SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE VERICE TRSTENJAK,

predstavljeni 14. maja 2009 [1]

I – Uvod

1. V tem postopku za sprejetje predhodne odločbe zastavlja Juzgado de Primera Instancia nº4 de Bilbao (v nadaljevanju: predložitveno sodišče) Sodišču vprašanje o razlagi Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah. [2]

2. Podrobneje gre pri tem za vprašanje, ali iz cilja te direktive, to je varstva potrošnikov, izhaja, da lahko nacionalno sodišče, ki odloča o predlogu za izvršbo, po uradni dolžnosti preizkusi ničnost arbitražnega sporazuma in glede na to razveljavi arbitražno odločbo, ker arbitražni sporazum po njegovem mnenju vsebuje nedovoljen pogoj v škodo potrošnika.

1 – Jezik izvirnika: nemščina.
2 – UL L 95, str. 29.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

3. Člen 3(1) Direktive 93/13 določa:

„Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank.“

4. Člen 6(1) te direktive določa:

„Države članice določijo, da nedovoljeni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, kakor

je določeno z nacionalnim pravom, niso zavezujoči za potrošnika in da pogodba še naprej zavezuje obe stranki na podlagi teh pogojev, če je nadaljnji obstoj mogoč brez nedovoljenih pogojev.“

5. Člen 7 (1) Direktive 93/13 določa:

„Države članice zagotovijo, da v interesu potrošnikov in konkurentov obstajajo ustrezna in učinkovita sredstva za preprečevanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki.“

6. V prilogi k Direktivi 93/13 so primeroma našteti pogodbeni pogoji, ki lahko štejejo za nedovoljene. V točki 1(q) so navedeni pogoji, katerih cilj ali učinek je „izključitev ali omejitev potrošnikove pravice do sprožitve pravnega postopka ali drugega pravnega sredstva, zlasti z zahtevo, da potrošnik naslovi spore izključno na arbitražo, za katero ne veljajo pravne določbe, omejitvijo dokazov, ki so mu na voljo ali s prenosom dokaznega bremena, ki ga po veljavnem pravu nosi prodajalec ali ponudnik“.

B – *Nacionalno pravo*

7. V španskem pravu je potrošnike pred nedovoljenimi pogodbenimi pogoji varoval najprej Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (splošni zakon 26/1984 o varstvu potrošnikov in uporabnikov) z dne 10. julija 1984 (BOE št. 176 z dne 24. julija 1984, v nadaljevanju: zakon 26/1984).

8. Zakon 26/1984 je bil nato spremenjen z Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (zakonom 7/1998 o splošnih pogojih pogodb) z dne 13. aprila 1998 (BOE št. 89 z dne 14. aprila 1998, v nadaljevanju: zakon 7/1998), ki je v nacionalno pravo prenesel Direktivo 91/13.

9. Z zakonom 7/1998 je bil zakonu 26/1984 med drugim dodan člen 10a, ki v prvem odstavku določa:

„Za nedovoljene pogoje se štejejo določbe, o katerih se stranki nista dogovorili posamično in ki v nasprotju z zahtevo dobre vere

v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih pogodbenih strank. V vsakem primeru štejejo za nedovoljene pogoje določbe, naštete v prvi dodatni določbi tega zakona.

[…]“

10. Člen 8 zakona 7/1998 določa:

„(1) Splošni pogoji, ki v škodo stranke, ki pristopi k pogodbi, kršijo določbe zakona ali drugih prisilnih predpisov, so nični, razen če je v njih določena drugačna sankcija za kršitev.

(2) Nični so zlasti nedovoljeni splošni pogoji v potrošniških pogodbah, pri čemer so v vsakem primeru to tisti pogoji, ki so opredeljeni v členu 10a in prvi dodatni določbi zakona 26/1984 […]“

11. V času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari je arbitražni postopek urejal Ley 60/2003 de Arbitraje (zakon o arbitraži 60/2003) z dne 23. decembra 2003 (BOE št. 309 z dne 26. decembra 2003, v nadaljevanju: zakon 60/2003).

12. V členu 8(4) in (5) zakona 60/2003 je določeno:

„(4) V skladu s členom 545(2) zakona o civilnem postopku je za odločanje o izvršbi pristojno prvostopenjsko sodišče kraja, v katerem je bila razglašena arbitražna odločba […]

(5) Tožba zoper arbitražno odločbo zaradi ničnosti se vloži pri Audiencia Provincial v kraju, kjer je bila odločba izdana.“

13. V členu 22 zakona 60/2003 je določeno:

„(1) Arbitražno sodišče lahko samo odloči o svoji pristojnosti in v povezavi s tem o obstoju ali o veljavnosti arbitražnega sporazuma ali o katerem koli drugem ugovoru, katerega utemeljenost bi preprečila odločitev v zadevi. Pri tem se arbitražni sporazum, ki je del pogodbe, šteje za sporazum, ki ni odvisen od ostalih določb pogodbe. Odločitev arbitražnega sodišča, ki ugotovi ničnost pogodbe, sama po sebi ne povzroči ničnosti arbitražnega sporazuma.

(2) Ugovori v smislu zgornjega odstavka se podajo najpozneje z odgovorom na tožbo. Stranka lahko poda ugovor tudi, če je imenovala ali sodelovala pri imenovanju arbitra. Ugovor, da je arbitražno sodišče prekoračilo svoja pooblastila, se poda, kakor hitro v arbitražnem postopku pride do obravnave vprašanja, glede katerega naj bi prišlo do prekoračitve.“

a) arbitražni sporazum ne obstaja ali ni veljaven,

b) z imenovanjem arbitra ali arbitražnim postopkom ni bila pravilno seznanjena ali da iz kakšnega drugega razloga ni mogla uveljavljati svojih pravic,

14. Člen 40 zakona 60/2003 se glasi:

[…]

„Zoper arbitražno odločbo se lahko vloži predlog za sodno razveljavitev po določbah tega poglavja.“

f) arbitražna odločba nasprotuje javnemu redu (ordre public).“

15. Člen 41(1) zakona 60/2003 vsebuje naslednje določbe:

16. Člen 43 zakona 60/2003 se glasi:

„Arbitražno odločbo je mogoče razveljaviti le, če stranka, ki zahteva razveljavitev, navede in dokaže, da

„Pravnomočna arbitražna odločba ima med strankama učinek pravnomočne sodbe sodišča. Zoper njo je mogoče vložiti le predlog za obnovo postopka, ki je bil končan s pravnomočno sodbo, po določbah zakona o civilnem postopku (Ley de Enjuiciamiento Civil).“

17. V skladu s členom 44 zakona 60/2003 za izvršbo arbitražnih odločb veljajo določbe zakona o civilnem postopku in poglavja VIII zakona 60/2003.

18. V skladu s členom 517(2), točka 2, zakona 1/2000 (zakon o civilnem postopku) z dne 7. januarja 2000 (BOE z dne 8. januarja 2000, v nadaljevanju: zakon 1/2000) so arbitražne odločbe oziroma odločbe arbitražnih sodišč izvršljive.

