



Datum van inontvangstneming : 10/04/2017

## Zaak C-92/16\*

**Stuk ingediend door:**

Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada (Spanje)

**Naam van de zaak:**

Bankia

**Datum van indiening:**

21 februari 2017

[omissis]

**BESCHIKKING**

[omissis]

**1) PROCESVERLOOP**

- 1 **I. Verzoek om een prejudiciële beslissing**: de verwijzende rechter heeft zijn verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend bij beschikking van 8 februari 2016 [omissis] (hierna: „verwijzingsbeslissing”), welk verzoek is geregistreerd onder zaaknummer C-92/16.
- 2 **II. Schorsing van de behandeling van de zaak**: bij beslissing van 18 maart 2016 heeft de president van het Hof de behandeling van de onderhavige zaak geschorst totdat het Hof uitspraak heeft gedaan in zaak C-421/14.
- 3 **III. Verzoek om inlichtingen**: op 1 februari 2017 heeft de griffier van het Hof een afschrift van het arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60; hierna: „Banco Primus arrest”), doen toekomen aan de verwijzende rechter, welk afschrift op 7 februari 2017 is geregistreerd ter griffie van de verwijzende rechterlijke instantie. De verwijzende rechter werd verzocht om uiterlijk op 13 maart 2017 aan te geven of hij, in het licht van dat arrest, de in zaak C-92/16 (Bankia) gestelde prejudiciële vragen wenst te handhaven.
- 4 **IV. Argumenten van partijen**: bij beslissing van 13 februari 2017 zijn partijen gehoord.

\* Procestaal: Spaans.

- 5 1) Bij schrijven van 17 februari 2017 heeft de schuldeiser verzocht om intrekking van het verzoek om een prejudiciële beslissing en om opheffing van de opschorting van de [nationale] procedure krachtens artikel 693, lid 2, van de Ley de Enjuiciamiento Civil (wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”) [Or. 2] op de grond dat uit het Banco Primus arrest niet blijkt dat die bepaling zich niet verdraagt met richtlijn 93/13, en dat de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing erop heeft gewezen dat het buiten toepassing laten van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid zou leiden tot een situatie die onredelijk bezwarend zou zijn voor de verkoper en die het voortbestaan van de overeenkomst zou belemmeren.
- 6 2) Bij schrijven van 17 februari 2017 heeft de geëxecuteerde partij verzocht om herformulering van de in de verwijzingsbeslissing gestelde prejudiciële vragen, stellende dat [i] het onredelijk bezwarende karakter en de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel geen te hanteren criteria zijn, [ii] de nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid niet in de weg staat aan het voortbestaan van de rest van de overeenkomst, en [iii] geen afstand kan worden gedaan van de rechten van de consument en dat consumenten moeten worden geïnformeerd en niet als onwetend mogen worden beschouwd, waarna de zienswijze van de Tribunal Supremo (hoogste rechter) met klem wordt betwist, aangezien niet duidelijk is welke voordelen de consument heeft in een procedure waarvan de uitkomst is dat hij en zijn gezin hun woning kwijtraken, vooral wanneer er een andere procedure is die meer garanties biedt.

## 2) MOTVERING

### a. I – RELEVANTIE VAN DE GESTELDE VRAGEN

- 7 Bij het stellen van de prejudiciële vragen in de verwijzingsbeslissing heeft de verwijzende rechter rekening gehouden met de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de Banco Primus zaak (C-421/14, EU:C:2016:69) (zie verwijzingsbeslissing, punt 31).
- 8 Op 23 december 2015, kort vóór de verwijzingsbeslissing, heeft de voltallige Eerste kamer van de Tribunal Supremo arrest 705/2015 (hierna: „OCU arrest”) gewezen.
- 9 De verwijzende rechter had geanticipeerd op de mogelijkheid dat het Banco Primus arrest geen bruikbaar antwoord zou bevatten voor de afdoening van de bij hem aanhangige zaak. Volgens hem staan de visies in het Banco Primus arrest en het OCU arrest lijnrecht tegenover elkaar wat de mogelijkheid van een „amputering” (interne beperking) van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid betreft (verwijzingsbeslissing, punt 30), alsmede wat het feit betreft dat de rechter de consument niet tegen diens wil kan beschermen (verwijzingsbeslissing, punten 40-45). In het OCU arrest beroept de Tribunal Supremo zich evenwel op de jurisprudentie van het Hof om een bepaling toe te passen die volgens de

Tribunal Supremo van aanvullend recht is waar het gaat om de vervroegde opeisbaarheid van hypothecaire leningen. In de verwijzingsbeslissing wees de verwijzende rechter erop (hetgeen het Hof nog niet heeft gedaan) dat dit slechts mogelijk was door richtlijn 93/13 toe te passen op een manier die haar afschrikkende of punitieve karakter beperkt en in een met het doeltreffendheidsbeginsel strijdige nationaalrechtelijke context.

- 10 De verwijzende rechter is snel na de uitspraak tot de constatering gekomen dat het Banco Primus arrest, waar het gaat om hypothecaire executie, onbruikbaar was (*inutiliter data*), gelet op het OCU arrest. De Spaanse rechters [**Or. 3**] verschillen van mening. Volgens sommigen moeten hypothecaire executies waarbij de bank de lening vervroegd opeisbaar heeft gesteld, worden beëindigd. Volgens een aantal rechters moeten alle hypothecaire executieprocedures worden opgeschort totdat het Hof uitspraak heeft gedaan in de zaken C-92/16 en C-167/16, alsmede op het nieuwe verzoek om een prejudiciële beslissing dat door de Tribunal Supremo is ingediend (zie punt 12). Ten slotte zijn anderen van oordeel dat er met het Banco Primus arrest niets is veranderd en dat de uit het OCU arrest voortvloeiende jurisprudentie overeind blijft.
- 11 Voor zover de verwijzende rechter bekend is, hebben de civiele kamers van de meeste Audiencias Provinciales (rechters in tweede aanleg), die overleg hebben gepleegd om dit onderwerp te bespreken, besloten om hypothecaire executies waarbij sprake is van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid (nagenoeg alle executies) te schorsen totdat het Hof uitspraak doet op de aanhangige verzoeken om een prejudiciële beslissing (bijvoorbeeld de met ruime meerderheid genomen beslissing van de Audiencia Provincial de Madrid van 14 februari 2017).
- 12 Tegen deze achtergrond heeft de voltallige Eerste kamer van de Tribunal Supremo bij beschikking van 8 februari 2017 [omissis] een verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend (hierna: „prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca”). De Tribunal Supremo heeft het Hof verzocht om die zaak te behandelen volgens de versnelde procedure en te voegen met de zaken C-92/16 en C-167/16.
- 13 Op 14 februari 2017 heeft de plenaire vergadering van de Congreso de los Diputados (lagerhuis van het Spaanse parlement) een motie aangenomen en de Spaanse regering verzocht om de nodige wettelijke instrumenten te creëren om de hypothecaire executieprocedures te herzien, zodat voor hypotheekgevers en hun gezinnen de rechten van de verdediging en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte worden gewaarborgd. Daartoe is het volgens de motie nodig om acht te slaan op de op hypothecaire executie in Spanje betrekking hebbende arresten van het Hof en met name op het arrest van 26 januari 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60).
- 14 Afgezien van de genoemde feitelijke overwegingen blijven de in de verwijzingsbeslissing gestelde prejudiciële vragen relevant om de drie hierna genoemde redenen:

