

De verhouding tussen twee Europese ‘remedies’: lidstaataansprakelijkheid en ambtshalve toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen

Prof.mr. A.S. Hartkamp

HvJ EU 28 juli 2016, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602 (*Milena Tomášová / Ministerstvo spravodlivosti SR en Pohotovost’ s.r.o.*)

1 Het onderwerp van deze zaak

Deze casus is een lekkernij voor iedere rechtgeaarde consumentenbeschermer: een gepensioneerde mevrouw met een klein inkomen valt in de klauwen van een meedogenloze geldschieter (dit blijkt niet uit het arrest) die extreem onereuze algemene voorwaarden hanteert (dit blijkt wel uit het arrest). De behandeling voert naar twee inmiddels algemeen bekende creaties van Unierecht, die hier voor het eerst samenkomen: de lidstaataansprakelijkheid zoals in het leven geroepen door het *Francovich*-arrest (C-6/90 en C-9/90) en nadien in het *Köbler*-arrest (C-224/01) doorgetrokken naar de aansprakelijkheid voor rechterlijke beslissingen in strijd met het EU-recht, en de ambtshalve toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten.

2 De casus

De casus wordt beschreven in de uitspraak van het Hof in de punten 5-15. Tomášová is gepensionerd en haar enige inkomen is een pensioen van € 347.¹ In 2007 heeft zij met Pohotovost een consumentenkredietovereenkomst gesloten voor een bedrag van € 232. De overeenkomst bevatte

een arbitragebeding volgens hetwelk een arbitragerechtbank zetelend op méér dan 400 kilometer van de woonplaats van Tomášová exclusief bevoegd was om eventuele geschillen in verband met die overeenkomst te beslechten. Volgens de overeenkomst bedroeg de verdragingsrente 91,25% per jaar. Het jaarlijkse kostenpercentage was er niet in vermeld.

Omdat Tomášová haar krediet niet tijdig kon aflossen en ook de vervallen verdragingsrente niet kon voldoen, is zij bij Pohotovost voor een bedrag van € 232,36 nóg een lening aangegaan. Vervolgens heeft Pohotovost een procedure aangespannen bij de Stálý rozhodcovský súd (permanente arbitragerechtbank, Slowakije). Deze rechtbank heeft Tomášová in het voorjaar van 2008 bij twee vonnissen veroordeeld tot betaling aan Pohotovost van verschillende geldbedragen wegens niet-terugbetaling van de betrokken kredieten, verschuldigde verdragingsrente en proceskosten.

Nadat de vonnissen in kracht van gewijsde waren gegaan en uitvoerbaar waren geworden, heeft Pohotovost bij de Okresný súd Prešov (rechter voor het district Prešov, Slowakije) verzoeken ingediend om tot tenuitvoerlegging te mogen overgaan, die bij beslissingen van 15 en 16

¹ Naar ik aanneem per maand, het arrest vermeldt dit niet.

december 2008 zijn toegewezen. Blijkens de verwijzingsbeslissing waren de betrokken executieprocedures bij de indiening van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing nog niet beëindigd.

In 2010 heeft Tomášová verzocht om veroordeling van het ministerie van Justitie van de Slowaakse Republiek tot betaling van een schadevergoeding van € 2000, omdat de Okresný súd Prešov volgens haar het Unierecht had geschonden door in het kader van de voornoemde procedures verzoeken toe te wijzen die strekten tot tenuitvoerlegging van op de grondslag van een oneerlijk arbitragebeding gewezen beslissingen en tot invordering van op basis van een oneerlijk beding vastgestelde schuldvorderingen. Bij beslissing van 22 oktober 2010 heeft de Okresný súd Prešov het beroep van Tomášová ongegrond verklaard, op grond dat zij niet alle haar ter beschikking staande rechtsmiddelen had aangewend en dat de betrokken executieprocedures nog niet definitief waren beëindigd, zodat de aangevoerde schade nog niet was ingetreden en het door haar ingestelde beroep voorbarig was. Dit vonnis is door de regionale appelrechter (voor liefhebbers: de Krajský súd v Prešov) vernietigd, waarna hij de zaak heeft terugverwezen naar de Okresný súd Prešov.

Daarop heeft de Okresný súd Prešov de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing.

3 De behandeling door het Hof

Het Hof heeft de vijf vragen in twee onderdelen gesplitst. De eerste drie prejudiciële vragen zijn als volgt samengevat (punt 16):

‘Met zijn eerste tot en met derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of en onder welke voorwaarden een schending van het Unierecht ten gevolge van een rechterlijke beslissing die is gewezen in het kader van een procedure tot gedwongen tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis houdende toewijzing van een verzoek om veroordeling tot betaling van schuldvorderingen uit hoofde van een als oneerlijk aan te merken contractueel beding, een “voldoende gekwalificeerde” schending van een regel van Unierecht vormt die leidt tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de betrokken lidstaat.’

