



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 8 november 2012¹

Zaak C-415/11

**Mohamed Aziz
tegen**

Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)

[verzoek van de Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten — Hypothecaire lening —
Rechtsbeschermingsmogelijkheden in uitwinningprocedure — Aanzienlijke verstoring van evenwicht
tussen uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van
consument — Moratoire rente — Vervroegde beëindiging van lening door schuldeiser”

I – Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.²
2. Aziz, verzoeker in het hoofdgeding, had voor de financiering van een eigen woning een kredietovereenkomst gesloten met verweerster, de bank, alsmede, tot zekerheid van de lening, een hypotheek gevestigd. Wegens betalingsmoeilijkheden bij Aziz is verweerster overgegaan tot uitwinning van het onroerend goed volgens een in het Spaanse recht geregelde vereenvoudigde procedure van hypothecaire uitwinning.
3. Na afloop van de uitwinningprocedure kwam Aziz in een separate procedure op tegen een oneerlijk beding in de overeenkomst van geldlening. Volgens de verklaring van de verwijzende rechter kan in de procedure van hypothecaire uitwinning geen beroep worden gedaan op het oneerlijke karakter van bedingen in de overeenkomst van geldlening. Dit is alleen mogelijk in een separate declaratoire procedure. Met een dergelijke procedure kan de consument echter geen invloed uitoefenen op de uitwinning. Tegen deze achtergrond vraagt de verwijzende rechter naar de verenigbaarheid van nationale procesregels die een beroep op het oneerlijke karakter van bedingen uitsluiten, met richtlijn 93/13. Bovendien stelt hij vragen met betrekking tot het oneerlijke karakter van bepaalde bedingen in de overeenkomst van geldlening.
4. Deze procedure biedt het Hof derhalve de gelegenheid om zijn rechtspraak inzake de effectieve waarborging van de consumentenbescherming door het nationale procesrecht verder te ontwikkelen. Bovendien zijn de omstandigheden van belang waarmee bij de vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding rekening moet worden gehouden.

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

² — PB L 95, blz. 29, inmiddels gewijzigd bij richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011, PB L 304, blz. 64, die evenwel geen voor de onderhavige casus relevante wijziging van de richtlijn bevat.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

5. Artikel 3 van richtlijn 93/13 bepaalt:

„1. Een contractvoorwaarde waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

[...]

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.”

6. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt:

„1. Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

7. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn luidt als volgt:

„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.”

8. De bijlage bij richtlijn 93/13, met het opschrift „In artikel 3, lid 3, bedoelde bedingen”, bevat de volgende opsomming:

„1. Bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

[...]

e) de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen; [...]

[...]

q) het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust.

[...]”

B – Nationaal recht

9. De gerechtelijke procedure van hypothecaire uitwinning is geregeld in de artikelen 693 en 695 tot en met 698 van de Ley de Enjuiciamiento Civil.³

10. In artikel 695 LEC wordt bepaald:

„1. In de in dit hoofdstuk genoemde procedure kan de persoon tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, zich uitsluitend verzetten op de volgende gronden:

- (1) tenietgaan van de zekerheid of van de verbintenis waarvoor de zekerheid is gesteld, voor zover een verklaring van het register wordt overgelegd waaruit het vervallen van de hypotheek of in voorkomend geval van het bezitloze pandrecht (registerpandrecht) blijkt, of een notariële akte inzake de ontvangst van de betaling of het vervallen van de zekerheid;
- (2) onjuiste berekening van het verschuldigde bedrag, wanneer de schuld waarvoor de zekerheid is gesteld het slotsaldo vertegenwoordigt van een rekening tussen de executant en de geëxecuteerde. De geëxecuteerde dient zijn exemplaar van het rekeningafschrift over te leggen, en het verzet is alleen toelaatbaar indien het op dit rekeningafschrift vermelde saldo afwijkt van het saldo zoals dit blijkt uit het door de executant overgelegde rekeningafschrift. [...]

2. Ingeval overeenkomstig lid 1 verzet wordt gedaan, schort de griffier van de rechtbank de uitwinning op en nodigt de partijen uit om voor de rechter te verschijnen die de uitwinning heeft bevolen, waarbij tussen de dagvaarding en de comparitie ten minste vier dagen moeten liggen; tijdens deze comparitie hoort de rechter de partijen, laat hij stukken die worden overgelegd toe, en geeft hij binnen twee dagen de door hem redelijk geachte beslissing in de vorm van een beschikking [...].”

11. Artikel 698 LEC bepaalt:

„1. Op ieder bezwaar van de schuldenaar, de derde-bezitter of een andere betrokkene dat niet in de bovenstaande artikelen is genoemd, daaronder begrepen bezwaren die de nietigheid van de titel alsmede de opeisbaarheid, de vaststaande aard, het tenietgaan of het bedrag van de vordering betreffen, wordt in de desbetreffende procedure beslist, zonder dat dit leidt tot schorsing of vertraging van de in het onderhavige hoofdstuk bedoelde procedure.

[...]

2. Bij de indiening van het bezwaar bedoeld in lid 1 of in de loop van het daaropvolgende geding kan worden verzocht dat de doeltreffendheid van de ter zake te geven beslissing wordt gewaarborgd door de gerechtelijke bewaring van het volledige of een deel van het bedrag dat volgens de in het onderhavige hoofdstuk geregelde procedure aan de schuldeiser dient te worden betaald.

De rechter beveelt bij beschikking op grond van de overgelegde stukken de genoemde gerechtelijke bewaring, indien hij de aangevoerde gronden voldoende acht. Indien de verzoeker niet kennelijk voldoende solvent is, gelast de rechter dat hij vooraf voldoende zekerheid stelt voor de voldoening van de moratoire rente en eventuele andere rechten op schadevergoeding van de schuldeiser.

3. Indien de schuldeiser zekerheid stelt voor de betaling van het bedrag waarvan de bewaring is bevolen in verband met de in lid 1 genoemde procedure, en de rechter deze zekerheid voldoende acht, wordt de bewaring opgeheven.”

³ — Wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „LEC”.

III – Feiten en verzoek om een prejudiciële beslissing

12. In juli 2007 heeft Aziz bij de Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)⁴ een hypothecaire lening afgesloten bij notariële akte. Deze lening, voor een hoofdsom van 138 000 EUR, diende in wezen ter aflossing van de bestaande schuld bij een andere kredietinstelling voor de aankoop van een gezinswoning ten bedrage van 115 821 EUR. Het hypothecair verbonden goed was nog steeds de gezinswoning, waarvan de waarde in de notariële overeenkomst van geldlening werd geschat op 194 000 EUR. Op dat moment bedroeg het vaste maandelijkse inkomen van Aziz 1 341 EUR.