- 15 1) Volgens de verwijzende rechter is het wenselijk dat het Hof vasthoudt aan zijn jurisprudentie, maar een onderscheid maakt tussen de verkoper te goeder trouw en de verkoper te kwader trouw bij de handhaving van de in richtlijn 93/13 vervatte regeling inzake niet-gebondenheid. Geldt ten aanzien van de overeenkomst van de verkoper te kwader trouw dat het oneerlijke beding gedeeltelijk nietig is, als punitieve sanctie, en is het niet mogelijk om de rest van de overeenkomst te laten voortbestaan zonder de consument te treffen, dan zou dat beding moeten worden aangevuld met de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel, en niet met de bepaling van aanvullend recht. Bij de verkoper die aantoonbaar te goeder trouw was, zou de overeenkomst echter moeten worden aangevuld met de meest redelijke of meest evenwichtige bepaling (doorgaans de bepaling van aanvullend recht).
- 16 2) Het beoordelen van de voordelen van de hypothecaire executieprocedure voor de consument is een complexe taak waarbij moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval, om welke reden de consument, en niet de rechter, dient te bepalen wat het beste voor hem is.
- 17 3) Een rechtsstelsel als het Spaanse, waarbij de consument door de in dat stelsel geldende bepalingen wordt aangemoedigd of ertoe wordt gebracht om zich niet te verzetten tegen oneerlijke bedingen, verdraagt zich niet met het doeltreffendheidsbeginsel. [Or. 4]

#### **b. II – HET MAKEN VAN ONDERSCHIED**

- 18 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt dat „[e]en beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, [...] als oneerlijk [wordt] 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”.
- 19 Hieruit volgt dat de goede trouw een relevant criterium is voor de toepassing van die richtlijn. Het gaat om objectieve goede trouw, niet om louter subjectieve goede trouw: „de verkoper [kan] aan de eis van goede trouw [...] voldoen door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen” (zestienste overweging van richtlijn 93/13, in fine). Ter voorkoming van misverstanden wordt in bepaalde voorstellen voor regelgeving het begrip „goede trouw en eerlijke behandeling” (*good faith and fair dealing*) gebruikt.
- 20 De verkoper die gebruikmaakt van oneerlijke bedingen handelt niet altijd te kwader trouw. Mogelijkerwijs kan hij aantonen dat hij te goeder trouw heeft gehandeld bij het opstellen van het oneerlijke beding. Van kwade trouw mag worden uitgegaan wanneer wordt afgeweken van het vigerende aanvullende recht, sprake is van een aanzienlijk verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen of de verkoper uitvoering wil geven aan het

oneerlijke beding (*mala fides superveniens nocet*). Het is evenwel mogelijk dat de verkoper erin slaagt om zijn goede trouw aan te tonen, welke goede trouw kan worden afgeleid uit een samenstel van omstandigheden, zoals de omstandigheid dat er geen bepalingen van aanvullend recht zijn die het betreffende onderwerp regelen wanneer niets is overeengekomen, rechtspraak waarin bedingen zijn bekrachtigd die later als oneerlijk zijn aangemerkt, het feit dat de oneerlijkheid van het beding het gevolg is van een redactiefout of het overnemen van door concurrenten gebruikte formuleringen, enz. Uiteraard is het gebruik van algemene voorwaarden op zich niet strijdig met de goede trouw, maar gaat het om een onmisbaar instrument in moderne contractuele relaties.

- 21 Volgens de algemene rechtsleer houdt het beginsel dat de overeenkomst in stand blijft in dat het nietig verklaarde beding wat geldig is niet ongeldig maakt (*neque vitiatur utilis per hanc inutilem*<sup>1</sup>). De grammaticale splitsbaarheid of scheidbaarheid van bedingen (*blue pencil test*) is een beperkt en ontoereikend criterium, aangezien voorts een subjectieve splitsbaarheid, waarbij sprake is van billijkheid, vereist is. In werkelijkheid moet als algemeen sprake is van gedeeltelijke ongeldigheid worden gekeken naar i) de (grammaticale) splitsbaarheid van de inhoud, ii) de hypothetische wil van de partijen, namelijk of zij zouden hebben ingestemd met de rest van de overeenkomst, en iii) het behoud van het evenwicht tussen de verplichtingen (verwijzingsbeslissing, punten 36-38).
- 22 Bij instemming met de algemene voorwaarden is ter bescherming van de consument krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 sprake van gedeeltelijke ongeldigheid van de overeenkomst indien deze kan blijven voortbestaan zonder het oneerlijke beding.
- 23 De rechtspraak van het Hof volgens welke de overeenkomst gedeeltelijk ongeldig is en oneerlijke bedingen buiten toepassing worden gelaten, is onmisbaar om **[Or. 5]** wetsontduiking te voorkomen. Van bescherming van de consument kan geen sprake zijn als de verkoper door gebruikmaking van een oneerlijk beding de mogelijkheid heeft om een einde te maken aan de overeenkomst. Dit is het geval wanneer het beding ziet op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst<sup>2</sup>. Bovendien wordt met gedeeltelijke ongeldigheid, als punitieve sanctie, het risico uitgesloten dat verkopers oneerlijke bedingen opnemen, ervan uitgaande dat geen rechterlijke toetsing zal plaatsvinden, dat de rechter het beding zal matigen of dat met een handige formulering van het beding de consument gemakkelijk de bescherming kan worden ontnomen waar hij recht op heeft<sup>3</sup>.
- 24 Gelet op het voorgaande is het zo dat **de eerste en de tweede prejudiciële vraag** van de verwijzende rechter zien op de sanctiemaat. Een sanctie dient steeds in verhouding te staan tot het betrokken onrechtmatige gedrag. Gezien de wijze

<sup>1</sup> Dig. 45.1.1.5, in fine. Arrest van 11 september 2008, CEPSA, C-279/06, EU:C:2008:485 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>2</sup> In de Spaanse rechtsleer zie CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, punt 554.

