



Datum van inontvangstneming : 08/10/2019

Zaak C-497/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

26 juni 2019

Verwijzende rechter:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 juni 2019

Verzoekende partij:

Ibercaja Banco, S.A.

Verwerende partij:

SO

TP

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Betwisting van een in een hypothecaire executieprocedure gegeven beschikking waarbij de beëindiging van de executie werd gelast omdat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid dat was opgenomen in de tussen de partijen overeengekomen hypothecaire leningsovereenkomst, als oneerlijk werd aangemerkt.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De verwijzende rechter stelt drie prejudiciële vragen. In de eerste daarvan vraagt hij of een nationale regeling waaruit volgt dat de bevoegde rechter die bij het verlenen van verlof tot executie niet ambtshalve heeft getoetst of een beding oneerlijk is, dit niet alsnog ambtshalve kan doen, ook niet wanneer bij de in eerste instantie verrichte controle geen enkele overweging aangaande de geldigheid van

de onderzochte bedingen is geformuleerd, verenigbaar is met het recht van de Europese Unie.

Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de geëxecuteerde die zich niet tegen het oneerlijke karakter van bedingen verzet in de daartoe in de wet voorziene incidentele verzetprocedure, nadat een beslissing op dat incidenteel verzet is gegeven een nieuw incident kan opwerpen, ook wanneer er geen nieuwe feitelijke of juridische elementen zijn.

Met de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of in geval van een ontkennend antwoord op de tweede vraag, overwegende dat er een verval van recht optreedt dat verhindert dat de schuldenaar het oneerlijke karakter van bedingen opnieuw aan de orde kan stellen, de rechter die toetsing ambtshalve kan verrichten.

Prejudiciële vragen

- „1) Verzet het Unierecht zich tegen een nationale regeling waaruit volgt dat indien bij de initiële ambtshalve rechterlijke toetsing in het kader van de verlening van verlof tot executie een bepaald beding niet als oneerlijk is aangemerkt, die toetsing eraan in de weg staat dat dezelfde rechter dat beding nadien ambtshalve kan toetsen, wanneer de feitelijke en juridische elementen vanaf het eerste moment bestonden, hoewel in het kader van die initiële toetsing noch in het dispositief, noch in de gronden enige overweging ter zake van de geldigheid van bedingen is geformuleerd?
- 2) Kan de geëxecuteerde die, terwijl de feitelijke en juridische elementen op grond waarvan een beding in een consumentenovereenkomst als oneerlijk wordt beschouwd reeds aanwezig waren, dat beding niet betwist in de daartoe in de wet voorziene incidentele verzetprocedure, nadat een beslissing op dat incident is gegeven een nieuw incident opwerpen teneinde duidelijkheid te verkrijgen over het oneerlijke karakter van een ander beding of andere bedingen, wanneer hij daartegen reeds verzet had kunnen aantekenen in de gewone wettelijke procedure? De vraag is derhalve of er een verval van recht plaatsvindt dat de consument belet om in dezelfde executieprocedure, of in een latere declaratoire procedure, het oneerlijke karakter van een ander beding aan de orde te stellen.
- 3) In het geval dat de nationale regeling in overeenstemming met het Unierecht wordt verklaard, kan dan de conclusie dat de partij geen tweede of daaropvolgend incident kan opwerpen om zich te beroepen op het oneerlijke karakter van een beding waartegen hij eerder verzet had kunnen aantekenen, gegeven het feit dat de noodzakelijke feitelijke en juridische elementen reeds waren vastgesteld, dienen als grondslag voor de rechter om, nadat hij op dat oneerlijke karakter is gewezen, alsnog gebruik te maken van zijn bevoegdheid om een ambtshalve toetsing te verrichten?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie

Arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60), punten 51 en 52.

Arrest van 14 maart 2013, █████ (C-415/11, EU:C:2013:164).

