



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ambtshalve toetsing van consumentenrecht en instrumentalisering van burgerlijk procesrecht

reactie op Bert van Schaick

van Duin, A.; Leone, C.

DOI

[10.5553/TCR/092986492023031004002](https://doi.org/10.5553/TCR/092986492023031004002)

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Duin, A., & Leone, C. (2023). Ambtshalve toetsing van consumentenrecht en instrumentalisering van burgerlijk procesrecht: reactie op Bert van Schaick. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2023(4), 126-130.

<https://doi.org/10.5553/TCR/092986492023031004002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht en instrumentalisering van burgerlijk procesrecht: reactie op Bert van Schaick

*Anna van Duin en Candida Leone**

1. Ambtshalve toetsing als ‘invasieve exoot’?

In zijn bijdrage over instrumentalisering van burgerlijk procesrecht noemt Bert van Schaick recht van Unierechtelijke herkomst een ‘invasieve exoot’ die het burgerlijk procesrecht onder ‘hoogspanning’ zet.¹ Daarmee doelt Van Schaick voornamelijk op de ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht door de civiele rechter. Van Schaick stelt voorop dat het burgerlijk procesrecht een *eerlijke procedure* garandeert over de erkenning en afdwinging van *materiële rechten*.² Tegelijkertijd plaatst hij vraagtekens bij de ontwikkeling dat het burgerlijk procesrecht een instrument wordt ter verwezenlijking van *Unierechtelijke* doelstellingen, meer in het bijzonder de bescherming van consumenten.³ Van Schaick mengt zich hiermee in de discussie over de invloed van EU-recht op het

nationale procesrecht,⁴ die is ontstaan naar aanleiding van een stroom uitspraken van het Europese Hof van Justitie (hierna: Hof) over nationale procesrechtelijke regels die aan de effectieve rechtsbescherming van consumenten in de weg staan. Zijn betoog reikt echter verder dan deze discussie: Van Schaick vraagt zich af of de door hem gesignaleerde invasieve exoot zich zal ‘vermeerderen en traditionele soorten (...) verdringen’. Hij suggereert zelfs dat het Hof buiten zijn bevoegdheid (‘ultra vires’) handelt.⁵

Wij vinden dergelijk taalgebruik ongelukkig; het impliceert een tegenstelling tussen ‘Europa’ en ‘ons’, ‘inheems’ en ‘uitheems’, wat het wetenschappelijke debat in onze optiek polariseert en niet verder brengt. En misschien nog belangrijker: het leidt af van de inhoud. In hetzelfde nummer van *TCR* heeft Lodewijk Valk al laten zien dat de ambtshalve toepassing van dwingend recht in Nederland minder ongewoon en ingrij-

* Mr. dr. J.M.L. van Duin is universitair docent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Dr. C. Leone is universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 B. van Schaick, ‘Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht. Over de inzet van burgerlijk procesrecht om buiten het burgerlijk procesrecht gelegde doelen te realiseren’, *TCR* 2023, afl. 3, p. 67-74.

2 Van Schaick 2023, p. 67.

3 Van Schaick 2023, p. 69 e.v.

4 Zie o.a. H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010; A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, Deventer: Kluwer 2012; I. Giesen, *Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 500; A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, ‘De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De ambtshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht’, *MvV* 2015, afl. 9, p. 243-254; A.S. Hartkamp, ‘De spanning tussen gezag van gewijsde en het Europees doeltreffendheidsbeginsel’, *AA* 2016, p. 286-292; A.S. Hartkamp, ‘De verhouding tussen twee Europese “remedies”: lidstaataansprakelijkheid en ambtshalve toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen’, *AA* 2016, p. 658-664; R.R.M. de Moor, ‘Hoe effectief is onze consumentenbescherming?’, *TvC* 2017, afl. 4, p. 154-156; J.M.L. van Duin, ‘Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief’, *TvPP* 2019, afl. 5, p. 138-144; F.E. Vermeulen, ‘Fricties tussen het Hof van Justitie en de Nederlandse civiele rechtspleging’, in: Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *De invloed van Europa op ons procesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 69; W. Vandenbussche, ‘Zijn afwijkende procedureregels voor consumenten steeds nodig?’, *NTBR* 2023, afl. 8, p. 289-295.