<sup>3</sup> Wat het laatste risico betreft, *Treaty on the Law of Contract*, punten 11 tot en met 161.

waarop de verwijzende rechter het OCU arrest interpreteert, wenst hij te vernemen of de omstandigheid dat de gedeeltelijke ongeldigheid van een beding onredelijk bezwarend is voor de verkoper al dan niet tot gevolg kan hebben dat de overeenkomst in haar geheel nietig is, en of het in voorkomend geval ter bereiking van de preventieve doelstelling van richtlijn 93/13 niet beter zou zijn om het beding aan te vullen met de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel, en niet met de meest evenwichtige bepaling (doorgaans de bepaling van aanvullend recht).

- 25 Het Hof zou zonder af te wijken van zijn eerdere rechtspraak onderscheid (*distinguishing factor*) kunnen maken bij de strekking en gevolgen van de in richtlijn 93/13 vervatte regeling inzake niet-gebondenheid. Op die manier zouden de uitspraken billijker worden en zou worden voorkomen dat bepaalde schuldenaren die niet aan hun verplichtingen voldoen, te veel worden beschermd. In andere landen gaat de rechtspraak die kant op<sup>4</sup>. De verwijzende rechter geeft het Hof dan ook in overweging om als volgt te handelen:
- 26 [a] Is de verkoper te kwader trouw, dan moet het oneerlijke beding worden vernietigd zonder verdere wijziging van de overeenkomst (gedeeltelijke ongeldigheid met een punitief karakter), ook al ontstaat er een situatie die onredelijk bezwarend is voor de verkoper. Als de overeenkomst echter objectief gezien niet kan blijven voortbestaan zonder het oneerlijke beding (verwijzingsbeslissing, punten 11-13) en moet worden aangevuld om te voorkomen dat de consument in zijn belangen wordt geschaad (verwijzingsbeslissing, punt 22), is de meest evenwichtige bepaling (in beginsel de bepaling van aanvullend recht) (verwijzingsbeslissing, punt 23) niet voldoende afschrikkend, maar moet de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel worden opgelegd, hetgeen neerkomt op een voor de verkoper aanvaardbare verstoring van het evenwicht (verwijzingsbeslissing, punten 25-27). Kan de overeenkomst zonder de gedeeltelijke ongeldigheid met een punitief karakter niet blijven voortbestaan, dan moet de overeenkomst om dezelfde reden in stand blijven door deze aan te vullen met een bepaling met een punitief karakter.
- 27 Met betrekking tot het beding inzake vervroegde opeisbaarheid bracht de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing (punt 28) naar voren dat de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel zou kunnen zijn dat de verkoper zich op de vervroegde opeisbaarheid mag beroepen als sprake is van een te verwachten boekverlies (zie punt 50). Dit geldt onverminderd de mogelijkheid om te allen tijde om ontbinding van de overeenkomst te verzoeken indien voldaan is aan de voorwaarden daartoe.
- 28 [b] Toont de verkoper echter aan dat hij te goeder trouw heeft gehandeld, dan zou hij zich daarop mogen beroepen (*bona fide defence*) ten aanzien van de

<sup>4</sup> Bijvoorbeeld *AN Deringer Inc v Strough* 103 F3d 243 (2d Cir 1996), *Cintas v Perry* 517 F3d 459 (7th Cir. 2008), *Pure Power Boot Camp v Warrior Fitness Boot Camp* (SDNY 12.9.2011) en *Turnel v Centimark Corp* 796 F3d 656 (7th Cir 2015). Zie tevens Restatement 2d § 184(2).

gedeeltelijke ongeldigheid met een punitief karakter. Volgens de verwijzende rechter mag aan een verkoper die loyaal handelt [goede trouw in de objectieve zin van richtlijn 93/13 (zie punt 19)] geen [Or. 6] sanctie worden opgelegd, aangezien uit de richtlijn niet blijkt dat een sanctie nodig is. Het oneerlijke beding zou moeten kunnen worden gematigd of kunnen worden vervangen door een bepaling die niet oneerlijk is voor de consument.<sup>5</sup> In theorie kan deze matiging of vervanging gaan van de meest evenwichtige bepaling tot de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel (voor de verkoper aanvaardbare verstoring van het evenwicht).<sup>6</sup> De verwijzende rechter is van oordeel dat bij standaardovereenkomsten het litigieuze oneerlijke beding zou moeten worden gematigd of moeten worden vervangen door de meest evenwichtige of meest redelijke bepaling (in beginsel de bepaling van aanvullend recht), ditmaal niet ter afschrikking (want de verkoop was te goeder trouw), maar ter bevordering van het niet gebruiken van oneerlijke bedingen. Het consumentenrecht is immers niet alleen bedoeld om misbruik van contractvrijheid tegen te gaan, maar ook om te zorgen voor een reëel evenwicht tussen de contractpartijen.

- 29 Het is tijd voor een vergelijking van de rechtspraak van het Hof en die van de Spaanse rechters, met name wat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid betreft. Het Hof heeft verklaard dat „[...] in herinnering [moet] worden geroepen dat blijkens de bewoordingen van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 de nationale rechter een oneerlijk contractueel beding slechts buiten toepassing dient te laten, zodat het geen dwingende gevolgen heeft voor de consument, en niet bevoegd is om de inhoud daarvan te herzien” (zie onder meer Banco Primus arrest, punt 71).
- 30 In het OCU arrest en de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca wordt echter gepleit voor het toepassen van grammaticale splitsbaarheid. In de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca wordt de *blue pencil rule* ter sprake gebracht. In punt 30 van de verwijzingsbeslissing geeft de verwijzende rechter aan dat hij „[...] echter [meent] dat deze oplossing [*blue pencil rule*] in de communautaire rechtspraak is verworpen omdat zij in wezen uitgaat van een beperking of wijziging van het ongeldige beding”.
- 31 De *blue pencil rule* vindt zijn oorsprong in een Engelse zaak uit de 19<sup>e</sup> eeuw waarin de toepassing van een concurrentiebeding werd beperkt tot Londen, zodat het niet meer gold voor andere plaatsen in Engeland en Schotland.<sup>7</sup> Deze regel is in overeenstemming met het beginsel dat rechters overeenkomsten niet mogen herschrijven, maar eigenlijk kan deze methode slechts worden toegepast als de woorden moeten worden verwijderd (doorhalen met het rode potlood) die het beding oneerlijk maken en de rest van de overeenkomst niet oneerlijk is. Deze

<sup>5</sup> Zoals bij de matiging van buitensporige verplichtingen wanneer sprake is van verschoonbare dwaling van de schuldeiser, Tuhr, *Allg. Teil* II 1914 § 51, of de erkenning van de exceptie van goede trouw, *Draft Common Frame of Reference* II 9:408 illustration 3.

