

**Zaak C-600/19**

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

**Datum van indiening:**

6 augustus 2019

**Verwijzende rechter:**

Audiencia Provincial de Zaragoza (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

12 juli 2019

**Appellante:**

MA

**Geïntimeerde:**

Ibercaja Banco, S.A.

---

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen de beschikking tot goedkeuring, in een executieprocedure, van de heffing van rente ten gevolge van het niet te geëigender tijd aantekenen van verzet, waardoor de oneerlijkheid van bepaalde contractuele bedingen niet kan worden geanalyseerd omdat er gezag van gewijsde van toepassing is.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

De verwijzende rechter stelt vier prejudiciële vragen. In de eerste daarvan vraagt hij of een nationale regeling waaruit volgt dat de bevoegde rechter die bij het verlenen van verlov tot executie niet ambtshalve heeft getoetst of een beding oneerlijk is, dit niet alsnog ambtshalve kan toetsen, ook niet wanneer bij de in eerste instantie verrichte controle geen enkele overweging aangaande de geldigheid van de onderzochte bedingen is geformuleerd, verenigbaar is met artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad.

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

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

Met de laatste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of na de aanvaarding van het hoogste bod en de toewijzing van de onroerende zaak de executieprocedure kan worden geacht te zijn afgesloten, en in het licht daarvan of, ambtshalve of op verzoek van een partij, de nietigheid van een oneerlijk beding die van invloed zou kunnen zijn op de executieprocedure dan nog aan de orde kan worden gesteld.

### **Prejudiciële vragen**

- „1) Verzet het in artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13/EEG van de Raad vervatte doeltreffendheidsbeginsel zich, volgens de uitlegging die het Hof van Justitie daaraan heeft gegeven, tegen een nationale regeling waaruit volgt dat, indien bij de initiële ambtshalve rechterlijke toetsing in het kader van de verlening van verlot tot executie een bepaald beding niet als oneerlijk is aangemerkt (negatieve beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen), die toetsing eraan in de weg staat dat dezelfde rechter dat beding nadien ambtshalve kan toetsen, wanneer de feitelijke en juridische elementen vanaf het eerste moment bestonden, hoewel in het kader van die initiële toetsing noch in het dispositief, noch in de gronden enige overweging ter zake van de geldigheid van bedingen is geformuleerd?
- 2) Kan de geëxecuteerde die, terwijl de feitelijke en juridische elementen op grond waarvan een beding in een consumentenovereenkomst als oneerlijk wordt beschouwd reeds aanwezig waren, dat beding niet betwist in de daartoe in de wet voorziene incidentele verzetprocedure, nadat een beslissing op dat incident is gegeven een nieuw incident opwerpen teneinde duidelijkheid te verkrijgen over het oneerlijke karakter van een ander beding of andere bedingen, wanneer hij daartegen reeds verzet had kunnen aantekenen in de gewone wettelijke procedure? De vraag is derhalve of er een verval van recht plaatsvindt dat de consument belet om in dezelfde executieprocedure, of in een latere declaratoire procedure, het oneerlijke karakter van een ander beding aan de orde te stellen.
- 3) In het geval dat de nationale regeling in overeenstemming met richtlijn 93/13 wordt verklaard, kan dan de conclusie dat de partij geen tweede of

daaropvolgend incident kan opwerpen om zich te beroepen op het oneerlijke karakter van een beding waartegen zij eerder verzet had kunnen aantekenen, gegeven het feit dat de noodzakelijke feitelijke en juridische elementen reeds waren vastgesteld, dienen als grondslag voor de rechter om, nadat hij op dat oneerlijke karakter is gewezen, alsnog gebruik te maken van zijn bevoegdheid om een ambtshalve toetsing te verrichten?

