



Datum van inontvangstneming : 04/03/2013

Zaak C-34/13**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

23 januari 2013

Verwijzende rechter:

Krajský súd v Prešove

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 december 2012

Verzoekende partij:

Monika Kušionová

Verwerende partij:

SMART Capital a.s.

Beschikking

In de hogere voorziening ingesteld door Monika Kušionová, wonende te Kamenica nad Cirochou (omissis), rekwirante, en SMART Capital a.s., (omissis) gevestigd te Bratislava, (omissis) gerekwireerde, tegen het vonnis van de Okresný súd Humenné (omissis), over de geldigheid van een overeenkomst, heeft de Krajský súd v Prešove met eenparigheid van stemmen als volgt beslist:

I. De Krajský súd v Prešove legt het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (omissis) en artikel 19, lid 3, sub b, van het Verdrag betreffende de Europese Unie de volgende prejudiciële vragen voor:

1. Moeten richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, en richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het

Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB L 149, blz. 22), in het licht van artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat daarmee in strijd is een bepaling van een lidstaat zoals § 151j, lid 1, Občiansky zákonník, in samenhang met de nadere bepalingen van de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de schuldeiser, zonder toetsing van de contractuele bedingen door een rechter, de prestatie uit ontoelaatbare bedingen kan opeisen door een zekerheidsrecht op een onroerend goed dat eigendom is van een consument ten uitvoer te leggen, hoewel partijen twisten over de vraag of de bedingen in kwestie ontoelaatbaar zijn?

2. Staan de in de eerste vraag genoemde bepalingen van de Europese Unie in de weg aan een voorschrift van nationaal recht zoals § 151j, lid 1, Občiansky zákonník, in samenhang met de nadere bepalingen van de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de schuldeiser, zonder toetsing van de contractuele bedingen door een rechter, de prestatie uit ontoelaatbare bedingen kan opeisen door een zekerheidsrecht op een onroerend goed dat eigendom is van de consument ten uitvoer te leggen, hoewel partijen twisten over de vraag of de bedingen in kwestie ontoelaatbaar zijn?
3. Moet het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 9 maart 1978 in zaak 106/77, Simmenthal, aldus worden opgevat dat de nationale rechter in het belang van de verwezenlijking van de doelstelling van de in de eerste vraag genoemde richtlijnen, in het licht van artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, buiten toepassing moet laten bepalingen van nationaal recht zoals **(OR.2)** § 151j, lid 1, Občiansky zákonník, in samenhang met de nadere bepalingen van de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de schuldeiser, zonder toetsing van de contractuele bedingen door een rechter, een prestatie uit ontoelaatbare bedingen kan opeisen door, ondanks betwisting, een zekerheidsrecht op een onroerend goed dat eigendom is van de consument ten uitvoer te leggen, en zodoende de ambtshalve toetsing van de bedingen in de overeenkomst door een rechter kan vermijden?
4. Moet artikel 4 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, aldus worden uitgelegd dat een beding in een consumentenovereenkomst, die een consument heeft gesloten zonder de bijstand van een advocaat, op grond waarvan een schuldeiser het zekerheidsrecht buitengerechtelijk, zonder toetsing door een rechter, ten uitvoer kan leggen, het fundamentele beginsel van Unierecht omzeilt dat contractuele bedingen ambtshalve door de rechter worden getoetst en derhalve een oneerlijk beding is, ook in een context waarin de bewoordingen van het beding in kwestie afkomstig zijn uit het nationale recht?

(omissis)

Motivering

1 (omissis)

2 Voorwerp van het hoofdgeding

In casu moeten in een zaak voor de nationale rechter de bedingen in een consumentenovereenkomst worden getoetst aan de doelstellingen van richtlijn (omissis) 93/13/EEG (omissis) (C-237/02, Freiburger Kommunalbauten, punt 22; C-243/08, Pannon GSM). De feiten illustreren de situatie waarin het contractuele beding over de buitengerechtigde tenuitvoerlegging van een zekerheidsrecht op een onroerend goed dat eigendom is van een consument – voorwerp van toetsing door de rechter – tegelijkertijd een bepaling van nationaal recht is.

