

# Algemene voorwaarden

## HvJ EG 26 oktober 2006

C-168/05, Pb C 326 d.d. 30-12-2006, p. 9

(P. Jann, kamerpresident, K. Lenaerts, E. Juhász, J.N. Cunha Rodrigues (rapporteur) en M. Ilešič, rechters, advocaat-generaal: A. Tizzano)

(Elisa María Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *richtlijn oneerlijke bedingen*
- *arbitragebeding in algemene voorwaarden*
- *ambtshalve toetsing*

## OVERWEGINGEN HOF VAN JUSTITIE

### Toepasselijke bepalingen

#### *De gemeenschapsregeling*

#### 3. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

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

#### 4. Artikel 6, lid 1, van de richtlijn is geformuleerd als volgt:

‘De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.’

#### 5. Artikel 7, lid 1, van de richtlijn luidt:

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

6. De bijlage bij de richtlijn bevat een indicatieve lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Punt 1, sub q, van deze bijlage heeft betrekking op 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’.

#### *De nationale regeling*

7. In het Spaanse recht was de bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen aanvankelijk geregeld bij Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (algemene wet 26/1984 ter bescherming van consumenten en gebruikers), van 19 juli 1984 (BOE nr. 176, van 24 juli 1984; hierna: ‘wet 26/1984’).

8. Wet 26/1984 is gewijzigd bij Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (wet 7/1998 inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten), van 13 april 1998 (BOE nr. 89, van 14 april 1998; hierna: ‘wet 7/1998’), die de richtlijn omzet in nationaal recht.

9. Wet 7/1998 heeft aan wet 26/1984 met name een artikel 10 bis en een eerste additionele bepaling toegevoegd.

#### 10. Artikel 10 bis, lid 1, van wet 26/1984 bepaalt:

‘Als oneerlijke bedingen worden beschouwd alle bepalingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en die, in strijd met de goede trouw, de consument benadelen doordat zij het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen bij de overeenkomst aanzienlijk verstoren. De in de additionele bepaling bij deze wet genoemde bedingen zijn in ieder geval als oneerlijk aan te merken. [...]’

11. De eerste additionele bepaling van wet 26/1984 neemt in wezen de aan de richtlijn gehechte lijst over van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, en bepaalt dat die lijst slechts een minimumoplossing bevat. Volgens punt 26 van die additionele bepaling wordt als oneerlijk aangemerkt ‘het onderwerpen van het geschil aan een ander arbitragesysteem dan dat voor consumentenzaken, tenzij het arbitrageinstanties betreft die bij wet voor een bepaalde sector of voor een bepaald geval zijn ingesteld’.

#### 12. Artikel 8, van wet 7/1998 bepaalt:

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

2. 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 [...]’

13. Ten tijde van de feiten in het hoofdgeding werd de arbitrageprocedure beheerst door Ley 36/1988 de Arbitraje (arbitragewet 36/1988), van 5 december 1988 (BOE nr. 293, van 7 december 1988; hierna: ‘wet 36/1988’).

14. Artikel 23, lid 1, van wet 36/1988 bepaalde: 'Verzet tegen de arbitrage wegens gebrek aan objectieve bevoegdheid van de scheidsrechters dan wel ontbreken, nietigheid of ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst moet worden gedaan op het ogenblik dat partijen hun oorspronkelijke eisen indienen.'

15. Artikel 45 van wet 36/1988 luidde als volgt: 'Het arbitraal vonnis kan uitsluitend in de volgende gevallen worden vernietigd:

1. wanneer de arbitrageovereenkomst nietig is, [...]

5. wanneer het vonnis in strijd is met de openbare orde.'

### Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

16. Op 2 mei 2002 is tussen Móvil en Mostaza Claro een abonnementsovereenkomst voor een mobiele telefoonlijn gesloten. Deze overeenkomst bevatte een arbitragebeding inhoudende dat elk geschil met betrekking tot de overeenkomst via arbitrage zou worden beslecht door de Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling; hierna: 'AEADE').

17. Aangezien Mostaza Claro niet de minimumabonnementsperiode in acht had genomen, heeft Móvil bij de AEADE een arbitrageprocedure ingeleid. Bij brief van 25 juli 2003 heeft deze aan Mostaza Claro een termijn van 10 dagen verleend om de arbitrage te weigeren, en gepreciseerd dat bij weigering beroep in rechte mogelijk bleef. Mostaza Claro heeft opmerkingen gemaakt over de grond van het geschil, doch de arbitrageprocedure niet van de hand gewezen noch de nietigheid van de arbitrageovereenkomst opgeworpen. Vervolgens is het geschil te haren nadele beslecht.