19. Člen 556(1) zakona 1/2000 določa pravico dolžnika v izvršilnem postopku, da v roku 10 dni od prejema sklepa o izvršbi vloži ugovore proti izvršbi.

20. Člen 559(1) zakona 1/2000 našteva nekatere napake v postopku, ki jih lahko dolžnik v izvršilnem postopku uveljavlja proti izvršbi.

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

21. María Cristina Rodríguez Nogueira (v nadaljevanju: dolžnica v izvršilnem postopku) je 24. maja 2004 s ponudnikom storitev Asturcom Telecomunicaciones SL (v nadaljevanju: družba Asturcom) sklenila pogodbo o izvajanju storitev mobilne telefonije za zasebnike. Ta pogodba je vsebovala arbitražni sporazum, na podlagi katerega je bila za vse spore v zvezi z izpolnitvijo pogodbe pristojna arbitraža Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Evropsko združenje za arbitražno odločanje in odločanje na podlagi pravičnosti, v nadaljevanju: AEADE).

22. S pogodbo se je dolžnica v izvršilnem postopku med drugim zavezala, da bo obdržala naročnino 18 mesecev od dejanske aktivacije storitev in da bo porabila najmanj 6 EUR na linijo. Hkrati se je zavezala, da pogodbenih pogojev, dogovorjenih s ponudnikom storitev, ne bo spreminjala. Zavezala se je, da bo plačevala račune ter da drugih naročnin pri istem ponudniku storitev ne bo odjavila. Dogovorjeno je bilo tudi, da mora stranka ob kršitvi pogodbe ponudniku storitev plačati znesek 300 EUR na naročnino, ki se po potrebi uveljavlja v ustreznem postopku.

23. Dolžnica v izvršilnem postopku nekaterih računov ni poravnala, pogodbo pa je odpovedala pred iztekom najkrajšega roka trajanja, zato je družba Asturcom 16. februarja 2005 pri AEADE v Bilbau vložila predlog za izvedbo arbitražnega postopka zaradi kršitve pogodbe.

24. Z arbitražno odločbo z dne 14. aprila 2005 je bilo dolžnici v izvršilnem postopku naloženo plačilo skupnega zneska 669,69 EUR. Ker proti arbitražni odločbi ni vložila ničnostne tožbe, je ta postala pravnomočna.

25. Dne 29. oktobra 2007 je družba Asturcom proti C. Rodríguez Nogueira vložila predlog za izvršbo, s katerim je zahtevala izvršbo za poplačilo zgoraj navedenega zneska ter 300 EUR za obresti in stroške.

26. V predložitvenem sklepu predložitveno sodišče najprej navaja razloge, na podlagi katerih se šteje arbitražni sporazum, ki ga vsebuje pogodba, za nedovoljen. Opozarja med drugim na dejstvo, da je za arbitražo pristojno združenje samo oblikovalo pogodbe o izvajanju storitev mobilne telefonije, da v arbitražnem sporazumu ni naveden niti kraj sedeža arbitraže niti ni možnosti izbire med različnimi kraji ter da so stroški potovanja v kraj arbitraže višji od glavne terjatve.

27. Kljub temu predložitveno sodišče pojasnjuje, da španski zakon o arbitražnem postopku arbitražnih sodišč niti ne zavezuje niti ne pooblašča, da po uradni dolžnosti preizkusijo arbitražni sporazum ter ničnе ali nedovoljene arbitražne sporazume razglasijo za ničnе.

28. Predložitveno sodišče dvomi o skladnosti procesnih določb s pravom Skupnosti. Zato je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali varstvo potrošnikov, ki ga zagotavlja Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, pomeni, da sodišče, ki odloča o predlogu za izvršbo na podlagi pravnomočne arbitražne odločbe, izdane v odsotnosti potrošnika, po uradni dolžnosti preizkusi ničnost arbitražnega dogovora in posledično razveljavi arbitražno odločbo, če meni, da arbitražni sporazum vsebuje nedovoljen pogoj v škodo potrošnika?“

IV – Postopek pred Sodiščem

29. Predložitveni sklep z dne 29. januarja 2008 je v sodno tajništvo Sodišča prispel 5. februarja 2008.

30. Družba Asturcom, vladi Kraljevine Španije in Republike Madžarske ter Komisija

so v roku iz člena 23 Statuta Sodišča predložile pisna stališča.

31. Ker nobena stranka ni predlagala začetka ustnega postopka, je bilo mogoče po upravni seji Sodišča z dne 10. februarja 2009 pripraviti sklepne predloge v tej zadevi.

V – Bistvene trditve strank

32. *Družba Asturcom* predlaga Sodišču, naj na predloženo vprašanje odgovori nikalno. Opozarja, da naj bi bilo nacionalno sodišče – tudi če mu španski pravni red takšnega pooblastila izrecno ne daje – na podlagi sodbe v zadevi Mostaza Claro [3] kljub temu upravičeno po uradni dolžnosti preizkusiti ničnost arbitražnega sporazuma v okviru ničnostne tožbe. Iz tega naj bi izhajalo, da je nacionalno pravo skladno z zahtevami prava Skupnosti na področju varstva potrošnikov pred nedovoljenimi pogoji.

33. Družba Asturcom nadalje meni, da so v skladu s sodno prakso španskega Tribunal Constitucional (ustavno sodišče) arbitražne in sodne odločbe izenačene, tako da arbitražna odločba, ki se ne izpodbija v roku dveh mesecev od vročitve – kakor v tem primeru – postane pravnomočna, podobno kot neizpodbojna in izvršljiva sodba odločba. Potemtakem naj sodišče, pristojno za izvršbo neizpodbojne arbitražne odločbe, ne bi smelo *ab initio* in po uradni dolžnosti preizkušati, ali je arbitražni sporazum veljaven oziroma ničen, in s tem zavrniti odredbe za izvršbo, kot naj bi sicer Audiencia Provincial de Madrid v svoji sodni praksi že pojasnilo.

34. Takšna razlaga naj bi ne le varovala načelo pravne varnosti, ki je izraženo v institutu pravnomočnosti, ampak naj bi bila tudi v skladu z že omenjeno sodbo Mostaza Claro, ki nacionalnemu sodišču omogoča ugotovitev ničnosti nedovoljenega arbitražnega sporazuma le v okviru ničnostne tožbe zoper nepravnomočno arbitražno odločbo.

35. *Madžarska* in *španska* vlada pa Sodišču nasprotno predlagata, naj nacionalnemu sodišču, ki odloča o predlogu za izvršbo že pravnomočne arbitražne odločbe, prizna pooblastilo za preizkus ničnosti arbitražnega sporazuma. To v bistvu utemeljujeta podobno, predvsem glede na možnost ustrezne uporabe načel, ki jih je razvila sodna praksa.

3 – Sodba z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Mostaza Claro (C-168/05, ZOdl., str. I-10421).