Er moet dus van uit worden gegaan dat sprake is van een veroordeling op grond van een oneerlijk beding. Begrijpelijk, want zowel het arbitragebeding, als het feit dat de arbitragerechtbank op meer dan 400 kilometer van de woonplaats van Tomášová zitting houdt, als de hoogte van de verdragingsrente kunnen tot die conclusie leiden. Maar in de procedure bij het Hof gaat het niet om de uitspraak van de arbitragerechtbank, maar om de uitspraak van de Okresný súd Prešov, dus de districtsrechter (de eerstelijns rechter, te vergelijken met een Nederlandse rechtbank), die het verzoek tot executie van het vonnis van de arbitragerechtbank heeft toegewezen. De vraag is of bij deze toewijzing sprake is geweest van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht en, zo ja, of de lidstaat Slowakije daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld.

De mogelijke schending van het Unierecht schuilt in het feit dat de rechter niet ambtshalve heeft onderzocht of sprake is van een oneerlijk beding, in welk geval hij het verzoek tot tenuitvoerlegging had moeten afwijzen. Wat betreft de mogelijke lidstaataansprakelijkheid betreft het Hof in de beschouwing dat de executieprocedure niet is beëindigd en dat Tomášová niet alle ter beschikking staande rechtsmiddelen heeft aangewend (punt 17).

De overige vragen van de verwijzende rechter hebben, uitgaande van een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht, betrekking op de hoogte van de gevorderde schadevergoeding.

4 Lidstaataansprakelijkheid wegens het achterwege blijven van ambtshalve toetsing?

Over deze kwestie oordeelt het Hof als volgt:

‘18 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Unierecht die de staat kunnen worden toegerekend, inherent aan het stelsel van de Verdragen waarop de Unie is gegrond (zie arresten van 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punt 35; 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 31, en 14 maart 2013, Leth, C-420/11, EU:C:2013:166, punt 40).

19 Dat beginsel geldt voor alle gevallen van schending van het Unierecht door een lidstaat, ongeacht de overheidsinstantie die zich aan die schending schuldig heeft gemaakt (zie in die zin arresten van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 32; 30 september 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 31; 13 juni 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, punt 30, en 25 november 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, punt 46).

20 Onder bepaalde voorwaarden is dat beginsel ook van toepassing wanneer de betrokken schending het gevolg is van een beslissing van een nationale rechter die uitspraak doet in laatste aanleg. Aangezien de rechterlijke macht een essentiële rol speelt bij de bescherming van de rechten die de particulieren ontleen aan de voorschriften van het Unierecht en een rechterlijke instantie die uitspraak doet in laatste aanleg, per definitie de laatste instantie is bij wie particulieren de hun bij die voorschriften toegekende rechten geldend kunnen maken, heeft het Hof namelijk geoordeeld dat de volle werking van deze voorschriften in gevaar zou komen en de bescherming van die rechten zou worden verzwakt indien het uitgesloten zou zijn dat particulieren onder bepaalde voorwaarden vergoeding kunnen krijgen van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van een schending van het Unierecht die terug te voeren is op een beslissing van een nationale rechterlijke instantie die uitspraak doet in laatste aanleg (zie in die zin arresten van 30 september 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, punten 32-36 en 59; 13 juni 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, punt 31, en 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 47).

21 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval is bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beslissingen van 15 en 16 december 2008.

22 Aangaande de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de staat voor schade die particulieren lijden ten gevolge van aan hem toerekenbare schendingen van het Unierecht heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat benadeelde particulieren recht hebben op schadevergoeding wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat het geschonden voorschrift van Unierecht ertoe strekt hun rechten toe te

kennen, dat het om een voldoende gekwalificeerde schending van dat voorschrift gaat en dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door de particulieren geleden schade (zie met name arresten van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 51; 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 51, en 14 maart 2013, *Leth*, C-420/11, EU:C:2013:166, punt 41).

23 Voor de aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade als gevolg van de beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie, die in strijd is met een regel van het Unierecht, gelden dezelfde voorwaarden (zie arrest van 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 52).

24 Wat in het bijzonder de tweede van de in punt 22 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden betreft, kan de staat slechts aansprakelijk worden gesteld in het uitzonderlijke geval waarin de nationale rechterlijke instantie die uitspraak doet in laatste aanleg, het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden (zie arresten van 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 53, en 13 juni 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, EU:C:2006:391, punten 32 en 42).