13. De relevante clausules van de overeenkomst zijn in het prejudiciële verzoek als volgt samengevat: de aflossingsperiode omvatte 33 annuïteiten, te betalen in 396 maandelijkse termijnen van 1 augustus 2007 tot en met 31 juli 2040. Het bedrag van de maandelijkse aflossing, zolang de oorspronkelijke rentevoet niet wijzigde, was 701,04 EUR. De gewone rente werd berekend als volgt: tot en met 30 januari 2008 gold een vaste nominale jaarlijkse rentevoet van 4,87 %; vanaf de daaropvolgende dag tot de volledige aflossing van de lening was de nominale rentevoet variabel (Euribor + 1,10 %).

14. Volgens clause 6 is de kredietnemer automatisch in verzuim, zonder dat hiertoe een ingebrekestelling of aanmaning vereist is, wanneer hij op de vervaldatum, ook in geval van vervroeging daarvan, een aan rente of aflossing verschuldigd geworden bedrag niet betaalt. De moratoire rente wordt van dag tot dag afgerekend op basis van een rentevoet van 18,75 %.

15. Verder is bepaald dat de bank de volledige lening vervroegd kan beëindigen, onder meer wanneer één van de overeengekomen termijnen opeisbaar wordt en de schuldenaar zijn verplichting tot betaling van een deel van de hoofdsom of de rente van de lening niet is nagekomen. De partijen zijn overeengekomen dat deze beëindigingsgrond wordt ingeschreven in de openbare registers, zodat in voorkomend geval in rechte betaling van de volledige schuld (hoofdsom plus rente) kan worden gevorderd overeenkomstig de bepalingen van artikel 693 LEC.

16. Clause 11 betreft de hypotheekverlening. De hypotheek dekt de geleende hoofdsom van 138 000 EUR, de overeengekomen rente voor een annuïteit en de moratoire rente tot een maximumbedrag van 51 750 EUR, alsmede een extra bedrag van 13 800 EUR voor kosten en uitgaven. Dit geldt onverminderd de persoonlijke aansprakelijkheid van de kredietnemer.

17. Clause 15 betreft de gerechtelijke hypothecaire uitwinning. De waarde van de woning als bepaald in de notariële overeenkomst van geldlening (194 000 EUR) geldt daarbij als uitgangspunt. Bedongen is dat in rechte betaling van de schuld kan worden gevorderd via zowel de declaratoire procedure als de gewone of de hypothecaire uitwinningsprocedure. Aan de bank wordt uitdrukkelijk het recht verleend, in het bijzonder ten behoeve van de uitwinning, de opeisbare schuld eenzijdig te bepalen, waartoe zij naast de akte van vestiging van de hypotheek een in de overeengekomen notariële vorm opgemaakte staat van de uitstaande bedragen alsmede de desbetreffende bescheiden moet overleggen.

18. Vanaf oktober 2007 heeft Aziz bepaalde maandelijkse aflossingen (oktober 2007, december 2007, januari, februari, maart, april en mei 2008) te laat betaald. Vanwege de te late betalingen moest Aziz de overeengekomen moratoire rente betalen. Vanaf 31 juli 2007 – de vervaldatum van de eerste termijn – tot en met 31 mei 2008 had Aziz 1 325,98 EUR op de geleende hoofdsom betaald en 6 656,44 EUR aan gewone en moratoire rente.

19. Vanaf eind mei 2008 verzuimde Aziz regelmatig om de maandelijkse aflossingen te betalen. De bank maakte gebruik van het recht tot vervroegde beëindiging van de lening. Ingevolge de vervroegde beëindiging vorderde de bank betaling van het volledige bedrag van de lening (hoofdsom plus rente).

⁴ — Hierna: de bank.

20. In oktober 2008 liet een vertegenwoordiger van de bank voor de notaris een akte verlijden waarin het door Aziz te betalen uitstaande saldo werd vastgesteld. In deze notariële akte werd de schuld becijferd – volgens algemeen aanvaarde wiskundige en financiële criteria, overeenkomstig de door partijen overeengekomen voorwaarden en op basis van de door de financiële instelling afgegeven bescheiden – op 139 764,76 EUR. Dit bedrag kan worden opgedeeld als volgt: 136 674,02 EUR hoofdsom, 3 017,97 EUR gewone rente, 72,77 EUR moratoire rente.

21. In januari 2009 heeft de bank Aziz een telegram gestuurd waarin hem werd meegedeeld dat een rechtsvordering zou worden ingesteld ter verkrijging van betaling van het verschuldigde bedrag tot 16 oktober 2008, alsmede de overeengekomen rente vanaf deze datum tot de volledige betaling en de desbetreffende kosten. Het telegram waarin de betaling van de schuld werd geëist, is op 2 februari 2009 ter hand gesteld van een in de woning van Aziz aanwezig gezinslid van Aziz.

22. In maart 2009 leidde de bank een procedure van hypothecaire uitwinning voor buitengerechtelijke titels in overeenkomstig het Spaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, waarin zij van Aziz betaling vorderde van 136 674,02 EUR als hoofdsom, 90,74 EUR aan opgelopen rente en 41 902,21 EUR aan rente en kosten. Op het tijdstip waarop de vordering tot hypothecaire uitwinning werd ingesteld, bedroegen de vervallen en onbetaald gebleven aflossingstermijnen 3 153,46 EUR. De uitwinning betrof het in hypotheek gegeven onroerend goed, waarin Aziz met zijn gezin woonde.

23. De gerechtelijke procedure van hypothecaire uitwinning werd toegewezen aan de Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Martorell. Deze rechter maande Aziz tevergeefs aan om de schuld te betalen.

24. De verwijzende rechter merkt op dat volgens het Spaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering de gronden waarop in een procedure van hypothecaire uitwinning kan worden opgekomen tegen een dergelijke uitwinning, beperkt zijn. Er kan slechts een beroep worden gedaan op het tenietgaan van de zekerheid of van de verplichting waarvoor de zekerheid is gesteld, op een fout bij de berekening van het verschuldigde bedrag (wanneer de schuld het slotsaldo vertegenwoordigt van een rekening tussen de executant en de geëxecuteerde) en op het bestaan van een andere, eerder ingeschreven en niet-doorgehaalde hypotheek. Geen van deze gronden is in casu van toepassing.

25. Volgens artikel 698, lid 1, LEC wordt elk bezwaar van de schuldenaar dat op andere gronden berust (zoals die inzake de geldigheid van de bedingen van de overeenkomst van geldlening waaruit de schuld voortvloeit), behandeld in een separate gewone civiele procedure, zonder dat de gerechtelijke uitwinningsprocedure wordt geschorst. Gelet op artikel 698, lid 2, LEC kan de bevoegde rechter in deze gewone procedure de naleving van zijn uitspraak slechts verzekeren door de bewaring van het geheel of een deel van de aan de schuldeiser te betalen opbrengst van de openbare verkoop te gelasten.

