



Datum van
inontvangstneming

:

08/01/2016

Zaak C-598/15

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:

16 november 2015

Verwijzende rechter:

Juzgado de Primera Instancia nr. 1 de Jerez de la Frontera (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 november 2015

Verzoekende partij:

Banco Santander, S.A.

Verwerende partij/verweerder:

Cristobalina Sánchez López

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Door een bank ingestelde rechtsvordering tot bescherming van in het Registro de la Propiedad [Spaanse kadaster] ingeschreven zakelijke rechten, strekkende tot de uitzetting uit een met hypotheek bezwaarde en na een buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure aan die bank toegewezen woning.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Verenigbaarheid met richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van de Spaanse procesrechtelijke regeling van enerzijds de buitengerechtelijke hypothecaire executie en anderzijds de gerechtelijke procedure tot tenuitvoerlegging van het na de buitengerechtelijke hypothecaire executie door een bank verkregen en in het kadaster ingeschreven eigendomsrecht.

Grondslag: artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- 1) Is een nationale regeling die voorziet in een procedure als die van artikel 250, lid 1, onder 7, van de Ley de Enjuiciamiento Civil (wetboek van burgerlijke rechtsvordering), waarin de nationale rechter gehouden is te gelasten dat de uitgewonnen woning wordt geleverd aan degene waaraan deze is toegewezen in een buitengerechtelijke executieprocedure in het kader waarvan volgens de geldende regeling van artikel 129 van de Ley Hipotecaria (hypotheekwet), zoals gewijzigd bij Ley 1/2000 de 8 de enero (wet 1/2000 van 8 januari), en de artikelen 234 tot en met 236-O van de hypotheekverordening, zoals gewijzigd bij Real Decreto 290/1992 (koninklijk besluit 290/1992), niet was voorzien in de mogelijkheid tot ambtshalve rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen of tot daadwerkelijke betwisting door de schuldenaar op die grond, hetzij in het kader van de buitengerechtelijke executie hetzij in een afzonderlijke gerechtelijke procedure, in strijd met de genoemde bepalingen van de richtlijn en de doelstellingen van de richtlijn?
- 2) Is een regeling zoals de vijfde overgangsbepaling van Ley 1/2013 (wet 1/2013), krachtens welke een na de inwerkingtreding van Ley 1/2013 ingeleide buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure slechts door de notaris kan worden geschorst wanneer de [OR. 12] consument aantoonde dat hij een rechtsvordering heeft ingesteld betreffende het oneerlijke karakter van een beding in de hypothecaire leningsovereenkomst, dat de grondslag vormt van de buitengerechtelijke verkoop of op basis waarvan het bij de executie verschuldigde bedrag is vastgesteld, en voor zover de consument die afzonderlijke vordering heeft ingesteld binnen de termijn van een maand na de bekendmaking van wet 1/2013, zonder dat die termijn hem persoonlijk is meegedeeld, en in elk geval voordat de toewijzing van de zaak door de notaris heeft plaatsgevonden, in strijd met de genoemde bepalingen van de richtlijn en de doelstellingen van de richtlijn?
- 3) Moeten de genoemde bepalingen van de richtlijn, het door de richtlijn beoogde doel en de door haar aan de nationale rechters opgelegde verplichting tot ambtshalve onderzoek van de oneerlijkheid van bedingen in overeenkomsten met consumenten, zonder dat de consument daarom dient te verzoeken, aldus worden uitgelegd dat zij de nationale rechter in procedures als die geregeld in artikel 250, lid 1, onder 7, van de Ley de Enjuiciamiento Civil of de procedure van „buitengerechtelijke verkoop” geregeld in artikel 129 van de Ley Hipotecaria, de mogelijkheid bieden het nationale recht buiten toepassing te laten wanneer dat een dergelijke ambtshalve rechterlijke toetsing niet toestaat, in aanmerking genomen de duidelijkheid van de richtlijnbevestigingen en het feit dat het Hof van Justitie van de Europese Unie bij herhaling heeft geoordeeld dat de nationale rechters gehouden zijn in geschillen over consumentenovereenkomsten te toetsen of er sprake is van oneerlijke bedingen?