25 Om te bepalen of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht, moet de nationale rechter rekening houden met alle aspecten die de hem voorgelegde situatie kenmerken. Aldus behoren volgens de rechtspraak van het Hof tot de aspecten die in dit verband in aanmerking kunnen worden genomen onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale autoriteiten laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is, de vraag of de handelwijze van een instelling van de Unie heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of de instandhouding van met het Unierecht strijdige nationale maatregelen of praktijken, alsook het feit dat de betrokken rechter zijn verplichting heeft verzuimd om krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU een prejudiciële vraag te stellen (zie in die zin arresten van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 56; 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punten 54 en 55, en 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 213).

26 In ieder geval is een schending van het Unierecht voldoende gekwalificeerd, wanneer daarbij kennelijk wordt voorbijgegaan aan de desbetreffende rechtspraak van het Hof (zie arresten van 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 56; 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 214, en 25 november 2010, *Fuß*, C-429/09, EU:C:2010:717, punt 52).

27 Gesteld dat in het hoofdgeding de *Okresný súd Prešov* bij de beslissingen van 15 en 16 december 2008 uitspraak heeft gedaan in laatste aanleg, dan is bijgevolg bovendien vereist dat die rechterlijke instantie zich met die beslissingen schuldig heeft gemaakt aan een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht, doordat zij kennelijk is voorbijgegaan aan richtlijn 93/13 of aan de rechtspraak van het Hof over deze richtlijn.

28 In dit verband moet erop worden gewezen dat volgens de rechtspraak van het Hof het bij richtlijn 93/13 ingevoerde stelsel ter bescherming van de consument impliceert dat de bevoegdheid van de nationale rechter wordt erkend om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is (zie in die zin arresten van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, C-240/98–C-244/98, EU:C:2000:346, punten 26, 28 en 29; 21 november 2002, *Cofidis*, C-473/00, EU:C:2002:705, punten 32 en 33, en 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, punten 27 en 28).

29 Het is juist dat het Hof in punt 38 van zijn arrest van 26 oktober 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675), heeft erkend dat de aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de bij richtlijn 93/13 aan de consument gewaarborgde bescherming berust, in beginsel zelfs kunnen rechtvaardigen dat de nationale rechter gehouden is om ambtshalve te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en, derhalve, om het tussen de consument en de verkoper bestaande gebrek aan evenwicht te verhelpen. In dat arrest heeft het Hof evenwel geen consequenties verbonden aan die overweging, aangezien het zich diende te buigen over de vraag of een consument de nietigheid van een arbitrageovereenkomst voor het eerst kan opwerpen voor de nationale rechter die kennisneemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis.

30 Het is pas in zijn arrest van 4 juni 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350, punt 32), dat het Hof duidelijk heeft overwogen dat de rol die het Unierecht de nationale rechter toebedeelt, niet beperkt is tot de loutere bevoegdheid om uitspraak te doen over de vraag of een binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallend contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting inhoudt om die kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.

31 Sinds dat arrest heeft het Hof die op de nationale rechter rustende verplichting herhaaldelijk in herinnering geroepen (zie met name arresten van 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, punten 42 en 43; 21 februari 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, punt 22, en 1 oktober 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, EU:C:2015:637, punt 41).

32 In het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een definitief arbitraal vonnis, zodra hij beschikt over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, ambtshalve moet beoordelen of de contractuele bedingen die de grondslag vormen voor de in dat vonnis vastgestelde schuldvordering oneerlijk zijn in het licht van de bepalingen van richtlijn 93/13, wanneer hij op grond van de nationale procesregels in het kader van een vergelijkbare executieprocedure ambtshalve dient te onderzoeken of dergelijke bedingen in strijd zijn met de nationale voorschriften van openbare orde (zie in die zin arrest van 6 oktober 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punt 53; beschikking van 16 november 2010, *Pohotovost*, C-76/10, EU:C:2010:685, punten 51, 53 en 54, en arrest van 27 februari 2014, *Pohotovost*, C-470/12, EU:C:2014:101, punt 42).

33 Bijgevolg kan niet worden geoordeeld dat een nationale rechterlijke instantie die, vóór het arrest van 4 juni 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), heeft nagelaten ambtshalve te beoordelen of een binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 vallend contractueel beding oneerlijk was, hoewel zij beschikte over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, kennelijk is voorbijgegaan aan de desbetreffende rechtspraak van het Hof en zich bijgevolg schuldig heeft gemaakt aan een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht.