<sup>6</sup> BEN-SHAHAR, *Fixing Unfair Contracts*, Stan. L. Rev. 63, 2011, 869, passim, waarin de voor de consument minimaal aanvaardbare regel wordt verdedigd, maar niet zonder uitzonderingen.

<sup>7</sup> *Mallan v. May* 152 ER 967, 973 (Ex. 1843).



archaische regel kan echter niet worden gehanteerd wanneer het meerdere het mindere omvat (*in eo, quod plus sit, semper inest et minus*<sup>8</sup>). Als een beding concurrentie bijvoorbeeld verbiedt in Californië, kan de rechter niet overgaan tot gedeeltelijke doorhaling en de strekking van het beding matigen tot een redelijke beperking.<sup>9</sup> Het in het beding inzake vervroegde opeisbaarheid schrappen van het woord „elke” in „elke niet-nakoming” door de kredietnemer of van „niet-betaling van een aflossingstermijn” heeft niet tot gevolg dat het beding niet meer oneerlijk is omdat er geen semantisch (maar slechts een pragmatisch) onderscheid is ten opzichte van de eerdere bewoordingen. Niet-betaling van een aflossingstermijn levert niet-nakoming op. In feite is de *blue pencil [Or. 7] rule* een tot instandhouding van de overeenkomst gebruikte methode die weliswaar beter is dan alles of niets, maar die slechts te beperkt kan worden aangewend.

- 32 De **derde prejudiciële vraag** van de verwijzende rechter biedt het Hof de mogelijkheid zich uit te laten over de splitsbaarheid wat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid betreft en in voorkomend geval een onderscheid te maken tussen de gevolgen voor de verkoper te goeder trouw en die voor de verkoper te kwader trouw.
- 33 De verwijzende rechter meent bovendien dat de derde vraag nog steeds relevant is daar het Banco Primus arrest en het OCU arrest worden gekenmerkt door uiteenlopende zienswijzen.
- 34 a) In het Banco Primus arrest weigert het Hof aan te nemen dat de manier waarop gebruik wordt gemaakt van het beding, van belang is. De criteria om na te gaan of een beding oneerlijk is, hebben betrekking op het beding zelf, en niet de manier waarop dat beding wordt gehanteerd. Van een geschrapt beding kan geen gebruik worden gemaakt.
- 35 b) Wat de gevolgen betreft die de nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid heeft voor de overeenkomst, betwijfelt de verwijzende rechter in elk geval nog steeds sterk of artikel 693, lid 2, LEC kan worden toegepast.
- 36 ba) Om te beginnen is de verwijzende rechter van mening dat de bewoordingen van dat artikel niet in overeenstemming zijn met de richtsnoeren van het Hof met betrekking tot de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid.
- 37 bb) Het Hof heeft evenwel verklaard dat „[d]e overeenkomst [...] in beginsel, zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen, [moet] voortbestaan voor zover volgens de regels van nationaal recht dat voortbestaan van de overeenkomst rechtens mogelijk is” (Banco Primus arrest, punt 71). Het

<sup>8</sup> *Dig.* 50.17.110 *pr.*; *sim. Sexti Decr.* 5.12.35; *prob.* Arrest van de Tribunal Supremo, 1<sup>e</sup> kamer, 229/1971, 28.4.

<sup>9</sup> *Murray on contracts* 2011 § 99[E].

Hof had eerder reeds aangegeven dat „onverminderd hetgeen de verwijzende rechter hierover nog moet vaststellen, [...] de nietigheid van de aan de orde zijnde bedingen geen nadelige gevolgen voor de consument [lijkt] mee te brengen, aangezien [...] het in het belang van de consument is dat de lening niet vervroegd opeisbaar wordt gesteld” (beschikking van 17 maart 2016, Ibercaja Banco, C-613/15, niet gepubliceerd, EU:C:2016:195, punt 39). Deze uitspraken geven geen uitsluitsel omdat naar het nationale recht wordt verwezen en de beoordeling door de nationale rechter als maatstaf geldt, zodat de uitleggingsbevoegdheid van de Tribunal Supremo niet is uitgesloten.

- 38 bc) Voorts „[heeft] [h]et Hof [...] ook erkend dat de nationale rechter de mogelijkheid heeft om een oneerlijk beding te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht, indien de vervanging strookt met het doel van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 en het mogelijk maakt een reëel evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst te herstellen. Deze mogelijkheid is evenwel beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad” (arresten van 30 april 2014, Kásler en Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punten 82-84, en 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).
- 39 Voor hypothecaire executie is niet vereist dat de lening vervroegd wordt opgeëist. De verwijzende rechter wijst erop dat „[d]e uitoefening van de bevoegdheid (of het potestatieve recht) tot vervroegde eenzijdige ontbinding of ‚vervroegde beëindiging’ [...] geen noodzakelijke voorwaarde [is] om over te gaan tot hypothecaire executie. In feite [**Or. 8**] zien artikel 127 van de Spaanse hypotheekwet<sup>10</sup> en artikel 693, lid 1, in fine, [LEC] op executie van de hypotheek, als basisscenario, om de betaling te eisen van vervallen en niet-betaalde termijnen waarbij de hypotheek blijft voortbestaan voor wat betreft de nog niet vervallen termijnen<sup>11</sup>” (verwijzingsbeslissing, punt 8).

<sup>10</sup> Artikel 127, eerste en tweede alinea, van de Ley Hipotecaria (Spaanse hypotheekwet) luidt als volgt: „Het voorgaande artikel is tevens van toepassing wanneer een deel van de in verschillende termijnen af te lossen hoofdsom van de lening of de rente niet wordt betaald, voor zover een of meer termijnen opeisbaar zijn geworden zonder dat de schuldenaar zijn verplichting is nagekomen.

