



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HvJ EG (C-40/08: Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira)

Mak, C.

Publication date

2010

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mak, C. (2010). HvJ EG (C-40/08: Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira). Case note on: HvJ EG, 6/10/09 *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2010(5), 213-218.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Algemene voorwaarden

HvJ EG 6 oktober 2009

(*mrs. Jann, Ilešič, Tizzano, Levits en Kasel; A-G Trstenjak*)

Zaak C-40/08

(*Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *oneerlijke bedingen*
- *ambtshalve toetsing*
- *arbitragebeding*
- *tenuitvoerleggingsprocedure*

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

20. Op 24 mei 2004 is tussen Asturcom en Rodríguez Nogueira een overeenkomst inzake een abonnement voor mobiele telefonie gesloten. Deze overeenkomst bevatte een arbitragebeding waarbij werd overeengekomen dat elk geschil over de nakoming van deze overeenkomst zou worden voorgelegd aan de Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling; hierna: AEADE). De zetel van deze arbitrage-instantie, die niet in de overeenkomst was vermeld, bevindt zich te Bilbao.

21. Omdat Rodríguez Nogueira een aantal rekeningen niet had betaald en zij de overeenkomst vóór afloop van de overeengekomen minimumabonnementsperiode had opgezegd, heeft Asturcom een arbitrageprocedure tegen haar ingeleid bij AEADE.

22. Bij arbitraal vonnis van 14 april 2005 is Rodríguez Nogueira veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 669,60.

23. Daar Rodríguez Nogueira geen vordering tot vernietiging van dit arbitraal vonnis heeft ingesteld, is dit vonnis definitief geworden.

24. Op 29 oktober 2007 heeft Asturcom een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van het betrokken arbitrale vonnis ingesteld bij de Juzgado de Primera Instancia n° 4 te Bilbao.

25. De verwijzende rechter constateert in zijn verwijzingsbeschikking dat het in de abonnementsovereenkomst opgenomen arbitragebeding oneerlijk is, met name omdat om te beginnen de kosten die de consument moest maken om zich naar de zetel van de arbitrage-instantie te begeven, hoger waren dan het bedrag waarop het hoofdgeding betrekking had. Verder was volgens hem deze plaats ver van de woonplaats van de consument verwijderd en was die plaats niet in de overeenkomst vermeld. Ten slotte stelt de arbitrage-instantie de overeenkomsten die vervolgens door de telecommunicatiebedrijven worden gebruikt, zelf op.

26. De verwijzende rechter merkt evenwel ook op dat Ley 60/2003 de scheidsgerichten niet de mogelijkheid biedt om de nietigheid van oneerlijke arbitragebedingen

ambtshalve aan de orde te stellen en voorts dat Ley 1/2000 geen bepaling bevat inzake de beoordeling van het oneerlijke karakter van arbitragebedingen door de rechter die bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een definitief geworden arbitraal vonnis.

27. In die omstandigheden twijfelt de Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Bilbao aan de verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling met het gemeenschapsrecht, inzonderheid wat de nationale procesbepalingen betreft; derhalve heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

‘Kan de consumentenbescherming van [richtlijn 93/13] inhouden dat de rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en bijgevolg het arbitraal vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst ten nadele van de consument een oneerlijk beding bevat?’

Beantwoording van de prejudiciële vragen

28. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve dient vast te stellen of het arbitragebeding dat in een tussen een verkoper en die consument gesloten overeenkomst is opgenomen, oneerlijk is, en dit vonnis dient te vernietigen.

29. Voor de beantwoording van de voorgelegde vraag zij er om te beginnen aan herinnerd dat het door Richtlijn 93/13 uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen (arresten van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, C-240/98-C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, punt 25, en 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, punt 25).

30. Gelet op deze zwakke positie bepaalt artikel 6, lid 1, van die richtlijn dat oneerlijke bedingen de consument niet binden. Volgens de rechtspraak gaat het om een dwingende bepaling die beoogt het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt (arrest *Mostaza Claro*, reeds aangehaald, punt 36, en arrest van 4 juni 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-00000, punt 25).

