CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 14 mei 2009 [1]

I — Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure heeft de Juzgado de Primera Instancia nº4 de Bilbao (hierna: „verwijzende rechter") aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag voorgelegd over de uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. [2]

2. In concreto gaat het daarbij om de vraag of uit de door de richtlijn beoogde consumentenbescherming kan worden afgeleid dat de nationale rechter die kennis neemt van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging, ambtshalve de nietigheid van de arbitrageovereenkomst kan onderzoeken en het arbitraal vonnis nietig kan verklaren wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een voor de consument oneerlijk beding bevat.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.
2 — PB L 95, blz. 29.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt:

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

4. Artikel 6, lid 1, van dezelfde richtlijn luidt:

„De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale

recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan."

5. In artikel 7, lid 1, van de richtlijn wordt bepaald:

„De lidstaten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers."

6. De bijlage bij de richtlijn bevat een indicatieve lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, waarvan lid 1, sub q, ziet op bedingen die tot doel of tot gevolg hebben, „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de burger te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust".

B — *Nationaal recht*

7. In het Spaanse recht werden consumenten oorspronkelijk tegen oneerlijke bedingen in overeenkomsten beschermd door Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (algemene wet nr. 26/1984 ter bescherming van consumenten en gebruikers) van 10 juli 1984 (BOE nr. 176 van 24 juli 1984; hierna: „Ley 26/1984").

8. Ley 26/1984 werd gewijzigd bij Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (wet nr. 7/1998 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998 (BOE nr. 89 van 14 april 1998; hierna: „Ley 7/1998"), waarbij de richtlijn werd omgezet in nationaal recht.

9. Bij Ley 7/1998 werd aan Ley 26/1984 onder meer artikel 10 bis toegevoegd, waarvan lid 1 bepaalt:

„Alle bedingen in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, worden als oneerlijke bedingen beschouwd indien zij, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten

nadele van de consument aanzienlijk verstoren. In ieder geval worden de in de additionele bepalingen bij deze wet genoemde bedingen als oneerlijke bedingen beschouwd.

[…]”

10. Artikel 8 van Ley 7/1998 bepaalt:

„1) Zijn van rechtswege nietig algemene voorwaarden die ten nadele van de wederpartij inbreuk maken op de bepalingen van deze wet of op enige andere dwingende regel of een verbod, tenzij schending van die regel of van dat verbod anders wordt bestraft.

2) Nietig zijn inzonderheid oneerlijke algemene bedingen in consumentenovereenkomsten; dergelijke bedingen zijn in ieder geval de bedingen die in artikel 10 bis en in de eerste additionele bepaling bij Ley 26/1984 […] worden genoemd.”

11. Op het relevante tijdstip was Ley 60/2003 de Arbitraje (wet nr. 60/2003 inzake de arbitrageprocedure) van 23 december 2003 (BOE nr. 309 van 26 december 2003; hierna: „Ley 60/2003”) van toepassing op de arbitrageprocedure.

12. Artikel 8, leden 4 en 5, van Ley 60/2003 bepaalt:

„4) De in eerste aanleg bevoegde rechter van de plaats waar het arbitraal vonnis werd uitgesproken, is bevoegd over de gedwongen tenuitvoerlegging te beslissen conform artikel 545, lid 2, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering […].

5) De vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis dient te worden ingesteld bij de Audiencia Provincial van de plaats waar het arbitraal vonnis werd gewezen.”

13. Artikel 22 van Ley 60/2003 bepaalt:

„1) Het scheidsgerecht is gerechtigd over zijn bevoegdheid te oordelen, alsmede over de excepties betreffende het bestaan of de geldigheid van de arbitrageovereenkomst of enige andere exceptie die geacht kan worden aan de materiële behandeling van het geschil in de weg te staan. Te dien einde wordt een arbitrageovereenkomst die deel uitmaakt van een overeenkomst als een afzonderlijke, van de overige bepalingen van die overeenkomst onafhankelijke overeenkomst beschouwd. De beslissing van het scheidsgerecht tot nietigverklaring van de hoofdovereenkomst, leidt niet op zichzelf tot nietigheid van de arbitrageovereenkomst.

2) De in het vorige lid bedoelde excepties worden uiterlijk bij de indiening van het verweer opgeworpen; door de aanwijzing of de medewerking aan de aanwijzing van de arbiters verliezen de partijen het recht tot het opwerpen van deze excepties niet. De exceptie dat het scheidsgerecht de grenzen van zijn bevoegdheid overschrijdt, moet worden opgeworpen zodra het onderwerp dat die grenzen te buiten gaat, gedurende de arbitrageprocedure aan de orde komt."

14. Artikel 40 van Ley 60/2003 luidt:

„Op de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis zijn de bepalingen van deze titel van toepassing."

15. Artikel 41, lid 1, van Ley 60/2003 bevat de volgende bepalingen:

„Vernietiging van het arbitraal vonnis kan slechts plaatsvinden wanneer de partij die de vernietiging vordert, stelt en bewijst:

a) dat een arbitrageovereenkomst ontbreekt of dat de arbitrageovereenkomst niet rechtsgeldig is,

b) dat zij niet naar behoren in kennis is gesteld van de aanwijzing van een arbiter of van de verrichtingen in de arbitrageprocedure of dat zij om welke reden dan ook haar rechten niet geldend heeft kunnen maken,

[…]

f) dat het arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde."

16. Artikel 43 van Ley 60/2003 luidt:

„Het in kracht van gewijsde gegane arbitraal vonnis heeft tussen de partijen dezelfde gevolgen als een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis; een verzoek tot herziening kan slechts worden ingesteld volgens de bepalingen van de Ley de Enjuiciamiento Civil (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) betreffende de in kracht van gewijsde gegane vonnissen."

17. Krachtens artikel 44 van Ley 60/2003 vindt de gedwongen tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen plaats overeenkomstig het bepaalde in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en in titel VIII van Ley 60/2003.

18. Artikel 517, lid 2, punt 2, van Ley 1/2000 (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 7 januari 2000 (BOE van 8 januari 2000; hierna: „Ley 1/2000"), bepaalt dat gedwongen executie openstaat van arbitrale vonnissen of arbitrale beslissingen.

19. Artikel 556, lid 1, van Ley 1/2000 voorziet in het recht van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd om zich binnen tien dagen na kennisgeving van de beschikking waarbij verlof tot tenuitvoerlegging wordt verleend, tegen de tenuitvoerlegging te verzetten.

