CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
A. TIZZANO
van 27 april 2006 [1]

1. Bij beschikking van 15 februari 2005 heeft de Audiencia Provincial de Madrid (hierna: „Audiencia Provincial") krachtens artikel 234 EG het Hof een prejudiciële vraag voorgelegd over de uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: „richtlijn 93/13" of eenvoudigweg „richtlijn"). [2]

2. De Audiencia Provincial wenst in het bijzonder te vernemen of het in de richtlijn uitgewerkte stelsel van consumentenbescherming impliceert, dat een nationale rechter die uitspraak moet doen op een beroep tegen een arbitraal vonnis, een arbitraal beding dat hij oneerlijk acht, ambtshalve onwettig kan verklaren, ook indien de desbetreffende exceptie niet tijdens de arbitrale procedure is opgeworpen en de consument dit pas voor het eerst in zijn verzoekschrift in hoger beroep heeft gedaan.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 95, blz. 29.

I — **Rechtskader**

A — *Gemeenschapsrecht*

Richtlijn 93/13

3. Op 5 april 1993 heeft de Raad richtlijn 93/13 vastgesteld om „de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken" en om in het kader daarvan „een doeltreffender bescherming van de consument" te bewerkstelligen (zesde, achtste en tiende overweging van de considerans).

4. Op grond van artikel 3, lid 1, wordt

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

5. Artikel 4, lid 1, bepaalt:

„Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft."

6. In artikel 6, lid 1, wordt verklaard:

„De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden [...]".

7. Verder bepaalt artikel 7:

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

2. De in lid 1 bedoelde middelen dienen wettelijke bepalingen te omvatten waarbij personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een legitiem belang hebben bij de bescherming van de consument, overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen."

8. Tenslotte zij eraan herinnerd, dat de richtlijn een bijlage bevat met een indicatieve lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Volgens letter q van deze bijlage, worden hiertoe gerekend bedingen die tot doel of tot gevolg hebben:

„het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust."

B — *Nationaal recht*

De Spaanse wettelijke regeling inzake oneerlijke bedingen

9. Richtlijn 93/13 is bij wet 7/1998 van 13 april 1998 (hierna: „wet 7/1998") [3] in Spaans recht omgezet.

10. Artikel 8, lid 2 van die wet bepaalt:

„Zijn inzonderheid nietig oneerlijke algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten, daaronder in ieder geval begrepen de in artikel 10 bis en de eerste additionele bepaling bij de algemene wet 26/1984 [...] omschreven voorwaarden [...]" [4]

11. De artikelen 10 en 10 bis van wet 26/1984 geven een definitie van het begrip oneerlijk beding. Daarnaast preciseert punt 26 van de eerste aanvullende bepaling bij die wet dat als oneerlijk wordt aangemerkt „het onderwerpen van het geschil aan een ander arbitragesysteem dan dat voor consumentenzaken, tenzij het arbitrage-instanties betreft die bij wet voor een bepaalde sector of voor een bepaald geval zijn ingesteld".

De Spaanse wettelijke regeling inzake arbitrage

12. Ten tijde van de feiten was de regeling voor arbitrale procedures neergelegd in wet 36/1988 van 5 december 1988 (hierna: „wet 36/1988"). [5]

13. Voor de onderhavige zaak is vooral artikel 23 van die wet van belang, dat luidt als volgt:

„Verzet tegen de arbitrage wegens gebrek aan objectieve bevoegdheid van de scheidsrechters dan wel ontbreken, nietigheid of ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst

3 — Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (wet 7/1998 inzake algemene voorwaarden in overeenkomsten) van 13 april 1998 (BOE nr. 89 van 14 april 1998, blz. 12304).

4 — Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (algemene wet 26/1984 inzake de bescherming van de consumenten en de gebruikers) van 19 juli 1984 (BOE nr. 176 van 24 juli 1984, blz. 21686).

5 — Ley de Arbitraje (arbitragewet) 36/1988 van 5 december 1988 (BOE nr. 293 van 7 december 1988, blz. 34605).

moet worden gedaan op het ogenblik dat partijen hun oorspronkelijke eisen indienen.

[...]"

