CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 13 september 2018 [1]

Zaak C-70/17

Abanca Corporación Bancaria SA
tegen
Alberto García Salamanca Santos
[verzoek van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 93/13/EEG – Bescherming van de consument – Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Beding inzake vervroegde opeisbaarheid van een hypothecaire leningsovereenkomst – Artikel 6, lid 1 – Artikel 7, lid 1 – Vaststelling van het gedeeltelijk oneerlijke karakter – Bevoegdheden van de nationale rechter – Toepassing van een nationale bepaling van aanvullend recht"

en

Zaak C-179/17
Bankia SA
tegen
Alfonso Antonio Lau Mendoza,
Verónica Yuliana Rodriguez Ramirez

[verzoek van de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona (rechtbank van eerste aanleg nr. 1 Barcelona, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 93/13/EEG – Bescherming van de consument – Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – Beding inzake vervroegde opeisbaarheid van een hypothecaire leningsovereenkomst – Artikel 6, lid 1 – Bevoegdheden van de nationale rechter – Toepassing van een nationale bepaling van aanvullend recht"

Inhoud

I. Inleiding 3

II. Toepasselijke bepalingen 4

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

A. Unierecht 4

B. Spaans recht 5

III. Aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten en de prejudiciële vragen 7

A. Zaak C-70/17 7

B. Zaak C-179/17 9

IV. Procedure bij het Hof 11

V. Analyse 12

A. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen in zaak C-179/17 12

B. Grond van de zaken C-70/17 en C-179/17 14

1. Algemene overwegingen 14

2. Opmerkingen vooraf 16

3. Relevante rechtspraak 17

a) Kwalificatie door de nationale rechter van het contractuele beding als oneerlijk 17

b) Gevolgen verbonden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding 19

1) Algemene regel in de vaste rechtspraak van het Hof: verplichting van de nationale rechter om een oneerlijk beding buiten toepassing te laten zonder de inhoud ervan te mogen herzien 20

2) Uitzondering op de regel: het arrest Kásler en Káslerné Rábai 21

4. Eerste vraag in zaak C-70/17: draagwijdte van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid in het licht van de uiteengezette rechtspraak ... 22

a) Rechtspraak van het Bundesgerichtshof over de regel van de splitsbaarheid van het beding 23

1) Uitlegging door het Bundesgerichtshof 23

2) Eensluidend standpunt van de Duitse meerderheidsrechtsleer 24

b) Litigieus beding 25

1) Splitsbaarheid van het beding of reddende wijziging van het beding 25

2) Blijft het doel van het litigieuze beding in het licht van de rechtspraak van het Hof behouden indien niet wordt verwezen naar het aantal maandelijkse termijnen dat onbetaald moet blijven opdat dat beding kan worden uitgevoerd? 27

5. Tweede vraag in zaak C-70/17 en eerste vraag in zaak C-179/17: mogelijkheid om de hypothecaire executieprocedure voort te zetten door de aanvullende toepassing van een nationale bepaling zoals artikel 693, lid 2, LEC 29

a) Kunnen de hypothecaire leningsovereenkomsten in kwestie juridisch voortbestaan na de schrapping van de litigieuze oneerlijke bedingen? 29

b) Aanvullende toepassing van artikel 693, lid 2, LEC 32

c) Rechtvaardigen de voordelen van de hypothecaire executieprocedure de voortzetting van de hypothecaire executie na de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid? 33

d) Mogelijkheid om de consument te informeren over de voordelen van de voortzetting van de hypothecaire executie: arrest Pannon GSM 35

6. Tweede en derde vraag in zaak C-179/17 36

C. Slotopmerking 36

VI. Conclusie 36

I. Inleiding

1. In zijn conclusie van 16 december 1999 in de gevoegde zaken Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [2] wees advocaat-generaal Saggio erop dat het Hof zich in die zaken voor het eerst diende uit te spreken over richtlijn 93/13/EEG van de Raad [3]. Een Spaanse rechterlijke instantie had destijds bij het Hof een zaak aanhangig gemaakt over de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen of contractuele bedingen oneerlijk zijn. Voor zover ik weet heeft het Hof zich sindsdien, op verzoek van Spaanse rechterlijke instanties, 26 maal uitgesproken over de uitlegging van die richtlijn. Een groot deel van die verzoeken dateert van na het arrest Aziz [4], dat is gewezen op 14 maart 2013, midden in de economische crisis.

2. De rechtspraak van het Hof over richtlijn 93/13 heeft een belangrijke, en zelfs doorslaggevende, rol gespeeld bij de versterking van de interne markt en van de consumentenbescherming als bedoeld in die richtlijn, die thans een onontbeerlijk onderdeel van de dagelijkse consumentenbescherming in de Europese Unie vormt. Dat werk is, en wordt nog steeds, door het Hof verricht in nauwe samenwerking met niet alleen de Spaanse rechters maar ook de rechterlijke instanties van vele andere lidstaten.

3. In de onderhavige zaken betreffen de verzoeken om een prejudiciële beslissing opnieuw de uitlegging van richtlijn 93/13. De Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) en de Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Barcelona (rechtbank van eerste aanleg nr. 1 Barcelona, Spanje) vragen zich met name af of de rechtspraak van de Tribunal Supremo over de uitlegging van de bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid verenigbaar is met het bij die richtlijn ingestelde systeem van consumentenbescherming.

2 C-240/98–C-244/98, EU:C:1999:620, punt 1.

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

4 C-415/11, EU:C:2013:164.

4. Met zijn vragen wenst de Tribunal Supremo in wezen van het Hof te vernemen of het Unierecht zich verzet tegen een nationale rechtspraak op grond waarvan de nationale rechter de nietigheid van een oneerlijk beding inzake vervroegde opeisbaarheid kan verhelpen door dat beding te wijzigen en door het gewijzigde deel van dat beding te vervangen door een nationaalrechtelijke bepaling, om de financiële instellingen in staat te kunnen stellen de bijzondere executieprocedure van een met een hypotheek belast onroerend goed (hierna: „hypothecaire executieprocedure") voort te zetten, aangezien die procedure voor de schuldenaar-consument gunstiger is dan de tenuitvoerlegging van een in de procedure ten gronde uitgesproken veroordeling.

5. Het Hof heeft zich reeds herhaaldelijk over die kwestie uitgesproken. Zijn rechtspraak dienaangaande is vaststaande rechtspraak, wordt sinds meerdere jaren in de lidstaten toegepast en is goed bekend bij de consument in de Europese Unie. Het Hof dient dus te beslissen of het zijn rechtspraak wil aanpassen dan wel bevestigen. [5]

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. Uit de vierde overweging van richtlijn 93/13 blijkt „dat het de taak van de lidstaten is erop toe te zien dat geen oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten worden opgenomen".

7. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 93/13 bepaalt:

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

8. Artikel 3, leden 1 en 2, van die richtlijn 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.

2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben."

9. Artikel 4 van die richtlijn luidt:

„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."

5 Voor een overzicht van de juridische problematiek die ten grondslag ligt aan de prejudiciële verzoeken in de zaken C-92/16, C-167/16, C-486/16, C-70/17 en C-179/17, verwijs ik naar mijn conclusies in zaak C-486/16 en in de zaken C-92/16 en C-167/16.

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

„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."

B. Spaans recht

12. Artikel 1011 van de Código Civil (burgerlijk wetboek) luidt:

„Wie zich bij de nakoming van zijn verplichtingen schuldig maakt aan bedrog, nalatigheid of wanbetaling of wie op enigerlei wijze die verplichtingen niet nakomt, moet de daaruit voortvloeiende schade vergoeden."

13. Artikel 1124 van het burgerlijk wetboek luidt:

„Wanneer een van de partijen bij een wederkerige overeenkomst haar verbintenis niet nakomt, is de wederpartij gerechtigd de overeenkomst te ontbinden.

De benadeelde partij kan kiezen tussen het instellen van een vordering tot nakoming of ontbinding van de overeenkomst, in beide gevallen met schadevergoeding en betaling van rente. Ook kan zij ontbinding vorderen wanneer zij gekozen heeft voor nakoming, maar die nakoming achteraf onmogelijk blijkt te zijn.

De rechter spreekt de gevorderde ontbinding uit wanneer er geen gegronde redenen zijn om uitstel te verlenen."

14. Artikel 552, lid 1, van Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (wet 1/2000 houdende het wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 7 januari 2000[6], in de op de zaken in de hoofdgedingen toepasselijke versie (hierna: „LEC"), betreffende de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen, luidt:

„De rechter onderzoekt ambtshalve of een beding in een van de in artikel 557, lid 1, genoemde executoriale titels, als oneerlijk kan worden aangemerkt. Indien hij van oordeel is dat een bepaald beding als oneerlijk kan worden aangemerkt, hoort hij de partijen binnen vijftien dagen. Na het horen van de partijen neemt hij binnen een termijn van vijf werkdagen een passende beslissing overeenkomstig het bepaalde in artikel 561, lid 1, punt 3."

6 BOE nr. 7 van 8 januari 2000, blz. 575.

15. Artikel 557 LEC bepaalt:

„1. Wanneer het verlof tot executie wordt verleend krachtens titels als genoemd in artikel 517, lid 2, punten 4, 5, 6 en 7, of krachtens andere executoriale werking hebbende stukken als genoemd in artikel 517, lid 2, punt 9, kan de geëxecuteerde zich uitsluitend hiertegen verzetten binnen de termijn en op de wijze zoals bepaald in het voorgaande artikel, voor zover hij zich op een van de volgende gronden baseert:

[...]

7° de titel bevat oneerlijke bedingen.

2. Indien het in het voorgaande lid bedoelde verzet wordt gedaan, schorst de griffier de executie bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang."

16. Artikel 561, lid 1, punt 3, LEC luidt:

„Indien wordt vastgesteld dat een of meer bedingen oneerlijk zijn, worden in de te geven beschikking de daaraan verbonden consequenties vermeld en wordt ofwel bevolen dat niet mag worden overgegaan tot executie, ofwel verlof verleend om over te gaan tot executie met buitentoepassinglating van de als oneerlijk aangemerkte bedingen."

17. Artikel 693, lid 2, LEC, betreffende de vervroegde opeisbaarheid van in termijnen af te lossen schulden, bepaalt:

„Betaling van het volledige als hoofdsom en rente verschuldigde bedrag kan worden gevorderd, wanneer is overeengekomen dat de volledige lening vervroegd opeisbaar wordt indien ten minste drie maandelijkse termijnen opeisbaar zijn geworden zonder dat de schuldenaar zijn verplichting tot betaling is nagekomen, dan wel een zodanig aantal termijnen dat mag worden aangenomen dat de schuldenaar zijn verplichtingen niet is nagekomen gedurende een periode die ten minste met drie maanden overeenkomt, en die overeenkomst is vervat in de akte van de lening en ingeschreven in het desbetreffende kadaster."

18. Artikel 695 LEC, betreffende het verzet tegen de hypothecaire executie, bepaalt:

„1. In de in dit hoofdstuk genoemde procedures kan de geëxecuteerde zich uitsluitend verzetten op de volgende gronden:

[...]

4° de oneerlijkheid van een contractueel beding dat de grondslag vormt voor de executie of op basis waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld.

2. Indien het in het voorgaande lid bedoelde verzet wordt gedaan, schort de griffier de executie op en nodigt hij de partijen uit om voor de rechter te verschijnen die de executie heeft bevolen, waarbij tussen de dagvaarding en de comparitie ten minste vijftien dagen moeten liggen. Tijdens deze comparitie hoort de rechter de partijen, laat hij stukken die worden overgelegd toe en geeft hij binnen twee dagen de door hem redelijk geachte beslissing in de vorm van een beschikking.

3. [...]

Indien de vierde grond [van lid 1 van dit artikel] slaagt, wordt de executie beëindigd voor zover het contractuele beding aan de executie ten grondslag ligt. Anders wordt de executie voortgezet met buitentoepassinglating van het oneerlijke beding.

[...]”

19. Richtlijn 93/13 is in Spaans recht omgezet bij Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (wet 7/1998 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998[7], en bij Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (koninklijk wetsbesluit 1/2007 tot goedkeuring van de geconsolideerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers en overige aanvullende wetten; hierna: „koninklijk wetsbesluit 1/2007”) van 16 november 2007[8].

20. Artikel 83 van koninklijk wetsbesluit 1/2007, zoals gewijzigd bij Ley 3/2014 (wet 3/2014) van 27 maart 2014[9], luidt:

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

III. Aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten en de prejudiciële vragen

21. De relevante feiten van de hoofdgedingen, zoals deze blijken uit de verwijzingsbeslissingen, kunnen worden samengevat als volgt.

A. Zaak C-70/17

22. Op 30 mei 2008 hebben Alberto García Salamanca Santos en Verónica Varela bij Abanca Corporación Bancaria SA (hierna: „Abanca”) een lening gekregen die was gedekt door een hypotheek op hun woning. Deze lening van 100 000 EUR was afgesloten voor een duur van 30 jaar en moest worden afbetaald in 360 maandelijkse termijnen.

23. Volgens beding 6 bis van de leningsovereenkomst inzake vervroegde opeisbaarheid kon de hypothecaire schuldeiser in geval van niet-betaling van een vervallen rentebedrag of aflossingstermijn, de lening opeisbaar stellen en in een gerechtelijke procedure terugbetaling vorderen van de volledige schuld, vermeerderd met vertragingsrente en gerechts- en andere kosten.

24. García Salamanca Santos heeft een procedure ingesteld tot nietigverklaring, wegens oneerlijkheid, van verschillende bedingen van de leningsovereenkomst, waaronder beding 6 bis. De rechter in eerste aanleg heeft dat verzoek gedeeltelijk ingewilligd en onder andere het litigieuze beding nietig verklaard. Deze beslissing is in hoger beroep bevestigd door de Audiencia Provincial de Pontevedra (rechter voor de provincie Pontevedra, Spanje).

25. De Tribunal Supremo, waarbij Abanca cassatieberoep heeft ingesteld, wijst erop dat de verwijzende rechter met de litigieuze vragen wenst te vernemen of het beding inzake vervroegde opeisbaarheid in met consumenten gesloten hypothecaire leningsovereenkomsten oneerlijk is en wat de omvang is van de ongeldigheid die voortvloeit uit de vaststelling van het oneerlijke karakter. Zo betwijfelt de

7 BOE nr. 89 van 14 april 1998, blz. 12304.

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

9 BOE nr. 76 van 28 maart 2014, blz. 26967.

verwijzende rechter of het mogelijk is dat beding gedeeltelijk oneerlijk te verklaren. Die twijfel komt met name voort uit de door hem in zijn eigen rechtspraak gegeven uitlegging van de bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid volgens welke een nationale regeling zoals artikel 693, lid 2, LEC aanvullend kan worden toegepast om de hypothecaire executie te kunnen voortzetten.

26. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 23 december 2015 [10], dat is bevestigd bij het arrest van 18 februari 2016 [11], heeft geoordeeld dat bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid slechts geldig zijn indien bij de bepaling van de ernst van de niet-nakoming rekening wordt gehouden met de looptijd en het bedrag van de lening, en de consument toepassing ervan kan beletten door zorgvuldig te handelen teneinde het euvel ongedaan te maken. De Tribunal Supremo heeft evenwel verduidelijkt dat de hypothecaire executie, gelet op de voordelen die de bijzondere procedure de consument biedt, kon worden voortgezet indien het recht tot het vervroegd opeisbaar verklaren van de lening op eerlijke wijze was uitgeoefend.

27. In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat naar Spaans recht, wanneer de kredietnemer in het kader van een hypothecaire lening zijn verplichting tot terugbetaling van het ontvangen bedrag niet nakomt, de schuldeiser ofwel een procedure ten gronde [12] ofwel een hypothecaire executieprocedure [13] kan instellen. Hij verduidelijkt dat de hypothecaire executieprocedure voor de schuldenaar-consument gunstiger is dan de procedure waarbij de hypothecaire executie wordt beëindigd. [14] Wanneer de hypothecaire executie wordt beëindigd, moet de consument gebruikmaken van de procedure ten gronde. Volgens die rechter heeft de inleiding van die procedure, tot vaststelling dat de hypothecaire lening wegens het in gebreke blijven van de schuldenaar is ontbonden overeenkomstig artikel 1124 van het burgerlijk wetboek (geen contractueel, maar een wettelijk recht), nadelige gevolgen voor de consument, met name „een aaneenschakeling van veroordelingen tot betaling van de proceskosten in de procedure ten gronde en in de hypothecaire executieprocedure, en een hogere vertragingsrente wegens de duur van de procedure ten gronde”.

