CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 10 september 2019[1]

Zaak C-125/18

Marc Gómez del Moral Guasch
tegen
Bankia SA

[verzoek van de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (rechtbank in eerste aanleg nr. 38 Barcelona, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de consument – Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Hypotheekovereenkomst – Variabele rentevoet – Referentie-index voor hypothecaire leningen (IRPH) – In een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling geregelde index – Eenzijdige toevoeging door de kredietverstrekker – Toetsing van de transparantie door de nationale rechter – Omvang van de informatie die moet worden verstrekt door de bank”

Inhoud

I. Inleiding 2

II. Toepasselijke bepalingen 3

A. Unierecht 3

B. Spaans recht 4

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen 9

IV. Procedure bij het Hof 12

V. Analyse 12

A. Opmerkingen vooraf 12

1. IRPH Cajas: ontwikkeling en werking 12

2. Arrest van 14 december 2017 14

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

B. Beantwoording van de prejudiciële vragen 16

1. Eerste prejudiciële vraag: reikwijdte van de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering 16

a) Beknopt overzicht van de rechtspraak van het Hof 17

b) Valt het litigieuze beding onder de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 geformuleerde uitzondering? 18

2. Tweede prejudiciële vraag: omvang en inhoud van de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding overeenkomstig artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 21

a) Tweede vraag, onder a) 21

1) Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid 21

2) Standpunt van de Spaanse regering 22

3) Consequenties van de niet-omzetting van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 23

b) Tweede vraag, onder b) en c) 25

1) Overzicht van de rechtspraak van het Hof inzake de vereiste omvang van de informatie in het kader van het aan artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 ontleende vereiste van transparantie van contractuele bedingen 26

2) Toepassing op het onderhavige geval 27

VI. Conclusie 32

I. Inleiding

1. Onroerend goed wordt tegenwoordig zelden aangeschaft zonder dat daarvoor een lening wordt afgesloten. Het betalen van de maandlasten van een hypothecaire lening is al sinds mensenheugenis een alledaagse transactie.[2] De gemiddelde consument die een lening wil aangaan, beschikt in principe over verschillende informatiebronnen, waaronder brochures of praktische handleidingen die door banken, maar ook door consumentenorganisaties worden verstrekt om potentiële kopers te informeren over zaken als het maximale leenbedrag, vaste of variabele rente en referentie-indices.

2. De informatie over hypothecaire leningen is echter technisch van aard en daarom zijn bepaalde begrippen, zoals (vaste of variabele) „rentevoet", „referentie-index" en „jaarlijks kostenpercentage" (JKP), en in het bijzonder de verschillen tussen die begrippen, voor de gemiddelde consument vaak onbegrijpelijk. Dit geldt ook voor de werking of de concrete berekening van de variabele rentevoeten

2 De eerste spijkergeschriften uit het oude Mesopotamië getuigen van het bestaan van leningovereenkomsten. Uit vondsten blijkt dat er in ieder geval in de Sumerische tijd (3000 v. Chr. tot 1900 v. Chr.) al leningen met rente werden verstrekt en dat verschillende bestuurlijke regelingen een maximum aan die rente stelden (de meest gangbare rente was in verschillende perioden 33,3 % graan en 20 % zilver). De Codex Hammurabi (circa 1800 v. Chr.) verwees uitdrukkelijk naar maximale rentevoeten, alsook naar de gedetailleerde regeling en de gevolgen van het niet betalen ervan. Zie Santamaría Aquilué, R., *El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la usura*, UPNA, Pampelune, 2014, blz. 6-7.

en van de als basis voor die berekening gehanteerde officiële referentie-indices voor hypothecaire leningen (*índices de referencia de préstamos hipotecarios* – IRPH's) en JKP's. In die context is het van cruciaal belang te weten in hoeverre de kredietverstrekker de gemiddelde consument moet informeren om hem inzicht te geven in de werkelijke kosten van zijn lening.

3. De onderhavige prejudiciële verwijzing, die bij het Hof is ingediend door de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (rechtbank in eerste aanleg nr. 38 Barcelona, Spanje), heeft betrekking op de uitlegging van richtlijn 93/13/EEG[3] en met name van artikel 1, lid 2, artikel 4, lid 2, en de artikelen 5 en 8 ervan. Het verzoek om een prejudiciële beslissing vloeit voort uit een geding tussen Marc Gómez del Moral Guasch en de bank Bankia SA betreffende het beweerdelijk oneerlijke karakter van een in een hypotheekovereenkomst tussen die twee partijen opgenomen beding (hierna: „litigieus beding") op grond waarvan de variabele rente van de lening is gebaseerd op één van de officiële IRPH's, te weten de IRPH Cajas (IRPH van spaarbanken).

4. De in dat verzoek gestelde prejudiciële vragen bieden het Hof de mogelijkheid tot precisering van zijn rechtspraak inzake met name, ten eerste, de reikwijdte van de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering en, ten tweede, de omvang en de inhoud van de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5 van die richtlijn.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

5. De dertiende, de negentiende en de twintigste overweging van richtlijn 93/13 luiden als volgt:

„Overwegende 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; dat in dat verband onder de term ‚dwingende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen' [in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn] tevens de regels vallen die volgens de wet van toepassing zijn tussen de overeenkomstsluitende partijen wanneer er geen andere regeling is overeengekomen;

[...]

Overwegende dat in het kader van deze richtlijn de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding geen betrekking mag hebben op de bedingen waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de verhouding kwaliteit/prijs van de levering of dienst wordt omschreven; dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de verhouding kwaliteit/prijs niettemin in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen; [...]

Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld [...] en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert".

6. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 bepaalt het volgende:

„Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen [...] zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen."

3 Richtlijn van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29).

7. Artikel 3, lid 3, van die richtlijn luidt als volgt:

„De bijlage bevat een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt."

8. Artikel 4, lid 2, van die richtlijn preciseert:

„De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd."

9. De bijlage bij richtlijn 93/13 heeft als opschrift „In artikel 3, lid 3, bedoelde bedingen" en preciseert in punt 1, onder l), en in punt 2, onder c) en d), het volgende:

„1. Bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

[...]

l) te bepalen dat de prijs van de goederen wordt vastgesteld op het ogenblik van levering, dan wel de verkoper van de goederen of de dienstverrichter het recht te verlenen zijn prijs te verhogen, zonder dat de consument in beide gevallen het overeenkomstige recht heeft om de overeenkomst op te zeggen, indien de eindprijs te hoog is ten opzichte van de bij het sluiten van de overeenkomst bedongen prijs;

[...]

2. Draagwijdte van punt] l)

[...]

c) [Punt] l) [is] niet van toepassing op:

— transacties met betrekking tot effecten, financiële instrumenten en andere producten of diensten waarvan de prijs verband houdt met de fluctuaties van een beurskoers of een beursindex dan wel financiële marktkoersen waar de verkoper geen invloed op heeft;

[...]

d) Punt l) staat niet in de weg aan bedingen van prijsindexering, voor zover deze wettig zijn en de wijze waarop de prijs wordt aangepast hierin expliciet beschreven is."

B. Spaans recht

10. Artikel 1303 van de Código Civil (burgerlijk wetboek) luidt:

„Wanneer een verbintenis nietig is verklaard, zijn de partijen bij de overeenkomst verplicht tot wederzijdse teruggave van de zaken waarop de overeenkomst betrekking had, alsmede van de door deze zaken voortgebrachte vruchten en van de prijs vermeerderd met rente, behalve in de gevallen als bedoeld in de hiernavolgende artikelen."

11. Artikel 80, lid 1, onder a), van de op het hoofdgeding toepasselijke versie van de texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (geconsolideerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers en andere aanvullende wetten; hierna: „algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers"), goedgekeurd bij Real Decreto Legislativo 1/2007 (koninklijk besluit 1/2007 van 16 november 2007 [4]) bepaalt:

„1. De in consumentenovereenkomsten opgenomen bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld [...] moeten voldoen aan de volgende vereisten:

a) De formulering moet nauwkeurig, duidelijk en eenvoudig zijn en onmiddellijk kunnen worden begrepen zonder verwijzing naar teksten of documenten die niet voorafgaand aan of ten tijde van de sluiting van de overeenkomst zijn verstrekt en die hoe dan ook uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten worden vermeld."

12. Artikel 82, leden 1 en 2, van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers luidt als volgt:

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

2. [...] Wanneer de verkoper stelt dat over een bepaald beding afzonderlijk is onderhandeld, dient hij dit te bewijzen."

13. Artikel 83 van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers bepaalt:

„Oneerlijke bedingen zijn van rechtswege nietig en worden als niet geschreven beschouwd. Na de partijen te hebben gehoord, stelt de rechter derhalve de nietigheid van de in de overeenkomst opgenomen oneerlijke bedingen vast, met dien verstande dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft onder dezelfde voorwaarden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan."

14. Het Orden del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (besluit van het ministerie van Algemene Zaken van 5 mei 1994 [5] betreffende de transparantie van financiële voorwaarden van hypothecaire leningen, zoals gewijzigd bij ministerieel besluit van 27 oktober 1995 [6]; hierna: „besluit van 5 mei 1994") was uitsluitend van toepassing op door natuurlijke personen afgesloten leningen waarvan de hypothecaire zekerheid een woning betrof, voor zover de aangevraagde lening maximaal 150 000 EUR bedroeg. Dat besluit, dat thans is ingetrokken, was van kracht tussen 11 augustus 1994 en 29 april 2012, de datum van inwerkingtreding van nieuw orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (ministerieel besluit 2899/2011 van 28 oktober 2011 [7] inzake transparantie en de bescherming van gebruikers van bankdiensten; hierna: „besluit 2899/2011"). [8]

4 BOE nr. 287 van 30 november 2007, blz. 49181.

5 BOE nr. 112 van 11 mei 1994, blz. 14444.

6 BOE nr. 261 van 1 november 1995, blz. 31794.

7 BOE nr. 261 van 29 oktober 2011, blz. 113242.

8 Zie punt 21 van de onderhavige conclusie.

15. De tweede aanvullende bepaling van het besluit van 5 mei 1994 bepaalde:

„Op basis van een rapport van de Dirección General del Tesoro y Política Financiera [directoraat-generaal van het ministerie van Financiën] stelt de Banco de España (centrale bank van Spanje) bij circulaire meerdere officiële referentie-indices of -rentevoeten vast die kredietinstellingen kunnen hanteren voor hypothecaire leningen met een variabele rente, en maakt zij hiervan regelmatig de waarde bekend."

16. Artikel 6, lid 2, onder a) en b), en lid 3, punten 1 en 2, van het besluit van 5 mei 1994 luidde als volgt:

„2. Voor leningen met een variabele rente die onder het onderhavige besluit vallen, mogen kredietinstellingen enkel referentie-indices en -rentevoeten gebruiken die aan de volgende voorwaarden voldoen:

a) zij zijn niet uitsluitend afhankelijk van de kredietinstelling zelf en kunnen niet door haar worden beïnvloed op grond van overeenkomsten of praktijken die willens en wetens parallel zijn aan die van andere instellingen, en

b) zij zijn gebaseerd op gegevens die volgens een objectieve wiskundige methode zijn verzameld.

3. Voor leningen met een variabele rente die onder het onderhavige besluit vallen, zijn kredietinstellingen niet verplicht om de kredietnemer persoonlijk te informeren over wijzigingen in de gehanteerde rentevoet indien aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

1. voor de lening is de toepassing van een van de in de tweede aanvullende bepaling van het onderhavige besluit genoemde officiële referentie-indices of -rentevoeten overeengekomen, en

2. de voor de lening gehanteerde rentevoet is vastgesteld overeenkomstig beding 3 bis, lid 1, onder a) of b), van bijlage II bij het onderhavige besluit."

17. De IRPH kent drie varianten – te weten de IRPH van banken (hierna: „IRPH Bancos"), de IRPH van spaarbanken (hierna: „IRPH Cajas") en de IRPH van alle kredietinstellingen (hierna: „IRPH Entidades") – en is een officiële index, die is ingevoerd bij bepaling 6 bis van circular 8/1990 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela [9] (tot kredietinstellingen gerichte circulaire 8/1990 van de Banco de España betreffende de transparantie van transacties en de bescherming van klanten) van 7 september 1990, zoals gewijzigd bij circular 5/1994 del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela [10] (tot kredietinstellingen gerichte circulaire 5/1994 van de Banco de España tot wijziging van circulaire 8/1990 betreffende de transparantie van transacties en de bescherming van klanten; hierna: „circulaire 5/1994") van 22 juli 1994. De vierde alinea van de overwegingen van circulaire 5/1994 luidde als volgt:

„De gekozen referentierentevoeten zijn feitelijk de [JKP's]. De gemiddelde rentevoeten van hypothecaire leningen voor de aankoop van een woning op de vrije markt zijn dat strikt genomen ook, aangezien hierin bovendien de provisies zijn meegenomen. Als die rentevoeten eenvoudigweg rechtstreeks als contractuele rentevoet zouden worden gebruikt, zou het [JKP] van de hypotheektransactie dus boven

9 BOE nr. 226 van 20 september 1990, blz. 27498.

10 BOE nr. 184 van 3 augustus 1994, blz. 25106. Die circulaire voorzag in een totaal van zes indices: de IRPH Bancos, de IRPH Cajas, de IRPH Entidades, de CECA-index (index van de confederatie van Spaanse spaarbanken), de interne rentevoet voor de opbrengst op de secundaire markt van obligaties met een restlooptijd van twee tot zes jaar en de rentevoet voor de interbancaire markt van Madrid (in het Engels: *Madrid InterBank Offered Rate*; hierna: „Mibor"). De Mibor bestaat niet meer sinds de invoering in Spanje van de interbancaire rentevoet in euro's (*Euro InterBank Offered Rate*; hierna: „Euribor") in 1999.

de op de markt gehanteerde rentevoet worden geplaatst. Om het [JKP] van die transactie op één lijn te brengen met dat op de markt, zou een negatief renteverschil moeten worden toegepast, waarvan de waarde zou variëren naargelang van de provisies van de transactie en de frequentie van de aflossingen [...]."