34 In casu moet worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beslissingen van 15 en 16 december 2008 vóór dat arrest zijn gewezen.

35 Het lijkt dan ook onnodig te beoordelen of het feit dat de executieprocedure in het hoofdgeding niet is beëindigd en dat de persoon tegen wie die procedure is ingeleid, een volstrekt passieve houding aan de dag heeft gelegd of niet alle in de betrokken rechtsorde beschikbare rechtsmiddelen – zoals het instellen van een vordering tot teruggaaf van het onverschuldigd betaalde – heeft aangewend, van invloed is op de aansprakelijkheid van de betrokken lidstaat voor schade die particulieren hebben geleden ten gevolge van schendingen van het Unierecht door rechterlijke beslissingen, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beslissingen van 15 en 16 december 2008.

36 In die omstandigheden moeten de eerste tot en met de derde vraag worden beantwoord als volgt:

- Een lidstaat kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor schade die particulieren lijden ten gevolge van het feit dat een beslissing van een nationale rechterlijke instantie het Unierecht schendt, wanneer die beslissing is gewezen door een rechterlijke instantie van die lidstaat die uitspraak doet in laatste aanleg. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dat in het hoofdgeding het geval is. Zo ja, dan kan een beslissing van die in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie slechts een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht opleveren, die tot die aansprakelijkheid kan leiden, wanneer de rechterlijke instantie in kwestie met die beslissing kennelijk is voorbijgegaan aan het toepasselijke recht of wanneer zij die schending begaat hoewel dienaangaande vaste rechtspraak van het Hof bestaat.
- Een nationale rechterlijke instantie die, vóór het arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), in het kader van een procedure tot gedwongen tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis houdende toewijzing van een verzoek om veroordeling tot betaling van schuldvorderingen uit hoofde van een contractueel beding dat als oneerlijk moet worden aangemerkt in de zin van richtlijn 93/13, heeft nagelaten ambtshalve te beoordelen of dat beding oneerlijk was, hoewel zij beschikte over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, kan niet worden geacht kennelijk te zijn voorbijgegaan aan de desbetreffende rechtspraak van het Hof en zich bijgevolg schuldig te hebben gemaakt aan een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht.²

5 Voldoende gekwalificeerde schending.

(i) Algemeen; uitspraak in laatste instantie; nationale belemmeringen

Het Hof vat in de punten 18-26 zijn rechtspraak samen over de lidstaataansprakelijkheid, toegespitst op de aansprakelijkheid voor onjuiste rechtspraak. In dit gedeelte van de uitspraak schuilt geen nieuws. Bij staatsaansprakelijkheid moet ongeacht de aansprakelijk gestelde instantie voldaan zijn aan drie vereisten: er moet zijn (i) een voldoende gekwalificeerde schending van een (ii) regel die ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, welke schending (iii) in een rechtstreeks causaal verband staat met de gevorderde schade.²

Wat de aansprakelijkheid voor rechtspraak betreft is van belang dat de uitspraak afkomstig moet zijn van een rechterlijke instantie die in laatste aanleg recht heeft gesproken. Of dat in de huidige zaak aan de orde is, is ondanks een daarop gerichte vraag aan de verwijzende rechter onduidelijk gebleven.³ Uitgesloten is het niet, omdat ook een eerstelijns rechter rechtsprekende instantie in laatste instantie kan zijn; dat hangt immers af van de wetgeving van de betrokken lidstaat die zulks kan

bepalen voor zaken van een bepaalde aard of voor zaken met een maximaal financieel belang. De rechtspraak van het Hof laat vooralsnog geen ruimte om uitzonderingen op deze regel aan te nemen.⁴

De aandachtspunten die het Hof in vorige arresten heeft geformuleerd voor de bepaling of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending worden herhaald in de punten 25 en 26. Voor deze zaak zijn van belang de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel en de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is. In elk geval is een schending van het Unierecht voldoende gekwalificeerd wanneer daarbij kennelijk wordt voorbijgegaan aan de desbetreffende rechtspraak van het Hof. Dat zou een rol kunnen spelen in deze zaak omdat de rechtspraak van het Hof op het punt van de verplichte ambtshalve toetsing inmiddels duidelijk en consistent te noemen is. Zie hierna punt 6.

