CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 21 maart 2019[1]

Zaak C-34/18

Ottília Lovasné Tóth
tegen
ERSTE Bank Hungary Zrt.

[verzoek van de Fővárosi Ítélőtábla (rechter in tweede aanleg Boedapest, Hongarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de consument – Oneerlijke bedingen – Richtlijn 93/13/EEG – Draagwijdte – Beding dat de wet weerspiegelt – Bijlage – Juridisch gewicht – Artikel 3, lid 1 – Beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding – Indruk die een beding bij de gemiddelde consument wekt – Begrijpelijkheid van bedingen – Bestaan van tegenstrijdige nationale rechtspraak”

1. De onderhavige zaak betreft een geding tussen ERSTE Bank Hungary Zrt. (hierna: „de bank”) en Ottília Lovasné Tóth inzake het eerlijke karakter van een bepaald beding in een leningsovereenkomst ten behoeve van een woning. Het betwiste beding is opgenomen in een hypothecaire akte en bepaalt ten eerste dat elke partij zich ertoe verbindt een op basis van de rekeningen van de schuldenaar bij de bank en van de registers en de boekhouding van deze laatste opgestelde notariële akte als onweerlegbaar te aanvaarden, en ten tweede dat partijen overeenkomen die akte te aanvaarden als grondslag voor een rechtstreekse executieprocedure in geval van niet-nakoming.

2. De Kúria (hoogste rechterlijke instantie, Hongarije) heeft reeds verschillende arresten gewezen met betrekking tot eenzelfde soort beding als dat in het hoofdgeding. Hierin heeft de Kúria geoordeeld dat een dergelijk beding enkel verwees naar een bestaande nationale procedure tot notariële executie en daarom, vanuit juridisch oogpunt, noch raakte aan het recht van partijen om juridische stappen te ondernemen, noch van invloed was op de bewijslast.

3. In deze context vraagt de verwijzende rechter zich in het bijzonder af of dit beding niettemin als oneerlijk moet worden aangemerkt in de zin van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB 1993, L 95, blz. 29) (hierna: „richtlijn 93/13”), en zulks voornamelijk vanwege de verkeerde indruk die een dergelijk beding bij de gemiddelde consument kan wekken.

4. Alvorens op deze vraag in te gaan, laat ik eerst de relevante bepalingen van richtlijn 93/13 de revue passeren.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 93/13

5. De zestiende, zeventiende en twintigste overweging van richtlijn 93/13 luiden als volgt:

„Overwegende dat de beoordeling, aan de hand van de vastgestelde algemene criteria, van het oneerlijke karakter van bedingen, met name met betrekking tot beroepsactiviteiten met een openbaar karakter betreffende collectieve diensten waarbij een solidariteit tussen de gebruikers wordt vooropgesteld, moet worden aangevuld met een middel voor de afweging van de onderscheidene belangen die in het geding zijn; dat dit de goede trouw is; dat er bij de beoordeling van de goede trouw in het bijzonder moet worden gelet op de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming met het beding te betuigen en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd; 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;

Overwegende dat in het kader van deze richtlijn de lijst van bedingen in de bijlage slechts indicatief kan zijn en dat zij, gelet op dit minimumkarakter, door de lidstaten in het kader van hun nationale wetgeving aangevuld of beperkender geformuleerd kan worden, met name wat de draagwijdte van die bedingen betreft;

[...]

Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen 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 of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen.”

7. Artikel 3 van richtlijn 93/13 luidt:

„1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

[...]

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

8. Artikel 4, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 luidt als volgt:

„1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

2. 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. Artikel 5 van richtlijn 93/13 bepaalt het volgende:

„In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie [...]."

10. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 luidt:

„De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan."

11. Artikel 7, leden 1 en 2, van richtlijn 93/13 bepaalt het navolgende:

„1. De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.

2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen."

12. Artikel 8 van richtlijn 93/13 luidt:

„Ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument kunnen de lidstaten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het Verdrag."

13. Punt 1 van de bijlage bij richtlijn 93/13 verwijst naar:

„Bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

[...]

m) de verkoper het recht te geven te bepalen of de geleverde goederen of de dienst aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoorden of hem het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;

[...]

q) het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust."

2. Richtlijn 2005/29

14. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB 2005, L 149, blz. 229), bepaalt, onder het opschrift „Misleidende handelingen", het volgende:

„1. Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen:

[...]

g) de rechten van de consument, [...]"

15. Artikel 7, lid 2, van richtlijn 2005/29 draagt het opschrift „Misleidende omissies" en luidt:

„Als misleidende omissie wordt voorts beschouwd een handelspraktijk die essentiële informatie als bedoeld in lid 1, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen."

II. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

16. Op 27 oktober 2008 sloten de bank en Tóth, die in het kader van de overeenkomst voor doeleinden buiten haar bedrijfs- of beroepswerkzaamheden handelde, een leningsovereenkomst voor de aankoop van een woning. Het staat bijgevolg buiten kijf dat Tóth moet worden beschouwd als consument in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 93/13.

17. Tóth is op diezelfde dag voor de notaris verschenen en heeft verklaard kennis te hebben genomen van alle punten van de leningsovereenkomst. Die verklaring is door de notaris neergelegd in een notariële akte met het opschrift „eenzijdige verklaring van schulderkenning".

18. Punt I.4 van de leningsovereenkomst, dat ook is opgenomen in de authentieke notariële akte, is als volgt geformuleerd:

„De partijen verbinden zich ertoe een bewijskrachtig, op basis van de rekeningen van de schuldenaar bij de bank en van de registers en de boekhouding van deze laatste opgesteld document, waarvan de inhoud is vastgelegd in een authentieke akte, te aanvaarden als een betrouwbaar en onweerlegbaar bewijs ter beslechting van mogelijke afrekeningsgeschillen of ter voldoening van een vordering van de bank, ter bepaling van het op een bepaald tijdstip uitstaande bedrag van de lening of van enige andere schuld overeenkomstig de onderhavige akte, ter bepaling van de effectieve datum van uitbetaling en van de datum waarop een schuld opeisbaar wordt, alsook ter vaststelling van andere feiten of gegevens die nodig zijn om tot rechtstreekse gerechtelijke executie te kunnen overgaan.

In geval van wanbetaling van de hoofdsom of de bijbehorende interesten en kosten, of in het geval dat de betaling niet strookt met hetgeen is overeengekomen, zal naast het onderhavige document derhalve ook het bewijskrachtige, op basis van de rekeningen van de schuldenaar bij de bank en van de registers en de boekhouding van deze laatste opgestelde document, waarvan de inhoud is vastgelegd in een authentieke akte, als bewijs dienen voor het op een bepaald tijdstip uitstaande bedrag van de lening en de interesten en kosten, die grond opleveren voor executie, alsook voor de eerder genoemde feiten. Door ondertekening van deze overeenkomst verbinden de partijen zich ertoe het bovengenoemde bewijskrachtige document te aanvaarden.

In het geval waarin een executieprocedure wordt ingeleid door de bank, verzoeken de partijen of de schuldenaar de notaris die de onderhavige akte heeft verleden of een andere bevoegde notaris, om op basis van de rekeningen van de schuldenaar bij de bank en van de registers en de boekhouding van deze laatste en na onderzoek van de registers, het uitstaande bedrag van de lening en de interesten en kosten of van enige andere schuld die voortvloeit uit de eerder genoemde lening en de eerder genoemde feiten en gegevens vast te leggen in een notariële akte, en stemmen zij in met de opheffing van het bankgeheim met betrekking tot deze informatie.”

19. Bovendien is de bank volgens de leningsovereenkomst en de eenzijdige verklaring van schulderkenning in geval van ernstig verzuim bij de nakoming van de overeenkomst door de schuldenaar gemachtigd om de overeenkomst onmiddellijk te ontbinden en het resterende leningskrediet in zijn geheel opeisbaar te verklaren, met inbegrip van alle interesten en kosten.

20. Op 5 januari 2016 heeft Tóth een verzoekschrift ingediend, teneinde te doen vaststellen dat zowel punt I.4 van de leningsovereenkomst als het overeenkomstige beding in de notariële akte oneerlijk is. Ter ondersteuning van haar verzoek voerde zij aan dat dit beding de bewijslast in haar nadeel omkeert.

21. In haar verweerschrift betoogt de bank dat het beding niet oneerlijk is omdat het de bank niet eenzijdig machtigt om te bepalen of Tóth haar verplichtingen is nagekomen of om haar schuld te becijferen, en evenmin Tóths mogelijkheden om haar rechten te doen gelden inperkt of de bewijslast omkeert, aangezien het niet als een schulderkenning mag worden beschouwd.