18. Bepaling 2 van circulaire 8/1990, met als opschrift „Informatie over de gehanteerde rentevoeten", had betrekking op de aan de Banco de España te verstrekken informatie voor de vaststelling en publicatie door die bank van meerdere referentie-indices of referentierentevoeten voor de hypotheekmarkt. Die bepaling luidde als volgt:

„[...] Banken, spaarbanken, de confederatie van Spaanse spaarbanken, hypotheekverstrekkers en de filialen van buitenlandse kredietinstellingen verstrekken de Banco de España in de eerste twee weken van iedere maand informatie over de gemiddelde rentevoeten van nieuwe of herhaalde krediet- en depositotransacties in [Spaanse] peseta's [(ESP)] die in de voorgaande maand in Spanje zijn verricht."

19. Bepaling 6 bis van circulaire 8/1990, met als opschrift „Hypothecaire leningen", verwees in lid 3, onder b), ervan in de volgende bewoordingen naar de IRPH Cajas:

„3. In het kader van de tweede aanvullende bepaling van het besluit [van 5 mei 1994] worden de volgende referentie-indices en referentierentevoeten, waarvan de definitie en de berekeningswijze in bijlage VIII zijn opgenomen, als officiële indices en rentevoeten beschouwd:

b) de gemiddelde rentevoet van door spaarbanken verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt.

[...]

Die indices worden door de Banco de España naar behoren bekend gemaakt en worden in ieder geval maandelijks gepubliceerd in het *Boletín Oficial del Estado*."

20. De definitie van die indices en de wiskundige formule voor de berekening ervan zijn opgenomen in bijlage VIII bij circulaire 8/1990. In bijlage VIII, lid 2, bij die circulaire is de IRPH Cajas gedefinieerd als „het rekenkundige gemiddelde van de gewogen gemiddelde rentevoeten per hoofdsom van de in de referentiemaand van de index door alle spaarbanken verrichte nieuwe of herhaalde transacties van leningen met hypothecaire zekerheid en een looptijd van minimaal drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt. Die gewogen gemiddelde rentevoeten komen overeen met de jaarlijkse rentevoeten die voor die looptijden door alle spaarbanken aan de Banco de España zijn verstrekt overeenkomstig bepaling 2.

De rentevoet wordt berekend aan de hand van de volgende formule:

$$Ica = \frac{\sum ica}{\text{nca}}$$

Oftewel: Ica = de som van ica/nca,

waarbij

Ica = het gemiddelde van de gewogen gemiddelde rentevoeten van alle spaarbanken;

ica = de gewogen gemiddelde rentevoet van de leningen van elke spaarbank;

nca = het aantal rapporterende spaarbanken."

21. De IRPH Cajas, de IRPH Bancos en de CECA-index zijn geen officiële referentierentevoeten meer sinds de inwerkingtreding van besluit 2899/2011 en circular 5/2012, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos[11] (tot kredietinstellingen en leveranciers van betaaldiensten gerichte circulaire 5/2012 van de Banco de España van 27 juni 2012 inzake transparantie van bankdiensten en verantwoordelijkheid op het gebied van het verstrekken van leningen; hierna: „circulaire 5/2012").

22. De IRPH Cajas is vervangen door de IRPH van alle Spaanse kredietinstellingen (hierna: „IRPH Conjunto de Entidades"), die overeenkomstig besluit 2899/2011 op dit moment een van de zes officiële referentie-indices van Spanje is.

23. Artikel 27 van besluit 2899/2011 heeft als opschrift „Officiële rentevoeten" en verwijst in lid 1, onder a), ervan naar de IRPH Conjunto de Entidades. Die IRPH is vastgesteld op basis van de waarden van de daadwerkelijke transacties die de kredietinstellingen in de betreffende perioden met hun klanten zijn aangegaan. Die bepaling luidt als volgt:

„1. De volgende officiële rentevoeten worden maandelijks gepubliceerd met het oog op de hantering ervan door kredietinstellingen overeenkomstig de voorwaarden van het onderhavige ministeriële besluit:

a) gemiddelde rentevoet van door kredietinstellingen in Spanje verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt".

24. De IRPH Conjunto de Entidades is in het leven geroepen door de Spaanse financiële autoriteiten, te weten de Banco de España en de Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en heeft een officieel karakter gekregen na de opname ervan in voornoemde circulaires van de Banco de España en na de publicatie ervan in het *Boletín Oficial del Estado*.

25. Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[12] (wet 14/2013 ter ondersteuning van ondernemers en hun internationale activiteiten) van 27 september 2013 (hierna: „wet 14/2013") bepaalt in de 15e aanvullende bepaling ervan, met als opschrift „Overgangsregeling voor de intrekking van referentie-indices of referentierentevoeten", de datum met ingang waarvan de IRPH Cajas, de IRPH Bancos en de CECA-index niet langer door de Banco de España worden gepubliceerd. Die bepaling luidt als volgt:

„1. Met ingang van 1 november 2013 zullen de volgende officiële indices, die overeenkomstig de geldende wettelijke regelgeving van toepassing zijn op (hypothecaire) leningen, worden ingetrokken en niet langer worden gepubliceerd op de website van de Banco de España:

[...]

b) de gemiddelde rentevoet van door spaarbanken verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt [IRPH Cajas];

c) de actieve referentierentevoet van spaarbanken [CECA].

11 BOE nr. 161 van 6 juli 2012, blz. 48855.

12 BOE nr. 233 van 28 september 2013, blz. 78787.

2. De in het vorige lid bedoelde referentierentevoeten worden met ingang van de volgende herziening van de toepasselijke rentevoeten vervangen door de in de overeenkomst bepaalde nieuwe referentie-index of referentierentevoet.

3. Indien in de overeenkomst geen referentierentevoet of referentie-index is bepaald, dan wel een referentie-index of referentierentevoet die wordt ingetrokken, worden de rentevoeten vervangen door de officiële rentevoet genaamd „gemiddelde rentevoet van door kredietinstellingen in Spanje verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt", vermeerderd of verminderd met een percentage dat overeenkomt met het rekenkundige gemiddelde van de tussen de ingetrokken rentevoet en de voornoemde rentevoet bestaande verschillen die zijn berekend op basis van de gegevens die beschikbaar zijn tussen de datum van ondertekening van de overeenkomst en de datum waarop de vervanging van de rentevoet ingaat.

De vervanging van de rentevoeten overeenkomstig het onderhavige lid leidt automatisch tot vernieuwing van de overeenkomst zonder wijziging of verlies van de rang van de ingeschreven hypotheek.

4. Partijen kunnen geen vordering instellen tot wijziging, eenzijdige wijziging of opzegging van de lening of het krediet als tegenprestatie voor de toepassing van de onderhavige bepaling."

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

26. Op 19 juli 2001 heeft Gómez del Moral Guasch bij de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, thans Bankia, een hypotheekovereenkomst ten bedrage van 132 222,66 EUR gesloten voor de financiering van de aankoop van een woning.

27. Het eerste deel van beding 3 bis van die leningovereenkomst heeft betrekking op de methode voor de berekening van de op die lening van toepassing zijnde variabele rentevoet (IRPH Cajas) en luidt als volgt:

„Beding 3 bis. Variabele rentevoet

Ten eerste. De overeengekomen rentevoet wordt telkens vastgesteld voor een periode van zes maanden, met ingang van de datum waarop de overeenkomst wordt ondertekend. Gedurende de eerste zes maanden wordt de in het derde financiële beding vermelde rentevoet gehanteerd. Voor de daaropvolgende perioden van zes maanden is de toe te passen rentevoet gelijk aan de op het tijdstip van de herziening geldende gemiddelde rentevoet van door spaarbanken verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt. Deze rentevoet, die regelmatig door de Banco de España in het *Boletín Oficial del Estado* wordt gepubliceerd voor hypothecaire leningen met een variabele rentevoet voor de aankoop van een woning, wordt naar boven afgerond tot op een vierde procentpunt en vermeerderd met 0,25 procentpunt [sic]."

28. Aanvullend is de CECA-index van toepassing overeenkomstig dezelfde voorwaarden als die voor de voorgaande referentierentevoet.

29. Op 18 april 2017 heeft Gómez del Moral Guasch bij de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona beroep ingesteld tot vaststelling van de nietigheid van het betrokken beding wegens het oneerlijke karakter ervan, dat zou voortvloeien uit het feit dat de meeste hypothecaire leningen de Euribor [13], die doorgaans gunstiger is, als benchmark zouden hebben.

30. Dienaangaande preciseert de verwijzende rechter dat benchmarking op basis van de IRPH – de methode die wordt gebruikt voor hypothecaire leningen met een variabele rentevoet en die ongeveer 10 % van de in Spanje verstrekte leningen vertegenwoordigt – inderdaad ongunstiger is voor de consument dan benchmarking op basis van de Euribor, die voor 90 % van de hypothecaire leningen wordt gehanteerd. Hij merkt op dat de toepassing van de IRPH de consument per hypothecaire lening ongeveer 18 000 tot 21 000 EUR meer kost vergeleken met de Euribor en vraagt zich af in hoeverre verzoeker in het hoofgeding was geïnformeerd toen hij de betrokken overeenkomst sloot.

31. Ter rechtvaardiging van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing voert de verwijzende rechter aan dat hij twijfels koestert over de vraag of het litigieuze beding, waarin een rentevoet is bepaald op basis van een wettelijke index als de IRPH, al dan niet is uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 93/13 en of die richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staat dat de nationale rechter het oneerlijke karakter van dat beding toetst.

32. De verwijzende rechter vraagt zich met name af of het feit dat de IRPH is geregeld in een bestuursrechtelijke bepaling die in de vorm van een beding in de hypotheekovereenkomst is overgenomen – waardoor die bepaling noch dwingend, noch aanvullend is – tot gevolg heeft dat de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 geformuleerde uitzondering niet op het litigieuze beding van toepassing is. Dienaangaande meent die rechter, met name op basis van de arresten Andriciuc e.a. [14] en Kušionová [15], dat een dergelijke bepaling niet dwingend is, aangezien het een bestuursrechtelijke bepaling is die betrekking heeft op een op het kapitaal verschuldigde variabele rente die vrijelijk en naar goeddunken van de kredietverstrekker in de overeenkomst is opgenomen. Hij voert aan dat de kredietverstrekker, aangezien de toepassing van de IRPH uitsluitend voortvloeit uit het litigieuze beding, de mogelijkheid had om zich voor de benchmarking van de hypothecaire lening op andere indices te baseren. Voorts preciseert die rechter dat die bepaling, bij gebreke van overeenstemming tussen de partijen, geen aanvullende bepaling is.

33. De verwijzende rechter merkt op dat de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) in zijn arrest nr. 669/2017 [16] evenwel recentelijk anders heeft geoordeeld door te overwegen dat de IRPH Entidades als zodanig niet onder richtlijn 93/13 viel, aangezien die index in een wettelijke regeling was neergelegd. De verwijzende rechter wijst er tevens op dat dat in voltallige zitting gewezen arrest bindende rechtspraak is, die rechtstreeks door de Spaanse rechters moet worden toegepast.

34. De verwijzende rechter vraagt zich verder af welke informatie de kredietverstrekker moet verstrekken wanneer hij met consumenten hypotheekovereenkomsten sluit tegen een variabele rente die is vastgesteld op basis van een wettelijke index als de IRPH, waarvan de berekeningsmethode complex en voor de gemiddelde consument weinig transparant is, en wat de gevolgen zijn van de vaststelling dat het litigieuze beding oneerlijk is. Dienaangaande merkt hij op dat de Spaanse wetgever, teneinde een betere bescherming van de consument te waarborgen dan richtlijn 93/13, de in artikel 4, lid 2, van die richtlijn vervatte uitzondering niet heeft omgezet, en wenst hij te vernemen of de toepassing van die bepaling in overeenstemming is met de bepalingen van de richtlijn.

13 Ten tijde van de sluiting van de overeenkomst was de Euribor niet een van de in circulaire 8/1990 geregelde officiële referentie-indices. Uit de opmerkingen van de Spaanse regering blijkt evenwel dat een aan de ontwikkeling van de Euribor gekoppelde officiële referentie-index is ingevoerd bij circular 7/1999 del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990 (tot kredietinstellingen gerichte circulaire 7/1999 van de Banco de España tot wijziging van circulaire 8/1990) van 29 juni 1999 (BOE nr. 163 van 9 juli 1999, blz. 26016).

14 Arrest van 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703, punten 28, 29 en 31).

15 Arrest van 10 september 2014 (C-34/13, EU:C:2014:2189, punten 77-79).

16 Arrest van 14 december 2017 (ES:TS:2017:4308; hierna: „arrest van 14 december 2017”).

35. In die omstandigheden heeft de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona bij beslissing van 16 februari 2018, op diezelfde dag ingekomen ter griffie van het Hof, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet worden geoordeeld dat de [IRPH Cajas] aan rechterlijke toetsing dient te worden onderworpen om na te gaan of hij begrijpelijk is voor de consument, en dat het feit dat deze index in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is geregeld daaraan niet in de weg staat, aangezien de betrokken situatie niet onder artikel 1, lid 2, van richtlijn [93/13] valt, daar het niet om een dwingende bepaling gaat maar de op het kapitaal verschuldigde variabele rente juist vrijelijk en naar goeddunken van de kredietverstrekker in de overeenkomst is opgenomen?

