



Datum van inontvangstneming : 22/03/2016

Zaak C-92/16**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

15 februari 2016

Verwijzende rechter:

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

8 februari 2016

Verzoekende partij:

Bankia, S.A.

Verwerende partijen:

██
██

Rechter: Jesús Alemany Eguidazu

BESCHIKKING

Fuenlabrada, acht februari tweeduizend zestien

PROCESVERLOOP

- 1 **I. Verzoek om verlof tot executie.**- Het verzoek is ingediend op 10 december 2015 [ter uitvoering van de] buitengewone vordering tot hypothecaire uitwinning, met het verzoek om verlof tot executie voor 149 103,84 EUR in hoofdsom, 1 313,28 EUR aan vervallen en nog niet betaalde remuneratierente, 27,82 EUR aan vervallen en nog niet betaalde vertragingsrente en 45 000 EUR aan voorlopig begrote rente en kosten.
- 2 **II. Beding inzake vervroegde opeisbaarheid.**- In bepaling zes bis, lid 2, van de hypothecaire leningsovereenkomst is afgesproken: „*Eveneens wordt de lening geacht opeisbaar en derhalve beëindigd te zijn [...] in de volgende gevallen: a) Niet-betaling van een aflossingstermijn, met inbegrip van alle bedragen die daar*

deel van uitmaken; partijen verzoeken uitdrukkelijk om inschrijving van deze afspraak bij het eigendomsregister”.

- 3 [OMISSIS] **[OR. 2]** [OMISSIS]
4 [OMISSIS]
5 [OMISSIS] [Procedurale formaliteiten]

MOTIVERING

I

TOEPASSELIJKE NATIONALE PROCESRECHTELIJKE BEPALINGEN

- 6 In deze procedure heeft de kredietinstelling/executant een buitengewone vordering tot hypothecaire uitwinning ingesteld, namelijk de buitengewone procedure van Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (wet 1/2000 van 7 januari 2000 op de burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”), voor het ten gelde maken van tot zekerheid van de terugbetaling van een verstrekte lening verhypothekerde zaken (art. 681 e.v. LEC). De verhypothekerde onroerende zaak is de als hoofdverblijf gebruikte woning van de geëxecuteerden.
- 7 In het nationale procesrecht staan de executant nog meer procedures ter beschikking om over te gaan tot executie van het onderpand, namelijk de gewone executie (geregeld in de LEC) of *buitengerechtelijke verkoop* bij notariële veiling (voornamelijk geregeld in artikel 129 van de Spaanse Ley Hipotecaria (hypotheekwet), goedgekeurd bij besluit van 8 februari 1946). Verder kan de kredietgever via een *declaratoire procedure* ontbinding van de leningsovereenkomst wegens niet-nakoming vorderen en vervolgens het gewezen vonnis uitvoeren. Dit is echter een moeizame weg.
- 8 De uitoefening van de bevoegdheid (of het potestatieve recht) tot vervroegde eenzijdige ontbinding of „vervroegde beëindiging” is geen noodzakelijke voorwaarde om over te gaan tot hypothecaire executie. In feite zien artikel 127 van de Spaanse hypotheekwet en artikel 693, lid 1, in fine, van de 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.
- 9 In Spanje zegt de kredietgever, alvorens een procedure te starten, bij de meeste hypothecaire executies en ook bij deze, de leningsovereenkomst eenzijdig op, op grond van de overeengekomen vervroegde beëindiging die in [de overeenkomst] vaak gebaseerd is op onder meer elke niet-nakoming door de kredietnemer.

II

ONREDELIJK BEZWAREND VOOR DE VERKOPER

- 10 De eerste prejudiciële vraag betreft de uitlegging van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: „richtlijn 93/13”). **[OR. 3]**
- 11 Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 luidt: „De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.”
- 12 Dit gerecht is van mening dat een overeenkomst zonder het oneerlijke beding kan voortbestaan indien het resterende deel van de overeenkomst wettelijk geldig is. Dit kan het geval zijn omdat het beding betrekking heeft op een vraagstuk dat geen contractueel antwoord behoeft omdat het vraagstuk niet wezenlijk is, of omdat er een bepaling van aanvullend recht bestaat die de leemte in de overeenkomst opvult. Zie in dat opzicht BAE/CLIVE (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, 2010, 656.
- 13 Volgens de leer van de essentiële bestanddelen kan de overeenkomst voortbestaan wanneer het oneerlijke beding geen deel uitmaakt van de hoofdzaak (in de dichotomie *substantia-adminicula* in Digest 18,1,72 pr) of kern van de overeenkomst (*essentialia sive substantialia* in het commentaar van BALDUS). Een oneerlijk beding kan essentieel blijken te zijn, als we hier de communautaire rechtspraak in verband met het „eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” overnemen, wanneer dit beding „de kern van de prestaties van de overeenkomst [bepaalt] en als dusdanig de overeenkomst [kenmerkt]”, „rekening houdend met de aard, de algehele opzet en de voorwaarden van die overeenkomst, alsmede met de juridische en feitelijke context ervan” (arresten van het Hof van 30 april 2014, [REDACTED] C-26/13, EU:C:2014:282, punten 49-51; 26 februari 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 54, en 23 april 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 33; in het algemeen bestaat voorkeur voor de objectieve benadering, gebaseerd op de tekst van de richtlijn en de [rechts]zekerheid van de economische activiteiten, arresten van het Hof van 15 maart 2012, Pereničová en Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, punt 32, en 30 mei 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, punt 47).
- 14 Wij vragen ons af of het voor de verkoper onredelijk bezwarende karakter van het resterende deel van de overeenkomst al dan niet een criterium is voor het voortbestaan van de overeenkomst. Wij trekken in twijfel of de overeenkomst kan voortbestaan indien, na schrapping van het oneerlijke beding, ofschoon dit geen gevolgen heeft voor het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, de gebondenheid aan de overeenkomst onredelijk bezwarend zou worden voor de verkoper (*unzumutbare Härte, unreasonable hardship*).