31. Teneinde de door richtlijn 93/13 beoogde bescherming te verzekeren, heeft het Hof evenwel herhaaldelijk benadrukt dat de tussen consument en verkoper bestaande situatie van ongelijkheid enkel kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om (reeds aangehaalde arresten *Océano Grupo Editorial* en *Salvat Editores*, punt 27, en *Mostaza Claro*, punt 26).

32. Gelet op deze beginselen heeft het Hof dan ook geoordeeld dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is (arrest *Mostaza Claro*, reeds aangehaald, punt 38).

33. De onderhavige zaak verschilt evenwel van die welke tot het voornoemde arrest *Mostaza Claro* aanleiding heeft gegeven, voor zover Rodríguez Nogueira in de loop van de verschillende procedures in verband met haar geschil met Asturcom volkomen passief is gebleven en zij met name geen vordering strekkende tot vernietiging van het door AEADE gewezen arbitrale vonnis heeft ingesteld, teneinde op te komen tegen het oneerlijke karakter van het arbitragebeding, zodat dit vonnis thans kracht van gewijsde heeft verkregen.

34. In die omstandigheden moet worden uitgemaakt of de noodzaak om het door de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt, de executierechter ertoe verplicht om de consument een absolute bescherming te verzekeren, zelfs wanneer deze geen enkele vordering in rechte heeft ingesteld om zijn rechten te doen gelden en ongeacht de nationale procesregels volgens welke het beginsel van kracht van gewijsde geldt.

35. In dit verband moet allereerst worden herinnerd aan het belang van het beginsel van kracht van gewijsde, zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsorden.

36. Het Hof heeft immers reeds gepreciseerd dat het, om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, van belang is dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of na afloop van de voor het instellen van deze beroepen voorziene termijnen, niet meer opnieuw in geding kunnen worden gebracht (arresten van 30 september 2003, *Köbler*, C-224/01, *Jur.* 2003, p. I-10239, punt 38; 16 maart 2006, *Kapferer*, C-234/04, *Jur.* 2006, p. I-2585, punt 20, en 3 september 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, *Jur.* 2009, p. I-00000, punt 22).

37. Bijgevolg gebiedt het gemeenschapsrecht volgens de rechtspraak van het Hof een nationale rechter niet, nationale procesregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van een bepaling van het gemeenschapsrecht – van welke aard ook – door deze beslissing kunnen worden opgeheven (zie onder meer arrest van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055, punten 47 en

48, en reeds aangehaalde arresten *Kapferer*, punt 21, en *Fallimento Olimpiclub*, punt 23).

38. Bij gebreke van een gemeenschapsregeling ter zake is de wijze waarop het beginsel van kracht van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van de interne rechtsorde van die staten. Deze nadere regels mogen evenwel niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke situaties krachtens intern recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie met name reeds aangehaalde arresten *Kapferer*, punt 22, en *Fallimento Olimpiclub*, punt 24).

39. Wat in de eerste plaats het doeltreffendheidsbeginsel betreft, dient erop te worden gewezen dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure (arrest van 14 december 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599, punt 14, en arrest *Fallimento Olimpiclub*, reeds aangehaald, punt 27).

40. In casu is het arbitrale vonnis dat in het hoofdgeding aan de orde is, definitief geworden doordat de betrokken consument geen vordering tot vernietiging van dit vonnis heeft ingesteld binnen de daartoe voorziene termijn.

41. In dit verband zij opgemerkt dat het volgens vaste rechtspraak met het gemeenschapsrecht verenigbaar is dat in het belang van de rechtszekerheid redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht (zie in die zin arresten van 16 december 1976, *Rewe-Zentralfinanz* en *Rewe-Zentral*, 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989, punt 5; 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025, punt 28, en 12 februari 2008, *Kempster*, C-2/06, *Jur.* 2008, p. I-411, punt 58). Dergelijke termijnen maken immers de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk (zie in die zin arrest van 24 september 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00, *Jur.* 2002, p. I-8003, punt 34).