- 4) Is een nationale regeling zoals die van artikel 129 van de Ley Hipotecaria, zoals gewijzigd bij Ley 1/2013, die als enige doeltreffende maatregel ter bescherming van de in de richtlijn vastgelegde consumentenrechten, met betrekking tot de buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedures tegen consumenten slechts voorziet in een eenvoudige bevoegdheid tot attendering op het bestaan van oneerlijke bedingen door de notaris, of in de mogelijkheid voor de schuldenaar tegen wie buitengerechtelijk ten uitvoer wordt gelegd om een vordering in te stellen in een afzonderlijke gerechtelijke procedure voordat de notaris de uitgewonnen onroerende zaak heeft toegewezen, in strijd met de genoemde bepalingen van de richtlijn en de doelstellingen van de richtlijn?
- 5) Is een nationale regeling zoals die van artikel 129 van de Ley Hipotecaria, zoals gewijzigd bij Ley 1/2013, en [de] artikelen 234 tot en met 236 van de hypotheekverordening, zoals gewijzigd bij Real Decreto 290/1992, die voorziet in een procedure tot buitengerechtelijke executie van hypothecaire leningen tussen handelaren en consumenten waarin geen mogelijkheid bestaat tot ambtshalve rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen, in strijd met de genoemde bepalingen van de richtlijn en de doelstellingen van de richtlijn?

Aangevoerde communautaire bepalingen

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”.

Artikel 7, lid 1, van deze richtlijn 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”.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

1) Buitengerechtelijke executie

A) Geldend vóór Ley 1/2013 en *ratione temporis* toegepast op de door de bank ingeleide buitengerechtelijke executie

Artikel 129 van de Ley Hipotecaria (hierna: „LH”) bepaalt: „De hypothecaire vordering kan rechtstreeks op de met hypotheek bezwaarde zaken ten uitvoer worden gelegd volgens het bepaalde [in de Ley de Enjuiciamiento Civil (wet op

de burgerlijke rechtsvordering; hierna: ‚LEC’)] [...] Bovendien kan in de akte tot vestiging van een hypotheek worden overeengekomen dat de met hypotheek bezwaarde zaak buitengerechtelijk zal worden verkocht [...] indien de verbintenis waarvoor de zekerheid is gesteld niet wordt nagekomen. De buitengerechtelijke verkoop vindt plaats door tussenkomst van een notaris met inachtneming van de in de [Reglamento hipotecario (hypotheekverordening: hierna: ‚RH’)] vastgelegde vormvereisten.”

De artikelen 234 en volgende RH hebben betrekking op het instellen van hypothecaire vorderingen in de buitengerechtelijke executieprocedure. De volgende aspecten zijn relevant:

– 1) vereisten

Krachtens artikel 234 RH is voor de toepassing van de buitengerechtelijke executieprocedure van artikel 129 RH vereist dat – in een afzonderlijk beding – in de hypotheekakte is overeengekomen dat partijen deze procedure zullen volgen, en voorts moet worden gespecificeerd a) de door de betrokkenen geraamde waarde van de onroerende zaak, die als uitgangswaarde voor de openbare verkoop zal dienen, b) het door de hypotheekgever opgegeven adres voor betekeningen en kennisgevingen, en c) de persoon die bij een buitengerechtelijke verkoop namens de hypotheekgever de akte van verkoop van de onroerende zaak moet ondertekenen, waartoe ook de schuldenaar zelf kan worden aangewezen.

– 2) Procedure

Artikel 236-ñ RH bepaalt dat de notaris de procedure slechts schorst wanneer aan de hand van stukken wordt aangetoond dat een strafrechtelijke procedure aanhangig is ter zake van de mogelijke valsheid van het hypothecaire zekerheidsrecht, of de hypotheekbewaarder hem bericht dat de hypotheek later is geroyeerd. Wanneer een van deze omstandigheden aan de orde is schorst de notaris de executie totdat respectievelijk de strafrechtelijke of de kadastrale procedure is beëindigd. De executie wordt op verzoek van de executant hervat wanneer de valsheid niet komt vast te staan of het royement niet wordt ingeschreven.