- 15 In deze lijn erkent § 306, lid 3, van het Duitse burgerlijk wetboek (BGB) dat het onmogelijk is de overeenkomst te laten voortbestaan indien deze voor een contractpartij onredelijk bezwarend is. In Spanje had ook de vroegere tekst van artikel 83, lid 2, van 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 (koninklijk wetgevend besluit nr. 1/2007 van 16 november 2007 tot goedkeuring van de gecodificeerde tekst van de algemene wet ter bescherming van consumenten en gebruikers) betrekking op de „wanverhouding tussen partijen die niet herstelbaar is”, als grond voor vernietiging van de gehele overeenkomst. De huidige formulering van de Spaanse wet laat zich, zoals de meeste nationale wetten, niet uit over de vraag wanneer de overeenkomst kan blijven voortbestaan.
- 16 Misschien kan de conclusie dat een voor de verkoper onredelijk bezwarende overeenkomst niet kan voortbestaan steun vinden in het feit dat (a) richtlijn 93/13 niet eraan in de weg staat dat algemene rechtsbeginselen worden toegepast die een herschikking van de contractuele inhoud rechtvaardigen of, eenvoudigweg, (b) het beding essentieel is in de zin van de communautaire rechtspraak, of (c) artikel 3, lid 1, gelet op het doel van richtlijn 93/13, een beding als oneerlijk beschouwt indien dit „het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort”. Het Hof [OR. 4] zelf stelt dat „die bepaling [art. 6, lid 1, van de richtlijn] volgens vaste rechtspraak beoogt het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een *reëel evenwicht* dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt” (zie onder meer arrest van het Hof [REDACTED] reeds aangehaald, punt 82, en arresten van het Hof van 30 april 2014, [REDACTED] EU:C:2014:279, punt 33; [REDACTED] en [REDACTED] C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 23; 3 september 2015, Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punt 19; 1 oktober 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, punt 40, en 29 oktober 2015, BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731, punt 18). Men zou kunnen zeggen dat als de schrapping van het oneerlijke beding ertoe leidt dat de overeenkomst onredelijk bezwarend wordt voor de verkoper, dit resultaat het reële evenwicht tussen de partijen buiten beschouwing laat door het evenwicht ernstig te verstoren ten nadele van de verkoper.
- 17 In klassieke termen gezegd (toegeschreven aan ULPIANUS, *Liber singularis regularum*, pr., 1-2), vragen wij ons af of richtlijn 93/13 een *lex perfecta* is, waarvan overtreding niet alleen leidt tot ongeldigheid van het beding (*non valet, pro scripta non habetur*); of, volgens bepaalde moderne rechtsopvattingen, richtlijn 93/13 een *lex plus quam perfecta* is, in die zin dat ze niet alleen bepaalt dat een oneerlijk beding ongeldig is, maar de verkoper daarnaast ook nog een andere sanctie oplegt.
- 18 Het Hof heeft reeds gekozen voor een zekere sanctionerende werking wanneer het in de regel de toepassing van een bepaling van aanvullend recht om de inhoud van

de overeenkomst te herschikken afwijst. In casu zou de bijkomende sanctie nog verder gaan en de verkoper de mogelijkheid ontnemen andere algemene rechtsopvattingen aan te voeren, zoals het onredelijk bezwarende karakter, om de inhoud van de overeenkomst te herschikken of om de overeenkomst op te zeggen. De verkoper zou zich genoodzaakt zien alle nadelige gevolgen van de opname van het oneerlijke beding te dragen, zoals het feit dat hij is onderworpen aan een onredelijk bezwarende overeenkomst die hij [anders] niet had gesloten.

