



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Justice for both

*Effective judicial protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive*

van Duin, J.M.L.

### Publication date

2020

### Document Version

Other version

### License

Other

[Link to publication](#)

### Citation for published version (APA):

van Duin, J. M. L. (2020). *Justice for both: Effective judicial protection under Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and the Unfair Contract Terms Directive*.

### 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.

## SUMMARY

The EU Charter of Fundamental Rights entered into force over a decade ago. It contains the right to effective judicial protection in EU law, enshrined in Article 47. This includes the right of access to court, the right to an effective remedy, the principle of equality of arms and the right to be heard as part of the right to a fair hearing. The meaning of Article 47 for national civil courts as decentralised EU judges is still largely unchart(er)ed territory – even though the provision is being referred to more and more frequently. For instance, in the aftermath of the 2008 financial crisis, courts in Spain and other EU Member States faced large numbers of cases against consumer-debtors who were unable to stand up for their rights. This was not only due to a lack of knowledge or resources, but also and especially on account of procedural restrictions that limited the possibilities for judicial intervention. The observed ‘civil justice gap’ shows the importance of effective judicial protection.

The present study investigates the (potential) functions of a reference to Article 47 of the Charter in European private law. It does so by means of a case study focusing on the case law of the Court of Justice and civil courts in Spain and the Netherlands concerning Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts. The case law reveals an array of gaps and obstacles in the procedural protection of individual rights that EU citizens, in their capacity as consumers, derive from EU law. This provided fertile terrain to examine the (added) value of effective judicial protection as an EU fundamental right for both litigants and courts.

The research shows a discrepancy between the relevance that is attributed to Article 47 of the Charter in theory (in particular at European level) and the role it plays in practice (in particular at the national level). Article 47 is a chameleon provision: it changes colour according to the context in which it is referred to. How it is applied depends on the EU law instrument with which it is read in conjunction (e.g. Directive 93/13), the factual and legal framework, and the way an issue is framed by the court. For the CJEU, procedural protection is primarily instrumental, a means to an end: effective consumer protection under the Directive. In the Netherlands, courts have looked for a uniform, consistent interpretation of national civil procedure, but hardly any attention is paid to fundamental rights aspects. In Spain, by contrast, the adjudication of consumer cases has acquired a constitutional dimension. The Spanish Constitutional Court’s restrictive interpretation of the

already limited procedural rights of consumers vis-à-vis banks was one of the reasons for Spanish lower courts to turn to the CJEU. Directive 93/13 was the gateway to EU law and Article 47 a way to highlight a shortfall in judicial protection. This shortfall led to the enforcement of claims that were based on unfair terms and were thus (partly) unfounded. By reference to Article 47, these courts raised a structural problem that transcends individual cases and is more fundamental than a lack of (*ex officio*) control of unfair terms. Courts have the constitutional task to apply the law, with due regard for procedural safeguards. Under the Directive, courts also have the task of restoring the balance between parties, a task that extends to the procedural domain. Article 47 reinforces a link between material and procedural protection that is not self-evident. This link remains underexposed in the Dutch case law, where the focus is almost exclusively on *ex officio* control, and there is an (incorrect) assumption that Article 47 is identical to Article 6 ECHR.

Whilst there are parallels with the EU law principle of effectiveness and with Article 6 and 13 ECHR, Article 47 of the Charter has its own character due to its content and scope. One of the core elements of Article 47 is the right to an effective (judicial) remedy, which is coloured by the (EU) right an infringement of which it seeks to remedy. Other procedural safeguards are not considered in isolation either, but given further content in light of EU law. From the literature I distil five main categories of functions that are attributed to Article 47: (1) a legitimising, (2) a strengthening or empowering, (3) a signalling or transformative, (4) an eliminating and (5) a generative function. The first function is the most similar to the principle of effectiveness; it legitimises CJEU intervention in national (procedural) law. The strengthening or empowering function goes further and explicitly recognises the constitutional dimension of a particular case or issue. The signalling or transformative function focuses on the seriousness of the problem and the urgency of finding a solution. The eliminative and generative functions express that Article 47 has direct effect and, as such, offers an independent (autonomous) basis for setting aside existing national rules or creating new requirements.

