FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 14 maj 2009 [1]

I — Inledning

1. I detta förfarande för förhandsavgörande har Juzgado de Primera Instancia nº4 de Bilbao (nedan kallad den hänskjutande domstolen) ställt en tolkningsfråga till domstolen om tolkningen av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal. [2]

2. Närmare bestämt ska det i detta sammanhang undersökas huruvida det av direktivets konsumentskyddssyfte framgår att den nationella domstol som ska pröva en ansökan om utmätning ex officio kan pröva giltigheten av skiljeavtalet och följaktligen upphäva skiljedomen om skiljeavtalet innehåller en oskälig klausul till nackdel för konsumenten.

1 — Originalspråk: tyska.
2 — EGT L 95, s. 29, svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. Artikel 3.1 i direktiv 93/13 har följande lydelse:

”Ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling skall anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.”

4. Artikel 6.1 i ovannämnda direktiv har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en närings-

idkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, bindande för konsumenten och att avtalet skall förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren.”

5. I artikel 7.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter.”

6. I bilagan till direktivet ges en vägledande förteckning över avtalsvillkor som kan anses oskäliga. Bland dessa anges i punkt 1 q i bilagan avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är ”att upphäva eller inskränka konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder, särskilt genom att kräva att konsumenten för tvister enbart till skiljeförfarande som inte är reglerat i lag, genom att orättmätigt inskränka konsumentens tillgång till bevismedel eller genom att pålägga konsumenten en bevisbörda som enligt gällande rätt bör ligga hos någon annan avtalspart”.

B — *Den nationella lagstiftningen*

7. Skyddet för konsumenter mot oskäliga avtalsvillkor följde i spansk rätt inledningsvis av den allmänna lagen nr 26/1984 om skydd för konsumenter och användare (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) av den 10 juli 1984 (BOE nr 176 av den 24 juli 1984) (nedan kallad lag nr 26/1984).

8. Lag nr 26/1984 ändrades genom lag nr 7/1998 om allmänna avtalsvillkor (Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contractación) av den 13 april 1998 (BOE nr 89 av den 14 april 1998) (nedan kallad lag nr 7/1998). Genom lag nr 7/1998 införlivades direktivet med nationell rätt.

9. Genom lag nr 7/1998 infördes bland annat en artikel 10a i lag nr 26/1984. I artikel 10a punkt 1 i lag nr 26/1984 föreskrivs följande:

”Villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling och som i strid med kravet på tro och heder medför en betydande

obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten anses oskäliga. De villkor som räknas upp i den första tilläggsbestämmelsen i denna lag ska under alla omständigheter betraktas som oskäliga.”

10. Artikel 8 i lag nr 7/1998 har följande lydelse:

”1. Allmänna villkor som strider mot bestämmelserna i denna lag, eller mot någon annan tvingande bestämmelse eller förbud, till nackdel för den som har ingått avtalet är ogiltiga, såvida inte något annat föreskrivs i dessa bestämmelser.

2. Detta gäller i synnerhet de allmänna villkor som har införts i konsumentavtal och som skall betraktas som oskäliga, åtminstone i den mening som avses i artikel 10a och första tilläggsbestämmelsen i lag nr 26/1984 …”

11. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen reglerades skiljeförfaranden genom lag nr 60/2003 om skiljeförfarande (Ley 60/2003 de Arbitraje) av den 23 december 2003 (BOE nr 309 av den 26 december 2003) (nedan kallad lag nr 60/2003).

12. I artikel 8.4 och 8.5 i lag nr 60/2003 föreskrivs följande:

”4. Underrätten på den ort där skiljedomen meddelats är behörig domstol för prövning av beslut om utmätning enligt artikel 545.2 i civilprocesslagen …

5. Talan mot skiljedomen på grund av ogiltighet ska väckas vid Audiencia Provincial på den ort där denna meddelats.”

13. Artikel 22 i lag nr 60/2003 har följande lydelse:

”1. Skiljemännen ska kunna pröva sin egen behörighet samt invändningar avseende skiljeavtalets existens eller giltighet eller andra invändningar som hindrar domarna från att pröva tvisten i sak. Härvid ska ett skiljeavtal som utgör en del av ett annat avtal betraktas som en överenskommelse som är oberoende av de övriga avtalsvillkoren. Ett beslut från skiljemännen att ogiltigförklara avtalet innebär inte i sig att skiljeavtalet är ogiltigt.

2. De invändningar som avses i första stycket ska framföras senast då svaromålet inges. Den omständigheten att en part har utsett eller deltagit i utnämningen av skiljemännen hindrar inte parten från att göra sådana invändningar. En invändning om att skiljemännen har överskridit sin behörighet ska framföras så snart frågor som ligger utanför skiljeuppdraget uppkommer."

14. Artikel 40 i lag nr 60/2003 har följande lydelse:

"Talan om ogiltigförklaring av en skiljedom ska väckas inom de föreskrivna fristerna."

15. Artikel 41 i lag nr 60/2003 innehåller följande bestämmelser:

"En skiljedom kan endast ogiltigförklaras när den part som yrkar ogiltigförklaring har påstått och visat:

a) att det inte föreligger något skiljeavtal eller att avtalet inte är giltigt,

b) att parten inte vederbörligen har underrättats om utnämningen av en skiljeman eller om skiljeförfarandet, eller av något annat skäl inte har kunnat göra gällande sin rätt,

...

f) att skiljedomen strider mot grunderna för rättsordningen."

16. Artikel 43 i lag nr 60/2003 har följande lydelse:

"Den lagakraftvunna skiljedomen har rättskraft. För att få till stånd en prövning av domen kan endast de bestämmelser i civilprocesslagen (Ley de Enjuiciamiento Civil) som avser lagakraftvunna domar åberopas."

17. Enligt artikel 44 i lag nr 60/2003 regleras utmätning med anledning av skiljedomar av vad som föreskrivs i civilprocesslagen och i avdelning VII i lag 60/2003.

18. I artikel 517 punkt 2.2 i lag nr 1/2000 (civilprocesslagen) av den 7 januari 2000 (BOE av den 8 januari 2000, nedan kallad lag nr 1/2000) anges att skiljedomar och beslut i skiljeförfaranden kan föranleda utmätning.

19. Enligt artikel 556 punkt 1 i lag nr 1/2000 har den som är föremål för verkställighet rätt att inom tio dagar efter det att beslutet om verkställande meddelats framföra invändningar mot verkställandet.