- 4) Verzet het Unierecht zich tegen een uitlegging volgens welke de procedure – na de aanvaarding van het hoogste bod en de toewijzing van de onroerende zaak, mogelijksterwijs aan de schuldeiser zelf, en nadat de eigendom van die als zekerheid gestelde onroerende zaak is overgedragen en de zekerheid derhalve is uitgewonnen – weliswaar is afgesloten doordat het proces zijn beloop heeft genomen en het beoogde gevolg ervan, de uitwinning van de zekerheid, heeft plaatsgevonden, maar de schuldenaar nieuwe incidenten kan opwerpen waarbij hij verzoekt om nietigverklaring van een oneerlijk beding, met gevolgen voor het executieproces, of de rechter, nadat de overdracht heeft plaatsgevonden, mogelijksterwijs aan de schuldeiser en na wijziging van de inschrijving in het kadaster, kan besluiten tot een ambtshalve toetsing die nietigverklaring van het hele executieproces met zich mee zou kunnen brengen of uiteindelijk van invloed zou kunnen zijn op de door hypotheek gedekte bedragen, waardoor afbreuk zou kunnen worden gedaan aan de voorwaarden waaronder de biedingen zijn gedaan?”

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie

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

Arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), punten 27, 28 en 37 tot en met 39.

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

Arrest van 7 december 2017, Santander (C-598/15, EU:C:2017:945), punten 59 en 60.

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Bepalingen van nationaal recht

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (wet 1/2000 van 7 januari 2000 betreffende de burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”), met name

artikel 136, artikel 222, artikel 447, lid 2, artikel 517, artikel 552, lid 1, en de artikelen 557, 571 en 695.

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

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (wet 5/2019 van 15 maart 2019 tot regeling van kredietovereenkomsten inzake onroerende zaken), met name de derde overgangsbepaling; hierna: „wet 5/2019”).

Código Civil (burgerlijk wetboek), met name artikel 1129.

Nationale rechtspraak

[Arrest van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje); hierna: „STS”] 462/2014 (ECLI: ES:TS:2014:4617)

STS 463/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4972)

STS 526/2017 (ECLI: ES:TS:2017:3373)

STS 576/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3553)

STS 628/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

STS 484/2010 (ECLI:ES:TS:2010:4294)

[Arrest van de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje); hierna: „STC”] 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31)

### **Korte uiteenzetting van de feiten en van het hoofdgeding**

- 1 Na de sluiting van een hypothecaire leningsovereenkomst ten bedrage van 198 400 EUR tussen Ibercaja Banco, S.A. en PO en MA heeft Ibercaja Banco, nadat vijf termijnen niet waren betaald, verzocht om de executieverkoop van een eengezinswoning (met een getaxeerde waarde van 299 290 EUR) met het oog op de inning van de verschuldigde en niet-betaalde aflossingen en rente, onverminderd een latere oplegging van vertragingsrente.
- 2 Het vaste jaarlijkse nominale tarief van de rente op de lening bedroeg 2,750 % tot eind 2005, waarna een overeenkomstig beding 3 bis vastgesteld variabel tarief van toepassing werd, met een minimumopslag van ten laagste 0,5 %. Het jaarlijkse nominale tarief van de vertragingsrente werd vastgesteld op 19 %.
- 3 Op 26 januari 2015 werd een executiebeschikking tegen leningnemers (PO en MA) gegeven, waarbij zij werden gemaand tot betaling en hun een termijn van

tien dagen werd verleend om verzet aan te tekenen tegen de executie. Diezelfde dag gelastte de griffier het kadaster tot toezending van bewijs van de eigendom en overige op de onroerende zaak gevestigde zakelijke rechten, alsmede van bewijs van het voortbestaan van de hypotheek ten gunste van de schuldeiser.