Alvorens daarop in te gaan merk ik nog op dat van de door het Hof geciteerde rechtspraak over de aansprakelijkheid van lidstaten voor met het EU-recht strijdige uitspraken alleen het *Köbler*-arrest (C-224/01) van principieel belang is. In die zaak is aansprakelijkheid van de lidstaat overigens afgewezen. Veel andere relevante rechtspraak is er niet. Arresten van het Hof van Justitie waarin die aansprakelijkheid is erkend zijn er bij mijn weten niet. Andere door het Hof genoemde arresten hebben vooral de strekking om in het nationale recht geformuleerde belemmeringen voor de toepassing van de aansprakelijkheidsregel te ecarteren. Dat geschiedt met behulp van het effectiviteitsbeginsel. Zo bestaat er blijkens het *Traghetti*-arrest (C-173/03) in Italië een wetsbepaling die de aansprakelijkheid beperkt tot het geval waarin een rechter in de uitoefening van zijn functie 'blijk heeft gegeven van kwade trouw of grove schuld dan wel zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsweigering'; en één die aansprakelijkheid uitsluit ter zake van 'de uitlegging van rechtsregels en de beoordeling van de feiten en het bewijs bij de uitoefening van de rechtsprekende functie.' Het is duidelijk dat er bij hantering van met name deze laatste regel, die een adequate omschrijving geeft van de rechterlijke functie, niet veel ruimte overblijft voor toepassing van de *Köbler*-aansprakelijkheid. Zij kunnen daartegen dus niet in stelling worden gebracht. Hetzelfde geldt voor de Portugese regel die als voorwaarde voor schadevergoeding stelt dat de schadeveroorzakende beslissing eerst is vernietigd, terwijl die vernietiging in feite uitgesloten

2 Zie over het leerstuk van de lidstaataansprakelijkheid uitvoerig C.H. Sieburgh, 'EU Law and Non-Contractual Liability of the Union, Member States and Individuals', in: A.S. Hartkamp e.a. (eds.), *The Influence of EU Law on National Private Law* (Serie Onderneming en Recht, deel 81-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 455-542.

3 Zie de conclusie van A-G Wahl, punt 26.

4 Evenzo A-G Wahl, punt 37. Die ruimte is wel erkend in een andere casus, namelijk indien in een lidstaat in verband met de erkenning van een beslissing uit een andere lidstaat wordt betoogd dat die beslissing evident in strijd is met het

EU-recht en dat daarom een grond voor weigering in de zin van art. 34, punt 1, van de Executieverordening 44/2001 (strijd met de openbare orde van de aangezochte lidstaat) bestaat. Het Hof oordeelde (*Diageo/Simiramida*, C-681/13) dat dit betoog niet kan worden aanvaard indien de partij heeft nagelaten in de lidstaat van herkomst alle beschikbare rechtsmiddelen tegen de beslissing aan te wenden, 'behoudens bijzondere omstandigheden die het te moeilijk of onmogelijk maken (die rechtsmiddelen) aan te wenden'. Het Hof neemt hier de suggestie over van A-G Szpunar (punt 64), die haar vanzelfsprekend vindt ('uiteraard'). Het

verschil kan misschien verklaard worden door het feit dat in de aansprakelijkheidszaken de eiser steeds onderdaan was van de lidstaat waar de zaak speelt. Maar dat kan natuurlijk ook anders zijn. Ook het Hof in Straatsburg erkent een uitzondering op het vereiste dat 'all domestic remedies have been exhausted' (art. 35 (1) ECHR), namelijk voor remedies 'that are ineffective or inadequate'. Zie P. van Dijk et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 135 e.v.

is – het gaat immers om een rechterlijke instantie, in casu, het Supremo Tribunal de Justiça, die in hoogste instantie uitspraak doet (*Ferreira da Silva*, C-160/14). Dichterbij huis is er ook een voorbeeld te vinden, zij het niet in een arrest van het Hof van Justitie: de door de Hoge Raad ontwikkelde regel voor onrechtmatige rechtspraak, die de aansprakelijkheid van de Staat slechts aanvaardt ‘indien bij een voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat of heeft open gestaan’, zal in zaken waar EU-recht moet worden toegepast mijns inziens niet kunnen worden ingeroepen, omdat zij een strikter criterium hanteert dan dat van de voldoende gekwalificeerde schending.⁵

6 Voldoende gekwalificeerde schending.

(ii). Het (niet) ambtshalve toetsen

Is de rechter die de toestemming tot tenuitvoerlegging heeft verleend – de Okresný súd Prešov, tevens verwijzende rechter – bij het verlenen van die toestemming voorbijgegaan aan duidelijke regels van EU-recht of van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie? Het is inmiddels vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat het openbaar belang dat Richtlijn 93/13 beoogt te dienen, in beginsel vereist dat de rechter ambtshalve onderzoekt of bedingen in consumentenovereenkomsten die aan zijn oordeel zijn onderworpen, vallen onder het toepassingsbereik van de Richtlijn 93/13 en of zij oneerlijk zijn. Doorgaans wordt aangenomen dat deze verplichting bestaat sinds het arrest *Mostaza Claro* (C-168/05), waarin werd overwogen:

‘De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren’ (punt 38).⁶

Maar in het onderhavige arrest (punt 29) wordt het ‘rechtvaardigen’ uit *Mostaza Claro* teruggebracht tot ‘in beginsel kunnen rechtvaardigen’. Daar is wel iets voor te

zeggen, want latere rechtspraak heeft uitgewezen dat de regel van *Mostaza Claro* zich goed laat toepassen in de normale eerstelijns procedure, maar dat er bij bijzondere procedures allerlei beren op de weg zijn, bestaande uit nationale wettelijke bepalingen die beperkingen inhouden op de mogelijkheid van ambtshalve toetsing, die geenszins steeds van redelijkheid zijn ontbloot. Men denke aan bijzondere procedures als de tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis,⁷ de executoriale verkoop van een verhypothekerd onroerend goed,⁸ de executie van een vonnis gewezen na een betalingsbevelprocedure,⁹ of de procedure in hoger beroep.¹⁰ Deze regels worden door het Hof in een inmiddels uitvoerige en casuïstische rechtspraak zorgvuldig aan het doeltreffendheidsbeginsel getoetst, waarbij de complexiteit nog wordt vergroot door de mogelijkheid dat wanneer een regel de toetsing aan het doeltreffendheidsbeginsel doorstaat, zij alsnog sneuvelt op het altaar van het gelijkwaardigheidsbeginsel.¹¹

Maar nog afgezien van de problematiek van de bijzondere procedures, ook in de normale eerstelijnsprocedure bestond er na *Mostaza Claro* nog wel behoefte aan enige verduidelijking. In het bijzonder is de vraag gerezen in hoeverre de rechter bij zijn ambtshalve toetsing mocht volstaan met raadpleging van het dossier zoals de eiser c.q. de partijen hem dat hadden voorgelegd. Mag of moet hij, indien het dossier hem slechts het vermoeden geeft dat sprake is van oneerlijke bedingen die onder het bereik van de richtlijn vallen, zelf op onderzoek uitgaan om de gewenste zekerheid te verkrijgen? Die vraag is bevestigend beantwoord in de arresten *Pannon* (C-243/08) en *Pénzügyi Lizing* (C-137/08). Blijkens *Pannon* rust de verplichting tot ambtshalve toetsing op de rechter zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt. Uit *Pénzügyi Lizing* (C-137/08) blijkt dat de rechter binnen zekere grenzen ook ambtshalve feitenonderzoek moet doen:

‘dat de nationale rechter verplicht is om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen teneinde te kunnen vaststellen of een in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument opgenomen exclusief territoriaal forumkeuzebeding dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, en zo ja, ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is.’

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/385 en 388.

6 Zie over dit arrest Asser/Hartkamp 3-I 2015/187 en 251.

7 HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodriguez Nogueira*). De mogelijkheid van vernietiging van een arbitraal vonnis door de burgerlijke rechter is in het Nederlandse recht geregeld in art. 1064 e.v. Rv, het verlot tot tenuitvoerlegging in art. 1062 Rv. Zij stellen de rechter in de gelegenheid te controleren of een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt en of het vonnis of de wijze waarop dit tot stand kwam in strijd is met de openbare orde. De bevoegdheden tot controle zijn onder meer nuttig wanneer het gaat om een arbitraal vonnis dat berust op een arbitrageclausule in algemene voorwaarden die zijn opgelegd aan een consument. Vol-

gens de rechtspraak van het Hof van Justitie dient de rechter in beginsel ambtshalve te onderzoeken of de clause redelijk is en dus de consument bindt. Indien dat niet het geval is, moet het daarop gebaseerde arbitrale vonnis worden vernietigd. Indien verlot tot tenuitvoerlegging wordt gevraagd van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis, bestaat deze verplichting alleen indien de rechter door zijn nationale wetgeving in staat wordt gesteld het vonnis te vernietigen in geval van strijd met de openbare orde. Zie ook noot 11.

8 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11 (*Mohammed Aziz/Catalunyacaixa*); HvJ EU 10 september 2014, C-34/13 (*Kušionová/Smart Capital*); HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14 (*Erste Bank Hungary/Attila Sugár*).

9 HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10 (*Banco Espagnol de Credito (Banesto)/Calderon*); HvJ EU 18 febru-

ari 2016, C-49/14 (*Finanmadrid/Zambrano*).

10 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (*Asbeek Brusse/Jahani*).