3 De prejudiciële vragen hebben betrekking op de volgende bepalingen van het recht van de Europese Unie:

- artikel 6, lid 1, van richtlijn (omissis) 93/13/EEG (omissis),
- artikel 2 van richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PB L 110, blz. 30),
- artikel 47 in samenhang met artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,
- artikel 11, lid 2, van richtlijn (omissis) 2005/29/EG (omissis) **(OR.3)** (omissis).

4 Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 93/13/EG

Twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/13 (omissis)

(omissis)

Eenentwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn (omissis)

(omissis)

Vierentwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn (omissis)

(omissis)

(omissis) artikel 6 van richtlijn 93/13

(omissis)

Artikel 7, lid 1, van deze richtlijn (omissis)

(omissis)

Artikel 8 van deze richtlijn (omissis)

(omissis) **(OR.4)** (omissis)

Richtlijn 2005/29

Artikel 11, leden 1 en 2, van richtlijn 2005/29

(omissis)

(omissis) Artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
(omissis)

(omissis) Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
(omissis)

5 De feiten

De vennootschap op aandelen SMART Capital a.s. (hierna: „SMART”) verstrekt hypothecaire leningen aan onder meer consumenten. Op 26 februari 2009 heeft rekwirante, Monika Kušionová, met de vennootschap SMART een kredietovereenkomst gesloten voor een hypothecaire lening van 10 000 EUR. Tot zekerheid voor de terugbetaling van de schuld uit de kredietovereenkomst werd een goederenrechtelijk zekerheidsrecht gevestigd op het onroerende goed waarin rekwirante woont, de gezinswoning.

In artikel IV van de kredietovereenkomst zijn onder meer financiële sancties neergelegd die de consument moet betalen in geval van verzuim, ongeacht de duur van de vertraging, bijvoorbeeld 0,2 % per dag (73 % per jaar) van de nominale waarde van de lening, een eenmalige contractuele boete van 1 162 EUR en een forfaitaire vergoeding van de incassokosten van 1 600 EUR. Deze sancties zijn een aanwijzing dat de bedingen ontoelaatbaar zijn in de zin van § 53, lid 1, Občiansky zákonník (Slowaaks burgerlijk wetboek) en artikel 3 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zij hebben geleid tot een enorme toename van de schuld. Volgens de gewijzigde versie van de overeenkomst tot zekerheidstelling van 17 april 2009 moet rekwirante een bedrag van 22 300 EUR terugbetalen (hoofdsom en bijbehorende bedragen). In de kredietovereenkomst is een beding opgenomen (III/2) dat in geval van niet-nakoming door rekwirante een verplichting ontstaat de lening in haar geheel af te lossen, met inbegrip van alle accessoire prestaties en alle sancties, een bedrag van ten minste 22 300 EUR. Ook

dit beding, dat onmiddellijk na verstrekking van de hypothecaire lening kan worden ingeroepen, wijst erop dat het contractuele beding ontoelaatbaar is.

Rekwirante heeft de vennootschap SMART voor de Okresný súd Humenné gedaagd en gevorderd dat de kredietovereenkomst en de overeenkomst tot zekerheidstelling nietig werden verklaard op grond dat de contractuele bedingen ontoelaatbaar zijn. **(OR.5)**

6 Nationaal recht

§ 151j Občiansky zákonník

„Indien het door een goederenrechtelijk zekerheidsrecht gegarandeerde krediet niet naar behoren en tijdig wordt afgelost, kan de zekerheidnemer de executie van het zekerheidsrecht inleiden. In het kader van de executie van het zekerheidsrecht kan de zekerheidnemer zich voldoen op de contractueel overeengekomen wijze of door middel van openbare verkoop van het verbonden goed krachtens de bijzondere wet^{3e)}, ofwel voldoening eisen door middel van verkoop van het verbonden goed krachtens de bijzondere wetten^{3f)}, tenzij bij dit wetboek of een bijzondere wet anders is bepaald.”

Noot 3e) verwijst naar Zákon č. 527/2002 Z.z. o dobrovoľných dražbách (wet nr. 527/2002 inzake vrijwillige openbare verkoop; hierna ook: „wet inzake vrijwillige openbare verkoop”) waarbij wet nr. 323/1992 Zb. van de Slowaakse nationale raad op het notarisambt en de notariële werkzaamheden (notariaat), zoals gewijzigd, is aangevuld. Voetnoot 3f) verwijst naar de Občiansky súdny poriadok (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) of de Exekučný poriadok (wetboek van executierecht).

