



Datum van inontvangstneming : 03/03/2022

## Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-35/22 - 1

---

**Zaak C-35/22**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

17 januari 2022

**Verwijzende rechter:**

Audiencia Provincial de Málaga (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

14 december 2021

**Verzoekende partij:**

Cajasur Banco, S. A.

**Verwerende partijen:**

JO

IM

---

**AFDELING NR. 6 VAN DE**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA**

(provinciaal gerechtshof Málaga, Spanje)

[OMISSIS]

[OMISSIS] Identificatie van de verwijzende rechterlijke instantie en de partijen en hun vertegenwoordigers]

## I. FEITEN

**EEN:** Bij vonnis van 2 maart 2020 van de Juzgado de Primera Instancia 18 bis (rechter in eerste aanleg nr. 18 bis Málaga, Spanje) in procedure [OMISSIS] is het volgende beslist:

*„Gelet op het voorgaande, wordt de vordering van IM en JO [OMISSIS] TOT NIETIGVERKLARING VAN ALGEMENE VOORWAARDEN VAN EEN OVEREENKOMST en TOT BETALING VAN GELDBEDRAGEN, ingesteld tegen de onderneming CAJASUR BANCO, S. A., SOCIEDAD UNIPERSONAL, [OMISSIS] TOEGEWENZEN, zodat wordt beslist als volgt.*

- *Het „kostenbeding” dat is opgenomen in de HYPOTHEEKAKTE die de partijen verbindt – inzonderheid het vijfde beding inzake de voor de hypotheekgarantie in rekening gebrachte kosten – WORDT NIETIGVERKLAARD.*
- *Verweerster wordt VEROORDEELD tot BETALING aan verzoekers van het BEDRAG van 488,69 EUR ter zake van notariskosten (50 % van het oorspronkelijk gevorderde bedrag), beheerkosten (50 % van het oorspronkelijk gevorderde bedrag) en 100 % van de inschrijvingskosten, uitgezonderd het zegelrecht, zoals gevorderd, plus de wettelijke rente van artikel 1.896 van de Código Civil (burgerlijk wetboek), dat wil zeggen gerekend vanaf de datum van de betalingen, en onverminderd het bepaalde in artikel 576 van de Ley de Enjuiciamiento Civil (wet op de burgerlijke rechtsvordering).*
- *Verweerster wordt VEROORDEELD tot VERWIJDERING van voornoemd beding uit de overeenkomst.*
- *Voornoemde overeenkomst blijft voor het overige in stand.*
- *Verweerster wordt VERWEZEN in de KOSTEN.”*

**TWEE:** Nadat tegen dat vonnis is hoger beroep was ingesteld, werd de datum voor beraadslaging, stemming en uitspraak vastgesteld op 8 februari 2022.

**DRIE:** Het hoger beroep ziet enkel op het deel van het dictum van het vonnis dat betrekking heeft op de verwijzing van verweerster in de kosten ingevolge artikel 395 van de [Ley de Enjuiciamiento Civil] 1/2000 (wet 1/2000 op de burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”).

**VIER:** Voorafgaand aan dit verzoek om een prejudiciële beslissing is partijen verzocht zich uit te spreken over de mogelijkheid om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, gelet op de recente rechtspraak van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) in onder meer de arresten van zijn civiele kamer, eerste afdeling, van 8 juni 2021 (ROJ:STS 2295/2021), 22 september 2021 (ROJ:STS 3421/2021), en 22 september 2021 (ROJ:STS 3413/2021).