2 a) Is het volgens artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, dat niet is omgezet in de Spaanse rechtsorde, in strijd met richtlijn 93/13 en met name artikel 8 ervan dat een Spaanse rechterlijke instantie artikel 4, lid 2, van die richtlijn inroept en toepast hoewel de [nationale] wetgever ervoor heeft gekozen om die bepaling niet in de Spaanse rechtsorde om te zetten omdat hij een volledige bescherming wilde verzekeren ten aanzien van alle bedingen die de verkoper in een met de consument gesloten overeenkomst kan opnemen, ook die welke betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en zelfs als deze bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd?

b) Is het verstrekken van informatie over – of het maken van reclame voor – een of meer van de volgende situaties of gegevens in elk geval noodzakelijk voor het goede begrip van het essentiële beding, te weten de IRPH:

i) de wijze waarop de referentie-index [is] samengesteld, waarbij inzonderheid moet worden aangegeven dat deze index provisies en andere kosten omvat bovenop de nominale rente, dat het gaat om een rekenkundig, niet-gewogen gemiddelde, dat de verkoper hoort te weten en dient mee te delen dat hij een negatief renteverschil zal toepassen en dat de verstrekte gegevens niet openbaar zijn, anders dan bij de gebruikelijke benchmarkindex, de Euribor, het geval is;

ii) de wijze waarop de index in het verleden is geëvolueerd en hoe hij in de toekomst zou kunnen evolueren, waarbij grafieken worden verstrekt en gepubliceerd die de consument helder en begrijpelijk laten zien hoe de evolutie van deze specifieke rentevoet zich verhoudt tot die van de Euribor, de rentevoet die gewoonlijk wordt gebruikt voor hypotheekleningen?

c) Voorts wordt het Hof gevraagd, indien het van oordeel is dat de verwijzende rechter het oneerlijke karakter van de contractuele bedingen dient te onderzoeken en daaraan alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende gevolgen dient te verbinden, of het ontbreken van informatie over alle voornoemde gegevens er niet toe leidt dat het betrokken beding moet worden geacht niet begrijpelijk te zijn geformuleerd in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13, aangezien dit beding niet duidelijk is voor de gemiddelde consument, of dat het ontbreken van die informatie als een oneerlijke praktijk van de verkoper of dienstverstrekker kan worden beschouwd en de consument, indien hij naar behoren zou zijn geïnformeerd, de IRPH niet als referentie-index voor zijn lening zou hebben aanvaard?

3) Indien de IRPH Cajas nietig wordt verklaard, welke van de onderstaande twee gevolgen zou dan, bij gebreke van een akkoord hierover of wanneer een dergelijk akkoord nadeliger zou zijn voor de consument, in overeenstemming zijn met artikel 6, lid 1, en artikel lid 7, lid 1, van richtlijn 93/13:

   a) de aanpassing van de overeenkomst, waarbij de IRPH wordt vervangen door een andere gebruikelijke index, de Euribor, aangezien het om een overeenkomst gaat die in wezen gekoppeld is aan een productieve rente ten gunste van de kredietinstelling [in haar hoedanigheid van] verkoper of dienstverstrekker;

   b) de beëindiging van de toepassing van rente, met voor de kredietnemer of schuldenaar als enige resterende verplichting de terugbetaling van het geleende kapitaal binnen de gestelde termijnen?"

IV. Procedure bij het Hof

36. Bij beschikking van de president van het Hof van 10 april 2018 is het verzoek van de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona om de onderhavige zaak te behandelen volgens de versnelde procedure als bedoeld in artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof afgewezen.

37. Partijen in het hoofdgeding, de Spaanse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Dezelfde belanghebbenden zijn ter terechtzitting van 25 februari 2019 gehoord in hun mondelinge opmerkingen.

V. Analyse

38. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechter hebben betrekking op drie vraagstukken, te weten, ten eerste, de reikwijdte van de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering, ten tweede, de omvang en de inhoud van de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding overeenkomstig artikel 4, lid 2, van die richtlijn en tot slot, ten derde, de gevolgen van de vaststelling dat dit beding oneerlijk is.

39. Alvorens die kwesties te onderzoeken, moet worden benadrukt dat zowel de verwijzende rechter als de partijen in het hoofdgeding, de Spaanse regering en de Commissie hebben verwezen naar de in het litigieuze beding gepreciseerde specifieke kenmerken van de IRPH Cajas en naar het arrest van de Tribunal Supremo van 14 december 2017.

40. Het lijkt mij dan ook zinvol om over die twee punten enkele opmerkingen te maken.

A. Opmerkingen vooraf

1. IRPH Cajas: ontwikkeling en werking

41. De verwijzende rechter merkt op dat ten tijde van de sluiting van de hypotheekovereenkomst tussen de verzoeker in het hoofdgeding en Bankia, het litigieuze beding, voor de vaststelling van de rentevoet van de lening, voorzag in de toepassing van de IRPH Cajas, die zijn naam ontleent aan het feit dat voor de berekening ervan enkel de door de spaarbanken verrichte transacties voor

hypothecaire leningen in aanmerking werden genomen.[17]

42. Uit de door de verwijzende rechter uiteengezette toepasselijke bepalingen blijkt dat de IRPH Cajas op dat moment een van de „op hypothecaire leningen gebaseerde referentie-indices" was die waren ingevoerd bij bepaling 6 bis, lid 3, onder b), van circulaire 8/1990 en bijgevolg een officieel en wettelijk karakter had.[18] De verwijzende rechter preciseert niettemin dat de IRPH Cajas (evenals de IRPH Bancos en de CECA-index) sinds de inwerkingtreding van besluit 2899/2011 geen officiële referentie-index meer is, en dat voor hypothecaire leningen die op die indices zijn gebaseerd in een overgangsregeling is voorzien.[19]

43. Wat die overgangsregeling betreft, heeft de Spaanse regering opgemerkt dat de ingetrokken referentierentevoeten overeenkomstig de 15e aanvullende bepaling, leden 2 en 3, van wet 14/2013 worden vervangen door de „in de overeenkomst bepaalde nieuwe referentie-index of referentierentevoet" en dat, indien in de overeenkomst geen referentierentevoet of referentie-index is bepaald, dan wel een referentie-index of referentierentevoet die wordt ingetrokken – wat in casu het geval is[20] – de betrokken rentevoet of index wordt vervangen door de „officiële rentevoet genaamd , gemiddelde rentevoet van door kredietinstellingen in Spanje verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt' [de IRPH Conjunto de Entidades], vermeerderd of verminderd met een percentage dat overeenkomt met het rekenkundige gemiddelde van de tussen de ingetrokken rentevoet en voornoemde rentevoet bestaande verschillen die zijn berekend op basis van de gegevens die beschikbaar zijn tussen de datum van ondertekening van de overeenkomst en de datum waarop de vervanging van de rentevoet ingaat".[21]

44. Die regering heeft tevens benadrukt dat die vervanging overeenkomstig de 15e aanvullende bepaling, lid 3, van wet 14/2013 automatisch tot de vernieuwing van de overeenkomst leidde, zonder wijziging of verlies van de rang van de ingeschreven hypotheek. Zij heeft hieraan toegevoegd dat de 15e aanvullende bepaling, lid 4, van die wet bepaalde dat de partijen geen rechtsvordering konden instellen ter betwisting van de aanpassing, eenzijdige wijziging of opzegging van de lening of het krediet. Aldus is de index waarin beding 3 bis van de overeenkomst thans voorziet de IRPH Conjunto de Entidades.

45. Wat betreft de werking van de IRPH Cajas merkt de verwijzende rechter ten eerste op dat die index werd berekend op basis van gegevens die maandelijks door de spaarbanken aan de Banco de España werden verstrekt en overeenkwam met een rekenkundig gemiddelde waarin alle spaarbanken hetzelfde gewicht hadden, ongeacht het volume van de verstrekte leningen. Aldus veranderde er volgens die rechter niets in de representativiteit van een spaarbank in de IRPH Cajas indien zij marktaandeel verloor nadat zij in een bepaalde maand de rentevoeten of de provisies had verhoogd. Hoe minder spaarbanken er waren, des te meer invloed hadden de overblijvende spaarbanken dus op de IRPH, zodat elke spaarbank het resultaat van de IRPH kon beïnvloeden door de rentevoeten of provisies die zij in de desbetreffende maand toepaste, te verhogen.

17 Uit de opmerkingen van Bankia blijkt dat de hypotheekovereenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is voor de eerste zes maanden voorzag in een variabele rentevoet van 5,25 % en voor de resterende looptijd van de lening in een variabele rentevoet die was vastgesteld op basis van de IRPH Cajas, vermeerderd met 0,25 procentpunt. Zij merkt tevens op dat een aflossingstermijn van 300 maanden (25 jaar) was overeengekomen en dat de kredietnemer vanaf de ingangsdatum van de hypothecaire lening de overeengekomen bedragen betaalt.

18 Volgens de verwijzende rechter is de IRPH Cajas een gereglementeerde, normatieve en bijgevolg wettelijke referentie-index voor hypothecaire leningen. Zie de punten 17-19 van de onderhavige conclusie.

19 Uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering blijkt dat de enige overgangsbepaling van besluit 2899/2011 preciseerde dat zolang er voor de betrokken leningen geen overgangsregeling zou zijn vastgesteld, de IRPH Cajas, de IRPH Bancos en de CECA-index zouden worden gepubliceerd en als voor alle doeleinden geschikt zouden worden beschouwd. Volgens die regering konden de kredietinstellingen die referentie-indices evenwel niet toepassen op nieuwe hypotheekovereenkomsten.

20 In casu was de nieuwe referentie-index in de leningovereenkomst de CECA-index, die ook geen officiële referentie-index meer is sinds de inwerkingtreding van besluit 2899/2011 en circulaire 5/2012. Zie de punten 21 en 28 van de onderhavige conclusie.

21 Zie de punten 22-25 van de onderhavige conclusie.

46. Ten tweede merkt de verwijzende rechter op dat in de door de spaarbanken verstrekte informatie voor de berekening van het rekenkundige gemiddelde van de IRPH, naast bedingen die voorzagen in een „bodemrente" of in afrondingen naar boven, de JKP's, kosten en provisies waren meegenomen, die ertoe leidden dat bij de nominale rente ruim een vierde procentpunt werd opgeteld.

47. Ten derde wijst de verwijzende rechter erop dat rentevoeten die waren verlaagd vanwege subsidies of overeenkomsten ten behoeve van werknemers – en die tot een verlaging van de uitkomst zouden hebben geleid – overeenkomstig de nationale regeling niet werden meegenomen in de berekening van de IRPH.

48. Ten vierde preciseert de verwijzende rechter dat het, aangezien de gewogen gemiddelde rentevoeten JKP's waren, volgens de Banco de España [22] noodzakelijk was – opdat de IRPH een afspiegeling van de gemiddelde rentevoeten op de markt kon zijn – ter compensatie van de door de provisies veroorzaakte renteverhoging een negatief renteverschil toe te passen waarvan de waarde varieerde naargelang van de gehanteerde provisies. In casu en in het algemeen werd echter een positief renteverschil toegepast, te weten de IRPH Cajas + 0,25 procentpunt.

49. Ten vijfde voegt de verwijzende rechter hieraan toe dat de IRPH in de filialen van Bankia aan klanten werd aangeprezen als een minder volatiele en veiligere en stabielere index dan de Euribor [23], zodat bovendien de vraag moet worden gesteld of de verschillende grafieken die tot stand zijn gekomen op basis van de gegevens van de Banco de España en waarvan Bankia op dat moment op de hoogte was, aan de consument hadden moeten worden verstrekt om hem inzicht te geven in de ontwikkeling van die twee tarieven (de IRPH en de Euribor).

50. Tot slot merkt de verwijzende rechter op dat al die gegevens, waaronder de bijbehorende wiskundige formule, die eveneens bepalend is voor de duidelijkheid van die gegevens en die is opgenomen in bijlage VIII, lid 1, bij circulaire 8/1990, erop lijken te wijzen dat de IRPH al met al een complexe index is, die mogelijk meer informatie en reclame vereist, aangezien hij een wezenlijk onderdeel van de overeenkomst is.

2. Arrest van 14 december 2017

51. Zowel uit de verwijzingsbeslissing als uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering en van de Commissie blijkt dat de Tribunal Supremo zich in zijn arrest van 14 december 2017 heeft uitgesproken over een contractueel beding dat vergelijkbaar is met het beding in het hoofdgeding en waarin de toepassing van de IRPH Entidades was overeengekomen. [24]

52. Onder voorbehoud van eventuele latere controles door de verwijzende rechter blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering dat de Tribunal Supremo de hieronder uiteengezette elementen in beschouwing heeft genomen.

53. Allereerst heeft de Tribunal Supremo vastgesteld dat de IRPH Entidades een in de wet geregelde en gedefinieerde index is, die door de dienstverlenende bank in de vorm van een algemene contractuele voorwaarde was opgenomen in de overeenkomst inzake een hypothecaire lening met variabele rentevoet. „[D]e partij die het vooraf opgestelde beding toevoegt, bepaalt de referentie-index [evenwel] niet in de overeenkomst, maar verwijst naar een van de officiële indices die voor dit type

22 Zie de vierde alinea van de overwegingen van circulaire 5/1994. Zie ook punt 17 van de onderhavige conclusie.

23 Die rechter verwijst naar de volgende twee webpagina's: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf en https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

24 De Commissie vestigt de aandacht op het feit dat „dat arrest weliswaar een uitlegging is van de bepalingen van richtlijn 93/13 door een rechter in laatste aanleg, maar is gewezen zonder dat de prejudiciële vraag die ons hier bezighoudt aan het Hof was gesteld".

overeenkomsten in de wet zijn geregeld. Derhalve staat het aan de bestuurlijke autoriteiten om erop toe te zien dat die indices de regelgeving inzake de transparantie van banken eerbiedigen en valt die controle dus niet onder de bevoegdheid van de civiele rechter. [...] Bijgevolg kan de index *als zodanig* niet worden onderworpen aan een transparantietoetsing uit hoofde van richtlijn 93/13."[25]

54. Na een analyse van het beding heeft de Tribunal Supremo vervolgens overwogen dat het zowel qua vorm als qua inhoud de transparantietoetsing doorstond. Die rechter heeft ten eerste aangevoerd dat het beding zijns inziens wat de vorm betreft voldeed aan wat hij het „invoegingscriterium" noemt, omdat het grammaticaal duidelijk en begrijpelijk was en de kredietnemer aan de hand daarvan kon begrijpen en aanvaarden dat de variabele rentevoet van zijn hypotheekovereenkomst was berekend op basis van een door de Banco de España vastgestelde en geregelde rentevoet. Ten tweede was het beding volgens hem in inhoudelijk opzicht transparant, zodat de kredietnemer de economische last van zijn lening kon kennen. De rechter heeft overwogen dat de consument in staat was te begrijpen dat hij de som van de index en het renteverschil moest betalen. Zoals blijkt uit de opmerkingen van de Spaanse regering heeft de Tribunal Supremo in dat verband geoordeeld dat het, aangezien het om een officiële index ging, voor de gemiddelde, normaal geïnformeerde consument eenvoudig was om de verschillende berekeningssystemen te begrijpen en de gebruikte opties te vergelijken, en dat niet van de instelling kon worden verlangd dat zij meerdere indices voorstelde, noch dat zij uitlegde hoe die index tot stand was gekomen.