§ 151m Občiansky zákonník

„(1) De zekerheidnemer kan het verbonden goed niet eerder dan 30 dagen na de datum van betekening van de aanvang van de executie van het zekerheidsrecht aan de zekerheidgever en de schuldenaar, indien deze niet dezelfde persoon zijn, op de wijze die in de overeenkomst tot zekerheidstelling is bedongen of in het openbaar verkopen, tenzij bij de bijzondere wet anders is bepaald [...].

(2) Na betekening van de aanvang van de executie van het zekerheidsrecht kunnen de zekerheidgever en de zekerheidnemer overeenkomen dat de zekerheidnemer het verbonden goed ook vóór verstrijken van de in lid 1 genoemde termijn op de in de overeenkomst tot zekerheidstelling bedongen wijze of in het openbaar kan verkopen.

(3) De zekerheidnemer die de executie van het zekerheidsrecht heeft ingeleid om zich op de in de overeenkomst tot zekerheidstelling bedongen wijze te voldoen, kan de executiewijze op elk gewenst moment tijdens de executie wijzigen en het verbonden goed in het openbaar verkopen of voldoening [van het krediet] eisen

door middel van verkoop van het verbonden goed krachtens de bijzondere wetten. De zekerheidnemer stelt de zekerheidgever in kennis van de wijziging van de wijze van executie van het zekerheidsrecht.”

Zákon č. 527/2002 Z.z. o dobrovoľných dražbách

„§ 6

De veilingmeester

De veilingmeester is de persoon die de openbare verkoop houdt. Hij voldoet aan de criteria die bij deze wet en de bijzondere wet zijn neergelegd⁸⁾ en is bevoegd het betrokken beroep uit te oefenen.

§ 7

De aanvrager van de openbare verkoop

(1) De openbare verkoop kan worden aangevraagd door de eigenaar van het in het openbaar te verkopen goed, de persoon die de executie van het tot zekerheid verbonden goed inleidt (hierna: „zekerheidnemer”) of de persoon die gerechtigd is de openbare verkoop in de zin van de bijzondere wet⁹⁾ aan te vragen. **(OR.6)**

(2) De aanvrager van de openbare verkoop verklaart schriftelijk dat het in het openbaar te verkopen goed in het openbaar kan worden verkocht. Indien de openbare verkoop door de zekerheidnemer wordt aangevraagd, verklaart deze schriftelijk dat het krediet ter voldoening waarvan de executie van het verbonden goed in de zin van deze wet (§ 16, lid 3) daadwerkelijk bestaat, hoe hoog het is en wanneer het opeisbaar is.”

7 Prejudiciële vraag

Rekwirante in de onderhavige zaak beroept zich op nietigheid van de kredietovereenkomst, die een consumentenovereenkomst is. Zij wijst erop dat de kredietovereenkomst ontoelaatbare bedingen bevat.

(omissis) De rechter van eerste aanleg heeft de vordering slechts gedeeltelijk toegewezen en verklaard dat enkele bedingen in de overeenkomst ontoelaatbaar zijn. Voor het overige heeft hij de vordering tot nietigverklaring van de kredietovereenkomst verworpen en de overeenkomst in stand gelaten. De overeenkomst tot zekerheidstelling heeft de rechter in haar geheel nietig verklaard. Beide partijen hebben tegen dit vonnis hogere voorziening ingesteld.

De appelrechter, de Krajský súd v Prešove, (omissis) heeft (omissis) de bedingen uit de overeenkomst conform de doelstellingen van de in het dictum van deze beschikking genoemde richtlijnen getoetst. Als gevolg van de hogere voorziening

is de overeenkomst geschorst. Het lijkt erop dat enkele contractuele bedingen ontoelaatbaar (oneerlijk) zijn.

De Krajský súd v Prešove wijst op de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het aan de rechters van de lidstaten is, zich uit te spreken over de vraag of een contractueel beding ontoelaatbaar is (C-237/02, Freiburger Kommunalbauten, punt 22; C-243/08, Pannon GSM).