42. Derhalve moet worden nagegaan of een termijn van twee maanden, zoals de in artikel 41, lid 4, van Ley 60/2003 gestelde termijn, bij het verstrijken waarvan een arbitraal vonnis, wanneer geen vordering tot vernietiging is ingesteld, definitief wordt en aldus kracht van gewijsde verkrijgt, redelijk is.

43. In casu moet enerzijds worden vastgesteld dat, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, een termijn van zestig

dagen voor het instellen van een vordering op zich geen aanleiding geeft tot kritiek (zie in die zin arrest *Peterbroeck*, reeds aangehaald, punt 16).

44. Een dergelijke vervaltermijn is immers redelijk in die zin dat hij het zowel mogelijk maakt om te beoordelen of er gronden zijn om een arbitraal vonnis te betwisten, als om in voorkomend geval de vordering tot vernietiging daarvan voor te bereiden. In dit verband moet worden opgemerkt dat in de onderhavige zaak geenszins is aangevoerd dat de nationale procesregels die het instellen van de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis regelen, en inzonderheid de daartoe gestelde termijn van twee maanden, onredelijk zijn.

45. Anderzijds dient erop te worden gewezen dat volgens artikel 41, lid 4, van Ley 60/2003 deze termijn ingaat vanaf de betekening van het arbitraal vonnis. Derhalve kan de consument zich in het hoofdgeding niet in een situatie bevinden waarin de verjaringstermijn een aanvang neemt, of zelfs is verstreken, zonder dat hij ook maar kennis heeft van de gevolgen die het oneerlijke arbitragebeding jegens hem heeft.

46. In die omstandigheden is een dergelijke termijn voor het instellen van een vordering in overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel, aangezien hij op zich de uitoefening van de rechten die de consument aan Richtlijn 93/13 ontleent, niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (zie in die zin arrest van 27 februari 2003, *Santex*, C-327/00, *Jur.* 2003, p. I-1877, punt 55).

47. Hoe dan ook kan in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding de inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel niet tevens impliceren dat van de nationale rechter wordt verlangd dat hij niet alleen een procedureel verzuim van een met zijn rechten onbekende consument herstelt, zoals in de zaak die tot het voornoemde arrest *Mostaza Claro* aanleiding heeft gegeven, maar ook volledig de totale passiviteit verhelpt van de betrokken consument die, zoals verweerster in het hoofdgeding, noch aan de arbitrageprocedure heeft deelgenomen, noch een vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis heeft ingesteld, waardoor dit vonnis definitief is geworden.

48. Gelet op het voorafgaande moet worden geconstateerd dat de in de Spaanse regeling tot bescherming van de consument tegen oneerlijke contractuele bedingen vastgestelde procesregels de uitoefening van de door Richtlijn 93/13 aan de consument verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

49. Wat in de tweede plaats het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, dit vereist dat de voorwaarden die het nationale recht inzake het ambtshalve in het geding brengen van een regel van gemeenschapsrecht stelt, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor de ambtshalve toepassing van gelijkwaardige regels van nationaal recht gelden (zie in die zin met name arrest van 14 december 1995, *Van Schijndel en Van Veen*, C-430/93 en C-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705, punten 13 en 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50. Teneinde te verifiëren of dit beginsel in de aan de nationale rechter voorgelegde zaak is geëerbiedigd, moet deze rechter, de enige die rechtstreeks bekend is met de procedurevoorschriften voor vorderingen op basis van nationaal recht, zowel het voorwerp als de voornaamste kenmerken onderzoeken van vorderingen op basis van nationaal recht waarvan wordt gesteld dat het vergelijkbare vorderingen zijn (zie met name arrest van 16 mei 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, *Jur.* 2000, p. I-3201, punten 49 en 56). Voor de beoordeling waartoe deze rechter zal moeten overgaan, kan het Hof hem echter bepaalde gegevens betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht verschaffen (zie arrest *Preston e.a.*, reeds aangehaald, punt 50).