55. Dienaangaande heeft de Tribunal Supremo het feit dat de Euribor gunstiger voor de consument zou zijn geweest als irrelevant aangemerkt, aangezien een „wijsheid achteraf" niet als criterium voor de toetsing van de transparantie kan dienen.[26] Voorts heeft die rechter geoordeeld dat die redenering geen rekening hield met het feit dat de rentevoet niet overeenkomt met de index, maar met de optelsom van de index en het renteverschil, en dat niet was gebleken dat de renteverschillen die werden toegepast op de op de Euribor gebaseerde leningen gunstiger zouden zijn geweest dan de renteverschillen die werden toegepast op de op de IRPH gebaseerde leningen. Die rechter heeft tevens gepreciseerd dat de renteverschillen van de IRPH statistisch gezien zelfs lager waren en dat die redenering evenmin rekening hield met het feit dat de hoogte van de renteverschillen afhankelijk was van andere contractuele gegevens (bankvestiging waar de rekening loopt waarnaar het salaris wordt overgemaakt, fiscaal aanknopingspunt, enz.). De Tribunal Supremo heeft opgemerkt dat wat telde niet het verschil was tussen de IRPH en de Euribor, maar de toekomstige ontwikkeling van de IRPH, en dat van de bank niet kon worden verlangd dat zij die ontwikkeling kende of de kredietnemer hierover informeerde. Bovendien was in het verleden de ontwikkeling van de waarde van de Euribor min of meer vergelijkbaar met die van de IRPH.

56. Tot slot heeft de Tribunal Supremo overwogen dat het tegenstrijdig was om te beweren dat de bank wist dat de IRPH gunstiger zou zijn dan de Euribor, terwijl de IRPH slechts voor minder dan 15 % van de leningen werd gebruikt. Om dezelfde redenen had de verwijzing naar de Euribor kunnen worden geschrapt indien de ontwikkeling ervan minder gunstig zou zijn geweest.

57. Na deze presentatie van de door de verwijzende rechter en partijen uiteengezette elementen zal ik thans de door de prejudiciële vragen opgeroepen rechtsvragen analyseren.

25 Cursivering van mij.

26 Te dien einde heeft de Tribunal Supremo zich gebaseerd op de overwegingen van het Hof in de punten 53 en 54 van het arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703).

B. Beantwoording van de prejudiciële vragen

1. Eerste prejudiciële vraag: reikwijdte van de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering

58. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de IRPH Cajas kan worden onderworpen aan een toetsing van de transparantie ervan uit hoofde van richtlijn 93/13. Zoals Bankia, de Spaanse regering en de Commissie hebben aangevoerd, kan de IRPH Cajas zelf evenwel niet aan een dergelijke toetsing worden onderworpen, aangezien die index in bestuursrechtelijke bepalingen is geregeld.

59. Deze vraag verschilt mijns inziens van de vraag of een contractueel beding dat, zoals in het hoofdgeding het geval is, is opgenomen in een tussen een consument en een kredietverstrekker gesloten hypotheekovereenkomst en dat voorziet in de toepassing van die index voor de berekening van de variabele rentevoet van die lening, al dan niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt.

60. Volgens vaste rechtspraak heeft het Hof – in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof – tot taak om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten, en dient het Hof daartoe in voorkomend geval de voorgelegde vraag te herformuleren. [27]

61. In casu moet de eerste prejudiciële vraag mijns inziens aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een beding als dat in het hoofdgeding, dat is opgenomen in een tussen een consument en een kredietverstrekker gesloten overeenkomst en dat voorziet in een rentevoet die is vastgesteld op basis van een van de zes officiële wettelijke referentie-indices die door kredietinstellingen kunnen worden toegepast op hypothecaire leningen met een variabele rentevoet, buiten de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

62. Vooraf moet het argument van de Spaanse regering worden onderzocht volgens hetwelk het vraagstuk van de transparantietoetsing van de IRPH Cajas uit hoofde van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt, aangezien die index een officiële wettelijke index is die is geregeld in bestuursrechtelijke bepalingen die maandelijks in het *Boletín Oficial del Estado* worden gepubliceerd. Aangezien die index dus niet als oneerlijk kan worden aangemerkt, heeft de opname ervan in het litigieuze beding geen gevolgen voor de uitlegging.

63. Dienaangaande hebben de Spaanse regering en Bankia aangevoerd dat na de intrekking van de IRPH Cajas de index die thans op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde hypotheekovereenkomst van toepassing is – te weten de IRPH Conjunto de Entidades – is ingevoerd op grond van een wettelijke en dwingende bepaling, namelijk de 15e aanvullende bepaling, lid 2, van wet 14/2013. De IRPH Conjunto de Entidades is dus sinds de inwerkingtreding ervan dwingend van toepassing, zodat het door de wetgever bepaalde evenwicht wordt geëerbiedigd. Voorts heeft Bankia gepreciseerd dat de partijen op grond van wet 14/2013 geen rechtsvordering kunnen instellen tot aanpassing, eenzijdige wijziging of opzegging van de lening of het krediet als tegenprestatie voor de toepassing van de 15e aanvullende bepaling, lid 4, van wet 14/2013. Derhalve stellen zij dat de IRPH Cajas op grond van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt.

27 Zie arresten van 17 juli 1997, Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378, punten 22 en 23); 8 december 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813, punt 18), en 21 december 2016, Ucar en Kilic (C-508/15 en C-509/15, EU:C:2016:986, punt 51).

64. Uit de lezing van de door de verwijzende rechter uiteengezette feiten en toepasselijke bepalingen begrijp ik evenwel dat op het tijdstip van de sluiting van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde hypotheekovereenkomst, van welk tijdstip de nationale rechter moet uitgaan voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding [28], de in het litigieuze beding opgenomen IRPH voor de berekening van de variabele rentevoet niet de IRPH Conjunto de Entidades was – die krachtens de 15e aanvullende bepaling, lid 2, van wet 14/2013 in de plaats is gekomen van de IRPH Cajas en tot de automatische vernieuwing van de overeenkomst heeft geleid – maar de IRPH Cajas, die was ingevoerd bij circulaire 8/1990. Het feit dat thans de IRPH Conjunto de Entidades de officiële referentie-index is waarin beding 3 bis van de hypotheekovereenkomst voorziet en dat die index wettelijk verplicht is gesteld krachtens een dwingende bepaling, te weten de 15e aanvullende bepaling, lid 2, van wet 14/2013, heeft geen gevolgen voor de analyse van het bij de sluiting van de overeenkomst opgestelde litigieuze beding, dat voorziet in de toepassing van de IRPH Cajas.

65. Bijgevolg is het duidelijk dat de vraag betrekking heeft op het litigieuze beding dat voorziet in de toepassing van de IRPH Cajas. [29] Teneinde die vraag te beantwoorden, zal ik, ten eerste, een beknopte uiteenzetting geven van de relevante rechtspraak van het Hof inzake de uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 en, ten tweede, in het licht van die rechtspraak nagaan of het litigieuze beding al dan niet onder richtlijn 93/13 valt.

a) Beknopt overzicht van de rechtspraak van het Hof

66. Vooraf zij eraan herinnerd dat een onderzoek dat ambtshalve door de nationale rechter wordt verricht slechts kan worden verlangd wanneer er sprake is van een contractueel beding dat valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13, zoals omschreven in artikel 1 ervan. [30] Volgens artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vallen contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen, buiten de werkingssfeer van deze richtlijn.

67. In het arrest RWE Vertrieb [31] heeft het Hof voor het eerst het begrip „dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen" in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 verduidelijkt. In dat verband heeft het Hof eraan herinnerd dat ingevolge die bepaling bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen, van de werkingssfeer van die richtlijn zijn uitgesloten. [32] Voor die uitsluiting moeten twee voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet in het contractuele beding een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling zijn overgenomen en ten tweede moet het daarbij om een dwingende bepaling gaan. [33]

28 Ik herinner eraan dat „overeenkomstig artikel 4, lid 1, van [richtlijn 93/13] bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op het moment waarop zij is gesloten in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop zij betrekking heeft" (arresten van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punt 39; 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, punt 42; 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 71, en 26 januari 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, punt 61. Zie over die kwestie ook mijn conclusie in de zaken Abanca Corporación Bancaria en Bankia, C-70/17 en C-179/17, EU:C:2018:724, punt 70).

29 De Spaanse regering geeft zelf in de punten 8 en 17 van haar schriftelijke opmerkingen aan dat het litigieuze beding dat in het hoofdgeding aan de orde is, voorziet in de IRPH Cajas, en dat het besluit van 5 mei 1994 van toepassing was op het tijdstip dat de hypothecaire lening die het voorwerp is van de onderhavige prejudiciële verwijzing werd afgesloten.

30 Zie in die zin arrest van 3 april 2019, Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282, punt 28).

31 Arrest van 21 maart 2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

32 Arrest van 21 maart 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punt 25).

33 Zie arresten van 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 78), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 28). Volgens het Hof vindt deze uitsluiting van de toepassing van de regeling van richtlijn 93/13 haar rechtvaardiging in het feit dat in beginsel rechtmatig mag worden vermoed dat de nationale wetgever een evenwicht tussen alle rechten en plichten van de partijen bij bepaalde overeenkomsten tot stand heeft gebracht. Zie tevens arresten van 21 maart 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punt 28), en 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, punt 53).

68. Het Hof heeft overwogen dat de nationale rechter, teneinde vast te stellen of die voorwaarden zijn vervuld, dient na te gaan of in het betrokken beding bepalingen van nationaal recht zijn opgenomen die los van de keuze van de overeenkomstsluitende partijen (dwingend) op hen van toepassing zijn of bepalingen die aanvullend zijn en derhalve bij gebreke van een andersluidende regeling van toepassing zijn, dat wil zeggen wanneer de partijen dienaangaande geen andere regeling zijn overeengekomen. [34]

69. De nationale rechter dient dus na te gaan of in het beding dat in het hoofdgeding aan de orde is dwingende wettelijke bepalingen uit het nationale recht zijn overgenomen in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 [35], rekening houdend met het feit dat – gelet op met name het doel van die richtlijn, namelijk de consument beschermen – de in die bepaling voorziene uitzondering strikt moet worden uitgelegd. [36]

70. Na deze beknopte uiteenzetting van de algemene context van rechtspraak over de uitlegging van die bepaling, zal ik die rechtspraak thans toepassen op de aan ons voorgelegde zaak.

b) Valt het litigieuze beding onder de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 geformuleerde uitzondering?

71. Zoals blijkt uit de voorgaande punten van deze conclusie moet om te beginnen worden benadrukt dat indien in een contractueel beding een dwingende of aanvullende wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is overgenomen, de vraag of dat beding binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, niet aan de orde is. Een dergelijk beding is immers eenvoudigweg niet aan de bepalingen van die richtlijn onderworpen.

72. Indien de nationale rechter meent dat de bank op grond van de betrokken bepaling niet verplicht is om een van de in die bepaling neergelegde officiële referentie-indices te gebruiken, maar ook andere referentie-indices kan kiezen, dan is de vraag of het contractuele beding waarin die bepaling is overgenomen binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, daarentegen zonder enige twijfel relevant. Het is immers duidelijk dat een dergelijk beding binnen de werkingssfeer van die richtlijn zou vallen. Dit zou mijns inziens ook het geval zijn indien die nationale regeling de bank zou verplichten om een van de daarin bepaalde officiële referentie-indices te kiezen. [37]

73. In casu is de verwijzende rechter van mening dat in het litigieuze beding – dat vooraf door de bank is opgesteld – bepalingen van nationaal recht zijn overgenomen. Die rechter meent niettemin dat er niet is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering. Ten eerste is de in het litigieuze beding opgenomen nationale bepaling immers niet dwingend, aangezien het om een bestuursrechtelijke bepaling gaat die betrekking heeft op de op het kapitaal verschuldigde variabele rente die *vrijelijk en naar goeddunken* van de kredietverstrekker in de overeenkomst is opgenomen, in die zin dat de IRPH Cajas niet los van de keuze van de partijen dwingend van toepassing is. Ten tweede is het geen aanvullende bepaling die van toepassing is bij gebreke van een andersluidende regeling. [38]

34 Arrest van 21 maart 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punt 26). Zie ook arresten van 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 76), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 29). Zie ook de dertiende overweging van richtlijn 93/13.

35 Zie in die zin arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 30), alsook de conclusie van advocaat-generaal Wahl in die zaak (EU:C:2017:313, punt 59). Zie ook arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punten 69 en 70).

36 Arresten van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 31), en 10 september 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 77).

37 Zie punt 83 van de onderhavige conclusie.

38 Volgens de Spaanse rechtsleer die het arrest van 14 december 2017 heeft becommentarieerd, gaat het om een bepaling die noch dwingend, noch aanvullend is. Zie Cámara Lapuente, S., „IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca ‚normas'. Transparencia lejos del suelo", *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Mariano Yzquierdo Tolsada (coord.), nr. 9, Dykinson, 2017, blz. 211-236, met name blz. 219 en 222.