**VIJF.** [OMISSIS] [De verwijzende rechter heeft besloten het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen].

## **II. RECHTSGRONDEN**

### **Ten eerste: afbakening van het voorwerp van het hoger beroep.**

- 1 De onderhavige procedure strekt tot nietigverklaring wegens oneerlijkheid van een beding (kostenbeding) dat is opgenomen in de akte van lening met hypotheekgarantie die de partijen verbindt. Een van die partijen is een consument (leningnemer), zodat richtlijn 93/13/EEG en de Spaanse regelingen 1/2007 [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, 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 van 16 november 2007 tot vaststelling van de geconsolideerde tekst van de algemene wet inzake de bescherming en verdediging van consumenten)] en LCGC-7/1998 [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (wet 7/1998 van 13 april 1998 van inzake algemene voorwaarden in overeenkomsten)] inzake de bescherming en verdediging van consumenten en gebruikers van toepassing zijn.
- 2 Nadat de consument de vordering had ingesteld, heeft verweerster deze erkend, ofschoon het concrete bedrag ervan pas in een later stadium werd aanvaard. De oneerlijkheid van het beding werd dus wel erkend, maar het bedrag dat als gevolg van de nietigheid [van het beding] moest worden terugbetaald, werd niet volledig aanvaard. Het vonnis maakt melding van die erkenning alsmede van het bedrag dat verweerster heeft aanvaard.
- 3 Niettemin is verweerster bij het bestreden vonnis verwezen in de kosten, op grond dat het, niettegenstaande de erkenning van de vordering, een substantieel bedrag betrof.
- 4 In artikel 395 LEC, dat de procedure in Spanje regelt, wordt het volgende bepaald:

Artikel 395. Veroordeling in de kosten in geval van erkenning van de vordering.

1. Indien de verweerder de vordering erkent alvorens daarop een antwoord te formuleren, wordt hij niet veroordeeld in de kosten, tenzij het gerecht op goede gronden kwade trouw bij de verweerder vaststelt.

Van kwade trouw is in ieder geval sprake wanneer vóór de instelling van de vordering een betrouwbaar en gerechtvaardigd betalingsverzoek aan de verweerder is toegezonden, wanneer er een bemiddelingsprocedure is ingeleid of wanneer de verweerder is verzocht aan een dergelijke procedure deel te nemen.

2. Indien de erkenning van de vordering geschiedt nadat tegen de vordering verweer is gevoerd, is lid 1 van het vorige artikel van toepassing.

**Ten tweede: recente rechtspraak van de Tribunal Supremo in Spanje.**

- 5 Op het gebied van erkenning van de vordering in specifieke kwesties betreffende algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten heeft de Spaanse Tribunal Supremo (civiele kamer, eerste afdeling) zich recentelijk uitgesproken in de volgende arresten: arrest van 8 juni 2021 (ROJ:STS 2295/2021), arrest van 22 september 2021 (ROJ:STS 3421/2021), en arrest van 22 september 2021 (ROJ:STS 3413/2021).
- 6 Het eerste van deze arresten, dat van 8 juni 2021, had betrekking op een verwijzing in de kosten in geval van erkenning van de vordering nadat vóór de instelling van de vordering een betalingsverzoek tot de verweerder was gericht (artikel 395, lid 1, Código Civil), waarbij werd verwezen naar een eigen arrest (STS 131/2021 van 9 maart 2021) van de Tribunal Supremo. In zijn uitlegging, uitgaande van de situatie dat de eiser een betalingsverzoek aan de financiële instelling had gezonden maar vóór het verstrijken van de termijn voor de beantwoording daarvan een vordering had ingesteld die vervolgens door de financiële instelling was erkend, heeft de Tribunal Supremo geoordeeld dat artikel 395 LEC aldus moest worden uitgelegd dat er geen sprake was van kwade trouw bij de verweerder en dat de verweerder daarom niet in de kosten diende te worden verwezen.
- 7 In het tweede arrest, van 22 september 2021, wordt de rechtspraak die van toepassing is op de situatie waarop artikel 395 ziet, op dezelfde wijze uiteengezet als in de andere arresten:

„Zoals in arrest 131/2021 van 9 maart 2021 is opgemerkt, is een van de doelen van het weergegeven voorschrift het bevorderen van de buitengerechtelijke oplossing van geschillen. De potentiële eiser wordt aangemoedigd om een oplossing voor het geschil te vinden zonder zich tot de rechter te wenden, met als gevolg dat wanneer hij heeft geprobeerd om tot een buitengerechtelijke oplossing van het geschil te komen voordat hij de vordering instelt, hij geen bevredigend antwoord op zijn verzoek heeft ontvangen en de persoon met wie hij het geschil heeft de vordering erkent, ervan uit wordt gegaan dat laatstgenoemde persoon te kwader trouw heeft gehandeld, zodat deze in de kosten zal worden verwezen. Indien de vordering daarentegen wordt ingesteld zonder dat eerst is gestreefd naar een buitengerechtelijke oplossing middels toezending van een ‚betrouwbaar en gerechtvaardigd betalingsverzoek‘, middels inleiding van een bemiddelingsprocedure of middels indiening van een verzoek om aan een dergelijke procedure deel te nemen, loopt de eiser het risico dat hij de kosten zelf moeten dragen indien de verweerder de vordering erkent alvorens verweer te voeren, gelet op het feit dat om erkenning van de vordering aan te moedigen (waardoor de oplossing van geschillen wordt bespoedigd en de rechtspraak geen middelen hoeft te besteden aan onnodige gedingen), de wet de verweerder die de vordering te goeder trouw erkent vrijstelt van verwijzing in de kosten. Op deze wijze wordt ook de potentiële verweerder aangemoedigd om het geschil buitengerechtelijk op te lossen; als hij immers niet ingaat op het

buitengerechtelijke verzoek van de toekomstige eiser en deze zich gedwongen ziet een vordering in te stellen bij het gerecht, zal de verweerder, indien hij de vordering erkent, worden verwezen in de kosten, op grond dat hij te kwader trouw heeft gehandeld. 4.- Artikel 395, lid 1, LEC, dat *ratione temporis* van toepassing is, is niet in strijd met het Unierecht, ook niet wanneer het wordt toegepast op gedingen over oneerlijke bedingen. Het beginsel van consumentenbescherming, waarvan een van de facetten de doeltreffendheid van de bescherming tegen oneerlijke bedingen uit hoofde van richtlijn 93/13/EEG is, moet stroken met andere beginselen van het Unierecht, zoals het waarborgen van een goede rechtsbedeling, als een onmisbaar element voor de doeltreffendheid van het beginsel van de rechtsstaat, dat een van de pijlers van de rechtsorde van de Unie is. 5.- Een van de facetten van het beginsel van een goede rechtsbedeling bestaat erin dat de – altijd beperkte – middelen van de gerechten worden gebruikt om die zaken op te lossen die onvermijdelijk een gerechtelijke oplossing vereisen omdat een buitengerechtelijke oplossing niet mogelijk blijkt. Daardoor zullen zaken die buiten de gerechten kunnen worden opgelost geen beslag leggen op tijd en middelen die moeten worden besteed aan die andere zaken, waarin de tussenkomst van de rechterlijke macht onontbeerlijk is. 6.- Dit komt tevens ten goede aan de consument, aangezien procederen een trage en dure methode is voor het oplossen van geschillen waarin hij is verwickeld, die niet zonder risico's is (het verstrijken van een termijn, verval van recht enz.). 7.- Deze redenen verklaren de duidelijke keuze van de EU voor het bevorderen van de buitengerechtelijke beslechting van geschillen, met inbegrip van consumentengeschillen, waaraan uitdrukking is gegeven in regelingen als verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad, eveneens van 21 mei 2013, betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen.”