A possible violation of Article 47 occurs in the event of an infringement of one of the core elements. When that is the case, however, is less clear in practice. Moreover, it is contentious to what extent Article 47 imposes positive obligations on Member States and national courts. My analysis shows that justiciability, i.e. a genuine opportunity

to realise one's (substantive and procedural) subjective rights, is a necessary prerequisite. Effective judicial protection of individual rights is both a process and a goal in and of itself, in light of procedural justice and the rule of law. At the same time, there is tension between the full effectiveness of EU law on the one hand and a fundamental rights perspective on the other. The CJEU's approach is ambivalent: it does not strike a real balance between the conflicting rights and interests at stake. The main function of Article 47 in the CJEU's case law is reinforcing or authorising; it remains unclear whether Article 47 of the Charter entails a different standard than the principle of effectiveness. This ambivalence is reflected in the application of Article 47 at the national level. Spanish civil judges are reluctant to use Article 47 in its authorising function, let alone as an independent yardstick. They give diverging, expansive or restrictive interpretations to national procedural rules and seek guidance from the CJEU. Article 47 mainly has a signalling function in the Spanish case law. In the case law on the order for payment procedure, for example, it emerged that excessive barriers to access to court – such as short time-periods and high costs – are not (entirely) removed by *ex officio* control. Article 47 may fulfil a transformative function as well, where it gives rise to a debate about the design of procedures in consumer cases. An example of this is the mortgage enforcement regime, where judicial control of unfair terms is now possible – also in appeal – as a result of a 'trialogue' between Spanish civil courts, the CJEU and the Spanish legislature.

In my analysis of Spanish case law, it is notable that Article 47 is also invoked as a hinge between *ex officio* control and procedural principles such as party autonomy and the dispositive principle. Article 47 fulfils another function here, which has been less prominent in the literature, namely a reconciliatory function: it allows the court to take the position of both parties into account, which leads to a more balanced procedure. As such, Article 47 could be better suited for the role and reasoning of civil courts than effectiveness. Article 47, however, is also used to defend a strict application of procedural rules, for example on *res judicata*. A similar mechanism is visible in the Netherlands. Article 47 is invoked by professional counterparties of consumers, who argue that an active role of the court is at odds with judicial impartiality and their rights of defence. The call for a more tailored approach based on the specific circumstances of the case poses the risk that weaker party protection and the need to restore the balance disappears out of sight. In the

Netherlands, the constitutional dimension of this has only become visible so far in respect of arbitration clauses in consumer contracts, which exclude access to court and effectively allow traders to circumvent judicial control. In addition to a signalling and an authorising function, Article 47 could have a rhetorical function: the persuasive authority of the notion of effective judicial protection can lead to a higher level of protection. Dutch civil courts do not question the applicable rules themselves; they have found ways within the system to achieve effective judicial protection for consumers. However, they seem to largely overlook the discursive value of Article 47. A technocratic reading of the case law of the CJEU conceals the rationale behind effective judicial protection in the context of EU (consumer) law. If an effective procedural path for consumers to remedy an infringement of their rights is not available in practice, the court must (be able to) signal it – so that it is addressed not only at the level of a concrete case, but also at a systemic level. Justice for both, to borrow Eleanor Roosevelt’s words, means that structural inequalities should be identified as such and eliminated or compensated for as much as possible.

The thesis concludes that the main potential of Article 47 for civil courts lies in its signalling function, where the national legal system, and in particular civil procedure, does not ensure justiciability in a broad sense: actual access to a court that can (and must) provide protection. Article 47 can strengthen the role of courts, thereby adding a constitutional dimension to civil justice in Europe. Ultimately, it is up to national courts to apply Article 47 and to show its colours in practice.