5 Van Schaick 2023, p. 72 resp. p. 74.

pend is dan Van Schaick doet voorkomen.⁶ In deze reactie voegen wij daar een (Europees) consumentenrechtelijk perspectief aan toe.⁷ Door een (tendentieuze) opsomming van voorbeelden te geven, zonder nadere toelichting of verdieping, gaat Van Schaick niet alleen voorbij aan de specifieke ratio van ambtshalve toetsing (zie hierna par. 2), maar ook aan de context waarin deze ‘exoot’ opereert (par. 3). Een korte verkenning van de Nederlandse praktijk in consumentenzaken – waar de consument vaak gedaagde is, geen procesvertegenwoordiging heeft en/of verstek laat gaan – geeft een ander beeld van de ‘spanningen’ binnen het Nederlands burgerlijk procesrecht (par. 4).

2. De ratio van ambtshalve toetsing van consumentenrecht

De ratio van ambtshalve toetsing – en meer in brede zin effectieve rechtsbescherming – in consumentenzaken is tweeledig: doeltreffendheid (*effet utile*) van het Unierecht en herstel van de balans tussen partijen.⁸ Van Schaick maakt geen onderscheid tussen deze twee aspecten en beticht het Hof ervan met ambtshalve toetsing de *uitkomst* van de civiele procedure te beïnvloeden.⁹ Dat ligt genuanceerder: ambtshalve toetsing is een *processueel* middel om te bereiken dat de rechten van consumenten, voor zover daar inbreuk op wordt gemaakt, daadwerkelijk kunnen worden beschermd.¹⁰ De rechtspraak van het Hof komt er kort samengevat op neer dat consumenten een procedurele mogelijkheid moeten hebben om hun materiële

rechten uit te oefenen.¹¹ Wanneer er een reëel risico bestaat dat zij zich daarvan laten weerhouden, bijvoorbeeld door kosten of een gebrek aan kennis, is ambtshalve toetsing aangewezen.¹²

In de nasleep van de financiële crisis van 2008 is een stroom van zaken op gang gekomen over de rechtsbescherming van consument-schuldenaren (waarover meer in par. 3). In de praktijk bleken er – jaren na het beroemde *Océano*-arrest (2000)¹³ – nog allerlei procedurele obstakels in nationale rechtsstelsels te zijn die consumenten beletten op te komen voor hun rechten, of die de rechter verhinderen te beoordelen of sprake is van een schending van dwingendrechtelijke regels van consumentenrecht.¹⁴ Procesrechtelijke regels zijn niet absoluut. Consumentenbescherming is dat overigens evenmin; zo respecteert het Hof het gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen, mits de uitoefening van de rechten van consumenten in de praktijk *niet uiterst moeilijk of onmogelijk* wordt gemaakt.¹⁵ Voor zover de rechtspraak van het Hof ertoe leidt dat het gat tussen materiële en procedurele rechtsbescherming kleiner wordt, is deze inderdaad instrumenteel. Daarmee handelt het Hof nog niet ‘ultra vires’; in het kader van door nationale rechters gestelde prejudiciële vragen toetst het Hof of de betreffende lidstaten voldoen aan de randvoorwaarden voor de effectieve rechtsbescherming van consumenten.¹⁶

Er is weliswaar, zoals Valk ook opmerkt, een levendig debat gaande over de instrumentalisering van het *consumentenrecht*:¹⁷ in hoeverre mag de EU het privaatrecht aanwenden om (publieke) doelen na te streven die niet of amper te maken hebben met de rechtsverhouding tussen private partijen, zoals het vrij verkeer van goederen of consumentenvertrouwen in de

6 L. Valk, ‘Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht?’, *TCR* 2023, afl. 3, p. 75-82, zie met name p. 76-77. Het uitgangspunt is, aldus Valk, dat dwingend recht binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve door de rechter wordt gehandhaafd; daarbij verwijst hij naar zowel art. 25 Rv (het gebod van ambtshalve aanvullen van rechtsgronden) als het spiegelbeeld van art. 24 Rv (het verbod van aanvullen van feitelijke gronden, dat niet te ruim moet worden opgevat).

7 De punten die wij in deze reactie naar voren brengen, zijn deels ontleend aan ons eerdere werk: J.M.L. van Duin & C. Leone, ‘The real (New) Deal: Levelling the odds for consumer-litigants’, *European Review of Private Law* 2019, afl. 6, p. 1227-1249; J.M.L. van Duin, *Effective judicial protection in consumer litigation. Article 47 of the EU Charter in practice*, Cambridge: Intersentia 2022; J.M.L. van Duin & C. Leone, ‘Incasso in consumentenzaken blijft problematisch ondanks nieuwe wet’, *NJB* 2023, afl. 5, p. 360-368.