Volgens artikel 236-o, wordt op alle andere bezwaren van de schuldenaar, daaronder begrepen bezwaren die de nietigheid van de executorialle titel alsmede de opeisbaarheid, de vaststaande aard, het tenietgaan of het bedrag van de vordering betreffen, in de desbetreffende declaratoire procedure beslist, zonder dat dit leidt tot schorsing of vertraging van de buitengerechtelijke procedure.

– 3) Conclusie

Volgens artikel 236-l moet na de toewijzing van de onroerende zaak de koopakte bij de notaris worden gepasseerd en de akte worden ondertekend door de verkrijger aan de ene zijde en de eigenaar van de onroerende zaak aan de andere

zijde. De notariële akte vormt een genoegzame titel voor de inschrijving op naam van de verkrijger van zijn rechten op de verkregen onroerende zaak.

– 4) Bescherming van de bezitsrechten van de verkrijger

Volgens artikel 236-m kan de verkrijger een verzoek tot inbezitstelling van de verkregen zaken indienen bij de rechter in eerste aanleg van de plaats waar die zaken zich bevinden.

B) Geldend na Ley 1/2013 de 14 de mayo de 2013 (wet 1/2013 van 14 mei 2013), die van kracht is sinds 15 mei 2013

Volgens de considerans zijn de bij deze wet ingevoerde wijzigingen vastgesteld naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 14 maart 2013 in de zaak Aziz (C-415/11).

Bij artikel 3, lid 3, van Ley 1/2013 is de LH gewijzigd en de formulering van artikel 129 vervangen door: „1. De hypothecaire vordering kan ten uitvoer worden gelegd: a) rechtstreeks op de verhypothekerde zaken en volgens het bepaalde in [de LEC] [...], b) of, mits dit in de notariële akte tot vestiging van de hypotheek is overeengekomen, door de buitengerechtelijke verkoop van de verhypothekerde zaak [...], uitsluitend in het geval van wanbetaling van de hoofdsom of de renten op het gegarandeerde bedrag.

2. De buitengerechtelijke verkoop vindt plaats ten overstaan van een notaris en met inachtneming van de hiernavolgende voorschriften en vormvereisten: [...] f) Wanneer de notaris meent dat een beding van de hypothecaire lening dat de grondslag vormt voor de buitengerechtelijke verkoop of op basis waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld mogelijk oneerlijk is, stelt hij de schuldenaar, de schuldeiser en in voorkomend geval de borg en de hypotheekgever-niet-schuldenaar, naar gelang van het geval, hiervan op de hoogte. Hij schorst de buitengerechtelijke verkoop in elk geval wanneer een van de partijen aantoonbaar dat zij zich tot de bevoegde rechter heeft gewend [...] met een beroep op de oneerlijkheid van die contractuele bedingen. De kwestie betreffende dat oneerlijke karakter wordt behandeld volgens de procedure en met de gevolgen als bepaald voor het in artikel 695, lid 4, [LEC] geregelde verzet. Nadat de kwestie is behandeld en voor zover het niet gaat om een oneerlijk beding dat de grondslag vormt voor de executie, kan de notaris op verzoek van de schuldeiser de buitengerechtelijke verkoop voortzetten.”

Volgens de vijfde overgangsbepaling van Ley 1/2013 worden de bij artikel 3, lid 3, ingevoerde wijzigingen toegepast op de buitengerechtelijke verkopen van verhypothekerde zaken die na de inwerkingtreding ervan worden geëntameerd, ongeacht de datum waarop de hypotheekakte is ondertekend. Met betrekking tot de vóór de inwerkingtreding van Ley 1/2013 aangevangen buitengerechtelijke verkopen waarin de verhypothekerde zaak nog niet is toegewezen, gelast de notaris de schorsing wanneer een van de partijen binnen de vervaltermijn van een

maand na de dag van inwerkingtreding van deze wet aantoonde dat zij zich overeenkomstig het bepaalde in artikel 129 LH voor de daartoe bevoegde rechter heeft beroepen op de oneerlijkheid van een beding in de hypothecaire overeenkomst dat de grondslag vormt voor de buitengerechtelijke verkoop of op basis waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld.