14. Verder moet artikel 45 worden vermeldt, dat bepaalt:

„Het arbitraal vonnis kan uitsluitend in de volgende gevallen worden vernietigd:

1. Wanneer de arbitrageovereenkomst nietig is.

2. Wanneer bij de aanwijzing van de scheidsrechters en het verloop van de arbitrageprocedure de wettelijke vormvereisten en grondbeginselen niet in acht zijn genomen.

3. Wanneer het vonnis buiten de gestelde termijn wordt gewezen.

4. Wanneer de scheidsrechters hebben beslist op punten die hun niet ter beoordeling zijn voorgelegd of dat wél zijn, maar niet voor arbitrage in aanmerking komen. [...]

5. Wanneer het vonnis in strijd is met de openbare orde."

II — De feiten en het procesverloop

15. Het hoofdgeding betreft een geschil tussen mevrouw Mostaza Claro en de vennootschap Centro Móvil Milenium SL (hierna: „Centro Móvil").

16. Op 2 mei 2002 sloot Mostaza Claro met Centro Móvil een overeenkomst voor mobiele telefonie (hierna: „overeenkomst"), die voorzag in een abonnement met een minimumduur. De overeenkomst bevatte een arbitraal beding inhoudende dat alle geschillen met betrekking tot de overeenkomst via arbitrage zouden worden beslecht door een door de Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (hierna: „AEADE") aangewezen arbiter.

17. Omdat de bepaling betreffende de minimumduur van het abonnement haars inziens niet in acht was genomen, zette Centro

Móvil de arbitrageprocedure in gang bij de AEADE, die Mostaza Claro een termijn van 10 dagen verleende om de arbitrage te weigeren en om de arbiter opmerkingen en bewijzen tot schraging van haar standpunt te doen toekomen. Mostaza Claro voerde binnen die termijn te harer verdediging een aantal argumenten aan, maar niet de exceptie dat het arbitraal beding nietig was.

18. Omdat de arbiter de aangevoerde weren niet gegrond achtte, wees hij op 22 september 2003 een arbitraal vonnis waarin hij Centro Móvil schadevergoeding toekende en Mostaza Claro in de kosten van het geding verwees.

19. Tegen dit vonnis stelde Mostaza Claro hoger beroep in bij de Audiencia Provincial, waar zij voor het eerst aanvoerde dat het arbitraal beding oneerlijk was en op grond daarvan nietigverklaring van het arbitrale vonnis vorderde. Centro Móvil verzette zich tegen die vordering met het verweer dat de nietigheid van dat beding op grond van artikel 23 van wet 36/1988 in de arbitrale procedure had moeten worden ingeroepen en zij dus in het hoger beroep tegen dat vonnis niet meer in aanmerking kon worden genomen.

20. De Audiencia Provincial stelde vast dat het arbitraal beding van de overeenkomst oneerlijk was in de zin van de artikelen 10 en 10 bis en de eerste aanvullende bepaling van wet 26/1984 en artikel 8 van wet 7/1998. Hij vroeg zich echter af of hij het beding ambtshalve nietig kon verklaren nu de consument de nietigheid daarvan niet expliciet tijdens de arbitrale procedure had ingeroepen.

21. Daarom heeft de Audiencia Provincial het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„Moet richtlijn 93/13/EEG [...] aldus worden uitgelegd dat de daarin gewaarborgde bescherming van de consument van de rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en het vonnis nietig verklaart wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat, wanneer deze nietigheid eerst in het kader van het beroep tot vernietiging is opgeworpen, en niet tijdens de arbitrageprocedure?"

22. In de procedure voor het Hof zijn schriftelijke opmerkingen gemaakt door Centro Móvil, de Spaanse, de Duitse, de Hongaarse en de Finse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

III — Juridische analyse

Opmerking vooraf over het oneerlijke karakter van het litigieuze arbitrale beding

23. Alvorens over te gaan tot de bespreking van de vraag, zijn degenen die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitgebreid ingegaan op een voorvraag, te weten of het arbitrale beding waarom het in het hoofdgeding gaat, inderdaad oneerlijk is, dat wil zeggen of het „een beding in een overeenkomst [is] waarover niet afzonderlijk is onderhandeld" en het, „in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort" (artikel 3, lid 1, van de richtlijn).