20. I artikel 559 punkt 1 i lag nr 1/2000 anges ett antal processrättsliga brister som den som är föremål för verkställigheten kan åberopa som verkställighetshinder.

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

21. María Cristina Rodríguez Nogueira ingick den 24 maj 2004 ett avtal med leverantören Asturcom Telecomunicaciones S L (nedan kallad Asturcom) om specialerbjudande på mobiltelefoner för privatpersoner. Avtalet innehöll en skiljeklausul enligt vilken tvister rörande genomförandet av nämnda avtal skulle avgöras genom skiljeförfarande vid Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Europeiska skiljedomsorganisationen) (nedan kallad AEADE).

22. Genom avtalet förband sig Cristina Rodríguez Nogueira bland annat att behålla abonnemanget i arton månader räknat från och med den dag då tjänsten faktiskt tillhandahölls henne och att använda varje abonnemang för minst 6 euro. Hon åtog sig att inte ändra de villkor som överenskommits med teleoperatören, att betala fakturorna och att inte avsluta andra telefonabonnemang som hon hade tecknat hos samma teleoperatör. Det angavs att om kunden åsidosatte sina skyldigheter enligt avtalet skulle kunden betala 300 euro till leverantören per telefonabonnemang med tillämpning av ett i det enskilda fallet lämpligt förfarande.

23. Eftersom Cristina Rodríguez Nogueira underlät att betala vissa fakturor och sa upp avtalet innan den kortaste abonnemangstiden löpt ut, begärde Asturcom den 16 februari 2005 att AEADE i Bilbao skulle meddela en skiljedom på grund av avtalsbrott.

24. Genom skiljedom som meddelades den 14 april 2005 förpliktades Cristina Rodríguez Nogueira att erlägga totalt 669,69 euro. Eftersom hon inte väckt talan om ogiltigförklaring av denna skiljedom, vann skiljedomen laga kraft.

25. Den 29 oktober 2007 ansökte Asturcom om verkställighet av skiljedomen mot Cristina Rodríguez Nogueira och begärde att hon skulle förpliktas att betala det ovannämnda beloppet jämte 300 euro ränta och kostnader.

26. I sitt beslut om hänskjutande anger den hänskjutande domstolen inledningsvis varför den anser att den skiljeklausul som avtalet innehåller är oskälig. Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang bland annat hänvisat till den omständigheten att den organisation som handlägger skiljeförfarandet själv skriver avtal för mobiltelefoner, att det i skiljeavtalet inte anges i vilken stad skiljeförfarandet ska äga rum, att det saknas möjlighet att välja mellan olika städer och att kostnaden för att ta sig till platsen för skiljeförfarandet överstiger skulden.

27. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att den spanska lagen om skiljeförfarande varken innehåller en skyldighet eller en möjlighet för skiljemän att ex officio undersöka skiljeklausulen och ogiltigförklara klausuler som är ogiltiga eller oskäliga.

28. Den hänskjutande domstolen har uttryckt tvivel inför huruvida bestämmelserna rörande förfarandet är förenliga med gemenskapslagstiftningen. Den beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Medför det konsumentskydd som säkerställs genom rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal att en domstol som ska pröva en ansökan om utmätning till följd av en lagakraftvunnen skiljedom som har meddelats i konsumentens utevaro, ex officio kan pröva giltigheten av skiljeavtalet och följaktligen upphäva skiljedomen om skiljeavtalet innehåller en oskälig klausul till nackdel för konsumenten?”

IV — Förfarandet vid domstolen

29. Beslutet om hänskjutande av den 29 januari 2008 inkom till domstolens kansli den 5 februari 2008.

30. Asturcom, Konungariket Spaniens regering och Republiken Ungerns regering samt kommissionen har inkommit med skriftliga

yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

31. Då begäran om muntlig förhandling inte har framställts, var målet efter domstolens allmänna sammanträde den 10 februari 2009 färdigt för detta förslag till avgörande.

V — Parternas huvudsakliga argument

32. *Asturcom* har föreslagit att den hänskjutande domstolens tolkningsfråga ska besvaras nekande. Företaget har erinrat om att även om den nationella domstolen inte har en motsvarade behörighet enligt spansk rätt kan spanska domstolar, till följd av domen i målet Mostaza Claro [3], ex officio pröva giltigheten av ett skiljeavtal inom ramen för en talan om ogiltigförklaring. Därav följer att den nationella lagstiftningen uppfyller de krav som fastställts i gemenskapslagstiftningen vad gäller konsumentskydd mot oskäliga klausuler.

33. Asturcom har vidare påpekat att beslut som meddelas av skiljedomstolar och domstolar jämställs, enligt rättspraxis från den spanska Tribunal Constitucional (författningsdomstolen), vilket innebär att, i den mån en skiljedom, såsom i förevarande fall, inte överklagas inom en frist på två månader från delgivningen, denna dom, i likhet med en dom av domstol som inte kan överklagas och kan verkställas, vinner laga kraft. Följaktligen kan en domstol, som är behörig vad gäller verkställigheten av en skiljedom som inte kan överklagas, inte ex officio pröva huruvida ett skiljeavtal är giltigt eller ogiltigt och således vägra utmätning, vilket för övrigt Audiencia Provincial de Madrid klargjort i sin rättspraxis.

34. En sådan tolkning gör det inte endast möjligt att iaktta den rättssäkerhetsprincip som kommer till uttryck i rättskraften, utan den är dessutom förenlig med den ovannämnda domen i målet Mostaza Claro, enligt vilken den nationella domstolen endast inom ramen för en talan om ogiltigförklaring av en skiljedom som ännu inte vunnit laga kraft kan fastställa att en oskälig skiljeklausul är ogiltig.

35. Den *ungerska regeringen* och den *spanska regeringen* har däremot föreslagit att domstolen ska fastställa att den nationella domstol som ska pröva en ansökan om utmätning med anledning av en redan lagakraftvunnen skiljedom har behörighet att pröva giltigheten av ett skiljeavtal. De har huvudsakligen åberopat samma typ av argument, framför allt med avseende på möjligheten till en analog tillämpning av de principer som utvecklats i rättspraxis.

3 — Dom av den 26 oktober 2006 i mål C-168/05, Mostaza Claro (REG 2006, s. I-10421).