- 4 Nadat de geëxecuteerde PO was overleden, werden SP en JK, als mogelijke wettelijke erfgenamen, partij in de procedure.
- 5 Na de veiling, waarvoor zich geen deelnemers meldden, verzocht Ibercaja om verkrijging van de onroerende zaak tegen een prijs van 179 574 EUR, waarbij zij te kennen gaf dat zij de onroerende zaak zou overdragen aan Residencial Murillo, S.A., welke vennootschap de overdracht aanvaardde en bewijs van ontvangst daarvan overlegde.
- 6 Op 25 oktober 2016 werden de kosten van de procedure vastgesteld, die uitkwamen op 2 886,19 EUR, en werd rente opgelegd voor een bedrag van 32 538,28 EUR, berekend op basis van de wettelijke rente van 12 % waarin wordt voorzien in wet 1/2013, waarvan de geëxecuteerde kennisgeving werd gedaan. Bij besluit van 13 december [2016] werd het voormelde bedrag van de procedurekosten goedgekeurd.
- 7 Bij schrijven van 9 november 2016 verzette MA zich tegen de heffing van rente op grond van het oneerlijke karakter van het zesde beding van de leningsovereenkomst inzake een vertragingsrente van 19 % en van het bodembeding.
- 8 Nadat was besloten om het mogelijk oneerlijke karakter van bedingen van de executietitel te onderzoeken, waaronder dat inzake de vervroegde opeisbaarheid van de lening, werd daarvan mededeling gedaan aan de partijen. Ibercaja verzette zich tegen de schorsing van de procedure met het argument dat het niet het juiste moment was om contractuele bedingen oneerlijk te verklaren, daar zij de toegewezen onroerende zaak reeds had overgedragen en de kosten waren goedgekeurd.
- 9 Bij beschikking van de rechter in eerste aanleg werd besloten de procedure te schorsen tot er een beslissing was gegeven in een bepaalde door de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) aanhangig gemaakte prejudiciële procedure betreffende vervroegde opeisbaarheid en vertragingsrente. Ibercaja stelde hoger beroep in tegen die beschikking, en de Audiencia Provincial (rechter in tweede aanleg van de provincie Zaragoza, Spanje) besloot tot opheffing van de schorsing en voortzetting van de procedure.
- 10 Bij beschikking van de rechter in eerste aanleg van 20 november 2017 werd het beding inzake vervroegde opeisbaarheid als oneerlijk aangemerkt en de executie beëindigd. Ibercaja stelde hoger beroep in, waartegen MA zich verzette. De Audiencia Provincial, bij beschikking van 28 maart 2018, trok de bestreden beschikking in en besloot tot voortzetting van de procedure op grond van de overweging dat het oneerlijke karakter van bepaalde bedingen (zoals het beding

inzake vervroegde opeisbaarheid) niet kon worden onderzocht omdat de hypothecaire leningsovereenkomst geen gevolgen meer sorteerde en de zekerheid reeds was uitgewonnen, zonder dat de consument zijn rechten had uitgeoefend. De Audiencia Provincial verklaarde dat, gegeven het feit dat het eigendomsrecht was overgedragen, dat recht moest worden geëerbiedigd op grond van het beginsel van rechtszekerheid van gevestigde eigendomsbetrekkingen.

- 11 Bij beschikking van de rechter in eerste aanleg van 31 juli 2018 werd het verzet tegen de oplegging van rente, waarvan het bedrag werd vastgesteld op 32 389,89 EUR, afgewezen op grond van de overweging dat de procedure was geïnitieerd na de inwerkingtreding van wet 1/2013 en er geen incidenteel verzet was aangetekend, zodat ingevolge het gezag van gewijsde het mogelijk oneerlijke karakter van de bedingen niet meer kon worden onderzocht.
- 12 MA heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van 31 juli 2018, waartegen Ibercaja, S.A zich heeft verzet. Na ontvangst van de processtukken door de Audiencia Provincial is het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend.

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 13 De argumenten van partijen zijn uiteengezet in de punten 7 tot en met 9 en 12 hierboven.

#### **Korte uiteenzetting van de gronden van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 14 Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing houdt nauw verband met zaak C-497/19. Wat in dat verzoek aan de orde is gesteld, zoals ook in het onderhavige verzoek, zij het deze keer met een extra vraag om precisering, is, kort samengevat, of het beginsel van doeltreffendheid van de bij richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1999 instelde regeling voor de bescherming van consumenten, en met name het niet-verbindende karakter van oneerlijke bedingen zoals vervat in artikel 6 van die richtlijn, verenigbaar is met het gezag van gewijsde en verval van recht en met de bepaling van een laatste of fatale moment in de executieprocedure waarna het oneerlijke karakter van bedingen niet meer aan de orde kan worden gesteld, terwijl de consument zijn rechten nog wel kan doen gelden in een latere declaratoire procedure.
- 15 Het belangrijkste probleem dat in het kader van de Spaanse civiele procedure op het gebied van consumentenbescherming moet worden opgelost is dat van de nieuwe procedurele criteria die volgen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende het gezag van gewijsde en verval van recht.