22. De rechter in eerste aanleg heeft de vordering bij vonnis verworpen. Hij was van oordeel dat het beding geen bindende bepaling voor de partijen vormde met betrekking tot de nakoming door de debiteur, geen schulderkenning behelsde en de bank evenmin machtigde om eenzijdig resterende schuld van Tóth vast te stellen of te bepalen of zij haar verplichtingen krachtens de overeenkomst was nagekomen. Voorts betekende het feit dat Tóth had aanvaard dat een notariële executie mogelijk was niet dat zij het bedrag van de schuld niet kon betwisten, aangezien zij nog altijd kon verzoeken om bijvoorbeeld opschorting (of beperking) van executie.

23. Tóth heeft vervolgens bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld. Tot staving van haar hoger beroep heeft zij aangevoerd dat het beding het evenwicht tussen de consument en de bank kon verstoren, aangezien het het voor de bank gemakkelijker maakte om haar rechten te doen gelden en het tegelijkertijd voor haar moeilijker maakte om het bedrag van de schuld dat in de boekhouding en de registers van de bank is opgenomen te betwisten.

24. In dit verband wijst de verwijzende rechter er, in de eerste plaats, op dat het hem niet duidelijk is wat de draagwijdte van de bijlage bij richtlijn 93/13 is. Punt 1 van de Hongaarse versie van deze bijlage verwijst namelijk naar bedingen die „tot doel of tot gevolg hebben", terwijl in andere taalversies (zoals de Duitse, de Poolse, de Tsjechische of de Slowaakse) wordt gesproken van bedingen die „ertoe strekken of tot gevolg hebben". Vanwege dit verschil in bewoordingen wil de verwijzende rechter nagaan of het, om een beding onder punt 1, onder q), van de bijlage bij de richtlijn te laten vallen, voldoende is dat dit beding de omkering van de bewijslast beoogt.

25. Indien een beding voldoet aan de vereisten van punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13, rijst voorts de vraag of nog steeds moet worden onderzocht in welke mate het beding het evenwicht heeft verstoord ten nadele van de consument. Hoewel de verwijzende rechter laat blijken zich er volledig van bewust te zijn dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de bijlage waarnaar artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13 verwijst, slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, merkt hij namelijk op dat het Hof in zijn arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), ook heeft verklaard dat „[h]oewel de betrokken bijlage niet van dien aard is dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van een betwist beding kan vastleggen, [...] zij evenwel een wezenlijk aspect [vormt] waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren".

26. In de tweede plaats merkt de verwijzende rechter op dat de Kúria heeft verklaard dat een soortgelijk beding als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn niet als een schulderkenning mag worden beschouwd en geen invloed heeft op de rechtspositie van de consument wat betreft de manieren waarop hij zijn vordering kan afdwingen, aangezien hij of zij het wettelijk recht heeft om een procedure in te leiden teneinde de executie te staken of waarin wordt verzocht om te verklaren dat de ontbinding geen rechtskracht heeft. De Kúria heeft ook verklaard dat een soortgelijk beding de consument niet per se op enigerlei wijze benadeelt wat de bewijslast betreft. Aangezien de crediteur namelijk kan besluiten om de overeenkomst te ontbinden op basis van zijn eigen registers, is het inherent aan een dergelijke situatie dat de bewijslast op de consument rust. Evenzo hebben crediteuren krachtens de nationale wetgeving het recht te vragen om een notariële verklaring, ook al bevat de met de debiteur gesloten overeenkomst dienaangaande geen uitdrukkelijke bepaling. Bijgevolg is de Kúria van oordeel dat het niet het beding of de notariële akte zijn die gevolgen hebben voor de bewijslast, waardoor het verweer van de consument complexer wordt, maar veeleer de regels die zien op notariële akten die bewijskracht hebben en de executiebedingen.

27. De verwijzende rechter geeft desalniettemin aan nog steeds twijfels te koesteren met betrekking tot de vraag of punt I.4 toch moet worden geacht onder punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 te vallen.

28. Hij merkt om te beginnen op dat hoewel het beding grammaticaal begrijpelijk is, de gevolgen ervan niet duidelijk zijn voor een consument, aangezien het de indruk wekt dat, na sluiting van de overeenkomst, de opgestelde notariële akte zal dienen als betrouwbaar en onweerlegbaar bewijs voor iedere schuld die in de toekomst uit de overeenkomst kan voortvloeien. Volgens de verwijzende rechter is dit allemaal rechtstreeks van invloed op de beslissing van de consument om zijn rechten tegenover de kredietverstrekker uit te oefenen.

29. Voorts zou punt I.4 nadelige gevolgen kunnen hebben voor de consument, hoewel dit beding volgens de uitlegging van de Kúria niet aan de bron staat van het recht van de kredietverstrekker om een rechtstreekse executieprocedure in te leiden. Bij geschillen kan de bank, met een beroep op punt I.4, namelijk billijke en loyale onderhandelingen met de schuldenaar uit de weg gaan, aangezien deze laatste zijn rechten alleen kan doen gelden via een dure, lange gerechtelijke procedure, gedurende welke hij verplicht blijft de te hoge bedragen die voortvloeien uit de oneerlijke bedingen te betalen om de gevolgen van de ontbinding van de overeenkomst te vermijden.

30. In de derde plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of punt I.4 niet als oneerlijk moet worden aangemerkt op grond van artikel 5 van richtlijn 93/13. Volgens de rechtspraak van de Kúria leidt een dergelijk beding niet tot een omkering van de bewijslast. Meerdere Hongaarse rechters in tweede aanleg hebben in verschillende arresten in vergelijkbare zaken echter anders geoordeeld. Ingevolge deze Hongaarse rechtspraak verkeren de consumenten niet in de positie om te beseffen dat dit schijnbaar duidelijke beding in feite geen invloed heeft op de bewijslast.

31. In de vierde plaats merkt de verwijzende rechter op dat, op grond van de formulering van punt I.4, de in de notariële akte opgenomen verklaring gebaseerd is op enkel de gegevens die door de kredietverstrekker zijn geregistreerd met betrekking tot de prestatie van de debiteur tot dan toe. Derhalve kan dat beding worden beschouwd als een machtiging van de kredietverstrekker om eenzijdig te beslissen of de verplichtingen van de consument zijn nagekomen in overeenstemming met de bepalingen van de overeenkomst, waarmee dit beding dus onder punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn 93/13 kan vallen.

32. In die omstandigheden heeft de Fővárosi Ítélőtábla (rechter in tweede aanleg Boedapest, Hongarije) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn [93/13] aldus worden uitgelegd dat het, als regel van de Unie met de rang van een regel van openbare orde, op algemene wijze verbiedt – zodat verder onderzoek overbodig is – dat een crediteur aan een debiteur-consument een contractueel beding opdringt in de vorm van een algemeen beding of een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat tot doel of tot gevolg heeft dat de bewijslast wordt omgekeerd?

2) Kan, in het geval dat het doel of het gevolg van het contractuele beding moet worden beoordeeld op grond van punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13, worden vastgesteld dat de consumenten worden gehinderd in de uitoefening van hun rechten door een contractueel beding

   – uit hoofde waarvan de debiteur-consument gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij de overeenkomst in haar geheel moet nakomen, met inbegrip van alle bedingen, op de wijze en in de mate bepaald door de crediteur, ook als de debiteur ervan overtuigd is dat de door de crediteur geëiste prestatie niet of niet geheel opeisbaar is, of

   – dat tot gevolg heeft dat de toegang van de consument tot een procedure van geschillenbeslechting op basis van eerlijke onderhandelingen wordt beperkt of uitgesloten, aangezien het voor de crediteur volstaat om dit contractuele beding aan te voeren om het geschil als beslecht te beschouwen?

3) In het geval dat over het oneerlijke karakter van de in de bijlage bij richtlijn 93/13 vermelde contractuele bedingen moet worden beslist in het licht van de in artikel 3, lid 1, van die richtlijn vastgestelde criteria, voldoet een contractueel beding dat de beslissingen van de consument met betrekking tot de nakoming van de overeenkomst, de beslechting van geschillen met de crediteur langs gerechtelijke of buitengerechtelijke weg of de uitoefening van rechten beïnvloedt dan aan het vereiste van duidelijke en begrijpelijke bewoordingen dat in artikel 5 van de richtlijn is vervat, wanneer het weliswaar duidelijk is geformuleerd uit grammaticaal oogpunt, maar rechtsgevolgen

heeft die alleen middels uitlegging van nationale regels kunnen worden vastgesteld ten aanzien waarvan op het tijdstip waarop de overeenkomst werd gesloten geen uniforme gerechtelijke praktijk bestond, en die zich evenmin heeft ontwikkeld in de jaren nadien?