51. Onderstreept moet worden dat, zoals in punt 30 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, artikel 6, lid 1, van Richtlijn 93/13 een dwingende bepaling is. Voorts dient erop te worden gewezen dat deze richtlijn in haar geheel volgens de rechtspraak van het Hof overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap (arrest *Mostaza Claro*, reeds aangehaald, punt 37).

52. Gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door Richtlijn 93/13 aan de consument verzekerde bescherming berust, dient derhalve te worden vastgesteld dat artikel 6 van deze richtlijn moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.

53. Hieruit volgt dat, voor zover de nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een definitief arbitraal vonnis, op grond van de nationale procesregels ambtshalve dient te onderzoeken of een arbitragebeding in strijd is met nationale voorschriften van openbare orde, hij eveneens ambtshalve moet beoordelen of dit arbitragebeding oneerlijk is in het licht van artikel 6 van voornoemde richtlijn, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt (zie in die zin arrest *Pannon GSM*, reeds aangehaald, punt 32).

54. Deze verplichting rust eveneens op de nationale rechter wanneer hij in het kader van het nationale rechtsplegingsstelsel louter over de mogelijkheid beschikt om ambtshalve te beoordelen of een dergelijk beding in strijd is met nationale regels van openbare orde (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Van Schijndel en Van Veen*, punten 13, 14 en 22, en *Kempter*, punt 45).

55. Wat nu het hoofdgeding betreft, is volgens de Spaanse regering de rechter die over de tenuitvoerlegging van een definitief geworden arbitraal vonnis beslist, bevoegd om ambtshalve te beoordelen of een in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper opgenomen arbitragebeding nietig is op grond dat het in strijd is met nationale regels van openbare orde. Deze bevoegdheid is overigens in verschillende recente arresten van de

Audiencia Provincial de Madrid en van de Audiencia Nacional erkend.

56. Derhalve staat het aan de verwijzende rechter om te verifiëren of dit in de voor hem gebrachte zaak het geval is.

57. Wat ten slotte de gevolgen betreft van de vaststelling door de executierechter dat een door een verkoper met een consument gesloten overeenkomst een oneerlijk arbitragebeding bevat, zij eraan herinnerd dat artikel 6, lid 1, van Richtlijn 93/13 van de lidstaten verlangt dat zij bepalen dat oneerlijke bedingen 'onder de in het nationale recht geldende voorwaarden' de consument niet binden.

58. Bijgevolg moet de verwijzende rechter, zoals de Hongaarse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft gesuggereerd, overeenkomstig het nationale recht alle consequenties trekken die uit het bestaan van een oneerlijk arbitragebeding voortvloeien voor het arbitrale vonnis, mits dit beding de consument niet kan binden.

59. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat Richtlijn 93/13 aldus dient te worden uitgelegd, dat een nationale rechter die kennisneemt van een vordering tot gedwongen tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis dat is uitgesproken zonder dat de consument is verschenen, ambtshalve dient te onderzoeken, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt, of het arbitragebeding dat in een tussen een verkoper en een consument gesloten overeenkomst is opgenomen, oneerlijk is, voor zover hij een dergelijke beoordeling volgens de nationale procesregels in het kader van soortgelijke nationale vorderingen kan verrichten. Indien dit het geval is, dient deze rechter alle volgens het nationale recht daaruit voortvloeiende consequenties te trekken, teneinde zich ervan te vergewissen dat de consument door dit beding niet is gebonden.