De aan rechters opgelegde procedurele plicht om ambtshalve na te gaan of er oneerlijke contractuele bedingen zijn en deze nietig te verklaren heeft het gezag

van gewijsde concreet vormgegeven. In de praktijk hebben nationale rechters bij het aftasten van de grenzen en de werking van het gezag van gewijsde op het gebied van consumentenbescherming, als gevolg van de niet-precieze afbakening van die grenzen op belangrijke punten te maken met onzekerheden. Specifiek is niet duidelijk bepaald of zich in de executieprocedure een effect voordoet van procedurele afsluiting van de mogelijkheid om de geldigheid van bedingen in consumentenovereenkomsten te toetsen.

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

De declaratoire procedure is een bodemprocedure die moet worden gebruikt als gewoon rechtsmiddel waarin, in het kader van de betrekkingen tussen particulieren, wordt verzocht om de rechterlijke bescherming van een recht waarmee de gedaagde niet bekend is of waaraan hij afbreuk heeft gedaan en om een definitieve beslissing ter zake, zonder dat de desbetreffende kwestie of rechtsbescherming naderhand opnieuw aan de rechter kan worden voorgelegd onder aanvoering van dezelfde grond (artikel 222 LEC).

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

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

Dit verval van recht wordt wel „virtueel gezag van gewijsde” genoemd, omdat het eveneens tot gevolg heeft dat de procedure wordt afgesloten en de vordering

vervalt. Waar het gezag van gewijsde nauw verband houdt met de waarde van rechtszekerheid, geldt datzelfde voor het verval van recht, omdat de wetgever hiermee beoogt te voorkomen dat er een eindeloze reeks procedures wordt gevoerd om duidelijkheid over eenzelfde recht te verkrijgen.

Verval van recht kan, net als het gezag van gewijsde, formeel worden opgevat, namelijk in die zin dat het gevolgen heeft voor de procedure zelf, dan wel materieel, namelijk in die zin dat het gevolgen heeft voor de rechtsvorderingen of verweermiddelen. Als formeel rechtsgevolg staat het eraan in de weg dat, binnen dezelfde procedure, de partij die in de procedure een passende gelegenheid heeft gehad om een procedurele bevoegdheid uit te oefenen en daar geen gebruik van heeft gemaakt, die bevoegdheid alsnog kan uitoefenen (artikel 136 LEC). Als materieel gevolg verhindert het dat de partij in een andere procedure een grond kan aanvoeren of een exceptie kan opwerpen die zij in de eerste procedure had kunnen doen gelden (artikel 222 LEC).

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

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

- 19 Het gezag van gewijsde dat de rechterlijke beslissing op het verzet in de executieprocedure zou kunnen hebben is voorwerp van controverse rond de LEC geweest. Ten aanzien van het gezag van gewijsde in de executieprocedure heeft de Tribunal Supremo over het algemeen de opvatting verdedigd dat hiervan sprake is met betrekking tot verzetsgronden die op doeltreffende wijze aan de orde zijn gesteld en door de rechter zijn beoordeeld; wat reeds is beslist in het incidenteel verzet en is aangevoerd in de executieprocedure heeft gezag van gewijsde, ook ten aanzien van verzetsgronden die hadden kunnen worden opgeworpen maar niet zijn opgeworpen. Het betreft hier het rechtsgevolg van verval van recht: datgene waartegen verzet had kunnen worden aangetekend, is niet aan de orde gesteld, met als gevolg dat de schuldenaar geen declaratoire procedure kan instellen waarin die



exceptie zou kunnen worden toegewezen. Dit is de lijn die, met betrekking tot de executieprocedure, is gevolgd in de arresten 4617/2014 en 4972/2014 van de Tribunal Supremo.

Die rechtspraak is de Tribunal Supremo ook gaan toepassen op de grond van het oneerlijke karakter van bedingen in consumentenovereenkomsten. In dit verband moeten de arresten 3373/2017, 3553/2018 en 3734/2018 van de Tribunal Supremo worden genoemd.