Arrest van 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), punten 37, 38 en 39.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Bepalingen van nationaal recht

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (wet 1/2000 van 7 januari 2000 betreffende de burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”), met name de artikelen 136, 222, 447, lid 2, 517, 552, lid 1, 557, 571 en 695.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (wet 1/2013 van 14 mei 2013 houdende maatregelen ter versterking van de bescherming van hypotheekgevers, schuldsanering en sociale huur; hierna: „wet 1/2013”).

Código Civil (burgerlijk wetboek; hierna: „CC”), met name artikel 1129.

Nationale rechtspraak

[Arrest van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje); hierna: „STS”] STS 461/2014 (ECLI: ES:TS:2014:4617)

STS 4972/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4972)

STS 3373/2017(ECLI: ES:TS:2017:3373)

STS 3553/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

STS 3734/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

STS 5618/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618)

Korte beschrijving van de feiten en het geding

- 1 IBERCAJA BANCO, S.A. heeft een hypothecaire executieprocedure ingeleid tegen TP en SO, waarin de bevoegde Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza (rechter in eerste aanleg, Zaragoza, Spanje) vonnis heeft gewezen waarbij hij het in de hypothecaire leningsovereenkomst opgenomen beding inzake vervroegde

opeisbaarheid ambtshalve nietig verklaarde wegens het oneerlijke karakter ervan en de beëindiging van de executie gelastte. Verzoekster heeft beroep tegen dat vonnis ingesteld, waarvan kennisgeving is gedaan aan de tegenpartij, die een conclusie van antwoord heeft ingediend, en het procesdossier is toegezonden aan de Audiencia Provincial de Zaragoza (rechter in tweede aanleg van de provincie Zaragoza, Spanje), de verwijzende rechter.

- 2 De voorgeschiedenis van de zaak gaat terug tot de op 27 mei 2015 in het kader van de bijzondere hypothecaire executieprocedure behandelde vordering tot executie die Ibercaja Banco, S.A. had ingesteld tegen het echtpaar TP en SO, uit hoofde van de op 30 juni 2005 verstrekte hypothecaire lening. Het bedrag van de lening was 240 000 EUR, en de hypotheek was gevestigd op een woning en een parkeerplaats. De vervaldatum van de lening was 30 juni 2040 en er moesten 420 maandelijkse betalingen worden verricht, waarvan er inmiddels negen achterstallig waren.

De lening werd op 26 september 2012 vernieuwd, waarbij de termijn voor de aflossing, met inbegrip van rente, werd verlengd tot 30 juni 2043, terwijl de overige voorwaarden ongewijzigd werden gelaten. In beding 6 bis van de overeenkomst, met het opschrift „Vervroegde beëindiging door de kredietinstelling”, is vastgelegd in welke gevallen de leningnemer het voordeel van de aan hem verleende termijn voor de aflossing van het kapitaal kwijtraakt en de bankinstelling de onmiddellijke en volledige terugbetaling van de lening kan eisen. Een van die voorwaarden is „niet-betaling van een vervallen rentebedrag of aflossingstermijn met betrekking tot het geleende kapitaal”.

- 3 Bij beschikking van 15 juni 2015 werd verlof tot executie verleend. In die beschikking werd geen enkel beding als oneerlijk bestempeld en werd ook geen enkel argument in die zin aangevoerd. Het bedrag waarvoor verlof tot executie werd verleend bestond uit 213 988,74 EUR aan kapitaal en 63 000 EUR aan kosten en rente. Er werd geen moratoire rente opgelegd.
- 4 Na ontvangst van het betalingsverzoek tekenden de schuldenaren op 2 september 2015 verzet aan, waarbij zij betoogden dat het betreffende beding oneerlijk was wegens: i) de provisies voor het beheer van de inningen en niet-betaalde bedragen, ii) de moratoire rente, die oneerlijk werd geacht, iii) het feit dat de schuldenaar ingevolge de notariële akten met al zijn vermogen aansprakelijk is, iv) de afstand van de cessie van rechten, v) de volgorde van de oplegging van betalingen, vi) het verbod van verhuur, verkoop en bezwaring, en vii) de kostentoedeling.