Is het voor de betaling van een of meer termijnen van de hoofdsom of rentetermijnen nodig dat de verhypothecarde onroerende zaak te gelde wordt gemaakt, terwijl er in de toekomst nog termijnen van de lening opeisbaar zullen worden, dan is artikel 135, tweede alinea, van toepassing. Indien de koper de onroerende zaak niet met de nog te betalen hypotheeklasten wil verkrijgen, dient hij het bedrag daarvan en de desbetreffende rente opzij te zetten, zodat de schuldeiser wordt betaald bij het opeisbaar worden van de uitstaande termijnen.”

<sup>11</sup> Artikel 693, lid 1, LEC luidt: „De bepalingen van dit hoofdstuk zijn van toepassing wanneer een deel van de in termijnen af te lossen hoofdsom van de lening of de rente niet wordt betaald, voor zover ten minste drie maandelijks 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

- 40 Dat de bank liever geen hypothecaire executie heeft zonder de lening vervroegd opeisbaar te stellen (bij de meeste hypothecaire executies vindt vervroegde beëindiging plaats) is een andere zaak (verwijzingsbeslissing, punt 9, en prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca). Daar het niet gemakkelijk is te begrijpen om welke reden de nietigheid van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid kan leiden tot gehele ongeldigheid van de overeenkomst (hetgeen het Hof vereist om de overeenkomst te kunnen aanvullen met een bepaling van aanvullend recht), was de verwijzende rechter van mening dat de Tribunal Supremo bij het geheel ongeldig verklaren van de overeenkomst in het OCU arrest zich mede had gebaseerd op de situatie waarin de verkoper verkeerde (onredelijke bezwarende situatie). Anders zouden bepaalde overwegingen van het OCU arrest over de schade die de banken zouden lijden, overbodig zijn geweest (dit geldt ook voor de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca).
- 41 Na lezing van de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca meent de verwijzende rechter dat in de nationale rechtspraak voortaan blijkbaar een bepaling wordt gehanteerd (namelijk artikel 693, lid 2, LEC) die als bepaling van aanvullend recht wordt beschouwd, waarbij wordt uitgegaan van gedeeltelijke nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid, maar sprake is van een „vergelijkbaar nadelig effect” voor de consument, hetgeen gelijk wordt gesteld aan volledige nietigheid. In de nationale rechtspraak lijkt dus sprake te zijn van 1) het aanbrengen van wijzigingen aan bedingen en 2) het aanvullen van bedingen zonder als voorwaarde te stellen dat de overeenkomst geheel nietig zou zijn, hetgeen mogelijkstrijdig is met de huidige rechtspraak van het Hof om twee redenen.

Niettemin is de verwijzende rechter van mening, zoals reeds is aangegeven, dat de zienswijze van de Tribunal Supremo in een andere context in overeenstemming kan worden gebracht met het Unierecht, namelijk mits i) de toepasselijke bepaling van aanvullend recht daadwerkelijk voldoet aan de door het Hof gestelde eisen bij de beoordeling of een beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, ii) het Hof in zijn rechtspraak een onderscheid maakt tussen de verkoper te kwader trouw en de verkoper te goeder trouw, en iii) de verkoper per geval erin slaagt om zijn goede trouw aan te tonen. **[Or. 9]**

### c. III – KEUZEVRILJHEID VAN DE CONSUMENT

- 42 In de verwijzingsbeslissing stelt de verwijzende rechter een **vierde prejudiciële vraag**, namelijk of de consument kan afzien van de door richtlijn 93/13 geboden bescherming. In punt 42 van de verwijzingsbeslissing is in dit verband verwezen

minste met drie maanden overeenkomt. Dit wordt door de notaris in de hypotheekakte en door de hypotheekbewaarder bij de desbetreffende registratie vermeld. Indien het voor de betaling van een of meer termijnen van de hoofdsom of rentetermijnen nodig is dat de verhypothekerde zaak te gelde wordt gemaakt, terwijl er in de toekomst nog termijnen van de lening opeisbaar zullen worden, wordt overgegaan tot verkoop en tot overdracht van de onroerende zaak aan de koper, bezwaard met de hypotheek voor het nog te betalen deel van de lening.”

naar het arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350). Dat punt wordt thans aangevuld met een verwijzing naar punt 27 van het arrest van 21 februari 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88).

- 43 Bij die vraag wordt uitgegaan van de louter dialectische stelling dat de Tribunal Supremo van oordeel is dat parate executie, waarbij de schuldeiser niet eerst een declaratoire procedure hoeft op te starten om ontbinding van de overeenkomst te vorderen, voor de schuldenaar beter is.
- 44 In de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca stelt de Tribunal Supremo een tweede vraag waarbij ervan wordt uitgegaan dat de mening van de consument irrelevant is. In het OCU arrest wordt de bescherming van de consument meer centraal geplaatst en wordt geoordeeld dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk is, ook al bestaat in het nationale recht de mogelijkheid om de lening te herstellen. In dat arrest hecht de Tribunal Supremo meer waarde aan haar beslissing dan aan het standpunt van de consument, en wordt dit onderbouwd door te verwijzen naar de voordelen van hypothecaire executie voor de consument.
- 45 De verwijzende rechter wijst erop dat het hier te ver zou leiden om in te gaan op de verhouding tussen de wilsautonomie en het afzien van wettelijke bepalingen, alsmede op de achterliggende concepten van het individu en de rol van de staat. In elk geval was reeds door de Byzantijnse keizer erkend dat eenieder het recht heeft om afstand te doen van hetgeen ten zijnen behoeve bepaald is.<sup>12</sup> Zelfs al worden liberalere standpunten ter discussie gesteld, het is zo dat „[i]ch kenne kein Beispiel eines Rechtssatzes, der zum Zweck hätte, das Individuum wider seinen eignen Willen in seinem eignen Interesse zu seinem Glück zu zwingen; wo der Schein entsteht, geschieht es stets im Interesse der Gesellschaft”<sup>13</sup>. In zijn vraag heeft de verwijzende rechter de beperking gesteld dat het afstand doen bij de rechter en niet vooraf plaatsvindt, zodat misbruik wordt voorkomen en alleen wordt gekeken naar het specifieke belang van de geëxecuteerde schuldenaar.
- 46 Door de ervaring die de verwijzende rechter als rechter in eerste aanleg met hypothecaire executies heeft, is zijn standpunt met betrekking tot de genoemde procedure minder positief. Hij zet kort zijn argumenten uiteen, maar geeft aan dat zijn ervaring en kennis niet uitgebreid zijn. De Tribunal Supremo heeft zelf de voordelen van hypothecaire executie genuanceerd, stellende dat de beëindiging van de specifieke hypothecaire executieprocedure niet in alle gevallen een betere oplossing was.
- 47 De specifieke hypothecaire executieprocedure vloeit niet voort uit het natuurrecht, maar is in Spanje in de Ley Hipotecaria de Ultramar (hypotheekwet voor overzeese gebieden) van 1893 in het leven geroepen vanuit een voortdurend streven naar het verlagen van de kosten om te lenen. Pas in de hypotheekwet van

<sup>12</sup> *Codex Justinianus*, 2.3.29.