8 Zie o.a. HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*), r.o. 25-27 en 38; HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom Telecomunicaciones/Rodríguez Nogueira*), r.o. 31; HvJ EU 20 september 2018, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750 (*OTP Bank and OTP Faktoring Kővetéskezelő/Ilyés en Kiss*), r.o. 88.

9 Van Schaick 2023, p. 72.

10 Zie o.a. H.-W. Micklitz, ‘Unfair contract terms – Public interest litigation before European courts’, in: E. Terry, G. Straetmans & V. Colaert (red.), *Landmark cases of EU consumer law: In honour of Jules Stuyck*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 633-652, op p. 640; J.T. Nowak, ‘Considerations on the impact of EU law on national civil procedure: Recent examples from Belgium’, in: V. Lazić & S. Stuij (red.), *International dispute resolution. Short studies in private international law*, Den Haag: TMC Asser Press 2018, p. 1-41, op p. 31.

11 HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 (*ERSTE Bank Hungary/Sugár*), r.o. 59; HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger and Radlingerová/Finway*), r.o. 46; HvJ EU 7 december 2017, C-598/15, ECLI:EU:C:2017:945 (*Banco Santander/Sánchez López*), r.o. 38; HvJ EU 31 mei 2018, C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367 (*Sziber/ERSTE Bank Hungary*), r.o. 54, met verwijzing naar art. 47 EU-Grondrechtenhandvest. Zie ook V. Trstenjak & E. Beysen, ‘European consumer protection law: Curia semper dabit remedium?’, *Common Market Law Review* (48) 2011, afl. 1, p. 95-124, op p. 110; Van Duin & Leone 2019, p. 1229.

12 HvJ EU 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 en C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*), r.o. 26; HvJ EU 21 november 2002, C-473/00, ECLI:EU:C:2002:705 (*Cofidis/Fredout*), r.o. 33; HvJ EU 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*), r.o. 28.

13 HvJ EU 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 en C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*).

14 Van Duin & Leone 2019, p. 1236. Zie ook M. Józson, ‘Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2017, p. 157-166, op p. 162.

15 HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397 (*L/Unicaja Banco SA*), r.o. 33. Het betreft hier het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel, wat Van Schaick aanmerkt als deformalisering: Van Schaick 2023, p. 70.

16 B. Krans, ‘EU law and national civil procedure law: An invisible pillar’, *European Review of Private Law* (23) 2015, afl. 4, p. 567-587; F. Cafaggi & P. Iamiceli, ‘The principles of effectiveness, proportionality and dissuasiveness in the enforcement of EU consumer law: The impact of a triad on the choice of civil remedies and administrative sanctions’, *European Review of Private Law* (25) 2017, afl. 3, p. 575-618.

17 Valk 2023, p. 81.

interne markt?¹⁸ Maar dit debat komt niet terug in het betoog van Van Schaick, dat betrekking heeft op een meer bescheiden vorm van instrumentalisering: het versterken van de zogenoemde dienende functie van het *procesrecht* ten koste van de eigen rationaliteit, dat wil zeggen de eerlijke, met formele waarborgen omklede procedure als doel op zich.¹⁹ Het procesrecht verliest aan legitimiteit als het ondergeschikt wordt gemaakt aan het materiële recht, zo begrijpen wij Van Schaick. Toch lijkt hij ook te onderkennen dat een al te grote discrepantie tussen *procesrechtelijke* conformiteit (de totstandkoming van een rechterlijke uitspraak overeenkomstig de toepasselijke procesregels) en *materieelrechtelijke* conformiteit (de verenigbaarheid van de uitspraak met het materiële recht) uiteindelijk ook die legitimiteit ondermijnt.²⁰ Het streven naar de verwezenlijking van materieel recht – waar deformalisering ook aan bijdraagt – is niet uniek voor het Unierecht; het heeft al ruim vóór de introductie van ambtshalve toetsing van Europees (consumenten)recht zijn plaats in ons procesrecht gevonden.²¹