36. Den *ungerska regeringen* har framför allt gjort gällande att det av domstolens rättspraxis framgår att det av skäl av allmänintresse som ligger till grund för direktivets skyddssyfte krävs att den nationella domstolen, framför allt i ett fall som det i målet vid den nationella domstolen, prövar om en klausul i ett konsumentavtal är oskäligt.

37. Den *spanska regeringen* är huvudsakligen av samma uppfattning och har lämnat några kompletterande uppgifter om nationell processrätt.

38. Den spanska regeringen har påpekat att spansk rätt inte är oförenlig med gemenskapsrätten vad gäller konsumentskydd mot oskäliga klausuler. Enligt de tillämpliga spanska bestämmelserna får och måste giltigheten av en skiljeklausul prövas mot bakgrund av allmän lag och ordning och inte endast av den domstol som är behörig för fastställelseförfarandet, utan även av den domstol som beslutar om verkställighet, oberoende av om de berörda parterna varit närvarande vid förfarandet i skiljedomstolen eller i den domstol som beslutar om verkställighet och oberoende av om de har överklagat domen.

39. Enligt den spanska regeringen har det i flera domstolsavgöranden i Spanien, bland annat i en dom från Audiencia Nacional av den 9 maj 2005, fastställts att nationella domstolar har behörighet att kontrollera verkställighet av skiljedomar, av hänsyn till ordre public, även om ingen av parterna har gjort någon invändning.

40. Följaktligen måste såväl ett korrekt genomförande av konsumentskyddet som en vid tolkning av begreppet ordre public göra det möjligt för den nationella domstol som beslutar om verkställighet att ex officio pröva huruvida skiljeavtalet är giltigt och att ogiltigförklara skiljedomen om den fastställer att skiljeavtalet innehåller en oskälig klausul.

41. *Kommissionen* har inledningsvis uppmärksammat vissa skillnader mellan omständigheterna i förevarande mål och omständigheterna i målet Mostaza Claro,vilka består i för det första att konsumenten varit passiv i förevarande fall och för det andra att frågan huruvida klausulen i skiljeavtalet är oskälig inte uppkommer inom ramen för en talan om ogiltigförklaring av skiljedomen utan däremot inom ramen för en utmätning. Kommissionen har dessutom påpekat att den kontrollbefogenhet som den domstol som beslutar om verkställighet har i princip är mer begränsad än den kontrollbefogenhet som den domstol som inte prövar talan om ogiltigförklaring har.

42. Kommissionen har gjort gällande att betydelsen av de målsättningar som eftersträvas med direktivet innebär att den domstol som beslutar om verkställighet undantagsvis ex officio ska pröva huruvida en klausul i ett skiljeavtal är oskälig och eventuellt ogiltigförklara den. I en sådan situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken konsumenten inte har överklagat skiljedomen, är den domstol som beslutar om verkställighet det enda oberoende organ som inte har något personligt intresse av att skiljeklausulen upprätthålls, vilket gör den lämpad att pröva om denna klausul är giltig.

43. Kommissionen har slutligen yttrat sig i frågan, som den hänskjutande domstolen tagit upp, om bedömningen av huruvida en skiljeklausul är oskälig ska prövas ex officio av den nationella domstolen på grund av att denna har en rätt eller en skyldighet att göra en sådan prövning. Kommissionen har, av punkt 38 samt av domslutet i domen i målet Mostaza Claro, dragit slutsatsen att det föreligger en skyldighet att göra en prövning ex officio.

VI — Rättslig bedömning

A — *Inledande synpunkter*

44. Enligt definitionen i artikel 3 i direktiv 93/13 är ett oskäligt villkor ett villkor som den ekonomiskt överlägsna avtalsparten ensidigt utarbetat i förväg och påtvingat motparten, utan att denna kunnat påverka dess innehåll. Därvid kännetecknas ett oskäligt villkor enligt artikel 3.1 huvudsakligen av att det i strid med kravet på tro och heder medför en betydande obalans mellan avtalsparterna, till nackdel för konsumenten. [4]

45. Kännedom om problematiken med oskäliga villkor i konsumentavtal fanns redan innan direktiv 93/13 trädde i kraft. I ett tjänste- och konsumtionssamhälle som befinner sig i tillväxt, såsom det europeiska, har användningen av standardavtal, vars enskilda villkor inte varit föremål för individuell förhandling mellan parterna, ofrånkomligt blivit alltmer utbredd. Den risk som användningen av sådana avtalsvillkor som ensidigt utarbetats i förväg medför består i att den som utformat villkoret inte eller inte i tillräcklig omfattning beaktat avtalspartens intressen. [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, s. 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, s. 2.

46. Direktiv 93/13 syftar till att avhjälpa denna situation, närmare bestämt genom en delvis harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser på konsumentskyddsområdet. [6] Det syftar till att säkerställa ett enhetligt minimiskydd mot oskäliga villkor i konsumentavtal i gemenskapens medlemsstater. Den centrala delen i direktivet utgörs för det första av artikel 6.1 enligt vilken medlemsstaterna ska föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument ”inte är … bindande för konsumenten”. För det andra föreskrivs i artikel 7.1 att medlemsstaterna ska se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel ”för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter”.

47. Artiklarna 6 och 7 i direktiv 93/13 utgör i rättsdogmatiskt hänseende tvingande sekundärrättsliga konsumentskyddsbestämmelser som medför en begränsning av avtalsfriheten. [7]

B — *Nationella domstolars behörighet att pröva oskäliga villkor enligt domstolens rättspraxis*

48. Domstolen tolkade i domarna Océano [8], Cofidis [9] och Mostaza Claro [10] dessa bestämmelser och tilldelade dem en betydelse som gör det möjligt för den nationella domstolen att vid utövandet av sin kontrollfunktion på lämpligt sätt hantera oskäliga villkor. Förevarande mål ska ses mot bakgrund av dessa

6 — Direktiv 93/13 grundar sig också, såsom direktiv 85/577/EEG om avtal som ingås utanför fasta affärslokaler, direktiv 97/7/EG om distansavtal och direktiv 1999/44/EG om försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier, på en minimiharmonisering. Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter av den 8 oktober 2008 KOM(2008) 614 slutlig, i vilket de fyra direktiven slås samman till ett enda horisontellt direktiv, avviker uttryckligen från minimiharmoniseringen. Direktivförslaget avser en fullständig harmonisering, vilket innebär att medlemsstaterna inte får behålla eller anta bestämmelser som avviker från bestämmelserna i direktivet. Syftet med förslaget är att bidra till en väl fungerande inre marknad i förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter och att uppnå en hög gemensam konsumentskyddsnivå genom fullständig harmonisering av de viktigaste aspekter av konsumentavtalsrätten som är relevanta för den inre marknaden.