- 8 In dit arrest wordt duidelijk uiteengezet dat indien de vordering wordt ingesteld zonder dat eerst een buitengerechtelijke oplossing is nagestreefd, middels indiening van een „betrouwbaar en gerechtvaardigd betalingsverzoek”, middels inleiding van een bemiddelingsprocedure, of middels indiening van een verzoek om aan een dergelijke procedure deel te nemen, het risico bestaat dat de eiser zijn eigen kosten moet dragen als de verweerder de vordering erkent alvorens verweer te voeren. Dat wil zeggen dat de verwijzing in de kosten in een procedure in geval van erkenning van de vordering, zal worden bepaald aan de hand van het volgende: 1. Indien de bank een betalingsverzoek heeft ontvangen en niet heeft geantwoord, zou zij in de kosten van de gerechtelijke procedure kunnen worden verwezen wanneer er een vordering wordt ingesteld. 2. Indien de bank een betalingsverzoek heeft ontvangen, maar onvoldoende tijd heeft gekregen om dat te beantwoorden, wordt zij niet verwezen in de kosten van de daaropvolgende gerechtelijke procedure. 3. Indien de bank geen betalingsverzoek heeft ontvangen en er direct een vordering wordt ingesteld, wordt zij niet verwezen in de kosten van die procedure indien zij de vordering erkent.

- 9 Het derde van de aangehaalde arresten consolideert het hierboven beschreven stelsel.

**Ten derde. Beoordeling door de kamer en te stellen vragen**

- 10 Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat in de geconsolideerde rechtspraak van de Spaanse Tribunal Supremo de vraag of de verweerder (een financiële onderneming) kan worden verwezen in de kosten in gedingen over algemene voorwaarden van een overeenkomst, afhankelijk is van het al dan niet bestaan van een betalingsverzoek dat vóór de gerechtelijke vordering is ingediend bij die onderneming. Indien een dergelijk voorafgaand verzoek is ingediend, de financiële onderneming niet voor een oplossing heeft gezorgd er vervolgens een gerechtelijke vordering wordt ingesteld, zal de financiële onderneming worden verwezen in de kosten, ook wanneer zij de vordering erkent. Indien er echter geen voorafgaand verzoek is ingediend en de financiële onderneming na [het aanhangig maken van] de gerechtelijke procedure de vordering erkent, zal zij niet in de kosten worden verwezen omdat zij niet te kwader trouw heeft gehandeld.
- 11 Dit zou in de eerste plaats het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000/C-364/01)) kunnen aantasten, doordat het recht om een vordering in te stellen en volledige schadevergoeding te verkrijgen afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat er eerst bindende buitengerechtelijke stappen dienen te worden ondernomen. Om volledige schadevergoeding te verkrijgen, moet de consument dus noodzakelijkerwijs eerst een buitengerechtelijke vordering instellen, zonder direct een gerechtelijke procedure aanhangig te maken, aangezien hij in geval van erkenning van de vordering niet zal worden gecompenseerd voor de kosten van die procedure, ook al betreft de vordering oneerlijke bedingen die geen bindend karakter hebben. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld (zaak C-243/08, Pannon GSM, punt 28) dat het niet-bindende karakter niet mag afhangen van de vraag of en wanneer een consument de oneerlijkheid van een bepaald contractueel beding heeft aangevoerd of de geldigheid ervan heeft betwist. Dienaangaande heeft het Hof bevestigd „[...] artikel 6, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een oneerlijk contractueel beding de consument niet bindt en dat het daarvoor niet nodig is dat de consument een dergelijk beding tevoren met succes heeft betwist”.
- 12 De gegeven uitlegging zou eveneens van invloed kunnen zijn op het recht van de consument op volledige schadevergoeding, aangezien deze uitlegging hem noodzakelijkerwijs verplicht om voorafgaand aan de gerechtelijke vordering een betalingsverzoek in te dienen om zich van dit recht te verzekeren (artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG). In het aangehaalde arrest van de Tribunal Supremo van 8 juni 2021 wordt het volgende verklaard: „Het vereiste dat de consument vooraf een buitengerechtelijk betalingsverzoek heeft verzonden, in zodanige bewoordingen en met zodanige termijnen dat de aangezochte partij een bevredigend antwoord kan geven, opdat de consument, indien de verweerder de vordering erkent, zijn eigen kosten niet hoeft te dragen, vormt geen onevenredige

belemmering voor de doeltreffendheid van richtlijn 93/13/EEG, en inzonderheid geen belemmering voor de bevrijding van de consument van het oneerlijke beding zonder de kosten van zijn advocaat en zijn procureur te hoeven dragen, aangezien het in de praktijk niet onmogelijk of buitensporig moeilijk is om de door de richtlijn aan de consument verleende rechten uit te oefenen, daar het gaat om een verplichting waaraan gemakkelijk kan worden voldaan.”