24. Volgens Centro Móvil kan in casu het bestaan van een bij richtlijn 93/13 verboden beding worden uitgesloten, aangezien Mostaza Claro niet als „consument" kan worden aangemerkt, nu zij de overeenkomst betreffende het telefoonabonnement in het kader van haar beroepsactiviteiten heeft gesloten. Bovendien zou over het betrokken beding individueel met verzoekster zijn onderhandeld en zou het dus niet vallen onder de in artikel 3 bedoelde bedingen.

25. De Hongaarse regering is daarentegen van mening dat uit de verwijzingsbeschikking niet duidelijk blijkt of het betrokken beding voldoet aan de eisen van richtlijn 93/13. En de richtlijn verplicht de lidstaten hoe dan ook niet om alle bedingen die in een bij de wet erkende alternatieve methode van geschillenbeslechting voorzien, als oneerlijk aan te merken.

26. De Finse regering en de Commissie nemen nog een ander standpunt in. Huns inziens voldoet het litigieuze beding zonder meer aan de eisen van genoemd artikel 3. In het bijzonder verstoort zij volgens de Finse regering het contractuele evenwicht aanzienlijk in het nadeel van de consument, die normaliter niet over de benodigde juridische vaardigheden beschikt om de implicaties van de opneming van een arbitraal beding in de overeenkomst te kunnen overzien. Anderzijds, zo voegen de Finse regering en de Commissie daaraan toe, valt een dergelijk beding onder de bedingen die voorkomen op de indicatieve lijst die als bijlage bij de richtlijn is gevoegd en in het bijzonder onder letter q daarvan, die spreekt van bedingen die ten doel of tot gevolg hebben „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren".

27. Met betrekking tot deze materiële kwestie neig ik tot de opvatting van de Commissie en de Finse regering. Volgens mij moet hier echter een andere vraag worden gesteld.

28. Zoals bekend, kan het Hof in het kader van de hem bij artikel 234 EG toebedeelde bevoegdheid tot uitlegging van het gemeenschapsrecht „de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria [...] uitleggen teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren". Het kan zich echter niet „uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding", aangezien daarvoor volgens artikel 4 van de richtlijn onderzoek nodig is van alle omstandigheden „van het betrokken geval" rond de sluiting van de overeenkomst, waarvan enkel de nationale rechter rechtstreeks kennis draagt. [6]

29. In het kader van de door het Verdrag gewenste bevoegdheidsverdeling staat het dus aan de nationale rechter — die als enige rechtstreeks van deze omstandigheden op de hoogte is — „om te beoordelen of een contractueel beding als het beding dat in het hoofdgeding aan de orde is, aan de criteria voldoet om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn te worden aangemerkt". [7]

30. Het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [8], waarin het Hof, zoals de Commissie opmerkt, die beoordeling wel zelf heeft verricht, kan niet tot een andere conclusie leiden. In het latere arrest Freiburger Kommunalbauten [9] heeft het Hof namelijk duidelijk gemaakt dat de zojuist genoemde zaak een heel uitzonderlijk precedent vormde dat niet kon worden gegeneraliseerd.

31. Volgens het Hof ging het in de hoofdgedingen in de zaak Océano Grupo Editorial en Salvat Editores namelijk om een forumkeuzebeding dat „de verkoper de mogelijkheid [bood om] alle met zijn beroepswerkzaamheden verband houdende geschillen te concentreren bij de rechter van zijn plaats van vestiging". Het betrof daar dus „een beding dat uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekte en geen tegenprestatie voor de consument inhield", dus een beding waarvan het oneerlijke karakter zonder meer duidelijk was. Het was enkel om die reden dat het Hof „het oneerlijke karakter van dit beding [heeft kunnen] vast [...] stellen zonder dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst hoefden te worden onderzocht". [10]

6 — Arrest van 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Jurispr. blz. I-3403, punt 22). Zie ook arresten van 22 juni 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Jurispr. blz. I-3819, punt 11), en 27 september 2001, Bacardi (C-253/99, Jurispr. blz. I-6403, punt 58).

7 — Arrest Freiburger Kommunalbauten, reeds geciteerd in voetnoot 6 (punt 25).