28. Bij arrest van 8 februari 2017, ingekomen ter griffie van het Hof op 9 februari 2017, heeft de Tribunal Supremo, de partijen gehoord, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus worden uitgelegd dat het een nationale rechter die het oneerlijke karakter beoordeelt van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid in een met een consument gesloten hypothecaire leningsovereenkomst dat, naast andere gevallen van niet-betaling van meerdere termijnen, bepaalt dat de lening opeisbaar wordt wanneer één termijn onbetaald is gebleven, de mogelijkheid biedt om uitsluitend het oneerlijke karakter van de passage of het geval van niet-betaling van één termijn vast te stellen, en de eveneens algemeen in dat beding vervatte

10 Arrest nr. 705/2015 (ES:TS:2015:5618).

11 Arrest nr. 79/2016 (ES:TS:2016:626).

12 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de schuldeiser in de procedure ten gronde op grond van artikel 1124 van het burgerlijk wetboek kan verzoeken om ontbinding van de overeenkomst wegens het in gebreke blijven van de schuldenaar. Die ontbinding leidt tot het wederzijds terugdraaien van de verrichte prestaties of tot de gedwongen tenuitvoerlegging van de overeenkomst, met betaling van alle uitstaande bedragen vermeerderd met rente. Het in de procedure ten gronde gewezen definitieve vonnis kan aanleiding geven tot een executieprocedure waarin op alle goederen van de schuldenaar, met inbegrip van zijn als hoofdverblijf gebruikte woning, beslag kan worden gelegd en die goederen bij opbod kunnen worden verkocht.

13 De verwijzende rechter wijst erop dat de banken de voorkeur geven aan de hypothecaire executieprocedure, omdat zij sneller is en hen bevrijdt van de verplichting om gedurende lange tijd voorzieningen te nemen voor de openstaande schuldvordering.

14 De Tribunal Supremo zet uiteen dat deze voordelen voor de schuldenaar-consument in het kader van de hypothecaire executieprocedure op de als hoofdverblijf gebruikte woning in artikel 693, lid 3, artikel 579, lid 2, en artikel 682, lid 2, LEC zijn neergelegd. Uit die bepalingen zou volgen dat de hypothecaire executie de mogelijkheid biedt om beslag te leggen op het verhypothekeerde goed dat dient als zekerheid tot terugbetaling van de lening, en dat goed bij opbod te verkopen. Voor het geval dat dit verhypothekeerde goed de woning is die de schuldenaar-consument als hoofdverblijf gebruikt, voorziet de regeling inzake de hypothecaire executieprocedure in een aantal voordelen die ervoor moeten zorgen dat die woning niet wordt verkocht, of althans dat de verkoop ervan minder ingrijpend is voor de schuldenaar. Die voordelen voor de schuldenaar-consument wanneer de executie plaatsvindt in het kader van de hypothecaire executieprocedure, zijn niet ingebouwd in de procedure van gewone (niet-hypothecaire) executie van een in de procedure ten gronde gewezen vonnis.

regeling inzake vervroegde opeisbaarheid wegens niet-betaling van termijnen als geldig te beschouwen, los van het feit dat de geldigheid of de oneerlijkheid eerst concreet kan worden beoordeeld wanneer de schuldeiser zijn recht uitoefent?

2) Staat richtlijn 93/13 een nationale rechter toe – nadat hij heeft vastgesteld dat een beding inzake vervroegde opeisbaarheid van een hypothecaire lening of een hypothecair krediet oneerlijk is – zich op het standpunt te stellen dat het voor de consument gunstiger is om aanvullend een bepaling van nationaal recht toe te passen, ook al voorziet die in de inleiding of de voortzetting van de executieprocedure tegen de consument, dan de bijzondere hypothecaire executieprocedure te beëindigen en de schuldeiser toe te staan om ontbinding van de lenings- of kredietovereenkomst te verzoeken of betaling van de verschuldigde bedragen te vorderen en het vonnis vervolgens ten uitvoer te leggen, zonder dat in dit kader de voordelen gelden waarin de bijzondere hypothecaire executieprocedure voor de consument voorziet?"

B. Zaak C-179/17

29. Op 22 juni 2005 hebben Alfonso Antonio Lau Mendoza en Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, verweerders in de executieprocedure, met de bankinstelling Bankia SA, de executerende partij in het hoofdgeding, voor de aankoop van een pand dat hun hoofdverblijf is een hypothecaire leningsovereenkomst ten bedrage van 188 000 EUR met een looptijd (na vernieuwing van de overeenkomst) van 37 jaar gesloten.

30. Beding 6 bis van de hypothecaire leningsovereenkomst, „Voortijdige ontbinding door de kredietinstelling", luidt:

„Ondanks de overeengekomen duur van deze overeenkomst kan de kredietverlenende bank de lening opeisbaar stellen, door die lening als ontbonden te beschouwen en door de volledige schuld als voortijdig vervallen te beschouwen, met name in geval van niet-betaling op de vervaldag van één, meerdere of alle termijnen die zijn vastgelegd in het tweede beding [inzake de aflossing]."

31. Nadat de schuldenaren 36 maandelijkse termijnen niet hadden betaald, heeft Bankia de verwijzende rechter verzocht om verlof tot hypothecaire executie van het verhypothekeerde goed dat dient als zekerheid tot terugbetaling van de verstrekte lening.

32. De Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona vraagt zich af wat de gevolgen zijn van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid in het kader van een hypothecaire executieprocedure, met name in het licht van de recente rechtspraak van de Tribunal Supremo. Volgens die rechtspraak kan de hypothecaire executie namelijk worden voortgezet ondanks de vaststelling dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid dat ten grondslag ligt aan deze procedure, oneerlijk is. De verwijzende rechter wijst erop dat hij de rechtspraak van de Tribunal Supremo als aanvulling op de Spaanse rechtsorde in acht moet nemen, maar tegelijkertijd het Unierecht zoals uitgelegd door het Hof moet naleven.

33. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing vermeldt de verwijzende rechter een aantal rechtsvragen die volgens hem bijzonder belangrijk kunnen zijn voor de beantwoording van de in de onderhavige zaken gestelde vragen. Die rechtsvragen hebben betrekking op de onzekerheid omtrent de kans op slagen van de declaratoire vordering op grond van artikel 1124 van het burgerlijk

wetboek.[15] In dit verband benadrukt die rechter dat tot nu toe in de vaste rechtspraak van de Tribunal Supremo is geoordeeld dat artikel 1124 van het burgerlijk wetboek – dat uitsluitend van toepassing is op wederkerige overeenkomsten – niet kan worden toegepast op een hypothecaire leningsovereenkomst (een reële en eenzijdige overeenkomst). Bijgevolg is de verwijzende rechter van oordeel dat de declaratoire vordering in verband met een hypothecaire leningsovereenkomst op grond van artikel 1124 van het burgerlijk wetboek moet worden afgewezen door de nationale rechter.[16] De verwijzende rechter benadrukt echter dat, ook al zou de Tribunal Supremo die rechtspraak verduidelijken en de toepassing van dat artikel op hypothecaire leningen toestaan[17], niet kan worden uitgesloten dat de vordering tot ontbinding wordt afgewezen, indien de rechter oordeelt dat er redenen zijn om de schuldenaar een termijn te verlenen om de verplichting na te komen, zoals uitdrukkelijk is toegestaan door artikel 1124 van het burgerlijk wetboek.[18]

34. Voorts merkt de verwijzende rechter op dat de aanvullende toepassing van artikel 693, lid 2, LEC in strijd is met de rechtspraak van het Hof. Voor die rechter is het immers duidelijk dat de leningsovereenkomst in stand kan blijven zonder het beding inzake vervroegde opeisbaarheid en dat die bepaling niet aanvullend kan worden toegepast, aangezien „niet is voldaan aan de fundamentele voorwaarde voor de toepassing ervan, te weten dat er binnen de overeenkomst sprake is van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid tussen de partijen dat precies oneerlijk is verklaard”.[19] Die rechter is bijgevolg van oordeel dat, indien die vragen niet in het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing worden onderzocht, zijn twijfel omtrent de mogelijkheid om de hypothecaire executie in het hoofdgeding voort te zetten, zal blijven bestaan en nieuwe prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

35. Daarom heeft de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona bij vonnis van 30 maart 2017, ingekomen ter griffie van het Hof op 10 april 2017, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Staan de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 in de weg aan rechtspraak (namelijk het arrest van de Tribunal Supremo van 18 februari 2016) volgens welke, ondanks de oneerlijkheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid en ondanks dat dit beding de basis vormt voor de vordering tot executie, de hypothecaire executie niet mag worden beëindigd, omdat voortzetting daarvan gunstiger is voor de consument, aangezien in het geval van een eventuele tenuitvoerlegging van een vonnis in een op artikel 1124 van het burgerlijk wetboek gebaseerde declaratoire procedure, de consument niet de procedurele voordelen kan genieten die kenmerkend zijn voor de hypothecaire executie, welke rechtspraak evenwel geen rekening houdt met het feit dat volgens vaste rechtspraak van de Tribunal Supremo zelf, dit artikel 1124 van het burgerlijk wetboek (dat geldt voor overeenkomsten die wederzijdse verplichtingen in het leven roepen) niet van toepassing is op de leningsovereenkomst, daar dit een reële en eenzijdige overeenkomst is, die pas tot stand komt wanneer het geld geleverd is en, om die reden, enkel verplichtingen in het leven roept voor de geldlener, en niet voor de kredietgever (schuldeiser), zodat, indien in de declaratoire procedure

15 Die rechter verduidelijkt evenwel dat hij het Hof natuurlijk niet verzoekt om de juistheid of de correctheid van de rechtspraak van de Tribunal Supremo over [hypothecaire] leningsovereenkomsten te onderzoeken of om vast te stellen of de in artikel 1124 van het burgerlijk wetboek voorziene mogelijkheid tot ontbinding voor die overeenkomsten geldt: hij verstrekt slechts informatie over wat het standpunt van de Tribunal Supremo ter zake was en verzoekt het Hof om te beoordelen of de rechtspraak in kwestie (over de voortzetting van de hypothecaire executie ondanks de oneerlijkheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid) in strijd is met richtlijn 93/13 doordat de voor- en nadelen van de staking van de executie, de voortzetting van de executie of de afhandeling via een declaratoire procedure voor de consument daarin niet naar behoren worden beoordeeld.

16 Zie punt 26 van de onderhavige conclusie.

17 Hij verduidelijkt echter dat het gaat om een mogelijkheid waarvoor er op het ogenblik in de rechtspraak buiten de prejudiciële verwijzing van de Tribunal Supremo – die zich niet over deze kwestie uitspreekt – geen aanwijzingen zijn.

18 In dit verband herinnert die rechter eraan dat artikel 1101 van het burgerlijk wetboek – dat op de vordering tot schadevergoeding wegens vertraging of niet-nakoming ziet, maar niet in de ontbinding van de overeenkomst voorziet – van toepassing kan zijn. Die bepaling kan slechts als rechtsgrondslag dienen voor de verklaring of vaststelling van de niet-nakoming van de betalingsverplichting en de veroordeling tot betaling van de daadwerkelijk door die niet-nakoming veroorzaakte schade, bestaande in het bedrag van de daadwerkelijk vervallen niet-betaalde termijnen, maar dus niet dat van de toekomstige termijnen.

19 Zie voetnoot 21 van mijn conclusie in zaak C-486/16.

deze [vaste] rechtspraak van de Tribunal Supremo wordt gevolgd, de consument een uitspraak zou kunnen verkrijgen waarbij de vordering tot ontbinding van de overeenkomst en vergoeding van de schade wordt afgewezen, en niet langer kan worden gesteld dat voortzetting van de hypothecaire executie voor hem gunstiger is?

2) Indien wordt aanvaard dat artikel 1124 van het burgerlijk wetboek van toepassing is op leningsovereenkomsten of op alle gevallen van kredietovereenkomsten, staan de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 dan in de weg aan rechtspraak zoals [het arrest van de Tribunal Supremo van 18 februari 2016], waarbij, om te beoordelen of het voor de consument gunstiger is om de hypothecaire executie voort te zetten, dan wel ongunstiger om een declaratoire procedure op basis van artikel 1124 van het burgerlijk wetboek te volgen, er geen rekening mee wordt gehouden dat in het geval van een declaratoire procedure afwijzend kan worden beslist op de vordering tot ontbinding van de overeenkomst en tot schadevergoeding, indien de rechter de bepaling toepast in datzelfde artikel 1124 van het burgerlijk wetboek volgens welke ‚de rechter de gevorderde ontbinding [afwijst, indien er redenen zijn om uitstel te verlenen]', gelet op het feit dat het precies binnen de context van hypothecaire leningen en kredieten met lange looptijden (20 of 30 jaar) voor de verwerving van woningen tamelijk waarschijnlijk is dat de rechter deze grond voor afwijzing toepast, met name wanneer de daadwerkelijke niet-nakoming van de betalingsverplichting niet al te ernstig is?

3) Indien wordt aanvaard dat het voor de consument gunstiger is om de hypothecaire executie voort te zetten, met de gevolgen van de vervroegde opeisbaarheid, verzetten de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 zich dan tegen rechtspraak zoals [het arrest van de Tribunal Supremo van 18 februari 2016], die aanvullend toepassing geeft aan een wettelijke regel (artikel 693, lid 2, LEC) hoewel de overeenkomst zonder het beding inzake vervroegde opeisbaarheid in stand kan blijven, en die uitvoering geeft aan voornoemd artikel 693, lid 2, LEC, hoewel niet is voldaan aan de fundamentele voorwaarde ervan, te weten dat er binnen de overeenkomst sprake is van een geldig en werkzaam beding inzake vervroegde opeisbaarheid, dat precies oneerlijk, nietig en zonder rechtsgevolg is verklaard?"

IV. Procedure bij het Hof

36. Bij beschikking van de president van het Hof van 16 maart 2017 is het verzoek van de Tribunal Supremo om zaak C-70/17 te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof afgewezen. Bij beslissing van de president van het Hof van 24 oktober 2017 zijn de zaken C-92/16, C-167/16, C-486/16, C-70/17 en C-179/17 gecoördineerd behandeld.

37. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Abanca, de Spaanse en de Poolse regering alsook de Europese Commissie in zaak C-70/17, en door Bankia, de Spaanse en de Hongaarse regering alsook de Commissie in zaak C-179/17.

38. Bij beslissing van 20 februari 2018 heeft het Hof de zaken overeenkomstig artikel 29, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering naar de Grote kamer in dezelfde samenstelling verwezen en heeft het overeenkomstig artikel 77 van dit Reglement voor die zaken een gezamenlijke terechtzitting gehouden.

39. Abanca, Bankia, de Spaanse regering alsook de Commissie zijn gehoord in hun mondelinge opmerkingen tijdens de gemeenschappelijke terechtzitting van 15 mei 2018.

V. Analyse

A. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen in zaak C-179/17

40. Alvorens de analyse ten gronde te beginnen, betwist de Spaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing in zaak C-179/17. Die regering betoogt dat die verwijzing ertoe strekt het door de Tribunal Supremo in zaak C-70/17 uiteengezette rechtskader aan te vullen. In dit verband voert zij in de eerste plaats aan dat een prejudiciële vraag de uitlegging van de regels van Unierecht betreft. De door de verwijzende rechter gestelde vragen betreffen alleen de uitlegging van regels van nationaal recht. In de tweede plaats voert de Spaanse regering aan dat de verwijzende rechter de juridische beoordeling van de regels van nationaal recht door de Tribunal Supremo opnieuw ter discussie stelt, terwijl die rechter de hoogste rechterlijke instantie is die belast is met de uitlegging van het nationale recht, zodat zijn rechtspraak krachtens artikel 123, lid 1, van de Spaanse grondwet en artikel 1, lid 6, van het burgerlijk wetboek de Spaanse rechtsorde aanvult. In de derde plaats ten slotte is het de Spaanse regering niet duidelijk in welke mate de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 van toepassing zijn bij de beoordeling van de eventuele fout van de Tribunal Supremo bij de analyse en de uitlegging van het Spaanse nationale rechtskader.

41. In dit verband lijkt het mij gepast te herinneren aan de beginselen inzake de bevoegdheid van het Hof en de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen krachtens artikel 267 VWEU.

42. In de eerste plaats is het vaste rechtspraak dat de procedure van artikel 267 VWEU een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties is, waarmee het Hof de nationale rechterlijke instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die zij voor de beslissing van het hun voorgelegde geschil nodig hebben.[20] Die procedure heeft tot doel rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het Unierecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd[21].

43. Volgens de geijkte formule van het Hof is het in het kader van die justitiële samenwerking 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 elk geval, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, alsmede de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.[22] Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof bijgevolg in beginsel verplicht daarop te antwoorden[23].

20 Zie beschikking van 26 januari 1990, Falciola (C-286/88, EU:C:1990:33, punt 7), en arresten van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, EU:C:1992:332, punt 22); 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 83), en 20 december 2017, Global Starnet (C-322/16, EU:C:2017:985, punt 65).

21 Zie arrest van 1 december 1965, Schwarze (16/65, EU:C:1965:117), en beschikking van 5 maart 1986, Wünsche (69/85, EU:C:1986:104, punt 12).

22 Zie arresten van 29 november 1978, Redmond (83/78, EU:C:1978:214, punt 25); 21 april 1988, Pardini (338/85, EU:C:1988:194); 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, punt 41), en 7 maart 2018, Santoro (C-494/16, EU:C:2018:166, punt 20).