4) Moet punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn [93/13] aldus worden uitgelegd dat een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, ook oneerlijk kan zijn ingeval het de partij die de overeenkomst sluit met de consument de mogelijkheid biedt om eenzijdig te bepalen of de prestatie van de consument strookt met hetgeen is vastgelegd in de overeenkomst, en de consument erkent door het beding te zijn gebonden, zelfs voordat de partijen bij de overeenkomst enige prestatie hebben geleverd?"

III. Analyse

A. Bevoegdheid van het Hof en ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

33. Volgens de bank zijn de prejudiciële vragen hypothetisch van aard en is het Hof dus niet bevoegd ze te beantwoorden. In tegenstelling tot wat de verwijzende rechter in zijn eerste, tweede en vierde vraag veronderstelt, is de bank van mening dat het beding waar het in het hoofdgeding om gaat noch een omkering van de bewijslast tot gevolg heeft, noch de mogelijkheid voor de consument om juridische stappen te nemen uitsluit of beperkt, noch de bank eenzijdig in staat stelt om te beoordelen of de consument heeft voldaan aan zijn contractuele verplichtingen. Evenzo stelt de bank zich, in tegenstelling tot de in de derde vraag gepresenteerde aanname, op het standpunt dat feitelijk geen sprake was van divergerende nationale rechtspraak, aangezien de Kúria zich sindsdien in verschillende recente arresten heeft uitgesproken over de draagwijdte van een bepaling die vergelijkbaar is met die welke in het hoofdgeding aan de orde is.

34. Wat dit aangaat, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat, voor zover de bank de bevoegdheid van het Hof formeel betwist, haar betoog in die zin moet worden opgevat dat zij vraagtekens plaatst bij de ontvankelijkheid van de gestelde vragen. [2]

35. In de tweede plaats is de in artikel 267 VWEU neergelegde procedure een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, waarmee het Hof de nationale rechterlijke instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die deze voor de beslechting van de aan hen voorgelegde geschillen nodig hebben. [3] Het is uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. [4]

36. Dit betekent dat wanneer de gestelde vragen de uitlegging van het Unierecht betreffen, het Hof in beginsel gehouden is om uitspraak te doen. Het Hof kan uiteraard weigeren zich uit te spreken over een door een nationale rechter voorgelegde vraag, maar enkel wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk hypothetisch van aard is of wanneer het Hof niet beschikt

2 Het Hof is bevoegd om te antwoorden op een prejudiciële vraag van een nationale rechter, behalve wanneer het voorwerp van de vraag buiten de materiële werkingssfeer van de bevoegdheid in de zin van de eerste alinea van artikel 267 VWEU valt, namelijk de uitlegging van de Verdragen en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.

3 Arrest van 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punt 16).

4 Arrest van 1 juli 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, punten 19-20). Daarenboven is het Hof niet bevoegd krachtens artikel 267 VWEU tot beoordeling van de feiten en toepassing van het Unierecht op een specifieke zaak. Zie bijvoorbeeld arresten van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punt 104), en 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 22).

over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen.[5] Het feit dat een van de partijen in het hoofdgeding de relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslechting van het hoofdgeding betwist, kan als zodanig niet de slotsom rechtvaardigen dat deze vragen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

37. In de onderhavige zaak blijkt mijns inziens niet duidelijk uit de uiteenzetting van de zaak door de verwijzende rechter dat de situaties waarvan in zijn vragen sprake is klaarblijkelijk geen verband houden met wat in het hoofdgeding aan de orde is. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Hof niet tot de slotsom zou moeten komen dat deze vragen niet-ontvankelijk zijn.[6]

B. Ten gronde

1. Inleidende opmerkingen

38. Aangezien verschillende prejudiciële vragen betrekking hebben op de uitlegging van punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13, acht ik het noodzakelijk om, in de eerste plaats, in te gaan op de twijfels waarvan de verwijzende rechter blijk geeft in zijn verzoek betreffende de formulering van de eerste volzin van die bijlage.

39. In de onderhavige zaak blijkt duidelijk uit zowel de zeventiende overweging als artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13, dat de bijlage hierbij een niet-uitputtende opsomming beoogt van bedingen die vanwege hun doel of gevolgen als oneerlijk *kunnen* worden aangemerkt in de zin van artikel 3, lid 1.

40. Meer in het bijzonder omschrijft artikel 3, lid 1, het begrip oneerlijk beding als elk beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Bijgevolg moeten nationale rechters bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het aan hen voorgelegde beding rekening houden met het doel of gevolg van dergelijke bedingen.

41. Tot slot heeft het Hof reeds geoordeeld dat deze richtlijn de lidstaten verplicht om het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.[7]

42. In deze omstandigheden ben ik van mening dat punt 1 van de bijlage bij richtlijn 93/13 moet worden gelezen – in elke taalversie – als verwijzend naar contractuele bedingen die „tot doel of tot gevolg hebben” en niet naar contractuele bedingen die „ertoe strekken of tot gevolg hebben”.

43. In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, de bevoegdheid van het Hof betrekking heeft op de uitlegging van het begrip „oneerlijk beding”, als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 en de bijlage daarbij, alsmede op de criteria die de nationale rechter kan of moet toepassen wanneer hij een contractueel beding toetst aan deze richtlijn. Het is echter aan die rechter om, rekening houdend met die criteria, zich in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval uit te spreken over de vraag of een bepaald contractueel beding werkelijk oneerlijk is in de omstandigheden van de zaak.[8]

5 Arrest van 20 september 2018, OTP Bank en OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, punt 37).

6 De door de bank genoemde arresten van de Kúria dateren allemaal van vóór de feiten in de onderhavige zaak.

7 Arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 Beschikking van 14 november 2013, Banco Popular Español en Banco de Valencia (C-537/12 en C-116/13, EU:C:2013:759, punt 63).

2. Eerste vraag

44. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter, in wezen, te vernemen of punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat dit neerkomt op een algemeen verbod van een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat tot doel of tot gevolg heeft dat de bewijslast wordt omgekeerd, terwijl die bewijslast, overeenkomstig het toepasselijke recht, normaal gesproken berust bij de andere partij.

45. In dit verband zij in herinnering gebracht dat punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 betrekking heeft op bedingen die tot doel of tot gevolg hebben: „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, [...], door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust". Bijgevolg moet elk beding dat een oneerlijke omkering van de bewijslast ten nadele van de consument tot doel of gevolg heeft, worden getoetst aan punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13.

46. Uit de bewoordingen zelf van artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13 volgt evenwel duidelijk dat de bijlage bij die richtlijn een lijst van bedingen bevat die als oneerlijk *kunnen* – en niet moeten – worden aangemerkt.[9] Om die reden – en zoals het Hof reeds heeft geoordeeld – „[hoeft] een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk [...] te worden aangemerkt en [...] [kan] omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk [...] worden bevonden".[10] Om een beding als oneerlijk aan te merken, moet dit daarom worden onderworpen aan de toets van artikel 3, lid 1, zelfs als, zoals ik later zal uitleggen, sommige criteria van deze toets kunnen worden geacht te zijn vervuld wanneer de betrokken contractuele bepaling binnen de werkingssfeer van de bijlage valt.

47. Bijgevolg kan, in het Unierecht, punt 1, onder q), van de bijlage niet worden aangemerkt als een algemeen verbod op bedingen die onder een van de hierin opgenomen categorieën vallen. Het is slechts een voorbeeld van een beding dat oneerlijk *kan* worden verklaard.

48. Er zij echter op gewezen dat artikel 8 van richtlijn 93/13 lidstaten ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument het recht geeft om strengere bepalingen aan te nemen of te handhaven.

49. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft opgemerkt – wat ook door haar gemachtigde ter terechtzitting is bevestigd – hangen de aan de nationale rechter toegewezen taken daarom af van de vraag of de betrokken lidstaat besloten heeft om door middel van geëigende wettelijke maatregelen de in punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 opgenomen lijst van bedingen wettelijk bindend te maken, in plaats van deze enkel zuiver indicatief te laten zijn.

50. Heeft de lidstaat dergelijke maatregelen niet vastgesteld, zodat de nationale wetgeving de bedingen die onder de in punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 bedoelde categorie vallen niet als oneerlijk beschouwt, dan moeten de nationale rechterlijke instanties niettemin onderzoeken, in het licht van de definitie van het begrip „oneerlijk beding" in artikel 3, lid 1, en de nadere toelichting in artikel 4, lid 1, van deze richtlijn wat betreft de elementen die in aanmerking moeten worden genomen bij die beoordeling, of de aan hen ter toetsing voorgelegde bedingen als oneerlijk moeten worden aangemerkt.[11]

9 Het gebruik van het werkwoord „kunnen" lijkt in dit verband meer doorslaggevend dan de verwijzing in de zeventiende overweging of in artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13 naar de „indicatieve" aard van die bijlage. Dit bijvoeglijk naamwoord is immers ambigu, wat ook de Commissie heeft benadrukt in haar toelichting bij het opnieuw behandeld voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten [COM(93) 11 def. van 26 januari 1993]. Het kan namelijk zowel betekenen dat de in de bijlage bij de richtlijn opgenomen lijst onvolledig is, als dat zij geen bijzondere bewijskracht heeft.