26. Aziz is niet verschenen in de uitwinningsprocedure en heeft zich niet tegen de uitwinning verzet. Hij heeft evenmin gebruikgemaakt van de mogelijkheid om „het goed te bevrijden” en de openbare verkoop te vermijden overeenkomstig artikel 693, lid 3, LEC door betaling van de op het tijdstip van uitwinning niet-voldane contractuele termijnen alsmede de rente, kosten en uitgaven.

27. Bijgevolg is op 15 december 2009 bij beschikking de uitwinning van het verbonden goed bevolen.

28. Op 20 juli 2010 vond de openbare verkoop van het verbonden goed plaats, waarop geen bidders afkwamen. Dientengevolge verzocht de bank om toewijzing van het goed voor 50 % van de contractueel bepaalde waarde (97 200 EUR), hetgeen in het Spaanse uitwinningsrecht is toegestaan en ook geschiedde. Daarmee was Aziz geen eigenaar meer van de woning, en bovendien is hij de bank nog steeds meer dan 40 000 EUR van de hoofdsom van de lening verschuldigd alsmede de

openstaande rente en kosten. Op 20 januari 2011 begaf de gerechtelijke commissie, daartoe gemachtigd door de Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Martorell, zich naar het object van de openbare verkoop teneinde de bank in bezit van het onroerend goed te stellen. Aziz werd uit de woning gezet.

29. In het hoofdgeding bij de verwijzende rechter, de Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona, vraagt Aziz de rechter clause 15 als oneerlijk en daarmee ongeldig aan te merken en, zoals de verwijzende rechter nader toelicht, per saldo de uitwinningprocedure nietig te verklaren. De verwijzende rechter heeft de procedure geschorst en verzocht om een prejudiciële beslissing.

30. De Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona legt het Hof de volgende prejudiciële vragen voor:

- „1) Vormt het in artikel 695 en volgende LEC vastgestelde systeem van tenuitvoerlegging van rechtstitels op in hypotheek of in pand gegeven goederen, met de beperkingen waarin het Spaanse procesrecht met betrekking tot de gronden voor bezwaar tegen de tenuitvoerlegging voorziet, een duidelijke beperking van de consumentenbescherming, in zoverre het voor de consument zowel formeel als materieel een duidelijke belemmering inhoudt voor het instellen van beroep of van rechtsvorderingen die een daadwerkelijke bescherming van zijn rechten waarborgen?
- 2) Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om uitlegging van het begrip onevenredigheid met betrekking tot:
 - a) de mogelijkheid van vervroegde beëindiging van langlopende overeenkomsten – in casu 33 jaar – wegens niet-nakomingen tijdens een zeer beperkte concrete periode;
 - b) de vaststelling van moratoire rente – in casu van meer dan 18 % – die niet beantwoordt aan de criteria voor de vaststelling van moratoire rente in andere consumentenovereenkomsten (consumentenkrediet), die op andere gebieden inzake consumentenovereenkomsten als oneerlijk zou kunnen worden beschouwd, maar die wat overeenkomsten inzake onroerend goed betreft niet onderworpen is aan een duidelijke wettelijke limiet, zelfs niet wanneer deze rente wordt toegepast op niet alleen de vervallen termijnen, maar ook op het totaalbedrag van de wegens de vervroegde beëindiging verschuldigde termijnen;
 - c) regelingen inzake de afrekening en bepaling van de – zowel gewone als moratoire – variabele rente, die eenzijdig door de kredietverstrekker in verband met de mogelijkheid van hypothecaire uitwinning worden bedongen en die de schuldenaar tegen wie de tenuitvoerlegging wordt verzocht, niet toestaan zich te verzetten tegen de becijfering van de schuld in de uitwinningprocedure zelf, maar hem verwijzen naar een declaratoire procedure waarin op het tijdstip van de eindbeslissing de uitwinning reeds zal zijn afgesloten of de schuldenaar het met de hypotheek belaste of als zekerheid gestelde goed op zijn minst zal hebben verloren; deze vraag is van bijzonder belang wanneer de lening voor de verwerving van een woning wordt aangegaan en de uitwinning leidt tot de ontruiming ervan.”

31. In de procedure voor het Hof hebben Aziz, Catalunyaacaixa, de Spaanse Regering en de Europese Commissie schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV – Juridische beoordeling

A – Eerste prejudiciële vraag

1. Ontvankelijkheid

32. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een in het nationale procesrecht geregeld systeem van hypothecaire uitwinning dat geen mogelijkheid biedt om tegen de uitwinning op te komen met een beroep op het oneerlijke karakter van bedingen in de overeenkomst van geldlening die ten grondslag ligt aan de hypotheek, een beperking van de consumentenbescherming vormt en derhalve in strijd is met richtlijn 93/13.

33. Verweerster in het hoofdgeding, de bank, trekt de ontvankelijkheid van deze vraag in twijfel. Naar haar opvatting is deze vraag puur hypothetisch en staat in geen enkel verband met het bij de verwijzende rechter aanhangige hoofdgeding. In geding is daar alleen de vraag of clause 15 geldig is. Ook de Spaanse regering is van mening dat deze vraag niet-ontvankelijk is. De vraag naar de beperking van de gronden om op te komen tegen de uitwinning is haars inziens hooguit van belang voor de rechter in de uitwinningsprocedure. De uitwinningsprocedure is in casu echter reeds afgesloten. De eerste prejudiciële vraag is volgens de Spaanse regering om die reden niet van belang in de procedure voor de verwijzende rechter, die de geldigheid van een beding abstract en los van de uitwinningsprocedure dient te beoordelen.

34. Ook de Commissie acht de vraag naar de toetsingsmogelijkheden van de rechter in de uitwinningsprocedure van hypothetische aard en daarmee niet-ontvankelijk. Zij stelt voor de prejudiciële vraag anders te formuleren. Volgens de Commissie moet worden onderzocht welke bevoegdheden de rechter in de *declaratoire procedure* dient te hebben tegen de achtergrond van de bezwaargronden die in de uitwinningsprocedure beperkt zijn.

35. Zoals partijen terecht opmerken, is de vraag zoals zij is geformuleerd hypothetisch van aard, in zoverre zij inderdaad niet door de rechter in de uitwinningsprocedure wordt gesteld. Alleen de rechter in de uitwinningsprocedure wordt rechtstreeks geconfronteerd met de vraag naar de mogelijke bezwaargronden in zijn procedure en naar de invloed van richtlijn 93/13 op de rechtsbeschermingsmogelijkheden in de uitwinningsprocedure.