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

9 — Aangehaald in voetnoot 6.

10 — Arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, aangehaald in voetnoot 8 (punt 23), en arrest Freiburger Kommunalbauten, aangehaald in voetnoot 6 (punt 23).

32. Over het algemeen ligt het echter niet zo duidelijk en moet de zaak voor de concrete toepassing van de criteria van artikel 3, lid 1, van de richtlijn naar de nationale rechter worden terugverwezen.

33. In casu heeft de nationale rechter inderdaad getoetst of het arbitraal beding oneerlijk was. In haar verwijzingsbeschikking stelt de Audiencia Provincial immers, dat „het geen twijfel [lijdt] dat de arbitrageovereenkomst die is opgenomen in de overeenkomst tussen mevrouw Mostaza en Centro Móvil Milenium SL met betrekking tot een speciale aanbieding voor een mobiele telefoonabonnement [...] nietig is, omdat zij een oneerlijk beding bevat" in de zin van de nationale wettelijke regeling tot omzetting van richtlijn 93/13.

34. Onder die omstandigheden kan het Hof mijns inziens niets anders doen dan akte nemen van deze beoordeling, te meer nu de verwijzende rechter het Hof niets heeft gevraagd over de aard van het beding, maar enkel over de mogelijkheid om dit ambtshalve nietig te verklaren.

35. Het is, zoals bekend, vaste rechtspraak, dat het in de door het Verdrag gewenste taakverdeling de taak van de nationale rechter is om te beslissen welke vragen hij nodig heeft om het hoofdgeding te beslechten, en zijn dat de vragen waarover het Hof zich in beginsel dient uit te spreken. [11]

36. Slechts bij wijze van uitzondering en voor zover dat nodig is voor een antwoord dat „voor de nationale rechter nuttig is", kan het Hof de vragen wijzigen en/of nieuwe vragen onderzoeken. [12] In casu heeft echter niemand gesteld dat zich dergelijke omstandigheden voordoen en blijkt ook uit het dossier niet dat hiervan sprake is.

37. Concluderend meen ik dan ook dat wij ons in casu moeten houden aan de beoordelingen van de nationale rechter, die het litigieuze beding oneerlijk heeft geacht. In het licht van deze overwegingen ga ik nu over tot de behandeling van de vraag.

De prejudiciële vraag

38. Zoals gezien, wenst de nationale rechter met zijn enige vraag te vernemen of het

11 — Arresten van 29 november 1978, Redmond (83/78, Jurispr. blz. 2347); 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punt 20); 28 november 1991, Durighello (C-186/90, Jurispr. blz. 5773), en 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 23).

12 — Arrest van 1 april 2004, Borgmann (C-1/02, Jurispr. blz. I-3219, punt 19). Zie van de vele andere ook de arresten van 20 maart 1986, Tissier (35/85, Jurispr. blz. 1207, punt 9), en 11 december 1997, Immobiliare SIF (C-42/96, Jurispr. blz. I-7089, punt 28).

stelsel van consumentenbescherming dat bij richtlijn 93/13 is uitgewerkt, meebrengt dat nationale rechters die uitspraak moeten doen op een beroep tegen een arbitraal vonnis, de nietigheid kunnen inroepen van een arbitraal beding dat oneerlijk wordt geacht en het arbitrale vonnis bijgevolg nietig kunnen verklaren zelfs indien de consument deze exceptie niet tijdens de arbitrale procedure heeft opgeworpen maar dit pas voor het eerst heeft gedaan in het inleidend beroepschrift.

39. Met de Spaanse, de Hongaarse en de Finse regering en de Commissie komt het mij voor dat deze vraag in het licht van de rechtspraak van het Hof bevestigend kan worden beantwoord.

40. Het Hof heeft al eerder erkend, dat nationale rechters bedingen in overeenkomsten waarvan de verkoper nakoming vordert, ambtshalve nietig kunnen verklaren.