10 Arrest van 7 mei 2002, Commissie/Zweden (C-478/99, EU:C:2002:281, punt 20).

11 Arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, punt 33).

51. Heeft de betrokken lidstaat daarentegen feitelijk beslist dat bedingen die onder de categorie als bedoeld in punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 vallen als oneerlijk worden beschouwd, dan zijn de nationale rechterlijke instanties dienovereenkomstig verplicht om elk beding dat een verschuiving van de bewijslast naar de consument tot doel of gevolg heeft, oneerlijk te verklaren, zonder dat hiertoe de in artikel 3, lid 1, neergelegde toetsing vereist is. Wel moet worden benadrukt dat wanneer een lidstaat dergelijke maatregelen heeft vastgesteld, een analyse op basis van artikel 3, lid 1, niet overbodig is vanwege punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13, maar veeleer vanwege de nationale wettelijke regeling.

52. Wat het hoofdgeding betreft, heeft Hongarije, zoals door alle partijen ter terechtzitting is bevestigd en ook door de verwijzende rechter is uiteengezet, zijn burgerlijk wetboek herzien, teneinde gebruik te maken van de mogelijkheid van artikel 8 van richtlijn 93/13 om te voorzien in een hoger beschermingsniveau van de consument dan dat van de richtlijn zelf. Aangezien Hongarije hiertoe niet verplicht was, moet worden vastgesteld dat de verplichting voor de nationale rechterlijke instanties om contractuele bedingen die onder punt 1, onder q), van de bijlage vallen automatisch nietig te verklaren, *een zaak van nationaal recht* betreft en niet van Unierecht.

53. Daarom ben ik van mening dat, daar het Unierecht betreft, de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord. Eenvoudig gezegd, moet het antwoord luiden dat punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 niet kan worden uitgelegd als een algemeen verbod van contractuele bedingen die binnen de werkingssfeer ervan vallen.

54. Niettegenstaande het feit dat de verwijzende rechter de rechtspraak van het Hof over dit onderwerp volmaakt heeft samengevat, heeft hij de behoefte geuit het Hof te bevragen over de werking van de bijlage bij richtlijn 93/13. In deze omstandigheden ben ik daarom van mening dat het Hof de gelegenheid te baat zou kunnen nemen om opheldering te verschaffen over bepaalde aspecten van het onderzoek ter bepaling van de voorwaarden waaronder een beding dat de bewijslast omkeert, in het licht van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 als oneerlijk moet worden aangemerkt.

55. Het Hof heeft in feite reeds geoordeeld dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 twee criteria bevat om het begrip „oneerlijk beding" te definiëren, namelijk enerzijds de „afwezigheid van goede trouw" en, anderzijds, „het bestaan van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument, tussen de rechten en verplichtingen van de partijen uit hoofde van de overeenkomst". Volgens de rechtspraak behelst de eerste voorwaarde dat moet worden nagegaan of de verkoper of leverancier door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld, terwijl de tweede voorwaarde inhoudt dat moet worden onderzocht in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. [12]

56. Ik denk evenwel niet dat deze twee criteria afzonderlijk moeten worden onderzocht.

57. In de eerste plaats moet, gelet op de formulering van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, erop worden gewezen dat de begrippen „goede trouw" en „aanzienlijk verstoord evenwicht" grammaticaal verbonden zijn met de voorzetseluitdrukking „in strijd met". Het gebruik van deze voorzetseluitdrukking impliceert niet dat de beschreven situatie een afzonderlijke voorwaarde vormt, maar dient veeleer ter benadrukking van het feit dat de aanzienlijke verstoring van het evenwicht

12 Zie arresten van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punten 68 en 69); 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punten 58-60), en 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 56).

tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen haaks staat op normaal gesproken verwachte goede trouw. Het is daarom duidelijk dat een bedingin een consumentenovereenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, enkel kan worden beschouwd als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, indien:

– dit het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort, en

– deze verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument is.

58. Aangezien in de rechtsstelsels die dit voorschrift hanteren goede trouw altijd wordt verondersteld, moet dus de uitdrukking „in strijd met de goede trouw" worden opgevat als enkel verwijzend naar de situatie waarvan sprake zou zijn geweest bij de afwezigheid van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht en niet als een *opzichzelfstaande* afzonderlijke voorwaarde. Anders gezegd, de formulering „in strijd met de goede trouw" is in wezen een beschrijving van de toestand die teweeg wordt gebracht wanneer daadwerkelijk sprake is van een zodanig aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen dat die ten nadele van de consument is.

59. In de tweede plaats wordt in de zestiende overweging van richtlijn 93/13, ten aanzien van de met deze richtlijn nagestreefde doelstellingen, uiteengezet dat de goede trouw een afweging behelst van de onderscheidene belangen in het licht van, in het bijzonder, de min of meer sterke respectieve onderhandelingsposities van de partijen. Hieruit blijkt opnieuw dat de wetgever van de Unie niet het oogmerk had om een duidelijke scheidingslijn te trekken tussen deze twee concepten, en nog minder om van de goede trouw een overkoepelende en onafhankelijke maatstaf te maken die losstaat van de andere specifieke voorschriften van richtlijn 93/13.

60. In de derde plaats is, vanuit systematisch oogpunt, zoals een aantal auteurs heeft opgemerkt, een bedingdat leidt tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen op zichzelf in strijd met het beginsel van goede trouw.[13]

61. In deze context kan ook worden aangenomen dat de verwijzing in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 naar een „aanzienlijk verstoord evenwicht" in samenhang met het begrip „goede trouw" haar verklaring vindt in de afwezigheid van een algemeen beginsel van goede trouw in de „common law"-stelsels, zoals die van het Engelse en het Ierse recht.[14] Door de goede trouw te laten afhangen van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht, strekt artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 er bovendien toe een objectieve definitie te geven aan wat anders zou neerkomen op uiteenlopende opvattingen van het beginsel van goede trouw, zelfs in die lidstaten die een „civil law"-traditie kennen. Van richtlijn 93/13 kan derhalve worden gezegd dat zij wat dit betreft de verschillende bestaande benaderingen van de lidstaten van contractuele verhoudingen onder één noemer brengt.

62. In het licht van het voorgaande ben ik daarom van mening dat, in weerwil van de verwijzing in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 naar de goede trouw, het oneerlijke karakter van een beding kan volgen uit de enkele omstandigheid dat een dergelijk beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de contractuele rechten van de partijen teweegbrengt, waardoor de consument wordt benadeeld. Dit is in wezen het enige criterium van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 en het is niet nodig om aan te tonen dat dit beding als gevolg van het ontbreken van goede trouw is opgenomen.

13 Zie bijvoorbeeld Tenreiro, M., „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms", *European Review of Private Law*, deel 3, nr. 2, 1995, blz. 273-279.

14 Zie voor het Engelse recht bijvoorbeeld Globe Motors Inc tegen TRW Lucas Variety Electric Steering Ltd [2016] EWCA Civ 396, en voor het Ierse recht Flynn &. Benray tegen Breccia & McAteer [2017] IECA 7, [2017] 1 ILRM 369, Morrissey tegen Irish Bank Resolution Corporation [2017] IECA 162.

63. De tweede verduidelijking die nuttig kan zijn, betreft de juridische aard van de bijlage. Hoewel het feit dat een bepaald beding is opgenomen in de bijlage niet *uit zichzelf* kan volstaan voor de vaststelling van het oneerlijke karakter van een betwist beding, heeft het Hof geoordeeld dat „[dit feit] evenwel een wezenlijk aspect [vormt] waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren”. [15]

64. De verwijzing op deze plaats naar een „wezenlijk aspect” verdient wellicht nuttigheidshalve verduidelijking, omdat ik niet denk dat deze woorden volstrekt letterlijk kunnen worden opgevat, of zelfs maar in die zin bedoeld zijn.

65. Om te beginnen zij erop gewezen dat, hoewel het Hof duidelijk heeft gemaakt dat de inhoud van de bijlage niet „uit zichzelf” volstaat en niet „automatisch” voor wat het Unierecht betreft het oneerlijke karakter van een betwist contractueel beding vaststelt, heeft het tegelijkertijd nooit uitdrukkelijk de mogelijkheid uitgesloten dat de bijlage op zijn minst gedeeltelijk of zelfs vermoedelijk indicatief is voor het oneerlijke karakter van een bepaald beding.