20. Artikel 559, lid 1, van Ley 1/2000 noemt een aantal gebreken die de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd tegen de tenuitvoerlegging kan aanvoeren.

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

21. Op 24 mei 2004 werd tussen mevrouw María Cristina Rodríguez Nogueira (hierna: „partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd") en de telecomexploitant Asturcom Telecomunicaciones S. L. (hierna: „Asturcom") een overeenkomst over mobiele telefonie voor particulieren gesloten. Deze overeenkomst bevatte een arbitragebeding waarbij werd overeengekomen dat elk geschil inzake de nakoming van de overeenkomst aan de Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling; hierna: „AEDAE") wordt voorgelegd.

22. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd verbond zich bij de overeenkomst onder meer tot onafgebroken continuering van het telefoonabonnement gedurende een periode van 18 maanden vanaf de activering van de dienst en een minimumverbruik van 6 EUR per aansluiting. Voorts verplichtte zij zich ertoe de met de telecomexploitant overeengekomen voorwaarden niet te wijzigen, de rekeningen te betalen en andere met dezelfde exploitant gesloten telefoonabonnementen niet op te zeggen. Verder werd overeengekomen dat de cliënte, indien zij haar verplichtingen uit overeenkomst niet nakwam, aan de serviceprovider de som van 300 EUR per aansluiting zou moeten betalen, waaraan in voorkomend geval uitvoering zou worden gegeven volgens de daartoe meest geëigende procedure.

23. Aangezien de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd een aantal rekeningen niet had betaald en de overeenkomst vóór afloop van de minimale looptijd van de overeenkomst had opgezegd, diende Asturcom op 16 februari 2004 bij AEADE te Bilbao een verzoek tot arbitrage in wegens niet-nakoming van de overeenkomst.

24. Bij arbitraal vonnis van 14 april 2005 werd de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, veroordeeld tot betaling van een bedrag van in totaal 669,69 EUR. Aangezien zij geen vordering tot vernietiging heeft ingesteld, is het arbitraal vonnis in kracht van gewijsde gegaan.

25. Op 29 oktober 2007 diende Asturcom tegen Rodríguez Nogueira een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging in voor het bovengenoemde bedrag plus 300 EUR aan rente en kosten.

26. De verwijzende rechter noemt in zijn verwijzingsbeschikking allereerst de redenen waarom het in de overeenkomst opgenomen arbitragebeding volgens hem als een oneerlijk beding dient te worden beschouwd. In dit verband wijst hij er onder meer op dat de met de arbitrageprocedure belaste organisatie de overeenkomsten inzake mobiele telefonie zelf opstelt, dat in het arbitragebeding noch de plaats van arbitrage wordt vermeld noch in de mogelijkheid wordt voorzien om tussen verschillende plaatsen te kiezen, en dat de reiskosten naar de plaats van arbitrage hoger zijn dan de schuld.

27. De verwijzende rechter stelt evenwel vast dat de Spaanse arbitragewet voor het scheidsgerecht noch in de verplichting noch in de mogelijkheid voorziet om het arbitragebeding ambtshalve te onderzoeken en de nietig of oneerlijk bevonden bedingen nietig te verklaren.

28. De verwijzende rechter twijfelt aan de verenigbaarheid van de procedurele bepalingen met het gemeenschapsrecht. Om die reden heeft hij de behandeling geschorst om het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Kan de consumentenbescherming van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, inhouden dat de rechter die kennis neemt van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en het arbitraal vonnis nietig verklaart wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst een voor de consument oneerlijk beding bevat?”

IV — Procesverloop voor het Hof

29. De verwijzingsbeschikking, gedateerd 29 januari 2008, is op 5 februari 2008 ter griffie van het Hof ingekomen.

30. Asturcom, de Spaanse en de Hongaarse regering en de Commissie hebben binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van

Justitie genoemde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

31. Aangezien geen der belanghebbenden om een terechtzitting heeft verzocht, was de zaak na de algemene vergadering van het Hof op 10 februari 2009 rijp voor deze conclusie.

V — Voornaamste argumenten van partijen

32. *Asturcom* stelt voor, de vraag van de verwijzende rechter ontkennend te beantwoorden. Zij roept in herinnering dat de nationale rechter, ook al beschikt hij op grond van het Spaanse recht niet over een uitdrukkelijke toetsingsbevoegdheid, op grond van het arrest Mostaza Claro [3] bevoegd is om in het kader van een vordering tot vernietiging ambtshalve te beoordelen of een arbitragebeding nietig is. Hieruit kan volgens Asturcom worden afgeleid dat de nationale wetgeving voldoet aan de eisen die in het gemeenschapsrecht op het gebied van de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen zijn vastgelegd.

33. Asturcom wijst er verder op dat arbitrale en rechterlijke uitspraken in de rechtspraak van het Spaanse Tribunal Constitucional (constitutionele rechter) gelijk worden gesteld, zodat een arbitraal vonnis, net als een in kracht van gewijsde gegaan en uitvoerbaar rechterlijk vonnis, in kracht van gewijsde gaat voor zover daartegen niet binnen een termijn van twee maanden na betekening beroep wordt ingesteld — zoals in casu het geval is. Dientengevolge kan een rechter belast met de tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis naar de opvatting van Asturcom niet ab initio en ambtshalve beoordelen of een arbitragebeding geldig dan wel nietig is, en op grond daarvan weigeren de gedwongen tenuitvoerlegging te bevelen, hetgeen overigens werd verduidelijkt in de rechtspraak van de Audiencia Provincial de Madrid.

34. Een dergelijke uitlegging neemt niet alleen het beginsel van de rechtszekerheid in acht, dat tot uitdrukking komt in de kracht van gewijsde van de uitspraak, maar is ook verenigbaar met het reeds genoemde arrest Mostaza Claro, dat de nationale rechter ertoe machtigt de nietigheid van een oneerlijk arbitragebeding enkel in het kader van een vordering tot vernietiging van een nog niet in kracht van gewijsde gegane arbitragebeslissing vast te stellen.

35. De *Hongaarse* en de *Spaanse regering* geven het Hof daarentegen in overweging, de nationale rechter die kennis neemt van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een reeds in kracht van gewijsde gegane arbitragebeslissing, de bevoegdheid te verlenen de nietigheid van een arbitragebeding te beoordelen. Zij voeren in wezen vergelijkbare argumenten aan, inzonderheid ten aanzien van de mogelijkheid van een analoge toepassing van de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen.

3 — Arrest van 26 oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Jurispr. blz. I-10421).