Een procedure die zo min mogelijk aan de toepassing van geldend recht in de weg staat, is in onze ogen *bij uitstek neutraal*. Een rechter die moet toezien op de naleving van dwingend recht dat consumenten beschermt, wordt daarmee nog niet in een ‘partijdige rol’ geduwd.²² De rechter fungeert dan als ‘tegenwicht’ om de balans te herstellen.²³ In consumentenzaken is sprake van *ongelijkheid* tussen de partijen, die doorwerkt in de procedure.²⁴ Consumenten bevinden zich ten opzichte van hun professionele wederpartij in een zwakkere positie. Zij beschikken over minder juridische kennis, minder financiële middelen en minder informatie.²⁵ Het betoog van

Van Schaick over de neutraliteit van de rechter ten aanzien van de procespartijen berust naar eigen zeggen op de aanname dat zij een *advocaat* inschakelen om hun belangen te behartigen.²⁶ Veel consumentenzaken worden echter behandeld en beslist door de kamer voor kantonzaken, waar geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt; los daarvan kan de inschakeling van een advocaat een (extra) financiële barrière vormen.²⁷ Dat een consument in persoon procedeeert, kan reden zijn om procesrechtelijke regels minder streng toe te passen.²⁸ Het onderstreept in ieder geval de noodzaak van ambtshalve toetsing. De rechter krijgt een actievere rol in de procedure, maar het gaat te ver om op grond daarvan de rechterlijke onpartijdigheid in twijfel te trekken. Zolang de wederpartij de gelegenheid heeft om te reageren op de bevindingen van de rechter vóórdat uitspraak wordt gedaan, is de procedure in overeenstemming met art. 6 EVRM en art. 47 EU-Grondrechtenhandvest (meer in het bijzonder het recht op hoor en wederhoor en equality of arms).²⁹

3. De rechtspraak van het Hof context voorzien

De rechtspraak van het Hof moet daarnaast worden bezien in het licht van de maatschappelijke context die aanleiding gaf tot de prejudiciële vragen in kwestie. Van de zaken die Van Schaick aanhaalt (onder andere uit Spanje, Polen en Hongarije), heeft een deel betrekking op nationale betalingsbevelprocedures of executiegeschillen waarin de toepasselijke procesrechtelijke regels zo restrictief waren dat er geen enkele ruimte was om de rechten van consumenten (al dan niet ambtshalve) aan de orde te stellen.³⁰ Verder geldt specifiek voor de zaken afkomstig uit Spanje dat de sociaaleconomische positie van consument-schuldenaren tijdens de financiële crisis zodanig

18 Eerst C. Schmid, ‘The thesis of the instrumentalisation of private law by the EU in a nutshell’, in: C. Joerges & T. Ralli (red.), *European constitutionalism without private law: Private law without democracy* (RECON Report nr. 14), Oslo: Arena 2011, p. 17-36. Inmiddels is het gebruikelijk om privaatrecht van Europese herkomst als ‘regulatory private law’ aan te merken, zie H.-W. Micklitz, ‘The visible hand of European regulatory private law – The transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation’, *Yearbook of European Law* 2009, afl. 1, p. 3-59; meer recentelijk O.O. Cherednychenko, ‘De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142-155 en ‘Islands and the ocean: Three models of the relationship between EU market regulation and national private law’, *The Modern Law Review* 2021, afl. 6, p. 1294-1329. Ook kritisch over instrumentalisering van civielrechtelijke remedies: C.M.D.S. Pavillon & L. Tigelaar, ‘Een prijskorting voor de consument bij gebrekkige informatieverstrekking: een onevenredige sanctie’, *NTBR* 2022, afl. 7, p. 229-242.

19 Van Schaick 2023, p. 67.

20 Van Schaick 2023, p. 68.

21 R. Verkerk, ‘Burgerlijk procesrecht en ideologie’, *Rechtsfilosofie & Rechts-theorie* (40) 2011, afl. 1, p. 6-30, op p. 22 en 27.

22 Van Schaick 2023, p. 71.

23 A. Beka, *The active role of courts in consumer litigation: Applying EU law of the national courts’ own motion*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 140-141; H.-W. Micklitz & N. Reich, ‘The court and sleeping beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)’, *Common Market Law Review* (51) 2014, afl. 3, p. 771-808, op p. 803-804.

24 Van Duin 2022, p. 108. Vgl. HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 (*Sánchez Morcillo and Abril García/BBVA*), r.o. 38 en 41.