66. Voorts verwijst elke categorie van in de bijlage genoemde bedingen naar situaties waarin het bestaan van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen zo overduidelijk is, dat moeilijk valt in te zien hoe dit anders zou kunnen zijn.

67. Ik ben daarom van mening dat de verklaring van het Hof dat de bijlage bij richtlijn 93/13 „een wezenlijk aspect vormt waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren”, aldus moet worden begrepen dat wanneer een beding voldoet aan de criteria om onder een van de in de bijlage genoemde categorieën te vallen, de nationale rechter ervan kan uitgaan dat dit beding een onevenwichtige situatie teweegbrengt. [16] Aangezien artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 evenwel verwijst naar verstoringen van het evenwicht die, ten eerste, aanzienlijk zijn, ten tweede, de consument benadelen en, ten derde, betrekking hebben op de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen, dient de nationale rechter niettemin na te gaan of aan deze drie andere criteria is voldaan alvorens hij kan oordelen over het oneerlijke karakter van het betrokken beding. [17]

68. Samenvattend ben ik, wat de eerste vraag betreft, van mening dat punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 niet neerkomt op een algemeen verbod op elk contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, en waarvan het doel of gevolg is dat de bewijslast wordt omgekeerd, terwijl, volgens het geldend recht, die last normaal gesproken op de andere partij rust. Daarentegen is op grond van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 een contractueel beding als zijnde oneerlijk verboden, indien het tot gevolg heeft dat de toegang van de consument tot een procedure van geschillenbeslechting wordt beperkt of uitgesloten, wanneer, naar oordeel van de nationale rechter, het voor de kredietverstrekker volstaat om dit contractuele beding aan te voeren om het geschil als beslecht te beschouwen.

15 Arresten van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 26), en 30 mei 2013, Asbeek Brusse en de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, punt 55).

16 Dit is ook in overeenstemming met het woord „doel” in de eerste volzin van de bijlage dat impliceert dat in sommige gevallen bepaalde gevolgen aan het onevenwichtige karakter van een bepaald beding kunnen worden verbonden op de enkele grond van de inhoud ervan.

17 Deze slotsom wordt noch weersproken door de bewoordingen van artikel 3, lid 3, van richtlijn 93/13, noch door die van de zeventiende overweging. Om te beginnen preciseert artikel 3, lid 3, niet waarom de categorieën van de in de bijlage genoemde bedingen niet automatisch als oneerlijk beschouwd moeten worden. Voorts mag dan uit de zeventiende overweging van richtlijn 93/13 wel blijken dat de lijst van bedingen in de bijlage van indicatieve waarde is vanwege de minimale harmonisatie bij de richtlijn. Een dergelijke omstandigheid sluit niet uit dat de wetgever van de Unie evenwel heeft geoordeeld dat dit minimumkarakter de verplichting voor de lidstaten moet omvatten om ervan uit te gaan dat de in de bijlage bedoelde categorieën van bedingen worden geacht te leiden tot een verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen.

3. Tweede vraag

69. Met zijn tweede vraag vraagt de verwijzende rechter zich af of in het geval dat het op grond van punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13 noodzakelijk is het doel of het gevolg van het contractuele beding te beoordelen, moet worden vastgesteld dat de consumenten worden gehinderd in de uitoefening van hun rechten door een contractueel beding

– uit hoofde waarvan de debiteur-consument gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij de overeenkomst in haar geheel moet nakomen, met inbegrip van alle bedingen, op de wijze en in de mate bepaald door de crediteur, ook als de debiteur ervan overtuigd is dat de door de crediteur geëiste prestatie niet opeisbaar is, of

– dat tot gevolg heeft dat de toegang van de consument tot een procedure van geschillenbeslechting op basis van eerlijke onderhandelingen wordt beperkt of uitgesloten, aangezien het voor de crediteur volstaat om dit contractuele beding aan te voeren om het geschil als beslecht te beschouwen.

70. In het licht van het antwoord op de eerste vraag, ben ik van mening dat deze tweede vraag moet worden geacht betrekking te hebben op de uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 en beoogt na te gaan of een beding dat onder een van de twee door de verwijzende rechter genoemde situaties valt als oneerlijk moet worden beschouwd. Ik stel voor om mijn analyse gemakshalve te beginnen met een beoordeling van de tweede situatie.

a) Tweede situatie: beperking van de toegang van de consument tot de rechter

71. Ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 wordt een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld „als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”.

72. Zoals hierboven vermeld, moet de nationale rechter, om te bepalen of een beding op grond van dit artikel tot een „aanzienlijke verstoring van het evenwicht” leidt, de uit het betrokken beding voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen vergelijken met de rechten en verplichtingen die zonder dit beding zouden gelden. [18]

73. Met betrekking tot de rechten en plichten van de partijen die voortvloeien uit het nationale recht, wijs ik erop dat, zoals is neergelegd in artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13, de lidstaten moeten zorgen voor de procedureregels die de eerbiediging waarborgen van de individuele rechten die voortvloeien uit richtlijn 93/13 om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Dit impliceert het vereiste om ervoor te zorgen dat consumenten recht hebben op een doeltreffende voorziening in rechte, welk vereiste tevens in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten is neergelegd. [19]

74. Indien het beding waar het in deze zaak om gaat tot gevolg heeft dat kredietverstrekkers een eventueel geschil kunnen beëindigen door het geschil als beslecht te beschouwen, dan zouden debiteuren hierdoor in wezen ervan worden afgehouden om zelf een procedure te beginnen. Dit zou op zijn beurt debiteuren beroven van hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Een dergelijk beding zou kennelijk een diepgaande verstoring van het evenwicht in de normale contractuele betrekkingen tussen de partijen inhouden die duidelijk ten nadele van de consument is. Dat beding zou dan ook als oneerlijk moet worden aangemerkt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.

18 Arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 68).

19 Arrest van 13 september 2018, Profi Credit Polska (C-176/17, EU:C:2018:711, punt 59).

75. In het onderhavige geval blijkt evenwel uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de Kúria in een reeks van arresten heeft geoordeeld dat soortgelijke bedingen enkel verwijzen naar het bestaan van een nationale notariële executieprocedure en dat dergelijke bedingen geenszins beogen om de kredietnemer het recht te ontnemen de geëigende juridische procedure in te leiden.

76. In deze context moet, alvorens te onderzoeken of een beding van deze aard oneerlijk kan worden verklaard, eerst worden nagegaan of artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 van toepassing is, volgens welk artikel contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen, niet aan deze richtlijn zijn onderworpen.

77. Dienaangaande ben ik van mening dat, aangezien de bank niet verplicht is om gebruik te maken van de nationale notariële executieprocedure, een dergelijk beding niet als dwingend in de zin van het uitsluitingsvoorschrift van artikel 1, lid 2, van de richtlijn kan worden beschouwd.

78. Zoals gezegd, moet de vraag of een contractueel beding eerlijk is evenwel worden beantwoord aan de hand van een vergelijking van de rechten en verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met de rechten en verplichtingen die zonder dit beding zouden gelden. Bijgevolg wijzigt een beding dat enkel de aandacht van de klant vestigt op het bestaan van een wettelijke bepaling deze situatie niet te zijnen nadele. Ook bij gebreke van een dergelijk contractueel beding zou de andere partij in ieder geval gerechtigd zijn geweest om gebruik te maken van de betrokken wettelijke bepaling, uiteraard vooropgesteld dat deze ook werkelijk van toepassing was.

79. In de onderhavige zaak lijkt het litigieuze contractuele beding enkel te verwijzen naar het bestaan van een nationale notariële executieprocedure, zij het dat het uiteindelijk aan de nationale rechter staat om dit na te gaan. Is dit evenwel het geval, dan betekent dit, om alle redenen die ik zojuist heb gegeven, dat een dergelijk beding niet als oneerlijk kan worden aangemerkt.

b) Eerste situatie: bij de consument is de indruk gewekt dat hij de overeenkomst moet nakomen als door de kredietverstrekker bepaald

80. De eerste situatie die door de verwijzende rechter in de tweede vraag wordt vermeld, verwijst in wezen naar een contractueel beding dat, objectief gezien, bij de consument de indruk wekt dat hij de overeenkomst moet nakomen op de wijze en in de mate die is bepaald door de kredietverstrekker, ook al is, in wezen, de geëiste prestatie niet of niet geheel opeisbaar.

81. Zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing uiteenzet, gaat het in deze situatie om een contractueel beding dat, op zichzelf, volkomen duidelijk is maar niettemin bij de consument de indruk wekt dat, nadat de overeenkomst formeel in een notariële akte is neergelegd, deze akte de gegrondheid van een vordering die in de toekomst uit de overeenkomst kan voortvloeien, op onomstotelijke en onweerlegbare wijze kan staven. Met andere woorden: de echte vraag is of een contractueel beding als oneerlijk kan worden aangemerkt *enkel* vanwege de *indruk* die een anderszins grammaticaal begrijpelijk beding kan wekken bij de gemiddelde consument.