- 19 De voorgelegde vraag is van algemeen belang en van belang in deze concrete zaak, aangezien de ongeldigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid van de geldlening die als executoriale titel dient in deze procedure met zich meebrengt dat het resterende deel van de overeenkomst onredelijk bezwarend is of wordt voor de verkoper (zie infra, punt 28). Wij betwijfelen dan ook of de overeenkomst kan voortbestaan.
- 20 Met name vinden wij dat het Spaanse Tribunal Supremo het belang aantoont van het criterium van het onredelijk bezwarende karakter als het oordeelt [arrest Tribunal Supremo, voltallige 1e kamer, 705/2015, van 23 december 2015, punt 5, e), 5]:

„Ten behoeve van de bescherming van de consumenten is het geboden maximalistische uitleggingen te vermijden, die onder de schijn van maximale bescherming tot paradoxaal gevolg hebben dat de toegang tot een hypothecaire lening en daarmee ook de verwerving van een eigen woning wordt beperkt. Nu de bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid, zoals uiteengezet, toelaatbaar zijn verklaard, blijkt uit het beginsel van evenwicht tussen prestaties, dat centraal moet staan bij de uitlegging, dat het ondoelmatig is kredietinstellingen te verplichten bij ernstige betalingsachterstand uitsluitend via een declaratoire procedure ontbinding van de overeenkomst [artikel 1124 Spaanse Código Civil (burgerlijk wetboek)] te vorderen, waarmee de buitengewone wettelijke executieprocedure wordt beëindigd en de doeltreffendheid van de zakelijke zekerheid wordt belemmerd. Bovendien blijkt uit de officiële statistieken dat de gemiddelde overeengekomen looptijd van hypothecaire leningen voor de verkrijging van een woning tussen 1990 en 2005 is toegenomen van 12 naar 25 jaar, **[OR. 5]** en tussen 2006 en 2010 zelfs steeg tot een gemiddelde van bijna 26 jaar, wat leidt tot de ongewenste situatie dat, uitgaande van volledige niet-nakoming van de aflossingsverplichtingen bij alle lopende lange termijnleningen, de overeenkomsten oneerlijke bedingen inzake vervroegde opeisbaarheid moeten bevatten”.

III

AANVULLINGSREGEL

- 21 De tweede vraag die wordt voorgelegd hangt samen met een eventueel bevestigend antwoord op de eerste vraag. Indien de overeenkomst niet kan voortbestaan zonder het ongeldige oneerlijke beding aangezien zij anders onredelijk bezwarend zou zijn voor de verkoper, is het de vraag of, om het voortbestaan van de overeenkomst veilig te stellen, de nationale rechter ter bescherming van de consument het oneerlijke beding kan vervangen door een nationale **bepaling van aanvullend recht**, of dat het passender zou zijn de overeenkomst aan te vullen met een **voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel**.
- 22 „Het Hof heeft 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” (arrest van het Hof ██████████ reeds aangehaald, punten 82-84, en arrest van het Hof van 21 januari 2015, Unicaja Banco en Caixabank, C-482/13, EU:C:2015;21, punt 33).
- 23 Wij menen dat in beginsel **het regelend of aanvullend recht** inzake overeenkomsten de beste leidraad biedt voor een billijke afweging van de belangen van de contractpartijen. In het aanvullend recht houdt de wetgever rekening met de normale situatie van tegengestelde belangen waardoor bij standaardovereenkomsten (anders dan bij via onderhandelingen gesloten overeenkomsten) de regels van aanvullend recht niet kunnen worden vervangen door andere regelingen zonder dat daarvoor voldoende reden bestaat. Bovendien zou met de toepassing van de bepaling van aanvullend recht het in richtlijn 93/13 beoogde evenwicht worden bereikt (zie supra, punt 16).
- 24 Wij nemen aan dat de nationale rechter niet in alle gevallen zijn toevlucht kan nemen tot een bepaling van aanvullend recht. Dan zou immers afbreuk worden gedaan aan het afschrikkende karakter van de nietigverklaring van het beding (arrest ██████████ reeds aangehaald, punten 83 en 84). Het scenario van een leemte in de overeenkomst als gevolg van de ongeldigheid is onderdeel van een wetgevingsbeleid inzake consumentenbescherming en is niet vergelijkbaar met dat van een reeds bestaande lacune in de overeenkomst die moet worden opgevuld.
- 25 Het probleem ontstaat als de overeenkomst niet kan voortbestaan aangezien zij onredelijk bezwarend is voor de verkoper. Hoewel het Hof aanvulling met een bepaling van aanvullend recht zou toelaten om te voorkomen dat de consument in zijn belangen wordt geschaad (zie supra, punt 22), kan worden tegengeworpen dat dit afbreuk doet aan het afschrikkende of preventieve karakter van de regeling

inzake oneerlijke bedingen, en dat het, bijgevolg, in dit geval het meest passend zou zijn om de overeenkomst niet aan te vullen met het billijke evenwicht van het aanvullend recht maar met een voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel, dat wil zeggen, met een regel waardoor de overeenkomst simpelweg niet onredelijk maar redelijk bezwarend wordt. Gewoonlijk zal deze regel niet zo billijk zijn voor de [OR. 6] verkoper als het aanvullende recht, maar dienen als beperking waardoor de overeenkomst ten behoeve van de consument haar geldigheid behoudt.