NOOT

1. De *Asturcom*-uitspraak¹ ligt op het snijpunt van twee jurisprudentielijnen van het Europese Hof van Justitie. Aan de ene kant bouwt het arrest voort op de eerdere rechtspraak over ambtshalve toetsing van oneerlijke (onredelijk bezwarende) bedingen in consumentenovereenkomsten (waaronder de in de overwegingen genoemde zaken *Océano*, *Mostaza Claro* en *Pannon*).² Aan de andere kant put het uit de Europese jurisprudentie met betrekking tot de vraag in hoeverre nationaal procesrecht in de weg mag staan aan de verwezenlijking van het Gemeenschapsrecht (onder andere *Rewe-Zentralfinanz* en *Rewe-Zentral*, *Van Schijndel* en *Van Veen*, *Eco Swiss*, *Kapferer*, *Fallimento Olimpiclub*). In *Asturcom* ging het om de

toepassing van de 'ambtshalve toetsing'-regels op de tenuitvoerleggingsprocedure betreffende een arbitraal vonnis, dat volgens de beoordelende Spaanse rechter was gewezen op grond van een oneerlijk arbitragebeding. De combinatie van de mantra's uit de twee Europese jurisprudentieverzamelingen, die bijna letterlijk zijn terug te vinden in de beantwoording van de prejudiciële vraag, leidt tot een wat cryptisch resultaat (r.o. 59), dat door de nationale rechters verder zal moeten worden ingevuld: de nationale rechter is ook in een tenuitvoerleggingsprocedure van een arbitraal vonnis verplicht tot ambtshalve toetsing, maar alleen voor zover het nationale procesrecht dat mogelijk maakt.

2. Het Europese consumentenbeschermingsbeleid komt tot uitdrukking in het oordeel van het Hof dat artikel 6 van Richtlijn 93/13/EEG op één lijn moet worden gesteld met nationale regels van openbare orde. De *Asturcom*-uitspraak is op dit punt ondubbelzinniger dan *Mostaza Claro*, waarin het Hof weliswaar het aan artikel 6 ten grondslag liggende 'openbare belang' benadrukte, maar naliet dat expliciet te koppelen aan de nationale 'openbare orde'-regels. In zijn *NJ*-noot bij het arrest³ wijst Mok er terecht op dat de formulering van het Hof niet zonder meer meebrengt dat artikel 6 dient te worden gezien als een norm van openbare orde. De overweging van het Hof zou kunnen worden gelezen als 'de bepaling is niet van openbare orde, maar moet in dit verband (toetsing van een arbitrale uitspraak) wel zo worden behandeld'.⁴ Dit neemt, mijns inziens, echter niet weg dat in beide lezingen de omvang van de bevoegdheid van de rechter tot ambtshalve toetsing zal worden bepaald door de reikwijdte van het begrip 'openbare orde'. Alleen in gevallen waarin volgens het nationale recht de 'openbare orde'-regels ambtshalve toetsing toelaten, zal een gelijk(waardig)e behandeling van artikel 6 van de Richtlijn immers ook een dergelijke toetsing mogelijk maken. Voor de verwijzende rechter in Bilbao leverde de explicitering bijvoorbeeld uiteindelijk weinig op, nu de Spaanse rechtspraak en literatuur verdeeld is over de vraag of arbitragebedingen in de tenuitvoerleggingsfase in de bedoelde categorie vallen en door de civiele rechter ambtshalve mogen (of, in het licht van *Mostaza Claro*: dienen te) worden getoetst. Het Europese Hof lijkt ervan uit te gaan dat de huidige Spaanse rechtspraak neigt naar een verplichting tot ambtshalve toetsing (r.o. 55). De hogere rechter in Bizkaia, de provincie waarin Bilbao is gelegen, heeft echter herhaaldelijk geoordeeld dat ambtshalve vernietiging van arbitragebedingen in een proces betreffende de tenuitvoerlegging van het arbitragevonnis niet meer mo-

1. Graag dank ik op deze plaats de griffie van het gerecht te Bilbao voor het opsturen van een kopie van het procesdossier van de *Asturcom*-zaak, alsmede mijn collega mw. dr. Odavia Bueno Díaz voor haar hulp bij het opvragen van het dossier en haar uitleg van het Spaanse (proces)recht.