Dat verzet werd afgewezen bij beschikking van de rechter in eerste aanleg van 5 november 2015, die bij beschikking van 11 maart 2016 van de rechter in tweede aanleg werd ingetrokken, waarbij enkel de overeengekomen moratoire rente nietig werd verklaard wegens het oneerlijke karakter ervan.

- 5 Bij beschikking van 18 mei 2017 besloot de rechter in eerste aanleg de partijen te horen over twee aangelegenheden: de mogelijkheid om het beding inzake

vervroegde opeisbaarheid als oneerlijk te kwalificeren en de mogelijkheid om de procedure te schorsen hangende het door de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) bij beschikking van 8 februari 2017 bij het Hof van Justitie ingediende verzoek om een prejudiciële beslissing.

- 6 Na de argumenten van partijen te hebben gehoord, gaf de rechter in eerste aanleg bij beschikking van 15 juni 2017 een beslissing op de tweede vraag, die betrekking had op de schorsing, zonder in te gaan op het eventuele oneerlijke karakter van de vervroegde opeisbaarheid. Die schorsing is door de rechter in tweede aanleg Provincial opgeheven bij beschikking van 20 november 2017.
- 7 In een op 22 februari 2018 verzonden brief werd opnieuw verzocht om beëindiging van de executie wegens nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid, en subsidiair om schorsing van de procedure, waarna bij beschikking van 3 september 2018 de beëindiging van de executie werd gelast wegens het oneerlijke karakter van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid. Deze beschikking is het voorwerp van het beroep in het kader waarvan het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 De argumenten van de partijen zijn uiteengezet in de punten 1, 2 en 4 hierboven.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 9 Het belangrijkste probleem dat in het kader van de Spaanse civiele procedure op het gebied van consumentenbescherming moet worden opgelost is dat van de nieuwe procedurele criteria die volgen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende het gezag van gewijsde.

De aan rechters opgelegde procedurele plicht om ambtshalve na te gaan of er oneerlijke contractuele bedingen zijn en deze nietig te verklaren heeft het gezag van gewijsde concreet vorm gegeven. In de praktijk hebben nationale rechters bij het aftasten van de grenzen en de werking van het gezag van gewijsde op het gebied van consumentenbescherming, als gevolg van de niet-precieze afbakening van die grenzen op belangrijke punten te maken met onzekerheden. Specifiek is niet duidelijk bepaald of zich in de executieprocedure een effect voordoet van procedurele afsluiting van de mogelijkheid om de geldigheid van bedingen in consumentenovereenkomsten te toetsen.

- 10 In het Spaanse recht, in de LEC, worden twee grote categorieën civiele procedures onderscheiden: de declaratoire procedure en de executieprocedure.

De declaratoire procedure is een bodemprocedure die moet worden gebruikt als gewoon rechtsmiddel waarin, in het kader van de betrekkingen tussen

particulieren, wordt verzocht om de rechterlijke bescherming van een recht waarmee de gedaagde niet bekend is of waaraan hij afbreuk heeft gedaan, en om een definitieve beslissing ter zake, zonder dat de desbetreffende kwestie of rechtsbescherming naderhand opnieuw aan de rechter kan worden voorgelegd onder aanvoering van dezelfde grond (artikel 222 LEC).