## SAMENVATTING

Ruim tien jaar geleden werd het EU-Grondrechtenhandvest van kracht. Daarin is het recht op effectieve rechtsbescherming door de rechter in het Unierecht verankerd in artikel 47. Dit omvat onder andere het recht op toegang tot de rechter, het recht op een effectief rechtsmiddel, het beginsel van *equality of arms* en het recht om gehoord te worden als onderdeel van het recht op een eerlijk proces. De betekenis van artikel 47 voor de civiele rechter als decentrale Europese rechter is nog grotendeels onontgonnen terrein – ook al wordt er steeds vaker naar de bepaling verwezen. Zo zagen rechters in Spanje en andere EU-lidstaten in de nasleep van de financiële crisis van het afgelopen decennium zich geconfronteerd met grote aantallen zaken tegen consumentenschuldenaren die niet in staat waren om op te komen voor hun rechten, niet alleen door een gebrek aan kennis of middelen, maar ook en vooral door procedurele beperkingen van de mogelijkheden voor de rechter om te interveniëren. Deze problematiek benadrukt het belang van effectieve rechterlijke bescherming.

Dit proefschrift onderzoekt de (potentiële) functies van een verwijzing naar artikel 47 Handvest in het Europees privaatrecht. Om hier zicht op te krijgen is een casestudy verricht, gericht op de rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ) en de rechtspraak van civiele rechters in Spanje en Nederland over Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Deze rechtspraak legt een waaier van lacunes en obstakels bloot in de procedurele bescherming van individuele rechten die EU-burgers, in hun hoedanigheid van consumenten, aan het Unierecht ontlenen. Dat biedt vruchtbare grond om de meerwaarde te verkennen van effectieve rechterlijke bescherming als EU-grondrecht voor zowel rechtzoekenden als rechters.

Het onderzoek laat een discrepantie zien tussen de relevantie die in theorie (en vooral op Europees niveau) aan artikel 47 Handvest wordt toegedicht en de rol die het in de praktijk (vooral op nationaal niveau) speelt. Artikel 47 is een ‘kameleonbepaling’: het neemt de kleur aan van de context waarin ernaar wordt verwezen. Hoe het wordt toegepast hangt af van het Unierechtelijke instrument waarmee het in samenhang wordt gelezen (in dit geval Richtlijn 93/13), het feitelijk en juridisch kader, en de benadering van de probleemstelling door de rechter. Procedurele bescherming is voor het HvJ voornamelijk instrumenteel,

een middel tot een doel: effectieve consumentenbescherming onder de Richtlijn. In Nederland is gezocht naar een uniforme, richtlijnconforme uitleg van nationaal civiel procesrecht, maar wordt nauwelijks aandacht besteed aan grondrechtelijke aspecten. In Spanje heeft de berechting van consumentenzaken daarentegen een constitutionele dimensie gekregen. De restrictieve uitleg van de op zichzelf al beperkte procedurele rechten van consumenten ten opzichte van banken door het Spaanse Grondwettelijk Hof was één van de redenen voor Spaanse lagere rechters om zich tot het HvJ te wenden. Richtlijn 93/13 was de toegangspoort naar het Unierecht en artikel 47 Handvest een manier om een tekort in rechterlijke bescherming te belichten. Dat tekort leidde tot de executie van vorderingen die gebaseerd waren op oneerlijke bedingen en dus (deels) ongegrond waren. Met een verwijzing naar artikel 47 kaartten deze rechters een structureel probleem aan dat individuele zaken ontstijgt en fundamenteeler is dan een gebrek aan (ambtshalve) toetsing van oneerlijke bedingen. De rechter heeft de grondwettelijke taak om het recht toe te passen, met inachtneming van procedurele waarborgen. Op grond van de Richtlijn heeft de rechter ook de taak om het evenwicht tussen partijen te herstellen. Deze taak strekt zich uit tot het procedurele domein, wat door artikel 47 wordt versterkt. Artikel 47 legt een verband tussen materiële en procedurele bescherming dat niet vanzelfsprekend is. Dit verband blijft in de Nederlandse rechtspraak onderbelicht, waar aan de ene kant de focus vrijwel uitsluitend ligt op ambtshalve toetsing, en aan de andere kant (ten onrechte) wordt aangenomen dat artikel 47 identiek is aan artikel 6 EVRM.