23 Zie arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punt 35); 15 december 1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punt 59); 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punt 35), en 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 42).

44. Het Hof heeft voorts erop gewezen dat er een *vermoeden van relevantie* rust op vragen betreffende het Unierecht. Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter slechts afwijzen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen. [24]

45. In de tweede plaats merk ik op dat het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties *de meest uitgebreide* bevoegdheid hebben om het Hof vragen te stellen over de uitlegging van de relevante bepalingen van het Unierecht [25] en dat een regel van nationaal recht een nationale rechter niet mag beletten om gebruik te maken van die mogelijkheid [26]. Bij de rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen, gaat het niet om een mogelijkheid maar om een verplichting, onder voorbehoud van de in de rechtspraak van het Hof erkende uitzonderingen. [27] *Zowel deze mogelijkheid als deze verplichting* is immers inherent aan het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof, en aan de bij dit voorschrift aan de nationale rechters toebedeelde taak om het Unierecht toe te passen. [28]

46. In de derde plaats breng ik in herinnering, zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, dat het enkele bestaan van een nationale rechtsregel die de rechterlijke instanties die niet in laatste aanleg uitspraak doen, bindt aan het rechtsoordeel van een hogere rechter, hun niet kan beletten om gebruik te maken van die mogelijkheid. [29] Bovendien heeft het Hof ook geoordeeld dat het de niet in laatste aanleg uitspraak doende rechter *vrijstaat* zich met zijn vragen tot het Hof te wenden, met name indien hij meent dat het rechtsoordeel van de hogere rechter hem tot een met het Unierecht strijdig vonnis zou kunnen brengen. [30] Een nationale rechter die van oordeel is dat in een bij hem aanhangige zaak een kwestie betreffende de uitlegging van het Unierecht aan de orde is, heeft dus – afhankelijk van het geval – ofwel de mogelijkheid ofwel de verplichting om het Hof een prejudiciële vraag te stellen, *en de nationale wetgeving of rechtspraak kan niet in de weg staan aan het gebruik van deze mogelijkheid of de nakoming van deze verplichting.* [31]

47. Terugkomend op de onderhavige zaak, ben ik van mening dat de drie vragen zoals zij zijn geformuleerd, duidelijk betrekking hebben op de uitlegging van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13. Derhalve wordt het vermoeden van relevantie dat op het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-179/17 rust, niet weerlegd door de bezwaren van de Spaanse regering. Bovendien kan de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona zich tot het Hof wenden en het Hof de door hem relevant geachte vragen stellen, aangezien hij twijfels heeft over het rechtsoordeel van de Tribunal Supremo dat hem tot een met het Unierecht strijdig vonnis zou kunnen brengen.

24 Zie beschikking van 26 januari 1990, Falciola (C-286/88, EU:C:1990:33, punt 8), en arresten van 5 december 2006, Cipolla e.a. (C-94/04 en C-202/04, EU:C:2006:758, punt 25); 28 februari 2012, Inter-Environnement Wallonie en Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103, punt 35), en 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 35).

25 Zie arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punt 3); 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punt 88); 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 41), en 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 32).

26 Zie arrest van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 32). Die zaak betrof met name een nationaalrechtelijke bepaling die een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie belette een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen wanneer zij het niet eens was met de lijnen die de voltallige zitting van die instantie in een beslissing had uitgezet.

27 Zie in die zin arresten van 6 oktober 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335, punt 21); 27 juni 1991, Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, punt 42), en 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 32).

28 Zie arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 33), en 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 48).

29 Zie arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punt 4); 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 42), en 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 48). In deze laatste zaak voerde de Hongaarse regering aan dat de verwijzende rechter bepaalde leringen uit een arrest van het grondwettelijk hof in vraag stelde, terwijl op grond van het Hongaarse grondwettelijke recht beslissingen van dat hof bindend waren ten aanzien van lagere rechters.

30 Zie arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punt 4); 9 maart 2010, ERG e.a. (C-378/08, EU:C:2010:126, punt 32); 15 november 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, punt 55), en 6 november 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 27).

31 Zie met name arrest van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 34).

48. In het licht van de beginselen inzake de bevoegdheid van het Hof en de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen krachtens artikel 267 VWEU die in de voorgaande punten in herinnering zijn gebracht en sinds de invoering van de prejudiciële rechtspraak herhaaldelijk door het Hof zijn aangehaald, zie ik bijgevolg geen belemmering voor het Hof om in de onderhavige zaak uitspraak te doen en de bepalingen van richtlijn 93/13 uit te leggen. Bijgevolg ben ik van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-179/17 ontvankelijk is.

B. Grond van de zaken C-70/17 en C-179/17

49. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechters in de onderhavige zaken zijn weliswaar in twee verschillende nationale procedures gesteld [32], maar de twee prejudiciële verzoeken, die zijn ingediend door de Tribunal Supremo (zaak C-70/17) en de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona (zaak C-179/17), hebben in wezen betrekking op de uitlegging van richtlijn 93/13 en de verenigbaarheid van de rechtspraak van de Tribunal Supremo over de bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid met het systeem van consumentenbescherming dat is ingesteld bij die richtlijn, met name bij de artikelen 6 en 7 ervan, en met de rechtspraak van het Hof. [33]

50. Aangezien in de twee zaken in wezen dezelfde vragen van Unierecht zijn gerezen, stel ik een gezamenlijke conclusie voor.

1. Algemene overwegingen

51. Bij wijze van inleiding lijkt het mij nuttig om enkele opmerkingen te formuleren die het mogelijk zullen maken om de context van richtlijn 93/13 nader te bepalen en te onderzoeken hoe het Unierecht, met name door middel van die richtlijn, de consumentenbescherming centraal heeft geplaatst in het Europese integratieproces.

52. Een terugblik leert ons dat de consumentenbescherming in de eerste jaren van de opbouw van de Europese Unie werd beschouwd als een „bijproduct" van de gemeenschappelijke markt [34]. Op de topconferentie van Parijs van 19 en 20 oktober 1972 hebben de staatshoofden en regeringsleiders namelijk voor het eerst hun goedkeuring gehecht aan het beginsel van een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument. Het heeft echter nog drie jaar geduurd voordat het beleid inzake consumentenbescherming officieel van start is gegaan [35] en nog twintig jaar voordat dit beleid „communautair" beleid werd, namelijk toen in 1992 bij het Verdrag van Maastricht artikel 129 EG (later artikel 153 EG en thans artikel 169 VWEU) is ingevoerd, waarbij het specifieke karakter van het beleid inzake consumentenbescherming in primair recht is vastgelegd door het te aanvaarden en de autonomie ervan te erkennen. [36]

32 In zaak C-70/17 betreft het hoofdgeding een procedure tot vaststelling van het oneerlijke karakter van verschillende bedingen van de leningsovereenkomst, waaronder het litigieuze beding, terwijl in zaak C-179/17 het hoofdgeding een hypothecaire executieprocedure betreft tijdens welke de executierechter heeft vastgesteld dat het litigieuze beding oneerlijk is. Zie punten 24, 31 en 32 van de onderhavige conclusie.

33 Verduidelijkt dient te worden dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bedingen nagenoeg identiek zijn. In beide gevallen gaat het om het beding inzake vervroegde opeisbaarheid, namelijk „beding 6 bis" van de litigieuze leningsovereenkomsten. Op grond van dit standaardbeding kan de bankinstelling, met name in geval van niet-betaling van een maandelijkse termijn, de lening opeisbaar stellen en in een gerechtelijke procedure vervroegde terugbetaling van de volledige schuld vorderen.

34 Zie over de oorsprong van de consumentenbescherming met name Stuyck, J., „European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market?", *Common Market Law Review*, deel 37, 2000, blz. 367-400.

35 Resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument (PB 1975, C 92, blz. 1). Deze resolutie luidde: „De consument wordt niet meer alleen als koper en gebruiker van goederen of diensten ter voorziening in eigen behoeften of in de behoeften van een gezin of een groep beschouwd, doch als individu dat te maken heeft met de verschillende aspecten van de samenleving, waarbij hij als consument rechtstreeks of zijdelings betrokken kan worden". Deze resolutie betrof een eerste programma, waarin de belangen van de consument in vijf fundamentele rechten werden samengevat: „a) recht op bescherming van zijn gezondheid en veiligheid; b) recht op bescherming van zijn economische belangen; c) recht op schadevergoeding; d) recht op voorlichting en vorming; e) recht op vertegenwoordiging (recht om te worden gehoord)".

36 Zie Bourgoignie, T., „Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?", *Les Cahiers de droit*, deel 46, nr. 1-2, 2005, blz. 153-174.

53. Zo is de rode draad in het beleid inzake consumentenbescherming van meet af aan [37] de verbetering van de kwaliteit van het bestaan in de Unie [38]. Bijna 46 jaar later is het doel nog steeds om de economische belangen van de consument te beschermen. [39] Zo werd de consumentenbescherming een van de *belangrijkste onderdelen van het Unierecht* dat, met een dubbele – zowel economische als sociale – dimensie, de consument in de Unie in zijn dagelijks leven raakt. Strikte regels waarborgen de bescherming van zijn belangen op tal van gebieden [40], waaronder het gebied van oneerlijke bedingen in overeenkomsten. Het onderdeel consumentenbescherming leert ons dat de consument in de Unie dankzij richtlijn 93/13 een vrij hoog beschermingsniveau geniet en een eerlijkere toegang tot krediet in het algemeen en tot hypothecair krediet in het bijzonder heeft, doordat hem rechten worden verleend die de nationale rechter dient te beschermen. [41]

54. Evenwel mag niet worden voorbijgegaan aan een essentieel aspect van die richtlijn: de harmonisatie van de consumentenbescherming wordt noodzakelijk geacht voor de *versterking van de interne markt* en derhalve voor de versterking van het economische en sociale leven. Zo heeft de Uniewetgever zich op het standpunt gesteld dat, aangezien de wettelijke regelingen van de lidstaten inzake bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper van goederen of een dienstverrichter, enerzijds, en een consument, anderzijds, talrijke verschillen vertoonden, zodat de nationale markten voor de verkoop van goederen en het aanbieden van diensten aan consumenten onderling uiteenliepen en verstoringen van de concurrentieverhoudingen tussen de verkopers en de dienstverrichters konden ontstaan, met name bij het op de markt brengen in andere lidstaten, het noodzakelijk was om ter zake regels op te stellen. [42]

55. De Uniewetgever heeft zich met name op het standpunt gesteld dat de wetgevingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aanzienlijke verschillen vertonen en dat het, „*teneinde de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken en de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden* bij het kopen van goederen en bij dienstverrichtingen op basis van overeenkomsten waarop de wetgeving van een andere lidstaat dan de zijne van toepassing is", *van essentieel belang was oneerlijke bedingen uit deze overeenkomsten te weren*. Hij heeft erop gewezen dat daarmee de verkopers van goederen en de dienstverrichters bij hun activiteit als verkoper van goederen en als dienstverrichter, zowel in het eigen land als elders in de interne markt, zouden worden geholpen en dat aldus de mededinging zou worden gestimuleerd, waardoor de burgers van de Unie als consument betere keuzemogelijkheden zouden worden geboden [43].

56. Dit is dus de algemene context van het Unierecht inzake consumentenbescherming, meer in het bijzonder van richtlijn 93/13.

37 In de resolutie van de Raad van 19 mei 1981 betreffende een tweede programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument (PB 1981, C 133, blz. 1) zijn de vijf in het eerste programma van 1975 genoemde fundamentele rechten van de consument herhaald, met name met de toevoeging dat de consument deze rechten moest kunnen uitoefenen. In dit verband herinner ik eraan dat in de negende overweging van richtlijn 93/13 staat te lezen dat in die twee gemeenschapsprogramma's is gewezen op „het belang van de bescherming van de consument op het gebied van oneerlijke bedingen in overeenkomsten; dat in deze bescherming moet worden voorzien door middel van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die hetzij op communautair niveau zijn geharmoniseerd, hetzij rechtstreeks op dat niveau zijn vastgesteld".

38 In dezelfde lijn heeft het Hof eraan herinnerd dat richtlijn 93/13, „die tot doel heeft de bescherming van de consument te bevorderen, [...] een maatregel [vormt] die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap". Zie arresten van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punt 37), en 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punt 26).

39 Zie in dit verband de tweede overweging van de resoluties van de Raad van 14 april 1975 en 19 mei 1981 alsook artikel 169 VWEU.

40 Zoals pakketreizen, timesharing, misleidende en vergelijkende reclame, oneerlijke handelspraktijken, verkoop op afstand en colportage alsook rechten van reizigers (toerisme en zaken).

41 Zoals advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de gevoegde zaken Unicaja Banco en Caixabank schreef, „zullen de meeste lidstaten [ten tijde van de inwerkingtreding van richtlijn 93/13] niet hebben voorzien welke gevolgen deze richtlijn zo'n twintig jaar later voor hun rechtsorde zou hebben". Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de gevoegde zaken Unicaja Banco en Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2014:2299, punt 1). Ik deel natuurlijk deze analyse en ik denk ook dat de meeste consumenten in de Unie zeker niet vermoedden dat richtlijn 93/13 tot gevolg zou hebben dat hun rechten jegens de bankinstellingen werden versterkt.

42 Zie de eerste en de tweede overweging van richtlijn 93/13.

43 Zie de vijfde, de zesde en de zevende overweging van richtlijn 93/13. Cursivering van mij.

57. Het antwoord dat ik hierna in overweging geef, moet ook in deze context worden gezien.

2. Opmerkingen vooraf

58. Meteen moet een eerste opmerking over de twee onderhavige zaken worden gemaakt: uit de punten 27, 33 en 34 van de onderhavige conclusie volgt dat de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona het nationale rechtskader in kwestie in zijn verwijzingsbeslissing (zaak C-179/17) anders heeft uitgelegd dan de Tribunal Supremo in zijn verwijzingsbeslissing (zaak C-70/17).

59. In dit verband merk ik nu al op dat het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat het aan de nationale rechter staat om in de bij hem aanhangige zaken uit te maken wat de juiste uitlegging van het nationale recht is.[44]

60. Dat beide rechterlijke instanties het nationale rechtskader in kwestie anders hebben uitgelegd, belet het Hof derhalve niet om een zinvolle uitlegging van het Unierecht te geven. Bovendien kunnen de wezenlijke kenmerken van het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechters, zoals die voortvloeien uit vaste rechtspraak van het Hof[45], niet opnieuw ter discussie worden gesteld door dat verschil in uitlegging van het nationale recht.

61. Voorts is die samenwerking gebaseerd op de gelijkheid van in laatste instantie uitspraak doende rechterlijke instanties en lagere rechterlijke instanties. Zo is het voor alle rechterlijke instanties mogelijk – of in voorkomend geval moet het voor hen mogelijk zijn – om, ongeacht hun uitlegging van het nationale recht, in geval van een verschil in uitlegging van het Unierecht, vragen te stellen aan het Hof[46].

62. Met mijn tweede opmerking, die alleen betrekking heeft op zaak C-70/17, wens ik te benadrukken dat de Tribunal Supremo, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing van die rechter, twee verschillende problemen aan de orde heeft gesteld. Het eerste probleem is een juridisch probleem en betreft de gevolgen die moeten worden verbonden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding op grond waarvan de bankinstellingen de hypothecaire leningsovereenkomst mogen opzeggen wegens niet-nakoming door de schuldenaar van zijn verplichtingen, die als voorwaarde geldt voor de inleiding of de voortzetting van de hypothecaire executieprocedure. In dit verband rijst de vraag of de Spaanse rechterlijke instanties dit soort beding mogen wijzigen om de bankinstellingen in staat te stellen de hypothecaire executie voort te zetten. Ik zal deze vraag hierna onderzoeken.

44 Zie in die zin arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Zie de punten 42 tot en met 46 van de onderhavige conclusie.

46 De oorsprong van de prejudiciële rechtspraak mag niet uit het oog worden verloren. Ik herinner aan wat rechter Pescatore in 1981 in dit verband schreef: „Op dit punt moet worden herinnerd aan een artikel dat aan de basis ligt van een ronduit opmerkelijke gerechtelijke ontwikkeling, namelijk het verzoek om een prejudiciële beslissing van artikel 177. Wie heeft dit buitengewone, gerechtelijke ‚speeltje' uitgevonden? Hebben de onderhandelaars de gevolgen van deze bepaling voor de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht kunnen voorzien? Allereerst zij eraan herinnerd dat het EGKS-Verdrag reeds voorziet in een verzoek om een prejudiciële beslissing, namelijk in artikel 41, dat echter geen effect heeft gesorteerd omdat het alleen betrekking heeft op de vragen betreffende de ‚geldigheid'. Dat was het startpunt van de discussie. Moet dat verzoek worden uitgebreid tot uitleggingsvragen? [...] Voor zover ik mij herinner is dat idee in beginsel zonder moeilijkheden aanvaard; ik ben geneigd te geloven dat *wellicht niet iedereen zich bewust was van het belang van deze vernieuwing*. De discussie was daarentegen heviger met betrekking tot de nadere voorschriften voor het verzoek, in het bijzonder met betrekking tot de vraag welke nationale rechterlijke instanties zich tot het Hof moesten of konden wenden. Aangezien de kans bestaat dat het Hof wordt overstelpt met een groot aantal verzoeken indien de adiëring verplicht zou zijn voor alle rechters, is om praktische redenen gekozen voor de in artikel 177 neergelegde oplossing: een verzoek dat facultatief is voor alle rechters, behalve voor de hoogste rechterlijke instanties, die verplicht zijn om gebruik te maken van het verzoek om een prejudiciële beslissing *om te vermijden dat in de lidstaten rechtspraak ontstaat die afbreuk doet aan de doeltreffendheid of de eenheid van het gemeenschapsrecht*". Pescatore, P., „Les travaux du ‚groupe juridique' dans la négociation des traités de Rome", *Revue d'histoire luxembourgeoise*, nr. 2, Hémecht, 1982, 34, blz. 145-161. Cursivering van mij.