- 13 Dit vindt steun in het feit dat het geanalyseerde beding reeds nietig is verklaard in het arrest van de Tribunal Supremo van 23 december 2015, en hoewel de gevolgen van die nietigheid mettertijd zijn vastgesteld in de rechtspraak van de Tribunal Supremo, is de rechtspraak ten aanzien van de gevolgen van een dergelijke nietigheid al enkele jaren ten minste gedeeltelijk constant (bijvoorbeeld dat de bank alle inschrijvingskosten en de helft van de notariskosten moet dragen). De houding van kredietverstreckende ondernemingen is er in dit verband niet op gericht om de consument schadevergoeding te betalen voor een beding waarvan bekend is dat het nietig is, maar om te wachten op de instelling van de vordering door die consument (met de daaruit voortvloeiende betaling van de emolumenten van zijn advocaat en zijn procureur), en vervolgens de vordering te erkennen, met als gevolg dat zij de kosten van de procedure niet hoeven te dragen bij gebreke van een voorafgaand verzoek. Dit zou ook weer indruisen tegen het beginsel van volledige schadevergoeding dat in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 december 2016 is vastgesteld: „Uit het voorgaande volgt 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. 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 verkeer, wordt hersteld.”
- 14 Er zij op gewezen dat in overeenstemming met de regel van nationaal recht, te weten voornoemd artikel 395 LEC, kwade trouw ten minste wordt vermoed indien de verweerder vóór de instelling van de vordering een betrouwbaar en gerechtvaardigd betalingsverzoek heeft ontvangen. Dit impliceert evenwel niet dat er ook sprake is van kwade trouw met betrekking tot andere gedragingen van de verweerder, bijvoorbeeld wanneer deze ondanks zijn bekendheid met de oneerlijkheid van een beding niet uit eigen beweging heeft getracht de gevolgen ervan weg te nemen en de consument tegemoet te komen, maar in plaats daarvan heeft gewacht tot hij door die consument werd gedagvaard, in de wetenschap dat hij bij gebreke van een buitengerechtelijk verzoek de proceskosten niet zal hoeven te dragen, of zelfs heeft gewacht tot het buitengerechtelijke verzoek om een situatie van oneerlijkheid die is veroorzaakt door een beding waarvan hij weet dat het nietig is op te heffen, is betekend.
- 15 [OMISSIS]
- [OMISSIS] [Letterlijke weergave van de hieronder geformuleerde prejudiciële vragen]]



**BESLUIT EEN VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING IN TE DIENEN BIJ HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE, in het kader waarvan de volgende vragen worden gesteld:**

**1. Is het op grond van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten in strijd met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie om van de consument te vereisen dat hij, opdat de nietigverklaring wegens oneerlijkheid van een bepaalde algemene voorwaarde van de overeenkomst resulteert in volledige vergoeding van de schade die uit die nietigheid voortvloeit (met inbegrip van de kosten van de gerechtelijke procedure), voorafgaand aan de gerechtelijke procedure een buitengerechtelijke vordering aanhangig heeft gemaakt?**

**2. Is het in overeenstemming met het recht op volledige schadevergoeding en de doeltreffendheid van het Unierecht en van artikel 6, lid 1, van voornoemde richtlijn dat er een criterium voor de verwijzing in de kosten (met inbegrip van de gerechtskosten) wordt vastgesteld dat die verwijzing afhankelijk stelt van de vraag of de consument eerst een buitengerechtelijke vordering tot verwijdering van dat beding heeft ingesteld tegen de financiële instelling?**

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Schorsing van de nationale procedure en procedurele slotformules]