11 In *Asturcom* was de consumente in de bodemprocedure (de arbitrale procedure) niet verschenen; had zij het arbitrale vonnis niet voorgelegd aan de overheidsrechter ter vernietiging (anders dan in *Mostaza Claro*); en was zij niet in rechte verschenen toen tenuitvoerlegging werd gevraagd. In deze situatie stond het nationale recht geen ambtshalve toetsing toe, hetgeen het Hof niet in strijd achtte met het doeltreffendheidsbeginsel, maar wel met het gelijkwaardigheidsbeginsel, omdat de Spaanse rechter in nationale gevallen ambtshalve kon toetsen in geval van strijd met de openbare orde. Zie mijn noot onder HvJ EU 11 november 2015, C-505/14 (*Klausner Holz*), AA 2016, p. 289 (AA20160286).

Gelet op deze ontwikkelingen beslist het Hof thans dat pas in het arrest *Pannon* (C-243/08) van 4 juni 2009 duidelijk is overwogen dat de verplichting tot ambtshalve toetsing bestaat, en wel zodra de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens beschikt. En pas in het arrest *Asturcom* (C-40/08) van 6 oktober 2009 en de beschikking *Pohotovost* (C-76/10) van 16 november 2010 zijn vergelijkbare casus als de onderhavige (executie van een arbitraal vonnis) aan de orde geweest. Bijgevolg, aldus het Hof in navolging van de advocaat-generaal, kan niet worden gezegd dat vóór *Pannon* sprake is geweest van een voldoende gekwalificeerde schending, wanneer een rechter de ambtshalve toetsing achterwege liet, hoewel hij beschikte over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens.

Om deze reden heeft de Okresný súd Prešov dus niet een verplichting tot ambtshalve toetsing geschonden, zodat – gesteld dat deze de hoogste rechter is in deze zaak – de lidstaat Slowakije de aansprakelijkheidsdans ont-springt. In het vervolg van de executieprocedure krijgt de rechter mogelijk een nieuwe gelegenheid voor ambtshalve toetsing. Zou het nationale recht daartegen een belemmering opwerpen, dan moet die aan het doeltreffendheidsbeginsel worden getoetst. Het feit dat Tomášová een ‘passieve’ houding heeft aangenomen (vermeld in punt 17 en 35), kan daarbij niet in haar nadeel werken voor zover daarmee is bedoeld dat zij niet zelf een beroep op de richtlijn heeft gedaan, omdat de rechter nu eenmaal in beginsel ambtshalve aan de richtlijn moet toetsen. Daartoe beschikt hij, in elk geval nu, over de noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens; indien het dossier hem moet doen vermoeden dat het om oneerlijke bedingen in de zin van de richtlijn gaat, zal hij partijen om inlichtingen moeten vragen.¹² Passiviteit in de zin van het niet instellen van een rechtsmiddel is, zoals in punt 5 is gebleken, wél een beletsel voor het aansprakelijk stellen van de lidstaat. Zie over weer een andere vorm van passiviteit (het niet instellen van een andere rechtsvordering) het nu volgende punt.

7 De gevorderde schadevergoeding

De vierde en vijfde vraag van de verwijzende rechter hadden onder meer betrekking op de hoogte van de gevorderde schadevergoeding in relatie tot de door Pohotovost ingestelde vordering. Zoals hierboven sub 2 werd vermeld heeft Tomášová van de lidstaat Slowakije een schadevergoeding van € 2000 gevorderd. Voorts wordt gevraagd of de terugvordering uit onverschuldigde betaling prevaleert boven de vordering tot schadevergoeding. Het Hof laat deze kwesties in beginsel over aan het nationale recht:

‘37 Met zijn vierde en vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in te zien te vernemen of het bedrag van de schade die is veroorzaakt door de mogelijke schending van het Unierecht die in het hoofdgeding aan de orde is, overeenkomt met het door Tomášová gevorderde

bedrag aan schadevergoeding, of dat bedrag kan worden gelijkgesteld met de daadwerkelijk ingevorderde schuld, dat wil zeggen het bedrag ten belope van de ongerechtvaardigde verrijking van degene ten voordele van wie het arbitraal vonnis is gewezen, en of een vordering tot vergoeding van die schade ondergeschikt is aan een vordering tot teruggaaf van het onverschuldigd betaalde.