II) Zakelijke rechtsvordering strekkende tot tenuitvoerlegging van de bij het kadaster ingeschreven rechten

Artikel 41 LH bepaalt: „Vorderingen gebaseerd op ingeschreven zakelijke rechten kunnen via de in de [LEC] geregelde mondelinge procedure worden ingesteld tegen degenen die, zonder ingeschreven titel, deze rechten betwisten of de uitoefening ervan belemmeren. [...]”

Artikel 250, lid 1, onder 7, LEC bepaalt dat „de volgende vorderingen [...], ongeacht het bedrag ervan, in een mondelinge procedure [worden] behandeld: [...] 7. Vorderingen die worden ingesteld door houders van bij het kadaster ingeschreven zakelijke rechten die ertoe strekken die rechten geldend te maken tegenover degenen die ze betwisten of de uitoefening ervan belemmeren zonder over een ingeschreven titel als grondslag voor die betwisting of belemmering te beschikken”.

Volgens de toepasselijke bepalingen van de LEC heeft de eerdergenoemde mondelinge procedure de volgende kenmerken:

- De nationale rechter is niet bevoegd tot toetsing van het eventueel oneerlijke karakter van de bedingen van de hypothecaire lening die aanleiding geeft tot de buitengerechtelijke executie waaruit de inschrijving in het register ten gunste van de bank voortvloeit.
- De verweerder kan een beperkt aantal verzetsgronden aanvoeren. Hij kan zich echter niet op de oneerlijkheid van bedingen in de hypothecaire lening beroepen of aanvoeren dat het beding betreffende de verplichte buitengerechtelijke procedure zelf oneerlijk is.
- Voor het aantekenen van verzet door de verweerder is zekerheidstelling vereist.
- De door de rechter in zijn uitspraak te geven beslissing in het geval geen verzet wordt aangetekend of door de verweerder geen zekerheid is gesteld, is bij wet bepaald. De rechter moet, na aanzegging aan de verweerder, de vorderingen van de verzoeker toewijzen.
- De uitspraak heeft geen gezag van gewijsde.
- De verweerder kan geen vordering in reconventie instellen.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 21 december 2014 zijn Sánchez López (hierna: „kredietneemster”) en Banco Santander, S.A. (hierna: „bank”) een lening met hypothecaire zekerheidstelling overeengekomen voor de aankoop van de als hoofdverblijf gebruikte woning van Sánchez. In de hypotheekakte is een beding nr. 11 („buitengerechtelijke procedure”) opgenomen, waarbij partijen zich ertoe verbinden de buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure te zullen volgen. Dat beding houdt in: a) de geraamde waarde van de met hypotheek bezwaarde onroerende zaak, die als uitgangswaarde voor de openbare verkoop zal dienen; b) het door de kredietneemster opgegeven adres voor betekeningen en kennisgevingen, en c) dat de kredietneemster de bank machtigt om in voorkomend geval namens haar in de verkoopakte in te stemmen met de verkoop van de verhypotheceerde woning aan degene die deze verkrijgt in het kader van de openbare verkoop.
- 2 Op 24 maart 2011 is de buitengerechtelijke procedure voor de notaris ingeleid. Op 23 mei 2011 is de schuldenaarster gelast tot betaling en is die procedure beëindigd met de toewijzing van de woning aan de bank tegen 59 % van haar geraamde waarde. De schuldenaarster heeft nog een restschuld van 13 482,97 EUR.
- 3 Op 23 februari 2012 is de verkoopakte voor de geëxecuteerde woning bij de notaris gepasseerd. Koper is de bank, tevens verkrijgster, verkoper de geëxecuteerde kredietneemster. De bank heeft krachtens de haar verleende volmacht de koopakte namens haar ondertekend.
- 4 Op 12 april 2012 heeft de bank de akte van 23 februari 2012 laten inschrijven bij het kadaster, zodat de buitengerechtelijk geëxecuteerde en aan de schuldeiser – de bank – toegewezen verhypotheceerde woning is ingeschreven als eigendom van de bank en verkregen „ten titel van toewijzing op grond van hypothecaire executie”.
- 5 Op 23 september 2014 heeft de bank krachtens artikel 250, lid 1, onder 7, LEC bij de verwijzende rechter een vordering ingesteld tot inleiding van een mondelinge procedure tegen Sánchez, uitsluitend strekkende tot afgifte van een gerechtelijk bevel tot huisuitzetting van Sánchez en de levering van de woning. Die vordering is gebaseerd op de inschrijving in het kadaster van het door de bank na de toewijzing verkregen en in de notariële akte van 23 februari 2012 geformaliseerde eigendomsrecht. De bank heeft de door Sánchez te stellen zekerheid om de vordering te kunnen betwisten vastgesteld op 10 000 EUR.
- 6 Op de oproep aan partijen ter terechtzitting te verschijnen is alleen de bank-verzoekster verschenen, zodat tegen Sánchez verstek is verleend. In de zaak kon derhalve vonnis worden gewezen, waarbij volgens de Spaanse wettelijke regeling de vorderingen van de bank moesten worden toegewezen.
- 7 Alvorens uitspraak te doen heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en een aantal prejudiciële vragen gesteld.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 De verwijzende rechter heeft partijen en het openbaar ministerie verzocht opmerkingen te maken over de vragen die hij voornemens was te stellen. Alleen de bank heeft opmerkingen ingediend en betoogd dat de buitengerechtelijke procedure in overeenstemming is met de Spaanse grondwet en beding nr. 11 niet in strijd is met de goede trouw die de relatie tussen een consument en een verkoper moet beheersen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Regeling van de op de geëxecuteerde consument toegepaste buitengerechtelijke procedure