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

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

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

Niettemin wordt voor de bepaling of een beslissing gezag van gewijsde heeft in voornoemd arrest niet slechts verwezen naar het nationale recht, maar worden er een aantal voorwaarden en grenzen vastgesteld, met name in de punten 51 en 52 van het arrest. In punt 51 wordt bepaald dat „de in het nationale recht geldende voorwaarden waaraan artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 refereert, het recht dat de consumenten aan die bepaling ontnemen om niet te worden gebonden door een beding dat als oneerlijk wordt beschouwd, niet in de kern mogen aantasten”, en in punt 52 dat „[w]anneer de nationale rechter bij een eerder onderzoek van een omstreden overeenkomst, dat heeft geleid tot een beslissing die gezag van

gewijsde heeft, slechts één beding of bepaalde bedingen van die overeenkomst ambtshalve heeft getoetst aan richtlijn 93/13, [...] die richtlijn een nationale rechter als die waarover het gaat in het hoofdgeding, die door de consument volgens de regels is aangezocht middels een procedure van bijzonder incidenteel verzet, bijgevolg [gebiedt] op verzoek van de partijen of ambtshalve ook te onderzoeken of de andere bedingen van de overeenkomst eventueel oneerlijk zijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Bij gebreke van een dergelijk onderzoek is de bescherming die de consument wordt geboden, immers onvolledig en ontoereikend en vormt zij geen geschikt en doeltreffend middel om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, hetgeen in strijd is met artikel 7, lid 1, van richtlijn 13.”

Het nationaal recht gebiedt de rechter dus om alle bedingen te onderzoeken, ook wanneer slechts wordt gevraagd om toetsing van bedingen die mogelijk als oneerlijk zijn aan te merken. Ingevolge artikel 552, lid 1, LEC moet de executoriale titel in zijn geheel worden onderzocht; ook wanneer een contradictoir incident enkel betrekking heeft op bedingen die mogelijk oneerlijk zijn, brengt die toetsing met zich mee dat ook de overige bedingen moeten worden onderzocht.

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

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

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

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

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

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

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

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

Met betrekking tot de overige bedingen heeft de executierechter, nadat die bedingen met succes de door hem verrichte geldigheidstoetsing hebben doorstaan,

geen enkele uitdrukkelijke overweging geformuleerd. De executierechter heeft zich niet uitdrukkelijk uitgesproken over de geldigheid ervan, hoewel het feit dat er een initiële toetsing heeft plaatsgevonden een impliciete aanvaarding van die bedingen veronderstelt. Dit is het geval in de hypothecaire executieprocedure die aanleiding heeft gegeven tot dit verzoek om een prejudiciële beslissing.

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

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

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

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

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

Overwegende dat het verval van recht in de rechtspraak van het Hof van Justitie is aanvaard in gevallen dat de schuldenaar geen verzet aantekent in de

executieprocedure, spitst het probleem zich kort gezegd toe op de vraag of het doeltreffendheidsbeginsel al dan niet leidt tot een „afsluiting” van de procedure, die de rechter belet om ambtshalve iets te toetsen wat reeds is getoetst en de schuldenaar om zich te verzetten tegen iets waartegen verzet had kunnen worden aangetekend, maar waartegen geen verzet is aangetekend.

- 24 Ongeacht het gezag van gewijsde en het verval van recht, roepen de rechtspraak van het Hof van Justitie en het nationale recht vragen op over de bepaling van het laatste moment waarop, ambtshalve of op verzoek van een partij, het oneerlijke karakter van een beding aan de orde kan worden gesteld. De bijzondere hypothecaire executieprocedure heeft tot doel om de zekerheid, de hypotheek, te realiseren ter voldoening van de schuldvordering van de schuldeiser/executant. Die zekerheid wordt geacht te zijn gerealiseerd wanneer, door middel van een veiling, de gehypothekeerde onroerende zaak wordt overgedragen aan een andere persoon dan de eigenaar/schuldenaar.

In het Spaanse recht treedt dit effect op wanneer er sprake is van een overdrachtstitel en een instrument, die ofwel een materiële overdracht (traditio), ofwel een instrumentele overdracht (zoals een notariële akte) kan zijn. Bij een nuda traditio wordt het eigendomsrecht niet overgedragen, omdat voor die overdracht een oorzaak, namelijk een complex geheel van handelingen, moet bestaan.