- 26 Dit antwoord is betwistbaar, want hoewel de oplossing van de voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel ons in het systeem van de richtlijn vanuit het **oogpunt van preventie** tegen de opname van oneerlijke bedingen de meest passende lijkt, vermindert deze de noodzaak tot preventie in geval van opzegging van de overeenkomst omdat zij onredelijk bezwarend is. De reden is dat de verkoper in geval van een ongeldig oneerlijk beding tegen voortzetting van de overeenkomst alleen de rechtsfiguur van het onredelijk bezwarend zijn kan aanvoeren, wat een veeleisend concept is waarover de rechterlijke instanties zich moeten uitspreken. We zouden te maken hebben met een bescherming die dermate onduidelijk en onzeker is dat de verkoper niet zou worden aangemoedigd oneerlijke bedingen op te nemen, aangezien er voor hem een hoog risico zou bestaan om hieraan gebonden te blijven omdat het bezwarende karakter als redelijk wordt beschouwd.
- 27 Bovendien zou de extreme hardheid van de oplossing ten aanzien van een bepaald beding van de overeenkomst, waarbij de verkoper zijn sterkere onderhandelingspositie niet verliest, met zich mee kunnen brengen dat hij zijn macht bij de onderhandelingen verplaatst naar andere terreinen van de overeenkomst, waardoor er geen werkelijke verbetering voor de consument ontstaat (BEN-SHAHAR, *Fixing Unfair Contracts*, Stan. L. Rev. 63, 2011, 869, 900). Het Spaanse Tribunal Supremo heeft gewezen op de gevolgen die een „maximalistische uitleg” zou hebben voor de markt voor hypothecair krediet (zie supra, ¶punt 20).
- 28 De voorgelegde vraag is van het algemeen belang en van belang in deze zaak, aangezien de regeling van aanvullend recht betreffende het beding inzake vervroegde opeisbaarheid niet strookt met de minimaal aanvaardbare termijn voordat de kredietgever de lening vervroegd mag opeisen. Behoudens een nauwkeurigere financiële berekening op grond van de informatie van partijen zou de minimaal aanvaardbare termijn kunnen ingaan op het tijdstip waarop de kredietinstelling als gevolg van de lening financieel verlies gaat leiden. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer de kosten die de kredietinstelling moet maken vanwege het verlies als gevolg van de oninbare lening hoger zijn dan de opbrengsten die de lening tot die datum heeft opgeleverd, verhoogd met de in redelijkheid te verwachten toekomstige opbrengsten van de lening.

- 29 Wij begrijpen dat het Spaanse Tribunal Supremo het oneerlijke beding inzake vervroegde opeisbaarheid heeft aangevuld door als volgt te oordelen [arrest van het Tribunal Supremo, voltallige kamer, 705/2015, van 23 december 2015, punt 5, e), 4]:

„het arrest moet worden bekrachtigd voor zover daarin wordt verklaard dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid oneerlijk en derhalve nietig is en buiten toepassing moet worden gelaten. Maar men moet niet uit het oog verliezen dat het oneerlijke karakter gelegen is in de woorden waarmee de opgelegde algemene voorwaarde vervroegde opeisbaarheid toestaat, niet in de vervroegde opeisbaarheid zelf, want die is op zichzelf niet onrechtmatig. In voorkomend geval, en aangezien het bestreden beding betrekking heeft op de executie van verhypothekerde zaken, dient men zich te houden aan het bepaalde in art. 693, lid 2, LEC.”