36. De *Hongaarse regering* voert in het bijzonder aan dat uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat juist het openbare belang waarop de door de richtlijn verschafte bescherming berust, vereist dat de nationale rechter, met name in een geval zoals in het hoofdgeding, het oneerlijke karakter van een beding in een consumentenovereenkomst ambtshalve beoordeelt.

37. De *Spaanse regering* deelt in grote lijnen deze mening en geeft een toelichting op het nationale procesrecht.

38. Zij wijst erop dat de nationale rechtsorde en de communautaire rechtsorde op het gebied van de consumentenbescherming tegen oneerlijke bedingen niet onverenigbaar zijn. Conform de toepasselijke Spaanse bepalingen mag en moet de geldigheid van een arbitragebeding in het kader van de openbare orde worden onderzocht, en wel niet slechts door de voor de procedure in de hoofdzaak bevoegde rechter, maar ook door de exequaturrechter, ongeacht of de betrokken partij voor het scheidsgerecht of de exequaturrechter is verschenen en een rechtsmiddel heeft ingesteld.

39. Volgens de Spaanse regering werd in meerdere uitspraken van Spaanse rechters, waaronder een arrest van de Audiencia Nacional van 9 mei 2005, aan de nationale rechter een toetsingsbevoegdheid toegekend met betrekking tot de arbitragebeslissing over de tenuitvoerlegging waarvan hij diende te beslissen, en wel inzonderheid om redenen van openbare orde, ook als geen van de partijen deze vraag heeft opgeworpen.

40. Op grond daarvan moeten zowel een juiste handhaving van de consumentenbescherming als een ruime uitlegging van het begrip openbare orde de nationale exequaturrechter in staat stellen ambtshalve de geldigheid van de arbitrageovereenkomst te toetsen en het arbitraal vonnis nietig te verklaren, wanneer hij tot de conclusie komt dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat.

41. De *Commissie* wijst allereerst op een aantal verschillen tussen de feiten van het onderhavige geding en die in de zaak Mostaza Claro, namelijk ten eerste dat de consument in casu passief is gebleven en ten tweede dat het oneerlijke karakter van het arbitragebeding niet in het kader van een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis, maar in het kader van de gedwongen tenuitvoerlegging werd aangevoerd. De Commissie wijst er tevens op, dat de toetsingsbevoegdheden van een exequaturrechter in beginsel beperkter zijn dan die van een rechter die kennis neemt van een vordering tot vernietiging.

42. De Commissie voert evenwel aan dat het belang van de doelstellingen van de richtlijn vereist dat de exequaturrechter bij wijze van uitzondering het oneerlijke karakter van een arbitragebeding ambtshalve beoordeelt en dit in voorkomend geval nietig verklaart. In gevallen zoals dat in het hoofdgeding, waarin de consument tegen het arbitraal vonnis geen rechtsmiddel heeft ingesteld, is de exequaturrechter de enige onafhankelijke instantie, aangezien hij geen persoonlijk belang heeft bij de handhaving van het arbitragebeding, waardoor hij voorbestemd is om de geldigheid van het beding te toetsen.

43. Ten slotte gaat de Commissie in op de door de verwijzende rechter gestelde vraag of de nationale rechter bevoegd of zelfs verplicht is tot ambtshalve beoordeling van het oneerlijke karakter van een arbitragebeding. Op grond van punt 38 en het dictum van het arrest Mostaza Claro komt zij tot de conclusie dat de rechter tot ambtshalve toetsing verplicht is.

VI — Juridische beoordeling

A — *Inleidende opmerkingen*

44. Onder een oneerlijk beding wordt volgens de in artikel 3 van richtlijn 93/13 opgenomen definitie een beding verstaan dat door de economisch sterkere contractpartij eenzijdig van tevoren werd opgesteld en aan de wederpartij wordt opgelegd zonder dat deze invloed kan uitoefenen op de inhoud daarvan. Daarbij wordt het oneerlijke karakter van een beding volgens artikel 3, lid 1, in wezen daardoor gekenmerkt dat het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. [4]

45. De problematiek rond de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten was reeds geruime tijd vóór de inwerkingtreding van richtlijn 93/13 bekend. In een groeiende diensten- en consumptiemaatschappij zoals de Europese is het gebruik van gestandaardiseerde overeenkomsten, over de bepalingen waarvan door partijen niet afzonderlijk wordt onderhandeld, onvermijdelijk steeds verder toegenomen. Het gevaar van het gebruik van dergelijke eenzijdig van tevoren opgestelde contractuele bepalingen schuilt in het feit dat niet of niet voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de wederpartij van degene die ze gebruikt. [5]

4 — Kohles, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien — Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt am Main 2004, blz. 56.

5 — Baier, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln — Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburg 2004, blz. 2.

46. Richtlijn 93/13 moest uitkomst brengen, en wel door middel van een gedeeltelijke harmonisering van de nationale bepalingen op het gebied van de consumentenbescherming. [6] Met de richtlijn wordt beoogd een uniforme minimale bescherming tegen oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten in de lidstaten van de Gemeenschap te waarborgen. De kern van deze richtlijn is enerzijds de in artikel 6, lid 1, opgenomen regeling volgens welke de lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument „de consument niet binden". Anderzijds bepaalt artikel 7, lid 1, dat de lidstaten erop toezien dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers doeltreffende en geschikte middelen bestaan „om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers".

47. De artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 zijn in rechtsdogmatisch opzicht dwingende bepalingen van secundair recht ter bescherming van de consument, die een beperking van de contractvrijheid als belangrijkste uitvloeisel van de partijautonomie tot gevolg hebben. [7]

B — *Bevoegdheid van nationale rechters tot toetsing van oneerlijke bedingen volgens de rechtspraak van het Hof*

48. Het Hof heeft in de arresten Océano [8], Cofidis [9] en Mostaza Claro [10] deze bepalingen uitgelegd en daaraan een betekenis toegekend die het de nationale rechter bij de uitoefening van zijn functie mogelijk maakt oneerlijke bedingen op doeltreffende wijze te bestrijden. De onderhavige zaak moet in het licht van die arresten worden bezien. Derhalve dient te

6 — Evenals richtlijn 85/577/EEG betreffende buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, richtlijn 97/7/EG betreffende op afstand gesloten overeenkomsten, en richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, volgt richtlijn 93/13 de minimumharmonisatiebenadering. In het voorstel van de Commissie van 8 oktober 2008 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def., dat deze vier richtlijnen in één enkel horizontaal instrument combineert, wordt uitdrukkelijk afstand gedaan van deze benadering. Het ontwerp van de richtlijn berust thans op het concept van een volledige harmonisatie, met het gevolg dat de lidstaten geen bepalingen mogen handhaven of invoeren die afwijken van die van de richtlijn. Het doel van het voorstel is, door volledige harmonisatie bij te dragen tot het beter functioneren van de b2c-interne markt en consumenten een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming te bieden.