82. Het zou waarschijnlijk van naïviteit getuigen niet te veronderstellen dat de opstellers van overeenkomsten ernaar kunnen neigen om op verschillende manieren voordeel te halen uit de waarschijnlijke informatieasymmetrie tussen hen en de consumenten. Een overduidelijk en bekend foefje is om de precieze rechtsgevolgen van een bepaald beding voor de consument te versluieren. Een tweede kunstgreep die de verwijzende rechter lijkt te impliceren, bestaat hierin dat de opsteller van een overeenkomst probeert de consument ertoe te brengen zich op een bepaalde manier te gedragen, terwijl, vanuit juridisch oogpunt, dergelijk gedrag feitelijk niet vereist is. Anders gezegd, hoewel de informatie in het beding juridisch correct is, wordt deze niettemin gepresenteerd op een wijze die de

consument ertoe kan aanzetten anders te handelen.[20]

83. Het ligt voor de hand dat in het geval van de eerste kunstgreep (te weten het versluieren van informatie) die ik de revue heb laten passeren, het betrokken beding moet worden onderzocht aan de hand van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, aangezien het aan de nationale rechter staat om de werkelijke rechtsgevolgen van het beding te beoordelen en te bepalen of een dergelijk beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument vormt.

84. Wat de tweede kunstgreep betreft, moet eraan worden herinnerd dat de bijlage bij richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij zwijgt over de mogelijke bedoelingen van de opstellers van een dergelijk contractueel beding.[21] Daar de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding, overeenkomstig artikel 3, lid 1, van die richtlijn, echter stoelt op het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen, zijn enkel en alleen de door een beding geproduceerde rechtsgevolgen van belang. Heeft een dergelijk beding enkel tot gevolg dat bij consumenten de indruk wordt gewekt dat zij moeten handelen op een wijze die wettelijk niet vereist is, dan valt de mogelijke oneerlijkheid van dit beding in het geheel niet onder richtlijn 93/13.

85. Overigens moet worden benadrukt dat artikel 5 niet met zoveel woorden stelt dat onduidelijk of onbegrijpelijk taalgebruik een afzonderlijke grond is om een beding oneerlijk te verklaren. Deze bepaling stelt enkel vast dat, ingeval een beding niet „duidelijk en begrijpelijk" is opgesteld en er bijgevolg „twijfel bestaat over de betekenis van een beding", de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert.

86. Bovendien volgt uit de zestiende overweging en artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 dat er slechts één criterium is om te bepalen of een contractueel beding oneerlijk is, namelijk dat van artikel 3, lid 1, zelf. Zo vormt artikel 5 van richtlijn 93/13 geen alternatieve oneerlijkheidstoets, maar geeft het eerder een uitleggingsregel waarmee de rechtsgevolgen van dergelijke bedingen kunnen worden vastgesteld. Hieruit volgt dat wanneer een bepaald beding niet in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen is gesteld, de uitleggingsregel van artikel 5 kan dienen ter verzachting van een mogelijk hardvochtige en onbillijke uitlegging van dat beding. Alleen wanneer, zelfs bij een uitlegging aan de hand van artikel 5, het contractuele beding nog steeds een dergelijke verstoring van het contractuele evenwicht ten nadele van de consument teweegbrengt, kan het als oneerlijk worden beschouwd. In dat geval wordt het oneerlijke karakter evenwel enkel bepaald aan de hand van het criterium voor oneerlijkheid van artikel 3, lid 1, en niet met gebruikmaking van de uitleggingsregel van artikel 5.

87. Het is juist dat het arrest van 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, punt 68), wellicht twijfels heeft gezaaid met betrekking tot de vraag of een beding oneerlijk kan worden verklaard louter omdat het niet in duidelijke en begrijpelijke taal is gesteld. In dat arrest heeft het Hof namelijk verklaard dat het oneerlijke karakter van een dergelijk beding kan volgen uit een formulering die niet voldoet aan het in artikel 5 van richtlijn 93/13 gestelde vereiste dat het duidelijk en begrijpelijk moet zijn opgesteld. Hieruit heeft het Hof vervolgens afgeleid dat een van tevoren opgesteld rechtskeuzebeding waarbij het recht van de lidstaat van vestiging van de verkoper

20 Zo kan de herhaling van bepaalde uitdrukkingen en het gebruik van sommige ingewikkelde formuleringen, hoewel grammaticaal en juridisch correct, consumenten soms de indruk geven niet op te kunnen komen tegen de geldigheid van een beding, zelfs wanneer zij feitelijk het wettelijke recht daartoe hebben. Bovendien hebben een vereiste dat consumenten ten overstaan van een notaris moeten verklaren dat zij op de hoogte waren van elk beding van de lening, de opneming van deze verklaring in een authentieke akte en vervolgens de verschillende verwijzingen naar het bestaan van een notariële executieprocedure in de hypotheekpapieren, mogelijk in combinatie met een aantal andere elementen, tot gevolg dat consumenten ervan worden weerhouden om hun rechten uit te oefenen. Hiervan kan met name sprake zijn wanneer wordt geappelleerd aan algemeen bestaande opvattingen in die lidstaten (zoals Hongarije) waar deze notariële executieprocedure op grote schaal wordt gebruikt en waar een notariële akte wordt gezien als een onherroepelijke verbintenis.

21 Zie de inleidende opmerkingen.

wordt aangewezen oneerlijk was. Dit resultaat bereikte het Hof niet onder verwijzing naar de rechtsgevolgen van het beding zelf, maar veeleer op basis van het feit dat dit beding misleidend was voor consumenten, omdat zij niet op de hoogte waren gebracht van het bestaan van bepaalde dwingende wettelijke bepalingen.[22]

88. Er zij evenwel op gewezen dat, alvorens tot deze slotsom te komen, het Hof, in punt 67 van dat arrest, eraan heeft herinnerd dat een beding slechts oneerlijk kan worden verklaard voor zover het het evenwicht tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort, wat lijkt aan te tonen dat het Hof niet van zins was een tweede criterium voor de beoordeling van de oneerlijkheid in het leven te roepen.

89. In elk geval ben ik van mening dat in dit arrest wellicht wat veel nadruk is komen te liggen op het „vereiste van transparantie" dat door het Hof[23] in zijn eerdere rechtspraak is geformuleerd.[24] In deze omstandigheden ben ik, met alle respect, van mening dat het Hof zou moeten terugkeren naar zijn vroegere benadering, volgens welke artikel 5 van richtlijn 93/13 geen opzichzelfstaand criterium vestigt dat verschilt van dat van artikel 3, lid 1. Ik vind dat het Hof veeleer moet oordelen dat artikel 5 in plaats daarvan gewoon een uitleggingsregel verwoordt die inhoudt dat wanneer de relevante bedingen van de overeenkomst niet „duidelijk en begrijpelijk" zijn opgesteld, en vervolgens twijfel bestaat over de betekenis van het betrokken beding, „de voor de consument gunstigste interpretatie [prevaleert]". Enkel wanneer ook na toepassing van de uitleggingsregel van artikel 5 het beding nog steeds een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de partijen teweegbrengt, komt de in artikel 3, lid 1, opgenomen maatstaf voor de bepaling van de eerlijkheid in het spel.[25]

90. De verwijzende rechter zou evenwel eens een blik kunnen werpen op de Uniewetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken die bepalingen bevat die specifiek betrekking hebben op misleidende informatie, en wel met name artikel 6, lid 1, onder g), en artikel 7, lid 2, van richtlijn 2005/29. Aangezien deze richtlijn niet door de verwijzende rechter is genoemd en het belang ervan niet door de partijen aan de orde is gesteld, stel ik daarom voor om hierop niet verder in te gaan.

91. Uit het voorgaande volgt derhalve dat een beding niet als oneerlijk kan worden aangemerkt op grond van richtlijn 93/13 *enkel* vanwege de indruk die een dergelijk beding bij de consument kan wekken dat een bepaalde contractuele verplichting moet worden nagekomen, terwijl, naar de maatstaf van de feitelijke bewoordingen van het contractuele beding, die nakoming in werkelijkheid niet vereist is. Gelet op het criterium van artikel 3, lid 1, voor de bepaling van de oneerlijkheid moet worden aangetoond dat het beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen teweegbrengt die, in casu, ten nadele van de consument is.