Naast de declaratoire procedure is er de executieprocedure, die wordt gekenmerkt door een niet-precieze voorafgaande begrenzing van rechten. In deze procedure wordt reeds een aanvang gemaakt met de materiële activiteit die nodig is om een recht te doen gelden. De voorwaarde om rechtstreekse toegang te krijgen tot een executieprocedure is dat het recht waarvan de verwezenlijking wordt beoogd is erkend in een titel of document waaraan die werking bij wet is verleend. Deze executorialle titels of documenten worden opgesomd in artikel 517 LEC, waarin een uniforme regeling van de zogeheten procedurele executorialle titels (waaronder, als hoofdvorm, het vonnis, dat een einde maakt aan de declaratoire procedure) en contractuele executorialle titels is neergelegd. Deze laatste worden buiten de procedure tot stand gebracht en zijn overeenkomsten waaruit een verbintenis voor de schuldenaar voortvloeit om een geldelijke, vervallen, opeisbare en liquide prestatie te leveren aan de crediteur. De reden waarom de wetgever in de in dat artikel geregelde omstandigheden rechtstreekse toegang tot een executieprocedure toestaat, waardoor de declaratoire procedure, waarin een recht kan worden erkend, uit de weg wordt gegaan, is dat de erkenning van het bestaan van de schuld geschiedt binnen een constellatie van juridische waarborgen die het mogelijk maken om uit te gaan van het bestaan en de realiteit van de schuld.

- 11 Daarbij moet worden gepreciseerd dat niet alleen de beslissing in een bodemprocedure gezag van gewijsde heeft, maar ook datgene wat, als grondslag van de door de eiser uitgeoefende actie of als door de gedaagde opgeworpen exceptie, aan de orde had kunnen worden gesteld en niet aan de orde is gesteld, in welk geval het effect een verval van recht is.

Dit verval van recht wordt wel „virtueel gezag van gewijsde” genoemd, omdat het eveneens tot gevolg heeft dat de procedure wordt afgesloten en de vordering vervalt. Waar het gezag van gewijsde nauw verband houdt met de waarde van rechtszekerheid, geldt datzelfde voor het verval van recht, omdat de wetgever hiermee beoogt te voorkomen dat er een eindeloze reeks procedures wordt gevoerd om duidelijkheid over eenzelfde recht te verkrijgen.

Verval van recht kan, net als het gezag van gewijsde, formeel worden opgevat, namelijk in die zin dat het gevolgen heeft voor de procedure zelf, dan wel materieel, namelijk in die zin dat het gevolgen heeft voor de rechtsvorderingen of verweermiddelen. Als formeel rechtsgevolg staat het eraan in de weg dat, binnen dezelfde procedure, de partij die in de procedure een passende gelegenheid heeft gehad om een procedurele bevoegdheid uit te oefenen en daar geen gebruik van heeft gemaakt, die bevoegdheid alsnog kan uitoefenen (artikel 136 LEC). Als materieel gevolg verhindert het dat de partij in een andere procedure een grond

kan aanvoeren of een exceptie kan opwerpen die hij in de eerste procedure had kunnen doen gelden (artikel 222 LEC).

- 12 Het Spaanse recht biedt de schuldenaar de mogelijkheid om in een procedure een incident op te werpen teneinde van de rechter duidelijkheid te verkrijgen over een bepaald element van zijn verzet tegen de executie. Voordat wet 1/2013 werd vastgesteld, konden vragen aangaande de geldigheid van de verplichting worden opgeworpen in een declaratoire procedure, die moest worden ingesteld door de schuldenaar. Wet 1/2013 heeft de mogelijkheid ingevoerd om zowel in de gewone executieprocedure (artikel 577, lid 1, punt 7, LEC) als in de bijzondere hypothecaire executieprocedure (artikel 695, lid 1, punt 4, LEC), het oneerlijke karakter van contractuele bedingen aan te vechten, niet alleen door het verzet tegen het oneerlijke karakter en de daaruit voortvloeiende nietigheid van bedingen in seriële overeenkomsten met consumenten te formaliseren, maar ook door de rechter de verplichting op te leggen om ambtshalve, aan het begin van de procedure, het mogelijk oneerlijke karakter van bedingen in die overeenkomsten te toetsen (artikel 552, lid 1, tweede alinea, LEC).

Zowel het verzet vanwege het oneerlijke karakter, op initiatief van de schuldenaar, als de initiële ambtshalve controle waarin deze wet voorziet, heeft betrekking op bedingen die een grond voor verlop tot executie of voor de vaststelling van het bedrag van de schuld kunnen vormen.