7 — Zie, wat betreft de beperking van de contractvrijheid door handelingen van de Gemeenschap, Basedow, J., „Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit", *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, München 2009. Naar de opvatting van de auteur is het secundaire gemeenschapsrecht, voor zover het betrekking heeft op overeenkomsten tussen particulieren, voor het overgrote gedeelte van dwingende aard. De meeste bepalingen beperken de contractvrijheid, slechts enkele voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor partijen om een bepaald onderwerp contractueel te regelen. In de rechtswetenschap wordt de contractvrijheid als belangrijkste uitvloeisel van de partijautonomie en daarmee als waarborg voor de individuele rechten beschouwd. Voor de partijautonomie, zie rechtsvergelijkend in de Duitse rechtsleer Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9e druk, München 2004, punt 2; in de Oostenrijkse rechtsleer zie Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11e druk, Wenen 2000, blz. 84; in de Franse rechtsleer Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12e druk, Parijs 2006, blz. 72, punt 99, en in de Spaanse rechtsleer Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, deel I, 10e druk, Madrid 2002, blz. 369 e.v. Laatstgenoemden verklaren dat de partijautonomie haar juridische grenzen vindt in de dwingende normen en in de regels van openbare orde.

8 — Arrest van 27 juni 2000, Océano (C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941).

9 — Arrest van 21 november 2002, Cofidis (C-473/00, Jurispr. blz. I-10875).

10 — Aangehaald in voetnoot 3.

worden onderzocht in hoeverre op grond van de overeenkomsten tussen de verschillende zaken een analoge toepassing van de daarin ontwikkelde beginselen op de onderhavige zaak geoorloofd lijkt.

49. Allereerst dienen de beginselen uit de rechtspraak in herinnering te worden gebracht, aan de hand waarvan de onderhavige zaak aansluitend moet worden beoordeeld.

50. Het uitgangspunt van de overwegingen van het Hof bij de uitlegging van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 was de vaststelling „dat het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt, dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen”. [11] Het Hof heeft hieruit afgeleid „dat de ongelijkheid tussen consument en verkoper enkel kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om”. [12]

51. Het Hof heeft verder vastgesteld dat de bevoegdheid van de nationale rechter om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is, moet worden beschouwd als een geschikt middel, zowel om het in artikel 6 van de richtlijn beoogde resultaat — te weten verhinderen dat een individuele consument door een oneerlijk beding wordt gebonden — te bereiken als om de verwezenlijking van het doel van artikel 7 te bevorderen, aangezien van een dergelijke toetsing een afschrikkende werking kan uitgaan die ertoe bijdraagt dat een eind wordt gemaakt aan het gebruik van oneerlijke bedingen in door een verkoper met consumenten gesloten overeenkomsten. [13] Het Hof heeft verder bepaald dat de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing van het oneerlijke karakter van een beding, als noodzakelijk dient te worden beschouwd voor een doeltreffende bescherming van de consument, vooral vanwege het niet te verwaarlozen gevaar dat de consument zich met name uit onwetendheid niet beroept op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen.

52. Op grond van de bovengenoemde overwegingen heeft het Hof in het arrest Océano [14] voor recht verklaard dat de bescherming die richtlijn 93/13 de consumenten biedt, vereist dat de nationale rechter, bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingestelde vordering, ambtshalve kan toetsen of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.

11 — Arresten Océano (aangehaald in voetnoot 8, punt 25) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 25).

12 — Arresten Océano (aangehaald in voetnoot 8, punt 27) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 26).

13 — Arresten Océano (aangehaald in voetnoot 8, punt 28), Cofidis (aangehaald in voetnoot 9, punt 32) en Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 27).

14 — Aangehaald in voetnoot 8, punt 29.

53. In het arrest Cofidis [15] heeft het Hof zijn rechtspraak aldus gepreciseerd dat de bevoegdheid van een nationale rechter om ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is, niet afhankelijk mag worden gemaakt van de inachtneming van een vervaltermijn.

54. Verder heeft het Hof in het arrest Mostaza Claro [16] beslist dat een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis, de nietigheid van de arbitrageovereenkomst mag beoordelen en het vonnis mag vernietigen wanneer hij van oordeel is dat de overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.

55. Het Hof heeft zijn beslissing gemotiveerd door erop te wijzen dat de doelstelling van artikel 6 van de richtlijn niet zou kunnen worden bereikt indien de rechter bij wie een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis is ingesteld, over dit vonnis niet zou kunnen oordelen enkel op grond dat de consument de nietigheid van de arbitrageovereenkomst niet in het kader van de arbitrageprocedure heeft opgeworpen. [17] Een dergelijke omissie van de kant van de consument zou dan in geen geval kunnen worden gecompenseerd door het optreden van personen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Uiteindelijk zou het door de richtlijn ingevoerde stelsel van bijzondere bescherming naar de opvatting van het Hof in gevaar worden gebracht. [18]

C — *Analyse van de prejudiciële vraag*

1. De toetsingsbevoegdheid van de exequaturrechter

56. Zoals ook in de zaak Mostaza Claro, is het onderwerp van de onderhavige zaak een arbitrageovereenkomst die door de verwijzende rechter als oneerlijk wordt beschouwd. [19] Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of een contractueel beding voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13 te worden aangemerkt. [20] Naar de opvatting van de verwijzende rechter vormt de litigieuze arbitrageovereenkomst een grote hinderpaal voor het verweer en het aanvoeren van middelen door Rodríguez Nogueira, hetgeen pleit voor een kwalificatie van dit beding als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 3, van de richtlijn juncto sub q van de bijlage.

15 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 38.
16 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 39.
17 — Idem, punt 30.
18 — Idem, punt 31.
19 — Zie derde overweging van de verwijzingsbeschikking.
20 — Zie arrest van 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Jurispr. blz. I-3403, punt 22), en arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 23).