36. *Madžarska vlada* meni zlasti, da naj bi iz sodne prakse Sodišča izhajalo, da razlogi javnega interesa, na katerih temelji varstveni namen Direktive 93/13, celo zahtevajo, da nacionalno sodišče preizkusi nedovoljenost pogoja v potrošniški pogodbi po uradni dolžnosti, zlasti v primeru, kakršen je ta v postopku v glavni stvari.

37. *Španska vlada* v bistvenem sledi temu sklepanju, daje pa tudi nekaj svojih pojasnil o nacionalnem procesnem pravu.

38. Tako navaja, da nacionalni pravni red na področju varstva potrošnikov pred nedovoljenimi pogoji ni v neskladju s pravom Skupnosti. V skladu z zadevnimi določbami španskega prava naj bi ne le sodišče, ki odloča v zadevi, ampak tudi izvršilno sodišče smelo in moralo preizkusiti veljavnost arbitražnega sporazuma kot vprašanje javnega reda, neodvisno od tega, ali je bila zadevna stranka udeležena v postopku pred arbitražnim oziroma izvršilnim sodiščem ter ali je vložila pravno sredstvo.

39. Po mnenju španske vlade je bilo v številnih sodnih odločbah v Španiji, med drugim v sodbi sodišča Audiencia Nacional z dne 9. maja 2005, priznano, da je nacionalno sodišče pooblaščeno preizkusiti arbitražno odločbo – zlasti zaradi javnega reda – za izvršbo katere je pristojno, tudi če nobena od strank tega vprašanja ni sprožila.

40. V skladu s tem bi moral tako pravilen prenos prava varstva potrošnikov kot tudi široka razlaga pojma javnega reda nacionalnemu izvršilnemu sodišču omogočiti, da po uradni dolžnosti preizkusi veljavnost arbitražnega sporazuma in ugotovi ničnost arbitražne odločbe, če ugotovi, da arbitražni sporazum vsebuje nedovoljen pogoj.

41. *Komisija* najprej opozarja na nekatere razlike med dejanskim stanjem v tej zadevi in v zadevi Mostaza Claro; po eni strani naj bi bil potrošnik v tej zadevi pasiven, po drugi pa naj se vprašanje nedovoljenosti arbitražnega sporazuma ne bi postavilo ob obravnavi ničnostne tožbe zoper arbitražno odločbo, ampak v izvršilnem postopku. Komisija dalje navaja, da so pooblastila izvršilnega sodišča za preizkus načelno bolj omejena od pooblastil sodišča, ki odloča o ničnostni tožbi.

42. Vendar pa Komisija meni, da naj bi bilo glede na pomen ciljev, ki jim sledi Direktiva 93/13, nujno potrebno, da izvršilno sodišče izjemoma preizkusi nedovoljenost arbitražnega sporazuma po uradni dolžnosti in po potrebi ugotovi njegovo ničnost. V primerih, za kakršnega gre v postopku v glavni stvari, kjer potrošnik zoper arbitražno odločbo ni vložil pravnega sredstva, naj bi bilo izvršilno sodišče edini neodvisni organ, saj nima osebnega interesa ohraniti arbitražni sporazum v veljavi, zaradi česar naj bi bilo primerno za njegov preizkus.

43. Nazadnje se Komisija izjavi tudi o vprašanju predložitvenega sodišča, ali gre pri preizkusu nedovoljenosti arbitražnega sporazuma po uradni dolžnosti za pooblastilo ali dolžnost nacionalnega sodišča. Na podlagi točke 38 ter izreka sodbe Mostaza Claro sklepa, da gre za dolžnost preizkusa po uradni dolžnosti.

VI – Pravna presoja

A – *Uvodne ugotovitve*

44. Nedovoljen pogodbeni pogoj je glede na v členu 3 Direktive 93/13 vsebovano opredelitev pogoj, ki ga gospodarsko močnejša pogodbena stranka vnaprej enostransko oblikuje in ga vsili drugi stranki, ne da bi ta imela možnost vpliva na njegovo vsebino. Pri tem se nedovoljenost pogoja v skladu s členom 3(1) v bistvenem kaže v tem, da v nasprotju z zahtevo dobre vere povzroči znatno in neupravičeno neravnotežje med sopogodbenikoma v škodo potrošnika. [4]

45. Problematika nedovoljenih pogojev v potrošniških pogodbah je bila znana že dolgo pred uveljavitvijo Direktive 93/13. V družbi, ki je vedno bolj usmerjena v storitve in potrošništvo – kot je na primer evropska družba – se uporaba standardiziranih pogodb, pri katerih se stranke o posameznih pogojih niso posamično dogovarjale, neizogibno povečuje. Pri uporabi takšnih enostransko vnaprej oblikovanih pogodbenih pogojev obstaja nevarnost pomanjkljivega oziroma nezadostnega upoštevanja interesov druge pogodbene stranke. [5]

4 – Kohles, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien – Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt na Majni 2004, str. 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, str. 2.

46. Direktiva 93/13 naj bi to preprečila z delno uskladitvijo predpisov držav članic na področju varstva potrošnikov.[6] Cilj te direktive je zagotovitev enotnega minimalnega varstva pred nedovoljenimi pogoji v potrošniških pogodbah v državah članicah Skupnosti. Jedro Direktive 93/13 je po eni strani ureditev iz člena 6(1), v skladu s katero morajo države članice zagotoviti, da nedovoljeni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, „niso zavezujoči za potrošnika“. Po drugi strani pa člen 7(1) določa, da morajo države članice zagotoviti, da v interesu potrošnikov in konkurentov obstajajo ustrezna in učinkovita sredstva „za preprečevanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki“.

47. Člena 6 in 7 Direktive 93/13 v pravnodogmatičnem smislu pomenita prisilni predpis sekundarnega prava Skupnosti o varstvu potrošnikov, ki omejuje pogodbeno svobodo kot najpomembnejši izraz avtonomije v zasebnem pravu.[7]

B – *Pristojnost nacionalnih sodišč za preizkušanje nedovoljenih pogojev v sodni praksi Sodišča*

48. Sodišče je navedeni določbi razlagalo v sodbah Océano[8], Cofidis[9] in Mostaza Claro[10] in jima dalo pomen, ki nacionalnemu sodišču pri opravljanju njegovih nalog omogoča učinkovito ukrepanje zoper nedovoljene pogoje. Navedene sodbe so odločilne za presojo obravnavane zadeve. Zato je treba

6 – Tako kot Direktiva 85/577/EGS o pogodbah, sklenjenih izven poslovnih prostorov, Direktiva 97/7/ES o sklepanju pogodb na daljavo ter Direktiva 1999/44/ES o potrošniški prodaji in garancijah za potrošniško blago tudi Direktiva 93/13 temelji na minimalni harmonizaciji. Ta je v predlogu Komisije z dne 8. oktobra 2008 o Direktivi Evropskega parlamenta in Sveta o pravicah potrošnikov, COM(2008) 614 konč., ki te štiri direktive združuje v enoten horizontalni pravni instrument, izrecno opuščena. Predlog Direktive sedaj temelji na popolni harmonizaciji s posledico, da države članice ne smejo uvesti ali obdržati nobenih predpisov, ki bi odstopali od omenjene direktive. Namen predloga je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga za poslovanje med podjetji in potrošniki ter doseči visoko skupno raven varstva potrošnikov s popolno harmonizacijo ključnih vidikov potrošniškega pogodbenega prava, pomembnih za notranji trg.