74. Wat de in het litigieuze beding opgenomen IRPH Cajas betreft, blijkt in casu uit de op de onderhavige zaak toepasselijke bepalingen dat de Banco de España op grond van de tweede aanvullende bepaling van het besluit van 5 mei 1994, die door de verwijzende rechter is aangehaald, bevoegd was om bij circulaire (circulaire 8/1990, zoals gewijzigd bij circulaire 5/1994, die thans is ingetrokken maar ten tijde van de sluiting van de overeenkomst van kracht was) „meerdere officiële referentie-indices of -rentevoeten [vast te stellen] die kredietinstellingen *kunnen* hanteren voor hypothecaire leningen met een variabele rente”. [39]

75. Uit de opmerkingen van Bankia blijkt dat in artikel 6, lid 2, van het besluit van 5 mei 1994 was bepaald dat kredietinstellingen voor de onder dat besluit vallende leningen met een variabele rentevoet enkel referentie-indices of -rentevoeten mochten gebruiken „*die aan de volgende twee voorwaarden voldoen*: a) zij zijn niet uitsluitend afhankelijk van de kredietinstelling zelf en kunnen niet door haar worden beïnvloed op grond van overeenkomsten of praktijken die willens en wetens parallel zijn aan die van andere instellingen, en b) zij zijn gebaseerd op gegevens die volgens een objectieve wiskundige methode zijn verzameld”.

76. Tevens blijkt uit de opmerkingen van Bankia dat kredietinstellingen ingevolge artikel 6, lid 3, punten 1 en 2, van het besluit van 5 mei 1994 „[v]oor leningen met een variabele rente die onder [dat] besluit vallen, [...] niet verplicht [zijn] om de kredietnemer persoonlijk te informeren over wijzigingen in de gehanteerde rentevoet, indien aan de volgende twee voorwaarden is voldaan: 1. voor de lening is de toepassing van een van de officiële referentie-indices of -rentevoeten van de tweede aanvullende bepaling van [dat] besluit *overeengekomen*, en 2. de voor de lening gehanteerde rentevoet is vastgesteld overeenkomstig beding 3 bis, lid 1, onder a) of b), van bijlage II bij [dat] besluit”. [40]

77. Zoals de Spaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet, was dienaangaande in bijlage II bij het besluit van 5 mei 1994, met als opschrift „Onder het onderhavige besluit vallende financiële bedingen van hypotheekovereenkomsten”, vermeld welke informatie die bedingen moesten bevatten. Uit die opmerkingen blijkt dat punt 3 bis – „Variabele rentevoet” – van die bijlage II onder meer bepaalde dat bij het definiëren van de rentevoet een van de in die bepaling neergelegde vormen moest worden gebruikt. Overeenkomstig punt 3 bis van bijlage II konden *ofwel* definities van de variabele rentevoet worden gebruikt die voorzien in de toepassing van een referentie-index (punt 3 bis, onder a), b), of c), van die bijlage) *ofwel* definities die zijn geformuleerd op „*[e]nige andere wijze*, mits die duidelijk, concreet, begrijpelijk voor de kredietnemer is en in overeenstemming is met het recht” (punt 3 bis, onder d), van die bijlage). [41]

78. Onder voorbehoud van eventuele latere controles door de verwijzende rechter blijkt derhalve dat het besluit van 5 mei 1994 voor leningen met een variabele rentevoet niet de toepassing van een van de zes officiële referentie-indices – waaronder de IRPH Cajas – verplicht stelde, maar, zoals blijkt uit de nationale bepalingen die Bankia heeft aangehaald in haar in punt 75 van de onderhavige conclusie genoemde opmerkingen, de voorwaarden bepaalde waaraan de „referentie-indices of referentierentevoeten” moesten voldoen om door de banken te kunnen worden gebruikt. De overeenkomstsluitende partijen waren dus *niet verplicht* om een van de in circulaire 8/1990 opgenomen officiële referentie-indices te kiezen. [42] Dienaangaande klopt het inderdaad dat de zes in circulaire 8/1990 omschreven officiële referentie-indices in principe voldeden aan de twee aangehaalde voorwaarden, doch dit neemt niet weg dat blijkens punt 3 bis, onder d), van bijlage II bij het besluit

39 Zie punt 15 van de onderhavige conclusie. Cursivering van mij.

40 Cursivering van mij.

41 Zie punt 18 van de opmerkingen van de Spaanse regering.

42 Uit de op de onderhavige zaak toepasselijke bepalingen blijkt dat de zes in circulaire 8/1990 omschreven officiële referentie-indices behalve de reeds genoemde referentie-indices (de IRPH Bancos, de IRPH Cajas en de IRPH Entidades) nog de volgende drie referentie-indices omvatten: de CECA-index, de interne rentevoet voor de opbrengst op de secundaire markt van obligaties met een restlooptijd van twee tot zes jaar en de Mibor. Die laatste bestaat niet meer sinds de invoering van de Euribor in Spanje in 1999. Zoals blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering is bij circulaire 7/1999 van de Banco de España een aanvullende officiële referentie-index ingevoerd, die is gekoppeld aan de ontwikkeling van de Euribor. Zie voetnoot 13 van de onderhavige conclusie.

van 5 mei 1994[43], onder voorbehoud van eventuele latere controles door de verwijzende rechter, Bankia niettemin de mogelijkheid had om de variabele rentevoet te definiëren op „[e]nige andere wijze, mits die duidelijk, concreet, begrijpelijk [was] voor de kredietnemer en in overeenstemming [was] met het recht". In die context wijst de verwijzende rechter erop dat bij de sluiting van de overeenkomst op 19 juli 2001 de mogelijkheid bestond om de Euribor te gebruiken, die in 1999 in Spanje was ingevoerd.[44] Er zij aan herinnerd dat uit de op de onderhavige zaak toepasselijke bepalingen blijkt dat de Euribor ten tijde van de sluiting van de overeenkomst niet één van de zes in circulaire 8/1990 genoemde officiële indices was. Toch had de bank, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, bij de sluiting van de overeenkomst de mogelijkheid om de Euribor als referentie-index te kiezen.

79. Die vaststelling wordt kracht bijgezet door de schriftelijke opmerkingen van Bankia, waarin zij duidelijk aangeeft dat *„de IRPH niet verplicht [was] voor de overeenkomstsluitende partijen"*.[45]

80. Tot slot moet worden benadrukt dat de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen aangeeft dat de Tribunal Supremo, voor zover hij de *transparantie van het betrokken beding* heeft onderzocht zonder de toepasselijkheid van richtlijn 93/13 ter discussie te stellen, zelf impliciet in zijn arrest van 14 december 2017 heeft erkend dat de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 vervatte uitzondering niet van toepassing was op het contractuele beding dat voorzag in de toepassing van de IRPH Cajas.

81. Daarenboven merkt de Commissie op dat het arrest van 14 december 2017 een afwijkend standpunt bevat van twee rechters van die hoge rechterlijke instantie, namelijk Francisco Javier Orduña Moreno en Francisco Javier Arroyo Fiestas, die meenden dat „het voorwerp van die [rechterlijke] toetsing niet de index als zodanig is, dat wil zeggen als voortvloeisel van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waaraan hij zijn officiële karakter ontleent, *maar het gebruik of de toepassing ervan in algemene voorwaarden*".[46] Wat betreft het criterium van het dwingende karakter van de nationale bepaling is in dat standpunt tevens gepreciseerd dat „dit [...] in casu evenmin het geval [is], aangezien de kredietverstrekker *een van de zeven referentie-indices* gebruikt die toentertijd waren toegestaan (waaronder de Mibor, de CECA-index en de Euribor); bijgevolg was de IRPH Entidades niet de enige index die als referentie kon dienen en was de toepassing ervan door de kredietverstrekker niet verplicht".[47]

82. Gelet op het feit dat de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 geformuleerde uitzondering strikt moet worden uitgelegd, blijkt uit de voorgaande overwegingen dat het litigieuze beding, onder voorbehoud van eventuele latere controles door de verwijzende rechter, binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt en dat het mogelijk oneerlijke karakter van dat contractuele beding kan worden getoetst door de rechter.

83. Zoals ik reeds heb opgemerkt in punt 72 van de onderhavige conclusie ben ik van mening dat het litigieuze beding hoe dan ook onder richtlijn 93/13 valt, ook al waren de op het hoofdgeding toepasselijke bepalingen volgens de verwijzende rechter dwingend voor banken. Het enkele feit dat een bank op grond van een nationale bepaling vrijelijk en naar eigen goeddunken in de algemene voorwaarden van een hypotheekovereenkomst een index kan opnemen die zij heeft gekozen uit

43 Zie punt 77 van de onderhavige conclusie.

44 Zie voetnoten 13 en 42 van de onderhavige conclusie.

45 Cursivering van mij. Volgens Bankia vloeit het dwingende karakter van de IRPH voort uit het feit dat die index, als hij eenmaal is gekozen, als zodanig en zonder contractuele wijziging wordt opgenomen in de hypotheekovereenkomst, aan welke overeenkomst de partijen zich niet kunnen onttrekken. Ik ben het niet eens met dat argument. Hoewel de bank in een vooraf opgesteld beding noch de definitie, noch de berekeningswijze van een officiële referentie-index kan bepalen, kan zij mijns inziens wel het door haar op de index toegepaste renteverschil opleggen, zoals het geval is in het hoofdgeding, waarin Bankia voor de toepassing van een positief renteverschil van 0,25 procentpunt had gekozen, ondanks de aanbevelingen van de Banco de España om een negatief renteverschil toe te passen teneinde het JKP van die transactie op één lijn te brengen met dat op de markt.

46 Cursivering van mij.

47 Cursivering van mij.

meerdere in die bepaling genoemde officiële referentie-indices volstaat mijns inziens immers om vast te stellen dat een dergelijke bepaling *niet dwingend is* in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 en dat die richtlijn bijgevolg van toepassing is. Voor mij is het namelijk duidelijk dat de in die bepaling geregelde uitzondering niet kan worden toegepast op een contractueel beding waarin een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is overgenomen die de wilsautonomie van de partijen weliswaar beperkt, *maar niet uitschakelt*.

84. Bovendien zie ik niet in hoe een lidstaat zou kunnen beweren dat een contractueel beding niet oneerlijk is voor zover hierin een dwingende bepaling is overgenomen waarvan de inhoud in strijd is met de nuttige werking van richtlijn 93/13.

85. Gelet op de voorgaande overwegingen moet richtlijn 93/13 mijns inziens dan ook aldus worden uitgelegd dat een tussen een consument en een kredietverstrekker gesloten contractueel beding als dat in het hoofdgeding, op grond waarvan een rentevoet is vastgesteld op basis van een van de zes officiële wettelijke referentie-indices die door kredietinstellingen kunnen worden toegepast op hypothecaire leningen met een variabele rentevoet, niet van de werkingssfeer van die richtlijn is uitgesloten.

2. Tweede prejudiciële vraag: omvang en inhoud van de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding overeenkomstig artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13

86. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 93/13, en met name artikel 8 ervan, eraan in de weg staat dat een nationale rechter artikel 4, lid 2, van die richtlijn toepast teneinde geen toetsing te verrichten van het mogelijk oneerlijke karakter van een contractueel beding dat op duidelijke en begrijpelijke wijze is geformuleerd en dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, wanneer die laatste bepaling door de nationale wetgever niet in zijn rechtsorde is omgezet. Voorts vraagt de verwijzende rechter welke informatie de kredietverstrekker in voorkomend geval overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 moet verstrekken teneinde te voldoen aan het vereiste van transparantie van een contractueel beding waarin een rentevoet is vastgesteld op basis van een wettelijke referentie-index zoals de IRPH Cajas, waarvan de wiskundige berekeningsformule complex en voor de gemiddelde consument weinig transparant is. Tot slot vraagt hij zich af of het ontbreken van informatieverstrekking als oneerlijk moet worden aangemerkt.

a) Tweede vraag, onder a)

87. Alvorens een standpunt in te nemen over het eerste onderdeel van de tweede vraag, dat betrekking heeft op de uitlegging van zowel artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 als de artikelen 5 en 8 van die richtlijn, moet de context waarin die vraag is gesteld, worden verduidelijkt. Daarom zal ik allereerst de relevante rechtspraak van het Hof in herinnering brengen.

1) Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

88. Wat betreft de vraag of artikel 8 eraan in de weg staat dat een nationale rechter artikel 4, lid 2, van die richtlijn toepast teneinde geen toetsing te verrichten van het mogelijk oneerlijke karakter van een contractueel beding dat op duidelijke en begrijpelijke wijze is geformuleerd en dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, wanneer die laatste bepaling door de nationale wetgever niet in zijn rechtsorde is omgezet, moet om te beginnen worden benadrukt dat het Hof die vraag reeds heeft beantwoord in het arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.[48]

48 Arrest van 3 juni 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 44). De prejudiciële vragen in die zaak waren gesteld door de Tribunal Supremo.

89. Zoals de verwijzende rechter in de onderhavige zaak heeft opgemerkt, heeft het Hof in dat arrest allereerst gepreciseerd dat „zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, wet 7/1998[49], artikel 4, lid 2, van [richtlijn 93/13] niet in nationaal recht heeft omgezet".[50] Vervolgens heeft het Hof overwogen dat in de Spaanse rechtsorde een nationale rechter, in het kader van een geding inzake een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst, derhalve in alle omstandigheden kan beoordelen of een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat met name betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, een oneerlijk karakter heeft, zelfs in die gevallen waarin dit beding van tevoren door de verkoper duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.[51] In die omstandigheden heeft het Hof tot slot vastgesteld dat de Spaanse regeling, door de mogelijkheid te bieden van een volledige rechterlijke toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen als bedoeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 die zijn opgenomen in een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst „kan verzekeren dat de consument, overeenkomstig artikel 8 van [die] richtlijn, een hoger niveau van daadwerkelijke bescherming wordt geboden dan dat wat in [die] richtlijn is neergelegd".[52]

2) Standpunt van de Spaanse regering

90. In de onderhavige zaak meent de Spaanse regering[53] dat het weliswaar klopt dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet formeel is omgezet in het Spaanse recht, maar dat het ontbreken van die formele omzetting niet kan worden uitgelegd, zoals de verwijzende rechter wel doet, als een uitdrukkelijke wil van de Spaanse wetgever om de toetsing toe te staan van het oneerlijke karakter van informatie die betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst wanneer die informatie duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.[54] Dienaangaande voert die regering aan dat de Tribunal Supremo na het

49 Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 inzake algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998 (BOE nr. 89 van 14 april 1998).