57. De onderhavige zaak verschilt evenwel van de zaak Mostaza Claro in die zin dat Rodríguez Nogueira noch voor het scheidsgerecht is verschenen noch een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis heeft ingesteld. Anders dan in de zaak Mostaza Claro is hier derhalve de vraag aan de orde of de nationale rechter in het kader van de exequaturprocedure het oneerlijke karakter van een beding mag vaststellen. Een ander verschil is dat de betrokken consumenten in de zaak Mostaza Claro het oneerlijke karakter van het arbitragebeding uitdrukkelijk hebben aangevoerd, terwijl de verwijzende rechter in casu de vraag stelt of het oneerlijke karakter van een dergelijk beding ook ambtshalve bij de beslissing over een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging dient te worden getoetst.

58. Met uitzondering van Asturcom zijn alle belanghebbenden bij de procedure van mening dat de nationale rechter ook in het kader van een exequaturprocedure de bevoegdheid moet hebben het oneerlijke karakter van een arbitragebeding ambtshalve vast te stellen en dit beding nietig te verklaren. Deze opvatting wordt hier uitdrukkelijk onderschreven.

59. Mijns inziens wordt de door richtlijn 93/13 beoogde consumentenbescherming met deze opvatting het meest gediend. Zij komt ook overeen met de bewoordingen van artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13, waarin van de lidstaten uitdrukkelijk wordt verlangd erop toe te zien dat „doeltreffende en geschikte middelen bestaan" ter bescherming van de consumenten tegen het gebruik van oneerlijke bedingen. Van bijzonder belang voor de juridische beoordeling van de prejudiciële vraag is daarbij het door de gemeenschapswetgever benadrukte vereiste van het nuttig effect van nationale omzettingsmaatregelen. Dit komt overeen met de vaste rechtspraak van het Hof, die van de lidstaten in het kader van de omzetting van richtlijnen verlangt dat de rechten van particulieren op doeltreffende wijze worden gewaarborgd, indien de richtlijn dergelijke rechten toekent. [21]

60. De institutionele en procedurele autonomie van de lidstaten, ook wel bekend als „procesautonomie", staat hieraan geenszins in de weg. Blijkens vaste rechtspraak is het bij ontbreken van een gemeenschapsregeling ter zake, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor rechtsvorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen. [22]

21 — Zie arresten van 22 juni 1989, Fratelli Constanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punten 29 e.v.), en 30 mei 1991, Emmott (C-208/90, Jurispr. blz. I-4269, punten 20 e.v.). In die zin ook Schroeder, W., *EUV/EGV — Kommentar* (uitgegeven door Rudolf Streinz), artikel 249, punt 96, blz. 2183. Voor de verplichting van de lidstaten tot verzekering van het nuttig effect (effet utile) van een richtlijn bij de omzetting in nationaal recht, zie arrest van 8 april 1976, Royer (48/75, Jurispr. blz. 497).

22 — Zie in die zin arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5) en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043, punt 13), en 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12), alsmede arresten van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 29); 11 september 2003, Safalero (C-13/01, Jurispr. blz. I-8679, punt 49); 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 39); 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 28), en 12 februari 2008, Kempter (C-2/06, Jurispr. blz. I-411, punt 57).

61. In dit verband dient rekening te worden gehouden met het feit dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming volgens vaste rechtspraak een van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht is die voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en is bevestigd in artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice afgekondigde Handvest [23] van de grondrechten van de Europese Unie. [24] Hierbij komt dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het recht van verdediging dient te worden beschermd „in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden" [25], en derhalve ook in arbitrale procedures. [26]

62. Weliswaar betreft de exequaturprocedure in de interne rechtsorde van de lidstaten over het algemeen niet de materiële toetsing, maar slechts de gedwongen tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Ook is de mogelijkheid van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd om op materiële gronden verweer tegen de executoriale titel te voeren, volgens de tenuitvoerleggingsvoorschriften van de lidstaten in de regel beperkt en slechts mogelijk wanneer is voldaan aan bepaalde voorwaarden. [27] Desondanks ben ik van mening dat ook in het kader van de exequaturprocedure aan de nationale rechter een toetsingsbevoegdheid moet worden toegekend om ervoor te zorgen dat de door richtlijn 93/13 beoogde consumentenbescherming wordt gewaarborgd. [28]

63. Een andere uitlegging zou namelijk tot gevolg hebben dat het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst uiteindelijk zijn uitwerking zou hebben, en wel onherroepelijk ten nadele van de consument. Daarmee zou een rechtssituatie ontstaan die de gemeenschapswetgever vanwege de te beschermen bijzondere economische

23 — PB C 364, blz. 1.

24 — Arresten van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punten 18 en 19); 15 oktober 1987, Heylens e.a. (222/86, Jurispr. blz. 4097, punt 14); 27 november 2001, Commissie/Oostenrijk (C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45); 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad (C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39), en 19 juni 2003, Eribrand (C-467/01, Jurispr. blz. I-6471, punt 61).

25 — Zie arresten van 29 juni 1994, Fiskano/Commissie (C-135/92, Jurispr. blz. I-2885, punt 39), en 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21).

26 — Zie punt 59 van de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 27 april 2006 in de zaak Mostaza Claro (arrest aangehaald in voetnoot 3).

27 — De voor de tenuitvoerlegging bevoegde instantie zal zich in de regel houden aan de executoriale titel en niet zelf onderzoeken of de betrokken vordering daadwerkelijk bestaat, aangezien dit de verantwoordelijkheid is van de rechter die ten gronde oordeelt (zie Béguin, J./Ortscheidt, J./Seraglini, C. „La convention d'arbitrage", *La Semaine juridique — Édition Générale*, juni 2007, punt 26, blz. 17). Afhankelijk van de rechtsorde kunnen uitzonderingen gelden in het geval van nakoming en uitstel van betaling, wanneer de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd deze kan bewijzen door overlegging van bepaalde akten. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd mag in beginsel rechtsmiddelen instellen tegen procedurele fouten van de voor de tenuitvoerlegging bevoegde instantie. Afhankelijk van de betrokken rechtsorde heeft hij de beschikking over verschillende soorten van vorderingen waarmee hij materiële bezwaren tegen de tenuitvoerlegging kan indienen (zie Schellhammer, K., *Zivilprozess*, 10e druk, Heidelberg 2003, blz. 109 e.v., punten 219 en 223; Lackmann, R., *Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts*, 6e druk, München 2003, blz. 80, punt 210).

28 — In die zin ook Jordans, R., „Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, blz. 50. Hoewel excepties, die reeds in de arbitrageprocedure kunnen worden opgeworpen, in beginsel in de procedure betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis uitgesloten zijn, is de auteur van mening dat in geval van strijd met de openbare orde uitzonderingen denkbaar zijn.

belangen van de consument beslist wilde voorkomen.