- 13 Het gezag van gewijsde dat de rechterlijke beslissing op het verzet in de executieprocedure zou kunnen hebben is voorwerp van controverse rond de LEC geweest. Ten aanzien van het gezag van gewijsde in de executieprocedure heeft de Tribunal Supremo over het algemeen de opvatting verdedigd dat hiervan sprake is met betrekking tot verzetsgronden die op doeltreffende wijze aan de orde zijn gesteld en door de rechter zijn beoordeeld; wat reeds is beslist in het incidenteel verzet en is aangevoerd in de executieprocedure heeft gezag van gewijsde, ook ten aanzien van verzetsgronden die hadden kunnen worden opgeworpen maar niet zijn opgeworpen. Het betreft hier het rechtsgevolg van verval van recht: datgene waartegen verzet had kunnen worden aangetekend, is niet aan de orde gesteld, met als gevolg dat de schuldenaar geen declaratoire procedure kan instellen waarin die exceptie zou kunnen worden toegewezen. Dit is de lijn die, met betrekking tot de executieprocedure, is gevolgd in de arresten 4617/2014 en 4972/2014 van de Tribunal Supremo.
- 14 Die rechtspraak is de Tribunal Supremo ook gaan toepassen op de grond van het oneerlijke karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten. In dit verband moeten de arresten 3373/2017, 3553/2018 en 3734/2018 van de Tribunal Supremo worden genoemd.

De problematiek ontstaat door de mogelijkheid om deze rechtspraak ook toe te passen op of verenigbaar te maken met de vereisten van het recht van verdediging van de schuldenaar/consument die voortvloeien uit de rechtspraak van de Tribuna Supremo.

Het arrest van het Hof van Justitie dat als het meest relevant zou kunnen worden beschouwd, is dat van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). In dat arrest is de problematiek van het gezag van gewijsde en de bescherming van de consument geanalyseerd en is vastgesteld dat die bescherming niet als onbegrensd kan worden beschouwd en moet wijken voor een universeel beginsel van samenhang in de rechtsorde, te weten het rechtszekerheidsbeginsel.

Voorts wordt in dat arrest opgemerkt dat de vraag of er sprake is van gezag van gewijsde een zaak is van nationaal recht. Bijgevolg zouden de door de Spaanse Tribunal Supremo vastgestelde criteria moeten worden gevolgd en zou de algemene rechtsleer van die rechterlijke instantie, die kennelijk is uitgebreid naar het gebied van de consumentenbescherming, moeten worden toegepast. Dit zou betekenen dat als die voorafgaande toetsing door de rechter in de executieprocedure is verricht – doch niet formeel, of door alleen te wijzen op het potentiële oneerlijke karakter als concrete verzetsgrond – en daarna in de eventuele door de schuldenaar ingestelde incidentele verzetprocedure evenmin een formele vaststelling wordt gedaan met betrekking tot een oneerlijk beding of oneerlijke bedingen, dit een gezag van gewijsde tot gevolg zou hebben, of zou leiden tot een „afsluiting” van de procedure, tot verval van recht of tot verlies van de procedurele bevoegdheid van de partij om na het verstrijken van de verzetstermijn de bevoegdheid uit te oefenen om het oneerlijke karakter van een contractueel beding aan de orde te stellen, zowel in de executieprocedure zelf, na het incidenteel verzet, als in een toekomstige declaratoire procedure.