38 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat de staat, wanneer is voldaan aan de voorwaarden voor zijn aansprakelijkheid – het is de taak van de nationale rechters om dit uit te maken –, de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan moet maken overeenkomstig het nationale aansprakelijkheidsrecht, met dien verstande dat de voorwaarden die in de nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding zijn gesteld, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en niet van dien aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie arresten van 19 november 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punt 42; 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punt 58; 24 maart 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, EU:C:2009:178, punt 31; 25 november 2010, *Fuß*, C-429/09, EU:C:2010:717, punt 62, en 9 september 2015, *Ferreira da Silva e Brito e.a.*, C-160/14, EU:C:2015:565, punt 50).

39 Hieruit volgt dat de regels voor het ramen van schade die het gevolg is van een schending van het Unierecht worden bepaald door het nationale recht van de lidstaten, waarbij de nationale regelingen tot vaststelling van die regels de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid moeten eerbiedigen.

40 Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen een vordering tot vergoeding van een dergelijke schade en de andere rechtsmiddelen waarin het recht van de betrokken lidstaat eventueel voorziet, zoals een vordering tot teruggaaf van het onverschuldigd betaalde.

41 In die omstandigheden moet op de vierde en de vijfde vraag worden geantwoord dat de regels voor de vergoeding van schade die het gevolg is van een schending van het Unierecht, zoals de regels betreffende de raming van een dergelijke schade of de verhouding tussen een vordering tot vergoeding van die schade en andere rechtsmiddelen waarin eventueel is voorzien, worden bepaald door het nationale recht van de lidstaten met eerbiediging van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.’

De aan de orde gestelde onderwerpen worden dus beheerst door het nationale recht, met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Uit het arrest blijkt niet tot welk bedrag de vordering van Pohotovost door de arbitragerechtbank is toegewezen en evenmin welk bedrag Tomášová heeft betaald of Pohotovost inmiddels op haar heeft verhaald. Het doeltreffendheidsbeginsel vereist dat de volledige schade wordt vergoed, inclusief gederfde rente.¹³ Voor de berekening van de schade zou naar Nederlands recht op het door de arbitragerechtbank toegewezen bedrag in elk geval het totale door Tomášová geleende bedrag in mindering moeten worden gebracht. Misschien bevat het Slowaakse recht op dit punt een andere regel. Daarop zou kunnen wijzen de door de verwijzingsrechter gestelde vierde vraag die blijkens punt 15 sub 4 luidt: ‘Kan de schade, aldus opgevat worden gelijkgesteld met de ingevorderde schuld,

¹² Zie in deze zin ook HR 13 september 2013, *NJ* 2014/274 (*Heesakkers / Voets*), r.o. 3.9.1. Passiviteit is in deze context niet ongevoel, soms zelfs in de derde graad; zie het in de vorige noot genoemde

arrest *Asturcom*. Soms echter kan de consument alleen op het doeltreffendheidsbeginsel vertrouwen indien hij zelf voor zijn recht opkomt: zie, behalve *Asturcom*, *Kušionová* (C-34/13) en *Erste*

Bank Hungary (C-32/14).
¹³ Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/116.

waarbij het om een ongerechtvaardigde verrijking gaat?' Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het totale door Pohotovost geïnde bedrag als een 'ongerechtvaardigde verrijking' moet worden opgevat. Duidelijk is dit echter niet, evenmin als de vijfde vraag of de terugvordering uit onverschuldigde betaling prevaleert boven de vordering tot schadevergoeding tegen de lidstaat. Ook hier kan de verwijzende rechter hebben gedacht aan terugvordering van het gehele ingevolge het vonnis door Tomášová aan Pohotovost betaalde of op haar verhaalde bedrag.

Staat derhalve de hoogte van de vordering van Tomášová tegen Pohotovost niet vast, de vraag van de

verwijzende rechter lijkt te impliceren dat het Slowaakse recht de regel inhoudt dat een vordering tot schadevergoeding tegen de Staat is uitgesloten voor zover Tomášová een vordering tegen Pohotovost kan instellen. Blijkens punt 40 acht het Hof een dergelijke subsidiariteitsregel geoorloofd, mits hij niet in strijd is met het gelijkwaardigheidsbeginsel (dus ook geldt voor nationale casusposities) of met het doeltreffendheidsbeginsel (dus niet van dien aard is dat hij het verkrijgen van schadevergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken). Daarvoor is vereist dat de vordering succes heeft, omdat in zoverre de geleden schade is opgeheven.¹⁴ ■

¹⁴ In een andere context is op soortgelijke wijze beslist. Zie het arrest HvJ EU 20 oktober 2011, C-94/10 (*Danfoss*), waarover Asser/Hartkamp

3-I 2015/88: een vordering tegen een lidstaat tot terugbetaling van een in strijd met EU-recht opgelegde heffing mag subsidiair zijn aan een

vordering tegen een derde tot terugbetaling of schadevergoeding.