63. Het tweede probleem is van economische aard en heeft betrekking op de sociaal-economische context van de hypothecaire lening voor de aankoop van woningen in Spanje. De Tribunal Supremo deelt mee dat het Spaanse bankwezen ernstig en systemisch verstoord zou kunnen geraken indien de banken geen gebruik zouden kunnen maken van de hypothecaire executie. In dit verband heeft de verwijzende rechter erop gewezen dat in bijna alle hypothecaire leningsovereenkomsten dezelfde soort (oneerlijke) bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid is gebruikt, en voorts dat, wegens de samenhang tussen het massaal verstrekken van hypothecaire leningen aan de huishoudens ter financiering van een woning en de aan de kredietgever geboden garanties voor de gedwongen invordering van een schuldvordering, de onmogelijkheid om leningen in het kader waarvan de schuldenaar zijn betalingsverplichting niet nakomt, in te vorderen via de bijzondere hypothecaire executieprocedure, kan leiden tot een daling van de krediettoezeggingen, zodat het bijzonder moeilijk wordt om nog een eigen woning te verwerven.

64. Om de twijfels van de verwijzende rechters in de onderhavige zaken weg te nemen, lijkt het mij in de eerste plaats noodzakelijk de relevante rechtspraak van het Hof in herinnering te brengen alvorens in de tweede plaats de draagwijdte te onderzoeken van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid, zoals uiteengezet in die rechtspraak. Voor een beter begrip van de uitlegging die de Tribunal Supremo heeft gegeven in het kader van zijn verzoek om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de mogelijkheid om de vaststelling van het oneerlijke karakter van het litigieuze beding te beperken tot een van de partijen, zal ik in dit verband allereerst de rechtspraak van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) over de regel van de „Teilbarkeit der Klausel" (splitsbaarheid van het beding) waarnaar de verwijzende rechter zelf verwijst, behandelen. Ik zal vervolgens de nodige conclusies trekken met het oog op de toepassing van de rechtspraak van het Hof op zaken als die in de hoofdgedingen. Ten slotte zal ik enkele afsluitende opmerkingen maken over de wenselijkheid om de bestaande rechtspraak van het Hof opnieuw ter discussie te stellen.

3. Relevante rechtspraak

65. Het lijkt mij belangrijk eraan te herinneren dat de procedure voor de controle op oneerlijke bedingen door de nationale rechter uit twee verschillende, opeenvolgende fasen bestaat die twee verschillende verrichtingen of taken betreffen. De eerste fase betreft *de kwalificatie* door de nationale rechter van het contractuele beding als oneerlijk, terwijl de tweede fase betrekking heeft op *de gevolgen die de nationale rechter moet verbinden aan de kwalificatie van het beding als oneerlijk*. Deze taak van de nationale rechter die erin bestaat alle gevolgen te verbinden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding, verschilt – zowel wat het tijdstip als de inhoud ervan betreft – van de daaraan voorafgaande kwalificatie. Dat deze twee verrichtingen elkaar in de tijd opvolgen, mag niet tot gevolg hebben dat zij met elkaar worden verwisseld. Zoals wij hieronder zullen zien, blijken de verschillen ertussen overigens duidelijk uit de rechtspraak van het Hof.

a) Kwalificatie door de nationale rechter van het contractuele beding als oneerlijk

66. In de eerste plaats moet eraan worden herinnerd dat het Hof in het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores[47] voor het eerst heeft geoordeeld dat „het door [richtlijn 93/13] uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte, dat de consument zich *tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt*, wat ertoe leidt, dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud

47 Arrest van 27 juni 2000 (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346).

daarvan invloed te kunnen uitoefenen. Die aan richtlijn 93/13 ten grondslag liggende gedachte impliceert dat de aangezochte rechter het *nuttig effect* moet verzekeren van de door de richtlijnbepalingen gewenste bescherming [48] en bijgevolg ambtshalve moet toetsen of een binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 vallend contractueel beding oneerlijk is [49].

67. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat in de zaak die tot het arrest VB Pénzügyi Lízing heeft geleid, die betrekking had op de verplichting van de nationale rechter tot ambtshalve toetsing van het oneerlijke karakter van een forumkeuzebeding in het kader van verzet door een consument tegen een bevel tot betaling, het Hof heeft geoordeeld dat het aan de nationale rechter staat *om zich uit te spreken over het oneerlijke karakter van een contractueel beding.* [50] Dit is bevestigd in het arrest Invitel, waarin het Hof met name heeft gepreciseerd dat het zich beperkt tot het verschaffen van aanwijzingen waarmee de verwijzende rechter geacht wordt rekening te houden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding in kwestie. [51]

68. In de derde plaats merk ik op dat in artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 voor de kwalificatie van een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk, wordt verwezen naar de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen *ten nadele van de consument.* [52] Met een verwijzing naar het begrip „aanzienlijke verstoring ten nadele van de consument van het evenwicht" tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen, omschrijft dat artikel derhalve slechts in abstracto de elementen op grond waarvan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk kan worden aangemerkt. [53] Daarom heeft het Hof, onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott [54], geoordeeld dat om te bepalen of een beding ten nadele van de consument een „aanzienlijke verstoring van het evenwicht" tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, met name rekening moet worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht *wanneer partijen geen regeling hebben getroffen*. Volgens het Hof kan de nationale rechter aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt [55].

48 Zie met name arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punten 32 en 33). Zie ook arrest van 30 mei 2013, Asbeek Brusse en de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, punten 54-60). Zie verslag van de Commissie over de toepassing van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM(2000) 248 definitief: „[t]eneinde de reikwijdte en het nuttige effect van de richtlijn te vrijwaren en om te voorkomen dat een oneerlijk beding de consument daadwerkelijk bindt, moeten de juridische systemen [...] een aantal beginselen respecteren".

49 Arrest van 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial en Salvat Editores (C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punt 25). Wat de ambtshalve toetsing van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen betreft, vormt het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores de eerste door het Hof gezette stap. Het Hof heeft geoordeeld dat de doelstelling van artikel 6 van richtlijn 93/13 alleen kan worden verwezenlijkt indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om ambtshalve te onderzoeken of een contractueel beding oneerlijk is. De tweede stap is gezet in het arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punt 25), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de nationale rechter ambtshalve „dient" te beoordelen of een binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 vallend contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en de verkoper [ten nadele van de consument] bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren. Die arresten zijn later door het Hof bevestigd, allereerst in het kader van betalingsbevelprocedures bij de arresten van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punten 22 en 32), en 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punten 39 en 43), vervolgens in het kader van een contradictoire procedure tussen een consument en een verkoper, met name bij het arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punten 19 en 24), en in het kader van procedures van hypothecaire executie, met name bij het arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punten 41, 44 en 46).

50 Zie arrest van 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, punt 44).

51 Arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 22). Zie ook arresten van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 66), en 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 57).

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

53 Arrest van 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209).

54 Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Aziz (C-415/11, EU:C:2012:700, punt 71).

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

69. Wat in het bijzonder het beding inzake vervroegde opeisbaarheid betreft, heeft het Hof in het arrest Banco Primus [56] dezelfde redenering als in het arrest Aziz [57] gevolgd en herinnerd aan *de elementen waarmee de nationale rechter rekening moet houden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding*. Uit die arresten blijkt dat de verwijzende rechter met name dient na te gaan i) of aan de mogelijkheid voor de kredietverstrekker om de gehele lening opeisbaar te verklaren de voorwaarde is verbonden dat de consument een hoofdverplichting in het kader van de desbetreffende contractuele relatie niet nakomt; ii) of deze mogelijkheid is bedoeld voor gevallen waarin die niet-nakoming voldoende ernstig is gelet op de looptijd en het bedrag van de lening; iii) of deze mogelijkheid, bij gebreke van specifieke contractuele bepalingen, afwijkt van de ter zake toepasselijke regels van gemeen recht, en ten slotte iv) of het nationale recht de aan een dergelijk beding gebonden consument geschikte en doeltreffende middelen aanreikt om de gevolgen van de opeisbaarheid van de lening ongedaan te maken. [58] Aan de hand van deze elementen kan de nationale rechter beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is.

70. In dit verband rijst de vraag van welk moment de nationale rechter bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding moet uitgaan om deze beoordelingselementen te toetsen en zich te kunnen uitspreken over het oneerlijke karakter van het beding. Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over deze fundamentele vraag. In het arrest Aziz heeft het Hof geoordeeld 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 de overeenkomst is gesloten* in aanmerking [moeten] worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft". [59] Het Hof heeft eraan herinnerd dat in dit verband ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert. [60] Bijgevolg moet de nationale rechter bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het contractuele beding niet uitgaan van het moment van uitvoering van de overeenkomst, maar van het moment van sluiting of ondertekening van de overeenkomst. [61]

71. Na te hebben vastgesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, zoals in casu het geval is, dient de nationale rechter blijkens de rechtspraak van het Hof aan die vaststelling alle gevolgen te verbinden.

b) Gevolgen verbonden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een contractueel beding

72. Wat de gevolgen betreft die moeten worden verbonden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding, zij eraan herinnerd dat de in de vaste rechtspraak van het Hof neergelegde algemene regel, die volgt uit de formulering van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, is dat de nationale rechter verplicht is een oneerlijk beding buiten toepassing te laten. Op deze regel bestaat tot dusver slechts één uitzondering, namelijk de in het arrest Kásler en Káslerné Rábai toegepaste uitzondering. [62] Zoals ik hierna zal uitleggen, heeft het Hof evenwel bepaalde voorwaarden gesteld voor de toepassing door de nationale rechter van de in dat arrest erkende uitzondering in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof. Dit gezegd zijnde, ga ik thans over tot het onderzoek van de algemene regel.

56 Arrest van 26 januari 2017 (C-421/14, EU:C:2017:60).

57 Arrest van 14 maart 2013 (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 73). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in die zaak (C-415/11, EU:C:2012:700, punten 77 en 78).

58 Arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 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). Cursivering van mij.

60 Zie arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 71).

61 Arrest van 20 september 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703, punt 58).

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

1) Algemene regel in de vaste rechtspraak van het Hof: verplichting van de nationale rechter om een oneerlijk beding buiten toepassing te laten zonder de inhoud ervan te mogen herzien

73. Alvorens in te gaan op het ontstaan in de rechtspraak van het Hof van de verplichting van de nationale rechter om een oneerlijk beding buiten toepassing te laten, moet iets worden gezegd over de oorsprong van die rechtspraak en derhalve van die verplichting, namelijk het arrest Banco Español de Crédito [63].

74. In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, die betrekking had op een betalingsbevelprocedure, werd het Hof voor het eerst de vraag gesteld of richtlijn 93/13 zich verzette tegen een nationale regeling [64] op grond waarvan de nationale rechter, wanneer hij de nietigheid van een oneerlijk beding in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument vaststelde, de overeenkomst in kwestie kon aanvullen door de inhoud van dat beding te herzien. In zijn antwoord heeft het Hof allereerst eraan herinnerd dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, waarbij aan de lidstaten een zekere beoordelingsmarge wordt toegekend voor de vaststelling van de voorschriften voor oneerlijke bedingen, *toch uitdrukkelijk verplicht te bepalen dat die bedingen „de consument niet binden"* [65].

75. Uitgaande van deze premisse heeft het Hof vervolgens herinnerd aan de vaste rechtspraak volgens welke de nationale rechter die vaststelt dat contractuele bedingen oneerlijk zijn, ingevolge de voornoemde bepaling *alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende gevolgen dient te trekken, zodat de consument door die bedingen niet is gebonden.* [66] Voorts heeft het Hof opgemerkt dat de Uniewetgever in artikel 6, lid 1, tweede zinsdeel, van richtlijn 93/13 en in de eenentwintigste overweging van deze richtlijn uitdrukkelijk had bepaald dat de overeenkomst tussen de handelaar en de consument voor de partijen „bindend bleef" *indien de overeenkomst „zonder de oneerlijke bedingen" kon voortbestaan.* [67] Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat „de nationale rechter *een oneerlijk beding buiten toepassing dient te laten* opdat het geen dwingende gevolgen heeft voor de consument, *maar dat hem niet de bevoegdheid wordt toegekend om de inhoud van een dergelijk beding te herzien*". [68] Voorts heeft het verduidelijkt, en later herhaaldelijk in herinnering gebracht, dat *de overeenkomst in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen – moet voortbestaan* voor zover volgens de regels van nationaal recht een dergelijk voortbestaan van de overeenkomst *rechtens* mogelijk is. [69]

63 Arrest van 14 juni 2012 (C-618/10, EU:C:2012:349).

64 De nationale regeling in kwestie was artikel 83 van de texto refundido van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers en overige aanvullende wetten. Zie punt 20 van de onderhavige conclusie.

65 Arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 62).

66 Arrest van 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, punt 58); beschikking van 16 november 2010, Pohotovosť (C-76/10, EU:C:2010:685, punt 62), en arrest van 15 maart 2012, Pereničová en Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, punt 30).

67 Arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 64). In de eenentwintigste overweging van richtlijn 93/13 staat te lezen dat „de lidstaten de nodige maatregelen dienen te treffen om te voorkomen dat in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument oneerlijke bedingen worden opgenomen; [...] als toch dergelijke bedingen zijn opgenomen, [*binden] deze de consument niet [...] en [blijft] de overeenkomst de partijen [...] binden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan*". Cursivering van mij.

68 Zie arresten van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 65), en 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 57).

69 Cursivering van mij. Arresten van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 65); 30 mei 2013, Asbeek Brusse en de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, punt 57); 21 januari 2015, Unicaja Banco en Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2015:21, punt 28), en 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 71). Hieraan moet worden toegevoegd dat die juridische mogelijkheid van het *voortbestaan van de overeenkomst* moet worden beoordeeld op basis van objectieve criteria, en niet aan de hand van de belangen van een van de partijen bij de overeenkomst. Zie Mikłaszewicz, P., „Komentarz do art. 385[1] k.c.", in Osajda, K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 19e druk, 2018, Legalis, commentaar bij artikel 385[1] van het Poolse burgerlijk wetboek, punt 45.

76. Indien de nationale rechter de inhoud van oneerlijke bedingen zou kunnen herzien, zou dat immers ertoe bijdragen dat de *afschrikkende werking* die voor handelaren uitgaat van een loutere niet-toepassing van dergelijke bedingen ten aanzien van de consument wordt uitgeschakeld, aangezien deze handelaren in de verleiding zouden blijven om die bedingen te gebruiken in de wetenschap dat, ook al mochten die bedingen ongeldig worden verklaard, de overeenkomst niettemin voor zover noodzakelijk door de nationale rechter zou kunnen worden aangevuld en het belang van deze handelaren dus gediend zou zijn. [70]

77. Uit het voorgaande blijkt dat, gelet op de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen *ten nadele van de consument*, wanneer de overeenkomst oneerlijke bedingen bevat, de nationale rechter deze bedingen op grond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 buiten toepassing dient te laten.

78. Het is zeker juist dat het Hof heeft geoordeeld dat die bepaling een *dwingende bepaling* is die, rekening houdend met de zwakke positie van een van de partijen bij de overeenkomst (de consument), beoogt het door deze overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen kan herstellen. [71] Het lijkt mij evenwel duidelijk dat dit oordeel van het Hof betrekking heeft op de *bestaansgrond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13*, zonder dat het Hof ernaar streeft een of ander kader voor de tenuitvoerlegging ervan in concrete gevallen vast te stellen. [72]

79. Er kan evenmin twijfel over bestaan dat het herstel van het evenwicht tussen de consument en de verkoper niet mag resulteren in de mogelijkheid om oneerlijke bedingen in overeenkomsten te wijzigen. Een dergelijke mogelijkheid zou immers in strijd zijn met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, waaraan iedere betekenis zou worden ontnomen, en bijgevolg met *het nuttig effect* van de door deze richtlijn gewenste bescherming. [73] Voorts zou *de afschrikkende werking* die voor verkopers uitgaat van de onmogelijkheid om dergelijke bedingen toe te passen ten aanzien van de consument, door een dergelijke mogelijkheid niet kunnen worden gehandhaafd.