36. De vraag van de verwijzende rechter moet derhalve, zoals de Commissie terecht voorstelt, in ruimere zin worden opgevat, als gericht op de mogelijkheden die een consument in de declaratoire procedure bij de verwijzende rechter op zijn minst moet hebben om rechtsbescherming tegen de uitwinning te genieten. Ook deze vraag zou op het eerste gezicht hypothetisch van aard kunnen zijn, aangezien de uitwinning reeds heeft plaatsgevonden. Desondanks is deze vraag relevant voor de beslissing.

37. De verwijzende rechter geeft in zijn prejudiciële verzoek namelijk te kennen dat het in het hoofdgeding ook gaat om een eventuele schadevergoeding na de reeds voltrokken hypothecaire uitwinning. De vraag naar de rechtsbescherming tegen de uitwinning is derhalve van belang voor de beslissing van de verwijzende rechter, die op grond van het doeltreffendheidsbeginsel gehouden kan zijn eventuele fouten in de eerdere procedure naderhand met zijn eigen beslissing op te heffen.

38. Hierna zal worden onderzocht welke eisen richtlijn 93/13 in verband met de uitwinning stelt aan de mogelijkheden van de consument om een beroep te doen op het oneerlijke karakter van bedingen.

2. Beoordeling

39. Voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag moet er allereerst op worden gewezen dat het door richtlijn 93/13 in het leven geroepen beschermingsstelsel berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen.⁵

40. Gelet op deze zwakke positie bepaalt artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Volgens vaste rechtspraak gaat het hier om een dwingende bepaling die beoogt het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt.⁶

41. Teneinde de door richtlijn 93/13 beoogde bescherming te waarborgen, heeft het Hof herhaaldelijk vastgesteld dat de situatie van ongelijkheid tussen consument en verkoper enkel kan worden verholpen door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om.⁷

42. Op basis van deze beginselen heeft het Hof beslist dat de nationale rechter zelfs ambtshalve dient na te gaan of een contractueel beding dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, oneerlijk is, en aldus het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de handelaar dient te compenseren.⁸

43. De onderhavige zaak betreft de vraag over welke mogelijkheden een consument behoort te beschikken om het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst van geldlening in te roepen tegen de tenuitvoerlegging van de hypotheek die tot zekerheid ervan is verleend.

44. Aangezien de nationale executiemaatregelen niet zijn geharmoniseerd op het niveau van de Unie, is de bepaling van de modaliteiten daarvan een zaak van de interne rechtsorde van de lidstaten, overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie. De vrijheid van de lidstaten wordt evenwel begrensd door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.⁹ Een regeling mag niet ongunstiger zijn dan die geldend voor soortgelijke, onder het nationale recht vallende situaties, en mag de uitoefening van de door het Unierecht aan de consument verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.¹⁰

45. Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de procedureregels voor vorderingen die strekken tot bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.¹¹ In dit verband is er in casu geen probleem. Want artikel 698 LEC sluit niet alleen een beroep op het oneerlijke karakter van bedingen in de uitwinningprocedure uit, maar in het algemeen alle bezwaargronden die de nietigheid van de titel zouden kunnen betreffen.

5 — Arresten van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores* (C-240/98-C-244/98, Jurispr. blz. I-4941, punt 25); 26 oktober 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, Jurispr. blz. I-10421, punt 25); 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, Jurispr. blz. I-9579, punt 29), en 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10, punt 39).

6 — Arresten *Mostaza Claro* (aangehaald in voetnoot 5, punt 36) en *Asturcom Telecomunicaciones* (aangehaald in voetnoot 5, punt 30); arresten van 9 november 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08, Jurispr. blz. I-10847, punt 47), en 15 maart 2012, *Pereničová en Perenič* (C-453/10, punt 28).

7 — Arrest *Banco Español de Crédito* (aangehaald in voetnoot 5, punt 41 en de daar aangehaalde rechtspraak).

8 — Arrest *Banco Español de Crédito* (aangehaald in voetnoot 5, punt 42).

9 — Zie arrest *Banco Español de Crédito* (aangehaald in voetnoot 5, punt 46).

10 — Arrest *Banco Español de Crédito* (aangehaald in voetnoot 5, punt 46 en de daar aangehaalde rechtspraak).

11 — Arrest van 18 maart 2010, *Alassini e.a.* (C-317/08-C-320/08, Jurispr. blz. I-2213, punt 48).

46. Het is echter de vraag of ook wordt voldaan aan het doeltreffendheidsbeginsel. Dit beginsel vereist dat de wijze waarop het nationale procesrecht is ingericht, er niet toe mag leiden dat een consument wordt belemmerd om de hem in richtlijn 93/13 verleende rechten geldend te maken. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet iedere zaak waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure voor de verschillende nationale instanties en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan.¹²

47. Volgens het door de verwijzende rechter geschetste beeld is de Spaanse vereenvoudigde procedure van hypothecaire uitwinning zo ingericht dat het met het oog op een effectieve en snelle uitwinning slechts zeer beperkte beschermingsmogelijkheden voor de schuldenaar kent. Enkele uitzonderingen daargelaten, die naar de opvatting van de verwijzende rechter hier niet relevant zijn, moet een schuldenaar derhalve de uitwinning accepteren ongeacht eventuele oneerlijke bedingen. Pas in een separate declaratoire procedure, waarin de geldigheid van de titel aan de orde is, kan hij opkomen tegen de vordering die ten grondslag ligt aan de uitwinning en dus een beroep doen op het oneerlijke karakter van de toegepaste bedingen.

48. Daarmee is de schuldenaar echter alleen in staat invloed uit te oefenen op de verdeling van de opbrengst van de uitwinning of schadevergoeding ter zake van de uitwinning te vorderen. In deze separate declaratoire procedure heeft de rechter wel de mogelijkheid om de inbewaringstelling van de opbrengst van de openbare verkoop te gelasten en zo te waarborgen dat een recht van de schuldenaar op betaling jegens de schuldeiser daadwerkelijk kan worden gerealiseerd.

49. Noch in de vereenvoudigde uitwinningsprocedure zelf noch in de separate declaratoire procedure heeft de rechter echter volgens de toelichtingen in het prejudiciële verzoek de mogelijkheid om de voorlopige opschorting van de uitwinning, dat wil zeggen van de openbare verkoop van het onroerend goed, te gelasten.

50. Dit betekent dat zelfs indien een oneerlijk beding in de aan de hypotheek ten grondslag liggende overeenkomst van geldlening een uitwinning in de weg zou staan, de consument naar Spaans recht de openbare verkoop en het daarmee gepaard gaande verlies van zijn eigendom niet kan voorkomen. De consument geniet enkel rechtsbescherming achteraf in de vorm van een schadevergoeding en moet – zoals in casu – het verlies van zijn woning accepteren.