7 – Glede omejitve pogodbene svobode s pravnimi akti Skupnosti glej Basedow, J., „Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit“, v: *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, München 2009. Po avtorjevem mnenju je sekundarno pravo Skupnosti v delu, ki ureja zasebne pogodbe, večinoma zavezujoče. Velika večina predpisov omejuje pogodbeno svobodo, le redki se izrecno sklicujejo na možnost strank, da neko zadevo uredijo s pogodbo. Pravna znanost razume pogodbeno svobodo kot najpomembnejši izraz avtonomije v zasebnem pravu in s tem kot zagotovilo za individualno uveljavljanje pravic. O avtonomiji v zasebnem pravu glej primerjalnopravno v nemški literaturi: Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. izdaja, München 2004, točka 2; v avstrijskem pravu glej: Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, 11. izdaja, Dunaj 2000, str. 84; v francoskem pravu glej: Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12. izdaja, Paris 2006, str 72, točka 99, in v španskem pravu glej: Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, zvezek I, 10. izdaja, Madrid 2002, stran 369 in naslednje. Ta dela pojasnjujejo, da je avtonomija v zasebnem pravu omejena s prisilnimi predpisi ter normami javnega reda.

8 – Sodba z dne 27. junija 2000 v združenih zadevah Océano (C-240/98 do C-244/98, Recueil, str. I-4941).

9 – Sodba z dne 21. novembra 2002 v zadevi Cofidis (C-473/00, Recueil, str. I-10875).

10 – Navedena v opombi 3.

v nadaljevanju presoditi, v kolikšni meri je mogoče načela, oblikovana v teh sodbah, uporabiti v konkretnem primeru na podlagi skupnih značilnosti različnih zadev.

49. Najprej si je treba v spomin priklicati načela iz te sodne prakse, na podlagi katerih je nato treba obravnavati to zadevo.

50. Izhodišče za presojo Sodišča pri razlagi členov 6 in 7 Direktive 93/13 je bila ugotovitev, da „sistem varstva, ki ga izvaja Direktiva 93/13, temelji na zamisli, da je potrošnik v razmerju do prodajalca ali ponudnika v podrejenem položaju glede pogajalske sposobnosti in ravni obveščenosti, zaradi česar pristopi k pogojem, ki jih je predhodno sestavil prodajalec ali ponudnik in na vsebino katerih ne more vplivati“. [11] Iz te okoliščine je Sodišče izpeljalo, da je „neenak položaj med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom mogoče izravnati samo s pozitivnim posredovanjem tretje, od pogodbenih strank neodvisne osebe“. [12]

51. Sodišče je nadalje ugotovilo, da je možnost nacionalnega sodišča po uradni dolžnosti preizkusiti nedovoljenost pogoja primerno sredstvo za dosego cilja, opredeljenega v členu 6 Direktive 93/13, ki je preprečiti, da bi posamezni potrošnik ostal vezan na nedovoljen pogoj. Menilo je tudi, da lahko ta pristojnost nacionalnega sodišča prispeva k uresničitvi cilja iz člena 7, saj ima takšen preizkus po mnenju Sodišča odvračilen učinek, zato lahko prispeva k temu, da prodajalec ali ponudnik preneha uporabljati nedovoljene pogoje v pogodbah s potrošniki. [13] Poleg tega je Sodišče ugotovilo, da je možnost preizkusiti nedovoljenost pogoja po uradni dolžnosti nujna za učinkovito varstvo potrošnikov, zlasti zaradi nezanemarljivega tveganja, da potrošnik predvsem zaradi nevednosti ne bo uveljavljal nedovoljenosti pogoja, ki je bil uporabljen zoper njega.

52. Na podlagi te presoje je Sodišče v sodbi Océano [14] odločilo, da varstvo, ki ga potrošnikom zagotavlja Direktiva 93/13, zahteva, da nacionalno sodišče ob obravnavi dopustnosti vložene tožbe po uradni dolžnosti preizkusi, ali je pogoj v predloženi pogodbi nedovoljen.

11 – Sodbi Océano (navedena v opombi 8, točka 25) in Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 25).

12 – Sodbi Océano (navedena v opombi 8, točka 27) in Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 26).

13 – Sodbe Océano (navedena v opombi 8, točka 28), Cofidis (navedena v opombi 9, točka 32) in Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 27).

14 – Navedena v opombi 8, točka 29.

53. V sodbi Cofidis [15] je Sodišče svojo sodno prakso nadgradilo tako, da pristojnost nacionalnega sodišča po uradni dolžnosti ali na ugovor potrošnika preizkusiti ničnost pogoja, ki ga vsebuje pogodba, ne sme biti odvisna od spoštovanja prekluzivnega roka.

54. Nazadnje pa je Sodišče v sodbi Mostaza Claro [16] razsodilo, da mora nacionalno sodišče, ki odloča o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe, preizkusiti ničnost arbitražnega sporazuma in arbitražno odločbo razveljaviti, če navedeni arbitražni sporazum vsebuje nedovoljen pogoj v škodo potrošnika, tudi kadar potrošnik ničnosti ni uveljavljal v arbitražnem postopku, ampak šele v tožbi za razveljavitev.

55. Sodišče je svojo odločitev utemeljilo s tem, da cilja člena 6 Direktive 93/13 ne bi bilo mogoče doseči, če sodišče, ki odloča o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe, ne bi smelo preizkusiti ničnosti te odločbe le zaradi tega, ker potrošnik ničnosti arbitražnega sporazuma ni uveljavljal v arbitražnem postopku. [17] Potrošnikove opustitve potem nikoli ne bi bilo mogoče odpraviti z ravnanji tretjih oseb. Po mnenju Sodišča bi bil tedaj poseben sistem varstva, ki ga uvaja ta direktiva, dokončno okrnjen. [18]

C – Analiza vprašanja za predhodno odločanje

1. Pristojnost izvršilnega sodišča za preizkus

56. Podobno kot v zadevi Mostaza Claro je predmet te zadeve arbitražni sporazum, ki ga predložitveno sodišče šteje za nedovoljenega. [19] Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da mora nacionalno sodišče ugotoviti, ali pogodbeni pogoj izpolnjuje merila, da bi ga bilo mogoče opredeliti za nedovoljen pogoj v smislu člena 3(1) Direktive 93/13. [20] S stališča predložitvenega sodišča sporni arbitražni sporazum ovira C. Rodríguez Nogueira pri njeni obrambi in navajanju tožbenih razlogov in argumentov, kar govori v prid temu, da bi arbitražni sporazum lahko spadal na področje uporabe člena 3(3) Direktive 93/13 v povezavi s točko q priloge.