7 — Se, avseende begränsningen av avtalsfriheten genom gemenskapens rättsakter, Basedow, J., ”Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit”, *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, München 2009. Författaren anser att gemenskapens sekundärrätt, i den mån den avser privata avtal, till övervägande delen är av tvingande natur. De flesta bestämmelserna begränsar avtalsfriheten, endast några få bestämmelser hänvisar uttryckligen till parternas möjlighet att reglera ett visst förhållande genom avtal. I den juridiska doktrinen uppfattas avtalsfriheten som den viktigaste följden av parternas autonomi och därmed som en individuell rätt. Beträffande civilrättens autonomi se, i tysk doktrin, ur komparativrättslig synvinkel, Larenz, K., och Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, nionde upplagan, Beck, München, 2004, punkt 2. I österrikisk doktrin, se Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht* – Familienrecht, elfte upplagan, Wien 2000, s. 84. I fransk doktrin, se Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, tolfte upplagan, Paris 2006, s. 72, punkt 99. I spansk doktrin Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, volym I, tionde upplagan, Madrid 2002, s. 369 och följande sida. De sistnämnda författarna har påpekat att civilrättens autonomi begränsas av tvingande bestämmelser samt av bestämmelser som gäller ordre public.

8 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano (REG 2000, s. I-4941).

9 — Dom av den 21 november 2002 i mål C-473/00, Cofidis (REG 2002, s. I-10875).

10 — Se ovan fotnot 3.

domar. Det ska därför i det följande prövas i vilken mån de principer som utvecklats i domarna i de ovannämnda målen kan tillämpas i förevarande fall, med tanke på likheterna mellan målen.

49. Inledningsvis ska det hänvisas till de principer i rättspraxis mot bakgrund av vilka förevarande mål ska prövas.

50. Utgångspunkten för domstolens resonemang vid tolkningen av artiklarna 6 och 7 i direktiv 93/13 var konstaterandet ”att det genom direktivet införda skyddssystemet grundas på tanken att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren, i fråga om såväl förhandlingsposition som informationsnivå, vilket medför att konsumenten godkänner villkor som näringsidkaren har utformat i förväg, utan att kunna påverka villkorens innehåll”. [11] Domstolen drog av denna omständighet slutsatsen ”att den ojämlika situationen mellan konsumenten och näringsidkaren endast kan uppvägas av ett faktiskt ingripande från någon annan än de avtalsslutande parterna”. [12]

51. Domstolen fastslog vidare att den möjlighet som en nationell domstol har att ex officio pröva huruvida ett villkor är oskäligt utgör ett medel som är ägnat att uppnå det resultat som har slagits fast i artikel 6 i direktivet, det vill säga att förhindra att en konsument förblir bunden av ett oskäligt villkor. Domstolen ansåg även att den nationella domstolens behörighet att företa en prövning är ägnad att bidra till att förverkliga det mål som avses i artikel 7 i direktivet, eftersom en sådan prövning kan ha en avskräckande verkan som leder till att näringsidkarna upphör med att använda oskäliga villkor i konsumentavtalen. [13] Domstolen fastställde dessutom att möjligheten att ex officio pröva huruvida ett villkor är oskäligt ska anses nödvändig för att säkerställa att konsumenter tillförsäkras ett effektivt skydd, särskilt som det föreligger en inte obetydlig risk för att konsumenten, bland annat på grund av okunnighet, inte gör gällande att det villkor som han ställs inför är oskäligt.

52. Domstolen slog, mot bakgrund av det ovan anförda, i domen i målet Océano [14] fast att det skydd som konsumenterna garanteras i direktiv 93/13 innebär att den nationella domstolen ex officio får bedöma huruvida ett villkor i det avtal som har lagts fram för den är oskäligt vid prövningen av huruvida en ansökan som har getts in till de nationella domstolarna kan tas upp till sakprövning.

11 — Domen i målet Océano (ovan fotnot 8), punkt 25, och domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 25.

12 — Domen i målet Océano (ovan fotnot 8), punkt 27, och domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 26.

13 — Domen i målet Océano (ovan fotnot 8), punkt 28, domen i målet Cofidis (ovan fotnot 9, punkt 32, och domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 27.

14 — Ovan fotnot 8, punkt 29.

53. I domen i målet Cofidis [15] preciserade domstolen sin rättspraxis så, att en nationell domstols behörighet att ex officio eller efter invändning av konsumenten pröva om ett villkor i ett avtal är ogiltigt inte kan vara beroende av att en preklusionsfrist iakttagits. Det speciella skyddssystem som inrättas genom direktivet skulle enligt domstolens uppfattning definitivt urholkas. [18]

C — *Bedömning av tolkningsfrågorna*

54. I domen i målet Mostaza Claro [16] fastställde domstolen slutligen att en nationell domstol som har att pröva ett yrkande om upphävande av en skiljedom får pröva huruvida skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva denna skiljedom om nämnda avtal innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte har åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet utan endast inom ramen för en klandertalan.

1. Huruvida den domstol som ska besluta om verkställighet har behörighet att företa en prövning

55. Domstolen motiverade sitt avgörande med att den målsättning som eftersträvas med artikel 6 i direktivet inte skulle kunna uppnås, om den domstol vid vilken talan har väckts mot en skiljedom inte kunde pröva huruvida denna skiljedom är ogiltig endast på grund av att konsumenten inte har åberopat skiljeklausulens ogiltighet under skiljeförfarandet. [17] En sådan underlåtenhet från konsumentens sida skulle i så fall inte under några omständigheter kunna uppvägas av ett ingripande av personer som inte är avtalsparter.

56. Liksom målet Mostaza Claro avser förevarande mål ett skiljeavtal som den hänskjutande domstolen anser oskäligt. [19] Av domstolens rättspraxis framgår att det ankommer på den nationella domstolen att fastställa om ett avtalsvillkor uppfyller kriterierna för att anses oskäligt i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 93/13. [20] Den hänskjutande domstolen anser att det omtvistade skiljeavtalet är ett hinder för Cristina Rodríguez Nogueiras rätt till försvar och för hennes framställande av yrkanden och invändningar, vilket talar för en kvalificering enligt artikel 3.3 i direktivet jämförd med punkt q i bilagan.