Bij rechterlijke dwang wordt de titel vertegenwoordigd door de aanvaarding van het bod van de meestbiedende. En als de instemming door de schuldeiser de toewijzingstitel vormt, vormt de toewijzingsbeslissing van de Letrado de la Administración de Justicia (griffier) het instrument waarmee de overdracht van de onroerende zaak wordt voltrokken. Met een afschrift van de uitvoerbare beslissing tot toewijzing kan de nieuwe eigenaar van de onroerende zaak worden ingeschreven in het kadaster en kan de onroerende zaak in het juridisch verkeer worden gebracht. Voor die translatieve werking met betrekking tot de eigendom is het niet nodig dat de verkrijger in bezit wordt gesteld van de onroerende zaak.

Naar het oordeel van het Hof van Justitie kan de geldigheid van de leningsovereenkomst of het bestaan van oneerlijke bedingen niet meer worden getoetst wanneer de zaak niet meer kan worden opgeëist. Zo is in het arrest van het Hof van Justitie van 14 maart 2013 verklaard dat „de uiteindelijke verkrijging van een met hypotheek bezwaarde zaak door een derde steeds onomkeerbaar is, zelfs wanneer het oneerlijke karakter van het door de consument voor de rechter in de declaratoire procedure bestreden beding tot nietigverklaring van de procedure van hypothecaire uitwinning leidt, tenzij die consument een voorlopige aantekening met betrekking tot het verzoek tot nietigverklaring van de hypotheek heeft gemaakt vóór de genoemde vermelding in de marge”.

Dit criterium is herhaald in het arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2017 (ECLI:EU:C:2017:945), waarin in het kader van een buitengerechtelijke hypothecaire executieprocedure is gewezen op de onrechtmatigheid van een poging tot toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen van een overeenkomst met een consument op grond waarvan de gedwongen verkoop heeft plaatsgevonden, waarbij het Hof als volgt heeft geredeneerd: „[h]et is in het kader van de procedure van executie van de hypotheek dat de aangezochte rechter, in voorkomend geval ambtshalve, had kunnen onderzoeken of bepaalde bedingen in de hypothecaire leningsovereenkomst oneerlijk waren.

Uit een en ander volgt dat artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 niet van toepassing zijn op een procedure als aan de orde in het hoofdgeding, die is ingesteld door degene die een onroerende zaak heeft verkregen in het kader van de buitengerechtelijke executie van de hypothecaire zekerheid die een consument op die zaak aan een professionele schuldeiser heeft verleend, en die strekt tot bescherming van de zakelijke rechten die deze verkrijger rechtmatig heeft verworven, voor zover, enerzijds, die procedure losstaat van de juridische betrekking tussen de professionele schuldeiser en de consument, en, anderzijds, de hypothecaire zekerheid is geëxecuteerd, de onroerende zaak is verkocht en de daarop betrekking hebbende zakelijke rechten zijn overgedragen zonder dat de consument gebruik heeft gemaakt van de rechtswegen die in die context voor hem openstonden”.

In dit arrest staan derhalve twee omstandigheden centraal: het verval van recht en het feit dat de gehypothekeerde onroerende zaak is overgedragen. De vraag is echter gerezen of de mogelijkheid om, ambtshalve of op verzoek van een partij, het oneerlijke karakter van een beding aan de orde te stellen ertoe kan leiden dat de nietigheid van bepaalde bedingen aan de orde wordt gesteld – die zelfs de nietigheid van het hele executieproces met zich mee zou kunnen brengen – wanneer, nadat de onroerende zaak is toegewezen en de inschrijving in het kadaster is gewijzigd, de wens opkomt om die toetsing uit te breiden, op voorwaarde dat voornoemde handelingen voorafgaan aan de ontruiming en de inbezitstelling van de onroerende zaak aan de nieuwe eigenaar.

- 25 In het nationale recht heeft deze vraag aan kracht gewonnen door het arrest van de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) van 28 februari 2019 houdende toewijzing van de door een consument ingestelde vordering waarin deze het oneerlijke karakter van de overeenkomst aanvoerde, hoewel hij dat oneerlijke karakter niet aan de orde had gesteld bij de hypothecaire uitwinning. Samengevat is het Spaanse grondwettelijk hof van oordeel, in een uitlegging van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat er geen verval van recht van toepassing is en dat dit slechts intreedt indien het oneerlijke karakter van een beding uitdrukkelijk aan de orde is gesteld door de schuldenaar of door de rechter in een ambtshalve toetsing. In ieder geval moet in geval van twijfel, zoals in casu, een prejudiciële vraag worden voorgelegd aan het Hof van Justitie.