64. Juist de feiten van de onderhavige zaak laten overduidelijk zien dat het niet met richtlijn 93/13 verenigbaar zou zijn als de exequaturrechter geen toetsingsbevoegdheid ter zake zou hebben. Dan zou de consument namelijk, om de nadelige gevolgen van een nietig beding in een overeenkomst te ontlopen, genoodzaakt zijn om reeds vóór het begin van de exequaturprocedure, dus in de daaraan voorafgaande procedure, verweer te voeren tegen het betrokken beding. In casu had Rodríguez Nogueira, als partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, dus reeds moeten verschijnen in de arbitrageprocedure, waarvan de rechtmatigheid juist door de verwijzende rechter in twijfel wordt getrokken. Met andere woorden, het nationale recht zou van de consument verlangen dat hij in een nietige procedure verschijnt, om de overeenkomst nietig te kunnen laten verklaren. Deze uitkomst is niet aanvaardbaar en laat zien dat aan de exequaturrechter een toetsingsbevoegdheid ter zake dient toe te komen.

65. Bovendien is voor het realiseren van de doelstelling van de richtlijn, zoals het Hof heeft vastgesteld, vereist dat de ongelijkheid tussen consument en verkoper kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om. [29] De verwijzende rechter heeft meegedeeld dat de Spaanse arbitragewet voor het scheidsgerecht noch in de verplichting noch in de mogelijkheid voorziet om het arbitragebeding ambtshalve te onderzoeken en de nietigheid van nietig of oneerlijk bevonden bedingen uit te spreken. [30]

66. Maar ook indien het scheidsgerecht hiertoe verplicht of bevoegd was geweest, bestaat gerede twijfel of een scheidsgerecht steeds als onafhankelijk en onpartijdig kan worden beschouwd, temeer omdat een arbiter eventueel een eigen belang kan hebben bij de handhaving van het arbitragebeding waarvoor hij bevoegd is. Dit wordt door de Commissie terecht aangevoerd. [31] Dat is bijvoorbeeld het geval in een situatie zoals die in het hoofdgeding, waarin de arbitrageovereenkomst is opgesteld door de organisatie die zelf met de uitvoering van de arbitrageprocedure is belast. Derhalve mag de toetsing van de nietigheid van een oneerlijk arbitragebeding niet uitsluitend aan de arbiter worden opgedragen. Deze taak moet veeleer worden overgelaten aan een rechter die alle waarborgen van de rechtsstaat voor rechterlijke onafhankelijkheid biedt.

67. Indien de betrokkene echter geen vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis instelt — hetgeen niet uit te sluiten is, juist omdat consumenten vaak niet over zakelijke ervaring beschikken [32] — en het vonnis dientengevolge in kracht van gewijsde gaat, zal de met de tenuitvoerlegging belaste rechter in de regel de enige en laatste instantie

29 — Zie punt 50 van deze conclusie.

30 — Zie vierde overweging van de verwijzingsbeschikking.

31 — Zie punt 37 van de memorie van de Commissie. Picó i Junoy, J., „El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", *Diario La Ley*, jaar XXVI, punt 6198, wijst eveneens op het gevaar van partijdigheid van een scheidsgerecht. De auteur ziet daarin bij wijze van uitzondering een reden voor afwijzing van het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging, voor zover aanwijzingen voor een dergelijke partijdigheid bestaan.

32 — Zie punt 51 van deze conclusie.

zijn die in staat is de rechtmatigheid van een beding in een overeenkomst te toetsen. [33] Om die reden dient in de communautaire rechtsorde aan de exequaturrechter, juist vanwege zijn unieke positie, een toetsingsbevoegdheid ter zake te worden toegekend. De lidstaten zijn dan verplicht te verzekeren dat de rechterlijke instantie over de vereiste bevoegdheden beschikt om het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging af te wijzen en het arbitraal vonnis te vernietigen.

68. Een reden voor de afwijzing van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging kan in beginsel voortvloeien uit overwegingen ter bescherming van de openbare orde van een lidstaat. Een volkenrechtelijke regeling hiervoor is te vinden in artikel 5, lid 2, sub a, van het Verdrag van New York van 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken [34] alsmede in artikel 29, lid 2, van het Verdrag van 1966 tot invoering van een eenvormige wet inzake arbitrage in het kader van de Raad van Europa. [35] Een aantal lidstaten van de Europese Unie heeft in de eigen rechtsorde vergelijkbare regelingen opgenomen. [36]

69. Het positieve recht van Spanje kent de exequaturrechter niet uitdrukkelijk de bevoegdheid toe om ambtshalve de geldigheid van een arbitragebeding te onderzoeken. Daarop wijst ook de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking. In zoverre zijn de controlebevoegdheden van een Spaanse exequaturrechter, zoals in de meeste lidstaten van de Gemeenschap, beperkt en vooral gericht op de inachtneming van de formaliteiten van de exequaturprocedure. Toch kan worden vastgesteld dat in de afgelopen jaren verschillende met de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen belaste Spaanse rechters verzoeken om verlof tot tenuitvoerlegging hebben afgewezen op grond dat de arbitrale

33 — In die zin Picó i Junoy, J., t.a.p. (voetnoot 31).

34 — Te vinden op de website van de Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) http://www.uncitral.org. Artikel 5, lid 2, sub a, van het Verdrag luidt als volgt: „Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:... (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the *public policy* of that country". Picó i Junoy, J., t.a.p. (voetnoot 31), is van mening dat het Spaanse recht in het licht van deze volkenrechtelijke bepaling dient te worden uitgelegd. Op grond daarvan zou de nationale rechter het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging moeten afwijzen en het arbitraal vonnis moeten vernietigen.

35 — Te vinden op de website van de Raad van Europa. Artikel 29 van het Verdrag bevat de volgende bepaling: „(1) An arbitral award may be enforced only when it can no longer be contested before arbitrators and when an enforcement formula has been apposed to it by the competent authority on the application of the interested party. (2) The competent authority shall refuse the application if the award or its enforcement is contrary to *ordre public* or if the dispute was not capable of settlement by arbitration".