15 — Ovan fotnot 9, punkt 38.
16 — Ovan fotnot 3, punkt 39.
17 — Ibidem, punkt 30.
18 — Ibidem, punkt 31.
19 — Se punkt 3 i beslutet om hänskjutande.
20 — Se dom av den 1 april 2004 i mål C-237/02, Freiburger Kommunalbauten (REG 2004, s. I-3403), punkt 22, och domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 23.

57. Förevarande mål skiljer sig emellertid från målet Mostaza Claro på så sätt att Cristina Rodríguez Nogueiras varken var närvarande i skiljedomstolen eller väckte talan om upphävande av skiljedomen. Till skillnad från vad som var fallet i domen i målet Mostaza Claro uppkommer här därför inte frågan om den nationella domstolen inom ramen för ett exekutionsförfarande får fastställa att en klausul är oskälig. En annan skillnad är att den konsument som berördes i domen i målet Mostaza Claro uttryckligen åberopade att den ifrågasatta skiljeklausulen var oskälig, medan den hänskjutande domstolen i detta förfarande har ställt frågan om det även vid prövningen av en ansökan om utmätning ex officio ska prövas huruvida en sådan klausul är oskälig.

58. Med undantag för Asturcom anser samtliga deltagare i förfarandet att den nationella domstolen också inom ramen för ett exekutionsförfarande måste ha behörighet att ex officio fastställa att en skiljeklausul är oskälig och att ogiltigförklara den. Jag delar denna uppfattning.

59. Jag anser att denna tolkning bäst tar hänsyn till konsumentskyddssyftet i direktiv 93/13. Den överensstämmer även med ordalydelsen i artikel 7.1 i direktiv 93/13, i vilken det uttryckligen föreskrivs att medlemsstaterna ska tillämpa ”lämpliga och effektiva medel” för att skydda konsumenter mot användning av oskäliga avtalsvillkor. Kravet på att nationella genomförandeåtgärder ska vara effektiva, vilket har framhållits av gemenskapslagstiftaren, är därvid av särskild betydelse för den rättsliga bedömningen av tolkningsfrågan. Det är slutligen förenligt med domstolens fasta rättspraxis att medlemsstaterna vid införlivandet av direktiv effektivt ska garantera enskildas rättigheter när direktivet tillerkänner dem sådana rättigheter. [21]

60. Medlemsstaternas institutionella och förfaranderättsliga autonomi, allmänt kallad ”processuell autonomi”, utgör i vart fall inte något hinder mot detta. Av domstolens fasta rättspraxis framgår däremot att det i avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ankommer på varje medlemsstats interna rättsordning att ange vilka domstolar som är behöriga och att fastställa de processuella regler som gäller för en talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten. [22]

21 — Se dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Constanzo (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83), punkt 29 och följande punkter, och av den 30 maj 1991 i mål C-208/90, Emmott (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-393), punkt 20 och följande punkter. Se även, för ett liknande resonemang, Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (utgiven av Rudolf Streinz), artikel 249, punkt 96, s. 2183. Beträffande medlemsstaternas skyldighet att säkerställa den ändamålsenliga verkan (effet utile) av ett direktiv när det införlivas med nationell rätt, se dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (REG 1976, s. 497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 73).

22 — Se, för ett liknande resonemang, domar av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, och i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), punkt 13, dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12 samt dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297), punkt 29, av den 11 september 2003 i mål C-13/01, Safalero (REG 2003, s. I-8679), punkt 49, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 39, av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28, och av den 12 februari 2008 i mål C-2/06, Kempter (REG 2008, s. I-411), punkt 57.

61. Detta ska betraktas mot den bakgrunden att principen om ett effektivt rättsskydd enligt fast rättspraxis utgör en av gemenskapsrättens allmänna principer. Den har sitt ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och har stadfästs i artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt bekräftats i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som proklamerades i Nice den 7 december 2000. [23] [24] Dessutom ska enligt domstolens fasta rättspraxis ”rätten till försvar [iakttas] i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot”, [25] således även i skiljeförfaranden. [26]

62. I ett exekutionsförfarande sker i de nationella rättsordningarna i princip inte någon prövning i sak innan en skiljedom verkställs. Möjligheten för den som är föremål för verkställigheten att framföra invändningar i sak mot exekutionstiteln är i allmänhet begränsad enligt den nationella lagstiftningen avseende utmätning och förutsätter endast att vissa villkor uppfyllts. [27] Enligt min mening ska den nationella domstolen även inom ramen för ett exekutionsförfarande tillerkännas en motsvarande behörighet att företa en prövning för att det konsumentskyddssyfte som ligger till grund för direktiv 93/13 inte ska äventyras. [28]

63. En motsatt tolkning skulle nämligen leda till att ett oskäligt avtalsvillkor skulle bli tillämpligt, närmare bestämt oåterkalleligt,

23 — EGT C 364, s. 1.

24 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkterna 18 och 19, av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m.fl. (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), punkt 14, av den 27 november 2001 i mål C-424/99, kommissionen mot Österrike (REG 2001, s. I-9285), punkt 45, av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet (REG 2002, s. I-6677), punkt 39, och av den 19 juni 2003 i mål C-467/01, Eribrand (REG 2003, s. I-6471), punkt 61.

25 — Se dom av den 29 juni 1994 i mål C-135/92, Fiskano mot kommissionen (REG 1994, s. I-2885), punkt 39, och av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, kommissionen mot Lisrestal m.fl. (REG 1996, s. I-5373), punkt 21.

26 — Se punkt 59 i generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 27 april 2006 i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3).

27 — Verkställighetsorganet kommer i allmänhet att hålla sig till exekutionstiteln och inte själv pröva om en verkställbar rättighet föreligger, eftersom den domstol vid vilken målet anhängiggjorts beslutar i denna fråga (se Béguin, J./Ortscheidt, J./Seraglini, C., ”La convention d'arbitrage”, *La Semaine juridique – Édition Générale*, juni 2007, nr 26, s. 17). Undantag kan förekomma beroende på rättsordning vid fullgörelse eller uppskov, när den som är föremål för verkställigheten kan bevisa dessa omständigheter genom styrkande handlingar. Den som är föremål för verkställighet har i princip tillgång till rättsmedel genom vilka han kan göra gällande att verkställighetsorganet har gjort sig skyldigt till processrättsliga fel. Beroende på rättsordning har han tillgång till rättsmedel med hjälp av vilka han kan framföra invändningar i sak mot utmätningen (se Schellhammer, K., *Zivilprozess*, tionde upplagan, Heidelberg 2003, s. 109 och följande sida, punkterna 219 och 223; Lackmann, R., *Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts*, sjätte upplagan, München 2003, s. 80, punkt 210).