51. Een op deze wijze vorm gegeven procedure beperkt de doeltreffendheid van de met richtlijn 93/13 beoogde bescherming.

52. In het bijzonder als het in hypotheek gegeven onroerend goed de eigen woning van de schuldenaar betreft, is een recht op schadevergoeding alleen nauwelijks geschikt om de in richtlijn 93/13 aan de consument verleende rechten doeltreffend te verzekeren. Er kan geen sprake zijn van een doeltreffende bescherming tegen oneerlijke bedingen, indien een consument in verband met dergelijke bedingen de executie en dus de openbare verkoop van zijn eigen woning, het daarmee verbonden verlies van zijn eigendom en de uitzetting weerloos heeft te accepteren en pas bij wege van rechtsbescherming achteraf een recht op schadevergoeding geldend kan maken.

53. Richtlijn 93/13 eist evenwel dat de consument kan beschikken over een doeltreffend rechtsmiddel om het oneerlijke karakter van de bedingen in zijn overeenkomst van geldlening te laten toetsen en daardoor de uitwinning mogelijk te voorkomen.

12 — Arresten Asturcom Telecomunicaciones (aangehaald in voetnoot 5, punt 39) en Banco Español de Crédito (aangehaald in voetnoot 5, punt 49).

54. In die richting gaat ook het onlangs gewezen arrest in de zaak Banco Español de Crédito. Daarin heeft het Hof voor een betalingsbevelprocedure beslist dat, om te voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel in verband met richtlijn 93/13, een nationale rechter zelfs verplicht is om reeds vóór het geven van het betalingsbevel, waartegen de consument dan verzet kan aantekenen, ambtshalve na te gaan of bedingen oneerlijk zijn, voor zover de rechter beschikt over alle nodige gegevens ten aanzien van het recht en van de feiten.¹³ Er bestaat namelijk een niet te onderschatten risico dat de betrokken consument niet het vereiste verzet aantekent, aldus het Hof.¹⁴

55. Brengt dit mee dat de consument *onmiddellijk* in de uitwinningprocedure moet kunnen opkomen tegen het oneerlijke karakter van bedingen en niet pas in een afzonderlijke procedure? Twijfels aan een analoge toepassing van de uitspraak in de zaak Banco Español de Crédito kunnen ontstaan doordat, in tegenstelling tot de betalingsbevelprocedure, in een situatie als de onderhavige met de notariële akte reeds een executoriale titel bestaat en rekening moet worden gehouden met het belang van de schuldeiser om haast te maken met de uitwinning. Door de eigenlijke uitwinningprocedure naar formele criteria in te richten en bezwaarmogelijkheden in deze procedure grotendeels uit te sluiten, beoogt de wetgever een snelle tenuitvoerlegging van uitvoerbare vorderingen. Tegen deze achtergrond lijkt het mij niet dwingend vereist om er a priori vanuit te gaan dat de rechtsbescherming van de consument uiterst moeilijk wordt gemaakt, als deze door inleiding van een procedure eerst de voorwaarden moet scheppen voor een toetsing van de bedingen door de aangezochte rechter.

56. Deze vraag hoeft in de onderhavige procedure evenwel niet definitief te worden beantwoord. Zoals ik namelijk reeds in het kader van de ontvankelijkheidstoets heb aangegeven, is in casu niet de vraag aan de orde of de consument expliciet reeds in het *kader van de uitwinningprocedure* de mogelijkheid moet hebben om een beroep te doen op het oneerlijke karakter van een beding in de overeenkomst van geldlening. Nog minder hoeft te worden bezien of uit het arrest in de zaak Banco Español de Crédito kan worden afgeleid dat ook de rechter in de uitwinningprocedure ambtshalve de geldigheid van afzonderlijke bedingen dient te toetsen die gevolgen kunnen hebben voor de uitwinning.¹⁵ In de eerste prejudiciële vraag gaat het immers uitdrukkelijk om de mogelijkheden van de consument om op te komen tegen de uitwinning; de verwijzende rechter heeft niet gevraagd naar een mogelijkheid voor ambtshalve toetsing.

57. In het kader van de onderhavige procedure is daarom alleen doorslaggevend dat het doeltreffendheidsbeginsel eist dat de rechter in de declaratoire procedure over de mogelijkheid beschikt om de uitwinningprocedure (voorlopig) te schorsen en zo de uitwinning op te schorten totdat is onderzocht of een beding oneerlijk is, en op deze wijze te voorkomen dat door de uitwinningprocedure een feitelijke situatie ten laste van de consument ontstaat die slechts met moeite of helemaal niet meer teruggedraaid kan worden.

3. Voorlopige conclusie

58. De eerste prejudiciële vraag dient aldus te worden beantwoord dat een stelsel van tenuitvoerlegging van notariële titels ten aanzien van hypothecair verbonden of in pand gegeven goederen waarbij de mogelijkheden om op te komen tegen de tenuitvoerlegging beperkt zijn, onverenigbaar is met richtlijn 93/13 indien de consument noch in de uitwinningprocedure zelf noch in een separate rechterlijke procedure ter waarborging van de in richtlijn 93/13 verleende rechten een doeltreffende rechtsbescherming kan verkrijgen, bijvoorbeeld doordat de rechter de voorlopige opschorting van de tenuitvoerlegging kan bevelen.

13 — Arrest Banco Español de Crédito (aangehaald in voetnoot 5, punt 53).

14 — Arrest Banco Español de Crédito (aangehaald in voetnoot 5, punten 54 en 55).

15 — In ieder geval in die gevallen waarin de bevoegde rechter beschikt over alle nodige gegevens ten aanzien van het recht en de feiten; zie arrest Banco Español de Crédito (aangehaald in voetnoot 5, punt 53).

B – Tweede prejudiciële vraag

59. De formulering van de tweede vraag vermeldt het woord „onevenredigheid” en refereert aldus aan de terminologie van punt 1, sub e, van de bijlage bij de richtlijn. Het prejudiciële verzoek moet echter in die zin worden begrepen, dat met de vraag wordt verzocht om uitlegging van het in artikel 3, lid 1, van de richtlijn gebruikte algemene begrip „verstoring van het evenwicht” tussen de contractuele rechten en plichten, in de plaats waarvan enkel in het speciale geval van schadevergoedingen in de bijlage in punt 1, sub e, wordt gesproken van „onevenredig”.