41. In het reeds genoemde arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [13] heeft het Hof er immers aan herinnerd, dat artikel 7, lid 2, van richtlijn 93/13 voor erkende consumentenorganisaties de mogelijkheid opent om zich tot de rechter te wenden teneinde te doen vaststellen, of bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en deze in voorkomend geval te doen verbieden, zelfs al zou daarvan geen gebruik zijn gemaakt in een concrete overeenkomst. Dit is, zo vervolgt het Hof, omdat deze bepaling deel uitmaakt van een beschermingsstelsel, dat „berust op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt" en dat deze ongelijkheid „enkel kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om". [14]

42. Volgens het Hof is het in een stelsel dat dergelijke interventies toelaat, „moeilijk voor te stellen, dat de rechter in een geding met betrekking tot een concrete overeenkomst die een oneerlijk beding bevat, dat beding niet buiten toepassing kan laten op de enkele grond dat de consument zich niet op het oneerlijke karakter ervan heeft beroepen". [15] Daarentegen past de aanvaarding van een positieve interventie van de nationale rechter bestaande in de ambtshalve vaststelling van de onwettigheid van het beding en eventueel in de niet-toepasselijkverklaring daarvan, wel binnen dat stelsel.

43. Overigens heeft het Hof hieraan in het arrest Cofidis toegevoegd, dat de rechter de mogelijkheid om een oneerlijk beding onwettig te verklaren, zelfs moet worden toege-

13 — Aangehaald in voetnoot 8.

14 — Ibidem, punten 25 en 27.

15 — Ibidem, punt 28.

kend indien de consument deze exceptie niet binnen de in het nationale recht neergelegde termijn heeft opgeworpen. [16]

44. In dit verband onderstreept het Hof, dat de bescherming die richtlijn 93/13 de consumenten wil bieden een „daadwerkelijke bescherming" is die beoogt een eind te maken aan het gebruik door verkopers, van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten (artikel 7) en te beletten dat oneerlijke bedingen die eventueel wel in dergelijke overeenkomsten voorkomen, de consument kunnen binden (artikel 6). [17]

45. In procedures die door de verkoper aanhangig worden gemaakt, zou dit streven volgens het Hof in gevaar kunnen worden gebracht door het „niet te onderschatten risico dat [de consument] zijn rechten niet kent" of doordat de consument ervan afziet „zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte". Om dit te voorkomen is het dus nodig dat deze bevoegdheid zich — althans in door de verkoper aanhangig gemaakte procedures — ook uitstrekt tot gevallen waarin de consument zich niet vóór afloop van een bij een nationale regeling vastgestelde vervaltermijn beroept op het oneerlijke karakter van het beding in de overeenkomst. [18]

46. Centro Móvil en de Duitse regering stellen echter dat bovenstaande overwegingen niet op de onderhavige zaak kunnen worden toegepast. In casu is het gevaar voor aantasting van de consumentenbescherming namelijk uitgesloten omdat het Mostaza Claro op grond van het arbitraal beding was toegestaan arbitrage te weigeren en om op grond van artikel 23 van wet 36/1988 in haar inleidend verweerschrift voor de arbiter de nietigheid van dat beding in te roepen.

47. Ik merk echter op dat in casu, net zoals in de zaak Cofidis, het risico niet denkbeeldig was (en zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt) dat de consument in de door de verkoper ingeleide arbitrale procedure deze bevoegdheid in concreto niet zou kunnen uitoefenen, uit onwetendheid of uit angst voor de aan een procedure voor de gewone rechter verbonden kosten, die hij zou moeten dragen bij afwijzing of nietigverklaring van het arbitraal beding.

48. Maar dat niet alleen. Voor de keuze om van deze bevoegdheden gebruik te maken dan wel om daarvan af te zien in de hoop op een snellere en minder belastende afwikkeling van het geschil, golden dermate korte termijnen dat het de facto buitengewoon moeilijk, zo niet onmogelijk was om daarvan gebruik te maken. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt immers, dat het door Centro Móvil opgestelde arbitrale beding ertoe heeft geleid, dat alle uit de overeenkomst voort-

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

17 — Ibidem, punten 32 en 33.

18 — Ibidem, punten 33-36.

vloeiende geschillen ter oplossing zijn voorgelegd aan een arbitraal orgaan (de AEADE), dat Mostaza Claro een termijn van niet meer dan tien dagen heeft gegund om te beslissen van arbitrage af te zien dan wel om de opmerkingen en bewijzen voor haar verdediging over te leggen.