2) Uitzondering op de regel: het arrest Kásler en Káslerné Rábai

80. De zaak die tot het arrest Kásler en Káslerné Rábai [74] heeft geleid, had betrekking op een in vreemde valuta (Zwitserse frank) opgestelde hypothecaire leningsovereenkomst tussen een bankinstelling en een consument, waarvan het bedrag op de datum van verstrekking van de lening in Hongaarse forint was vastgesteld op basis van de aankoopkoers van de vreemde valuta. De kredietnemer moest de lening echter in forint aflossen tegen de verkoopkoers van diezelfde vreemde valuta. Met zijn derde prejudiciële vraag wenste de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 in een situatie waarin een overeenkomst tussen een handelaar en een consument niet kan voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk beding, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de nationale rechter de nietigheid van het oneerlijke beding kan verhelpen door het te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht.

70 Arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 69). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in die zaak (C-618/10, EU:C:2012:74, punten 86-88).

71 Zie arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punt 36). Zie ook arresten van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punt 40); 30 mei 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340, punt 25), en 17 mei 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, punt 27, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 „Het belang van bescherming van de consument heeft *de [Uniewetgever] met name ertoe gebracht om* in artikel 6, lid 1, van de richtlijn *te bepalen*, dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument ‚de consument niet binden'". Zie arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punt 36).

73 Arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punten 32 en 33). Zie ook voetnoot 48 van de onderhavige conclusie.

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

81. In zijn antwoord heeft het Hof voor recht verklaard dat, wanneer een overeenkomst tussen een handelaar en een consument *niet kan voortbestaan na de schrapping van een oneerlijk beding*, die bepaling zich niet verzet tegen een bepaling van nationaal recht op grond waarvan de nationale rechter de nietigheid van dat beding kan verhelpen door het te vervangen door een nationale bepaling *van aanvullend recht*.

82. Uit dat arrest volgt duidelijk dat, zoals ik reeds heb opgemerkt in punt 72 van de onderhavige conclusie, *aan twee voorwaarden moet zijn voldaan* opdat de nationale rechter het oneerlijke beding kan schrappen door het te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht. In de eerste plaats moet die vervanging het mogelijk maken „dat de overeenkomst ondanks de schrapping van [het oneerlijke beding voortbestaat]" en dat de overeenkomst „voor de partijen bindend blijft"[75], opdat de nationale rechter de overeenkomst niet in haar geheel nietig moet verklaren. In de tweede plaats moet, indien de rechter verplicht is om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren, met die vervanging worden voorkomen dat de consument wordt geconfronteerd met „uiterst nadelige consequenties, zodat afbreuk dreigt te worden gedaan aan het afschrikkende karakter van de nietigverklaring van de overeenkomst".[76]

83. De prejudiciële vragen van de verwijzende rechters moeten worden beantwoord in het licht van de in de punten 65 tot en met 82 van de onderhavige conclusie in herinnering gebrachte rechtspraak.

4. Eerste vraag in zaak C-70/17: draagwijdte van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid in het licht van de uiteengezette rechtspraak

84. Met zijn eerste prejudiciële vraag in zaak C-70/17 wenst de Tribunal Supremo in wezen te vernemen of artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale rechter die heeft vastgesteld dat een contractueel beding op grond waarvan een hypothecaire leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan worden gesteld, met name wanneer één enkele maandelijkse termijn onbetaald is gebleven, oneerlijk is, dat beding gedeeltelijk kan handhaven, door eenvoudigweg de grond voor vervroegde opeisbaarheid waardoor het beding oneerlijk is, te schrappen.

85. In zijn verwijzingsbeslissing wijst de Tribunal Supremo erop dat het mogelijk is dat niet het volledige onderzochte contractuele beding maar slechts een deel van dat beding, in casu het deel betreffende „het aantal en de hoogte van de achterstallige betalingen die tot vervroegde opeisbaarheid leiden", oneerlijk is. In casu gaat het om „één onbetaald gebleven maandelijkse termijn". Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Bundesgerichtshof, betoogt de verwijzende rechter dat dit beding in een dergelijk geval kan worden gehandhaafd, door eenvoudigweg het deel waardoor het beding oneerlijk is, te schrappen, op voorwaarde dat dit gewijzigde beding grammaticaal begrijpelijk en juridisch zinvol is en dat die schrapping niet ertoe leidt dat een nieuwe regeling of een andere dan die welke aanvankelijk in dat beding was vervat, wordt ingevoerd.

86. In dit verband verwijst de Tribunal Supremo naar de rechtspraak van het Bundesgerichtshof over de regel van de splitsbaarheid van het beding, met name naar het arrest van 10 oktober 2013.[77] Volgens de verwijzende rechter is de splitsbaarheid van het beding niet noodzakelijk in strijd met het Unierecht. Het gaat immers niet om een herziening van het beding, maar om een gedeeltelijke

75 Arrest van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 81). Zie ook arrest van 21 januari 2015, Unicaja Banco en Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2015:21, punt 33), en beschikking van 11 juni 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-602/13, niet gepubliceerd, EU:C:2015:397, punt 38).

76 Arrest van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, punt 83). Zie ook beschikking van 11 juni 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-602/13, niet gepubliceerd, EU:C:2015:397, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 BGH III ZR 325/12 – NJW 2014, 141.

nietigverklaring, die nuttig is indien het beding nietig is omdat het oneerlijk is, waarbij de overeenkomst, na schrapping van het als oneerlijk aangemerkte deel, voortbestaat met het resterende deel van het beding. Indien uit de beoordeling van het resterende deel van het beding volgt dat dit redelijk en transparant is, moet dat deel derhalve worden geacht geldig te zijn en gevolgen te sorteren.

87. Voor een beter begrip van de betekenis en de gevolgen van die eerste prejudiciële vraag van de Tribunal Supremo, geef ik een uiteenzetting van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof over de regel van de splitsbaarheid van het beding en vervolgens van de beoordeling ervan door de Duitse rechtsleer.

a) Rechtspraak van het Bundesgerichtshof over de regel van de splitsbaarheid van het beding

88. Sinds de jaren tachtig heeft het Bundesgerichtshof een genuanceerde rechtspraak over de uitlegging van gedeeltelijk oneerlijke bedingen ontwikkeld. Die uitlegging heeft als rechtsgrondslag § 306 van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek). Die bepaling, die dateert van vóór richtlijn 93/13, wordt thans als omzetting van artikel 6 van die richtlijn beschouwd. Het door die rechter in zijn rechtspraak geformuleerde probleem is of een beding dat gedeeltelijk is „aangetast" door een oneerlijk element, in een oneerlijk en een niet-oneerlijk deel kan worden gesplitst, en zo ja, wat de gevolgen van een dergelijke splitsing zijn.

1) Uitlegging door het Bundesgerichtshof

89. In 1981 heeft het Bundesgerichtshof voor het eerst[78] toegestaan dat een contractueel beding wordt „gescheiden/gesplitst" in verschillende delen, waarvan één deel (of meerdere delen) oneerlijk is (zijn), om de rest van het beding te „redden". Het idee is steeds i) dat het „aangetaste" deel zonder andere wijzigingen kan worden geschrapt; ii) dat de resterende zin ook zonder de geschrapte delen nog een betekenis heeft, en iii) dat het oorspronkelijke doel van de resterende zin behouden blijft, dat wil zeggen dat de betekenis ervan ongewijzigd blijft.[79] Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, met name indien de verrichting niet kan worden uitgevoerd met een eenvoudige „pennenstreek", gaat het niet langer om een „splitsing", maar om een „reddende reductie/wijziging" (*geltungserhaltende Reduktion*). Derhalve acht het Bundesgerichtshof een dergelijke reddende reductie of wijziging *ontoelaatbaar*, althans wat de situaties betreft die binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 vallen.[80] De belangrijkste bezwaren tegen een dergelijke reddende wijziging zijn volgens die rechter dat de gebruiker van de bedingen eenvoudigweg oneerlijke bedingen zou kunnen opnemen, in de wetenschap dat de rechter die bedingen zodanig zou wijzigen dat ze toegestaan zijn, en voorts dat het niet aan de feitenrechter staat om een aanvaardbare oplossing te vinden.[81]

90. Ter illustratie van de Duitse praktijk van splitsing van het beding zal ik verwijzen naar het arrest van het Bundesgerichtshof van 10 oktober 2013[82], dat de Tribunal Supremo heeft vermeld in zijn verwijzingsbeslissing. Die zaak betrof de toestemming die een patiënt aan zijn behandelend tandarts had gegeven voor drie punten, namelijk: 1) een toestemming voor de openbaarmaking van persoonsgegevens; 2) een toestemming voor de cessie van een vordering aan een incassobureau, en 3) een toestemming voor een latere cessie van diezelfde vordering door de oorspronkelijke cessionaris aan een bankinstelling met het oog op herfinanciering. Het Bundesgerichtshof heeft geoordeeld dat, ook al

78 Zie arrest van 7 oktober 1981 (VIII ZR 214/80, NJW 1982, 178 [181]).

79 Zie Uffmann, K., *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, 2010, blz. 157; Basedow, J., in Krüger, W., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7e druk, München, 2016, § 306, nr. 18; Schlosser, P., *Staudinger Kommentar zum BGB*, april 2013, § 306, nr. 20. Zie wat de rechtspraak betreft BGH, arresten van 10 oktober 2013 (III ZR 325/12, nr. 14); 16 februari 2016 (XI ZR 454/14, nr. 21), en 18 januari 2017 (VIII ZR 263/15, nº 38).

80 Zie met name BGH, arresten van 17 mei 1982 (VII ZR 316/81); 25 juni 2003 (VIII ZR 344/02), en 18 januari 2017 (VIII ZR 263/15, nº 38).

81 Zie met name BGH, arrest van 17 mei 1982 (VII ZR 316/81).

82 BGH, arrest van 10 oktober 2013 (III ZR 325/12).

was het derde punt – betreffende „de latere cessie" – niet verenigbaar met de wetgeving inzake oneerlijke bedingen, de rest van de overeenkomst geldig bleef, omdat het beding splitsbaar was. Het beding luidde immers als volgt (de te schrappen delen zijn cursief gedrukt en tussen vierkante haken geplaatst):

„Toestemming voor een cessie

i) Ik stem ermee in dat de aan ommezijde vermelde tandarts aan de vennootschap ZA Zahnärtzliche Abrechnungsgesellschaft (hierna: ‚ZAAG') alle gegevens verstrekt die noodzakelijk zijn voor de facturering en voor de inning – in voorkomend geval via een gerechtelijke procedure – van de vordering, met name mijn naam, mijn adres, mijn geboortedatum, de codes van de prestaties, het factuurbedrag, documenten over de behandeling, laboratoriumfacturen, formulieren enz.

ii) In dit verband ontsla ik de tandarts uitdrukkelijk van zijn medisch beroepsgeheim en stem ik uitdrukkelijk in met de cessie van de vordering uit hoofde van de behandeling door de tandarts aan ZAAG [*en in voorkomend geval met de cessie van deze vordering door ZAAG aan D.-Bank e.G. met het oog op herfinanciering*].

iii) Ik ben mij ervan bewust dat ZAAG na de cessie van de honorariumvordering tegenover mij zal optreden als schuldeiseres, zodat, in geval van een geschil, bezwaren tegen de vordering – ook indien zij verband houden met de behandeling en het ziekteverloop – moeten worden gericht aan ZAAG, en mijn behandelend tandarts als getuige kan worden gehoord. [...]." [83]

91. Uit de formulering van dit beding blijkt duidelijk dat het in drie verschillende delen kon worden opgesplitst. Bijgevolg heeft het Bundesgerichtshof het deel dat werd geacht te voldoen aan de voorwaarden om een beding als oneerlijk aan te merken of het „aangetaste" deel eenvoudigweg geschrapt, zonder de tekst verder te wijzigen en zonder een nationale bepaling van aanvullend recht toe te passen om het beding na de aanpassing te handhaven. Uit zijn rechtspraak blijkt dat de betekenis van de zin bovendien niet mag worden gewijzigd.

2) Eensluidend standpunt van de Duitse meerderheidsrechtsleer

92. Ter aanduiding van die „splitsingsmethode" is door de Duitse rechtsleer in 1988 het begrip „blue pencil test" ingevoerd [84], dat oorspronkelijk in het mededingingsrecht werd gebruikt [85]. Dat begrip, dat aanvankelijk niet werd gebruikt door het Bundesgerichtshof, is suggestief. Het verwijst namelijk naar de schrapping met een blauwe viltstift van het onderdeel dat wordt geacht te voldoen aan de voorwaarden om als oneerlijk te worden aangemerkt.

83 „Einwilligung zur Abtretung
i) Ich erkläre mich damit einverstanden, dass der umseitig genannte Zahnarzt zum Zweck der Erstellung der Rechnung sowie zur Einziehung und der gegebenenfalls gerichtlichen Durchsetzung der Forderung alle hierzu notwendigen Unterlagen, insbesondere meinen Namen, Anschrift, Geburtsdatum, Leistungsziffern, Rechnungsbetrag, Behandlungsdokumentation, Laborrechnungen, Formulare etc. an die ZA Zahnärztliche Abrechnungsgesellschaft D. (im Folgenden: ZAAG) weitergibt.
ii) Insoweit entbinde ich den Zahnarzt ausdrücklich von seiner ärztlichen Schweigepflicht und stimme ausdrücklich zu, dass der Zahnarzt die sich aus der Behandlung ergebende Forderung an die ZAAG [*und diese gegebenenfalls an das refinanzierende Institut* – D.-Bank e.G., D.] – abtritt.
iii) Ich bin mir bewusst, dass nach der Abtretung der Honorarforderung mir gegenüber die ZAAG als Forderungsinhaberin auftritt und deshalb Einwände gegen die Forderung – auch soweit sie sich aus der Behandlung und der Krankengeschichte ergeben – im Streitfall gegenüber der ZAAG zu erheben und geltend zu machen sind und der mich behandelnde Zahnarzt als Zeuge vernommen werden kann. [...]."

84 Temming, F., *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, GPR*, 2016, blz. 38-46, zie met name voetnoot 8, waarin wordt verwezen naar het arrest Nordenfelt tegen Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Ltd [1894] AC 535.

85 Zie Uffmann, K., *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, 2010, blz. 157.

93. De aan de blue pencil test ten grondslag liggende gedachte, namelijk de splitsing van een beding in een oneerlijk en een niet-oneerlijk deel, is in Duitsland voornamelijk gunstig onthaald.[86] Het belangrijkste argument dat in de Duitse rechtsleer is aangevoerd, is hetzelfde als het in de rechtspraak gehanteerde argument, namelijk dat indien de oplossing bestaande in een reddende reductie/wijziging zou worden aanvaard, de gebruiker van de bedingen, zonder enig risico te lopen, oneerlijke bedingen zou kunnen opstellen, in de wetenschap dat de rechtspraak die bedingen zodanig zou wijzigen dat ze toegestaan zijn. Met andere woorden, een dergelijke reddende reductie/wijziging zou geen afschrikkende werking hebben[87], zodat zij niet kan worden toegestaan.[88]

94. Na de rechtspraak en de rechtsleer inzake de regel van de splitsbaarheid van het beding of de „blue pencil rule" te hebben uiteengezet, en zonder mij te willen uitspreken over de verenigbaarheid van die regel met het Unierecht, lijkt het mij nu al duidelijk dat de door de Tribunal Supremo voorgestelde oplossing geen splitsing van het beding of blue pencil test is, maar een reddende wijziging van het beding. Ik ben dus van plan dit uit te leggen in de onderstaande uiteenzetting.

b) Litigieus beding

1) Splitsbaarheid van het beding of reddende wijziging van het beding

95. Uit punt 84 van de onderhavige conclusie blijkt dat de Tribunal Supremo voorstelt om het litigieuze beding te handhaven door alleen het deel te schrappen waardoor het beding oneerlijk is, namelijk het beding inzake vervroegde opeisbaarheid in geval van niet-betaling *van een* termijn. Voor een beter begrip van de door die rechter aan het Hof voorgelegde uitlegging, lijkt het mij nuttig om hieronder het litigieuze beding weer te geven zoals dat blijkt uit het in zaak C-70/17 uiteengezette rechtskader, en de door de Tribunal Supremo voorgestelde splitsing uit te voeren, om te onderzoeken of dat beding splitsbaar is in het licht van de blue pencil test waarnaar wordt verwezen in de verwijzingsbeslissing (de te schrappen delen zijn cursief gedrukt en tussen vierkante haken geplaatst):

„De bank kan in de volgende gevallen zonder enige aanmaning de lening opeisbaar stellen en in een gerechtelijke procedure terugbetaling vorderen van de volledige schuld – zowel van de opeisbare als van de nog niet-opeisbare bedragen –, vermeerderd met rente, vertragingsrente en gerechts- en andere kosten: a) Niet-betaling [*van een*] vervallen rentebedrag of aflossingstermijn, met inbegrip van alle bedragen die daar deel van uitmaken; partijen verzoeken uitdrukkelijk om inschrijving van deze overeenkomst in het eigendomsregister overeenkomstig artikel 693 LEC".[89]

96. Kan het beding worden geacht te voldoen aan de eisen van de blue pencil test, zodat het in onderscheiden delen kan worden gesplitst?