Hoewel er parallellen zijn met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel en met artikel 6 en 13 EVRM, heeft artikel 47 Handvest door zijn inhoud en reikwijdte een eigen karakter. Eén van de kernelementen van artikel 47 is het recht op een effectief rechtsmiddel, dat mede wordt gekleurd door het (Unie)recht waarvan het een schending beoogt te redresseren. Ook andere procedurele waarborgen staan niet op zichzelf, maar worden nader ingevuld aan de hand van het Unierecht. Uit de literatuur destilleer ik vijf hoofdcategorieën van functies die aan artikel 47 worden toegeschreven: (1) een legitimerende, (2) een versterkende of autoriserende, (3) een signalerende of transformerende, (4) een eliminerende en (5) een generatieve functie. De eerste functie komt het meest overeen met het effectiviteitsbeginsel; het vormt een rechtvaardiging voor het HvJ om in te grijpen in nationaal (proces)recht. De versterkende of autoriserende functie gaat verder en

onderkent expliciet de constitutionele dimensie van een bepaalde zaak of kwestie. De signalerende of transformerende functie richt zich op de ernst van het probleem en de noodzaak tot het vinden van een oplossing. De eliminerende en generatieve functies drukken uit dat artikel 47 direct effect heeft en als zodanig een zelfstandige (autonome) grondslag biedt om bestaande nationale regels opzij te zetten of nieuwe vereisten te creëren.

Een mogelijke schending van artikel 47 doet zich voor bij een inbreuk op één van de kernelementen. Wanneer dat het geval is, is in de praktijk echter minder duidelijk. In hoeverre artikel 47 positieve verplichtingen meebrengt voor lidstaten en nationale rechters is bovendien omstreden. Mijn analyse van de rechtspraak van het HvJ laat zien dat *justiciability*, een reële mogelijkheid om (materiële én procedurele) subjectieve rechten te gelde te maken, een basisvoorwaarde is. Effectieve rechterlijke bescherming van individuele rechten is zowel een proces als een doel op zichzelf, in het licht van procedurele rechtvaardigheid en de rechtsstaatgedachte. Tegelijkertijd is er spanning tussen de volle werking van het Unierecht enerzijds en een grondrechtenperspectief anderzijds. De benadering van het HvJ is ambivalent: het maakt geen echte afweging tussen de conflicterende rechten en belangen die op het spel staan. De voornaamste functie van artikel 47 in de rechtspraak van het HvJ is versterkend of autoriserend, waarbij onduidelijk blijft of artikel 47 Handvest een andere maatstaf behelst dan het effectiviteitsbeginsel. Deze ambivalentie vertaalt zich in de toepassing van artikel 47 op nationaal niveau. Spaanse civiele rechters zijn terughoudend in het gebruik van artikel 47 in zijn autoriserende functie, laat staan als zelfstandige maatstaf. Zij geven uiteenlopende, expansieve of juist restrictieve interpretaties aan nationale procedurele regels en zoeken houvast bij het HvJ. Artikel 47 heeft in de Spaanse rechtspraak vooral een signalerende functie. In de rechtspraak over de betalingsbevelprocedure kwam bijvoorbeeld naar voren dat excessieve drempels voor toegang tot de rechter – zoals korte termijnen en hoge kosten – niet (geheel) worden weggenomen door ambtshalve toetsing. Soms heeft artikel 47 een transformerende functie, waar het aanleiding vormt voor debat over de inrichting van procedures in consumentenzaken. Een voorbeeld daarvan is de procedure voor hypothecaire uitwinning, waar inmiddels rechterlijke controle van oneerlijke bedingen mogelijk is – ook in hoger beroep – als gevolg van



een 'trialoog' tussen Spaanse civiele rechters, het HvJ en de Spaanse wetgever.