22 Arrest van 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, punt 71).

23 Ik ben van mening dat dit transparantievereiste enkel betrekking heeft op artikel 4, lid 2, ingevolge waarvan de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. De gedachte achter artikel 4, lid 2, is namelijk dat, voor zover die bedingen betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, consumenten geacht worden te hebben ingestemd met de overeenkomst met in aanmerkingneming van deze elementen. In tegenstelling tot de andere voorwaarden van een toetredingsovereenkomst die door de consumenten niet worden gelezen, is het dus onwaarschijnlijk dat deze bedingen ontsnappen aan de waakzaamheid van consumenten. Ook al heeft het vereiste van begrijpelijkheid in artikel 4, lid 2, dezelfde draagwijdte als dat bedoeld in artikel 5 van die richtlijn, de gevolgen van de schending ervan zijn niet dezelfde, aangezien de doelstelling van deze twee bepalingen niet identiek is. In het eerste geval bestaat deze doelstelling erin te controleren of de zojuist in herinnering gebrachte aanname juist is (en dat de consument dus daadwerkelijk in staat was een inschatting te maken, op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria, van de economische gevolgen die voor hem voortvloeien uit het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst), terwijl wat betreft artikel 5, naar ik meen, de doelstelling erin is gelegen om na te gaan, met het oog op het in artikel 3, lid 2, neergelegde onderzoek, hoe een beding moet worden uitgelegd.

24 Zie arresten van 26 februari 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, punt 73), en 20 september 2018, Danko en Danková (C-448/17, EU:C:2018:745, punt 31).

25 Zie bijvoorbeeld arrest van 9 juli 2015, Bucura (C-348/14, EU:C:2015:447, punt 64).

4. Derde vraag

92. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 5 van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een beding moet worden geacht in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen te zijn gesteld, wanneer de rechtsgevolgen ervan alleen kunnen worden vastgesteld middels uitlegging van de nationale wetgeving ten aanzien waarvan op het tijdstip waarop de overeenkomst werd gesloten geen uniforme gerechtelijke praktijk bestond en die zich evenmin heeft ontwikkeld in de jaren nadien, ofschoon de gebruikte bewoording verder duidelijk en begrijpelijk is.

93. Zoals gezegd bepaalt artikel 5 van richtlijn 93/13 dat „[i]n het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, [...] deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk [moeten] zijn opgesteld". Dit impliceert dat de bewoordingen van een beding duidelijk de rechtsgevolgen ervan tot uitdrukking moeten brengen. Bijgevolg moet elke beoordeling of een beding al dan niet begrijpelijk is, gebaseerd zijn op, althans om te beginnen, de betrokken formulering.

94. In het onderhavige geval verwijst de verwijzende rechter evenwel naar de situatie waarin een beding duidelijk is geformuleerd, maar waarvan de rechtsgevolgen worden vertroebeld door het bestaan van tegenstrijdige rechtspraak betreffende de uitlegging van het betrokken beding.

95. Derhalve moet de gestelde vraag geacht worden betrekking te hebben op het bestaan van een eventuele verplichting om de consument te informeren over deze tegenstrijdige rechtspraak, bovenop de verplichting van artikel 5 om bedingen duidelijk en begrijpelijk te formuleren. In zijn arrest van 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, punt 69), heeft het Hof, met betrekking tot een rechtskeuzebeding krachtens hetwelk de overeenkomst werd beheerst door het recht van de lidstaat van vestiging van de verkoper, verklaard dat „[w]anneer de gevolgen van een beding worden geregeld door dwingende wettelijke bepalingen, [...] het essentieel [is] dat de verkoper de consument in kennis stelt van die bepalingen".

96. Er zij evenwel op gewezen dat richtlijn 93/13 geen verwijzing naar een dergelijke verplichting bevat. Een dergelijke verplichting wordt juist weersproken door de formulering van artikel 5, die impliceert dat de essentiële informatie over de overeenkomst moet worden opgenomen in de overeenkomst zelf.

97. Bovendien – en ongeacht welk standpunt het Hof inneemt ten aanzien van de vraag of in artikel 5 een zelfstandig criterium ter bepaling van het oneerlijke karakter is vastgelegd – betwijfel ik zelf of artikel 5 wel kan worden uitgelegd als een ruimere verplichting van de opsteller van de overeenkomst om consumenten te attenderen op de werkelijke of mogelijke invloed van rechterlijke beslissingen op de uitlegging van dwingende wettelijke bepalingen. Dienaangaande zij, in de eerste plaats, eraan herinnerd dat de vijfde en zesde overweging uitdrukkelijk verwijzen naar het feit dat „over het algemeen de consument de rechtsregels niet kent die in *andere* lidstaten *dan het land waarin hij woont*, gelden voor overeenkomsten voor de verkoop van goederen of het aanbieden van diensten" [26]. Dit doet op zichzelf het vermoeden rijzen dat de richtlijn op zijn minst stilzwijgend ervan uitgaat dat consumenten over het algemeen geen kennis hebben van *buitenlands* recht maar geacht worden voldoende op de hoogte te zijn van hun eigen rechtsstelsel voor zover het overeenkomsten met consumenten betreft.

98. In de tweede plaats zou een dergelijke strekking van artikel 5 van richtlijn 93/13 de leverancier van de betrokken goederen of diensten mogelijkerwijs opzadelen met een aanzienlijke en ook onzekere last. Kan van de opsteller van de overeenkomst worden verwacht dat hij de rechtsgevolgen van een beding samenvat of toelicht aan de hand van een verwijzing naar een reeks van mogelijk tegenstrijdige of

26 Cursivering van mij.

onsamenhangende rechterlijke beslissingen? Een dergelijke verplichting kan met name onredelijk zijn in „common law"-stelsels, waar veel (zij het niet alle) overeenkomstenrecht niet berust op een algemene regeling (zoals het geval is bij de overgrote meerderheid van de lidstaten) of zelfs wetgeving, maar veeleer op het begrip van een aantal rechterlijke beslissingen. Maar zelfs in het geval van de „civil law"-stelsels, waar rechterlijke beslissingen wellicht niet zo centraal staan bij het begrip van het overeenkomstenrecht als in de „common law"-stelsels, kan een dergelijke verplichting tamelijk moeilijk uitvoerbaar blijken.

99. In de derde plaats zou een dergelijke uitlegging van artikel 5 van richtlijn 93/13 in de praktijk onwerkbaar zijn. In de twintigste overweging van de richtlijn mag dan worden gezegd dat „de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen", maar betekent dit in alle ernst dat als gevolg van de beslissing in het arrest Verein für Konsumenteninformation, potentiële verkopers voorafgaande aan de sluiting van een consumentenovereenkomst de consumenten een samenvatting van rechterlijke beslissingen moeten geven? Zelfs wanneer deze verplichting enkel zou gelden voor grote consumententransacties [27] – zoals, in het onderhavige geval, de tenuitvoerlegging van een hypotheek voor de aankoop van een woning – laat zich raden welke mate van ongedurigheid (om niet te zeggen verbijstering) de gemiddelde consument tentoon zal spreiden bij wat zou neerkomen op een door een leek gegeven college in elementair overeenkomstenrecht. Zou een dergelijke verstrekkende verplichting door de richtlijn worden opgelegd, dan zou men in elk geval hebben verwacht dat dit in zeer duidelijke bewoordingen zou zijn gebeurd.

100. Om die reden bekruipt mij onwillekeurig de gedachte dat het tijd wordt voor het Hof om een deel van wat het in punt 69 van het arrest Verein für Konsumenteninformation heeft verwoord opnieuw te bezien en, ja, te herzien.

101. Het is, om te beginnen, noodzakelijk de aandacht te vestigen op de feiten van dit arrest. In die zaak ging het om de betwisting door een groep consumenten van de geldigheid van bepaalde bedingen in elektronische standaardovereenkomsten die Amazon, een grote multinationale onderneming op het gebied van onlinedetailhandel, had gesloten met Oostenrijkse consumenten. Amazon had geen zetel of andere vestiging in Oostenrijk. Een van die contractuele bedingen had eenvoudigweg bepaald dat op de overeenkomst Luxemburgs recht van toepassing was. Zo werd bijvoorbeeld in het geheel niet verwezen naar de relevante bepalingen van de Rome I-verordening [28] die bedoeld zijn om de consument met betrekking tot rechtskeuzebedingen te beschermen. Het beding maakte zelfs geen melding van het feit dat wettelijke rechten van de consumenten uit hoofde van het Oostenrijkse recht niet werden geraakt door de keuze voor het Luxemburgse recht.

102. De slotsom dat een dergelijk beding oneerlijk was, mag dus nauwelijks verbazing wekken. Als er namelijk een fundamentele constante in het beschermingsschema van de Brussel- en Rome-verordeningen valt aan te wijzen, dan is het die dat consumenten moeten worden beschermd tegen de toepassing van contractuele bedingen die tot doel hebben hen weg te leiden van de jurisdicties of rechtsstelsels waarmee zij vertrouwd zijn. Zo bezien is een contractueel beding dat voorziet in de toepassing van het Luxemburgse recht op Oostenrijkse consumenten zonder verwijzing naar de bescherming die de Rome I-verordening biedt ten aanzien van een dergelijke rechtskeuze welhaast een schoolvoorbeeld van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst.