2. Eerder besproken in *TvC*, zie: *TvC* 2000-5, p. 234 (*Océano*); *TvC* 2007-2, p. 56 (*Mostaza Claro*) en *TvC* 2009-5, p. 193 (*Pannon*).

3. *NJ* 2010, 11.

4. In dezelfde zin A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010, p. 136-144; H.J. Snijders, 'Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), reactie op Hartkamp', *WPNR* 2009-6813 en een korte bespreking van het nog recentere *Asturcom*-arrest, *WPNR* 2009-6823, p. 998-1002.

gelijk is, en is daar nog niet op teruggekomen.⁵ Tegen die achtergrond kwam de *Juzgado de Primera Instancia N° 4* in Bilbao tot de conclusie dat het beding in casu niet kon worden getoetst en dat, bij het ontbreken van enig protest van de consument, het arbitragevonnis ten uitvoer diende te worden gelegd.⁶ Het is zeer waarschijnlijk dat een vergelijkbaar resultaat zou volgen bij toepassing van Nederlands recht op de *Asturcom*-casus: hoewel artikel 6 van de Richtlijn gelijkgesteld zal worden met de Nederlandse regels van openbare orde, zal een Nederlandse rechter vrijwel zeker van oordeel zijn dat deze regels niettemin geen afbreuk doen aan de procesrechtelijke bepalingen met betrekking tot *res judicata*, oftewel kracht van gewijsde.⁷

3. Vanuit procesrechtelijk oogpunt blijkt de Europese consumentenbeschermingsgedachte in *Asturcom* derhalve het onderspit te delven tegen regels van nationaal procesrecht die de toets aan de (uit eerdere rechtspraak van het Europese Hof) bekende doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen doorstaan. Volgens het Hof voldoet de Spaanse regelgeving aan het doeltreffendheidsbeginsel, nu deze de uitoefening van de rechten die de consument aan de Richtlijn Oneerlijke Bedingen ontleent niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (r.o. 48). Rodríguez Nogueira had twee maanden de tijd om een vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis in te stellen, welke termijn begon te lopen vanaf het moment van betekening van het vonnis. Het was derhalve volgens het Spaanse procesrecht niet mogelijk dat zij zou worden geconfronteerd met een op basis van een oneerlijk arbitragebeding gewezen vonnis zonder dat zij op enig moment bekend was geworden met de gevolgen van de toepassing van dit beding. Toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel leverde vervolgens weliswaar de constatering op dat een rechter ambtshalve het arbitragebeding zou moeten toetsen als het nationale 'openbare orde'-begrip dat vereiste, maar zoals gezegd maakte dat in de *Asturcom*-zaak geen verschil, nu dit begrip beperkt werd uitgelegd. Daarmee heeft het Luxemburgse Hof wel expliciet bevestigd dat consumentenbescherming een zelfstandige beleidsdoelstelling in het EU-recht is, namelijk door het 'openbare orde'-karakter van artikel 6 te onderstrepen. Echter, het Hof heeft het niet aangedurfd om nationale regels van procesrecht opzij te zetten ter verwezenlijking van dit beleid; alleen voor zover nationaal procesrecht de ambtshalve toetsing van oneerlijke arbitragebedingen toestaat, is de rechter in staat (en verplicht) tot een dergelijke toetsing over te gaan.