In mijn analyse van de Spaanse rechtspraak valt op dat artikel 47 ook wordt ingeroepen als scharnier tussen ambtshalve toetsing en procesrechtelijke beginselen zoals partijautonomie en het verbod op aanvulling van rechtsgronden. Daarbij vervult artikel 47 een andere functie die in de literatuur nog niet echt naar voren is gekomen, namelijk een verzoenende functie: het stelt de rechter in staat om de positie van beide partijen in hun beslissing te betrekken en leidt zo tot een meer gebalanceerde procedure. Als zodanig sluit artikel 47 beter aan bij de rol en de wijze van redeneren van civiele rechters dan effectiviteit. Artikel 47 wordt echter ook gebruikt ter bevestiging van een strikte toepassing van procedurele regels, bijvoorbeeld over *res judicata*. Een vergelijkbaar mechanisme is zichtbaar in Nederland. Daar wordt artikel 47 ingeroepen door professionele wederpartijen van consumenten, die aanvoeren dat een actieve(re) rol van de rechter op gespannen voet staat met rechterlijke onpartijdigheid en hun rechten van de verdediging – *quod non*. Met de roep om meer ruimte voor een afweging op basis van de concrete omstandigheden van het geval rijst het gevaar dat de bescherming van de consument als zwakkere partij en herstel van de balans uit het oog wordt verloren. In Nederland komt de constitutionele dimensie hiervan tot nu toe alleen tot uitdrukking bij de beoordeling van arbitrageclausules in algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten die de toegang tot de rechter uitsluiten en gebruikers een vrijbrief geven om rechterlijke controle te omzeilen. Daar kan artikel 47, naast een signalerende en autoriserende, een retorische functie hebben: de overtuigingskracht van effectieve rechtsbescherming als argument kan leiden tot een hoger beschermingsniveau. Nederlandse civiele rechters trekken de toepasselijke regels zelf niet in twijfel; zij hebben binnen het systeem wegen gevonden om effectieve rechterlijke bescherming van consumenten te realiseren. Wel lijken zij goeddeels voorbij te gaan aan de discursieve meerwaarde van artikel 47, die in de Spaanse rechtspraak wél tot uitdrukking komt. Een technocratische lezing van de rechtspraak van het HvJ verhuult de grondgedachte achter effectieve rechterlijke bescherming in de context van het EU-(consumenten)recht. Als een doeltreffende procedurele voorziening voor consumenten om op te komen tegen een inbreuk op hun rechten in de praktijk ontbreekt, moet de rechter dat (kunnen) signaleren – zodat het niet alleen op zaakniveau wordt geadresseerd, maar ook op

systemniveau. "Justice for both", om met Eleanor Roosevelt te spreken, betekent dat structurele ongelijkheden als zodanig zouden moeten worden benoemd en zoveel mogelijk opgeheven of gecompenseerd.

Het proefschrift concludeert dat het belangrijkste potentieel van artikel 47 voor civiele rechters ligt in zijn signaleringsfunctie, waar het nationale rechtssysteem en in het bijzonder het civiele procesrecht tekortschiet in het verzekeren van *justiciability* in brede zin: daadwerkelijke toegang tot een rechter die bescherming kan (en moet) bieden. Artikel 47 kan de rol van de rechter versterken en voegt zo een grondrechtelijke dimensie toe aan civiele rechtspleging in Europa. Uiteindelijk is het aan nationale rechters om artikel 47 in de praktijk toe te passen en kleur te geven.



## RESUMEN

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entró en vigor hace más de una década. El artículo 47 consagra el derecho a la protección judicial efectiva en el Derecho de la UE. Esto incluye el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a un recurso efectivo, el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción como parte del derecho a un juicio justo. Aunque la disposición es mencionada cada vez con más frecuencia, sigue siendo desconocida para los tribunales civiles nacionales, que son jueces descentralizados de la UE. En particular, a raíz de la crisis financiera de 2008, en España y otros Estados miembros de la UE, los tribunales tuvieron que resolver un gran número de demandas contra consumidores deudores que no pudieron defender sus derechos, no solo por falta de conocimientos o de medios, sino también, y sobre todo, como consecuencia de las restricciones procesales que limitaban las actuaciones de los jueces. La “brecha de la justicia civil” que pudo observarse muestra la importancia de una tutela judicial efectiva.

En este estudio se investigan las (posibles) funciones que puede cumplir la referencia al artículo 47 de la Carta en el Derecho privado europeo. Se basa en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de los tribunales civiles en España y los Países Bajos, a propósito de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. La jurisprudencia pone de relieve la existencia de una serie de lagunas y obstáculos en la protección procesal de los derechos individuales que el Derecho de la UE otorga a los ciudadanos europeos en su calidad de consumidores. Es un terreno fértil para examinar el valor (añadido) de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de la UE, tanto para los litigantes como para los tribunales.