97. Ik denk van niet.

86 Zie Kollmann, A., in Dauner-Lieb, B., Langen, W., *Nomos-Kommentar zum BGB*, deel 2, 3e druk, 2016, § 306, nr. 15 e.v.; Schulte-Nölke, H., in Schulze, R., *Handkommentar zum BGB*, 9e druk, 2017, § 306, nr. 4 e.v.; Bonin, in Artz, M., *Beck-Online-Großkommentar zum BGB*, uitgave van 1 maart 2018, § 306, nr. 38 e.v.; Schmidt, H., in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, uitgave van 1 november 2017, § 306, nr. 16 e.v.; *Schmidt, H., in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, § 306, nr. 14 e.v.

87 Roloff, in Westermann, H.-P., *Erman – Kommentar zum BGB*, 15e druk, 2017, § 306, nr. 8.

88 Volledigheidshalve moet worden vermeld dat in de Duitse minderheidsrechtsleer in wezen wordt betoogd dat het kunstmatig zou zijn te stellen dat een splitsing geen wijziging is. Zie Uffmann, K., *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, 2010, blz. 158 e.v.; Uffmann, K., *Recht der Arbeit*, 2012, blz. 113-120, met name blz. 119. In het algemeen zou het vaak bijna onmogelijk zijn om een nauwkeurige selectie te maken tussen de oneerlijke en de niet-oneerlijke delen. Volgens dat minderheidsstandpunt moet een reddende wijziging derhalve worden toegestaan. Uffmann, K., op. cit., blz. 164 e.v.; Schlosser, P., in Staudinger, „Kommentar zum BGB", uitgave van april 2013, § 306, nr. 25; Basedow, J., in Krüger, W., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7e druk, 2016, § 306, nr. 13 e.v.

89 In dit soort hypothecaire leningsovereenkomsten betreffen de volgende punten (b, c of d enz.) in beginsel geen gronden tot ontbinding wegens niet-nakoming door de schuldenaar.

98. In de eerste plaats volgt uit de toepassing van de blue pencil test, zoals uiteengezet in punt 90 van de onderhavige conclusie, dat het litigieuze beding in zaak C-70/17 [90] *niet splitsbaar is*. Het contractuele beding dat door het Bundesgerichtshof is onderzocht in het arrest dat door de Tribunal Supremo in zijn verwijzingsbeslissing is aangehaald, betreft namelijk drie soorten rechten: een toestemming voor de openbaarmaking van persoonsgegevens en twee overeenkomsten tot cessie, ten eerste aan een incassobureau en ten tweede aan een bankinstelling. De schrapping van het deel van het beding betreffende de cessie van een vordering aan een bankinstelling heeft in beginsel geen gevolgen voor de overige delen van het beding, aangezien de drie delen op zichzelf staan.

99. De situatie is daarentegen anders wat betreft het litigieuze beding dat ten grondslag ligt aan zaak C-70/17. Het „aangetaste" deel betreft immers alleen punt a), namelijk het recht van de bank om de lening opeisbaar te stellen in geval van „niet-betaling *van een* vervallen rentebedrag of aflossingstermijn [...]". Bijgevolg voldoet het litigieuze beding volgens de blue pencil rule aan de eerste voorwaarde om te kunnen worden opgesplitst, volgens welke het „aangetaste" deel slechts in twee gevallen zonder andere wijzigingen kan worden geschrapt. Het eerste geval is wanneer het litigieuze beding verschillende gronden voor vervroegde opeisbaarheid bevat en bijvoorbeeld als volgt luidt: „[...] in de volgende gevallen [...]: a) Niet-betaling van *één*, meerdere of alle termijnen [...]". Het woord „*één*" zou dan de enige grond zijn die moet worden geschrapt, zonder de andere elementen van punt a) te wijzigen. In dat geval heeft hetzelfde beding, in de formele zin van het woord, betrekking op verschillende identificeerbare en splitsbare situaties. Dit is volgens mij niet het geval met het litigieuze beding dat ten grondslag ligt aan zaak C-70/17. [91] Het tweede geval is wanneer het „aangetaste" deel punt a) in zijn geheel betreft. Punt a) zou in dat geval kunnen worden geschrapt zonder de overige punten van het beding, punt b), c) of d), te wijzigen. [92]

100. In de tweede plaats zou, zelfs indien zou worden aangenomen dat het „aangetaste" deel van het litigieuze beding dat ten grondslag ligt aan zaak C-70/17, zonder andere wijzigingen kan worden geschrapt [93] – hetgeen ik niet aanneem op grond van de informatie waarover ik beschik –, de splitsing van het „aangetaste" deel het mogelijk moeten maken om het beding correct te lezen. Het resultaat zou als volgt zijn: „[*N*]*iet-betaling van de vervallen rente of aflossingstermijnen*". Het is zeer waarschijnlijk dat de meningen verdeeld zijn over de vraag of het beding na die splitsing grammaticaal begrijpelijk is. Kan bij lezing van het gesplitste beding duidelijk worden opgemaakt hoeveel maandelijkse termijnen onbetaald moeten blijven opdat de schuldeiser de leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan stellen? Uiteraard niet.

101. Zelfs indien ervan wordt uitgegaan dat het litigieuze beding na de splitsing grammaticaal duidelijk en begrijpelijk is, hetgeen volgens mij twijfelachtig is uit het oogpunt van rechtszekerheid, ben ik in ieder geval ervan overtuigd dat het oorspronkelijke doel van dat beding na de schrapping van het oneerlijke deel ter discussie zou worden gesteld, aangezien dat beding, door op algemene wijze te verwijzen naar de „niet-betaling van de vervallen rente of aflossingstermijnen", onherroepelijk een nieuwe juridische betekenis zou hebben. Zoals ik reeds heb opgemerkt in de punten 89 tot en met 93 van de onderhavige conclusie, is een dergelijk resultaat niet toegestaan volgens de blue pencil rule zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Bundesgerichtshof en vermeld door de Tribunal Supremo. Aangezien niet is voldaan aan de voorwaarden van die regel, moet ik derhalve concluderen dat de door de Tribunal Supremo voorgestelde oplossing geen „splitsing" van het litigieuze beding is, maar een „reddende reductie/wijziging" van dat beding waarbij dat beding wordt herschreven.

90 Dat beding is weergegeven in punt 95 van de onderhavige conclusie.

91 Dat is echter wel het geval met het litigieuze beding in zaak C-179/17, dat luidt: „Ondanks de overeengekomen duur van deze overeenkomst kan de kredietverlenende bank de lening opeisbaar stellen, door ze als ontbonden te beschouwen en door de volledige schuld als voortijdig vervallen te beschouwen, met name in geval van niet-betaling op de vervaldag van één, meerdere of alle termijnen die zijn vastgelegd in het tweede beding [inzake de aflossing]." Dat beding voldoet aan de eerste voorwaarde van de „bluepenciltest", aangezien elk soort niet-betaling (van één, meerdere of alle termijnen) los kan gezien worden.

92 Dit zou het geval zijn: „[...] a) [*Niet-betaling van een vervallen rentebedrag of aflossingstermijn*] [...]; b) [...]; c) [...]".

93 Zoals volgens mij het geval is met het litigieuze beding in zaak C-179/17.

102. Om het doel van dat beding te behouden, moet een nieuwe regeling of een andere regeling dan de oorspronkelijke regeling worden ingevoerd, hetgeen volgens de blue pencil test niet is toegestaan, zoals de Tribunal Supremo zelf in de verwijzingsbeslissing erkent. Aangezien het beding niet kan worden uitgevoerd zonder een nationale bepaling van aanvullend recht zoals artikel 693, lid 2, LEC toe te passen, lijkt het mij duidelijk dat de door de verwijzende rechter voorgenomen wijziging niet tot „een eenvoudige pennenstreek" beperkt kan blijven, zoals vereist is volgens de blue pencil test.

103. In ieder geval herinner ik er in dit verband aan dat de reddende wijziging binnen de werkingssfeer van richtlijn [93/13] is uitgesloten door de rechtspraak van het Bundesgerichtshof[94] waarnaar de Tribunal Supremo verwijst. Uit punt 92 van de onderhavige conclusie blijkt dat dit soort wijziging geen afschrikkende werking zou hebben en dat het niet aan de feitenrechter staat om een aanvaardbare oplossing te vinden.[95]

104. Na te hebben vastgesteld dat de door de Tribunal Supremo in zaak C-70/17 voorgestelde oplossing geen „splitsing" maar een „reddende wijziging" van het litigieuze beding is, moet nu, in het kader van de eerste prejudiciële vraag, de fundamentele vraag worden onderzocht of het Unierecht zich verzet tegen de door de Tribunal Supremo voorgestelde wijziging van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid waarvan de nationale rechter heeft vastgesteld dat het oneerlijk is.

2) Blijft het doel van het litigieuze beding in het licht van de rechtspraak van het Hof behouden indien niet wordt verwezen naar het aantal maandelijkse termijnen dat onbetaald moet blijven opdat dat beding kan worden uitgevoerd?

105. In de eerste plaats staat het volgens de in punt 66 van de onderhavige conclusie in herinnering gebrachte rechtspraak aan de nationale rechter om zich uit te spreken over het oneerlijke karakter van een contractueel beding[96]. Bij het onderzoek van dat oneerlijke karakter moet de nationale rechter eerst bepalen wat als een beding kan worden beschouwd[97], namelijk een contractuele verplichting die losstaat van de overige bepalingen van de overeenkomst en waarvan het eventuele oneerlijke karakter afzonderlijk kan worden onderzocht. Dit voorafgaand onderzoek is noodzakelijk omdat de nationale rechter, volgens de in punt 75 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak van het Hof, na te hebben vastgesteld en verklaard dat een contractueel beding oneerlijk is (fase van de controle met betrekking tot de beoordeling of de kwalificatie van het beding)[98], dat beding buiten toepassing moet laten opdat het geen dwingende gevolgen heeft voor de consument, zonder de inhoud van dat beding te mogen herzien (fase van de controle met betrekking tot de gevolgen van de vaststelling dat het beding oneerlijk is)[99]. De overeenkomst moet immers in beginsel – zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen – voortbestaan voor zover volgens de regels van nationaal recht een dergelijk voortbestaan van de overeenkomst *rechtens* mogelijk is.[100]

106. In de tweede plaats moet eraan worden herinnerd dat uit de verwijzingsbeslissing van de Tribunal Supremo blijkt dat de verwijzing naar *„een termijn"* een fundamentele en onontbeerlijke voorwaarde vormt voor de toepassing van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid. Bijgevolg lijkt het mij dat *het doel van het beding niet behouden blijft zonder nauwkeurige verwijzing naar het aantal maandelijkse termijnen dat onbetaald moet blijven opdat dat beding kan worden uitgevoerd*. Het staat

94 Zie punt 89 van de onderhavige conclusie.

95 Deze overwegingen gelden ook voor het litigieuze beding in zaak C-179/17.

96 Zie arresten van 9 november 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659, punt 44), en 26 april 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, punt 22). Zie ook arresten van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 66), en 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 57).

97 Zie over het verschil tussen de beoordeling/kwalificatie met betrekking tot het oneerlijke karakter van het beding en de gevolgen die moeten worden verbonden aan die beoordeling/kwalificatie punten 65 e.v. van de onderhavige conclusie.

98 Zie punten 66 e.v. van de onderhavige conclusie.

99 Zie punten 72 e.v. van de onderhavige conclusie.

100 Zie met name over het juridisch voortbestaan van de overeenkomst de in voetnoot 69 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak.

aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit laatste het geval is.[101] Indien de nationale rechter volgens de rechtspraak van het Hof de als oneerlijk beschouwde bedingen zonder meer buiten toepassing dient te laten, blijft de voorwaarde voor vervroegde opeisbaarheid van de volledige lening volgens mij bovendien zonder uitwerking. Derhalve zou het beding in zijn geheel noodzakelijkerwijs geen gevolgen sorteren.

107. In de derde plaats merk ik op dat dit beding, op grond waarvan het volledige verschuldigde bedrag vervroegd opeisbaar is in geval van niet-betaling van een termijn, niet voldoet aan de door het Hof in de arresten Aziz en Banco Primus[102] genoemde voorwaarden, aangezien het litigieuze beding geen voldoende ernstige niet-nakoming met betrekking tot de looptijd en het bedrag van de lening betreft. In ieder geval mag niet worden vergeten, zoals de Commissie terecht in herinnering heeft gebracht, dat indien de hierboven vermelde voorwaarde (de verwijzing naar „een termijn") overeenkomstig die rechtspraak als oneerlijk zou worden aangemerkt en bijgevolg niet zou worden toegepast, het resterende deel, namelijk de eenvoudige mogelijkheid om het volledige verschuldigde bedrag opeisbaar te verklaren[103], geen praktische uitwerking zou hebben en bovendien *dusdanig abstract* zou zijn dat de nationale rechter niet in staat zou zijn te onderzoeken of het voldoet aan de voorwaarden die door het Hof in het arrest Banco Primus[104] zijn opgesomd en in punt 69 van de onderhavige conclusie in herinnering zijn gebracht.

108. Voorts herinner ik eraan dat het precieze ogenblik waarop de bankinstelling gebruikmaakt van de mogelijkheid tot voortijdige ontbinding, een feitenkwestie is die niet relevant is voor de beoordeling van een beding waarin de niet-betaling van één enkele maandelijkse termijn wordt vermeld. Hier gaat het er niet om te bepalen of het commerciële gedrag van de bank oneerlijk was, maar wel om te bepalen of een contractueel beding oneerlijk is. Anders dan blijkt uit de verwijzingsbeslissing in zaak C-70/17[105], kan redelijk commercieel gedrag binnen een oneerlijk contractueel kader niet afdoen aan het nut van de vaststelling van de rechter inzake het oneerlijke karakter van de bedingen van een overeenkomst.[106] Dit geldt des te meer wanneer de bank precies op grond van het beding in kwestie terugbetaling kan vorderen van het volledige nog openstaande bedrag in het kader van een hypothecaire executie nadat één enkel als hoofdsom en rente verschuldigd bedrag onbetaald is gebleven.

109. Gelet op het voorgaande, ben ik van mening dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale rechter die heeft vastgesteld dat een contractueel beding op grond waarvan een hypothecaire leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan worden gesteld, met name wanneer één enkele maandelijkse termijn onbetaald is gebleven, oneerlijk is, dat beding gedeeltelijk kan handhaven door eenvoudigweg de grond voor vervroegde opeisbaarheid waardoor het beding oneerlijk is, te schrappen.

101 Ten tijde van de sluiting van de hypothecaire leningsovereenkomsten in kwestie (in 2005 en 2008) luidde artikel 693, lid 2, LEC namelijk als volgt: „Betaling van het volledige als hoofdsom en rente verschuldigde bedrag kan worden gevorderd, wanneer is overeengekomen dat de volledige lening vervroegd opeisbaar wordt in geval van niet-betaling van een van de overeengekomen termijnen en indien die overeenkomst is ingeschreven in het register." Bijgevolg voorzag die bepaling in de mogelijkheid om, *door middel van de hypothecaire executieprocedure*, betaling te vorderen van „het volledige als hoofdsom en rente verschuldigde bedrag", *op voorwaarde* dat i) het beding of *de overeenkomst* inzake vervroegde opeisbaarheid *was ingeschreven* in het eigendomsregister en ii) de vervroegde opeisbaarheid afhankelijk was gesteld van de „niet-betaling *van één* van de overeengekomen termijnen". Zie in dit verband voetnoot 21 van mijn conclusie in zaak C-468/16.

102 Arresten van 14 maart 2013, Aziz, (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 73), en 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 66). Zie ook punt 69 van de onderhavige conclusie.

103 Na de door de verwijzende rechter voorgestelde splitsing luidt dat beding: „niet-betaling van de vervallen rente of aflossingstermijnen [...]".

104 Arresten van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, punt 73), en 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 66).

105 Zie punt 26 van de onderhavige conclusie.

106 Zie in dit verband punt 118 van de onderhavige conclusie.

5. Tweede vraag in zaak C-70/17 en eerste vraag in zaak C-179/17: mogelijkheid om de hypothecaire executieprocedure voort te zetten door de aanvullende toepassing van een nationale bepaling zoals artikel 693, lid 2, LEC

110. Met de tweede prejudiciële vraag in zaak C-70/17 en de eerste prejudiciële vraag in zaak C-179/17, die samen moeten worden onderzocht, wensen de verwijzende rechters in wezen te vernemen of artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale rechtspraak volgens welke, wanneer een nationale rechter heeft vastgesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, de bijzondere hypothecaire executieprocedure die is ingeleid na de toepassing van dat beding, niettemin kan worden voortgezet door de aanvullende toepassing van een nationaalrechtelijke bepaling zoals artikel 693, lid 2, LEC, voor zover deze procedure voor de consumenten gunstiger kan zijn dan de tenuitvoerlegging van een in het kader van de procedure ten gronde gewezen veroordeling.