25 Zie Vandebussche 2023, p. 291 en 293, die spreekt van een ‘informatie- en middelenasymmetrie’. Vgl. HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito/Calderón Camino*), r.o. 54-55.

26 Van Schaick 2023, p. 71 en 74.

27 M.J. ter Voert & M.S. Hoekstra, *Geschildbescheidsdelta 2019. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers* (Cahier 2020-18), Den Haag: WODC 2020, p. 100. De inschakeling van een advocaat leidt in ieder geval tot hogere juridische kosten: zie p. 165 en 201. Slechts 9% van de mensen met een (juridisch) probleem raadpleegt een advocaat; dit percentage loopt terug (zie p. 89 resp. p. 205).

28 Zie bijv. Hof ’s-Hertogenbosch 27 juni 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2086, r.o. 3.16: ‘Hierbij neemt het hof in aanmerking dat [geïntimeerde] in persoon procedeerde en dat verder geen feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan haar enige specifieke juridische kennis ter zake de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en/of de formele regels omtrent de stelplicht van feiten of rechtsgronden kan worden toegerekend. Dat zij niet meer specifiek, in juridische termen, verweer heeft gevoerd, kan haar niet worden aangerekend.’ Vgl. K.G.F. van der Kraats, *Het civiele procesrecht als struikelblok. Over de rechtsbescherming van mensen zonder juridische kennis*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

29 EHRM 20 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1127DEC002285315 (*Merkantil Car Zrt./Hungary*), r.o. 72 en 78-80; HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88 (*Banif Plus Bank/Csaba Csipai*), r.o. 29. In zoverre beperkt art. 47 EU-Grondrechtenhandvest juist instrumentalisering: het gaat niet (alleen) om de doeltreffendheid van het Unierecht, maar om het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces voor beide partijen. Zie verder Van Duin 2022, p. 63 en 242.

30 Zie o.a. HvJ EU 7 november 2019, gevoegde zaken C-419/18 en C-483/18, ECLI:EU:C:2019:930 (*Profi Credit Polska/Włostowska*); HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (*Banco Primus/Gutiérrez García*); HvJ EU 22 september 2022, C-335/21, ECLI:EU:C:2022:720 (*Vicente/Delia*).

precair was, dat Spaanse rechters zich gedwongen zagen zich tot het Hof te wenden om het rigide Spaanse procesrecht open te breken.³¹ Dat de uitspraken van het Hof even vergaande consequenties hebben voor het Nederlandse procesrecht is niet aannemelijk.³² Als voorbeeld bespreken wij kort het arrest inzake *L/Unicaja*,³³ waar Van Schaick op twee plaatsen naar verwijst om de botsing te illustreren tussen ambtshalve toetsing en procesrechtelijke beginselen.³⁴

In *L/Unicaja* ging het om een consument die een vordering tegen een bank had ingesteld tot terugbetaling van te veel betaalde rente op basis van een bodemrentebeding ('cláusula suelo') in de hypothecaire leningsovereenkomst. De rechter in eerste aanleg had geoordeeld dat dit beding weliswaar oneerlijk was in de zin van Richtlijn 93/13, maar dat de consument slechts beperkt aanspraak kon maken op terugbetaling door de bank. De bank was in hoger beroep gegaan en vocht daarbij alleen de proceskostenveroordeling aan. De consument had met goede reden geen (incidenteel) appel ingesteld, omdat de beperking van de terugbetalingsverplichting in lijn was met vaste rechtspraak van het Tribunal Supremo, de hoogste Spaanse civiele rechter. Incidenteel appel was bij die stand van zaken kansloos. Enkele weken vóór de appelrechter uitspraak deed, oordeelde het Hof in een andere zaak over 'cláusulas suelo' – *Gutiérrez Naranjo*³⁵ – echter dat deze beperking in strijd was met het Unierecht. De betrokken consument klaagde vervolgens in cassatie bij het Tribunal Supremo dat de appelrechter daar in zijn zaak ten onrechte geen rekening mee had gehouden en volledige terugbetaling had moeten gelasten.