La investigación muestra una discrepancia entre la relevancia teórica que se atribuye al artículo 47 de la Carta (en particular, a nivel europeo) y el papel que este artículo desempeña en la práctica (en particular, a nivel nacional). El artículo 47 es camaleónico, cambia de color según el contexto. La forma en que se aplica depende del instrumento de Derecho de la UE al que acompañe (en este caso, la Directiva 93/13), los hechos y el marco legal, y la forma en que el tribunal aborde el problema. Para el TJUE, la protección procesal tiene fundamentalmente un carácter instrumental; es un medio para lograr un

fin: la protección efectiva del consumidor en virtud de la Directiva. En los Países Bajos, los tribunales han buscado una interpretación uniforme y coherente del Derecho procesal civil nacional, pero han prestado poca atención a los aspectos que tienen que ver con los derechos fundamentales. Por el contrario, en España, los fallos de los tribunales en litigios de consumo han adquirido una dimensión constitucional. Uno de los motivos que llevaron a los tribunales españoles de instancia a recurrir al TJUE fue la restrictiva interpretación del Tribunal Constitucional de los ya muy limitados derechos procesales de los consumidores frente a los bancos. La Directiva 93/13 fue la puerta de entrada al Derecho de la UE y el artículo 47 de la Carta una forma de poner de relieve las imperfecciones de la protección judicial. Las deficiencias en el sistema permitieron que se produjeran demandas de ejecución de títulos basadas en cláusulas abusivas que, por tanto, eran (en parte) infundadas. Refiriéndose al artículo 47, los tribunales plantearon un problema estructural que trasciende de los casos individuales y que es mucho más importante que la falta de control (de oficio) de las cláusulas abusivas. Los tribunales tienen el deber constitucional de aplicar la ley, con la debida observancia de las garantías procesales. Según la Directiva, los tribunales también tienen la tarea de restablecer el equilibrio entre los contratantes y ese deber se extiende al ámbito procesal. El artículo 47 refuerza un vínculo, que no es obvio, entre la protección material y la protección procesal. La jurisprudencia neerlandesa presta poca atención al citado vínculo; centra casi exclusivamente la atención en el control de oficio y asume (incorrectamente) que el artículo 47 es idéntico al artículo 6 del CEDH.

Si bien existen paralelismos con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6 y 13 del CEDH, por contenido y alcance el artículo 47 de la Carta tiene entidad propia. Uno de los elementos nucleares del artículo 47 es el derecho a un recurso (judicial) efectivo, cuyo significado depende del derecho derivado del Derecho de la UE que haya resultado infringido. Tampoco otras garantías procesales pueden considerarse de forma aislada, sino que se les debe dar un contenido adicional a la luz del Derecho de la UE. A partir de la doctrina, destaco cinco funciones principales del artículo 47: (1) legitimadora, (2) de refuerzo o de empoderamiento, (3) señalizadora o de transformación, (4) de supresión y (5) generativa. La primera función es la más parecida al principio de efectividad; legitima la intervención del TJUE en el derecho (procesal) nacional. La función de refuerzo o empoderamiento

va más allá y reconoce explícitamente la dimensión constitucional de un caso o problema en particular. La función señalizadora o transformadora se centra en la gravedad del problema y la urgencia de encontrar una solución. Las funciones de supresión y generativa expresan el efecto directo del artículo 47 que, como tal, ofrece una base independiente (autónoma) para dejar de lado normas nacionales o crear nuevos requisitos.