<sup>13</sup> Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1877 § 220.

1909 maakte deze procedure haar intrede op het Spaanse vasteland. Tijdens de parlementaire bespreking van deze wet maakte het standpunt opgang dat het daarbij niet om een gerechtelijke procedure, maar om een openbare verkoop bij de rechter ging. Deze opvatting kan met enkele onbelangrijke wijzigingen worden teruggevonden in de LEC van 2000, in de aanhef waarvan wordt vermeld dat „[i]n de [LEC] [...] een specifiek hoofdstuk [wordt] besteed aan de kenmerken **[Or. 10]** van de executie van verhypotheceerde of verpande zaken. In dit verband handhaaft de wetgever in wezen de eerdere regeling voor hypothecaire executie, welke zich kenmerkt door een drastische beperking van de gronden waarop de schuldenaar zich kan beroepen om zich tegen executie te verzetten en een zeer gering aantal gevallen waarin de executieprocedure kan worden geschorst. De Tribunal Constitucional [grondwettelijk hof] heeft meermaals verklaard dat deze regeling niet in strijd is met de grondwet en dat het daarin aanbrengen van wezenlijke wijzigingen de markt voor hypothecair krediet aanzienlijk zou kunnen verstoren, hetgeen helemaal niet wenselijk lijkt.” Deze situatie is onveranderd gebleven totdat met het arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), de wetgever zich genoodzaakt zag tot opeenvolgende wettelijke wijzigingen over te gaan ter verbetering van de door deze specifieke procedure geboden waarborgen.

- 48 Met betrekking tot in de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca gemaakte overwegingen met betrekking tot de snelheid van de hypothecaire executieprocedure is het inderdaad zo dat als een bank een declaratoire procedure start om ontbinding van de overeenkomst te vorderen en vervolgens om executie verzoekt, dit minder snel gaat dan wanneer tot parate executie wordt overgegaan, maar het verschil is niet zo groot. Uit het jaarrapport 2016 van de Consejo General del Poder Judicial (algemene raad van de rechterlijke macht) blijkt dat in Spanje de gemiddelde duur van een declaratoire procedure 12,5 maanden bedraagt, terwijl een hypothecaire executieprocedure gemiddeld 29,4 maanden duurt. De normale executieprocedure, die volgt op de uitspraak in de declaratoire procedure, duurt minder lang dan de hypothecaire executieprocedure omdat de verzetsgronden reeds zijn behandeld in de declaratoire procedure.
- 49 Wat de verliezen betreft die de vertraging voor de schuldeiser (ongeacht of het om een kredietverstrekker bank of een securitisatiefonds gaat) met zich brengt doordat reserves moeten worden aangelegd, is in de vigerende regelgeving bepaald dat bij het aanleggen van de reserves een progressieve procentuele schaal wordt gehanteerd, waardoor de reserves stijgen naarmate er meer tijd is verstreken sedert het uitblijven van betalingen. Voor de categorieën kredietrisico's/huishoudens/woningaankopen gaat het na 21 maanden om 100 % van het niet door de garantie gedekte bedrag; dit geldt ook voor de meeste hypothecaire executies<sup>14</sup>. Hoe dan ook betreft het een overgangsmiddel dat geldig is tot 2018, aangezien de Unie International Financing Reporting Standard (IFRS) 9 heeft goedgekeurd, waarbij het verwachte kredietverlies en niet het

<sup>14</sup> Circulaire 4/2016 van de Banco de España, bijlage 1, punt 117.

geleden verlies relevant is<sup>15</sup>. De duur van de procedure heeft inderdaad gevolgen voor het verwachte verlies, maar dat heeft te maken met de tijdswaarde van geld [IFRS 9 5.5.17, onder b)]. De werkelijke waarde van de verwachte inkomsten zal iets lager liggen omdat de inkomsten wat later worden ontvangen als de procedure wat langer duurt. Bovendien moeten de kosten van een eventuele declaratoire procedure bij de waardering van de lening worden afgetrokken.

- 50 Verder is het in de meeste landen ter wereld zo dat de rente bij hypothecaire leningen aanzienlijk minder bedraagt dan bij gewone leningen en dat het risico dat niet wordt betaald veel geringer is. Een schuldenaar zal immers sneller zijn andere schulden niet betalen, in plaats van dat hij niet voor zijn woning betaalt, waardoor het kredietrisico kleiner is en de rente lager ligt. De specifieke hypothecaire executieprocedure is algemeen toepasselijk op alle hypotheekleningen, maar heeft weinig invloed op de rente, gezien de volgende tegenvoorbeelden. In september 2016 bedroeg het risico op niet-betaling bij hypothecaire leningen voor de aankoop van een woning 4,6 %, voor het renoveren van een woning 6,2 %, voor het kopen van bouwgrond 8,4 %, voor vastgoedactiviteiten 25,4 % en voor bouwactiviteiten 29,5 %.<sup>16</sup> [Or. 11]
- 51 Volgens de verwijzende rechter is de rechtszekerheid daadwerkelijk een essentiële factor om kredietkosten te beperken. Spanje heeft richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen nog niet omgezet, hetgeen uiterlijk op [2]1 maart 2016 gebeurd had moeten zijn (artikel 42 van de richtlijn). Die richtlijn is niet van toepassing op overeenkomsten die vóór die datum zijn aangegaan (artikel 43 van de richtlijn), zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde lening, maar het nationale recht moet overeenkomstig de richtlijn worden uitgelegd (punt 62).
- 52 Worden macro-economische rechtvaardigingsgronden buiten beschouwing gelaten, dan is het naar het oordeel van de verwijzende rechter moeilijk om een vergelijking te maken van de situatie van een schuldenaar a) bij een hypothecaire executie met vervroegde opeisbaarheid en b) in een declaratoire procedure tot ontbinding van de overeenkomst met daaropvolgende executie.
- 53 1) Wat het startbod voor de openbare verkoop van minimaal 75 % van de taxatiewaarde betreft (artikel 682, lid 2, eerste alinea, LEC), is weliswaar ongetwijfeld sprake van een voordeel tegenover de gewone executieprocedure, maar is het voordeel gering aangezien het minimale startbod bij gewone executie 70 % bedraagt (artikel 670 LEC).