- 30 Dit dictum herinnert aan de stelling dat een oneerlijk beding zou kunnen voortbestaan door het grammaticaal scheidbare oneerlijke deel te schrappen (of weg te denken) (*blue pencil rule*). Inderdaad zou er volgens gezaghebbende rechtsgeleerden niets **[OR. 7]** op tegen zijn een op die wijze beperkt beding inzake vervroegde opeisbaarheid gedeeltelijk geldig te verklaren door het (te lage en daardoor oneerlijke) aantal van de niet-betaalde termijnen die recht geven op ontbinding van de overeenkomst te schrappen. Die beperkte versie zou hoe dan ook gelden, ook als het ongeldige beding niet zou bestaan, want het beding inzake vervroegde opeisbaarheid heeft een wettige kern en zou onderworpen zijn aan een algemene toetsing van het wezenlijke belang van de niet-nakoming door de kredietnemer. Wij menen echter dat deze oplossing in de communautaire rechtspraak is verworpen omdat zij in wezen uitgaat van een beperking of wijziging van het ongeldige beding.
- 31 Voorts zijn wij van mening dat het een zaak van uitlegging van nationaal recht is om vast te stellen welke in Spanje de regels van aanvullend recht zijn om een overeenkomst vervroegd te kunnen beëindigen, en in concreto, of artikel 1129 Código Civil die bepaling van aanvullend recht is, en niet een bepaling uit de LEC inzake vervroegde opeisbaarheid. Volgens de conclusie van de advocaat-generaal van 2 februari 2016, Banco Primus, C-421/14, punten 78-81, is artikel 693, lid 2, van de LEC geen bepaling van aanvullend recht.

IV

ONGELDIGHEID VAN HET BEDING INZAKE VERVROEGDE OPEISBAARHEID

- 32 Op grond van dit beding mag „de bank bij een betalingsachterstand de gehele lening vervroegd opeisen, met de daaruit voortvloeiende ontbinding van de overeenkomst, en vervroegde terugbetaling eisen van de hoofdsom, vermeerderd

met rente en kosten” (beschikking van het Hof van 8 juli 2015, Banco Grupo Cajatres, C-90/14, EU:C:2015:465, punt 16).

- 33 Het Hof heeft zich aldus uitgesproken dat een beding inzake vervroegde opeisbaarheid als **oneerlijk** kan worden aangemerkt en stelt bij de beoordeling dat het met name belangrijk is dat diverse factoren worden getoetst (beschikking van het Hof van 14 november 2013, Banco Popular Español, C-537/12, EU:C:2013:759).
- 34 Met onze derde vraag wensen wij te vernemen of de ongeldigheid van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid het **voortbestaan van de overeenkomst** in de zin van richtlijn 93/13 toestaat.
- 35 Het antwoord ligt niet voor de hand, want wij menen dat de mogelijkheid tot voortbestaan van de overeenkomst of, wat op hetzelfde neerkomt, de mogelijkheid van nietigheid of gedeeltelijke ongeldigheid beoordeeld moet worden in termen van **redelijkheid van de omstandigheden**.
- 36 Een van deze omstandigheden, die wijst op gedeeltelijke ongeldigheid, is de splitsbaarheid van de inhoud. Uiteraard zijn wij het met de genoemde conclusie van de advocaat-generaal van 2 februari 2016, Banco Primus, C-421/14, punt 86, in fine, eens dat het beding inzake vervroegde opeisbaarheid „ondergeschikt is en kan worden gescheiden van de rest van de leningsovereenkomst”. Het argument van de splitsbaarheid lijkt ons echter onvolledig.
- 37 Een andere belangrijke omstandigheid is het gevolg van gedeeltelijke ongeldigheid voor het **evenwicht tussen de verplichtingen** van de partijen. Evenwel moet worden toegegeven dat in een context van consumentenbescherming de verkoper elke aanvaardbare verstoring van het evenwicht als gevolg van de schrapping van het beding aan zichzelf moet toeschrijven.
- 38 Een andere omstandigheid die in aanmerking moet worden genomen om de mogelijkheid van gedeeltelijke ongeldigheid in termen van redelijkheid te beoordelen, is ten slotte de vraag of partijen hadden ingestemd met een overeenkomst die alleen maar uit de resterende inhoud bestaat (uitdrukkelijk wegens volledige nietigheid behoudens bewijs van een andere wil, § 139 BGB; wegens gedeeltelijke **[OR. 8]** nietigheid behoudens bewijs, art. 1419, [lid 1], Italiaanse *Codice Civile* of § 41 Estse *Võlaõigusseadus*; in de rechtsleer, onder meer, BAR/CLIVE [red.], *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, 2010, 158). De sterkste aanwijzing van de hypothetische wil van de verkoper om geen overeenkomst te sluiten zou eventueel zijn dat de overeenkomst onredelijk bezwarend is voor de verkoper.
- 39 De voorgelegde vraag is in het algemeen en voor deze concrete zaak relevant. Op grond van bovenstaande achten wij het antwoord van het Hof inzake het wezenlijke gevolg dat de ongeldigheid van het beding inzake vervroegde

opeisbaarheid voor de overeenkomst zou hebben beslissend. Het Hof heeft zich reeds uitgesproken over het voortbestaan van een overeenkomst zonder oneerlijke bedingen met een andere inhoud (zoals het beding inzake vertragsrente). Verder zou het zeer verhelderend zijn als uitdrukkelijk wordt aangegeven welke de criteria zijn om te bepalen wanneer een overeenkomst geheel of gedeeltelijk ongeldig is.