15 – Navedena v opombi 9, točka 38.
16 – Navedena v opombi 3, točka 39.
17 – Prav tam, točka 30.
18 – Prav tam, točka 31.
19 – Glej tretjo uvodno izjavo predložitvenega sklepa.
20 – Glej sodbo Sodišča z dne 1. aprila 2004 v zadevi Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Recueil, str. I-3403, točka 22) in sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 23).

57. Vendar pa se ta zadeva razlikuje od zadeve Mostaza Claro v tem, da C. Rodríguez Nogueira niti ni sodelovala v postopku pred arbitražnim sodiščem niti ni vložila tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe. Zato se v tej zadevi – drugače kot v zadevi Mostaza Claro – zastavlja vprašanje, ali sme nacionalno sodišče ugotoviti nedovoljenost pogoja v okviru izvršilnega postopka. Naslednja razlika je v tem, da se je v zadevi Mostaza Claro zadevni potrošnik izrecno skliceval na nedovoljenost spornega arbitražnega sporazuma, medtem ko tu predložitveno sodišče sprašuje, ali je treba nedovoljenost takšnega pogoja preizkusiti po uradni dolžnosti tudi pri odločanju o predlogu za izvršbo.

58. Vsi udeleženi v postopku, razen družbe Asturcom, menijo, da mora imeti nacionalno sodišče tudi v izvršilnem postopku pristojnost po uradni dolžnosti presojati nedovoljenost arbitražnega sporazuma in ugotoviti njegovo ničnost. S tem mnenjem se izrecno strinjam.

59. Menim, da ta razlaga v največji meri upošteva cilj varstva potrošnikov, ki mu sledi Direktiva 93/13. Poleg tega je v skladu z besedilom člena 7(1) Direktive 93/13, ki od držav članic izrecno zahteva zagotovitev „ustreznih in učinkovitih sredstev“ za varstvo potrošnikov pred nedovoljenimi pogoji. Pri tem je za pravno presojo vprašanja za predhodno odločanje posebnega pomena zahteva po učinkovitosti nacionalnih ukrepov za prenos direktiv, ki jo poudarja zakonodajalec Skupnosti. To je navsezadnje tudi v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, ki od držav članic pri prenosu direktiv zahteva učinkovito zagotavljanje pravic posameznikov, kadar direktiva določa takšne pravice. [21]

60. Tako imenovana „procesna avtonomija“, ki vključuje institucionalno in procesno avtonomijo držav članic, temu nikakor ne nasprotuje. Nasprotno, iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da, če ni ureditve Skupnosti, notranji pravni red vsake države članice določi pristojna sodišča in procesna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih posameznikom daje pravo Skupnosti. [22]

21 – Glej sodbi z dne 22. junija 1989 v zadevi Fratelli Constanzo (103/88, Recueil, str. 1839, točka 29 in naslednje) in z dne 30. maja 1991 v zadevi Emmott (C-208/90, Recueil, str. I-4269, točka 20 in naslednje). V tem smislu tudi Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (ur. Rudolf Streinz), člen 249, točka 96, str. 2183. Glede dolžnosti držav članic, da zagotovijo polni učinek (effet utile) Direktive pri njenem prenosu v nacionalno pravo, glej sodbo z dne 8. aprila 1976 v zadevi Royer (48/75, Recueil, str. 497).

22 – Glej v tem smislu sodbi z dne 16. decembra 1976 v zadevi Rewe (33/76, Recueil, str. 1989, točka 5) in v zadevi Comet (45/76, Recueil, str. 2043, točka 13); sodbi z dne 14. decembra 1995 v zadevi Peterbroeck (C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 12) in z dne 20. septembra 2001 v zadevi Courage und Crehan (C-453/99, Recueil, str. I-6297, točka 29); sodbe z dne 11. septembra 2003 v zadevi Safalero (C-13/01, Recueil, str. I-8679, točka 49); z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 39); z dne 7. junija 2007 v združenih zadevah Van der Weerd in drugi (od C-222/05 do C-225/05, ZOdl., str. I-4233, točka 28) ter z dne 12. februarja 2008 v zadevi Kempter (C-2/06, ZOdl., str. I-411, točka 57).

61. Ob tem moramo upoštevati dejstvo, da načelo učinkovitega sodnega varstva pravic na podlagi ustaljene sodne prakse velja za splošno pravno načelo prava Skupnosti, ki temelji na skupni ustavnopravni tradiciji držav članic in je zapisano v členih 6 in 13 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, potrjeno pa je bilo tudi v členu 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, [23] razglašeni 7. decembra 2000 v Nici [24]. Poleg tega je v ustaljeni sodni praksi priznana pravica do obrambe „v vseh postopkih, ki se uvedejo zoper osebo in ki lahko vodijo do akta, s katerim se posega v njen položaj“ [25], torej tudi v arbitražnem postopku [26].

62. Predmet izvršilnega postopka sicer v državah članicah načeloma ni materialni preizkus, temveč izključno prisilna izvršba arbitražne odločbe. Tudi možnost dolžnika v izvršilnem postopku, da uveljavlja materialnopravne ugovore zoper izvršilni naslov, je v izvršilnem pravu držav članic praviloma omejena in odvisna od nekaterih pogojev. [27] Kljub temu pa je po mojem mnenju prav, da se nacionalnemu sodišču tudi v izvršilnem postopku prizna pristojnost za ustrezen preizkus nedovoljenih pogodbenih pogojev, saj sicer cilja varstva potrošnikov, ki ga uresničuje Direktiva 93/13, ne bi bilo mogoče doseči. [28]

63. Nasprotna razlaga bi namreč pomenila, da bi nedovoljen pogodbeni pogoj nazadnje ostal veljaven, in sicer nepreklicno v škodo

23 – UL C 364, str. 1.

24 – Sodbe z dne 15. maja 1986 v zadevi Johnston (222/84, Recueil, str. 1651, točki 18 in 19); z dne 15. oktobra 1987 v zadevi Heylens in drugi (222/86, Recueil, str. 4097, točka 14); z dne 27. novembra 2001 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-424/99, Recueil, str. I-9285, točka 45); z dne 25. julija 2002 v zadevi Unión de Pequeños Agricultores proti Svetu (C-50/00 P, Recueil, str. I-6677, točka 39) in z dne 19. junija 2003 v zadevi Eribrand (C-467/01, Recueil, str. I-6471, točka 61).

25 – Glej sodbi z dne 29. junija 1994 v zadevi Fiskano proti Komisiji (C-135/92, Recueil, str. I-2885, točka 39) in z dne 24. oktobra 1996 v zadevi Komisija proti Lisrestal in drugi (C-32/95 P, Recueil, str. I-5373, točka 21).

26 – Glej točko 59 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Tizzana z dne 27. aprila 2006 v zadevi Mostaza Claro (sodba, navedena v opombi 3).