Het Tribunal Supremo wendde zich tot het Hof met de vraag of de appelrechter hier ambtshalve had moeten toetsen, ook al stond dat op gespannen voet met het verbod van *reformatio in peius* en de omvang van het hoger beroep. Saillant is dat het Tribunal Supremo de controversiële beperking van de

terugbetalingsverplichting destijds zelf had geïntroduceerd, hoewel toen al duidelijk was dat daarmee het Spaanse materiële recht opzij werd gezet (nog afgezien van de Unierechtelijke dimensie).³⁶ In afwachting van het arrest van het Hof inzake *Gutiérrez Naranjo* werden lopende procedures over het algemeen niet aangehouden. Dit leidde ertoe dat consumenten die proactief terugbetaling hadden gevorderd en als het ware te vroeg een uitspraak hadden verkregen, slechter af waren dan consumenten die hadden afgewacht en alsnog aanspraak konden maken op het volledige bedrag. Daarom gingen er in Spanje stemmen op voor een uitzondering op het gezag van gewijsde, omdat anders de effectieve rechtsbescherming van consumenten werd ondermijnd.³⁷

Tegen deze achtergrond concludeerde de Grote Kamer in *L/Unicaja* dat de betrokken consument niet kon worden tegengeworpen dat hij de beperking van de terugbetalingsverplichting niet had aangevochten. Ambtshalve toetsing was hier een laatste redmiddel, omdat de consument anders de dupe zou worden van nationale rechtspraak die de uitoefening van zijn rechten praktisch onmogelijk had gemaakt. Deze consument had het geluk dat de procedure ten tijde van *Gutiérrez Naranjo* nog liep;³⁸ in zaken waarin de uitspraak al in kracht van gewijsde was gegaan, bleven consumenten achter het net vissen.³⁹ Het is nog maar zeer de vraag of het Hof in een zaak over het Nederlandse appelprocesrecht tot een vergelijkbare conclusie zou komen, alleen al omdat *L/Unicaja* specifiek betrekking heeft op de beperkte bescherming die de Spaanse

31 In de woorden van een Spaanse appelrechter: 'Procedurale beginselen moeten flexibeler worden gemaakt om te bewerkstelligen dat de rechten die [Richtlijn 93/13] aan consumenten verleent reëel zijn en niet alleen maar theoretisch' (Audiencia Provincial Toledo (Sección 2a) 12 december 2018, JUR\2019\72784; vert. AvD). Zie ook Van Duin 2022, p. 130.

32 Over de implicaties van arresten als HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jahani*), over ambtshalve toetsing in hoger beroep, is/wordt een afzonderlijk debat gevoerd. Zie onder meer de conclusie van A-G Wissink van 21 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY7854 (*Heesakkers/Voets*), punt 3.25 e.v.; HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, NJ 2017/214, m.nt. H.B. Krans (*Ebecke/Stichting Trudo*); P.F. Lock, 'Ambtshalve toetsing in hoger beroep. Over de omvang van het hoger beroep en het door de grieven ontsloten gebied', *TCR* 2014, afl. 2, p. 45-53; M. Nieuwenhuijs & M.E.A. Möhring, 'Vindt de consumentenbescherming haar grens in het appelprocesrecht?', *TCR* 2016, afl. 3, p. 87-92; M.M. van Rossum & E.D. van der Minne, 'De (on)mogelijkheid van ambtshalve toetsing van het Unierecht in hoger beroep', *TvPP* 2017, afl. 3, p. 98-104.

33 HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397.

34 Aangehaald door Van Schaick in noot 56 en 60 (Van Schaick 2023, p. 71-72).

35 HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/405, m.nt. M.B.M. Loos (*Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco*); B.J. Drijber, 'Sancties op oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moeten doeltreffend zijn', *Ondernemingsrecht* 2017/127; A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractsbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', *AA* 2017, p. 218-223.

36 J.M.L. van Duin, annotatie bij HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, *EHRC* 2017/78 (*Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco*).

37 Van Duin 2022, p. 190-191, met verwijzing naar V. Pérez Daudí, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona: Atelier 2018, p. 116; J. Sánchez García, 'Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016', *Revista de Derecho vLex* 2017, afl. 152 (vLEX-656589369); J.M. Bech Serrat, 'Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?', *InDret* 2018/1. Zie ook C. Jerez Delgado & F. Verdún Pérez, 'A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces', *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2023, afl. 1, p. 442-460, op p. 455. Dit klinkt misschien 'exotischer' dan het is: in hypothecaire uitwinningprocedures had het Spaanse grondwettelijk hof (Tribunal Constitucional) reeds uitgemaakt dat het gezag van gewijsde niet kon worden ingeroepen ten aanzien van de toetsing van oneerlijke bedingen: Van Duin 2022, p. 178; C. Martínez Escribano, 'El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del TC a la luz de la jurisprudencia del TJUE', *Cuadernos de Derecho Privado* 2023, afl. 5, p. 68-99.