60. Met zijn tweede prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter dus in wezen om nadere toelichting van het begrip verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13. Volgens deze bepaling is een contractvoorwaarde waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk te beschouwen indien deze, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

61. De verwijzende rechter noemt in dit verband drie concrete bedingen die onderdeel van de litigieuze overeenkomst zijn. Deze bedingen zijn volgens de verwijzende rechter eenzijdig opgelegd aan een consument en vallen daardoor binnen de werkingssfeer van de richtlijn.

1. Ontvankelijkheid

62. Volgens de bank en de Spaanse regering heeft het hoofdgeding echter tot dusver alleen betrekking op één van de door de verwijzende rechter genoemde bedingen. Desondanks is ook een antwoord ten aanzien van de overige bedingen niet zonder belang voor de beslechting van het hoofdgeding. Het is namelijk niet uitgesloten dat de afzonderlijke bedingen, en de juridische waardering daarvan, bij beschouwing in hun onderling verband ook gevolgen hebben voor de uitlegging van het in het hoofdgeding litigieuze beding.

63. Bovendien heb ik bij de bespreking van de ontvankelijkheid van de eerste prejudiciële vraag reeds erop gewezen dat het hoofdgeding volgens de verwijzende rechter betrekking heeft op een eventuele ongeldigheid van de uitwinningprocedure. Het is denkbaar dat de juridische beoordeling van de in de tweede prejudiciële vraag benoemde bedingen, die de verwijzende rechter overigens ook ambtshalve moet toetsen, ook gevolgen heeft voor de geldigheid van de uitwinningprocedure. De tweede prejudiciële vraag is derhalve in haar geheel ontvankelijk.

2. Beoordeling

a) Algemeen

64. Zoals het Hof reeds meermaals heeft vastgesteld, omschrijft artikel 3 van richtlijn 93/13 met zijn verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst, slechts in abstracto de factoren die aan een contractueel beding een oneerlijk karakter geven.¹⁶

16 — Arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 37).

65. Of een bepaald contractueel beding oneerlijk is, moet in concreto worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval.¹⁷ Bij deze beoordeling moeten overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

66. Uit de vaste rechtspraak van het Hof vloeit voort dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of een contractueel beding voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 te worden aangemerkt. Alleen de nationale rechter kan de gevolgen overzien die het betrokken beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert.¹⁸

67. De uiteindelijke beoordeling van het oneerlijke karakter van de litigieuze bedingen staat aan de nationale rechter en niet aan het Hof.¹⁹ Het Hof heeft slechts de taak de algemene criteria uit te leggen op basis waarvan het oneerlijke karakter van contractuele bedingen waarvoor de bepalingen van de richtlijn gelden, kan worden beoordeeld.²⁰

b) Beding betreffende de vervroegde beëindiging

68. Het eerste beding waar het in de tweede prejudiciële vraag om gaat, betreft de mogelijkheid om langlopende overeenkomsten wegens niet-nakomingen binnen een zeer beperkte periode vervroegd te beëindigen.

69. In het concrete geval is in clausule 6 van de overeenkomst van geldlening geregeld dat de bank die de lening verstrekt, reeds bevoegd is om terugbetaling van de gehele lening te eisen indien de schuldenaar in gebreke blijft met de betaling van slechts één van de in totaal 396 maandelijkse aflossingstermijnen die tijdens de looptijd van de overeenkomst van 33 jaar verschuldigd zijn.

70. De Commissie acht dit beding zonder meer geldig, aangezien de niet-betaling van ook maar één termijn een schending van de wezenlijke contractuele verplichting van de kredietnemer vormt en van de kredietverstrekker niet kan worden gevergd om de overeenkomst verder in stand te laten.

71. Of een beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument, kan niet worden beoordeeld zonder een vergelijking met de situatie zoals die naar nationaal recht bestaat ingeval de partijen zelf geen contractuele regeling hebben getroffen. Alleen als de consument door het beding ten opzichte van de wettelijke regelingen minder gunstig wordt behandeld, zou het beding een oneerlijke verschuiving van de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten laste van de consument kunnen veroorzaken.

72. En zelfs als een beding leidt tot een minder gunstige behandeling van de consument ten opzichte van de wettelijke regeling, hoeft dit het contractuele evenwicht niet per definitie dusdanig te verstoren dat dit als oneerlijk in de zin van artikel 3 van richtlijn 93/13 moet worden aangemerkt.

17 — Arrest VB Pénzügyi Lízing (aangehaald in voetnoot 6, punt 44) en arrest van 26 april 2012, Invitel (C-472/10, punt 22).

18 — Arrest Invitel (aangehaald in voetnoot 17, punt 30).

19 — Zie arresten Pannon GSM (aangehaald in voetnoot 16, punt 42), Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 6, punt 22) en VB Pénzügyi Lízing (aangehaald in voetnoot 6, punten 43 en 44).

20 — Zie arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, Jurispr. blz. I-4785, punt 33), en arrest VB Pénzügyi Lízing (aangehaald in voetnoot 6, punt 40).

73. Artikel 3 van richtlijn 93/13 bepaalt immers uitdrukkelijk dat een beding alleen als oneerlijk is te beschouwen indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Op deze wijze wordt het beginsel van contractvrijheid gewaarborgd en wordt onderkend dat partijen vaak een gerechtvaardigd belang kunnen hebben bij een van de wettelijke regeling afwijkende vormgeving van hun contractuele betrekkingen.

74. Of de door het beding ten opzichte van de wettelijke situatie veroorzaakte verschuiving van de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten laste van de consument een aanzienlijke verstoring van het evenwicht veroorzaakt, kan alleen worden vastgesteld door een diepgaande beoordeling van alle afzonderlijke omstandigheden rond de overeenkomst, zoals bedoeld in artikel 4, lid 1, van de richtlijn. Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht zal met name als ongerechtvaardigd moeten worden aangemerkt indien de rechten en verplichtingen van de consument dusdanig worden ingeperkt dat degene die de voorwaarden heeft opgesteld, niet te goede trouw ervan kon uitgaan dat de consument akkoord zou zijn geweest met een dergelijke regeling indien individueel over de overeenkomst was onderhandeld.

75. In dit verband is onder meer van belang of dergelijke bedingen gebruikelijk zijn, dat wil zeggen of zij in vergelijkbare overeenkomsten regelmatig in het rechtsverkeer worden gebruikt, dan wel eerder verrassend zijn, of er een objectieve reden voor het opnemen van de bedingen bestond en of de consument ondanks de verschuiving van het contractuele evenwicht ten gunste van de gebruiker van de bedingen, ten aanzien van het onderwerp van het betreffende beding niet verstoken is van bescherming.