<sup>15</sup> Verordening (EU) 2016/2067 van de Commissie van 22 november 2016 houdende wijziging van verordening (EG) nr. 1126/2008 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad wat International Financial Reporting Standard (IFRS) 9 betreft.

<sup>16</sup> Asociación Hipotecaria Española, rapport van januari 2017.

- 54 2) De voorspelbare combinatie van de verwijzing in de kosten in de declaratoire procedure en in de executieprocedure kan moeilijk op voorhand worden getoetst. De schuldenaar die de lening voor zijn tweede woning niet betaalt, zal zich normaal niet verzetten tegen het verzoek om ontbinding van de overeenkomst (artikel 395, lid 1, LEC) en aldus niet worden verwezen in de kosten. De schuldenaar die er niet in slaagt de lening voor zijn enige woning terug te betalen, zal dan weer nagenoeg altijd gratis rechtsbijstand krijgen en de kosten niet hoeven terug te betalen, tenzij zijn vermogenssituatie zich bij wijze van uitzondering verbetert [artikel 36, lid 2, van Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita (wet 1/1996 inzake kosteloze rechtsbijstand)]. Voorts bevatten bijna alle hypothecaire leningen oneerlijke bedingen (met name inzake verpagingsrente en kosten voor het stellen van zekerheden) die gevolgen hebben voor het gevorderde bedrag en mogelijk worden vergoed door de schuldenaar. De vordering zou slechts gedeeltelijk worden toegewezen, zodat de verweerder de kosten niet hoeft te dragen (artikel 394, lid 2, LEC).
- 55 3) Met betrekking tot het feit dat de procedurele verpagingsrente oploopt doordat de procedure langer duurt, is het zo dat de procedurele verpagingsrente (de wettelijke rente [thans 3 %, wet 48/2015], vermeerderd met 2 %) begint te lopen vanaf de veroordeling in eerste aanleg, en niet tijdens de procedure (artikel 576, lid 1, LEC). Het is juist dat die rente loopt als de veroordeelde schuldenaar in hoger beroep gaat. De schuldenaar is evenwel uiteraard niet verplicht om in beroep te gaan. Hierbij mag niet worden vergeten dat de verpagingsrente, waaronder ook de procedurele, die verschuldigd is door in sociale uitsluiting levende hypothecaire schuldenaren wettelijk is beperkt tot de normale rente op hun hypotheek, vermeerderd met 2 % [artikel 4, lid 1, van Real Decreto-ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (koninklijk wetsbesluit 6/2012 inzake urgente beschermingsmaatregelen voor hypothecaire schuldenaren zonder middelen van bestaan)]. Bij de gewone verpagingsrente is bijna altijd sprake van oneerlijkheid (conform het criterium dat is gehanteerd in het arrest van de voltallige Eerste kamer van de Tribunal Supremo 364/2016, 3.6). Ten slotte bedraagt de verpagingsrente uiteraard meer in geval van vervroegde opeisbaarheid dan wanneer geen vervroegde opeisbaarheid plaatsvindt.
- 56 4) De verpagingsrente bij de openbare verkoop en ontruiming van de woning is voor de schuldenaar ongetwijfeld van economisch belang omdat hij langer in de woning kan blijven wonen, hij mogelijk niet iets anders hoeft te huren en de prijzen voor woningen in Spanje momenteel weer stijgen, zodat bij openbare verkoop een betere prijs kan worden verkregen. Daarnaast is de tendens in de Spaanse regelgeving dat sprake is van meer mildheid voor de schuldenaar (ongeacht of de mogelijkheid bestaat om de woning in betaling te geven ter voldoening van de schuld, *datio in solutum*). **[Or. 12]**
- 57 5) De hypothecaire executieprocedure is snel, want vereenvoudigd, en summier, zonder volledige toetsing, aangezien de verzetsgronden tegen executie

en de bewijsmiddelen gering zijn (artikel 695, lid 1, LEC). „Op ieder bezwaar van de schuldenaar, de derde-bezitter of een andere betrokkene dat niet in de bovenstaande artikelen is genoemd, daaronder begrepen bezwaren die de nietigheid van de titel alsmede de opeisbaarheid, de vaststaande aard, het tenietgaan of het bedrag van de vordering betreffen, wordt in de desbetreffende procedure beslist, zonder dat dit leidt tot schorsing of vertraging van de in het onderhavige hoofdstuk bedoelde procedure” (artikel 698, lid 1, LEC). Zo kan de schuldenaar in een declaratoire procedure de oneerlijkheid van welke bepaling dan ook aan de orde stellen, en niet slechts van „een contractueel beding dat de grondslag vormt voor de executie of op basis waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld” (artikel 695, lid 1, vierde alinea, LEC).