38 Ten aanzien van het verbod van *reformatio in peius* citeren wij instemmend de conclusie van A-G Wissink van 21 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY7854 (*Heesakkers/Voets*), punt 3.36-3.37: 'Gezien de door de Richtlijn nagestreefde bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen en de daaruit voortvloeiende taak van de rechter om actief in te grijpen, lijkt mij niet zonder meer duidelijk, dat het verbod van *reformatio in peius* belemmert dat de appelrechter toetst of een beding oneerlijk is. Daarbij zij bedacht dat de rol van het verbod van *reformatio in peius* mogelijk afhankelijk is van de "toevallige" omstandigheid dat de eerste rechter de verkoper in het ongelijk heeft gesteld in plaats van de consument.'

39 Ook volgens de rechtspraak van het Hof kan niet worden teruggekomen op definitief geworden ('onveranderlijke') rechterlijke beslissingen; zie verder de hierna geciteerde conclusie van A-G Wissink, punt 5.8.2.

rechtspraak bood aan consumenten, die volgens het Hof ‘onvolledig en ontoereikend’ was.⁴⁰ A-G Wissink merkt in zijn conclusie van 19 september 2023 op dat *L/Unicaja* ‘moet worden begrepen in het licht van deze context en zich niet of nauwelijks leent voor generalisaties’; bovendien zijn ‘oordelen over het doeltreffendheidsbeginsel casuïstisch van aard’.⁴¹ Wij beschouwen dit arrest eerst en vooral als een illustratie van de moeite die het kost om zaken als deze over oneerlijke bedingen in de context van omstreden kredietpraktijken (effectief en eerlijk) af te wikkelen via civiele procedures.⁴²

4. De realiteit in consumentenzaken

In ons procesrecht spitst het debat zich met name toe op (de reikwijdte van) ambtshalve toetsing in verstekzaken,⁴³ waar ook de bovengenoemde conclusie van A-G Wissink over gaat. Wel is er in zoverre een parallel met *L/Unicaja* dat een stelsel dat voor de verwezenlijking van de rechten van consumenten te sterk leunt op het procesinitiatief van diezelfde consumenten afbreuk kan doen aan effectieve rechtsbescherming.

Het merendeel van de consumentenzaken in Nederland wordt afgedaan bij verstek.⁴⁴ Het rapport *Ambtshalve toetsing* van 2014 constateerde al dat ambtshalve toetsing vooral relevant is voor ‘vele duizenden verstekzaken’ die vrijwel nooit in hoger beroep behandeld worden.⁴⁵ De hoogspanning die Van Schaick signaleert, is dus niet zozeer gelegen in de botsing tussen ambtshalve toetsing en procesrechtelijke beginselen als zodanig, maar in de grote aantallen zaken en het gegeven dat consumenten meestal niet zelf (effectief) opkomen voor hun rechten. Dat kan worden toegeschreven aan allerlei factoren die de toegang tot de rechter – waaronder begrepen het voeren van verweer – kunnen belemmeren.⁴⁶ Van Schaick bestempelt het niet-inschakelen van een (goede) advocaat primair als een

probleem van de desbetreffende procespartij. Hij heeft kennelijk geen oog voor het debat dat gaande is over te hoge verwachtingen ten aanzien van de zelfredzaamheid van mensen met juridische problemen, en in verband daarmee de uitholling van de sociale advocatuur en toegang tot gesubsidieerde rechtsbijstand.⁴⁷

Een andere blinde vlek in het betoog van Van Schaick is wat er zou gebeuren zonder ambtshalve toetsing. Professionele schuldeisers zouden dan kunnen profiteren van de zwakkere positie van consumenten door de opportunistische uitoefening van partijautonomie in de contractuele én de procedurele sfeer.⁴⁸ De praktijk wijst uit dat als de rechter in dergelijke gevallen níét ingrijpt, dit ertoe kan leiden dat deze schuldeisers (en hun advocaten) de civiele procedure *instrumentaliseren* om claims tegen consumenten te gelde te maken, in weerwil van regels die erop gericht zijn diezelfde consumenten te beschermen. Wie een beroep doet op de civiele rechter en het geweldsmonopolie van de overheid om rechten af te dwingen, krijgt te maken met formaliteiten (het keurslijf waar een eerlijke procedure volgens Van Schaick ‘onverbidde’ om vraagt).⁴⁹ Maar juist vanwege dat geweldsmonopolie heeft overheidsrechtspraak altijd een publieke en rechtsstatelijke dimensie.⁵⁰ Vanuit dat oogpunt veronderstelt een eerlijk proces dat zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de (materiële) rechtspositie van beide partijen. Voor de rechter is niets doen hier juist *niet neutraal*.