Niettemin wordt voor de bepaling of een beslissing gezag van gewijsde heeft in voornoemd arrest niet slechts verwezen naar het nationale recht, maar worden er een aantal voorwaarden en grenzen vastgesteld, met name in de punten 51 en 52 van het arrest. In punt 51 wordt bepaald dat „de in het nationale recht geldende voorwaarden waaraan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 refereert, het recht dat de consumenten aan die bepaling ontlenuen om niet te worden gebonden door een beding dat als oneerlijk wordt beschouwd, niet in de kern mogen aantasten”, en in punt 52 dat „[w]anneer de nationale rechter bij een eerder onderzoek van een omstreden overeenkomst, dat heeft geleid tot een beslissing die gezag van gewijsde heeft, slechts één beding of bepaalde bedingen van die overeenkomst ambtshalve heeft getoetst aan richtlijn 93/13, [...] die richtlijn een nationale rechter als die waarover het gaat in het hoofdgeding, die door de consument volgens de regels is aangezocht middels een procedure van bijzonder incidenteel verzet, bijgevolg [gebiedt] op verzoek van de partijen of ambtshalve ook te onderzoeken of de andere bedingen van de overeenkomst eventueel oneerlijk zijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke feitelijke en juridische gegevens beschikt. Bij gebreke van een dergelijk onderzoek is de bescherming die de consument wordt geboden, immers onvolledig en ontoereikend en vormt zij geen geschikt en doeltreffend middel om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, hetgeen in strijd is met artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13”.

Het nationaal recht gebiedt de rechter dus om alle bedingen te onderzoeken, ook wanneer slechts wordt gevraagd om toetsing van bedingen die mogelijk als

oneerlijk zijn aan te merken. Ingevolge artikel 552, lid 1, LEC moet de executoriale titel in zijn geheel worden onderzocht; ook wanneer een contradictoir incident enkel betrekking heeft op bedingen die mogelijk oneerlijk zijn, brengt die toetsing met zich mee dat ook de overige bedingen moeten worden onderzocht.

- 15 Voor een goed begrip van de reikwijdte van de vraag waarop middels de prejudiciële verwijzing een antwoord wordt verlangd, lijkt het passend om te verwijzen naar beslissingen van het Hof van Justitie waarin het Hof zich heeft uitgesproken over het oneerlijke karakter van bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid en over het gezag van gewijsde in verband met vorderingen van de schuldenaar op grond van het oneerlijke karakter van een van de bedingen. In casu gaat het over een beding in een leningsovereenkomst.

Wat het eerste aspect betreft, kan in algemene zin worden gesteld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid op zichzelf niet oneerlijk is. In het Spaanse recht brengt de opnemng van een dergelijk beding in de overeenkomst met zich mee dat de schuldenaar, zoals bepaald in artikel 1129 CC, geen gebruik meer kan maken van de termijn die de partijen, in het geval van een geldlening, mogelijk zijn overeengekomen voor de terugbetaling van die lening. In die bepaling wordt het verlies van dat voordeel gekoppeld aan het feit dat de aanvankelijke solvabiliteit van de schuldenaar is weggefallen, hetgeen bij de crediteur redelijkerwijs de vraag kan doen rijzen of de schuldenaar in de toekomst in staat zal zijn om zijn verplichtingen na te komen. Gepreciseerd dient te worden dat particulieren bij het uitoefenen van hun bevoegdheid om hun onderliggende betrekkingen zelf te regelen, in hun overeenkomst naast de wettelijk vereiste bedingen ook andere bedingen inzake niet-nakoming door de schuldenaar kunnen opnemen, zoals bijvoorbeeld, in het geval van een lening, de regelmatige betaling van aflossingen op de hoofdsom en van vergoedingsrente.

- 16 In zijn arrest van 14 maart 2013, ██████████ (C-415/11, EU:C:2013:164), heeft het Hof van Justitie, met name in punt 73, duidelijk vastgesteld welke rechtselementen bepalend zijn voor het oneerlijke karakter van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid.

Ook de Tribunal Supremo heeft dat oneerlijke karakter nader omschreven, en wel in zijn arrest 5618/2015.

- 17 In verband met het tweede genoemde aspect heeft het Hof van Justitie het belang van het gezag van gewijsde in gerechtelijke procedures onderstreept, aangezien de onveranderlijkheid van de beslissing noodzakelijk is voor de eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel. Het verval van recht houdt daar nauw verband mee en brengt met zich mee dat na het verstrijken van de procedurele termijn voor het verrichten van een proceshandeling, de partij de bevoegdheid om die handeling te verrichten verliest.