111. Alvorens deze vraag te behandelen, herinner ik er allereerst aan dat met name uit het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag in zaak C-70/17 voortvloeit dat, ook al kan het „aangetaste" deel van het litigieuze beding in zaak C-179/17 zonder andere wijzigingen worden geschrapt en is het resultaat begrijpelijk, dit beding onsplitsbaar blijft volgens de eisen van de blue pencil test waarnaar de Tribunal Supremo verwijst.[107] Na de splitsing van het oneerlijke deel behoudt dat beding immers niet zijn oorspronkelijke juridische betekenis. Door de algemene verwijzing naar de „niet-betaling op de vervaldag van één, meerdere of alle termijnen die zijn vastgelegd", verandert de juridische betekenis van het beding immers onmiddellijk. Is het bijgevolg mogelijk om bij lezing van het aldus gesplitste/gewijzigde beding op te maken hoeveel maandelijkse termijnen precies onbetaald moeten blijven opdat de schuldeiser de hypothecaire leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan stellen? Volgens mij is het enige mogelijke antwoord: „minstens twee termijnen", zodat het beding toch oneerlijk is in het licht van de in punt 107 hierboven in herinnering gebrachte voorwaarden van het arrest Aziz. Het doel van het litigieuze beding dat ten grondslag ligt aan zaak C-179/17 komt derhalve in het gedrang indien het beding wordt gesplitst en dit beding zal geen gevolgen sorteren indien de voorwaarde voor de uitvoering ervan (de overeenkomst en de verwijzing naar „een" termijn ingeschreven in het register), waardoor in casu de hypothecaire executieprocedure kan worden voortgezet – en in voorkomend geval kan worden ingeleid –, zonder uitwerking blijft. Uit juridisch oogpunt zou het zinloos zijn om te voorzien in een zuiver hypothetische mogelijkheid voor de schuldeiser („meerdere termijnen") waaraan in de praktijk geen uitvoering kan worden gegeven.[108]

112. Om te kunnen opmaken hoeveel maandelijkse termijnen onbetaald moeten blijven opdat de leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan worden gesteld, moet immers – zoals de Tribunal Supremo in zijn rechtspraak voorstelt – een nationale bepaling worden toegepast. Volgens de rechtspraak van het Hof is dat in beginsel alleen mogelijk onder de in het arrest Kásler en Káslerné Rábai[109] bedoelde voorwaarden, namelijk indien de overeenkomst niet kan voortbestaan na de schrapping van het oneerlijke beding en het voorschrift van nationaal recht dat daarvoor in de plaats komt, van aanvullend recht is.

a) Kunnen de hypothecaire leningsovereenkomsten in kwestie juridisch voortbestaan na de schrapping van de litigieuze oneerlijke bedingen?

113. Aangaande de vraag die doorslaggevend is voor de beslechting van de hoofdgedingen en waarover ter terechtzitting is gedebatteerd naar aanleiding van een door het Hof gestelde vraag voor mondeling antwoord, namelijk de vraag welke gevolgen de schrapping van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid naar Spaans recht heeft voor het bestaan en de uitwinning van de hypothecaire

107 Zie voetnoten 91 en 93 van de onderhavige conclusie.

108 Zie voetnoot 101 van de onderhavige conclusie.

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

zekerheid, heeft Abanca aangevoerd dat de leningsovereenkomst in het algemeen voortbestaat, aangezien de schrapping van het oneerlijke beding op zich niet tot de nietigverklaring van die overeenkomst kan leiden. Zoals zowel Abanca als Bankia heeft betoogd, kan evenwel wezenlijk afbreuk worden gedaan aan de hypothecaire zekerheid, aangezien de schuldeiser het recht verliest om gebruik te maken van de hypothecaire executieprocedure om de zekerheid uit te winnen.

114. De Spaanse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen aangevoerd dat indien ervan wordt uitgegaan dat de oorzaak van de leningsovereenkomst de invoering van een zakelijk recht van hypotheek is en dat aan dit zakelijk recht afbreuk wordt gedaan door de schrapping van het beding, de leningsovereenkomst zelf niet kan voortbestaan. Voorts heeft zij hieraan toegevoegd dat, zelfs wanneer ervan wordt uitgegaan dat de leningsovereenkomst na de schrapping van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid kan voortbestaan, die schrapping „de leningsovereenkomst te duur maakt voor de bankinstelling", aangezien „zij de bankinstelling verplicht gebruik te maken van een procedure ten gronde *om de overeenkomst te ontbinden* en vervolgens van een algemene executieprocedure om de schuld te innen". Derhalve vraagt die regering zich af of de bankinstelling in deze omstandigheden een lening zonder hypothecaire zekerheid zou hebben verstrekt.

115. Opgemerkt zij dat de Tribunal Supremo in zijn verwijzingsbeslissing erop wijst dat in de Spaanse rechtsorde het hypotheekrecht de houder niet alleen de mogelijkheid biedt om na inleiding van een bijzondere executieprocedure de gedwongen verkoop van het verhypothekeerde goed in gang te zetten, maar hem ook een recht van voorrang met betrekking tot datzelfde goed geeft (artikelen 1923 en 1927 van het burgerlijk wetboek) en een recht van separatisme bij faillissement (gerechtelijk vastgestelde insolventie) van de schuldenaar. Voorts voegt die rechter hieraan toe dat bij nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid de rechten van de hypothecaire schuldeiser niet volledig vervallen, maar een essentieel aspect van het hypotheekrecht wordt *beperkt*, namelijk de macht van de schuldeiser om de verkoop van het verhypothekeerde goed af te dwingen om zich te voldoen uit de opbrengst daarvan (artikel 1858 van het burgerlijk wetboek). Uit het voorgaande volgt dat, ondanks de daaruit voortvloeiende beperking voor de uitwinning van de zekerheid, de Tribunal Supremo het voortbestaan van de leningsovereenkomst na de schrapping van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid niet ter discussie stelt.[110] Voorts verklaart die rechter in zijn verwijzingsbeslissing niet dat de leningsovereenkomst in haar geheel nietig zou moeten worden verklaard. In dit verband is de verwijzende rechter in zaak C-179/17 van oordeel dat het„ernaar [uitziet] dat een lenings- of kredietovereenkomst zonder het beding inzake vervroegde opeisbaarheid in stand kan blijven".

116. In de eerste plaats zij eraan herinnerd, zoals blijkt uit de in punt 75 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak, dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 in twee resultaatsverplichtingen voorziet: de eerste resultaatsverplichting houdt in dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, zodat „de nationale rechter [*ze] buiten toepassing* dient te *laten*", en de tweede resultaatsverplichting houdt in dat de lidstaten ervoor zorgen dat de overeenkomst tussen de handelaar en de consument voor de partijen „bindend blijft" *indien de overeenkomst „zonder de oneerlijke bedingen" kan voortbestaan*.[111] Derhalve volgt uit die rechtspraak dat de voorwaarde inzake het voortbestaan van de overeenkomst *uitsluitend uit juridisch oogpunt* moet worden beoordeeld, „voor zover volgens de regels van nationaal recht dat voortbestaan van de overeenkomst *rechtens* mogelijk is".[112]

110 De Tribunal Supremo merkt op dat de schuldeiser door de beëindiging van de hypothecaire executieprocedure, naast het verlies van bepaalde voordelen voor de schuldenaar, verplicht is om een procedure ten gronde in te stellen „tot vaststelling dat *de hypothecaire lening* wegens het in gebreke blijven van de schuldenaar opeisbaar of *ontbonden is*". Die rechter voegt hieraan toe dat, „[o]ok in het hypothetische geval dat de leningverstrekkende instelling zou wachten tot de volledige overeengekomen afbetalingstermijn is verstreken, en *niet op ontbinding van de overeenkomst zou aansturen*, [...] de schuld aan vertragingsrente van de kredietnemer buitengewoon hoog [zou] zijn ten gevolge van de lange afbetalingstermijnen van die overeenkomsten". Indien een procedure ten gronde moet worden ingeleid om de hypothecaire leningsovereenkomst ontbonden te verklaren, lijkt het bijgevolg duidelijk dat de overeenkomst voortbestaat.

111 Voorts herinner ik eraan dat in de eenentwintigste overweging van richtlijn 93/13 staat te lezen dat „oneerlijke bedingen [...] de consument niet binden en de overeenkomst de partijen blijft binden indien zij zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan". Zie ook arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, punten 64 en 65).

112 Zie met name over het juridisch voortbestaan van de overeenkomst de in voetnoot 69 van de onderhavige conclusie aangehaalde rechtspraak.

117. Ook al begrijp ik de bezorgdheid die ten grondslag ligt aan de door de Tribunal Supremo voorgestelde uitlegging, ik moet in dit verband benadrukken dat het er niet om gaat rekening te houden met overwegingen zoals de vraag of de bank een lening zonder hypothecaire zekerheid zou hebben verstrekt of de vraag welke gevolgen de schrapping van een oneerlijk beding voor de schuldeiser zou hebben [113], maar wel om de vraag *of de overeenkomst naar nationaal recht nietig is*.

118. In de tweede plaats mag niet worden vergeten dat het Hof in het arrest Banco Primus [114] heeft verklaard dat, teneinde de afschrikkende werking van artikel 7 van richtlijn 93/13 te waarborgen, de bevoegdheden van de nationale rechter tot vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding niet kunnen afhangen van de vraag of dat beding al dan niet concreet wordt toegepast. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat de vraag of het beding daadwerkelijk was toegepast, niet relevant was voor de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding. In casu is het feit dat de drempel op drie maandelijkse termijnen in plaats van op één maandelijkse termijn is vastgesteld, eveneens irrelevant.

119. In het arrest Banco Primus heeft het Hof namelijk voorts geoordeeld dat „in casu het feit dat de kredietverstrekker zich in de praktijk heeft gehouden aan de voorschriften van artikel 693, lid 2, LEC en de hypothecaire executieprocedure pas heeft gestart nadat zeven maandelijkse termijnen onbetaald waren gebleven – en niet, zoals bepaald in beding 6 bis van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, bij in gebreke blijven met de betaling van een willekeurig verschuldigd bedrag – *de nationale rechter* dan ook *niet [kan] ontheffen van de verplichting alle passende gevolgen te verbinden aan het eventuele oneerlijke karakter van dat beding*”. [115] Zo heeft het Hof geoordeeld dat „richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een jurisprudentiële uitlegging van een nationale bepaling tot regeling van bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid van leningen als artikel 693, lid 2, LEC, volgens welke de nationale rechter die heeft vastgesteld dat een dergelijk contractueel beding oneerlijk is, dat beding niet nietig mag verklaren en buiten toepassing mag laten wanneer de kredietverstrekker het niet concreet heeft toegepast, maar zich aan de voorschriften van die nationale bepaling heeft gehouden” [116]. Bijgevolg kan de naleving van artikel 693, lid 2, LEC in de handelspraktijk van de banken de nietigheid van dat beding niet verhelpen door de vervanging van dat beding door deze nationale bepaling in de zin van de punten 80 tot en met 84 van het arrest Kásler en Káslerné Rábai [117].

120. Uit het voorgaande volgt dat de uitzondering op de algemene regel die is vastgesteld in het arrest Kásler en Káslerné Rábai, volgens welke het Hof toestaat om de overeenkomst aan te vullen door het oneerlijke beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht opdat de overeenkomst kan voortbestaan, in casu niet van toepassing is, aangezien de litigieuze bedingen niet de nietigheid van de leningsovereenkomsten in hun geheel tot gevolg hebben. Indien in de onderhavige zaken de leningsovereenkomsten kunnen voortbestaan zonder het beding inzake vervroegde opeisbaarheid en de nationale rechter bijgevolg niet verplicht is om de overeenkomst in haar geheel nietig te verklaren, is het immers – anders dan in de situatie die aan de orde was in de zaak die tot het arrest Kásler en Káslerné Rábai heeft geleid – niet noodzakelijk om een nationale bepaling van aanvullend recht toe te passen om te voorkomen dat *de consument* wordt geconfronteerd met „uiterst nadelige consequenties”.

113 Uit de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering blijkt dat de schrapping van het litigieuze beding de rechtsbetrekking te duur zou maken voor de bankinstelling, aangezien deze laatste verplicht zou worden gebruik te maken van een procedure ten gronde om de overeenkomst te ontbinden en vervolgens van een algemene executieprocedure om de schuld te innen. Zie in dit verband de overwegingen in de punten 54, 57 en 58 van mijn conclusie in de zaken C-92/16 en C-167/16.

114 Arrest van 26 januari 2017 (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 73).

115 Arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 74). Cursivering van mij. Zie ook mijn conclusie in de zaak Banco Primus (C-421/14, EU:C:2016:69, punt 85).

116 Arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, punt 75).

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

b) Aanvullende toepassing van artikel 693, lid 2, LEC

121. Wat de toepassing van artikel 693, lid 2, LEC betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing van de Tribunal Supremo niet dat die bepaling van aanvullend recht is. Reeds bij eenvoudige lezing van die bepaling kan immers worden vastgesteld dat een uitdrukkelijke overeenkomst tussen de partijen vereist is opdat die bepaling kan worden toegepast en bijgevolg dat die bepaling niet kan worden toegepast bij ontbreken van een dergelijke overeenkomst. De Tribunal Supremo verwijst echter naar de mogelijkheid om die bepaling „aanvullend" toe te passen, zonder zich uit te spreken over de vraag of die bepaling van aanvullend recht is. In ieder geval staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of die bepaling van aanvullend recht is.

122. In dit verband zij herinnerd aan het arrest van het Hof (Grote kamer) in de zaken die tot het arrest Gutiérrez Naranjo e.a.[118] hebben geleid, die betrekking hadden op „bodemrentebedingen" die door de banken werden gebruikt in het kader van met consumenten gesloten hypothecaire leningsovereenkomsten. De Tribunal Supremo had vastgesteld dat die bedingen oneerlijk waren en die bedingen nietig verklaard vanwege gebrek aan transparantie door ontoereikende informatie aan kredietnemers over de concrete gevolgen van hun praktische toepassing. De Tribunal Supremo had echter geoordeeld dat de bodemrentebedingen als zodanig rechtmatig waren en had de terugwerkende kracht van de gevolgen van de nietigverklaring van die bedingen beperkt.[119] De door een andere Spaanse rechter aan het Hof gestelde prejudiciële vragen strekten ertoe te vernemen of de beperking in de tijd van de terugbetalingsplicht die voortvloeit uit het in rechte vastgestelde oneerlijke karakter van die bedingen tot de bedragen die onverschuldigd waren betaald na de uitspraak van de beslissing waarbij het oneerlijke karakter ervan was vastgesteld, verenigbaar was met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13. Het Hof heeft geantwoord dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een oneerlijk contractueel beding in beginsel geacht moet worden *nooit te hebben bestaan*, zodat het geen gevolgen heeft ten aanzien van de consument.

123. Derhalve moet de vaststelling in rechte dat een dergelijk beding oneerlijk is, in beginsel tot gevolg hebben dat *de situatie waarin de consument rechtens en feitelijk zonder dat beding zou hebben verkeerd, wordt hersteld*. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat, hoewel de lidstaten door middel van hun nationale recht de modaliteiten dienen te bepalen in het kader waarvan kan worden vastgesteld dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is en in het kader waarvan de concrete juridische gevolgen van deze vaststelling vorm krijgen, dit niet wegneemt dat op basis van een dergelijke vaststelling *de situatie waarin de consument zich rechtens en feitelijk zonder dat oneerlijke beding zou hebben bevonden, moet kunnen worden hersteld*, met name door een recht in het leven te roepen op terugbetaling van de voordelen die de verkoper op grond van dat oneerlijke beding ten nadele van de consument onverschuldigd heeft verkregen.[120]

124. Ik moet concluderen dat uit die rechtspraak volgt dat een nietig verklaard oneerlijk beding wordt geacht nooit te hebben bestaan en geen gevolgen te hebben gesorteerd. Derhalve zou de toepassing in casu van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 als praktisch gevolg hebben, zoals de Commissie heeft benadrukt in haar schriftelijke opmerkingen, dat wanneer de nationale rechter het beding inzake vervroegde opeisbaarheid nietig verklaart, de hypothecaire executieprocedure niet kan worden ingeleid of, indien zij is ingeleid, niet kan worden voortgezet, aangezien de overeenkomst tussen de partijen en de daarin opgenomen verwijzing naar één termijn zoals deze zijn ingeschreven in het register, oneerlijk zijn verklaard en derhalve nietig zijn. Voorts moet worden opgemerkt dat indien de nietigheid van het beding zou kunnen worden verholpen door de toepassing van het in artikel 693, lid 2, LEC vastgestelde minimumaantal van drie maandelijkse termijnen, dit de facto zou betekenen dat de nationale rechter

118 C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980.

119 Zo heeft de Tribunal Supremo als beginpunt van de terugbetalingsplicht jegens de consumenten niet de datum van sluiting van de litigieuze overeenkomsten genomen, maar de datum van de rechterlijke beslissingen waarbij de nietigheid van de bedingen is vastgesteld.