28 — Se, för ett liknande resonemang, även Jordans, R., ”Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, s. 50. Trots att invändningar som redan kan framföras i skiljeförfaranden i princip inte kan göras i förfarandet för erkännande och verkställighet av skiljedomen, anser författaren att undantag kan göras när det föreligger ett åsidosättande av *ordre public*.

till konsumentens nackdel. Därmed skulle en rättslig situation fastställas som gemenskapslagstiftaren velat undvika, eftersom konsumentens ekonomiska intressen anses särskilt skyddsvärda.

64. Av den aktuella situationen framgår att det inte skulle vara förenligt med direktiv 93/13 om den domstol som ska besluta om verkställighet inte hade behörighet att göra en sådan prövning. I det fallet skulle nämligen konsumenten vara tvungen att redan före verkställighetsförfarandet, det vill säga i det förfarande som föregår detta, invända mot den berörda klausulen för att undgå de negativa följderna av en ogiltig avtalsklausul. I förevarande fall borde Cristina Rodríguez Nogueira, som är föremål för verkställigheten, alltså redan ha deltagit i skiljeförfarandet, vars lagenlighet den hänskjutande domstolen betvivlar. Med andra ord: Enligt den nationella lagstiftningen förväntas konsumenten att delta i ett ogiltigt förfarande för att kunna få avtalet ogiltigförklarat. Detta resultat är inte godtagbart och visar att den domstol som ska besluta om verkställighet måste ha motsvarande behörighet att företa en prövning.

65. Därutöver krävs för att syftet med direktivet ska anses uppfyllt, såsom domstolen fastställt, att den ojämlika situationen mellan konsumenten och näringsidkaren uppvägs av ett faktiskt ingripande från någon annan än de avtalsslutande parterna. [29] Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen innehåller den spanska lagen om skiljeförfarande varken en skyldighet eller en möjlighet för skiljemän att ex officio pröva skiljeklausulen och ogiltigförklara klausuler som är ogiltiga eller oskäliga. [30]

66. Men även om skiljedomstolar skulle förpliktas eller berättigas att göra detta skulle det föreligga allvarliga tvivel om huruvida en skiljedomstol alltid kan betraktas som oberoende och neutral, särskilt som skiljedomare ibland kan ha ett eget intresse av att en skiljeklausul upprätthålls. [31] Kommissionen har med rätta hänvisat till denna aspekt. Detta stämmer till exempel när det gäller en situation som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken skiljeavtalet upprättades av samma organisation som anförtrotts uppgiften att genomföra skiljeförfarandet. Prövningen av frågan huruvida en skiljeklausul är oskälig får följaktligen inte endast anförtros skiljedomaren. Denna uppgift ska däremot anförtros en domare som ger alla garantier som kännetecknar en rättsstat med avseende på domarnas oberoende ställning.

67. Om den berörda personen emellertid inte väcker någon klandertalan mot skiljedomen, vilket inte kan uteslutas, [32] med hänsyn till konsumenters ofta förekommande avsaknad av erfarenhet av näringsverksamhet, och denna dom följaktligen vinner laga kraft, så kommer den nationella domstol som beslutar

29 — Se punkt 50 i detta förslag till avgörande.

30 — Se punkt 4 i beslutet om hänskjutande.

31 — Se punkt 37 i kommissionens inlaga. Picó i Junoy, J., ”El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, *DiarioLa Ley*, Jahr XXVI, nr 6198 har också hänvisat till risken för att en skiljedomstol är partisk. Författaren anser att detta undantagsvis utgör en grund att avslå en ansökan om utmätning om det kan bevisas att skiljemännen var partiska.

32 — Se punkt 51 i detta förslag till avgörande.

om utmätning i allmänhet att vara den enda och sista instans som över huvud taget kommer att kunna pröva huruvida en avtalsklausul är lagenlig. [33] Följaktligen måste gemenskapsrättsordningen tillerkänna den domstol som beslutar om verkställighet en motsvarande behörighet att företa en prövning. Medlemsstaterna har då skyldighet att säkerställa att den domstol som beslutar om verkställighet har den procesuella behörighet som krävs för att avslå ansökan om utmätning och upphäva skiljedomen.

68. I princip kan hänsyn till ordre public i en medlemsstat utgöra skäl för att avslå en ansökan om utmätning. Artikel 5.2 a i New York-konventionen från 1958 om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar [34] samt artikel 29.2 i Europarådets europeiska konvention från 1966 om en enhetlig lag om skiljeförfaranden [35] innehåller en motsvarande folkrättslig bestämmelse. Rättsordningarna i några av Europeiska unionens medlemsstater innehåller liknande bestämmelser. [36]

69. Den nationella domstol som ska besluta om verkställighet har enligt spansk rätt inte uttryckligen behörighet att ex officio pröva huruvida en skiljeklausul är giltig. Den hänskjutande domstolen har också påpekat detta i sitt beslut om hänskjutande. De kontrollbefogenheter som en spansk domstol som ska besluta om verkställighet har är således, liksom i flertalet medlemsstater, också begränsade och avser kontroll av att formföreskrifterna i exekutionsförfarandet har beaktats. Det ska emellertid påpekas att olika domstolar i Spanien som anförtrotts uppgiften att besluta om verkställighet av skiljedomar under de senaste åren avslagit

33 — Se, för ett liknande resonemang, Picó i Junoy, J., a. a. O. (ovan fotnot 31).

34 — Tillgänglig på webbplatsen för Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt: (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) http://www.uncitral.org. I artikel 5.2 a i konventionen föreskrivs följande: ”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., a. a. O. (ovan fotnot 31) anser att spansk rätt ska tolkas mot bakgrund av denna folkrättsliga bestämmelse. Den nationella domstolen måste följaktligen avslå ansökan om utmätning och upphävande av skiljedomen.