Dat het aldus begrepen verval van recht in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie, is bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, en wel

in het arrest van 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), betreffende de overgangsregeling die is vastgesteld in voornoemde wet 1/2013. In die wet is, om te voldoen aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, de mogelijkheid voor de schuldenaar/consument ingevoerd om zich in een hypothecaire executieprocedure te verzetten tegen het oneerlijke karakter van contractuele bedingen, en wordt, met betrekking tot gevallen waarin de gewone verzetstermijn is verstreken, voorzien in een bijzondere termijn van een maand waarin, ex novo verzet kan worden aangetekend op grond van het oneerlijke karakter van contractuele bedingen. Het Hof van Justitie heeft vastgesteld dat dit procedurele instrument – de als bijzonder aangemerkte termijn – niet in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie. De redenering die het Hof daarbij heeft gevolgd is de volgende:

„Die kennisgeving dateert echter van vóór de inwerkingtreding van wet 1/2013 en bevatte geen informatie over het recht van die consumenten om zich tegen de executie te verzetten op grond van het oneerlijke karakter van een contractueel beding dat de grondslag vormt voor de executoriale titel, aangezien die mogelijkheid pas bij wet 1/2013 is ingevoerd in artikel 557, lid 1, punt 7, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

In die omstandigheden en met name gelet op het beginsel van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, konden de consumenten redelijkerwijs niet voorzien dat zij een nieuwe kans zouden krijgen om incidenteel verzet aan te tekenen, aangezien zij daar niet van op de hoogte zijn gebracht via dezelfde procedure als die welke werd gehanteerd om hun de oorspronkelijke informatie mee te delen.

Derhalve moet erop worden gewezen dat de litigieuze overgangsbepaling, voor zover zij de vervaltermijn in casu doet ingaan zonder dat de betrokken consumenten persoonlijk in kennis worden gesteld van de mogelijkheid om in een reeds vóór de inwerkingtreding van die wet ingeleide executieprocedure een nieuwe verzetsgrond aan te voeren, niet garandeert dat die termijn ten volle kan worden benut, en dus niet verzekert dat het nieuwe, bij de wetswijziging in kwestie verleende recht daadwerkelijk kan worden uitgeoefend.”

Deze rechtspraak kan slechts worden begrepen vanuit het feit dat het Hof van Justitie zelf vervaltermijnen toelaatbaar heeft geacht. Opgemerkt zij dat in datzelfde arrest, in de punten 27 en 28, wordt gewezen op de beginselen die aan het nationaal stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure. Samengevat vloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voort dat de overgangsregeling van wet 1/2013 het recht van verdediging niet waarborgt, aangezien zij het bestaan veronderstelt van vervaltermijnen die, als uitdrukking van een minimale procedurele regels en met inachtneming van het rechtszekerheidsbeginsel, in overeenstemming zijn met het Unierecht.

- 18 In deze situatie rijzen er vragen over de coördinatie van die beginselen tussen enerzijds de verschillende arresten van het Hof en anderzijds de rechtspraak van de Tribunal Supremo en de nationale wetgeving.

Om het nationale procesrecht in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Hof van Justitie, is in dat recht een toetsing ingevoerd van het [al dan niet oneerlijke] karakter van bedingen, zowel in de gewone executieprocedure als in de hypothecaire executieprocedure. De eerste toetsing vindt ambtshalve plaats en moet door de rechter worden verricht voordat de executieprocedure wordt ingeleid, en dus voordat verlof tot executie wordt verleend. Het bijzondere karakter van die toetsing brengt met zich mee dat het eruit voortvloeiende oordeel louter voorwaardelijk en negatief is. De rechter spreekt zich niet uit over de geldigheid van bedingen, maar over de ongeldigheid ervan. Hij velst geen positief oordeel over de geldigheid ervan, maar een negatief oordeel; ten gevolge van de herziening van de contractuele executoriale titel worden alleen die bedingen in aanmerking genomen die de rechter als oneerlijk kwalificeert, in verband waarmee een contradictoir incident zal worden opgeworpen dat zal leiden tot een uitspraak over de geldigheid ervan.