36 — In Duitsland zijn de relevante regelingen te vinden in de Zivilprozessordnung (ZPO; wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Conform § 1060, lid 1, ZPO vindt de tenuitvoerlegging plaats, indien het arbitraal vonnis uitvoerbaar is verklaard. In § 1060, lid 2, ZPO is bepaald dat het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging met vernietiging van het arbitraal vonnis dient te worden afgewezen, wanneer sprake is van één van de in § 1059, lid 2, bedoelde vernietigingsgronden. § 1059, lid 2, punt 2, sub b, ZPO voorziet in een bijzondere vernietigingsgrond, volgens welke een arbitraal vonnis kan worden vernietigd indien de rechter vaststelt dat de erkenning of tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis tot een uitkomst leidt die in strijd is met de openbare orde (ordre public). De vernietigingsgronden van § 1059, lid 2, punt 2, ZPO dienen in de procedure tot uitvoerbaarverklaring — ambtshalve (Senat, BGHZ 142, 204, 206) — ook na afloop van de voor de vordering tot vernietiging vastgelegde termijnen (§ 1059, lid 3, ZPO) te worden toegepast. In het Belgisch Gerechtelijk Wetboek wordt in artikel 1710, lid 1, bepaald dat de tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak slechts kan plaatsvinden nadat zij, op verzoekschrift van de belanghebbende partij, door de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg uitvoerbaar is verklaard. Artikel 1710, lid 3, bepaalt dat de voorzitter het verzoek afwijst, indien de uitspraak in strijd is met de openbare orde.

vonnissen in kwestie niet verenigbaar waren met de openbare orde. [37] Een aanzienlijk deel van de rechtspraak [38] en de rechtsleer [39] in Spanje lijkt deze rechtsopvatting te delen. In de nieuwere rechtspraak is in wezen een zelfde lijn te ontdekken, waarbij het vereiste van de consumentenbescherming wordt aangevoerd als grond voor een toetsingsbevoegdheid van de exequaturrechter ter zake. [40] Desondanks lijkt de rechtssituatie in Spanje bij gebreke van een eenduidige uitspraak van de hoogste rechterlijke instantie tot op heden niet volledig duidelijk te zijn.

70. De receptie in de communautaire rechtsorde van een in het volkenrecht, maar ook in de rechtsorde van een aantal lidstaten van de Europese Unie erkend rechtsbeginsel dat de tenuitvoerlegging van een met de openbare orde strijdig arbitraal vonnis verbiedt, lijkt mij opportuun, aangezien het Hof de gemeenschapsrechtelijke bepalingen ter bescherming van de consument van richtlijn 93/13 in het arrest Mostaza Claro impliciet heeft aangemerkt als bepalingen die kunnen behoren tot de openbare orde. [41] Hieruit heeft het Hof afgeleid dat de vernietiging van een met deze bepalingen strijdig arbitraal vonnis gerechtvaardigd is.

71. Zoals het Hof in het genoemde arrest tot uitdrukking heeft gebracht, gebiedt de dwingende bepaling van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13, volgens welke oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument „de consument niet binden", dat de nationale rechter ambtshalve beoordeelt of een beding in een overeenkomst oneerlijk is, en aldus het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de verkoper compenseert. [42]

37 — Zie bijvoorbeeld beschikkingen van de Audiencia Provincial de Madrid (sección 14) van 28 juli 2005 (rec. num. 302/2005) en 29 juli 2005 (rec. num. 155/2005).

38 — Zie arrest van het Tribunal Supremo van 6 november 2007 (arrest nr. 8/2007). Daarin stelt het Tribunal Supremo vast dat de exequaturrechter op grond van de aan hem toegekende bevoegdheden gemachtigd is te onderzoeken of rekening is gehouden met het primaat van het gemeenschapsrecht en met andere redenen van openbare orde. Het Tribunal Supremo noemt evenwel geen bepalingen ter staving van zijn rechtsopvatting.

39 — Zie Picó i Junoy, J., t.a.p. (voetnoot 31), Lorca Navarrete, A. M., „Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente ley de arbitraje", *Diario La Ley*, punt 6005.

40 — Zie bijvoorbeeld beschikkingen van de Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) van 10 juni 2008 (rec. num. 694/2007), van 19 juni 2007 en 24 mei 2007.

41 — Arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 38). Dit wordt in de rechtsleer ook zo opgevat. Zie Jordans, R., t.a. p. (voetnoot 28), blz. 50, die het arrest zo opvat dat het Hof het oneerlijke karakter van het betrokken beding als dusdanig ernstig heeft beschouwd dat het het tot de openbare orde heeft gerekend. Naar de opvatting van Loos, M., „Case: ECJ — Mostaza Claro", *European Review of Contract Law*, 2007, deel 4, blz. 443, heeft het Hof aan de dwingende bepalingen van de richtlijn inzake consumentenbescherming de status van regels van openbare orde toegekend, zoals reeds eerder was gebeurd met de mededingingsbepalingen. Poissonnier, G./ Tricoit, J.-P., „La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation", *Petites affiches*, september 2007, punt 189, blz. 15, wijzen erop dat het Hof, anders dan de Commissie, de gemeenschapsrechtelijke bepalingen op het gebied van de consumentenbescherming niet uitdrukkelijk tot de regels van openbare orde heeft gerekend. Zij zijn evenwel van mening dat de uiteenzetting van het Hof in dat arrest in die zin zou kunnen worden opgevat. Volgens Courbe, P./Brière, C./ Dionisi-Peyrusse, A./Jault-Seseke, F./Legros, C., „Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006", *Petites affiches*, 2007, punt 152, blz. 14, heeft deze rechtspraak van het Hof tot gevolg dat de bepalingen voor consumentenbescherming van richtlijn 93/13 regels van openbare orde worden.

42 — Arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 38).

Anderzijds vormt richtlijn 93/13, die tot doel heeft de bescherming van de consument te bevorderen, naar de opvatting van het Hof overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap. [43]

72. Ik ben mij er wel degelijk van bewust dat de hier voorgestane uitlegging van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 93/13 per saldo een doorbreking van de kracht van gewijsde volgens de rechtsorde van een aantal lidstaten kan betekenen, zodat de vraag moet worden gesteld hoe deze uitlegging in overeenstemming kan worden gebracht met de bestaande rechtspraak van het Hof inzake de rechtsgeldigheid van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale handelingen en vonnissen.