Una posible violación del artículo 47 se daría en el caso de que resultara infringido uno de sus elementos nucleares. Sin embargo, en la práctica no está nada claro cuándo es ese el caso. Además, es controvertido en qué medida el artículo 47 impone obligaciones positivas a los Estados miembros y los tribunales nacionales. Mi análisis muestra que un requisito previo necesario es la *justiciabilidad*, es decir, una genuina oportunidad de hacer justicia, esto es, de ejercer los derechos (sustantivos y procesales) subjetivos. Considerando la justicia procesal y el Estado de Derecho, la efectiva protección judicial de los derechos individuales es tanto un proceso como un objetivo en sí mismo. Al mismo tiempo, existe tensión entre la plena efectividad del Derecho de la UE, por un lado, y la perspectiva de los derechos fundamentales, por el otro. El enfoque del TJUE es ambivalente: no logra un equilibrio real entre los derechos e intereses en conflicto. La principal función del artículo 47 en la jurisprudencia del TJUE es de refuerzo o empoderamiento; no está claro si el artículo 47 de la Carta comporta un estándar distinto al del principio de efectividad. Esta ambivalencia se refleja en la aplicación del artículo 47 a nivel nacional. Los tribunales civiles españoles son reacios a utilizar el artículo 47 en su función de empoderamiento y mucho menos como indicador independiente. Los jueces proporcionan interpretaciones divergentes, expansivas o restrictivas de las normas procesales nacionales y solicitan indicaciones al TJUE. En la jurisprudencia española, el artículo 47 tiene principalmente una función señalizadora. En las sentencias sobre el proceso monitorio, por ejemplo, se puso de manifiesto que los excesivos obstáculos al acceso a los tribunales, como plazos cortos y costes elevados, no pueden remediarse (en su totalidad) mediante el control de oficio. El artículo 47 también puede cumplir una función transformadora y dar lugar a un debate sobre los distintos procedimientos judiciales en los casos en que se ven implicados los consumidores. Un ejemplo es el procedimiento de ejecución hipotecaria, donde ahora es posible el control judicial de cláusulas abusivas, también

en apelación, como resultado de un "diálogo tripartito" entre los tribunales civiles españoles, el TJUE y el legislador español.

En mi análisis sobre la jurisprudencia española, es notorio que el artículo 47 también se invoca como una bisagra entre el control de oficio y los principios procesales, como la autonomía de las partes y el principio dispositivo. El artículo 47 cumple aquí otra función que ha pasado más desapercibida en la doctrina, a saber, una función de reconciliación: permite que el tribunal tenga en cuenta la posición de ambas partes, lo cual conduce a un procedimiento más equilibrado. Como tal, el artículo 47 podría adaptarse mejor al papel y al razonamiento de los tribunales civiles que el principio de efectividad. No obstante, el artículo 47 también se utiliza para defender una aplicación estricta de las normas de procedimiento, por ejemplo, sobre la cosa juzgada. Algo similar se aprecia en los Países Bajos. El artículo 47 es invocado por los profesionales que son la contraparte de los consumidores, quienes sostienen que un rol activo del tribunal casa mal con la imparcialidad judicial y sus derechos de defensa. Un enfoque personalizado, basado en las circunstancias específicas del caso, plantea el riesgo de que desaparezca la protección de las partes más débiles y la necesidad de restablecer el equilibrio. En los Países Bajos, la dimensión constitucional hasta ahora solo se ha puesto de manifiesto en relación con las cláusulas de arbitraje, en contratos con consumidores que excluyen el acceso a los tribunales y permiten efectivamente a los profesionales eludir el control judicial. Además de una función señalizadora y de empoderamiento, el artículo 47 podría tener una función retórica: la persuasiva autoridad de la noción de protección judicial efectiva puede conducir a un mayor nivel de protección. Los tribunales civiles neerlandeses no cuestionan las reglas aplicables en sí mismas; han encontrado formas dentro del sistema para lograr una protección judicial efectiva para los consumidores. Sin embargo, parecen pasar por alto el valor discursivo del artículo 47. Una lectura tecnocrática de la jurisprudencia del TJUE oculta la razón de ser de la protección judicial efectiva en el contexto del Derecho (de consumo) de la Unión Europea. Si en la práctica no se dispone de una vía procesal efectiva para que los consumidores puedan remediar la violación de sus derechos, los tribunales deben (ser capaces de) señalarlo, no solo en relación con un caso concreto, sino también a nivel sistémico. Justicia para ambos, por tomar prestadas las palabras de Eleanor Roosevelt, significa que las desigualdades estructurales deben identificarse como tales, y eliminarse o compensarse tanto como se pueda.

La tesis concluye que el principal potencial del artículo 47 para los tribunales civiles radica en su función señalizadora, allí donde el sistema legal nacional y, en particular, el procedimiento civil, no asegure la *justiciabilidad* en un sentido amplio: el acceso real a un tribunal que puede (y debe) proporcionar protección. El artículo 47 puede fortalecer el papel de los tribunales, agregando así una dimensión constitucional a la justicia civil en Europa. En última instancia, la aplicación del artículo 47 depende de los tribunales nacionales y también son estos quienes deciden su color en la práctica.