De onderhavige casus is echter problematisch omdat het contractuele beding over de buitengerechtelijke executie van het zekerheidsrecht op het onroerende goed van de consument, dat de rechter wil toetsen om vast te laten stellen of het oneerlijk is en of het het evenwicht aanzienlijk kan verstoren, een bepaling van nationaal recht is.

De schuldeiser, de vennootschap SMART, kan het onroerende goed van rekwirante namelijk verkopen zonder procedure in rechte en als schuldeiser zelf de hoogte van het verschuldigde bedrag vaststellen. Het risico bestaat dat de som van het krediet – die door de schuldeiser wordt vastgesteld – ook prestaties omvat die voortvloeien uit ontoelaatbare contractuele bedingen. Op die manier wordt een fundamenteel element van het recht van de Europese Unie omzeild dat ontoelaatbare contractuele bedingen ambtshalve door de rechter worden getoetst (zie bijvoorbeeld C-243/08, Pannon; C-473/00, Cofidis; C-168/05, Mostaza Claro; C-237/02, Freiburger Kommunalbauten; C-429/05, Godard; C-240/98–C-244/98, Océano grupo editoriale; C-40/08, Asturcom; C-76/10, Pohotovost'). Het risico is niet verwaarloosbaar dat de consument niet aanvoert dat de bedingen ontoelaatbaar zijn, niet in staat is zich te verweren of zijn rechten te doen gelden (C-473/00, Cofidis, punt 34).

Indien de consument in een later stadium ontoelaatbare bedingen in de overeenkomst ontdekt, heeft hij krachtens de wet niet het recht om de ondernemer die de vrijwillige openbare verkoop leidt, te verzoeken deze te schorsen. Volgens de wet kan een buitengerechtelijke openbare verkoop enkel in de gevallen van § 19, lid 1, van wet nr. 527/2007 inzake vrijwillige openbare verkoop worden geschorst (omissis).

(OR.7)

(omissis)

(omissis) [*Gevallen van verplichte schorsing van de openbare verkoop door de veilingmeester. Geen van deze gevallen heeft betrekking op oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.*]

De schuldeiser kan derhalve:

1. zich krachtens een oneerlijk beding beroepen op verzuim de schuld terug te betalen;

2. eenzijdig de hoogte van het krediet vaststellen, met inbegrip van de prestaties uit oneerlijke bedingen;
3. eventueel krachtens een oneerlijk beding het goed in eigendom van een consument te gelde maken zonder ambtshalve toetsing van de contractuele bedingen door een rechter.

De contractuele bedingen zijn bovendien zodanig dat de schuldeiser, ook indien de vertraging van de schuldenaar maar een bescheiden bedrag betreft, de eigendom van de consument kan aanvallen en haar appartement zonder rechterlijke toetsing verkopen, want krachtens de bedingen van de overeenkomst kan het krediet door de sancties aanmerkelijk toenemen. Deze worden namelijk niet berekend op basis van de hoogte van de vervallen termijn, maar op basis van de nominale waarde van de lening. Bovendien is de duur van de vertraging voor de sancties niet beslissend; sommige sancties zijn immers eenmalig en worden onmiddellijk opgelegd wanneer zich een vertraging voordoet, ongeacht de hoogte van het bedrag waarvan de betaling vertraagd is.

Krachtens de bedingen van de overeenkomst kan de schuldeiser het goed in eigendom van rekwirante paraat verkopen, dus zonder rechterlijke toetsing. SMART heeft jegens de consument inderdaad stappen voor die verkoop gezet. Krachtens de bedingen van de overeenkomst is dat mogelijk. Het probleem is dat het beding tevens een wettelijke bepaling is op grond waarvan een schuldeiser een zekerheidsrecht zonder rechterlijke toetsing ten uitvoer kan leggen, de eigendom van een consument paraat, zonder toetsing, kan verkopen, en eenzijdig de hoogte van het krediet kan vaststellen. Hierbij wordt schijnbaar een belangrijk voorschrift van het recht van de Europese Unie geschonden, namelijk dat oneerlijke contractuele bedingen ambtshalve worden getoetst, aangezien de consument zelf door gebrek aan ervaring de ontoelaatbare bedingen niet aan de orde stelt ofwel in een ongunstige financiële positie verkeert, waardoor hij ervan afziet zich te verweren (Pannon, reeds aangehaald, punt 23; Cofidis, reeds aangehaald, punt 26). **(OR.8)**