50 Arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 41).

51 Zie arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 42).

52 Arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 43).

53 Dat standpunt wordt gedeeld door Bankia, die stelt dat „artikel 4, lid 2, van [richtlijn 93/13] volgens een stroming in de rechtsleer en in de rechtspraak wel degelijk is omgezet in de Spaanse rechtsorde".

54 Ter ondersteuning van dat argument heeft de Spaanse regering bij haar schriftelijke opmerkingen een artikel uit de rechtsleer gevoegd dat benadrukt dat het niet-omzetten van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 door wet 7/1998 in feite het gevolg is van „een uit nalatigheid gemaakte fout tijdens de stemming in het parlement, waardoor de letterlijke tekst van die bepaling uit de wet is verwijderd". De auteur van dat artikel merkt op dat die fout niet door latere wetswijzigingen is hersteld en preciseert bovendien dat sindsdien zowel de rechtsgeleerden als de nationale rechters, in ieder geval tot aan het arrest nr. 241/2013 van de Tribunal Supremo van 9 mei 2013 (ES:TS:2013:1916), het niet eens waren over de gevolgen van die fout. Dienaangaande concludeert die auteur met name dat de Tribunal Supremo heeft geprobeerd om een einde te maken aan deze onzekere situatie in Spanje, maar dat de Spaanse wetgever, ondanks het feit dat hij meerdere keren de gelegenheid heeft gehad om opheldering te geven over de vraag of artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 nu wel of niet is omgezet, „niet bereid lijkt te zijn om dit te doen". Aldus stelt de auteur dat het vraagstuk omtrent oneerlijke bedingen die betrekking hebben op wezenlijke elementen van de overeenkomst „noch [aan bod is gekomen in] de wetswijzigingen die in mei 2013 door het Parlement zijn goedgekeurd teneinde de Spaanse regelgeving aan te passen aan het arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), noch [in] het wetsvoorstel tot omzetting van richtlijn [2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64)]". Zie Cámara LaPuente, S., „¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, deel 5(2), 2013, blz. 209-233, met name blz. 226, 227 en 233.

arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid[55] in zijn arrest van 18 juni 2012[56] heeft overwogen dat het de wil van de wetgever was geweest om artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 om te zetten in het Spaanse recht en dat de bij wet 7/1998 aangebrachte wijziging getuigde van de uitdrukkelijke omzetting van dat artikel.[57]

91. Ik deel dat standpunt van de Spaanse regering niet. Haar redenering is mijns inziens namelijk in tegenspraak met de rechtspraak van het Hof inzake de omzetting van richtlijnen en met name met de beginselen van rechtszekerheid, transparantie en loyale samenwerking.

3) Consequenties van de niet-omzetting van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13

92. Volgens artikel 288, derde alinea, VWEU is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, maar wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken. Hieruit volgt dat Spanje net als iedere lidstaat de vorm en middelen kan kiezen om richtlijnen ten uitvoer te leggen.

93. Tevens is algemeen bekend dat de omzetting van richtlijnen het proces is waarbij richtlijnen door het bevoegde nationale wetgevende orgaan of de bevoegde nationale wetgevende organen worden omgezet in nationale bepalingen.[58] In die context verlangt het *rechtszekerheidsbeginsel* van een lidstaat dat hij de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vaststelt die noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de bepalingen van een richtlijn volledig worden omgezet in het nationale recht.[59] Hoewel niet alle bepalingen van een richtlijn rechtstreeks of uitdrukkelijk hoeven te worden omgezet, kan op grond van het *transparantievereiste* feitelijk een bepaalde handeling worden verlangd, waaronder het verstrekken van bepaalde informatie aan de Commissie.[60] „[Naast] de uit de richtlijn zelf voortvloeiende verplichting en de dwingende werking ervan" krachtens artikel 288, derde alinea, VWEU, geldt immers tevens de aan artikel 4, lid 3, VEU ontleende „subsidiaire verplichting", „die een *loyale samenwerking* impliceert tussen de nationale autoriteiten en de Unie bij de tenuitvoerlegging van de regels van de Verdragen".[61]

55 Arrest van 3 juni 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 44).

56 ES:TS:2012:5966.

57 De Spaanse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen een fragment opgenomen van de tweede rechtsgrond van het arrest van de Tribunal Supremo van 18 juni 2012: „Aldus is bij de wijziging van de oude algemene wet van 1984 ter bescherming van consumenten, door toevoeging van het nieuwe artikel 10 het ruime begrip ‚juist evenwicht tussen de tegenprestaties' in lid 1, onder c), vervangen door ‚aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen', overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn ter beperking van de inhoudelijke toetsing die kan worden uitgevoerd van het mogelijke oneerlijke karakter van het beding; derhalve kan worden gesteld dat er geen toetsing wordt verricht van de prijzen, noch van het evenwicht van de prestaties in enge zin". Volgens die regering heeft de Tribunal Supremo in dat arrest daaraan toegevoegd dat al met al „[moet worden vastgesteld dat], hoewel er dienaangaande in de rechtsleer geen eensgezindheid bestaat, de wezenlijke elementen van de overeenkomst, ook al zijn die van de inhoudelijke toetsing uitgesloten, overeenkomstig een teleologische toepassing van artikel 4, lid 2, van [richtlijn 93/13], te allen tijde het voorwerp kunnen zijn van een toetsing van het invoegingscriterium en van de transparantie [artikel 5, lid 5, en artikel 7 van wet 7/1998 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten, en artikel 10, lid 1, onder a), van de algemene wet ter bescherming van consumenten]". Voorts preciseert de Spaanse regering dat de Tribunal Supremo die beslissing heeft bevestigd in zijn arrest van 9 mei 2013 (ES:TS:2013:1916).

58 Zie Prechal, S., *Directives in EC Law*, 2e druk, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, blz. 6.

59 Zie over het rechtszekerheidsbeginsel en de omzetting van richtlijnen Tridimas, T., *The General Principles of EU La*w, 2e druk, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, blz. 246 en 247.

60 Zie in die zin Prechal, S., op. cit., blz. 6.

61 Simon, D., *Le Système juridique communautaire*, 3e druk, Presse universitaires de France, Parijs, 2006, blz. 328-332. Cursivering van mij.

94. Meer in het bijzonder mag niet worden vergeten dat in het kader van de uitlegging van artikel 288, derde alinea, VWEU, waarover veel rechtspraak is ontstaan, de omzetting van een richtlijn weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat vereist, maar dat het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn dient te verzekeren, dat de uit dit recht voortvloeiende rechtssituatie *voldoende bepaald en duidelijk* moet zijn, en dat de begunstigden in staat moeten zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties. [62]

95. Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat nationale rechtspraak – gesteld al dat zij constant is – waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de *rechtszekerheid* noodzakelijk zijn, hetgeen in het bijzonder geldt op het gebied van consumentenbescherming. [63] Dat geldt des te meer wanneer in vaste nationale rechtspraak een door de nationale wetgever niet-omgezette bepaling van een richtlijn wordt uitgelegd en toegepast. Bijgevolg kan dergelijke nationale rechtspraak niet de helderheid en nauwkeurigheid hebben die noodzakelijk zijn om als behoorlijke rechtsgrondslag te kunnen dienen voor de regeling van consumentenbescherming of, zoals in casu het geval is, voor de omzetting van de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 geformuleerde uitzondering.

96. Hoewel ik uit de lezing van het in de onderhavige zaak aan het Hof overgelegde dossier begrijp dat de Tribunal Supremo met zijn arresten van 18 juni 2012 [64] en 9 mei 2013 [65] heeft gepoogd om een oplossing te vinden voor eerdere tegenstrijdige rechtspraak en om met name de samenhang van de nationale rechtsorde te verzekeren, staat het dus aan de Spaanse wetgever om in voorkomend geval op te treden en passende maatregelen te nemen indien hij artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 zou willen omzetten, hetgeen, gelet op de in de punten 94 en 95 van deze conclusie in herinnering gebrachte rechtspraak, noch uit de verwijzingsbeslissing, noch uit de lezing van het aan het Hof overgelegde dossier blijkt.

97. Bovendien zij eraan herinnerd, ten eerste, dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 volgens vaste rechtspraak van het Hof geen *dwingende bepaling* is die als zodanig verplicht door de lidstaten moet worden omgezet. Die bepaling voorziet immers in een beperking van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen. Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat om de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen van bescherming van de consument concreet te kunnen garanderen, elke omzetting van die bepaling volledig dient te zijn, zodat het verbod om het oneerlijke karakter van bedingen te beoordelen enkel betrekking heeft op bedingen die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. [66]

62 Zie arresten van 23 mei 1985, Commissie/Duitsland (29/84, EU:C:1985:229, punt 23); 23 maart 1995, Commissie/Griekenland (C-365/93, EU:C:1995:76, punt 9); 10 mei 2001, Commissie/Nederland (C-144/99, EU:C:2001:257, punt 17); 9 september 2004, Commissie/Spanje (C-70/03, EU:C:2004:505, punt 36), en 23 april 2009, Commissie/België (C-292/07, niet gepubliceerd, EU:C:2009:246, punt 120). Volgens advocaat-generaal Tizzano „dienen [de lidstaten daartoe] voor een *duidelijk wettelijk kader* op het betrokken gebied te zorgen, zodat het nationale recht overeenstemt met de bepalingen van de richtlijn, en wel in zodanige bewoordingen dat *geen twijfel of tweeduidigheid* kan bestaan, niet alleen omtrent de inhoud van de relevante nationale wetgeving en omtrent de verenigbaarheid daarvan met de richtlijn, maar ook omtrent de formele gelding van die regelgeving en de geschiktheid daarvan om als behoorlijke rechtsgrondslag voor de regeling van de betrokken materie te dienen”. Zie de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Commissie/Nederland (C-144/99, EU:C:2001:50, punt 15). Cursivering van mij.

63 Zie arresten van 10 mei 2001, Commissie/Nederland (C-144/99, EU:C:2001:257, punt 21), en 10 juli 2014, Commissie/België (C-421/12, EU:C:2014:2064, punt 46). Zie ook arrest van 9 december 2003, Commissie/Italië (C-129/00, EU:C:2003:656, punt 33): „Wanneer een nationale wettelijke regeling in de in aanmerking komende rechtspraak op uiteenlopende wijze wordt uitgelegd, waarbij sommige uitspraken tot een toepassing van deze wetgeving leiden die verenigbaar is met het Unierecht, en andere tot een toepassing die daarmee in strijd is, moet worden vastgesteld dat deze wettelijke regeling op zijn minst onvoldoende duidelijk is om een met het Unierecht verenigbare toepassing te verzekeren.”

64 ES:TS:2012:5966.

65 ES:TS:2013:1916.

66 Zie arresten van 10 mei 2001, Commissie/Nederland (C-144/99, EU:C:2001:257, punt 22), en 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 39).

98. Ten tweede leidt, zoals in punt 89 van deze conclusie in herinnering is gebracht, de niet-omzetting in het nationale recht ertoe dat de Spaanse regeling, door de mogelijkheid te bieden van een volledige rechterlijke toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen als bedoeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 die zijn opgenomen in een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst, kan verzekeren dat de consument overeenkomstig artikel 8 van die richtlijn een hoger niveau van daadwerkelijke bescherming wordt geboden dan dat wat in die richtlijn is vastgelegd, zelfs wanneer het betreffende beding betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of op de prijs-kwaliteitverhouding van de prestatie.

99. Ten derde en tot slot wordt het vereiste dat een contractueel beding overeenkomstig artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, volgens vaste rechtspraak ook in herinnering gebracht in artikel 5 van die richtlijn[67] en maakt de toetsing van de transparantie van het beding, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft benadrukt, bijgevolg deel uit van de beoordeling van het oneerlijke karakter ervan in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn. Bijgevolg zijn de Spaanse rechters bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 verplicht om op grond van artikel 5 van deze richtlijn de transparantie van die bedingen te onderzoeken.

100. In die omstandigheden ben ik van mening dat artikel 8 van richtlijn 93/13 eraan in de weg staat dat een nationale rechter artikel 4, lid 2, van die richtlijn toepast teneinde geen toetsing te verrichten van het mogelijke oneerlijke karakter van een beding als dat in het hoofdgeding, dat op duidelijke en begrijpelijke wijze is geformuleerd en dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, wanneer laatstgenoemde bepaling door de nationale wetgever niet in zijn rechtsorde is omgezet.

b) Tweede vraag, onder b) en c)

101. Met het tweede en derde onderdeel van de tweede vraag wordt gevraagd welke informatie de kredietverstrekker moet verschaffen teneinde overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 te voldoen aan het vereiste van transparantie van een contractueel beding waarin een variabele rentevoet is vastgesteld op basis van een wettelijke index zoals de IRPH Cajas, waarvan de wiskundige berekeningsformule complex en voor de gemiddelde consument weinig transparant is. Tevens vraagt de verwijzende rechter zich af of het ontbreken van informatieverstrekking als oneerlijk moet worden aangemerkt.

102. Dienaangaande stellen de Spaanse regering en Bankia dat, aangezien de IRPH Cajas een maandelijks in het *Boletín Oficial del Estado* gepubliceerde en in circulaire 8/1990 geregelde officiële index was, het litigieuze beding de in de nationale regeling vastgelegde *definitie* van de IRPH Cajas bevat.[68] De Spaanse regering benadrukt tevens dat *in die circulaire de formule voor de berekening van de IRPH Cajas* was bepaald, alsook de informatie die de bank voorafgaand aan de sluiting van de hypotheekovereenkomst aan de consument moest verstrekken.[69]

67 Zie in die zin arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 69); 9 juli 2015, Bucura (C-348/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:447, punt 49), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 44). Zie ook de twintigste overweging van richtlijn 93/13.

68 Zie de punten 19 en 20 van de onderhavige conclusie. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de definitie van de IRPH Cajas en de wiskundige formule voor de berekening ervan. Uit de verwijzingsbeslissing en uit de opmerkingen van zowel de verzoeker in het hoofdgeding als Bankia en de Spaanse regering blijkt namelijk dat het litigieuze beding de definitie van de IRPH Cajas bevat, alsook de methode voor de berekening *van de variabele rentevoet* van de lening (IRPH Cajas + renteverschil), terwijl de concrete wiskundige vergelijking voor de berekening van de IRPH Cajas was bepaald in bijlage VIII, lid 2, bij circulaire 8/1990, maar niet is opgenomen in het beding. Zie voetnoot 78 van de onderhavige conclusie.