V

AFZIEN VAN DE BESCHERMINGSREGELING

- 40 De vierde vraag die wij moeten voorleggen is of de consument mag afzien van de door richtlijn 93/13 geboden bescherming.
- 41 Het Hof heeft geoordeeld dat de aard en het gewicht van de door richtlijn 93/13 verschaft bescherming van „publiek belang” zijn (arrest BBVA, reeds aangehaald, punt 19 en aangehaalde rechtspraak).
- 42 Onverlet het voorgaande, is „de nationale rechter op grond van de richtlijn [...] niet gehouden, het betrokken beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen” (arrest van het Hof van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, punt 33). „[...] [H]et Hof [tracht] een uitlegging van het Unierecht [...] te geven die op passende wijze rekening houdt met de individuele belangen van de consument, door hem zelf te laten beslissen of hij de door het consumentenrecht geboden bescherming in een civielrechtelijke procedure, die wordt bepaald door het beginsel van procesautonomie van partijen, wenst in te roepen. [...] Deze opvatting van de processuele positie van de consument sluit aan bij het eveneens in de rechtspraak ontwikkelde model van de consument die ‚normaal [geïnformeerd], redelijk [oplettend] en [omzichtig]’ is. [...] De in het arrest Pannon GSM gehanteerde aanpak heeft als bijzonderheid dat hij de consument behoedt voor een opgedrongen bescherming en strookt met de idee van bescherming van de consument door informatie. [...] Zoals uit het arrest Asturcom Telecomunicaciones blijkt, lijkt het Hof er [...] eveneens rekening mee te houden dat een consument afziet van uitoefening van zijn rechten. [Als gevolg] hiervan lijkt de Unierechtelijke verplichting van de nationale rechter om de consument door positief ingrijpen te beschermen [tegen oneerlijke bedingen], enkel zo ver te gaan als het nationale procesrecht dat toestaat” (conclusie van de advocaat-generaal van 14 februari 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:74, punt 73). **[OR. 9]**
- 43 Ook de verwijzende rechter is van mening dat richtlijn 93/13 een regeling voor ongeldigheid van overeenkomsten ten gunste van de consument vormt (*pro se introducta sunt; nullità di protezione, protective nullity*) waardoor de rechtbank de consument geen bescherming kan opleggen. In deze materie, die hoewel van

openbaar belang, niet van openbare orde is, zien wij geen reden om af te wijken van de oude rechtsregel volgens welke, bij de rechter, iedereen mag afzien van hetgeen ten gunste van hem is bepaald. In deze executieprocedure gaat het niet om het doen van afstand van de wet, maar van een recht. Bovendien is het de oplossing die het lijdelijkheidsbeginsel als projectie op procesrechtelijk gebied van de partijautonomie het meest eerbiedigt.

- 44 De voorgelegde vraag is in het algemeen en voor deze concrete zaak relevant. Mocht de consument afstand doen van rechten of voordelen waar hij hypothetisch gezien baat bij heeft als tegen hem een hypothecaire executieprocedure is ingeleid: aan wie weet en instemt geschiedt geen onrecht noch list, waardoor deze rechtbank dit afstand doen zou moeten aanvaarden. In de praktijk verzoeken geëxecuteerden om beëindiging van de executie op grond van het oneerlijke karakter van een of meer bedingen.
- 45 Anderzijds heeft Het Spaanse Tribunal Supremo betoogd dat de buitengewone hypothecaire executieprocedure, ondanks het verzoek van de consument, niet hoeft te worden beëindigd aangezien deze de consument ten goede zou komen. Het arrest van het Tribunal Supremo, voltallige 1e kamer, 705/2015, van 23 december 2015, punt 5, e), 6)-7) luidt:

„6.- Hierboven hebben wij gezegd dat de nationale rechter, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, 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 echter 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. Als hoger nationaal rechtscollege in civiele zaken (artikel 123, lid 1, CE [Spaanse grondwet]) zijn wij van mening dat dit is wat er zou gebeuren als door de vaststelling van het oneerlijke karakter van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid, vanwege de geringe omvang van de niet-nakoming op grond waarvan het beding wordt toegepast, de hypothecaire executieprocedure niet meer open zou staan, zelfs in gevallen waarin de daadwerkelijk geconstateerde niet-nakoming dermate ernstig is dat vervroegde opeisbaarheid gepast is. Beëindiging van de hypothecaire executieprocedure kan immers niet altijd als het meest gunstige voor de consument worden beschouwd. Aldus moet de mogelijkheid van artikel 693, lid 3, LEC in aanmerking worden genomen, welk artikel in gevallen waarin wegens vervroegde opeisbaarheid de gehele schuld wordt opgeëist, de schuldeiser het recht toekent, onverminderd het feit dat executie voor het gehele verschuldigde bedrag is bevolen, te verzoeken dat aan de schuldenaar wordt medegedeeld dat deze, tot de voor de openbare verkoop vastgestelde datum, de onroerende zaak kan bevrijden

