het oneerlijke karakter betrekking op dit beding, en niet op het beding waarin is vastgelegd dat de akte van herziening moet worden geformaliseerd door middel van een openbaar document. **[Or. 13]**

Het is kortom niet mogelijk om in het beding in kwestie de „ratio” te vinden die de uitsluiting van de toepassing van de richtlijn rechtvaardigt overeenkomstig het bepaalde in artikel 1, lid 2, van genoemde tekst.

- 10 In verband met de tweede prejudiciële vraag is het nodig de inhoud, zoals voorgesteld aan de partijen, nader te specificeren. De formulering wordt hierdoor echter niet substantieel anders. Zoals de eisers al op juiste wijze hebben onderstreept, had het beding waarmee de limieten van de rentepercentages van de lening werden vastgelegd (welk beding door de desbetreffende afschaffing uiteindelijk heeft geleid tot de kosten die opgelegd werden aan de consument op grond waarvan het beding als oneerlijk wordt aangemerkt) zowel betrekking op de ondergrens als op de bovengrens van die rente, waardoor dit beding zowel tot voordeel strekte voor de geldnemende consument als voor de geldgevende bankinstelling.

Gezien het bovenstaande wordt het toelaatbaar geacht om de kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie, voor zover het doel hiervan is uitleg te verkrijgen over de vraag of (nadat voldaan is aan de veronderstelling dat het omstreden contractuele beding niet kan worden beschouwd als een beding waarover onafhankelijk onderhandeld is in de zin van het bepaalde in artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13) het feit dat hieromtrent onderhandeld is tussen de bank en de Mutualidad, omwille van de belangen van de leden van genoemde verzekeringsmaatschappij, en dit is aanvaard door de consument in zijn hoedanigheid van lid van de Mutualidad nadat de bank dit had voorgesteld als een van de twee mogelijke alternatieven, op zichzelf de mogelijkheid uitsluit om dit als een oneerlijk beding te beschouwen conform de bewoordingen zoals voorzien in artikel 3, lid 1, van de richtlijn, en met het oog op het bepaalde in artikel 6 van diezelfde tekst. Het doel van het voorleggen van de vraag is dus niet om een antwoord te krijgen op de vraag of het beding wel of niet als oneerlijk moet worden aangemerkt, aangezien de bevoegdheid daaromtrent toekomt aan de nationale rechter (zie de eerder genoemde arresten VB Pénzügyi Lízing, Invitel en RWE Vertrieb van het Hof van Justitie).

Zoals het Hof van Justitie heeft aangegeven in het arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, Jurispr. blz. I-4713), en naderhand in het eerder genoemde arrest VB Pénzügyi Lízing (punten 41 tot en met 43), is het aangewezen om hierbij te wijzen op het feit dat in artikel 3 van de richtlijn slechts op een abstracte wijze een afbakening wordt gegeven van de elementen die kenmerkend zijn voor een oneerlijk karakter van een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zodat het aan het Hof van Justitie is om het begrip „oneerlijk beding” uit te leggen, waarnaar verwezen wordt in lid 1 van artikel 3 van de richtlijn, en om criteria vast te leggen die de nationale rechter kan of moet toepassen bij de beoordeling van een contractueel beding in het licht van de bepalingen van de richtlijn. Overeenkomstig het voorgaande dient de vraag die voorgelegd wordt aan het Hof van Justitie dan ook gericht te zijn op een verzoek aan het Hof om de verwijzende rechter aanwijzingen te verschaffen waar rekening

mee moet worden gehouden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het betrokken beding (zie het eerder genoemde arrest Invitel, punt 22). [Or. 14]

(OMISSIS)

11 (OMISSIS)

(OMISSIS) [specificatie aangaande het feit dat er geen rechtsmiddel meer kan worden aangewend tegen de beslissing die genomen wordt]

TEN VIJFDE.- Herformulering van de vragen

12 Teneinde meer helderheid te verkrijgen aangaande de vragen die worden voorgelegd aan het Hof van Justitie, worden deze vragen geherformuleerd. De uiteindelijke redactie wordt gegeven in het dictum van deze beslissing. Er is geen sprake van een substantiële wijziging in verband met de inhoud of de zin van de vragen in vergelijking met de vragen die zijn voorgesteld aan de partijen en het Openbaar Ministerie; (OMISSIS) [processuele specificatie die niet relevant is voor deze zaak]

Gelet op het voorgaande,

DICTUM

DE PROCEDURE WORDT OPGESCHORT en de volgende prejudiciële vragen worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

1) Moet artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 aldus worden uitgelegd dat van een beding waarover afzonderlijk onderhandeld is, sprake is bij een overeenkomst tussen de bank en de geldnemer/consument op grond waarvan naast de herziening van de voorwaarden betreffende de limieten van de rentepercentages is overeengekomen dat de kosten die voortvloeien uit de wijziging van de tussen de bank en de consument gesloten openbare akte van lening en hypotheekvestiging worden opgelegd aan de consument, wanneer de overeenkomst door de bank werd aangeboden als een van de twee mogelijke alternatieven om de financiële voorwaarden van de hypothecaire lening te wijzigen en door de consument vrijwillig was aanvaard, als gevolg van het akkoord dat na onderhandelingen [Or. 15] tussen de bankinstelling en de Mutualidad waar de consument toe behoort, was bereikt ter wille van de belangen van de leden van genoemde onderlinge verzekeringsmaatschappij?

2) Indien de voorgaande vraag ontkennend wordt beantwoord: dient artikel 3, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG, wat het oneerlijke karakter van het beding betreft, aldus te worden uitgelegd dat het zich, gelet op het doel en het onderwerp van het akkoord tussen de bank en de

Mutualidad, verzet tegen een overeenkomst zoals omschreven in de voorgaande vraag?

(OMISSIS)

(OMISSIS) [processuele formaliteiten]