De rechter is gebonden aan de wet, die de schuldeiser de mogelijkheid biedt de eigendom (het in de overeenkomst tot zekerheidstelling verbonden goed) van de consument rechtstreeks te gelde te maken, ook als het gaat om een onroerend goed. Niets in de wet belet de schuldeiser de eigendom van een consument te verkopen. Tegelijkertijd bepaalt de schuldeiser zelf de hoogte van het krediet. Dit is de bepaling van § 151j, lid 1, Občiansky zákonník.

§ 151 j, lid 1, Občiansky zákonník bepaalt:

(omissis) [Herhaling van de hierboven aangehaalde tekst]

Zoals voortvloeit uit de aangehaalde wettelijke bepaling kan een schuldeiser het verbonden goed als volgt executeren om zich uit de opbrengst te voldoen:

1. buitengerechtigd („vrijwillige openbare verkoop”, gehouden door ondernemers, of onderhandse verkoop van het verbonden goed aan een zelfgekozen derde) of
2. in rechte (de schuldeiser vordert in rechte een executoriale titel, die wordt voltrokken door een deurwaarder).

In het tweede geval lijkt de executie van het zekerheidsrecht op het verbonden goed niet problematisch vanuit oogpunt van verenigbaarheid met [het recht van de Unie]. In dat geval wordt een executoriale titel verkregen in een civielrechtelijke procedure voor een gewone rechter zodat de vordering van de zekerheidsnemer bij de executie is bevoorrecht op het verbonden goed. Bij deze procedure voor de executie van het zekerheidsrecht worden de voorwaarden geschapen voor de rechter om bij de vaststelling van de hoogte van het krediet ambtshalve de contractuele bedingen te toetsen en de consument te vrijwaren van de gevolgen van ontoelaatbare bedingen. Anders dan de rechter van eerste aanleg heeft geoordeeld, zou dit deel van de overeenkomst tot zekerheidsstelling niet nietig moeten zijn (C-453/10, Pereničová). De Krajský súd v Prešove verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het belangrijk is en in het belang van de rechtszekerheid en het behoud van de betrekkingen uit de overeenkomst („favor contractus”) dat de consument wordt gevrijwaard van ontoelaatbare bedingen en de overeenkomst wordt behouden in het licht van de objectieve omstandigheden en zonder eventuele gunstige gevolgen voor een van de partijen bij de overeenkomst in aanmerking te nemen (C-453/10, Pereničová).

De eerste wijze van executie van het verbonden goed lijkt echter wel problematisch. Deze is neergelegd in een contractueel beding maar ook in een wettelijk voorschrift voor de executie van het zekerheidsrecht, die de appelrechter echter opvat als een manier om de ambtshalve toetsing door de rechter, een fundamenteel element van het recht van de Unie, te omzeilen (C-243/08, Pannon; C-473/00, Cofidis; C-168/05, Mostaza Claro; C-237/02, Freiburger Kommunalbauten; C-429/05, Godard; C-240/98–C-244/98, Océano grupo editoriale; C-40/08, Asturcom; C-76/10, Pohotovost’).

In de derde prejudiciële vraag gaat het erom of een rechter van een lidstaat een ontoelaatbaar contractueel beding dat overeenkomt met een wettelijke bepaling kan toetsen. In dat verband verwijst de rechter naar de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt geëist dat de rechter van een lidstaat een bepaling die in strijd is met het recht van de Unie buiten toepassing laat (Cofidis, 473/00; C-106/77, Simmenthal: „[...] de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, **(OR.9)** [is] verplicht [...] zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten”).

Als het enkel ging om een contractueel beding over de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht, dat uitsluitend op de overeenkomst was gebaseerd, zou het buiten twijfel staan dat dit contractuele beding door de rechter kan worden getoetst. Omdat het contractuele beding in dit geval identiek is aan een wettelijke bepaling, stelt de appelrechter niettemin een prejudiciële vraag.