120 Arrest van 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punten 61 en 66).

dat beding mag wijzigen.[121] Zoals het Hof in herinnering heeft gebracht in het arrest Gutiérrez Naranjo e.a., „heeft de nationale rechter niet de bevoegdheid om de inhoud van de oneerlijke bedingen te herzien, omdat dit er anders toe kan bijdragen dat de afschrikkende werking die voor verkopers daarin besloten ligt dat dergelijke oneerlijke bedingen zonder meer buiten toepassing worden gelaten ten aanzien van de consument, teniet wordt gedaan"[122].

125. Bijgevolg is de door de Tribunal Supremo voorgestelde wijziging een oplossing die onvermijdelijk de aanvulling, de herschrijving, de wijziging of de herformulering van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid met zich brengt. Die wijziging van het beding voldoet niet aan de eisen van de door de verwijzende rechter zelf vermelde blue pencil test, aangezien zij wordt beschouwd als een „reddende wijziging" die onaanvaardbaar is in het kader van richtlijn 93/13. Voorts is die wijziging volgens de tot op heden geldende vaste rechtspraak van het Hof uitdrukkelijk verboden. Dit is doorslaggevend voor het antwoord dat moet worden gegeven op de in de onderhavige zaken gestelde vragen.

126. Ten slotte rijst de vraag of de Tribunal Supremo terecht vermeldt dat het enkele feit dat de schuldenaren-consumenten de procedurele voordelen van de hypothecaire executie niet kunnen genieten, in het licht van de rechtspraak van het Hof die is uiteengezet in de punten 80 tot en met 82 van de onderhavige conclusie een rechtvaardiging vormt voor de schrapping van de litigieuze bedingen door deze bedingen te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht of, in voorkomend geval, door een bepaling die niet van aanvullend recht is aanvullend toe te passen.[123]

c) Rechtvaardigen de voordelen van de hypothecaire executieprocedure de voortzetting van de hypothecaire executie na de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid?

127. Ter nadere informatie herinner ik eraan dat uit het vijfde middel van de verwijzingsbeslissing van de Tribunal Supremo volgt dat de procedurele voordelen van de hypothecaire executie die de schuldenaren-consumenten genieten, de nationale rechter de mogelijkheid bieden om de voortzetting van deze procedure na de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid te rechtvaardigen.

128. In dit verband voert de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen aan dat de Tribunal Supremo in zijn arrest van 18 februari 2016, dat eveneens is aangehaald in zijn verwijzingsbeslissing, erop heeft gewezen dat „*er niet automatisch en in alle gevallen van kan worden uitgegaan dat de beslissing om de hypothecaire executie voort te zetten, nadeliger uitvalt voor de consument*".[124] De Commissie heeft hieruit geconcludeerd dat „niet zonder voorbehoud kunnen stellen" dat het nadelig is voor de consument om de hypothecaire executie voort te zetten, niet gelijkstaat, wat de mate van zekerheid betreft, met beweren dat het in alle gevallen voor de consument duidelijk voordeliger is om de hypothecaire executie voort te zetten. Of het in het belang is van de consument om de hypothecaire

121 In zaak C-179/17 merkt de verwijzende rechter op dat, „[z]elfs indien de aanvullende toepassing van artikel 693, lid 2, LEC, niettegenstaande hetgeen in de vorige alinea is uiteengezet, in abstracto geldig wordt geacht, [...] er een nieuw probleem [ontstaat]: dit artikel bepaalt letterlijk dat ‚[b]etaling van het volledige als hoofdsom en rente verschuldigde bedrag kan worden gevorderd, *wanneer is [bedongen] dat de volledige lening vervroegd opeisbaar wordt* indien ten minste drie maandelijkse termijnen opeisbaar zijn geworden [...], en [*dit beding*] is vervat in de akte van de lening en ingeschreven in het desbetreffende kadaster'. Dat wil zeggen dat een van de fundamentele voorwaarden van dat artikel is dat er een beding bestaat. Zonder twijfel bestond er een beding ten tijde van de sluiting van de overeenkomst, doch dit is oneerlijk en nietig verklaard, zodat het ongeldig is (wegvalt uit de overeenkomst en wordt geacht daar geen deel van uit te maken). Het is dus duidelijk dat artikel 693, lid 2, LEC verwijst naar het bestaan van een geldig en werkzaam beding, en niet naar een oneerlijk, nietig en onwerkzaam beding. *Indien het* daarentegen *irrelevant wordt geacht of het beding oneerlijk is of niet, zou dit leiden tot de absurde situatie waarin, volgens [de rechtspraak in kwestie], de vervroegde opeisbaarheid altijd geldig zou zijn, ongeacht de inhoud (en ongeacht de mogelijke oneerlijkheid) van het contractuele beding. Daarmee zou de wetgeving inzake consumentenbescherming worden uitgehold* en het lijkt erop dat de bescherming die deze biedt, ernstig zou worden verzwakt". Cursivering van mij. Zie punten 17, 34, 111 en 121 alsook voetnoot 101 van de onderhavige conclusie. Zie ook punt 55 van mijn conclusie in zaak C-486/16.

122 Arrest van 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 60).

123 In dit verband herinner ik eraan dat het aan de nationale rechter staat om zich uit te spreken over de vraag of een nationale bepaling van aanvullend recht is.

124 Zie punt 8 van het tweede middel van die beslissing.

executie voort te zetten, is derhalve op zijn minst twijfelachtig en hangt af van de concrete omstandigheden van elk geval. De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat, aangezien de bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid op grond waarvan de banken gebruik kunnen maken van de hypothecaire executie door de consumenten zijn aangevochten, er redelijkerwijs van mag worden uitgegaan dat de consumenten die een dergelijke rechtsvordering instellen, rechtsbijstand genieten en niet ernaar streven om hun belangen te schaden, maar wel om ze te beschermen.

129. Ik deel het standpunt van de Commissie. Ook al zie ik zelf bij lezing van de door de Tribunal Supremo vermelde toepasselijke bepalingen de procedurele voordelen van de hypothecaire executieprocedure, ik betwijfel enigszins of „alle" consumenten zonder enige uitzondering die voordelen genieten. [125] Uiteraard kan het Hof deze vraag, die alleen betrekking heeft op het nationale recht, niet beantwoorden. Het lijkt mij echter zinvol om de twijfel te delen die ik heb met betrekking tot de door de Tribunal Supremo beschreven situatie, die ik zal illustreren aan de hand van twee voorbeelden. [126]

130. Laten we eerst het geval nemen van een jong kinderloos stel, P en M. Beiden hebben een universitaire opleiding gevolgd. In 2000 krijgen zij bij een bank een hypothecaire lening voor de aankoop van hun woning. Deze lening, van 180 000 EUR, is afgesloten voor een duur van 30 jaar. In 2007 beslissen zij om een tweede huis te kopen en krijgen zij een tweede hypothecaire lening, van 80 000 EUR, die is afgesloten voor een duur van 15 jaar. In 2012, midden in de economische crisis, verliest M zijn baan en is het stel niet langer in staat om zijn twee hypothecaire leningen af te lossen. Enkele maanden later, nadat zeven maandelijkse termijnen van de eerste lening onbetaald zijn gebleven, heeft de bank verzocht om hypothecaire executie. Bij de toetsing van het eventueel oneerlijke karakter van de bedingen stelt de nationale rechter vast dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is. Dankzij de steun van de ouders en de verkoop van het tweede huis slaagt het stel er echter in, vóór de datum van de openbare verkoop, zijn hoofdwoning te bevrijden door middel van de consignatie van het exact verschuldigde bedrag bij de bank. Dat stel zou de groep consumenten kunnen vertegenwoordigen die de procedurele voordelen van de hypothecaire executie zou kunnen genieten.

131. Laten we nu het geval nemen van een jong stel, J en L. J werkt in de bouwsector en L werkt in de dienstensector. In 2000 krijgen zij, ondanks dat zij over een beperkte betalingscapaciteit beschikken, bij een bank een hypothecaire lening van 100 000 EUR voor de aankoop van een woning. Deze lening is afgesloten voor een duur van 26 jaar en vertegenwoordigt meer dan de helft van hun maandelijkse inkomen. In 2004 en 2007 worden hun twee kinderen geboren. In 2012, midden in de economische crisis, verliest J zijn baan. J ontvangt gedurende een bepaalde periode een werkloosheidsuitkering, maar na afloop van die periode kan het stel met één enkel inkomen zijn terugbetalingsverplichtingen niet langer nakomen. Nadat tien maandelijkse termijnen onbetaald zijn gebleven, verzoekt de bank om hypothecaire executie. Bij de toetsing van de bedingen stelt de executierechter vast dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is. Het stel heeft geen spaargeld om zijn goed te bevrijden door de betaling van het verschuldigde bedrag tot de datum van de openbare verkoop. Gelet op de rechtspraak van het Hof schort de nationale rechter de hypothecaire executie op en stelt hij het Hof prejudiciële vragen.

125 Uit het dossier blijkt dat rechter Orduña Moreno in de arresten van de Tribunal Supremo van 23 december 2015 en 18 februari 2016, die reeds zijn aangehaald in punt 26 van de onderhavige conclusie, een afwijkend standpunt heeft ingenomen en zich heeft uitgesproken over de onverenigbaarheid van die arresten van de Tribunal Supremo met het Unierecht. Beschikbaar op http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d9586b9875f1d9f4. Zie blz. 8-17. Zie ook punt 26 van mijn conclusie in de zaken C-92/16 en C-167/16 alsook voetnoot 21 van mijn conclusie in zaak C-486/16.

126 Het idee van dat *eerste voorbeeld* is namelijk ter terechtzitting bij mij opgekomen toen de Spaanse regering, ter illustratie van de nadelen voor de consument van de procedure ten gronde, verwees naar een gelijksoortig hypothetisch geval.

132. Moet in dit tweede geval ervan worden uitgegaan dat het stel de voordelen van de hypothecaire executie kan genieten? Een bevestigend antwoord zou gebaseerd zijn op het idee dat het stel in staat is om de vervallen maandelijkse termijnen te betalen en derhalve om zijn onroerend goed te bevrijden, wat niet het geval is. Heeft dat stel, naast die procedurele voordelen, die het vanwege zijn precaire economische situatie misschien niet kan genieten, bijvoorbeeld de mogelijkheid om in de fase van de hypothecaire executieprocedure opnieuw te onderhandelen over zijn schulden? Ik denk van niet.

133. Hoe dan ook – los van de mogelijkheid dat de hypothecaire executieprocedure consumenten, in voorkomend geval, voordelen oplevert – lijdt het volgens mij geen twijfel dat, gelet op de rechtspraak van het Hof over de draagwijdte van de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid die in de punten 65 tot en met 82 van de onderhavige conclusie in herinnering is gebracht, de gevolgen van deze voordelen voor het antwoord dat moet worden gegeven op de onderhavige vragen, die betrekking hebben op de gevolgen die moeten worden verbonden aan de vaststelling van het oneerlijke karakter van het litigieuze beding, op zijn minst onzeker zijn. In het licht van die rechtspraak ben ik bijgevolg van mening dat de nationale rechter die heeft vastgesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, ondanks deze vaststelling geen hypothecaire executie tegen de schuldenaar-consument kan starten of, in voorkomend geval, kan voortzetten, ook al is hij van oordeel dat deze procedure gunstiger is voor de schuldenaar-consument.

d) Mogelijkheid om de consument te informeren over de voordelen van de voortzetting van de hypothecaire executie: arrest Pannon GSM

134. Zoals ik heb opgemerkt in punt 128 van de onderhavige conclusie, blijkt uit de verwijzingsbeslissing van de Tribunal Supremo niet dat de voortzetting van de hypothecaire executie die is gestart op grond van een oneerlijk beding inzake vervroegde opeisbaarheid, in alle gevallen voordelig is voor de schuldenaar-consument. Indien de nationale rechter evenwel van oordeel zou zijn dat de consument die voordelen kan genieten, moet hij de consument daarover informeren. Na raadpleging van zijn advocaat zou de consument kunnen verklaren dat hij niet voornemens is zich te beroepen op het oneerlijke en niet-bindende karakter van dat beding, zoals in mijn eerste voorbeeld, betreffende het stel P en M.

135. In dit verband herinner ik eraan dat het Hof in het arrest Pannon GSM, na eraan te hebben herinnerd dat de nationale rechter het nuttig effect moet verzekeren van de door de bepalingen van richtlijn 93/13 gewenste bescherming, voor recht heeft verklaard dat de nationale rechter bij de uitvoering van de verplichting om oneerlijke bedingen ambtshalve te onderzoeken, „op grond van [die] richtlijn evenwel niet gehouden [is], het betrokken beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen”.[127] In het arrest Banif Plus Bank heeft het Hof dat arrest bevestigd en benadrukt dat de aan de consument geboden mogelijkheid om zijn standpunt hierover kenbaar te maken, tevens beantwoordt aan de verplichting die rust op de nationale rechter om in voorkomend geval rekening te houden met de door de consument uitgedrukte wil wanneer deze zich ervan bewust is dat een oneerlijk beding niet bindend is maar toch aangeeft dat hij niet wil dat het buiten toepassing blijft en dus vrij en geïnformeerd met het beding in kwestie instemt.[128]

136. Gelet op alle voorgaande overwegingen geef ik in overweging op de tweede prejudiciële vraag in zaak C-70/17 en op de eerste vraag in zaak C-179/17 te antwoorden dat artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale rechtspraak volgens welke, wanneer een nationale rechter heeft vastgesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, de hypothecaire executieprocedure die is ingeleid na de

127 Arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, punt 33).

128 Arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88, punten 27 en 35).

toepassing van dat beding, niettemin kan worden voortgezet door de aanvullende toepassing van een nationaalrechtelijke bepaling zoals artikel 693, lid 2, LEC, voor zover deze procedure voor de consumenten gunstiger kan zijn dan de tenuitvoerlegging van een in het kader van de procedure ten gronde gewezen veroordeling, mits de consument, nadat hij door de nationale rechter naar behoren ervan in kennis is gesteld dat het beding niet bindend is, vrij en geïnformeerd zijn toestemming geeft en verklaart dat hij niet voornemens is zich te beroepen op het oneerlijke en niet-bindende karakter van dat beding.

6. Tweede en derde vraag in zaak C-179/17

137. Gelet op mijn voorstel van antwoord op de eerste prejudiciële vraag ben ik van mening dat het niet noodzakelijk is om te antwoorden op de tweede en de derde vraag, die betrekking hebben op de uitlegging van het Spaanse recht, die door de nationale rechter moet worden gegeven.

C. Slotopmerking

138. Ik wens een laatste opmerking te maken. Zoals blijkt uit de zesde overweging van richtlijn 93/13, „[is] het, teneinde de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken en de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden bij het kopen van goederen en bij dienstverrichtingen op basis van overeenkomsten waarop de wetgeving van een andere lidstaat dan de zijne van toepassing is, van essentieel belang [...] oneerlijke bedingen uit deze overeenkomsten te weren”. Ik ben ervan overtuigd dat de voorgestelde oplossing de verdienste heeft dat zij de consumentenbescherming, die thans sterk en samenhangend is, vrijwaart en bijgevolg de interne markt versterkt. Om die reden en om alle voorgaande redenen, verzoek ik het Hof om zijn rechtspraak te bevestigen.

VI. Conclusie

139. Gelet op alle voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Tribunal Supremo en de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona te beantwoorden als volgt:

1) In zaak C-70/17:

„Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale rechter die heeft vastgesteld dat een contractueel beding op grond waarvan een hypothecaire leningsovereenkomst vervroegd opeisbaar kan worden gesteld, met name wanneer één enkele maandelijkse termijn onbetaald is gebleven, oneerlijk is, dat beding gedeeltelijk kan handhaven, door eenvoudigweg de grond voor vervroegde opeisbaarheid waardoor het beding oneerlijk is, te schrappen.”

2) In de zaken C-70/17 en C-179/17:

„Artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale rechtspraak volgens welke wanneer een nationale rechter heeft vastgesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, de hypothecaire executieprocedure die is ingeleid na de toepassing van dat beding, niettemin kan worden voortgezet door de aanvullende toepassing van een nationaalrechtelijke bepaling zoals artikel 693, lid 2, van Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (wet 1/2000 houdende het wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 7 januari 2000, in de op de hoofdgedingen toepasselijke versie, voor zover deze procedure voor de consumenten gunstiger kan zijn dan de tenuitvoerlegging van een in het kader van de procedure ten

gronde gewezen veroordeling, tenzij de consument, nadat hij door de nationale rechter naar behoren ervan in kennis is gesteld dat het beding niet bindend is, vrij en geïnformeerd zijn toestemming geeft en verklaart dat hij niet voornemens is zich te beroepen op het oneerlijke en niet-bindende karakter van dat beding.”