- 9 De regeling die van toepassing is op de buitengerechtelijke hypothecaire executie door de notaris is ingevoerd bij Decreto Real 290/1992 van 27 maart. In de considerans ervan wordt vermeld dat het als gevolg van de toename van de hypothecaire kredietverlening in Spanje nodig was de werklast van het justitieel apparaat te verminderen en een buitengerechtelijke executieprocedure in te voeren.
- 10 Die regeling heeft de volgende kenmerken:
- Er kwam geen rechter of rechtbank aan te pas; een ambtenaar, de notaris, verlijdt de hypotheekakten en ontvangt een vergoeding van de cliënt, zowel voor de notariële verlijding als voor de afhandeling zelf van de buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure. Voor het overige is hij niet bevoegd om een beding te onderzoeken en de oneerlijkheid ervan vast te stellen.
 - De notaris was zelfs niet verplicht of bevoegd om op het bestaan van oneerlijke bedingen te attenderen.
 - Er was niet voorzien in de mogelijkheid tot ambtshalve rechterlijke toetsing van mogelijk oneerlijke bedingen, ook niet van beding nr. 11 zelf.
 - De schuldenaar kon het oneerlijke karakter van een beding niet opwerpen in het kader van de buitengerechtelijke executie.
 - De schuldenaar kon niet opkomen tegen oneerlijke bedingen in een afzonderlijke gerechtelijke procedure, waaraan ofwel het gevolg van schorsing van de buitengerechtelijke executie ofwel voortzetting ervan met buitentoepassinglating van de oneerlijk bevonden bedingen is verbonden.
- 11 Via deze procedure heeft de bank een voor inschrijving in het kadaster geschikte titel verkregen die haar het recht geeft de vordering van artikel 41 LH in te stellen

in de in artikel 250, lid 1, onder 7, LEC bedoelde mondelinge procedure. Naar het oordeel van de verwijzende rechter doet deze procedure afbreuk aan de door richtlijn 93/13 aan consumenten toegekende rechten.