door consignatie van het exacte op de datum van indiening van het verzoek om verlot als hoofdsom en rente verschuldigde bedrag, eventueel verhoogd met de in de loop van de procedure verschuldigd geworden en geheel of deels openstaande aflossingstermijnen en vertragingsrente; als het een als hoofdverblijf gebruikte woning betreft kan de schuldenaar de onroerende zaak ook zonder toestemming van de schuldeiser bevrijden door consignatie van de hierboven genoemde bedragen. Bovendien heeft de hypotheekgever volgens artikel 693 LEC onbeperkt de mogelijkheid om de onroerende zaak meermaals te bevrijden, mits er drie jaar zitten tussen de datum van bevrijding en de datum waarop de schuldeiser het gerechtelijke of buitengerechtelijke betalingsbevel heeft verzonden. We hebben aldus te maken met een middel ter voorkoming van executie waardoor [OR. 10] de gevolgen van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid worden geneutraliseerd en de overeenkomst en bijgevolg de hypothecaire lening wordt hersteld. Tevens biedt de wet de hypotheekgever tijdens de executieprocedure andere specifieke voordelen, zoals in artikel 579 LEC in verband met de mogelijkheden voor de schuldenaar om zich te bevrijden van zijn aansprakelijkheid in geval van toekenning van de verhypothecarde als hoofdverblijf dienende woning wanneer het hoogste bod niet toereikend is om de schuld af te lossen, of in artikel 682, lid 2, onder 1), LEC, waarin wordt bepaald dat de voor de openbare verkoop vastgestelde taxatiewaarde niet lager mag zijn dan 75 procent van de taxatiewaarde op basis waarvan de lening was verstrekt. Bijzondere bepalingen ten behoeve van de hypotheekgever wanneer voor de executie de specifieke procedure van artikel 681 e.v. LEC wordt gebruikt, welke niet van toepassing zijn in de declaratoire procedure.

7.- Derhalve kan niet onvoorwaardelijk worden gesteld dat de beslissing om de executie voort te zetten voor de consument nadeliger is. Integendeel, beëindiging van de buitengewone executieprocedure teneinde partijen door te verwijzen naar de declaratoire procedure, kan alle huizenkopers die vóór de inwerkingtreding van wet 1/2013 een langlopende hypothecaire lening met een oneerlijk beding inzake vervroegde opeisbaarheid hebben afgesloten, de mogelijkheid ontnemen te profiteren van een regeling die hun bijzondere voordelen biedt, zoals het bevrijden van de onroerende zaak en het herstel van de overeenkomst zoals uiteengezet.”

VI

DOELTREFFENDHEIDSBEGINSEL

- 46 Artikel 38 van het **Handvest van de grondrechten van de Europese Unie** heeft betrekking op consumentenbescherming en luidt: „In het beleid van de Unie wordt zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming”. Artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt: „De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en

geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.”

- 47 De vijfde en laatste vraag is of een nationale proceswet op grond waarvan de consument alleen bepaalde rechten mag uitoefenen of wettelijke voordelen mag genieten ingeval hij instemt met een zeer voortvarende procedure zoals de hypothecaire executie, zich verdraagt met de genoemde bepalingen. Met name vragen wij ons af of een rechtsstelsel het aan de wetgever gegeven beschermingsmandaat vervult wanneer de materiële rechten van de consument [met name het herstel van de lening, gedeeltelijke kwijtschelding van de schuld of een minimale opbrengst bij openbare verkoop (*zie supra*, punt 45)] variëren naargelang en uitsluitend afhangen van de door de schuldeiser gekozen procedure, en, in deze juridische context, het rechtsstelsel de consument alleen helpt als hij zich niet verzet tegen een zeer kostbare en voortvarende procedure.
- 48 In tegenstelling tot de declaratoire procedure stelt de **hypothecaire executieprocedure** de rechtbank niet in de gelegenheid volledig inzicht te krijgen in de relevante op de zaak toepasselijke voorwaarden en in het bijzonder in de vraag of de uitoefening van de bevoegdheid tot vervroegde opeisbaarheid legitiem is in het licht van het wezenlijke belang van de niet-nakoming door de schuldenaar.
- 49 Naar ons oordeel kan het doeltreffendheidsbeginsel worden geschonden als de rechten van de consument afhankelijk zijn van de vraag of er een hypothecaire executieprocedure plaatsvindt. Het Hof heeft voor recht verklaard dat „de specifieke kenmerken van de [OR. 11] gerechtelijke procedure, waar in een nationaalrechtelijke context de verkoper en de consument tegenover elkaar staan, geen factor kunnen vormen die de rechtsbescherming kan doorkruisen die de consument op grond van die richtlijn dient toe te komen” (arresten van het Hof van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punt 55; 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 62; 17 juli 2014, [REDACTED] en [REDACTED] C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 47, en 10 september 2014, [REDACTED] C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 53).
- 50 Deze kwestie wordt geacht in het algemeen en in dit concrete geval **relevant** te zijn, want indien het antwoord bevestigend luidt, vervalt het argument dat de consument wordt bevoordeeld door de buitengewone hypothecaire executieprocedure (zie *supra*, punt 45) aangezien het doeltreffendheidsbeginsel zou worden geschonden.
- 51 Logischerwijze zouden dan **ook** de door de hypothecaire executieprocedure geboden rechten en voordelen moeten **gelden** voor de overige in het nationale recht voorziene procedures (zie *supra*, punt 7). De consument moet weten of, in geval van beëindiging van de hypothecaire executieprocedure, het Unierecht hem deze rechten of voordelen al dan niet in andere procedures garandeert, want hij