Het is twijfelachtig of het nationale recht verenigbaar is met beginsel van doeltreffendheid van het recht van de Unie en of een wettelijke bepaling zoals in casu aan de orde het de consument uiterst moeilijk maakt zijn rechten uit te oefenen. Het risico is namelijk niet verwaarloosbaar dat een consument die niet door een advocaat wordt vertegenwoordigd, uit onwetendheid niet aanvoert dat het contractuele beding oneerlijk is of in een ongunstige financiële positie verkeert, waardoor hij ervan afziet zich te verweren.

Het risico wordt daarnaast versterkt doordat de schuldeiser op strikt formele wijze de buitengerechtelijke executie van het tot zekerheid gestelde goed kan inleiden, ongeacht de hoogte van de schuld, wat bij de consument de twijfel kan wekken dat een gerechtelijke procedure in zijn nadeel wordt beslecht. Ten slotte heeft SMART in andere gevallen goederen daadwerkelijk buitengerechtelijk in het openbaar verkocht. In de zaak Sivčo en Sivčová/Smart Capital, 20Co/69/2012, is voor deze rechter opgemerkt dat de schuld van de consument door analoge contractuele bedingen in standaardformulieren is gestegen van 8 500 EUR (hypothecaire lening verstrekt voor een periode van ca. 18 maanden) tot een bedrag van maar liefst ruim 20 000 EUR. Het appartement van de consumenten Sivčo en Sivčová is buitengerechtelijk in het openbaar verkocht voor een bedrag van ca. 40 000 EUR en zij zijn uit hun woning gezet zonder enig onderzoek door een rechter of de contractuele bedingen ontoelaatbaar waren en zonder gerechtelijke executie, namelijk zonder gerechtelijke procedure.

De zekerheidnemer lijkt onevenredig bevoordeeld vergeleken met schuldeisers in andere situaties, want niet de zekerheidnemer, maar de schuldenaar moet in actie komen om om rechterlijke bescherming te verzoeken. In het geval van de consument bestaat niettemin het niet verwaarloosbare risico dat hij niet naar behoren voor hun belangen weten op te komen (Pannon, [reeds aangehaald] punt 30, Cofidis, [reeds aangehaald] punt 34). Dat is nog duidelijker in de gevallen waarin de zekerheidnemer na de buitengerechtelijke openbare verkopen eist dat de onroerende goederen waarin consumenten wonen, worden ontruimd, met als gevolg dat zij in meer dan een geval dakloos worden. Het is evident dat deze sancties ontoelaatbaar zijn, de schulden erdoor worden verhoogd, de consument zonder deze sancties niet in gebreke zou zijn en deze vaak dramatische voorvallen zich niet zouden voordoen. In het geval van de consumenten Sivčo en Sivčová hebben zij zelf na de buitengerechtelijke openbare verkoop [het onroerende goed] ontruimd. De consument, die niet in staat is de contractuele bedingen te beoordelen, legt zich dus bij de situatie neer. In de regel verstrijkt de termijn van drie maanden waarbinnen een consument de geldigheid

van de vrijwillige openbare verkoop kan aanvechten al tijdens de procedure om consumenten uit hun woning te zetten.

Krachtens § 21, lid 2, van wet nr. 527/2002 inzake vrijwillige openbare verkoop kan de betrokkene binnen drie maanden na executie de geldigheid van de openbare verkoop in rechte betwisten.

Volgens de Krajský súd v Prešove is ook de benaming van de figuur „vrijwillige openbare verkoop” in de zin van wet nr. 527/2002 problematisch. De term „vrijwillig” is verbonden met de periode waarin de overeenkomst tot zekerheidstelling is gesloten, waarin het goederenrechtelijke zekerheidsrecht wordt bedongen en de consument instemt met de buitengerechtelijke verkoop van het onroerende goed dat hem toebehoort. Aangezien de overeenkomst is gebaseerd op een standaardformulier, heeft hij in feite niet de mogelijkheid wijzigingen aan te brengen **(OR.10)**. Paradoxaal genoeg wordt de openbare verkoop ook „vrijwillig” genoemd wanneer hij wordt gehouden op een tijdstip dat de schuld betwist wordt. De consument kan bevangen worden door de vrees dat hij vrijwillig heeft ingestemd met de vrijwillige openbare verkoop, te meer daar hij zich in een ongunstigere onderhandelingspositie bevindt en een informatieachterstand heeft. De appelrechter onderstreept dat het drastische gevolg van een enorm gestegen schuld vaak een vrijwillige openbare verkoop is, met ernstige sociale repercussies voor de zwakste consumenten. De rechter merkt op dat het aantal buitengerechtelijke executies van zekerheidsrechten wijd verbreid is geraakt.