Dat is de reden voor de onderhavige prejudiciële verwijzing, waarin wordt gevraagd om verduidelijking van de reikwijdte van de negatieve beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding, als bedoeld in het Spaanse procesrecht, die voorafgaat aan het verlenen van verlof tot executie. Meer concreet wordt de vraag gesteld of dat oneerlijke karakter nog kan worden getoetst (ambtshalve of op verzoek van de geëxecuteerde partij) wanneer de hypotheek reeds is uitgewonnen en de eigendom is overgedragen, maar, in ieder geval, voordat de geëxecuteerde partij het bezit ervan wordt ontnomen.

Ongeacht het bestaan van gezag van gewijsde of verval van recht, rijst derhalve de vraag of de procedure die tot de uitwinning van de zakelijke zekerheid leidt wordt afgesloten door de veiling, de aanvaarding van het hoogste bod en de toewijzingsbeslissing, waardoor de geldigheid of het oneerlijke karakter van een contractueel beding niet langer – ambtshalve of op verzoek van een partij – kan worden getoetst, dan wel of dat oneerlijke karakter ook na de toewijzing aan de orde kan worden gesteld, tot het moment van de uitzetting van de schuldenaar uit zijn onroerende zaak.

- 26 Daarbij moet worden gewezen op de wijziging van het nationale recht die is ingevoerd bij wet 5/2019, die bepaalde hypothecaire schuldenaren een nieuwe termijn van tien dagen verleent om onder bepaalde voorwaarden verzet aan te tekenen op grond van het mogelijke bestaan van oneerlijke bedingen.

Met name verleent de derde overgangsbepaling van wet 5/2019, betreffende de bijzondere regeling voor bij de inwerkingtreding van wet 1/2013 reeds lopende executieprocedures, geëxecuteerde partijen een nieuwe termijn om bijzonder incidenteel verzet aan te tekenen, mits de executieprocedure niet is uitgemond in de inbezitstelling van de onroerende zaak aan de verkrijger.

- 27 Een en ander leidt tot uiteenlopende zienswijzen bij de verschillende juridische actoren, die zich ter zake allen beroepen op de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Volgens de Tribunal Supremo treden er verval van recht en gezag van gewijsde in na het verstrijken van de termijn om verzet tegen de executie aan te tekenen, mits bij de aanvang daarvan de mogelijkheid bestond om het oneerlijke karakter van bedingen aan de orde te stellen.

Volgens de Tribunal Constitucional is er geen sprake van verval van recht of gezag van gewijsde zolang er geen uitdrukkelijke uitspraak over de geldigheid van de bedingen ligt, en kan het oneerlijke karakter van bedingen ten laatste bij de inbezitstelling aan de verkrijger aan de orde worden gesteld.

De wetgever lijkt het bestaan van verval van recht en gezag van gewijsde te erkennen, althans in gevallen waarin er geen materiële mogelijkheid bestond om verzet aan te tekenen, in welke gevallen de mogelijkheid wordt verleend om een bijzonder incident op te werpen tot het tijdstip van de inbezitstelling.

Deze sterk divergerende standpunten maken het volgens deze rechter noodzakelijk om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over: 1) de reikwijdte van de negatieve beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen van de consumentenovereenkomst, dat door het nationale recht moet worden getoetst voorafgaand aan de verlening van verlof tot executie; 2) het verval van recht dat voor de schuldenaar kan intreden wanneer hij geen gebruik maakt van de in de gerechtelijke procedure beschikbare termijn om verzet tegen de executie aan te tekenen op grond van het oneerlijke karakter van een contractueel beding; 3) de vraag of het laatste moment waarop de nietigheid van een overeenkomst wegens het oneerlijke karakter daarvan kan worden ingeroepen, hetzij ambtshalve, hetzij door de schuldenaar, dat van de toewijzing van de onroerende zaak aan een derde of, in voorkomend geval, aan de schuldeiser is, dan wel of het ook wanneer de eigendom is overgedragen nog mogelijk is zich tegen een dergelijk oneerlijk beding te verzetten zolang de onroerende zaak nog niet in het bezit van de verkrijger is gesteld.