73. Het Hof heeft in zijn arrest Kapferer [44] gewezen op het belang, zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsordes, van het beginsel van kracht van gewijsde en heeft daarbij het uitgangspunt bevestigd dat het, om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, van belang is dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld. Verder heeft het Hof, onder verwijzing naar het arrest Eco Swiss [45], beslist dat het uit artikel 10 EG voortvloeiende beginsel van samenwerking voor een nationale rechter niet betekent dat hij nationale procedureregels buiten toepassing moet laten, met het doel een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te toetsen en te vernietigen, indien blijkt dat deze in strijd is met gemeenschapsrecht. [46]

74. Het Hof heeft dit spanningsveld tussen rechtszekerheid en consumentenbescherming evenwel opgeheven door impliciet duidelijk te maken dat het beginsel van kracht van gewijsde slechts geldt onder het voorbehoud dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in acht worden genomen. Bij de vastlegging van de procedures voor beroepen in rechte die de bescherming moeten waarborgen van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, dienen de lidstaten er namelijk voor te zorgen dat die procedures niet minder gunstig zijn dan die welke gelden voor overeenkomstige vorderingen op basis van nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk maken (effectiviteitsbeginsel). [47]

75. Op grond van bovenstaande overwegingen, vooral gezien de noodzaak van een doeltreffende consumentenbescherming [48] en

43 — Ibidem, punt 37.
44 — Arrest van 16 maart 2006, Kapferer (C-234/04, Jurispr. blz. I-2585, punt 20).
45 — Arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 46 en 47).
46 — Arrest Kapferer (aangehaald in voetnoot 44, punt 20).
47 — Arrest Kapferer (aangehaald in voetnoot 44, punt 22).
48 — Zie punt 59 van deze conclusie.

gelet op de rechtspraak van het Hof [49], die uitdrukkelijk een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om verlangt, ben ik ervan overtuigd dat een doorbreking van de kracht van gewijsde bij wijze van uitzondering noodzakelijk kan zijn.

76. Uit het bovenstaande volgt dat de nationale rechter een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, dient af te wijzen en dit vonnis dient te vernietigen wanneer hij tot de conclusie komt dat de arbitrageovereenkomst een voor de consument oneerlijk beding bevat. [50]

2. De toetsingsverplichting van de exequaturrechter

77. Hoewel de prejudiciële vraag op dit punt niet geheel duidelijk is, lijkt de verwijzende rechter het Hof klaarblijkelijk tevens te verzoeken om beantwoording van de vraag of de exequaturrechter niet slechts bevoegd, maar ook verplicht is om ambtshalve te toetsen of een arbitragebeding oneerlijk is.

78. In dit verband dient allereerst te worden vastgesteld dat het Hof zowel in het arrest Océano [51] als in het arrest Cofidis [52] heeft gesproken van de „bevoegdheid" respectievelijk de „mogelijkheid" van de nationale rechter tot ambtshalve toetsing van het oneerlijke karakter van een beding. Op het eerste gezicht zou dit tot de conclusie kunnen leiden dat de nationale rechter het oneerlijke karakter van een beding weliswaar mag toetsen, maar dat hij daartoe niet verplicht is. Een dergelijke lezing van deze arresten houdt evenwel geen rekening met het feit dat de door richtlijn 93/13 beoogde consumentenbescherming centraal staat in de overwegingen van het Hof.

79. Het Hof heeft er met name aan gehecht te benadrukken dat van een dergelijke rechterlijke toetsing een afschrikkende werking kan uitgaan, die ertoe bijdraagt dat een einde wordt gemaakt aan het gebruik van oneerlijke bedingen in door een verkoper met consumenten gesloten overeenkomsten. Mijns inziens zou de beoogde afschrikkende

49 — Zie punt 50 van deze conclusie.

50 — In die zin ook Azparren Lucas, A., „Intervención judicial en el arbitraje — La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral", *Diario La Ley*, jaar XXVIII, nr. 6789, die het arrest Mostaza Claro becommentarieert en van mening is dat het antwoord op de vraag in de onderhavige zaak in wezen op dezelfde argumenten zou moeten berusten als in de zaak Mostaza Claro. Naar zijn opvatting baseert het Hof zich in het laatstgenoemde arrest op het doeltreffendheidsbeginsel, volgens hetwelk de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet uiterst moeilijk mag worden gemaakt.

51 — Aangehaald in voetnoot 8, punt 25.

52 — Aangehaald in voetnoot 9, punten 32, 33 en 35.

werking van een dergelijke toetsing echter sterk worden verminderd, indien de exequaturrechter ze naar eigen goeddunken wel of niet zou kunnen verrichten. De bescherming van consumenten wordt daarentegen, in overeenstemming met de bepalingen van het gemeenschapsrecht, gewaarborgd indien de nationale rechter tot een dergelijke toetsing verplicht is. [53]

80. Op deze gedachtegang berust mijns inziens ook het arrest Mostaza Claro. Daarin heeft het Hof vastgesteld dat de positie die de consumentenbescherming binnen de communautaire rechtsorde inneemt, rechtvaardigt 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". [54]

81. Dienovereenkomstig heeft het Hof in het bovengenoemde arrest tevens beslist dat richtlijn 93/13 „aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen". Zoals reeds vermeld, heeft het Hof zijn beslissing in wezen gemotiveerd door erop te wijzen dat de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake de consumentenbescherming regels van openbare orde zijn. [55]

82. Uit het bovenstaande vloeit derhalve voort dat het gemeenschapsrecht aan de nationale rechter een toetsingsverplichting oplegt.

53 — In die zin ook Van Huffel, M., „La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrets Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice", *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, blz. 97, die de mening is toegedaan dat de door het Hof nagestreefde doelen alleen kunnen worden bereikt, indien de nationale rechter gehouden is ambtshalve te beoordelen of een beding in een overeenkomst oneerlijk is.

54 — Arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punten 35-38). Zie de verschillende taalversies van het arrest, bijvoorbeeld de Spaanse („*deba* apreciar de oficio"), de Duitse („von Amts wegen […] prüfen *muss*"), de Franse („*soit tenu* d'apprécier d'office"), de Engelse („*being required* to assess of its own motion"), de Italiaanse („*sia tenuto* a valutare d'ufficio"), de Nederlandse („ambtshalve *dient* te beoordelen") en de Portugese („*deva* apreciar oficiosamente").

55 — Arrest Mostaza Claro (aangehaald in voetnoot 3, punt 38). Dit wordt in de rechtsleer ook zo opgevat. Zie Jordans, R., t.a.p. (voetnoot 28), en Poissonnier, G./Tricoit, J.-P., t.a.p. (voetnoot 41).

VII — Conclusie

83. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vraag van de Juzgado de Primera Instancia nº4 de Bilbao als volgt te beantwoorden:

„Uit het doel van consumentenbescherming van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, vloeit voort dat de rechter die kennis neemt van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve de nietigheid van de arbitrageovereenkomst dient te beoordelen en het arbitraal vonnis nietig dient te verklaren wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst een voor de consument oneerlijk beding bevat."