76. In het hoofdgeding is derhalve allereerst van belang hoe de opzegging van een lening wettelijk is geregeld, inzonderheid onder welke voorwaarden de kredietverstrekker, ingeval de schuldenaar met de betaling van enkele aflossingstermijnen in gebreke blijft, bevoegd is tot opzegging en terugvordering van de totale lening. Aan de hand van deze maatstaf zal het litigieuze beding dan moeten worden beoordeeld.

77. Daarbij dient enerzijds in aanmerking te worden genomen dat de verplichting tot betaling van aflossingstermijnen de hoofdverplichting van de kredietnemer is. Bij de beantwoording van de vraag of er reeds als slechts één termijn niet is betaald, van de bank die de lening verstrekte, in beginsel niet meer kan worden verlangd de overeenkomst voort te zetten, dient anderzijds te worden bedacht dat de bank met de hypotheek over een zekerheid beschikt en dat de niet-betaling van slechts één termijn op een vergissing kan berusten en niet noodzakelijkerwijs betekent dat de kredietnemer in betalingsmoeilijkheden verkeert. Het bedrag van de verstrekte lening, de looptijd daarvan alsmede de existentiële betekenis voor de kredietnemer zal bovendien moeten worden afgewogen tegen het belang van de bank die de lening verstrekte, om de overeenkomst reeds bij niet-betaling van één termijn te kunnen beëindigen.

78. De verwijzende rechter zal verder moeten bezien welke mogelijkheden het nationale recht, ook het nationale procesrecht, de consument biedt om de gevolgen van een algehele terugvordering weer ongedaan te maken. Daarbij is inzonderheid de in artikel 693, lid 3, LEC aan de kredietnemer geboden mogelijkheid van belang om door voldoening van vervallen termijnen per saldo de gevolgen van de opzegging/algehele terugvordering weer ongedaan te maken. Hiermee dient rekening te worden gehouden in het kader van de algehele beoordeling of de consument door het litigieuze beding in strijd met de goede trouw onevenredig wordt benadeeld.

79. Bovenstaande uiteenzetting laat zien dat in tegenstelling tot de opvatting van de Commissie, die het litigieuze beding in abstracto en los van bepaalde rechtsstelsels en omstandigheden als rechtsgeldig beschouwt, alleen de nationale rechter in staat is de noodzakelijke toetsing van het oneerlijke karakter naar de maatstaf van artikel 3 van richtlijn 93/13 uit te voeren.

80. Mijn voorlopige conclusie is derhalve dat het aan de nationale rechter staat om aan de hand van artikel 3, leden 1 en 3, van richtlijn 93/13 het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten te beoordelen. Bij een beding betreffende de vervroegde beëindiging van een lening voor de aankoop van onroerende goederen door de schuldeiser moet de rechter inzonderheid onderzoeken in hoeverre het beding afwijkt van de voor het overige toepasselijke wettelijke regeling, of er een objectieve reden bestaat voor de opname van het beding en of de consument ondanks de verschuiving van het contractuele evenwicht ten gunste van de gebruiker van het betrokken beding niet wordt verstoken van bescherming.

c) Beding betreffende moratoire rente

81. De tweede prejudiciële vraag betreft verder een beding inzake moratoire rente. In clause 6 van de in het hoofdgeding litigieuze overeenkomst is geregeld dat de kredietnemer die in verzuim is, zonder dat hiertoe een ingebrekestelling of aanmaning vereist is, moratoire rente dient te betalen over de opeisbare hoofdsom ten bedrage van 18,75 % per jaar, zelfs bij anticipatie van de vervaldag. De gewone nominale rentevoet van de lening bedroeg daarentegen aanvankelijk 4,87 %.

82. Ten aanzien van de algemene werkwijze bij de juridische beoordeling van de vraag of een dergelijke regeling van moratoire renteberekening een ongeldig beding overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 is, wil ik hier allereerst verwijzen naar de bovenstaande algemene opmerkingen.²¹

83. De nationale rechter moet eerst een vergelijking met de wettelijke rente uitvoeren, om dan in een tweede stap met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval te onderzoeken of een afwijking ten laste van de consument naar de eisen van de goede trouw een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen betekent.²²

84. In de bijlage bij de richtlijn, waar artikel 3, lid 3, aan refereert, worden als voorbeeld van een oneerlijk beding in punt 1, sub e, uitdrukkelijk bedingen genoemd die tot doel of tot gevolg hebben de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen. De bijlage bij de richtlijn bevat echter blijkens artikel 3, lid 3, slechts een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Het oneerlijke karakter van een beding kan ook niet zonder meer reeds worden afgeleid uit de vermelding van het beding in deze bijlage. Wel is die vermelding een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren.²³

85. Bij de concrete beoordeling kan van belang zijn welke moratoire rente bij hypothecaire leningen gebruikelijk is. Indien het Spaanse recht de moratoire rentevoet bij andere consumentenkredieten limiteert tot maximaal 2,5 maal de wettelijke rente, waar de Commissie op wijst, kan dit een aanknopingspunt zijn voor een eventuele verstoring van het evenwicht, net als het feit dat de herfinancieringskosten van banken bij hypothecaire leningen op grond van de verstrekte zekerheid in de regel duidelijk lager liggen dan bij overige consumentenkredieten.

21 — Zie de punten 64-67 van deze conclusie.

22 — In de zaak Banco Español de Crédito had de Spaanse rechter een in een overeenkomst vastgelegde rentevoet van 29 % ambtshalve verlaagd naar 19 %, met inachtneming van de wettelijke rente en de moratoire rente volgens de nationale begrotingswetten van 1990 tot en met 2008.

23 — Arrest Invitel (aangehaald in voetnoot 17, punt 26).

86. Bij de afweging moet verder in aanmerking worden genomen welke doelstellingen met de moratoire rente volgens nationaal recht mogen worden nagestreefd, of deze bijvoorbeeld slechts een forfaitaire vergoeding van de vertragingsschade vormt of ook is bedoeld ervoor te zorgen dat de wederpartij zich aan de overeenkomst houdt. De met een moratoire rente nagestreefde legitieme doelstellingen kunnen per lidstaat verschillend zijn. Met richtlijn 93/13 wordt niet beoogd verschillen tussen de nationale rechtsculturen in dit opzicht te nivelleren.

87. Indien de moratoire rente slechts als forfaitaire vergoeding van de vertragingsschade is bedoeld, is een moratoire rentevoet reeds duidelijk te hoog als deze ver boven de te veronderstellen concrete vertragingsschade ligt. Het moge echter duidelijk zijn dat een hogere moratoire rentevoet de schuldenaar motiveert om zijn verbintenissen na te komen en een reeds bestaand verzuim snel op te heffen. Indien de moratoire rente naar nationaal recht bedoeld is om de schuldenaar tot nakoming van de overeenkomst te motiveren en daarmee tot instandhouding van de betalingsmoraal, zal deze pas als oneerlijk moeten worden aangemerkt indien de rentevoet duidelijk hoger is dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.