69 Zie punt 20 van de onderhavige conclusie.

103. Hoewel de Spaanse regering het ermee eens is dat de door de bank aan de consument verstrekte informatie inderdaad een toereikende toelichting moet bevatten van zowel de bestanddelen van de gekozen referentie-index als de ontwikkeling in het verleden van die index, is het volgens haar niet zinvol om van de bank te verlangen dat zij de consument informeert over de concrete werking van de referentie-index, dat wil zeggen over de exacte methode voor de berekening ervan, voor zover de toepasselijke wiskundige formule de informatie minder begrijpelijk en dus minder transparant voor de consument zou maken. Die regering stelt tevens dat er geen advies kan worden gevraagd over de mogelijke toekomstige ontwikkeling van de index, omdat, ten eerste, de bank niet over die informatie beschikt en, ten tweede, het oneerlijke karakter van een beding moet worden beoordeeld met betrekking tot het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst, op welk tijdstip de toekomstige ontwikkeling niet relevant is. Tot slot onderstreept die regering dat er niet van de bank kan worden verlangd dat zij in de voor consumenten bestemde reclame grafieken opneemt die de historische ontwikkeling van de IRPH Cajas ten opzichte van de Euribor toelichten.

104. Zoals ik in de punten 95 tot en met 101 van deze conclusie heb opgemerkt en zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing en uit het aan het Hof overgelegde dossier van de onderhavige zaak, heeft de Spaanse wetgever artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 niet in het nationale recht omgezet. Bijgevolg zijn de Spaanse rechters mijns inziens verplicht om bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, de transparantie van die bedingen te onderzoeken op grond van artikel 5 van die richtlijn.[70]

105. Indien het Hof tot diezelfde slotsom komt, zal in het kader van de transparantietoets moeten worden gepreciseerd welke informatie de bank aan consumenten moet verstrekken. Alvorens te bepalen welke informatie dat is, zal ik een overzicht geven van de rechtspraak van het Hof inzake de in het kader van de uitlegging van artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 vereiste omvang van de informatie.

1) Overzicht van de rechtspraak van het Hof inzake de vereiste omvang van de informatie in het kader van het aan artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 ontleende vereiste van transparantie van contractuele bedingen

106. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat het Hof met betrekking tot artikel 5 van richtlijn 93/13 herhaaldelijk heeft geoordeeld dat het voor een consument van wezenlijk belang is dat hij, vóór de sluiting van de overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van die overeenkomst. Op basis van met name de aldus verkregen informatie zal die consument beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die laatstgenoemde vooraf heeft vastgelegd.[71] Tevens zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof sinds het arrest Kásler en Káslerné Rábai[72] het feit dat bedingen van overeenkomsten formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn, niet volstaat om te voldoen aan het vereiste van de transparantie van die bedingen dat voortvloeit uit artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13. Integendeel, het vereiste dat bedingen van overeenkomsten duidelijk en

70 Dienaangaande moet worden verduidelijkt dat het transparantievereiste vooral van toepassing is indien de rechten die de justitiabele aan het Unierecht ontleent, worden beperkt.

71 Zie met name arresten van 21 maart 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, punt 44); 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 70); 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 50), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 48).

72 Arrest van 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

begrijpelijk zijn geformuleerd en derhalve transparant zijn, zoals neergelegd in die richtlijn, moet ruim worden opgevat, aangezien het door die richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie dan laatstgenoemde beschikt.[73]

107. Derhalve moet het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, volgens het Hof aldus worden begrepen dat het ook gebiedt dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.[74]

108. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat dit door de verwijzende rechter moet worden onderzocht op basis van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en de informatie die door de kredietgever in het kader van de onderhandeling van een leningovereenkomst worden verstrekt.[75] Het Hof heeft in het bijzonder gepreciseerd dat het aan de nationale rechter staat, wanneer hij alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking neemt, om na te gaan of in de betrokken zaak aan de consument *alle gegevens* zijn meegedeeld die van invloed kunnen zijn op de omvang van zijn verbintenis en op grond waarvan hij met name de totale kosten van zijn lening kan ramen. Daarenboven heeft het Hof de elementen geformuleerd die een beslissende rol bij die beoordeling spelen, namelijk, ten eerste de vraag of de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, zodat een gemiddelde consument, te weten een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument, aan de hand daarvan die kosten kan ramen, en ten tweede de omstandigheid dat de kredietovereenkomst niet de gegevens bevat die, gelet op de aard van de goederen of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, *essentieel* worden geacht.[76]

109. In het licht van die rechtspraak moeten de vragen van de verwijzende rechter worden beantwoord.

2) Toepassing op het onderhavige geval

110. Gelet op de in de vorige punten in herinnering gebrachte rechtspraak, staat het aan de verwijzende rechter om de noodzakelijke controles te verrichten teneinde op basis van alle relevante feitelijke gegevens rond de sluiting van de overeenkomst, waaronder de reclame en de informatie die door de bank in het kader van de onderhandeling van de leningovereenkomst zijn verstrekt, na te gaan of de verstrekte informatie voor de gemiddelde consument toereikend was om aan de hand daarvan de *methode voor de berekening van de op die lening toepasselijke variabele rentevoet* te kunnen begrijpen en, bijgevolg, de totale kosten van zijn lening te kunnen ramen[77], dan wel of er daarentegen, met name gelet op het feit dat het om een hypothecaire lening ging, andere essentieel geachte informatie had moeten worden verstrekt.

73 Arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 71 en 72); 23 april 2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, punt 40); 9 juli 2015, Bucura (C-348/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:447, punt 52), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 44). Zie ook arrest van 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, punt 73), en beschikking van 22 februari 2018, ERSTE Bank Hungary (C-126/17, niet gepubliceerd, EU:C:2018:107, punt 29).

74 Zie arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 75), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 45).

75 Zie arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 74); 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punt 75), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 46).

76 Zie arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 Er zij aan herinnerd dat, voor zover een vooraf opgesteld contractueel beding in de tussen een consument en een kredietverstrekker gesloten hypotheekovereenkomst voorziet in de toepassing van een referentie-index voor de berekening van de variabele rentevoet van die lening, het gebruik door de kredietverstrekker van die index als informatie in dat beding volledig onder de transparantietoets overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5, van richtlijn 93/13 valt.

111. De informatie waarvan de verwijzende rechter zich afvraagt of die noodzakelijkerwijs door de bank aan consumenten moet worden verstrekt, zodat zij aan de hand daarvan de economische gevolgen van het litigieuze beding kunnen inschatten, heeft meer in het bijzonder betrekking op i) de concrete wiskundige formule voor de berekening van de IRPH Cajas (en met name het feit dat die referentie-index behalve de nominale rente ook provisies en andere kosten omvat en dat het om een rekenkundig, niet gewogen gemiddelde gaat) [78]; ii) de verplichting voor banken om overeenkomstig de nationale regelgeving een negatief renteverschil toe te passen [79]; iii) het feit dat de verstrekte informatie, anders de Euribor, niet openbaar is; iv) de ontwikkeling in het verleden van de IRPH Cajas, en v) de verwachte toekomstige ontwikkeling van de referentie-index ten opzichte van andere officiële referentie-indices, en met name ten opzichte van de Euribor [80].

112. Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, is het litigieuze beding in grammaticaal opzicht inderdaad duidelijk en begrijpelijk, in die zin dat de gemiddelde consument aan de hand daarvan kan begrijpen en aanvaarden dat de variabele rentevoet van zijn hypothecaire lening wordt berekend op basis van een officiële referentie-index (de IRPH Cajas). Aan de hand van dat beding kan de consument tevens begrijpen, ten eerste, dat die referentie-index is gedefinieerd als „de gemiddelde rentevoet van door spaarbanken verstrekte hypothecaire leningen met een looptijd van meer dan drie jaar voor de aankoop van een woning op de vrije markt" en, ten tweede, dat die index „naar boven [is] afgerond tot op een vierde procentpunt en [is] vermeerderd met 0,25 procentpunt" (IRPH Cajas + renteverschil).

113. Niettemin moet nog worden nagegaan of het litigieuze beding voldoet aan het bij richtlijn 93/13 opgelegde transparantievereiste, in het bijzonder voor wat betreft de verplichting die voortvloeit uit de in punt 107 van de onderhavige conclusie uiteengezette rechtspraak van het Hof en die gebiedt dat in de overeenkomst „de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft [...] op een transparante wijze [wordt] uiteengezet". In die context zou de volgende vraag kunnen rijzen: moet de gemiddelde consument, voor een goed begrip van de *methode voor de berekening van de rentevoet* die op een hypothecaire lening van toepassing is, waaruit blijkt dat de consument de som van de referentie-index en het renteverschil (IRPH Cajas + positief of negatief renteverschil) moet betalen, niet ook de exacte werking kunnen begrijpen van de in die berekeningsmethode opgenomen referentie-index?

114. Het antwoord op die vraag, dat logischerwijs bevestigend is, is niettemin irrelevant wanneer moet worden nagegaan of de bank heeft voldaan aan het bij richtlijn 93/13 opgelegde vereiste dat contractuele bedingen duidelijk en begrijpelijk worden geformuleerd, en derhalve transparant zijn. Er moet namelijk onderscheid worden gemaakt tussen het in die richtlijn opgelegde vereiste van transparantie van contractuele bedingen, dat tot doel heeft om ervoor te zorgen dat de gemiddelde consument de economische gevolgen van zijn lening kan inschatten, en de adviesplicht, waarin die richtlijn niet voorziet.

115. Hoewel de in punt 107 van deze conclusie genoemde rechtspraak mijns inziens van bijzonder belang is voor de onderhavige zaak, zijn er bovendien, zoals ik hieronder zal toelichten, feitelijke verschillen tussen de onderhavige zaak en de zaken die hebben geleid tot onder meer de arresten Kásler en Káslerné Rábai [81] en Andriciuc e.a. [82] Die verschillen nopen mij tot nuancering van de uit die rechtspraak te trekken consequenties voor de zaak in het hoofdgeding.

78 Zie dienaangaande de punten 45 en 46 van de onderhavige conclusie. Uit de opmerkingen van de verzoeker in het hoofdgeding blijkt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen: a) een *referentie-index*, zoals de Euribor, b) een *rentevoet*, die de som is van de referentie-index en het renteverschil (Euribor + renteverschil) en c) een JKP, dat de som is van de referentie-index en het renteverschil, plus provisies en kosten (Euribor + renteverschil + provisies + kosten). Voorts herinner ik eraan dat uit de vierde alinea van de overwegingen van circulaire 5/1994 blijkt dat de hierin genoemde referentie-indices, waaronder de IRPH Cajas, JKP's waren.

79 Zie dienaangaande punt 48 van de onderhavige conclusie.

80 Zie punt 50 van de onderhavige conclusie.

81 Arrest van 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

82 Arrest van 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

116. In de eerste plaats hadden de zaken die hebben geleid tot de arresten Kásler en Káslerné Rábai [83] en Andriciuc e.a. [84] betrekking op in vreemde valuta, namelijk in Zwitserse franken (CHF), opgestelde leningovereenkomsten, waarvan de betrokken bedingen bepaalden dat het wisselkoersrisico volledig voor rekening van de kredietnemer kwam. [85] In die context heeft het Hof geoordeeld dat het transparantievereiste „aldus moet worden verstaan [...] dat in de overeenkomst de concrete werking van het [mechanisme] waarnaar het betrokken beding verwijst transparant [is] gespecificeerd" en heeft het uitdrukkelijk verwezen naar het „wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta", alsook naar de „verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening" [86], zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria *de economische gevolgen* die er voor hem uit voortvloeien kan voorzien. [87]

117. In de tweede plaats houdt dat transparantievereiste van contractuele bedingen volgens het Hof in dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet alleen in staat moet zijn om „de mogelijkheid van waardevermindering of -vermeerdering van de vreemde valuta" waarin de lening is aangegaan te kennen, maar ook „om de – *mogelijk aanzienlijke* – *economische gevolgen* van een dergelijk beding voor zijn financiële verplichtingen in te schatten". [88] Ten eerste moet de kredietnemer immers duidelijk geïnformeerd worden over het feit dat hij zich met de ondertekening van een in vreemde valuta luidende kredietovereenkomst blootstelt aan een wisselkoersrisico dat mogelijkerwijs economisch gezien een zware last kan worden in geval van devaluatie van de valuta waarin hij zijn inkomsten ontvangt. Voorts moet de bank uitleg geven over de mogelijke wisselkoersschommelingen en de risico's die inherent zijn aan het aangaan van een lening in vreemde valuta, met name wanneer de consument die het krediet afsluit zijn inkomsten niet in deze valuta ontvangt. [89]

118. Mijns inziens vormen de bewoordingen „de – *mogelijk aanzienlijke* – *economische gevolgen*" een van de belangrijkste elementen van die rechtspraak. Die gevolgen vormen immers het fundament van de verplichting voor banken om consumenten voldoende informatie te verstrekken aan de hand waarvan zij goed geïnformeerde en prudente beslissingen kunnen nemen. [90] Dat houdt in dat het bij richtlijn 93/13 opgelegde transparantievereiste niet alleen tot doel heeft om mogelijk aanzienlijke economische gevolgen voor consumenten te voorkomen, maar tevens moet verzekeren dat die gevolgen niet onzeker en onvoorzienbaar zijn. De gemiddelde consument moet immers de kosten van zijn lening kunnen voorzien zonder te worden blootgesteld aan een onvoorzienbaar risico van een wijziging van de hieruit voortvloeiende economische last.

83 Arrest van 30 april 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

84 Arrest van 20 september 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

85 Meer in het bijzonder bepaalden die bedingen dat de aflossingen van de lening werden berekend op basis van de verkoopkoers van de vreemde valuta (arrest van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 24) en dat de lening moest worden afgelost in dezelfde valuta als die waarin de lening was overeengekomen (arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, punt 9).