moet met volledige kennis van zaken beslissen of hij moet opkomen tegen voortzetting van de onderhavige executie.

VII

UITEENLOPENDE OPLOSSINGEN VAN NATIONALE GERECHTEN

- 52 In het arrest van het **Tribunal Supremo**, voltallige 1e kamer, 705/2015, van 23 december 2015 is bepaald dat de nietigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid niet belet dat de executie wordt voortgezet. Samengevat vatten wij dit aldus op dat het Tribunal Supremo daartoe heeft vastgesteld dat de ongeldigheid van het beding inzake vervroegde opeisbaarheid onredelijk bezwarend is voor de verkoper, het beding beperkt en aanvult met een procesrechtelijke regel die voor de verkoper niet als minimaal aanvaardbaar geldt, niet toestaat dat de consument afstand doet van de bescherming van richtlijn 93/13 en impliciet aanneemt dat de bestaande wetgeving strookt met het doeltreffendheidsbeginsel. Tot aan dit arrest werd het beding inzake vervroegde opeisbaarheid wegens enige niet-nakoming door de kredietnemer door de **meeste Audiencias Provinciales** in Spanje niet oneerlijk verklaard.
- 53 Het voorgaande arrest van het Tribunal Supremo bevat echter één afwijkend standpunt, volgens hetwelk „genoemde rechtspraak rechtstreeks en op algemene wijze begripmatig een onjuiste voorstelling geeft van de toetsing van het eventueel oneerlijke karakter, de functie en doeltreffendheid ervan neutraliseert, het oneerlijk verklaarde beding duidelijk aanvult en al met al in strijd is met de rechtspraak op dit gebied van het Hof van Justitie van de Europese Unie”. Op grond van dit afwijkende standpunt zou, net als volgens de **minderheid van de Audiencias Provinciales**, de executie moeten worden beëindigd.
- 54 Het antwoord op de prejudiciële vragen is beslissend om te kunnen bepalen welke materiële en procesrechtelijke gevolgen de eventuele ongeldigheid van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid in de onderhavige zaak heeft, aangezien de antwoorden van het Hof kunnen leiden tot (1) voortzetting van de executie voor het bedrag van de gehele lening, maar mogelijk anderszins onder andere voorwaarden dan genoemd in het laatste arrest, of (2) beëindiging van de executie, of (3) voortzetting van de executie maar **[OR. 12]** uitsluitend voor het bedrag van de vervallen en niet-betaalde termijnen en die welke in de in de loop van de executieprocedure verschuldigd worden.

Gelet op de wettelijke bepalingen en de andere bepalingen die algemeen toepasselijk en relevant zijn,

DICTUM

Een.- Het Hof van Justitie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moet artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst niet kan voortbestaan zonder het oneerlijke beding wanneer de resterende inhoud onredelijk bezwarend is voor de verkoper?
2. Indien een voor de verkoper onredelijk bezwarende overeenkomst niet kan voortbestaan, kan de nationale rechter dan ter bescherming van de consument de overeenkomst in stand laten door een bepaling van aanvullend recht toe te passen, of dient hij de overeenkomst aan te vullen met een voor de verkoper minimaal aanvaardbare regel?
3. Is het in geval van ongeldigheid van een beding inzake vervroegde opeisbaarheid wegens de oneerlijkheid ervan mogelijk dat de rest van de overeenkomst blijft voortbestaan in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13?
4. Kan de consument bij de rechter die de procedure behandelt afzien van de door richtlijn 93/13 geboden bescherming?
5. Is een nationale proceswet die bepaalde materiële rechten of voordelen van de consument afhankelijk stelt van de vraag of er een – zeer voortvarende – executieprocedure plaatsvindt, en deze rechten en voordelen niet toekent in andere procedures, verenigbaar met het doeltreffendheidsbeginsel als bedoeld in richtlijn 93/13 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?

[OMISSIS]