27 Een onderscheid dat, in elk geval, niet door de richtlijn zelf wordt gemaakt.

28 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB 2008, L 177, blz. 6).

103. Daarom moeten de opmerkingen van het Hof in punt 69 van het arrest Verein für Konsumenteninformation mijns inziens worden bezien in het licht van deze bijzondere omstandigheden en tegen de algemene achtergrond van de rechtskeuzebepalingen – en de hierin vervatte bescherming van consumenten – die zijn neergelegd in de artikelen 4, 6 en 9 van de Rome I-verordening.

104. Moeten de opmerkingen van het Hof evenwel worden opgevat als een algemene verplichting voor de verkoper of leverancier om een consument te informeren over het bestaan van dwingende wettelijke bepalingen, dan vrees ik eerlijk gezegd dat een dergelijk oordeel niet kan worden aanvaard. Hoewel het Hof zich formeel niet schaart achter een stelsel van precedenten, zou het niettemin, gelet op het gewicht van het arrest Verein für Konsumenteninformation, naar mijn mening wenselijk zijn om deze opmerkingen op zijn minst te verduidelijken, zo niet te herzien.

105. Vanuit dit oogpunt zij eraan herinnerd dat het overeenkomstenrecht van alle lidstaten dwingende wettelijke bepalingen bevat, waarvan vele uitdrukkelijk zijn opgesteld om de consument te beschermen. Dit geldt zeker voor de „civil law”-stelsels die kenmerkend zijn voor de grote meerderheid van de lidstaten, aangezien hun nationale wetgeving bol staat van dergelijke bepalingen. Dit geldt evenwel ook voor „common law”-stelsels. Zoals gezegd wordt weliswaar in „common law”-stelsels het overeenkomstenrecht voor grote delen afgeleid uit rechterlijke beslissingen, maar er zijn vele belangrijke voorbeelden van verplichte bepalingen van deze aard die bij wet zijn opgelegd.

106. Het overeenkomstenrecht van de lidstaten bevat dienovereenkomstig een breed scala aan dwingende bepalingen, dat reikt van bijvoorbeeld impliciete voorwaarden wat betreft de geschiktheid voor het beoogde gebruik of doel van de geleverde goederen en diensten enerzijds, tot de bijzondere regels betreffende de overdracht van onroerende zaken anderzijds. Daarom is het niet realistisch in overweging te geven dat consumenten voorafgaand aan de sluiting van een overeenkomst door de verkoper of leverancier moeten worden geïnformeerd over elk van deze dwingende wettelijke bepalingen. Aangezien het arrest Verein für Konsumenteninformation berust op de gedachte dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben gehad om kennis te nemen van alle contractuele bedingen teneinde invloed op de inhoud ervan te kunnen hebben [29], moet ervan worden uitgegaan dat het Hof in elk geval niet heeft geëist dat alle toepasselijke dwingende wettelijke bepalingen onder de aandacht van de consument moeten worden gebracht, maar veeleer uitsluitend die welke rechtstreeks invloed op diens instemming hebben.

107. In deze omstandigheden geef ik in overweging om het door het Hof in het arrest Verein für Konsumenteninformation geformuleerde informatievereiste aldus op te vatten dat het zich – niettegenstaande de kennelijk ruime bewoordingen in punt 69 van het arrest – beperkt tot het bijzondere geval in die zaak, namelijk dat van een rechtskeuzebeding. Een dergelijke lezing van het arrest zou ook in lijn zijn met de vijfde en zesde overweging van richtlijn 93/13, waarin sprake is van de noodzaak van bescherming van de consumenten die in het algemeen geen kennis hebben van de rechtsregels van andere dan hun eigen jurisdicties.

108. Voorts vind ik dat het, alles bij elkaar genomen, niettemin dienstig zou zijn wanneer het Hof zijn formulering in punt 69 van het arrest Verein für Konsumenteninformation zou ophelderen of zelfs zou herzien. Dienaangaande geef ik het Hof in overweging vast te stellen dat, los van de bijzondere omstandigheid van een beding inzake de keuze voor buitenlands recht zoals dat waar het in die zaak om ging, er geen algemene verplichting bestaat voor verkopers of leveranciers van goederen of diensten om klanten voorafgaande aan de sluiting van een overeenkomst te attenderen op het bestaan van dwingende wettelijke bepalingen van deze aard.

29 Zie punten 63 en 68.

109. Met betrekking tot de voorgelegde vraag ben ik van mening dat het bestaan van een eventuele verplichting tot het verstrekken van informatie moet voortvloeien uit richtlijn 2005/29 en niet uit richtlijn 93/13 en dat een dergelijke verplichting uitsluitend betrekking moet hebben op essentiële informatie [30] en niet zo ver zou moeten strekken dat bestaande rechtspraak daaronder begrepen is. Hieruit volgt dan weer dat, in elk geval, het bestaan van andersluidende rechtspraak op zichzelf niet voldoende is om een contractueel beding dat op zijn beurt niet verwijst naar deze rechtspraak, onbegrijpelijk te verklaren in de zin van artikel 5 van richtlijn 93/13.

5. Vierde vraag

110. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, ingeval het de partij die de overeenkomst sluit met de consument de mogelijkheid biedt om eenzijdig te bepalen of de prestatie van de consument strookt met hetgeen is vastgelegd in de overeenkomst, zelfs voordat de partijen bij de overeenkomst enige prestatie hebben geleverd.

111. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn 93/13 bedingen betreft die tot doel of tot gevolg hebben de verkoper of leverancier het recht te geven om, onder andere, te bepalen of „de geleverde goederen of de dienst aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoorden of hem het exclusieve recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren". Uit het gebruik van de formulering „de geleverde goederen of de dienst" blijkt evenwel duidelijk dat punt 1, onder m), van de bijlage niet verwijst naar *alle* contractuele verplichtingen uit de overeenkomst, maar alleen naar die welke betrekking hebben op de vraag of de betrokken goederen of diensten zijn geleverd in overeenstemming met de overeenkomst. Wanneer punt 1, onder m), van toepassing had moeten zijn op alle uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zou de Uniewetgever namelijk zeer waarschijnlijk andere bewoordingen dan „de geleverde goederen of de dienst" hebben gekozen.

112. Daarom valt een beding dat „de partij die de overeenkomst sluit met de consument de mogelijkheid biedt om eenzijdig te bepalen of de prestatie van de consument strookt met hetgeen is vastgelegd in de overeenkomst" als zodanig dus niet onder punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn 93/13, al kan dit in bepaalde omstandigheden neerkomen op een oneerlijk contractueel beding op grond van artikel 3, lid 1, van die richtlijn vanwege het feit dat het bijna per definitie leidt tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen.

113. Daarom zij nogmaals gezegd dat punt 1, onder m), enkel van toepassing is op bedingen die de verkoper of leverancier het uitsluitende recht geven te bepalen of de geleverde *goederen of diensten* in overeenstemming zijn met de overeenkomst; het is niet van toepassing op de uitvoering van de overeenkomst in het algemeen.

30 Zie naar analogie arrest van 7 september 2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, punt 48).

Conclusie

114. Gezien het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van de Fővárosi Ítélőtábla te beantwoorden als volgt:

„1) Punt 1, onder q), van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat het niet neerkomt op een algemeen verbod op elk contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, en waarvan het doel of gevolg is dat de bewijslast wordt omgekeerd, terwijl, volgens het geldend recht, die last normaal gesproken op de andere partij rust.

2) Artikel 3, lid 1 van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat het een contractueel beding dat tot gevolg heeft dat de toegang van de consument tot een procedure van geschillenbeslechting wordt beperkt of uitgesloten, als oneerlijk uitsluit. Daarentegen is een contractueel beding uit hoofde waarvan de consument gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij de overeenkomst in haar geheel moet nakomen op de wijze en in de mate bepaald door de kredietverstrekker, ook als de consument dit betwist, geen oneerlijk beding in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13.

3) Artikel 5 van richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat het ontbreken van een consistent standpunt in de nationale rechtspraak met betrekking tot de uitlegging van een specifiek standaardbeding op zichzelf niet volstaat ter rechtvaardiging van de slotsom dat dit beding niet in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen is gesteld in de zin van die bepaling.

4) Punt 1, onder m), van de bijlage bij richtlijn 93/13 moet in die zin worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat de wederpartij van de consument toestaat eenzijdig te bepalen of de nakoming door de consument aan de bepalingen van de overeenkomst beantwoordt. In bepaalde omstandigheden kan een dergelijk beding evenwel worden geacht strijdig te zijn met het bepaalde in artikel 3, lid 1, van die richtlijn.”