35 — Tillgänglig på Europarådets webbplats: I artikel 29 i konventionen föreskrivs följande: ”(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 — I Tyskland finns de relevanta bestämmelserna i civilprocesslagen (Zivilprozessordnung) (nedan kallad ZPO). Enligt 1060 § första stycket ZPO äger utmätning rum när skiljedomen har förklarats vara verkställbar. I 1060 § andra stycket ZPO föreskrivs att ansökan om verkställighet och upphävande av skiljedomen ska avslås när en av de grunder för upphävande som anges i § 1059 punkt 2 ZPO föreligger. I § 1059 andra stycket punkt 2 b ZPO föreskrivs en särskild grund för upphävande. Enligt denna kan en skiljedom upphävas när domstolen fastställer att erkännandet eller verkställandet av skiljedomen leder till ett resultat som strider mot grunderna för rättsordningen (ordre public). Grunderna för upphävande i 1059 § andra stycket punkt 2 ZPO ska beaktas ex officio (Senat, BGHZ 142, 204, 206) i exekutionsförfarandet även efter det att vissa frister (1059 § tredje stycket ZPO) som föreskrivs för ansökan om upphävande löpt ut. I Belgien föreskrivs i artikel 1710.1 i domstolslagen (Code Judiciaire) att utmätning med anledning av en skiljedom endast kan ske på begäran av de berörda parterna genom beslut av ordföranden i behörig underrätt. I artikel 1710 tredje stycket förskrivs att ordföranden ska avslå ansökan bland annat om skiljedomen strider mot grunderna för rättsordningen (ordre public).

ansökan om utmätning med motiveringen att de ifrågasatta skiljedomarna inte är förenliga med hänsyn till ordre public. [37] Denna uppfattning företräds även i en stor del av rättspraxis [38] och i juridisk doktrin [39] i Spanien. I nyare rättspraxis dras huvudsakligen samma slutsats, varvid konsumentskyddskrav anges som grund för att den domstol som beslutar om verkställighet ska ha en motsvarande behörighet att företa en prövning. [40] Bortsett från detta, är rättsläget i Spanien inte helt klart i dagens läge, eftersom det inte finns någon entydig rättspraxis från Spaniens högsta domstol.

70. Mot den bakgrunden att domstolen i domen i målet Mostaza Claro indirekt fastställde att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om konsumentskydd i direktiv 93/13 är bestämmelser som kan hänföra sig till grunderna för rättsordningen [41], är det enligt min uppfattning lämpligt att en rättsprincip som erkänts i folkrätten, men även i rättsordningen i vissa av Europeiska unionens medlemsstater, enligt vilken en skiljedom som strider mot ordre public inte kan verkställas, erkänns i gemenskapens rättsordning. Domstolen har av den omständigheten dragit slutsatsen att det är berättigat att upphäva en skiljedom som åsidosätter en av dessa bestämmelser.

71. Såsom domstolen fastställt i ovannämnda dom krävs enligt den tvingande bestämmelsen i artikel 6.1 i direktiv 93/13, enligt vilken oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument ”inte är … bindande för konsumenten”, att den nationella domstolen ex officio prövar huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt och därigenom kompenserar för obalansen mellan konsumenter och näringsidkare. [42]

37 — Se till exempel beslut från Audiencia Provincial de Madrid (sección 14) av den 28 juli 2005 (rec num. 302/2005) och av den 29 juli 2005 (rec. num. 155/2005).

38 — Se Tribunal Supremos dom av den 6 november 2007 (dom nr 8/2007). I denna dom fastställde Tribunal Supremo att den behörighet som den domstol som ska besluta om verkställighet har ger den rätt att pröva om gemenskapsrättens företräde samt ordre public har beaktats. Tribunal Supremo har emellertid inte åberopat några bestämmelser till stöd för sin uppfattning.

39 — Se Picó i Junoy, J., a. a. O. (ovan fotnot 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*, nr 6005.

40 — Se till exempel beslut från Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) av den 10 juni 2008 (rec num. 694/2007), av den 19 juni 2007 och av den 24 maj 2007.

41 — Domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3) punkt 38. Detta tolkas på samma sätt i juridisk doktrin. Se Jordans, R. (ovan fotnot 28), s. 50, som har tolkat domen på så sätt att domstolen ansett att klausulen var så oskälig att den hänförde denna till ordre public. Enligt Loos, M., ”Case: ECJ – Mostaza Claro”, *European Review of Contract Law*, 2007, volym 4, s. 443, har domstolen gett de tvingande direktivbestämmelserna om konsumentskydd samma ställning som bestämmelser som gäller ordre public liksom tidigare har skett med avseende på konkurrensbestämmelserna. 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, nr 189, s. 15 har påpekat att domstolen, till skillnad från kommissionen, inte uttryckligen har förklarat att de gemenskapsrättsliga konsumentskyddsbestämmelserna gäller ordre public Författarna anser emellertid att domstolens resonemang i denna dom ska förstås på detta sätt. Enligt 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, punkt 152, s. 14 medför domstolens rättspraxis att konsumentskyddsbestämmelserna i direktiv 93/13 blir ordre public-bestämmelser.

42 — Domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 38.

Dessutom utgör direktiv 93/13, som syftar till att stärka konsumentskyddet, i enlighet med artikel 3.1 t EG, en grundläggande åtgärd som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrotts ska kunna genomföras och, i synnerhet, för att höja levnadsstandarden och livskvaliteten i hela gemenskapen. [43]

72. Jag är medveten om att den här föreslagna tolkningen av artiklarna 6 och 7 i direktiv 93/13 skulle kunna innebära att rättskraften enligt vissa medlemsstaters rättsordning bryts. Därmed uppkommer nödvändigtvis frågan hur denna tolkning kan förenas med domstolens hittillsvarande rättspraxis avseende rättskraften av nationella rättsakter och domar som strider mot gemenskapsrätten.