86 Er was namelijk een verschil tussen de aankoopkoers, die van toepassing was bij de vrijgave van de lening, en de verkoopkoers, die van toepassing was bij de aflossing ervan. Zie in dat verband arrest van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 53 en 74).

87 Arrest van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punten 73 en 74). Zie aangaande contractuele bedingen op grond waarvan de kredietverstrekker eenzijdig de rentevoet kan wijzigen, arrest van 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punt 74).

88 Arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 51). Cursivering van mij.

89 Arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 50).

90 In herinnering zij gebracht dat het Hof in het arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 49), verwijst naar aanbeveling ESRB/2011/1 van het Europees Comité voor systeemrisico's van 21 september 2011 inzake kredietverlening in vreemde valuta (PB 2011, C 342, blz. 1).

119. Maar anders dan de uit een in vreemde valuta gesloten hypotheekovereenkomst voortvloeiende economische gevolgen, die vanwege het wisselkoersrisico voor de kredietnemer aanzienlijk kunnen zijn en een zware last voor hem kunnen worden [91], kunnen de economische gevolgen in de onderhavige zaak, die voortvloeien uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde hypotheekovereenkomst waarvan de variabele rentevoet is berekend op basis van een officiële referentie-index, daarentegen niet worden aangemerkt als „mogelijk aanzienlijk" in de zin van de rechtspraak van het Hof. De consument kon de uit de lening voortvloeiende economische last voor hem immers voorzien en berekenen en was in staat om die last vóór de sluiting van de overeenkomst in te schatten. Bijgevolg wordt verzoeker in het hoofdgeding, afgezien van het feit dat zijn lening een variabele rentevoet heeft, niet blootgesteld aan een onvoorzien risico op wijziging van de uit zijn lening voortvloeiende economische last.

120. Verzoeker in het hoofdgeding was weliswaar niet in staat om de concrete werking te begrijpen van een van de onderdelen van de methode voor de berekening van de op zijn lening toepasselijke rentevoet, te weten de IRPH Cajas, waarvan de werkingswijze niet uit de bewoordingen van het litigieuze beding blijkt, maar kon immers uit de leningovereenkomst opmaken dat hij voor iedere aflossing een bepaalde, min of meer stabiele prijs moest betalen, namelijk de som van de IRPH Cajas en het renteverschil.

121. Zoals ik in de punten 113 en 114 van de onderhavige conclusie heb opgemerkt, ben ik van mening dat, om ervan uit te kunnen gaan dat de gemiddelde consument de methode voor de berekening van de op zijn lening toepasselijke variabele rentevoet waarop het litigieuze beding betrekking heeft, daadwerkelijk heeft begrepen, hij over de informatie moet kunnen beschikken die ten aanzien van de aard van de goederen of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft van belang is, namelijk het feit dat de IRPH Cajas een *jaarlijks kostenpercentage* is van de overeenkomsten die de spaarbanken voor de desbetreffende maand hebben gesloten. De concrete wiskundige formule voor de berekening van die index was bij de sluiting van de overeenkomst echter niet in het litigieuze beding, maar in bijlage VIII, lid 2, bij circulaire 8/1990 opgenomen.

122. Niettemin kan niet worden aangenomen dat verzoeker in het hoofdgeding niet „op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit [voortvloeiden, kon] inschatten" [92], aangezien hij, onder voorbehoud van eventuele latere controles door de verwijzende rechter, ten eerste, wist dat het bedrag van de af te lossen termijnen de som was van de IRPH Cajas en het renteverschil en, ten tweede, toegang had tot informatie over de concrete werking van de IRPH Cajas, aangezien die was gepubliceerd in het *Boletín Oficial del Estado*. Aangezien de wiskundige vergelijking voor de berekening van de IRPH Cajas voor het publiek toegankelijk was, was de consument immers in staat om te begrijpen, ten eerste, dat de IRPH Cajas die werd gebruikt voor de berekening van de variabele rentevoet van zijn overeenkomst de som was van i) het gemiddelde van de door de spaarbanken voor de desbetreffende maand gebruikte indices, ii) het gemiddelde van de door diezelfde instellingen aan die indices toegevoegde renteverschillen en iii) het gemiddelde van de aan die transacties inherente provisies en kosten, en, ten tweede, dat de bank bij dat totaalbedrag, dat de IRPH Cajas vormde, de met de lening verband houdende provisies en kosten optelde.

91 Zie arrest van 23 april 2015, Van Hove (C-96/14, EU:C:2015:262, punt 47) als voorbeeld van de rechtspraak van het Hof inzake het vereiste van transparantie van contractuele bedingen in het kader van de sluiting van een ander type overeenkomst, namelijk een verzekeringsovereenkomst bij de sluiting van twee leningovereenkomsten. Die zaak betrof de toetsing van de transparantie van een in een verzekeringsovereenkomst opgenomen beding dat ertoe strekte de betaling van de aan de kredietverstrekker verschuldigde aflossingen te garanderen in geval van volledige arbeidsongeschiktheid van de kredietnemer (die als gevolg van een arbeidsongeval blijvend gedeeltelijk arbeidsongeschikt was geworden). In zijn arrest heeft het Hof rekening gehouden met het feit dat de consument, aangezien de overeenkomst geen transparante toelichting bevatte van de concrete werking van het verzekeringsmechanisme voor de betaling van de aflossingen van de lening, mogelijkerwijs niet op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de mogelijk aanzienlijke economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeiden kon inschatten.

92 Arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

123. Voorts kan gelet op het feit dat de IRPH Cajas een officiële in het *Boletín Oficial del Estado* gepubliceerde referentie-index is, worden vermoed dat het voor de gemiddelde consument relatief eenvoudig is om toegang te krijgen tot de mechanismen voor de berekening van de verschillende officiële indices en om de verschillende door de banken voorgestelde opties te vergelijken. Daarom kan niet van de bank worden verlangd dat zij verschillende referentie-indices aan consumenten voorstelt. De informatieplicht waarnaar de rechtspraak van het Hof verwijst is immers geen adviesplicht en houdt bijgevolg geenszins in dat de bank verplicht is om verschillende officiële indices te hanteren of aan de consument voor te stellen.

124. Gelet op alle voorgaande overwegingen kom ik tot de slotsom dat de bank het bij richtlijn 93/13 opgelegde transparantievereiste heeft geëerbiedigd. Niettemin staat het aan de verwijzende rechter om de in dat verband noodzakelijke controles te verrichten en met name na te gaan of Bankia verzoeker in het hoofdgeding vóór de sluiting van de leningovereenkomst voldoende informatie heeft verstrekt aan de hand waarvan hij een goed geïnformeerde en prudente beslissing kon nemen. Bijgevolg staat het aan die rechter om, rekening houdend met alle relevante feiten rond de sluiting van de overeenkomst, waaronder de reclame en de informatie die Bankia in het kader van de onderhandeling over die overeenkomst heeft verstrekt, na te gaan of die bank de in circulaire 8/1990 vastgelegde informatieverplichtingen is nagekomen.

125. Teneinde de verwijzende rechter voor die controles een leidraad te geven, moet in deze omstandigheden worden vastgesteld dat de informatie die de kredietvestrekker dient te verstrekken – teneinde overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5, van richtlijn 93/13 te voldoen aan het vereiste van de transparantie van een contractueel beding waarin een variabele rentevoet is vastgesteld op basis van een wettelijke referentie-index zoals de IRPH Cajas, waarvan de wiskundige berekeningsformule complex en voor de gemiddelde consument weinig transparant is – ten eerste, toereikend moet zijn om de consument in staat te stellen een goed geïnformeerde en prudente beslissing te nemen met betrekking tot de *methode voor de berekening van de op de hypotheekovereenkomst toepasselijke rentevoet* en de onderdelen van die methode, waarbij niet alleen de volledige definitie van de in die berekeningsmethode gebruikte referentie-index moet worden vermeld maar ook de relevante nationale regelgeving waarin die index is bepaald, en, ten tweede, betrekking moet hebben op de ontwikkeling in het verleden van de gekozen referentie-index.[93]

126. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om bij de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding, rekening houdend met alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, na te gaan, ten eerste, of die methode voor de berekening van de rentevoet op transparante wijze is uiteengezet in de overeenkomst, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeiden kon inschatten en, ten tweede, of die overeenkomst voldoet aan alle in de nationale regelgeving neergelegde informatieverplichtingen.

127. Tot slot moet worden opgemerkt dat, indien de verwijzende rechter zou vaststellen dat, gelet op de antwoorden die het Hof op de gestelde vragen zal geven, is voldaan aan het vereiste dat contractuele bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, en bijgevolg aan het transparantievereiste, dit niet wegneemt dat het litigieuze beding hoe dan ook moet worden beoordeeld met betrekking tot het eventuele inhoudelijk oneerlijke karakter ervan, gelet op het mogelijke bestaan van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument.[94] In dat verband moet de nationale rechter aan de hand van de in artikel 3, lid 1, en in artikel 5 van richtlijn

93 Dienaangaande blijkt uit de opmerkingen van de Spaanse regering dat bijlage VII bij circulaire 8/1990 bepaalde dat in informatiebrochures over hypothecaire leningen met betrekking tot de variabele rentevoet in ieder geval de referentie-index moest worden vermeld en met name de ontwikkeling ervan „in de twee voorgaande kalenderjaren, alsook de meest recente beschikbare waarde ervan". Gelet op het feit dat economische voorspellingen altijd onzeker zijn en dat bepaalde variabelen, zoals referentie-indices, moeilijk te voorspellen zijn, lijkt het mij daarentegen niet zinvol om van de bank te verlangen dat zij de consument voorspellingen over de voorgestelde referentie-index verstrekt.

94 Zie in die zin arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 69), alsook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in die zaak (EU:C:2012:700, punt 74).

93/13 genoemde criteria nagaan of een beding als dat in het hoofdgeding rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak [95] tevens voldoet aan de in die richtlijn gestelde vereisten van goede trouw en evenwicht. [96] Die vraag gaat evenwel het voorwerp van het onderhavige prejudiciële verzoek te buiten en ik zal deze derhalve niet verder onderzoeken.

128. Gelet op het voorgestelde antwoord op de tweede vraag, onder b), ben ik van mening dat er geen antwoord hoeft te worden gegeven op die tweede vraag, onder c), waarin de verwijzende rechter zich afvraagt of het ontbreken van informatie als oneerlijk moet worden aangemerkt [97], noch op de derde vraag, die betrekking heeft op de gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding.

VI. Conclusie

129. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona te beantwoorden als volgt:

„1) Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat een tussen een consument en een kredietverstrekker gesloten contractueel beding als dat in het hoofdgeding, waarin een rentevoet is vastgesteld op basis van een van de zes officiële wettelijke referentie-indices die door kredietinstellingen kunnen worden toegepast op hypothecaire leningen met een variabele rentevoet, niet van de werkingssfeer van die richtlijn is uitgesloten.

2) Artikel 8 van richtlijn 93/13 staat eraan in de weg dat een nationale rechter artikel 4, lid 2, van die richtlijn toepast teneinde geen toetsing te verrichten van het mogelijk oneerlijke karakter van een contractueel beding als dat in het hoofdgeding, dat op duidelijke en begrijpelijke wijze is geformuleerd en dat betrekking heeft op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, wanneer laatstgenoemde bepaling door de nationale wetgever niet in zijn rechtsorde is omgezet.

De informatie die de kredietverstrekker aan de consument dient te verstrekken – teneinde overeenkomstig artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13 te voldoen aan het vereiste van transparantie van een contractueel beding waarin een variabele rentevoet is vastgesteld op basis van een wettelijke referentie-index zoals de referentie-index voor hypothecaire leningen van spaarbanken (IRPH Cajas), waarvan de wiskundige berekeningsformule complex en voor de gemiddelde consument weinig transparant is – moet:

– ten eerste, toereikend zijn om de consument in staat te stellen een goed geïnformeerde en prudente beslissing te nemen met betrekking tot de methode voor de berekening van de op de hypotheekovereenkomst toepasselijke rentevoet en de onderdelen van die methode, waarbij niet alleen de volledige definitie van de in die berekeningsmethode gebruikte referentie-index moet worden vermeld maar ook de relevante nationale regelgeving waarin die index is bepaald, en

95 In dat verband zou de verwijzende rechter met name moeten nagaan of de banken, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, daadwerkelijk in staat waren om de IRPH Cajas te beïnvloeden. Ik verwijs in het bijzonder naar de door de verwijzende rechter verstrekte toelichting op de werking van de IRPH Cajas. Zie de punten 45-47 van de onderhavige conclusie.

96 Zie in die zin arrest van 26 maart 2019, Abanca Corporación Bancaria en Bankia (C-70/17 en C-179/17, EU:C:2019:250, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie over het feit dat de beschermingsregeling van richtlijn 93/13 berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt, met name de arresten van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 27), en 26 maart 2019, Abanca Corporación Bancaria en Bankia (C-70/17 en C-179/17, EU:C:2019:250, punt 49). Zie ook mijn conclusie in de gevoegde zaken Abanca Corporación Bancaria en Bankia (C-70/17 en C-179/17, EU:C:2018:724, punten 65-82).

97 Opgemerkt moet worden dat de verwijzende rechter niet preciseert in het licht van welke Unierechtelijke bepalingen de oneerlijkheid van de kredietverstrekker moet worden onderzocht. Hoe dan ook zij eraan herinnerd dat de zestiende overweging van richtlijn 93/13 vermeldt dat „de verkoper aan de eis van goede trouw kan voldoen door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen”.

– ten tweede, betrekking hebben op de ontwikkeling in het verleden van de gekozen referentie-index.

Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om bij de toetsing van de transparantie van het litigieuze beding, rekening houdend met alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, na te gaan, ten eerste, of die methode voor de berekening van de rentevoet op transparante wijze is uiteengezet in de overeenkomst, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeiden, kon inschatten en, ten tweede, of die overeenkomst voldoet aan alle in de nationale regelgeving neergelegde informatieverplichtingen."