8 Toelichting bij de rechtsfiguur van de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht.

(omissis)

(omissis) [*Opmerkingen van de rechter over de wetsgeschiedenis en de vaststelling van de wet inzake vrijwillige openbare verkoop*] De Krajský súd v Prešove heeft in het arrest in zaak 6Co 108/2011 als volgt geoordeeld:

De veilingmeester is geen overheidsorgaan, maar in de regel een particulier zonder overheidsgezag. De rechtsbetrekkingen die uit een openbare verkoop ontstaan, zijn derhalve privaatrechtelijke en geen publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen, zodat daarop subsidiair het burgerlijk wetboek van toepassing is.

(omissis)

(omissis) **(OR.11)** (omissis)

(omissis) [*Overwegingen van de rechter over de mogelijke onverenigbaarheid van de regeling inzake vrijwillige openbare verkoop met de grondwet van de Slowaakse Republiek.*]

De buitengerechtelijke executie van het zekerheidsrecht brengt grotere risico's mee dan oneerlijke arbitragebedingen, want in dit laatste geval kan de gedwongen tenuitvoerlegging ongeacht het arbitrale vonnis worden geschorst (Asturcom, C-40/08; Pohotovost', C-76/10). Als de vordering buitengerechtelijk wordt voldaan door een goed in eigendom van een consument buitengerechtelijk aan te vallen, is een consument gedwongen tot aanzienlijke inspanningen om de prestatie die de schuldeiser ongerechtvaardigd heeft verrijkt, weer terug te vorderen. In geval van verkoop van een hem in eigendom toebehorend goed kan een consument bovendien door de kosten van een gerechtelijke procedure worden ontmoedigd zijn rechten te doen gelden. De schuldeiser kan het zekerheidsrecht ongeacht de hoogte van het krediet buitengerechtelijk ten uitvoer leggen.

Gelet op het voorgaande kan terecht worden geconcludeerd dat de nationale regeling de schuldeiser de mogelijkheid biedt een belangrijk element van het recht van de Unie te omzeilen, dat in verschillende arresten van het Hof van Justitie is neergelegd, namelijk het beginsel dat de rechter ambtshalve toetst of een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is. Onder dergelijke omstandigheden lijkt de conclusie gegrond dat bij buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht de eigendom van een consument ook kan worden aangevallen voor een prestatie uit ontoelaatbare contractuele bedingen en dat de nationale regeling richtlijn 93/13/EEG van de Raad zijn nuttig effect ontnemt.

In casu heeft de consument een rechtszaak aanhangig gemaakt om de overeenkomst nietig te laten verklaren. Volgens (omissis) de regeling belet niets de schuldeiser het goed in eigendom van een consument buitengerechtelijk te verkopen. Dat zou echter niet nodig zijn als bij vaststelling van het verzuim de ontoelaatbare contractuele bedingen werden geschrapt.

(omissis) **(OR.12)** (omissis)

(omissis)

(omissis) [*Overwegingen van de rechter over de krachtens de nationale voorschriften op de schuldeiser rustende verplichting om bij de verstrekking van hypothecaire leningen aan consumenten met een laag inkomen als een zorgvuldig beroepsbeoefenaar te handelen.*] Het voornoemde wettelijke voorschrift inzake de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht op onroerende goederen van een consument kan ook door de uitlegging van het Hof van Justitie terzijde worden gesteld.

De figuur van de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht waarbij een gerechtelijke procedure wordt vermeden, wordt zodoende een uiterst schadelijke vorm van misbruik. Er is geen onpartijdig orgaan waartoe een zekerheidnemer zich moet wenden voor ambtshalve gerechtelijke toetsing van de contractuele bedingen.