49. Anders dan Centro Móvil en de Duitse regering stellen, zijn de rechten van de verdediging van de consument in die procedure dus wel ernstig beperkt.

50. Maar het argument dat Centro Móvil en de Duitse regering ten gronde aanvoeren tegen uitbreiding van de toepassing van de arresten Océano Grupo Editorial en Salvat Editores en Cofidis tot het onderhavige geval, is een ander. Doordat aan de beroepsrechter de bevoegdheid wordt toegekend om, ook bij ontbreken van een tijdig opgeworpen exceptie, het arbitraal beding onwettig te verklaren, wordt huns inziens namelijk ernstig afbreuk gedaan aan het vereiste van doeltreffendheid en zekerheid van arbitrale uitspraken. Het is dit vereiste dat de Spaanse wet veilig wil stellen waar zij procedurele termijnen vaststelt voor het opwerpen van excepties tegen het arbitraal beding, en de gevallen waarin vernietiging van het arbitrale vonnis mogelijk is, beperkt tot een aantal uitputtend opgesomde situaties (artikelen 23 en 45 van wet 36/1988).

51. Het lijdt geen twijfel, dat de „doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging" een vereiste is, dat rechtvaardigt dat de „toetsing van arbitrale vonnissen" een beperkt karakter draagt. [19] Zoals Centro Móvil en de Duitse regering terecht opmerken, heeft dit vereiste zich in een groot aantal procesrechtelijke regels en in verschillende internationale instrumenten [20] vertaald in de vaststelling van een beperkt aantal gevallen waarin „de vernietiging van een [arbitraal] vonnis of de weigering van erkenning ervan [...] mogelijk is". [21]

52. Mijns inziens bestaat er in casu echter geen gevaar dat dit vereiste omzeild wordt. De Spaanse wetgeving noemt immers, net zoals de meeste andere nationale wettelijke regelingen en internationale instrumenten ter zake [22], als een van de gevallen waarin een arbitraal vonnis nietig kan worden verklaard, strijd met de regels van openbare orde (zie artikel 45, lid 5, van wet nr. 36/1988), en wel ongeacht of hierop door partijen een beroep is gedaan.

53. Overigens heeft het Hof in het bekende arrest Eco Swiss, zelf overwogen, dat „wanneer een nationale rechter volgens de regels

19 — Arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 35).

20 — Zie artikel 5 van het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, en artikel 34 van de modelwet inzake internationale commerciële arbitrage, die op 21 juni 1985 door de Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht is vastgesteld.

21 — Arrest Eco Swiss, reeds aangehaald, punt 35.

22 — Zie artikel 5, lid 2, sub b, van het genoemde Verdrag van New York en artikel 34, lid 2, sub b, van de reeds genoemde modelwet inzake internationale commerciële arbitrage.

van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van [soortgelijke bepalingen van gemeenschapsrecht]". [23]

54. In dat geval was dat volgens het Hof artikel 81 EG, dat bij die gelegenheid door het Hof werd aangeduid als een bepaling van openbare orde omdat zij een „fundamentele bepaling" is die „onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt". [24]

55. Gelet op dit precedent en op de belangrijke plaats die de consumentenbescherming in het gemeenschapsrecht heeft ingenomen, meent de Commissie dat ook de bepalingen van richtlijn 93/13 als bepalingen van openbare orde kunnen worden aangemerkt. Volgens haar hebben wij hier te maken met harmonisatiebepalingen die zijn vastgesteld om in het kader van de interne markt een doeltreffender consumentenbescherming te verzekeren. Het gaat hier dus om belangrijke bepalingen die terug te voeren zijn tot de taak om de consumentenbescherming te versterken, die in artikel 3, sub t, EG als een van de fundamentele taken van de Gemeenschap wordt genoemd. Bijgevolg moet de nationale rechter verzekeren dat deze bepalingen in acht worden genomen in hogere beroepen tegen arbitrale vonnissen, zelfs indien — zoals hier — de schending daarvan niet in de arbitrale procedure is aangevoerd.