27 – Izvršilni organ se praviloma ravna po izvršilnem naslovu in sam ne preizkuša obstoja izvršljive pravice, saj o tem odloča procesno sodišče (glej Béguin, J., Ortscheidt, J., Seraglini, C. „La convention d'arbitrage“, *La Semaine juridique – Édition Générale*, junij 2007, št. 26, str. 17). Izjeme veljajo v posameznih pravnih redih za primer izpolnitve obveznosti in odloga izpolnitve, če ju dolžnik izkaže z ustreznimi listinami. Dolžnik ima načeloma na voljo pravna sredstva, s katerimi lahko uveljavlja procesne napake izvršilnega organa. V različnih pravnih redih so mu na voljo različne vrste tožb, s katerimi lahko uveljavlja materialnopravne ugovore proti izvršbi (glej Schellhammer, K., *Zivilprozess*, 10. izdaja, Heidelberg 2003, str. 109 in naslednje, točki 219 in 223; Lackmann, R., *Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts*, 6. izdaja, München 2003, str. 80, točka 210).

28 – V tem smislu tudi Jordans, R., „Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL“, v: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, str. 50. Čeprav naj bi bili ugovori, ki jih je mogoče uveljavljati že v arbitražnem postopku, v postopku priznanja in izvršitve arbitražne odločbe načeloma izključeni, si je po avtorjevem mnenju mogoče predstavljati izjeme, kadar gre za kršitev *ordre public*.

potrošnika. Tako bi nastal pravni položaj, ki ga je zakonodajalec Skupnosti – upoštevaje posebne potrebe po varstvu gospodarskih interesov potrošnika – vsekakor hotel preprečiti.

64. Ravno dejansko stanje v tem primeru posebej izrazito kaže, da ne bi bilo v skladu z Direktivo 93/13, če izvršilno sodišče ne bi imelo ustrezne pristojnosti za tak preizkus. Tedaj bi se namreč potrošnik, da bi se izognil negativnim posledicam ničnega pogodbenega pogoja, moral proti temu pogoju braniti že v postopku pred izvršilnim postopkom. V tem primeru bi se torej C. Rodríguez Nogueira kot dolžnica v izvršilnem postopku morala udeležiti že arbitražnega postopka, v zakonitost katerega predložitveno sodišče ravno dvomi; z drugimi besedami, na podlagi nacionalnega prava bi se moral potrošnik udeležiti neveljavnega postopka, da bi bilo mogoče ugotoviti ničnost pogodbe. To ne bi bilo sprejemljivo in kaže na to, da bi izvršilno sodišče moralo imeti ustrezno pristojnost za tak preizkus.

65. Poleg tega pa, kot je ugotovilo Sodišče, uresničevanje ciljev Direktive 93/13 zahteva, da se neenak položaj med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom izravna s pozitivnim posredovanjem tretje, od pogodbenih strank neodvisne osebe. [29] Po informacijah predložitvenega sodišča na podlagi španskega zakona o arbitražnem postopku arbitraža ni niti zavezana niti pooblaščena, da bi po uradni dolžnosti preizkusila arbitražni sporazum in ničnе ali nedovoljene arbitražne sporazume razglasila za ničnе. [30]

66. Vendar bi tudi v primeru, če bi bile arbitraže k temu zavezane ali pooblaščene, obstajali resni dvomi, ali je arbitražo vedno mogoče šteti za neodvisno in nevtralno, zlasti ker ima lahko arbiter glede na okoliščine tudi lasten interes, da ostane sporazum o arbitraži, za katero je pristojen, v veljavi. Na to utemeljeno opozarja Komisija. [31] Za tak položaj gre tudi v postopku v glavni stvari, kjer je arbitražni sporazum oblikovalo isto združenje, ki je pristojno za izvedbo arbitražnega postopka. Zato preizkus ničnosti nedovoljenega arbitražnega sporazuma ne sme biti prepuščen samo arbitru. Nasprotno, to nalogo je treba prenesti na sodišče, ki je glede na vsa jamstva pravne države neodvisno.

67. Če prizadeti – česar zaradi neredkega pomanjkanja poslovnih izkušenj pri potrošnikih ni mogoče izključiti [32] – ne vloži tožbe za razveljavitev arbitražne odločbe in zato ta postane pravnomočna, je sodišče, ki odloča o izvršbi, praviloma edina in zadnja stopnja, ki

29 – Glej točko 50 teh sklepnih predlogov.

30 – Glej četrto uvodno izjavo predložitvenega sklepa.

31 – Glej točko 37 pisne vloge Komisije. Picó i Junoy, J., „El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales“, v: *DiarioLa Ley*, leto XXVI, št. 6198, prav tako opozarja na tveganje pristranskosti arbitraže. Če obstajajo znaki pristranskosti, avtor v tem vidi izjemoma razlog za zavrnitev odredbe za izvršbo.

32 – Glej točko 51 teh sklepnih predlogov.

sploh lahko preizkusi zakonitost pogodbenega pogoja.[33] Zato mora pravni red Skupnosti izvršilnemu sodišču ravno zaradi njegovega posebnega položaja priznati ustrezno pristojnost za preizkus. Države članice so dolžne zagotoviti, da ima izvršilno sodišče v postopku ustrezna pooblastila, da lahko zavrne predlog za izvršbo z razveljavitvijo arbitražne odločbe.

68. Razlog za zavrnitev predloga za izvršbo lahko načeloma temelji na varstvu javnega reda (ordre public) države članice. Ustrezno mednarodnopravno ureditev vsebuje člen 5(2)(a) Newyorške konvencije o priznavanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958[34] ter člen 29(2) Konvencije o enotnih predpisih o arbitraži v okviru Sveta Evrope iz leta 1966.[35] Pravni redi nekaterih držav članic vsebujejo podobne ureditve.[36]

69. Špansko pozitivno pravo izvršilnemu sodišču ne daje izrecno pooblastila za preizkus veljavnosti arbitražnega sporazuma po uradni dolžnosti. Na to opozarja tudi predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu. V tem smislu so pooblastila španskega izvršilnega sodišča za preizkus, tako kot v večini držav članic, omejena in usmerjena predvsem v nadzor formalnosti izvršilnega postopka. Kljub temu lahko ugotovimo, da so v preteklih letih različna španska sodišča, ki so odločala o izvršbi arbitražnih odločb, zavrnila predloge za izvršbo z utemeljitvijo, da zadevne

33 – V tem smislu Picó i Junoy, J., *op. cit.* (opomba 31).

34 – Dostopna na spletni strani Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), http://www.uncitral.org. Konvencija v členu 5(2)(a) določa: „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., *op. cit.* (opomba 31), meni, da je treba špansko pravo razlagati ob upoštevanju tega mednarodnopravnega predpisa. Nacionalno sodišče bi potemtakem moralo zavrniti predlog za izvršbo in arbitražno odločbo razveljaviti.