- 58 6) Tegen de in declaratoire procedures gewezen uitspraken staat cassatieberoep bij de Tribunal Supremo open in de gevallen en om de redenen als genoemd in de wet. De in een hypothecaire executieprocedure in hoger beroep gegeven beslissingen zijn echter beschikkingen en geen arresten, zodat geen cassatieberoep mogelijk is (artikel 477, lid 2, LEC).
- 59 7) Naar Spaans recht kunnen schuldenaren die natuurlijke personen zijn, trachten hun schuldeisers tot het treffen van een buitengerechtelijke betalingsregeling te bewegen als zij niet langer kunnen betalen. Zolang wordt onderhandeld, kan niet tot gewone executie worden overgegaan. Er kan echter wel tot hypothecaire executie worden overgegaan [artikel 235, lid 2, van Ley 22/2003 Concursal (wet 22/2003 op het faillissement)].
- 60 8) De aanwending van een gewoon rechtsmiddel leidt niet tot schorsing van de executiemaatregelen, tenzij de geëxecuteerde schuldenaar een waarborg stelt voor de uit de vertraging voortvloeiende schade (artikel 567 LEC). De schuldeiser kan tijdens de behandeling van het hoger beroep weliswaar verzoeken om voorlopige tenuitvoerlegging van de uitspraak in eerste aanleg, maar de schuldenaar kan zich daartegen verzetten als, zoals gebruikelijk is in dergelijke gevallen, het „gelet op de aard van de executiemaatregelen onmogelijk of uiterst moeilijk is om in geval van vernietiging van die uitspraak de vóór de voorlopige tenuitvoerlegging bestaande situatie te herstellen of de geëxecuteerde schuldenaar financieel te compenseren middels vergoeding van de door hem geleden schade” (artikel 528, lid 2, tweede alinea, LEC).
- 61 9) De schuldenaar kan slechts in een declaratoire procedure gebruikmaken van een respijtperiode. In geen enkel rechtsstelsel is de „rechterlijke bevoegdheid” tot ontbinding absoluut. De niet-nakoming die tot ontbinding kan leiden, moet wezenlijk of fundamenteel zijn. Daarnaast is het zo dat in bepaalde nationale rechtsstelsels de schuldenaar, nadat de schuldeiser heeft aangegeven over te gaan tot ontbinding, de niet-nakoming ongedaan kan maken of een bepaalde periode krijgt om orde op zaken te stellen. In Spanje „[spreekt] [d]e rechter [...] de gevorderde ontbinding uit wanneer er geen gegronde redenen zijn een termijn voor de nakoming te bepalen” [artikel 1124, derde alinea, van de Código civil



(burgerlijk wetboek)]. Bovendien kan de rechter in een declaratoire procedure nagaan of is voldaan aan artikel 28, lid 1, van richtlijn 2014/17, volgens welk artikel „[d]e lidstaten [...] maatregelen vast[stellen] die de kredietgever aansporen een redelijke mate van tolerantie aan te houden alvorens een procedure tot gedwongen verkoop in te leiden”.

- 62 10) Bij hypothecaire executie kan de schuldenaar de onroerende zaak bevrijden „zolang de openbare verkoop niet is afgelopen” (artikel 693, lid 3, LEC). Ook in een declaratoire procedure kan hij echter de vervallen termijnen betalen (buitengerechtigde voldoening), en dit zonder kosten (artikel 22, lid 1, LEC). Ook al ziet de schuldeiser niet af [**Or. 13**] van zijn vordering tot ontbinding van de overeenkomst, het is weinig waarschijnlijk dat de rechter oordeelt dat de procedure moet worden voortgezet omdat, wanneer de schuldenaar geen betalingsachterstand meer heeft en geen betalingsachterstand te verwachten is, ontbinding geen zin meer heeft (in ieder geval bij langlopende overeenkomsten). Dit alles moet worden gezien tegen een grondwettelijke achtergrond van bescherming van de consument en bescherming van de woning (artikel 51, lid 1, en artikel 47 van de grondwet).
- 63 11) Voor de meeste schuldenaren is het herstel van de lening financieel niet haalbaar of eenvoudigweg niet interessant. Dit is in de regel het geval wanneer de waarde van de woning lager is komen te liggen dan de uitstaande schuld en de algemene persoonlijke aansprakelijkheid van de schuldenaar geen oplossing biedt (bijvoorbeeld schuldenaren die niet kunnen betalen of op wier inkomsten geen beslag kan worden gelegd omdat het gaat om geringe inkomsten, schuldenaren die teruggaan naar hun land van herkomst, schuldenaren met een geringe levensverwachting, enz.). Het vermeende voordeel van herstel speelt voor dergelijke schuldenaren hoe dan ook geen rol.
- 64 12) Ten slotte brengt de verwijzende rechter een empirisch argument naar voren, namelijk dat naar zijn ervaring niet mag worden uitgegaan van algemeen irrationeel gedrag bij geëxecuteerde schuldenaren en financiële instellingen. Ook bij deze procedure verzetten schuldenaren zich tegen de voortzetting van de executie en verzoeken zij om behandeling „volgens een gewone procedure, met waarborgen voor iedereen”. Mogelijkerwijs leidt de vrees voor de spoedige ontruiming van hun woning tot verwarring bij sommige schuldenaren die zich verzetten en om beëindiging van de executie verzoeken. Volgens de verwijzende rechter valt echter moeilijk aan te nemen dat banken (of fondsen bij gesecuritiseerde hypotheke), die sterk gespecialiseerde adviseurs hebben, uit altruïsme tegenover schuldenaren voor hypothecaire executie kiezen.
- 65 De verwijzende rechter is dus van oordeel dat de voordelen van hypothecaire executie voor de consument in elk geval moeilijk te beoordelen zijn door de executierechter, temeer omdat de bewijsmiddelen gering zijn. Om die reden zou de consument, die het best op de hoogte is van zijn situatie, en niet de rechter,

moeten bepalen wat voor hem het beste is. Gelet op een en ander moet de **vierde vraag** worden gehandhaafd.

#### **d. IV – DOELTREFFENDHEIDSBEGINSEL**

- 66 In de prejudiciële verwijzing in de zaak Abanca wordt er met betrekking tot een schuldenaar in een declaratoire procedure op gewezen dat de schuldenaar het verlies van de woning niet kan voorkomen door alleen de nog niet betaalde termijnen te betalen. In de declaratoire procedure kan de schuldenaar immers niet slechts de nog niet betaalde termijnen betalen, indien hij de gegrondheid van de vordering van de schuldeiser erkent, en moet om de woning niet te verliezen het gehele bedrag worden betaald.
- 67 De verwijzende rechter is het hier volledig mee eens. Wordt de overeenkomst wegens niet-nakoming ontbonden in een declaratoire procedure, dan kan de schuldenaar de lening niet herstellen (en maakt het geen verschil of hij zich al dan niet verzet).
- 68 De verwijzende rechter laat buiten beschouwing of de schuldenaar de vermeende voordelen doorgaans negeert, en verklaart (verwijzingsbeslissing, punten 46-51) dat het bewegen van de consument tot het volgen van de hypothecaire executieprocedure, zodat hij bepaalde rechten heeft die alleen bij die procedure gelden, in strijd lijkt met het doeltreffendheidsbeginsel. Hij verwijst in dit verband naar zijn eerder betoog, welk betoog rechtvaardigt dat de **vijfde vraag** wordt gehandhaafd. **[Or. 14]**

[omissis]

### **3) DICTUM**

De verwijzende rechter wenst de prejudiciële vragen die hij bij beschikking van 8 februari 2016 aan het Hof heeft gesteld in zaak C-92/16, te handhaven [omissis].

[omissis] [procesrechtelijke informatie]

[omissis]