56. Ik wil niet principieel uitsluiten dat een dergelijke benadering legitiem kan zijn, maar ik vrees dat men zich darmee blootstelt aan het verwijt dat aldus een begrip — regels van openbare orde — waaronder traditioneel enkel regels vallen die een rechtsorde van primair en absoluut belang acht, de kans loopt extreem ruim te worden uitgelegd.

57. De benadering van de Commissie is mijns inziens echter hoe dan ook niet de enige waarmee men tot de conclusie kan komen dat de nietigheid van een arbitraal vonnis in hoger beroep ambtshalve kan worden vastgesteld. In navolging van de algemene aanwijzingen in de gemeenschapsrechtspraak en de hiervoor genoemde precedenten meen ik, dat de rechter in casu een dergelijke bevoegdheid moet worden toegekend, omdat het hier gaat om de bescherming van een fundamenteel beginsel, te weten het recht van verdediging.

58. Zoals wij hiervoor hebben gezien (punten 48 e.v. van deze conclusie), is het juist en

23 — Arrest Eco Swiss, aangehaald in voetnoot 19 (punt 37).
24 — Ibidem, punt 36.

in hoofdzaak dat recht dat ernstig wordt aangetast door het litigieuze beding.

59. Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient het recht van verdediging te worden beschermd „in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden" [25] en dus ook in arbitrale procedures. De inachtneming daarvan vormt een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht dat „één van de fundamentele rechten" is „die voortvloeien uit de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben". [26]

60. Om deze reden kan zeker recht worden gezegd, dat we hier te maken hebben met een beginsel dat valt onder het begrip openbare orde van de Gemeenschap zoals dit door het Hof is ontwikkeld.

61. Dit vindt overigens bevestiging in het arrest Krombach, waarin het Hof om een uitspraak was verzocht over de uitlegging van artikel 27, punt 1, van het Executieverdrag. [27] Die bepaling gaf de rechter van een verdragsluitende staat (de zogenoemde „aangezochte staat") de bevoegdheid om te weigeren een in een andere verdragsluitende staat (de zogenoemde „staat van herkomst") gegeven beslissing te erkennen indien dat „strijdig" was „met de openbare orde". Uitgaande van de vaststelling dat de bescherming van het recht van verdediging in de rechtsorde van de Gemeenschap een primaire plaats inneemt, aanvaardt het Hof een beroep op de in dat verdrag voorziene exceptie van „openbare orde" omdat in dat geval de in de wettelijke regeling van de staat van herkomst neergelegde waarborgen „niet hebben volstaan om de verweerder te beschermen tegen een kennelijke schending van zijn recht om zich voor de rechter [...] te verdedigen". [28]

62. Op grond van bovenstaande overwegingen ben ik daarom van mening, dat het stelsel van consumentenbescherming waarin richtlijn 93/13 voorziet, in een geval als het onderhavige meebrengt, dat een nationale rechter die zich moet uitspreken op een beroep tegen een arbitraal vonnis, kan aanvoeren dat een arbitraal beding oneerlijk is en het arbitraal vonnis nietig wegens strijd met de openbare orde, zelfs indien deze grief niet tijdens de arbitrale procedure is aangevoerd en dit pas voor het eerst in het inleidend beroepschrift is gedaan.

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

26 — Arrest van 28 maart 2000, Krombach (C-7/98, Jurispr. blz. I-1935, punt 38).

27 — Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978, inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord (PB L 304, blz. 1, en — gewijzigde tekst — blz. 77), en bij het Verdrag van 25 oktober 1982, inzake de toetreding van de Helleense Republiek (PB L 388, blz. 1).

28 — Arrest Krombach, reeds geciteerd (punt 44).

IV — Conclusie

63. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om op de vraag van de Audiencia Provincial de Madrid te antwoorden:

„Het stelsel van consumentenbescherming waarin richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten voorziet, brengt in een geval als het onderhavige mee, dat een nationale rechter die zich moet uitspreken op een beroep tegen een arbitraal vonnis, kan aanvoeren dat een arbitraal beding oneerlijk is en het arbitraal vonnis nietig wegens strijd met de openbare orde, zelfs indien deze grief niet tijdens de arbitrale procedure is aangevoerd en dit pas voor het eerst in het inleidend beroepschrift is gedaan."