35 – Dostopna na spletni strani Sveta Evrope. Konvencija v členu 29 določa: „(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 – V Nemčiji vsebuje veljavno ureditev Zivilprozessordnung (ZPO). V skladu s členom 1060(1) ZPO pride do izvršbe, če je arbitražna odločba razglašena za izvršljivo. V členu 1060(2) ZPO je določeno, da se predlog za izvršbo zavrne in arbitražna odločba razveljavi, če je podan kateri izmed razlogov za razveljavitev, ki so določeni v členu 1059(2). V členu 1059(2), točka 2(b), ZPO je določen poseben razlog za razveljavitev. Arbitražna odločba se razveljavi, če sodišče ugotovi, da bi njeno priznanje ali izvršitev lahko povzročila učinek, ki bi bil v nasprotju z javnim redom (ordre public). Razlogi za razveljavitev iz člena 1059(2), točka 2, ZPO se v izvršilnem postopku upoštevajo po uradni dolžnosti (Senat, BGHZ 142, 204, 206), tudi po poteku rokov, določenih za predlog za razveljavitev (člen 1059(3) ZPO). V Belgiji člen 1710(1) Code Judiciaire (zakon o sodiščih) določa, da sme izvršbo arbitražne odločbe na predlog zainteresirane stranke odrediti le predsednik prvostopenjskega sodišča. V členu 1710(3) je določeno, da predsednik zavrne predlog, če je arbitražna odločba – med drugim – v nasprotju z javnim redom (ordre public).

arbitražne odločbe nasprotujejo javnemu redu.[37] To stališče je, kot kaže, sprejeto v precejšnjem delu španske sodne prakse[38] in pravne teorije[39]. V novejši sodni praksi prihaja v bistvu do enakih sklepov, pri čemer se kot podlaga za ustrezno pristojnost izvršilnega sodišča za preizkus navaja zahteva za varstvo potrošnikov.[40] Ne glede na to pa je videti, da pravni položaj v Španiji še vedno ni povsem jasen, saj ne obstaja nedvoumna sodna praksa najvišjih sodišč.

70. Prevzem pravnega načela, priznanega v mednarodnem pravu ter tudi v pravnih redih držav članic Evropske unije, ki prepoveduje izvršbo arbitražne odločbe, ki nasprotuje javnemu redu, v pravni red Skupnosti je po mojem mnenju primeren tudi zato, ker je Sodišče v sodbi Mostaza Claro določbe prava Skupnosti o varstvu potrošnikov, ki jih vsebuje Direktiva 93/13, implicitno štelo med določbe, ki lahko spadajo k javnemu redu.[41] Iz te okoliščine je Sodišče sklepalo, da je razveljavitev arbitražnega sporazuma, ki krši eno od teh odločb, upravičena.

71. Kot se je Sodišče izrazilo v tej sodbi, zavezujoča določba člena 6(1) Direktive 93/13, v skladu s katero nedovoljeni pogoji v pogodbah, ki jih prodajalci ali ponudniki sklepajo s potrošniki, „niso zavezujoči za potrošnika“, zahteva, da nacionalno sodišče po uradni dolžnosti preizkusi nedovoljenost pogodbenega pogoja in s tem izravna neravnotežje med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom.[42] Po drugi strani pomeni Direktiva 93/13, ki naj bi okrepila varstvo potroš-

37 – Glej na primer sklep Audiencia Provincial de Madrid (sección 14) z dne 28. julija 2005 (rec. num. 302/2005) in sklep z dne 29. julija (rec. num. 155/2005).

38 – Glej sodbo Tribunal Supremo z dne 6. novembra 2007 (sodba št. 8/2007). V njej Tribunal Supremo pojasnjuje, da izvršilnemu sodišču pooblastila omogočajo preizkusiti prednost prava Skupnosti ter druge razloge javnega reda. Vendar pa Tribunal Supremo za utemeljitev tega pravnega mnenja ne navaja nobenih predpisov.

39 – Glej Picó i Junoy, J., *op. cit.* (opomba 31), Lorca Navarrete, A. M., „Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente ley de arbitraje“, v: *Diario La Ley*, št. 6005.

40 – Glej na primer sklepe Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) z dne 10. junija 2008 (rec. num. 694/2007), z dne 19. junija 2007 in z dne 24. maja 2007.

41 – Sodba Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 38). Tako to razume tudi pravna teorija. Glej Jordans, R., *op. cit.* (opomba 28), str. 50, ki sodbo razume v smislu, da je Sodišče nedovoljenost pogodbenega pogoja štelo za tako pomembno, da jo je uvrstilo pod javni red. Loos, M., „Case: ECJ – Mostaza Claro“, v: *European Review of Contract Law*, 2007, zvezek 4, str. 443, meni, da je Sodišče zavezujočim določbam direktive o varstvu potrošnikov dalo status norm javnega reda kot že prej določbam konkurenčnega prava. Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., „La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation“, v: *Petites affiches*, september 2007, št. 189, str. 15, navajata, da Sodišče – drugače kot Komisija – določb prava Skupnosti o varstvu potrošnikov ni izrecno opredelilo kot norme javnega reda. Kljub temu menita, da je mogoče izvajanja Sodišča v tej sodbi razumeti v tej smeri. Po mnenju Courbe, P., Brière, C., Dionisi-Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., Legros, C., „Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006“, v: *Petites affiches*, 2007, št. 152, str. 14, postajajo kot posledica te sodne prakse Sodišča določbe varstva potrošnikov iz Direktive 93/13 norme javnega reda.

42 – Sodba Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 38).

nikov v skladu s členom 3(1)(t) ES, sredstvo, ki je nujno za dokončanje Skupnosti zaupanih nalog, zlasti za zvišanje ravni in kakovosti življenja v Skupnosti. [43]

72. Dobro se zavedam, da bi lahko taka razlaga členov 6 in 7 Direktive 93/13, kot jo predlagam, posledično pomenila poseg v pravnomočnost, priznano v pravnih redih nekaterih držav članic, kar nujno odpira vprašanje uskladitve te razlage z dosedanjo sodno prakso Sodišča o pravnomočnosti nacionalnih pravnih aktov in sodb, ki so v nasprotju s pravom Skupnosti.

73. V sodbi Kapferer [44] je Sodišče opozorilo na pomen, ki ga ima načelo pravnomočnosti tako v pravu Skupnosti kot v nacionalnih pravnih redih, in potrdilo načelo, da zaradi zagotovitve pravne varnosti in stabilnosti pravnih razmerij ter učinkovitosti sojenja sodnih odločb, ki so postale dokončne po tem, ko so bila izčrpana vsa razpoložljiva pravna sredstva, ali po tem, ko so se iztekli roki zanje, naj ne bi bilo več mogoče izpodbijati. Poleg tega se je Sodišče oprlo na sodbo Eco Swiss [45] ter odločilo, da načelo sodelovanja, ki izhaja iz člena 10 ES, od nacionalnega sodišča ne zahteva neupoštevanja nacionalnih procesnih predpisov, da bi preizkusilo pravnomočno sodno odločbo in jo razveljavilo, če bi se pokazalo, da je v nasprotju s pravom Skupnosti. [46]