De door Ley 1/2013 ingevoerde wijzigingen van de buitengerechtelijke executieprocedure

- 12 Volgens de verwijzende rechter worden deze tekortkomingen niet verholpen door de bij Ley 1/2013 ingevoerde wijziging van de regelgeving, aangezien a) de aan de notaris toegekende initiatiefbevoegdheid niet verder strekt dan zijn bevoegdheid om de belanghebbenden te attenderen op de aanwezigheid van oneerlijke bedingen, en b) de mogelijkheid tot toetsing van eventuele oneerlijke bedingen door de rechter afhankelijk is van de instelling van een vordering door de consument-schuldenaar in een afzonderlijke gerechtelijke procedure. Noch vóór noch na Ley 1/2013 kan de rechter ambtshalve toetsen of er oneerlijke bedingen zijn.
- 13 Wat de overgangsregeling betreft, schorst de notaris de lopende executie slechts wanneer wordt aangetoond dat de kwestie betreffende het oneerlijke karakter van een contractueel beding voor een rechter aan de orde is gesteld. Er moet rekening worden gehouden met het feit dat het in de buitengerechtelijke executieprocedure, waarin geen juridische bijstand is vereist en geen recht bestaat op kosteloze rechtsbijstand, voor de consument moeilijk kan zijn in te zien dat er sprake is van een oneerlijk beding en zich daar voor een rechter op te beroepen. Ten eerste geldt voor een dergelijk beroep een vervaltermijn van een maand na de dag van de bekendmaking van Ley 1/2013, zonder dat de schuldenaar persoonlijk van deze mogelijkheid op de hoogte moet worden gesteld – zie het arrest van het Hof van Justitie van 29 oktober 2015, BBVA (C-8/14), waarin het feit dat de termijn niet vanaf een individuele kennisgeving aan de consument werd berekend in strijd is verklaard met het doeltreffendheidsbeginsel van richtlijn 93/13. Ten tweede moet de rechter geadieerd worden vóór de woning door de notaris is toegewezen. Nadat deze termijn is verstreken of de woning door de notaris is toegewezen kan geen rechterlijke uitspraak over de oneerlijkheid worden gedaan en op die wijze in de buitengerechtelijke executie worden getreden. Er zij op gewezen dat de buitengerechtelijk geëxecuteerde zich in een slechtere positie bevindt dan de gerechtelijk geëxecuteerde, aangezien aan deze laatste het recht van verzet toekomt, zelfs na de toewijzing van de uitgewonnen zaak, aangezien de vierde overgangsbepaling van Ley 1/2013 voor de uiterste tijdslimiet niet de datum van het toewijzingsbesluit maar van de levering van de eigendom hanteert.
- 14 Ter illustratie zij vermeld dat in de hypothecaire executieprocedure na Ley 1/2013 voor de nationale rechter geen vervaltermijn van een maand na de bekendmaking van de wet geldt voor een ambtshalve onderzoek van mogelijk oneerlijke bedingen in hypothecaire leningsovereenkomsten, en belangrijker nog, voor de schuldenaar tegen wie de gerechtelijke executie reeds loopt op 15 mei 2013 – de datum van inwerkingtreding van Ley 1/2013 – zelfs niet de mogelijkheid

openstaat om een afzonderlijke procedure aanhangig te maken maar louter de mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen de gerechtelijke executie en daarin de oneerlijkheid van bedingen op te werpen voordat tot de huisuitzetting wordt overgegaan.

Regeling van de in artikel 250, lid 1, onder 7, LEC bedoelde gerechtelijke procedure ter bescherming van zakelijke rechten

- 15 In de door de bank ingeleide procedure van artikel 250, lid 1, onder 7, LEC heeft de verwijzende rechter bij verstek van verweerster geen andere keuze dan de vordering van de bank toe te wijzen en de levering van de woning en de huisuitzetting van Sánchez te gelasten, omdat zij niet is verschenen, en, was zij – na zekerheidstelling – wel verschenen, had zij slechts bepaalde verzetsgronden kunnen aanvoeren, waartoe niet het bestaan van oneerlijke bedingen behoort.
- 16 De verwijzende rechter is van oordeel dat hij over de nodige gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om zich uit te spreken over het oneerlijke karakter van bepaalde bedingen in de hypothecaire leningsovereenkomst, waaronder beding nr. 11. De procesrechtelijke regels beletten hem echter ambtshalve vast te stellen dat die bedingen oneerlijk zijn.