40 HvJ EU 17 mei 2022, C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397 (*L/Unicaja Banco SA*), r.o. 35. In de Spaanse literatuur wordt naar aanleiding van dit arrest onderkend dat ‘hoezeer we de functie van het procesrecht ook geïdealiseerd hebben, alsmede de voordelen die de leidende principes ervan met zich meebrengen, (...) het afhankelijk blijft van het materiële recht dat de inhoud van de zaak beheerst’ en ‘hoezeer het [procesrecht] zich ook verzet, het uiteindelijk toegeeft en zich aanpast aan de nieuwe realiteit die wordt opgelegd door het materiële recht dat het dient’ (vert. AvD); zie J. Damián Moreno, ‘El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo 2022’, *Diario La Ley* 21 november 2022; Jerez Delgado & Verdún Pérez 2023, p. 457.

41 Concl. A-G Wissink 19 september 2023, ECLI:NL:PHR:2023:817 (*verzoeker/Rochdale*), punt 5.4 en 5.22.

42 S. Grundmann & N. Badenhoop, ‘Foreign currency loans and the foundations of European contract law – A case for financial and contractual crisis?’, *European Review of Contract Law* 2023, afl. 1, p. 1-36.

43 A.G.F. Ancery & C. Seinen, ‘Vorderingen in b2c-versteken: toetsen of toewijzen?’, *TCR* 2015, afl. 3, p. 77-88, op p. 84-85; Van Duin 2022, p. 217; Van Duin & Leone 2023, p. 354-365.

44 Zie ook Van Duin & Leone 2023.

45 De Rechtspraak, *Ambtshalve toetsing II. Herzien rapport van de LOVCK werkgroep*, november 2014, p. 3.

46 Van Duin 2022, p. 48-49; M.B.M. Loos, ‘Access to justice in consumer law’, *RvdW* (36) 2015, afl. 3, p. 113-126; R. Caponi & J.T. Nowak, ‘Access to justice’, in: B. Hess & S. Law (red.), *Implementing EU consumer rights by national procedural law. Luxembourg report on European procedural law: Volume II*, München/Baden-Baden: C.H. Beck/Nomos 2019, p. 63-93.

47 Zie o.a. A.K. Habbig & I. Robeyns, ‘Legal capabilities’, *Journal of Human Development and Capabilities* 2022, afl. 4, p. 611-629; N.F.H. Schnabl, ‘Toegang tot het recht in de rechtsstaat’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2021, afl. 1, p. 55-69 en ‘The illusion of self-reliance in the legal system: The childcare benefits scandal’, 7 april 2021, www.humanrightshere.com/post/doctoral-research-forum-blog-series-part-i1; College voor de Rechten van de Mens, *Iedereen op eigen kracht? Nederlanders over zelfredzaamheid en mensenrechten*, mei 2020, te raadplegen via www.mensenrechten.nl/actueel/nieuws/2020/07/28/nederlanders-over-zelfredzaamheid-en-mensenrechten.

48 O. Gerstenberg, ‘Constitutional reasoning in private law: The role of the CJEU in adjudicating unfair terms in consumer contracts’, *European Law Journal* 2015, p. 599-621, op p. 610; D. Caruso, ‘Fairness at a time of perplexity’, in: S. Vogenauer & S. Weatherill (red.), *General principles of law: European and comparative perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 349.

49 Van Schaick 2023, p. 67.

50 S.V. Shiffrin, *Democratic law*, Oxford: Oxford University Press 2021, vooral hoofdstuk 2. Zie ook E. Storskrubb, *Civil procedure and EU law: A policy area uncovered*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 28 en 296; Z. Vernadaki, ‘Civil procedure harmonization in the EU: Unraveling the policy considerations’, *Journal of Contemporary European Research* (9) 2013, p. 297-312, op p. 298.