74. Kljub temu pa je Sodišče napetost med pravno varnostjo in varstvom potrošnikov sprostilo z implicitnim pojasnilom, da načelo pravnomočnosti velja ob pridržku spoštovanja načel enakovrednosti in učinkovitosti. Pri urejanju procesnih pravil za pravna sredstva, katerih namen je varstvo pravic, ki za posameznike izhajajo iz neposrednega učinka prava Skupnosti, morajo države članice poskrbeti, da ta pravila niso manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobne zahtevke nacionalnega prava (načelo enakovrednosti), in da niso urejena tako, da bi v praksi onemogočala izvajanje pravic, ki jih priznava pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti). [47]

75. Na podlagi zgornje presoje, predvsem zaradi nujnosti učinkovitega varstva potrošnikov [48] ter ob upoštevanju sodne prakse Sodišča [49], ki izrecno zahteva pozitivno posredovanje tretje, od strank neodvisne strani, sem

43 – Prav tam, točka 37.
44 – Sodba z dne 16. marca 2006 v zadevi Kapferer (C-234/04, ZOdl., str. I-2585, točka 20).
45 – Sodba z dne 1. junija 1999 v zadevi Eco Swiss (C-126/97, Recueil, str. I-3055, točki 46 in 47).
46 – Sodba Kapferer (navedena v opombi 44, točka 20).
47 – Sodba Kapferer (navedena v opombi 44, točka 22).
48 – Glej točko 59 teh sklepnih predlogov.
49 – Glej točko 50 teh sklepnih predlogov.

prepričana, da je lahko poseg v pravnomočnost izjemoma nujen.

76. Iz vsega tega sledi, da mora nacionalno sodišče zavrniti predlog za izvršbo na podlagi pravnomočne arbitražne odločbe, izdane v odsotnosti potrošnika, in razveljaviti to arbitražno odločbo, če ugotovi, da arbitražni sporazum vsebuje nedovoljen pogoj, ki škodi potrošniku. [50]

2. Dolžnost preizkusa s strani izvršilnega sodišča

77. Čeprav vprašanje za predhodno odločanje v tem smislu ni popolnoma jasno, je videti, da predložitveno sodišče sprašuje tudi, ali je izvršilno sodišče ne le upravičeno, ampak tudi zavezano po uradni dolžnosti preizkusiti nedovoljenost arbitražnega sporazuma.

78. Najprej je treba ugotoviti, da Sodišče tako v sodbi Océano [51] kot tudi v sodbi Cofidis [52] govori le o „pooblastilu“ oziroma o „možnosti“ nacionalnega sodišča, da po uradni dolžnosti preizkusi nedovoljenost pogoja. To bi na prvi pogled lahko dopuščalo sklep, da nacionalno sodišče sicer lahko preizkusi nedovoljenost pogoja, a k temu ni zavezano. Vendar takšno razumevanje teh sodb ne bi upoštevalo okoliščine, da je bil v središču presoje Sodišča cilj Direktive 93/13, to je varstvo potrošnikov.

79. Sodišče si je posebej prizadevalo poudariti, da ustrezen sodni preizkus učinkuje primerno odvračilno in s tem prispeva k temu, da prodajalec ali ponudnik v potrošniških pogodbah preneha uporabljati nedovoljene pogoje. Menim, da bi bil odvračilen

50 – Tako tudi Azparren Lucas, A., „Intervención judicial en el arbitraje – La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral“, v: *Diario La Ley*, leto XXVIII, št. 6789, ki komentira sodbo Mostaza Claro in meni, da bi moral odgovor na vprašanje v tej zadevi v bistvenem temeljiti na istih argumentih kot v zadevi Mostaza Claro. Po njegovem mnenju se Sodišče v omenjeni zadevi opira na načelo učinkovitosti, v skladu s katerim uresničevanje pravic, ki jih zagotavlja pravni red Skupnosti, ne sme biti čezmerno oteženo.

51 – Navedena v opombi 8, točka 25.

52 – Navedena v opombi 9, točke 32, 33 in 35.

učinek takega preizkusa veliko manjši, če bi bil prepuščen le presoji izvršilnega sodišča. Nasprotno pa bi bilo varstvo potrošnika v skladu z zahtevami prava Skupnosti zagotovljeno, če bi bilo nacionalno sodišče pravno zavezano opraviti tak preizkus. [53]

80. Zdi se, da tudi sodba Mostaza Claro temelji na enakih preudarkih. V njej je Sodišče ugotovilo, da pomen, ki ga ima varstvo potrošnikov v pravnem redu Skupnosti, upravičuje „dolžnost nacionalnega sodišča, da po uradni dolžnosti presoja nedovoljenost pogodbenega pogoja in da izravna neravnotežje med potrošnikom in prodajalcem ali ponudnikom“. [54]

81. V skladu s tem je Sodišče v omenjeni sodbi tudi odločilo, da „je treba Direktivo 93/13/EGS razlagati tako, […] da mora nacionalno sodišče, ki odloča o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe, presojati ničnost arbitražnega sporazuma in odločbo razveljaviti, ker arbitražni sporazum vsebuje nedovoljeni pogoj, tudi če potrošnik ničnosti ni uveljavljal v okviru arbitražnega postopka, ampak le v okviru tožbe za razveljavitev. “Kot že navedeno, je Sodišče svojo odločitev v bistvenem obrazložilo s tem, da so predpisi prava Skupnosti o varstvu potrošnikov določbe, ki spadajo k javnemu redu [55].

82. Iz vseh zgoraj navedenih ugotovitev torej sledi, da pravo Skupnosti nacionalnemu sodišču nalaga dolžnost takega preizkusa.

53 – V tem smislu tudi 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“, v: *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, str. 97, ki meni, da bi bilo mogoče cilje, ki si jih prizadeva doseči Sodišče, doseči le, če bi moralo nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotoviti nedovoljenost pogodbenega pogoja.

54 – Sodba Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točke od 35 do 38). Glej različne jezikovne različice sodbe, na primer špansko („*deba* apreciar de oficio“), nemško („von Amts wegen […] prüfen *muss*“), francosko („*soit tenu* d'apprécier d'office“), angleško („*being required* to assess of its own motion“), italijansko („*sia tenuto* a valutare d'ufficio“), nizozemsko („ambtshalve *dient* te beoordelen“) in portugalsko („*deva* apreciar oficiosamente“) različico.

55 – Sodba Mostaza Claro (navedena v opombi 3, točka 38). Tako to razume tudi pravna teorija. Glej Jordans, R., *op. cit.* (opomba 28), in Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., *op. cit.* (opomba 41).

VII – Predlog

83. Glede na navedene ugotovitve predlagam Sodišču, naj na vprašanje Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao odgovori:

Iz cilja varstva potrošnikov, ki mu sledi Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, izhaja, da mora sodišče, ki odloča o predlogu za izvršbo na podlagi pravnomočne arbitražne odločbe, izdane v odsotnosti potrošnika, po uradni dolžnosti preizkusiti ničnost arbitražnega sporazuma in posledično razveljaviti arbitražno odločbo, če meni, da arbitražni sporazum vsebuje nedovoljen pogoj v škodo potrošnika.