88. Als voorlopige conclusie kan derhalve worden vastgesteld dat de rechter bij een beding betreffende de moratoire rente inzonderheid dient te onderzoeken in hoeverre de rentevoet afwijkt van de voor het overige toepasselijke wettelijke rentevoet en of deze al dan niet in verhouding staat tot het met de moratoire rente nagestreefde doel.

d) Beding betreffende de eenzijdige vaststelling van het verschuldigde bedrag

89. Ten slotte wordt met de tweede prejudiciële vraag verzocht om een toelichting van het begrip onevenredigheid in verband met clause 15 van de in het hoofdgeding litigieuze contractuele voorwaarden. Daarin is bepaald dat de kredietverstrekker ten behoeve van de uitwinning het openstaande bedrag van de lening eenzijdig mag vaststellen, waardoor hij zelfstandig een wezenlijke voorwaarde voor de toepassing van de vereenvoudigde procedure van hypothecaire uitwinning kan bepalen. Om het juridisch kader toe te lichten waarin dit beding tot dragen komt, stelt de verwijzende rechter dat de schuldenaar niet de mogelijkheid heeft om zich in de uitwinningprocedure tegen deze becijfering te verzetten en dat hij in zoverre wordt verwezen naar een separate declaratoire procedure. De declaratoire procedure heeft volgens de verwijzende rechter echter geen invloed op het verdere verloop van de uitwinningprocedure, zodat de schuldenaar het verbonden goed reeds zal hebben verloren wanneer in de declaratoire procedure wordt beslist.

90. Ook in zoverre staat het aan de nationale rechter om bij zijn beslissing rekening te houden met alle omstandigheden van het concrete geval. Daarbij gelden evenwel de volgende criteria:

91. Het uitgangspunt moet wederom de vraag zijn hoe de rechtssituatie – hier de uitwinningprocedure – zou zijn indien het litigieuze beding niet in de overeenkomst was opgenomen.

92. Ik vat de opmerkingen van de verwijzende rechter alsmede van partijen aldus op dat de bank die de lening verstrekt, zonder het betrokken beding eerst een procedure tegen de schuldenaar van de lening moet voeren om de openstaande vordering te becijferen, teneinde zo in de uitwinningprocedure het vereiste concreet vastgestelde bedrag te kunnen aantonen. Door de eenzijdige becijfering van dat bedrag door de schuldeiser vervalt de noodzaak van deze voorafgaande declaratoire procedure. Dit heeft tot gevolg dat de schuldenaar van de lening vóór de executie het bedrag van de te innen vordering niet kan betwisten. De verwijzende rechter maakt evenwel in overeenstemming met de opmerkingen van partijen duidelijk dat het eenzijdig becijferde bedrag tussen partijen niet bindend is en derhalve in een latere declaratoire procedure door de schuldenaar kan worden aangevochten, en dat de schuldenaar in zoverre ook ten aanzien van de bewijslast niet in een nadelige positie geraakt.

93. De met het beding gepaard gaande beperking van de rechtsbescherming voorafgaand aan de executie leidt tot een verschuiving van de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten laste van de consument. Dit betekent echter niet zonder meer dat daardoor, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen wordt verstoord ten laste van de consument. Dit moet door een afweging van alle met het beding verbonden voor- en nadelen voor beide partijen worden vastgesteld.

94. Voor de bank die de lening heeft verstrekt, heeft het betrokken beding tot gevolg dat de als zekerheid verstrekte hypotheek sneller en makkelijker te gelde kan worden gemaakt. Dit verhoogt – ook in het economisch belang van de schuldenaar – de waarde van de door hem gestelde zekerheid. Omgekeerd loopt de schuldenaar/consument het risico de zekerheid te verliezen voordat vaststaat tot welk bedrag de bank die de lening heeft verstrekt, zich op de zekerheid mag verhalen.

95. De nationale rechter dient zijn beslissing op basis van een alomvattende afweging te nemen met inachtneming van de verdere omstandigheden van het concrete geval. Hiertoe behoort de vraag of de schuldenaar zich niet toch reeds in de uitwinningprocedure kan verzetten. Hiervoor pleit de tekst van artikel 695, lid 1, LEC. Verder is van belang hoe de procedure van de eenzijdige becijfering is opgezet, welke controlebevoegdheid de hierbij betrokken notaris heeft, en hoe het feit dient te worden beoordeeld dat, zoals de Spaanse regering heeft aangevoerd, alleen banken die onder overheidstoezicht staan, van het litigieuze beding gebruik mogen maken.

96. Als voorlopige conclusie kan worden vastgesteld dat bij een beding betreffende de eenzijdige vaststelling van het verschuldigde bedrag in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de gevolgen die een dergelijk beding in het nationale procesrecht heeft.

V – Conclusie

97. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof derhalve in overweging te beslissen als volgt:

- „1) Een systeem van tenuitvoerlegging van notariële titels ten aanzien van hypothecair verbonden of in pand gegeven goederen waarbij de mogelijkheden om op te komen tegen de tenuitvoerlegging beperkt zijn, is onverenigbaar met richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, indien de consument noch in de uitwinningprocedure zelf noch in een separate rechterlijke procedure ter waarborging van de in richtlijn 93/13 verleende rechten een doeltreffende rechtsbescherming kan verkrijgen, bijvoorbeeld doordat de rechter de voorlopige opschorting van de tenuitvoerlegging kan bevelen.
- 2) Het staat aan de nationale rechter om aan de hand van artikel 3, leden 1 en 3, van richtlijn 93/13 het oneerlijke karakter van een beding in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten te beoordelen.
 - a) Bij een beding betreffende de vervroegde beëindiging van een lening voor de aankoop van onroerende goederen door de schuldeiser dient de rechter inzonderheid te onderzoeken in hoeverre het beding afwijkt van de voor het overige toepasselijke wettelijke regeling, of er een objectieve reden bestaat voor de opname van het beding en of de consument ondanks de verschuiving van het contractuele evenwicht ten gunste van de gebruiker van het betreffende beding niet wordt verstoken van bescherming ten aanzien van het onderwerp van het betreffende beding.
 - b) Bij een beding betreffende de moratoire rente dient de rechter inzonderheid te onderzoeken in hoeverre de rentevoet afwijkt van de voor het overige toepasselijke wettelijke rentevoet en of deze al dan niet in verhouding staat tot het met de moratoire rente nagestreefde doel.

- c) Bij een beding betreffende de eenzijdige vaststelling van het verschuldigde bedrag dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met de gevolgen die een dergelijk beding in het nationale procesrecht heeft.”