Met betrekking tot de overige bedingen heeft de executierechter, nadat die bedingen met succes de door hem verrichte geldigheidstoetsing hebben doorstaan, geen enkele overweging geformuleerd. De executierechter heeft zich niet uitdrukkelijk uitgesproken over de geldigheid ervan, hoewel het feit dat er een initiële toetsing heeft plaatsgevonden een impliciete aanvaarding van die bedingen veronderstelt. Dit is het geval in de hypothecaire executieprocedure die aanleiding heeft gegeven tot dit verzoek om een prejudiciële beslissing.

Nogmaals zij opgemerkt dat deze initiële procedurele stap slechts tot een negatief oordeel leidt, hetgeen consistent is met de executieprocedure, waarin in beginsel geen verklaring van rechten plaatsvindt. Met het negatieve oordeel staat niets in de weg aan de rechten van verdediging van de schuldenaar, die, nadat verlof tot executie is verleend, verzet kan aantekenen op grond van het oneerlijke karakter van andere contractuele bedingen die in de initiële toetsing niet uitdrukkelijk zijn beoordeeld.

Niettemin moet ter zake van bedingen ten aanzien waarvan de schuldenaar bij aanvang het potentiële oneerlijke karakter aan de orde heeft gesteld, noodzakelijkerwijs uitspraak worden gedaan in een declaratoire procedure, welke uitspraak zowel negatief kan uitvallen, namelijk wanneer de bedingen als oneerlijk worden gekwalificeerd, als positief, in het tegenovergestelde geval.

Wat voor de doeleinden die in casu van belang zijn duidelijk is, is dat die uitspraken, nadat de noodzakelijke tegenspraak tussen de partijen heeft plaatsgevonden, gezag van gewijsde hebben, zodat noch de schuldenaar die een incident van verzet opwerpt, noch de rechter bij het gebruik van zijn bevoegdheid om een ambtshalve toetsing te verrichten, de herziening van het reeds besliste zou kunnen beogen.

De vragen in deze concrete zaak rijzen wanneer de initiële ambtshalve toetsing er niet toe leidt dat de rechter gelast dat de partijen worden gehoord, omdat van geen van de bedingen is vastgesteld dat het oneerlijk is of omdat dit alleen met betrekking tot een bepaald beding is vastgesteld. Dat wil zeggen dat er verloop tot executie wordt verleend en er geen positief of negatief oordeel wordt uitgesproken over de geldigheid van bedingen, ook niet wanneer die door de rechter zijn geëvalueerd.

- 19 Vervolgens, en dit zou de tweede kwestie zijn, rijst de vraag of de schuldenaar die aan het begin van de procedure incidenteel verzet heeft aangetekend teneinde zich te beroepen op het oneerlijke karakter van bepaalde bedingen, naderhand, ondanks het verval van die bevoegdheid, opnieuw incidenteel verzet kan aantekenen tegen een beding dat hij als oneerlijk beschouwt, maar dat hij op het geëigende moment in de procedure niet aan de orde heeft gesteld, in aanmerking genomen dat de feitelijke en juridische elementen op grond waarvan dat geding als oneerlijk wordt beschouwd bij het opwerpen van het eerste, opportune verzetsincident reeds bestonden.

Overwegende dat het verval van recht in de rechtspraak van het Hof van Justitie is aanvaard in gevallen dat de schuldenaar geen verzet aantekent in de executieprocedure, spitst het probleem zich kortgezegd toe op de vraag of het doeltreffendheidsbeginsel al dan niet leidt tot een „afsluiting” van de procedure, die de rechter belet om ambtshalve iets te toetsen wat reeds is getoetst en de schuldenaar om zich te verzetten tegen iets waartegen verzet had kunnen worden aangetekend, maar waartegen geen verzet is aangetekend.