Er is ook een risico dat de verkoop van het onroerende goed in eigendom van een consument zeer nadelig uitpakt. In de praktijk blijkt dat de problemen bij buitengerechtelijke verkoop van onroerende goederen van consumenten niet alleen betrekking hebben op de prestatie uit ontoelaatbare contractuele bedingen, maar ook op inadequate procedures, zodat eigendom van consumenten aanmerkelijk onder de marktprijs wordt verkocht.

Indien de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht in strijd is met het recht van de Unie, heeft de zekerheidnemer de mogelijkheid de executie van het zekerheidsrecht via een gerechtelijke procedure in te leiden. In dat geval kan hij zich in een gerechtelijke tenuitvoerleggingsprocedure met voorrang verhalen op de opbrengst van de verkoop van het verbonden goed.

In het wetboek van burgerlijke rechtsvordering zijn de procedures die ook zonder vordering in rechte kunnen worden ingeleid, uitputtend opgesomd. (omissis) **(OR.13)** (omissis) [*Beschrijving van deze procedures. Geen van deze procedures heeft betrekking op oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.*]

Het gevaar rijst dat de consument zelf niet stelt dat de contractuele bedingen oneerlijk zijn en de rechter ze niet ambtshalve kan toetsen, omdat de procedure op tegenspraak is en een dergelijke procedure enkel door een partij kan worden ingeleid. Door middel van het betrokken contractuele beding kan een fundamenteel element van het recht van de Europese Unie worden omzeild, waarvan de trekken in de rechtspraak van het Hof van Justitie naar voren komen, namelijk de ambtshalve toetsing door een rechter in het belang van de doelstellingen van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad.

Zoals uiteengezet is het volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie aan de rechter van een lidstaat om te beslissen of een contractueel beding oneerlijk is (C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, punt 22; C-243/08, *Pannon GSM*). De prejudiciële vraag van de *Krajský súd v Prešove* heeft niettemin ook betrekking op de aard van het contractuele beding vanwege de bijzondere kenmerken ervan. Het contractuele beding inzake buitengerechtelijke executie van het zekerheidsrecht is in het voordeel van uitsluitend de persoon die handelt in de uitoefening van een beroepsactiviteit. De consument heeft er geen voordeel van en het beding is gebaseerd op een bepaling van nationaal recht. De *Krajský súd v Prešove* verzoekt het Hof van Justitie derhalve bij wijze van uitzondering om uitlegging van artikel 4 van richtlijn 93/13 over de vraag of een contractueel beding oneerlijk is (zie *Freiburger Kommunalbauten*, punt 23). De *Krajský súd v Prešove* heeft hierboven onderstreept dat de zekerheidnemer zich tegenover de consument in een dominante positie bevindt, niet alleen omdat hij de hoogte van het krediet vaststelt, met inbegrip van eventuele prestaties uit oneerlijke bedingen, maar ook met betrekking tot de gedwongen verkoop van de eigendom van een consument buiten elke gerechtelijke toetsing om. Bovendien behoudt de schuldeiser de mogelijkheid het zekerheidsrecht via een gerechtelijke procedure ten uitvoer te

leggen, met de voordelen die een goederenrechtelijk zekerheidsrecht biedt (voorrang boven andere schuldeisers bij gerechtelijke executie).

Strikt formeel gezien zou de appelrechter de overeenkomst tot zekerheidstelling niet nietig moeten verklaren voor zover daarin een wettelijke bepaling inzake buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht voorkomt. Voorwerp van de procedure is de nietigheid van een rechtshandeling en in het kader van de rechterlijke toetsing van de contractuele bedingen moet ook het omstreden beding over de inning van een krediet uit een consumentenovereenkomst door middel van de executie van een zekerheidsrecht zonder ambtshalve rechterlijke toetsing worden beoordeeld. Daarom is uitlegging door het Hof van Justitie onzes inziens van belang.

Volgens de *Krajský súd v Prešove* hangt het van de uitlegging van het recht van de Unie af of de rechter de mogelijkheid heeft het contractuele beding inzake de buitengerechtelijke executie van een zekerheidsrecht te toetsen, in het licht van de omstandigheid dat het beding berust op een bepaling van nationaal recht.

9 In het licht van deze overwegingen verzoekt de *Krajský súd v Prešove* om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

(omissis) **(OR.14)** (omissis)

(omissis)

(omissis) [Herhaling van de prejudiciële vragen]

(omissis)