De verschillen tussen de gerechtelijke en de buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure

- 17 De verwijzende rechter verwijst naar het rapport van 25 juli 2013 van de Consejo General del Poder Judicial de España [Spaanse Raad voor de rechtspraak], waarin de verschillen worden aangegeven tussen de gerechtelijke en de buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure. Dat zijn kort samengevat, de volgende:
- **Gerechtelijke executie:** a1) Ambtshalve toetsing en toetsing op verzoek van een partij. Artikel 552, lid 1, LEC verleent de rechter de bevoegdheid om ambtshalve vast te stellen of bedingen nietig zijn. Het bepaalt namelijk: „Wanneer de rechter vaststelt dat een beding in één van de in artikel 557, lid 1, genoemde executorialle titels als oneerlijk moet worden aangemerkt, hoort hij partijen binnen vijf dagen. Na partijen te hebben gehoord, beslist hij binnen een termijn van vijf dagen overeenkomstig het bepaalde in artikel 561, lid 1, punt 3”. De partij heeft bovendien de mogelijkheid zich op het oneerlijke karakter van bedingen te beroepen als grond voor verzet tegen de executie, met dezelfde gevolgen als die welke zijn verbonden aan de ambtshalve toetsing door de rechter. Gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter. Wanneer de rechter deze vaststelling na de behandeling van de in het genoemde artikel voorziene procedure op tegenspraak bevestigt, gelast hij de beëindiging van de executie – voor zover het beding de grondslag vormt voor de executie – of verleent hij verlof tot executie,

echter met buitentoepassinglating van het oneerlijke beding – in alle andere gevallen –.

- **Buitengerechtelijke executie:** b1) Rechterlijke toetsing uitsluitend op verzoek van een partij en niet ambtshalve. Sinds de wijziging van Ley 1/2013 kan de notaris de partijen attenderen op het bestaan van mogelijk oneerlijke bedingen, al levert deze mogelijkheid praktische problemen op, aangezien de notaris een waardeoordeel moet uitspreken over bedingen in door een beroepsgenoot verleden akten of zelfs door hemzelf. De betrokkene kan zich tot de rechter wenden teneinde te doen vaststellen of de bedingen die de grondslag vormen van het verzet of op basis waarvan het verschuldigde bedrag is vastgesteld oneerlijk zijn, en de notaris moet de procedure schorsen wanneer een dergelijke gerechtelijke procedure aanhangig wordt gemaakt. b2) Gevolgen van de vaststelling van het oneerlijke karakter. De voortzetting van de buitengerechtelijke executie wordt alleen verboden wanneer het als oneerlijk aangemerkte beding de grondslag vormt voor de executie. Er is echter niets bepaald voor het geval dat het oneerlijke beding niet van invloed is op de afwikkeling van de buitengerechtelijke verkoop als zodanig maar wel op andere aspecten, zoals het bedrag van de vordering of de opeisbare renten.

Verenigbaarheid van de Spaanse wettelijke regeling met het Unierecht

- 18 De verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van richtlijn 93/13 omdat hij van oordeel is dat noch de in casu toegepaste buitengerechtelijke hypothecaire executieregeling met de hiervoor beschreven kenmerken noch de door de bank-executante ingeleide mondelinge procedure tot levering van de eigendom van de woning en de huisuitzetting van Sánchez, de consument de bij richtlijn 93/13 voorgeschreven bescherming tegen oneerlijke bedingen biedt.
- 19 De verwijzende rechter vraagt zich af of aan de door de richtlijn opgelegde verplichting tot positief ingrijpen, bestaande in toetsing van oneerlijke bedingen, in het kader van een hypothecaire executie uitsluitend wordt voldaan door de nationale rechter of ook door een ambtenaar zoals de notaris.
- 20 In het arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05) wordt vastgesteld dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of bedingen in consumentenovereenkomsten oneerlijk zijn. Het arrest biedt de rechter de mogelijkheid de oneerlijkheid van een arbitragebeding te beoordelen ook al is de nietigheid wegens oneerlijkheid van dat beding niet opgeworpen tijdens de arbitrageprocedure, en overweegt dat „[h]et Hof [reeds] heeft [...] geoordeeld, dat wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van soortgelijke communautaire regels”. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 is daarom

te beschouwen als een regel van openbare orde en moet op dezelfde wijze worden behandeld als nationale regels van openbare orde. Het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08), brengt in herinnering dat artikel 6, lid 1, van de richtlijn een dwingende regel is en „derhalve [dient] te worden vastgesteld dat artikel 6 van deze richtlijn moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden”.