4. Vanuit rechtspolitiek perspectief is de stellingname van het Europese Hof niet moeilijk te verklaren. Aan de ene kant doet de handhaving van het Europese primaire recht een sterk beroep op de nationale rechter, die immers in het specifieke geval gevolg zal moeten geven aan de uit de Europese regelgeving, in dit geval Richtlijn 93/13/EEG, voortvloeiende verplichtingen. Het Hof heeft dit in *Asturcom* tot uitdrukking gebracht in zijn overwegingen met betrekking tot het 'openbare orde'-karakter van artikel 6 van de Richtlijn. Aan de andere kant heeft het Hof echter te maken met een complexe taakverdeling tussen de EU en de lidstaten op het gebied van proces- en arbitragerecht. Aangezien de regelgeving met betrekking tot de gerechtelijke procedure in beginsel niet onder de competentie van de EU valt, past het Hof slechts een marginale toets van nationale procesregels aan de doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginselen toe. Volgens het beginsel van de zogenaamde 'procedurele autonomie' van de lidstaten is het in principe het nationale recht dat bepaalt onder welke omstandigheden een rechter ambtshalve contractuele bepalingen mag toetsen. In arbitragezaken zijn zowel wetgever als rechter bovendien nog terughoudender met het interveniëren in de procesgang. Arbitrage is immers gebaseerd op de gedachte dat partijen hier, met het oog op een efficiënte afwikkeling van geschillen buiten de rechter om, een grotere vrijheid hebben in het vaststellen van de spelregels dan in de normale civiele procedure.⁸ Het mag dan ook niet verrassend heten dat het Europese Hof behoedzaamheid toont bij het beantwoorden van prejudiciële vragen die de arbitrageprocedure raken en zich tot nu toe bijvoorbeeld niet heeft uitgelaten over de vraag of, naast de nationale rechters, ook arbiters gehouden zijn het EU-recht toe te passen.⁹

5. Kortom, waar het Europese Hof van Justitie in eerdere rechtspraak (*Océano*, *Cofidis*, *Mostaza Claro*) met grote voortvarendheid het EU-consumentenbeschermingsbeleid doorzette, lijkt het in recentere uitspraken pas op de plaats te maken. In *Pannon*¹⁰ bepaalde het dat de verplichting tot ambtshalve toetsing van (mogelijk) oneerlijke bedingen slechts bestaat 'zodra [de rechter] over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt' (r.o. 32). Met andere woorden, de Europese consumentenbescherming gaat niet zover dat van de nationale rechter verwacht wordt dat hij of zij ambtshalve feitelijke gegevens verzamelt om vast te stellen of een beding oneerlijk is. Ook de *Asturcom*-uitspraak tracht het Europese consumentenbeleid in de kaders van het nationale procesrecht in te passen. In de (Spaanse en

5. Dit blijkt uit het *Asturcom*-procesdossier, waarin de verwijzende rechter verschillende uitspraken van de *Audiencia Provincial de Bizkaia* heeft opgenomen.

6. *Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Bilbao* 26 oktober 2009.

7. Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss*), *Jur.* 1999, p. I-3055. Voor een uiteenzetting van de gevolgen voor het Nederlandse recht van de Europese rechtspraak over ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden, zie ook het rapport van de werkgroep van het Landelijk Overleg Coördinerend Kantonrechters (LOVCK), *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*, februari 2010, <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/9CCAF545-F183-499D-9F73-DF2F0104AA15/0/EindrapportLOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf> (geraadpleegd op 9 september 2010).

8. In deze context rijst de vraag in hoeverre consumenten daadwerkelijk in staat zijn om van deze partijautonomie gebruik te maken, nu in standaardvoorwaarden de regels met betrekking tot (alternatieve) geschillenbeslechting veelal eenzijdig door de gebruiker worden vastgesteld en voor consumenten weinig onderhandelingsruimte bestaat om deze voorwaarden aan te passen.

9. Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss*), *Jur.* 1999, p. I-3055, waarin het Hof de vraag van de verwijzende rechter (in dit geval de Hoge Raad) dienaangaande omzeilde door zich te richten op de handhaving van EU-recht door de civiele rechter bij het toetsen van de door arbiters gewezen vonnissen.

10. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, besproken door M.B.M. Loos in *TvC* 2009-5, p. 193-194.

Algemene voorwaarden

Nederlandse) praktijk betekent dit dat niet snel een uitbreiding van de bevoegdheid tot ambtshalve toetsing zal worden aangenomen. Voor het Europese consumentenrecht is het belang van *Asturcom* dan ook met name gelegen in het feit dat het Hof voor het eerst ondubbelzinnig artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen gelijkstelt aan het nationale ‘openbare orde’-begrip.

Dr. C. Mak