73. I domen i målet Kapferer [44] påpekade domstolen att principen om rättskraft har stor betydelse i såväl gemenskapsrätten som i de nationella rättsordningarna och bekräftade i detta sammanhang principen att det, för säkerställandet av såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning, är viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut inte längre kan angripas. Domstolen fastställde dessutom, med stöd av domen i målet Eco Swiss [45], att samarbetsprincipen i artikel 10 EG inte innebär en skyldighet för en nationell domstol att underlåta att tillämpa nationella processregler i syfte att ompröva och upphäva ett lagakraftvunnet domstolsavgörande, när det framgår att avgörandet strider mot gemenskapsrätten. [46]

74. Domstolen löste spänningsförhållandet mellan rättssäkerhet och konsumentskydd genom att den indirekt klargjorde att principen om rättskraft endast gäller under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprinciperna beaktats. När medlemsstaterna inför regler för att väcka talan vid domstol i syfte att tillvarata rättigheter som enskilda har till följd av gemenskapsrättens direkta effekt, får dessa regler nämligen varken vara mindre förmånliga än dem som gäller för en liknande talan enligt nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller i praktiken göra det omöjligt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen). [47]

75. Av vad som anförts ovan, i synnerhet mot bakgrund av att det krävs ett effektivt konsumentskydd [48] samt med hänsyn till

43 — Ibidem, punkt 37.
44 — Dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer (REG 2006, s. I-2585), punkt 20.
45 — Dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkterna 46 och 47.
46 — Domen i målet Kapferer (ovan fotnot 44), punkt 24.
47 — Domen i målet Kapferer (ovan fotnot 44), punkt 22.
48 — Se punkt 59 i detta förslag till avgörande.

domstolens rättspraxis, [49] enligt vilken det uttryckligen krävs ett faktiskt ingripande från någon annan än de avtalsslutande parterna, är jag övertygad om att det undantagsvis kan vara nödvändigt att bryta rättskraften.

76. Mot bakgrund av det ovan anförda följer att den nationella domstolen ska avslå en ansökan om utmätning med anledning av en lagakraftvunnen skiljedom som meddelats i konsumentens utevaro och upphäva ovannämnda skiljedom när den har fastställt att skiljeavtalet innehåller en oskälig klausul, till nackdel för konsumenten. [50]

2. Huruvida den domstol som beslutar om verkställighet har skyldighet att företa en prövning

77. Trots att tolkningsfrågan inte är helt klar i detta avseende har den hänskjutande domstolen uppenbarligen därutöver begärt att domstolen ska besvara frågan om den domstol som beslutar om verkställighet inte endast har möjlighet utan dessutom är förpliktad att ex officio pröva huruvida en skiljeklausul är oskälig.

78. Det ska i detta sammanhang inledningsvis konstateras att domstolen, såväl i domen i målet Océano [51] som i domen i målet Cofidis [52], talade om den nationella domstolens ”behörighet” eller ”möjlighet” att ex officio pröva huruvida en klausul är oskälig. Detta skulle kunna göra det möjligt att vid ett första påseende dra slutsatsen att den nationella domstolen visserligen får pröva huruvida en klausul är oskälig, men inte är förpliktad att göra detta. En sådan tolkning av dessa domar skulle inte beakta den omständigheten att konsumentskyddssyftet i direktiv 93/13 var av avgörande betydelse för domstolens resonemang.

79. Domstolen lade särskilt stor vikt vid att en sådan prövning av nationell domstol kan ha en avskräckande verkan, som leder till att näringsidkarna upphör med att använda oskäliga villkor i konsumentavtalen. Jag anser att den avskräckande verkan som eftersträvas med en sådan prövning skulle

49 — Se punkt 50 i detta förslag till avgörande.

50 — Se, för ett liknande resonemang även, 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*, Jahr XXVIII, nr 6789, som kommenterar domen i målet Mostaza Claro och anser att svaret på frågan i förevarande mål huvudsakligen ska grunda sig på samma argument som svaret i domen i målet Mostaza Claro. Enligt författarens uppfattning tar domstolen i denna dom utgångspunkt i effektivitetsprincipen, enligt vilken det inte får göras orimligt svårt att utöva de rättigheter som tillerkänns i gemenskapsrätten.

51 — Se ovan fotnot 8, punkt 25.

52 — Se ovan fotnot 9, punkterna 32, 33 och 35.

minska betydligt om den endast omfattades av det utrymme för skönsmässig bedömning som den domstol som beslutar om verkställighet har. Konsumentskyddet skulle däremot säkerställas i enlighet med gemenskapsbestämmelserna, om den nationella domstolen hade en rättslig skyldighet att företa en sådan prövning. [53]

80. Denna tanke ligger även till grund för domen i målet Mostaza Claro. I denna dom fastställde domstolen att den betydelse som konsumentskyddet har inom gemenskapsrätten gör att det är motiverat ”att *ålägga* de nationella domstolarna en skyldighet att ex officio pröva huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt och därigenom kompensera för obalansen mellan konsumenter och näringsidkare”. [54]

81. Domstolen fann i ovannämnda dom ”att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Direktiv 93/13 ska tolkas så, att en nationell domstol som har att pröva ett yrkande om upphävande av en skiljedom ska pröva huruvida skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva denna skiljedom om nämnda avtal innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte har åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet utan endast inom ramen för klandertalan.” Som angetts ovan motiverade domstolen sitt avgörande huvudsakligen med att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om konsumentskydd är bestämmelser som hänför sig till grunderna för rättsordningen. [55]

82. Av det ovan anförda följer således att den nationella domstolen enligt gemenskapsrätten har en skyldighet att göra en sådan prövning.

53 — Se, för ett liknande resonemang, även 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, s. 97, som anser att de mål som domstolen eftersträvar endast kan uppnås om den nationella domstolen är skyldig att ex officio fastställa huruvida en avtalsklausul är oskälig.

54 — Se domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkterna 35–38. Se de olika språkversionerna av domen, till exempel den spanska språkversionen (”*deba* apreciar de oficio”), den tyska språkversionen (”von Amts wegen … prüfen *muss*”), den franska språkversionen (”*soit tenu* d’apprécier d’office”), den engelska språkversionen (”*being required* to assess of its own motion”), den italienska språkversionen (”*sia tenuto* a valutare d’ufficio”), den nederländska språkversionen (”ambtshalve *dient* te beoordelen”) och den portugisiska språkversionen (”*deva* apreciar oficiosamente”).

55 — Domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 3), punkt 38. Samma tolkning görs i juridisk doktrin. Se Jordans, R. (ovan fotnot 28), och Poissonnier, G./Tricoit, J.-P. (ovan fotnot 41).

VII — Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan Juzgado de Primera Instancia nº4 de Bilbao, enligt följande:

Det konsumentskyddssyfte som säkerställs genom rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal medför att en domstol, som ska pröva en ansökan om utmätning till följd av en lagakraftvunnen skiljedom som har avkunnats i konsumentens utevaro, ex officio kan pröva giltigheten av skiljeavtalet och följaktligen upphäva skiljedomen, om skiljeavtalet innehåller en oskälig klausul, till nackdel för konsumenten.