- 21 Om deze redenen rijst de vraag of de bescherming van de consumentenrechten krachtens richtlijn 93/13 wordt gewaarborgd door een procedure zoals de mondelinge procedure die, hoewel zij wordt afgesloten met de gedwongen en buitengerechtelijke hypothecaire executie, noch voorziet in ambtshalve herziening van oneerlijke bedingen in de buitengerechtelijk geëxecuteerde hypothecaire leningsovereenkomst door de rechter noch in de mogelijkheid voor de buitengerechtelijk geëxecuteerde consument om verzet aan te tekenen op grond van het bestaan van oneerlijke bedingen in die overeenkomst.
- 22 De verwijzende rechter vraagt zich ook af of de door richtlijn 93/13 aan de consument toegekende rechten in acht worden genomen wanneer de buitengerechtelijk geëxecuteerde consument uitsluitend een vordering bij de rechter kan instellen strekkende tot de vaststelling van de oneerlijkheid van bedingen in de hypothecaire leningsovereenkomst. Bij een bevestigend antwoord rijst de vraag of de vijfde overgangsbepaling of artikel 3, lid 3, van Ley 1/2013, waarbij voor de consument vervaltermijnen worden gesteld waarbinnen hij in deze richtlijn neergelegde rechten geldend kan maken, echter zonder dat de aanvangsdatum van de vervaltermijn waarover hij beschikt hem persoonlijk wordt meegedeeld, verenigbaar is met de richtlijn.
- 23 De doeltreffendheid van richtlijn 93/13 met betrekking tot die bepalingen ervan die volkomen duidelijk, dwingend en van openbare orde zijn, en de verwezenlijking van haar nuttig effect roept de vraag op of in het licht van een nationale wettelijke regeling als die welke hiervoor is uiteengezet, op grond waarvan een consumentenhypothek langs buitengerechtelijke weg ten uitvoer kan worden gelegd zonder mogelijkheid van ambtshalve rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen, en die het voor de consument zelf zeer moeilijk, zo niet onmogelijk maakt verweer te voeren, de communautaire regeling aldus moet worden uitgelegd dat de rechtstreekse toepassing van de richtlijn door de nationale rechter moet prevaleren wanneer hij ambtshalve een oneerlijkheidstoets moet verrichten en de nationale regeling dit niet toestaat.
- 24 Aangezien in het hoofdgeding het Spaanse procesrecht geen ambtshalve rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen toestaat, worden voor de beslechting van het hoofdgeding twee oplossingen voorgesteld.
 - In de eerste kiest de nationale rechter ervoor, rechtstreeks toepassing gevend aan richtlijn 93/13 en met name aan artikel 6, lid 1, ervan – dat volkomen

duidelijk en naar zijn aard een bepaling van openbare orde is – ambtshalve het beding te toetsen op grond waarvan Banco Santander de woning van Sánchez toegewezen kon krijgen, en zulks ondanks het feit dat het Spaanse procesrecht niet in een dergelijke mogelijkheid voorziet maar de nationale rechter verplicht bij vonnis de huisuitzetting van Sánchez te gelasten.

- Een tweede mogelijke oplossing voor het hoofdgeding, die de bescherming van de in de richtlijn neergelegde consumentenrechten en de door de richtlijn beoogde doelstellingen eerbiedigt, zou zijn het nationale recht aldus uit te leggen dat de ingeschreven titels die voortvloeien uit buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedures geacht worden te zijn uitgesloten van artikel 41 RH, en voor de bescherming in deze gevallen geen basis te zoeken in de procedure van artikel 250, lid 1, onder 7, LEC maar in een gewone declaratoire procedure waarin de nationale rechter ambtshalve kan onderzoeken of bedingen oneerlijk zijn en de consument niet is beperkt in de gronden voor verzet en evenmin vooraf zekerheid hoeft te stellen.

25 Voor elk van beide opties zullen eerst de hiervoor uiteengezette twijfels moeten worden weggenomen.