18. Mostaza Claro heeft het door de AEADE gewezen arbitraal vonnis voor de verwijzende rechter aangevochten met het betoog dat aangezien het arbitragebeding oneerlijk was, de door haar gesloten arbitrageovereenkomst nietig was.

19. In de verwijzingsbeslissing heeft de Audiencia Provincial de Madrid vastgesteld dat het geen twijfel lijdt dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat en dat deze derhalve nietig is.

20. Aangezien Mostaza Claro deze nietigheid evenwel niet heeft opgeworpen in het kader van de arbitrageprocedure heeft de Audiencia Provincial de Madrid, teneinde het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

'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?'

### Voorafgaande opmerkingen

21. Uit de processtukken die door de verwijzende rechter aan het Hof zijn overgelegd blijkt dat eerstgenoemde heeft vastgesteld dat het arbitragebeding in de tussen Móvil en Mostaza Claro gesloten overeenkomst oneerlijk is.

22. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof zich niet kan uitspreken over de toepassing van algemene, door de gemeenschapswetgever ter definiëring van het begrip oneerlijk beding gebruikte criteria op een specifiek beding, dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval (arrest van 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, *Jur.*, p. I-3403, punt 22).

23. Derhalve staat het aan de nationale rechter om te beoordelen of een contractueel beding als het beding dat in het hoofdgeding aan de orde is, voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn te worden aangemerkt (arrest *Freiburger Kommunalbauten*, reeds aangehaald, punt 25).

### Beantwoording van de prejudiciële vraag

24. Volgens vaste rechtspraak zijn, bij ontbreken van een gemeenschapsregeling ter zake, de procedurevoorschriften ter verzekering van de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, op grond van het beginsel van procesautonomie van de lidstaten een aangelegenheid van de interne rechtsorde van de lidstaten, met dien verstande evenwel dat zij niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie met name arresten van 16 mei 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, *Jur.*, p. I-3201, punt 31, en 19 september 2006, *i-21 Germany en Arcor*, C-392/04 en C-422/04, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 57).

25. Het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt, dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen (arrest van 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, C-240/98–C-244/98, *Jur.*, p. I-4941, punt 25).

26. Deze situatie van ongelijkheid tussen consument en verkoper kan enkel worden opgeheven door een

positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om (arrest *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, reeds aangehaald, punt 27).

27. Op basis van deze beginselen heeft het Hof geoordeeld dat de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is, moet worden beschouwd als een geschikt middel, zowel ter bereiking van het in artikel 6 van de richtlijn beoogde resultaat, te weten te verhinderen dat de individuele consument door een oneerlijk beding wordt gebonden, als om de verwezenlijking van het doel van artikel 7 te bevorderen, aangezien van een dergelijke toetsing een afschrikkende werking kan uitgaan die ertoe bijdraagt dat het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten wordt gestaakt (arrest *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, reeds aangehaald, punt 28, en arrest van 21 november 2002, *Cofidis*, C-473/00, *Jur.*, p. I-10875, punt 32).

28. Deze bevoegdheid van de rechter is noodzakelijk geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen (reeds aangehaalde arresten *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*, punt 26, en *Cofidis*, punt 33).

29. De bescherming die de richtlijn de consument verleent, strekt zich dus ook uit tot de gevallen waarin de consument die een overeenkomst heeft gesloten die een oneerlijk beding bevat, zich niet op de oneerlijkheid van dat beding beroept, hetzij omdat hij onwetend is van zijn rechten, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten geldend te maken wegens de kosten van een vordering in rechte (arrest *Cofidis*, reeds aangehaald, punt 34).

30. In die omstandigheden is het niet uitgesloten dat de doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk, zoals in punt 27 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, niet wordt bereikt indien de rechter bij wie een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis is ingesteld over dit vonnis niet kon oordelen enkel op grond dat de consument de nietigheid van de arbitrageovereenkomst niet in het kader van de arbitrageprocedure heeft opgeworpen.

31. Een dergelijke omissie van de kant van de consument kan dan in geen geval worden gecompenseerd door het optreden van personen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Uiteindelijk zou het door de richtlijn ingevoerde stelsel van bijzondere bescherming in gevaar worden gebracht.

32. In deze zin heeft ook de Spaanse wetgeving zich ontwikkeld. Ofschoon Ley 60/2003 de Arbitraje (arbitragewet 60/2003) van 23 december 2003 (BOE nr. 309,

van 26 december 2003) niet van toepassing is op het hoofdgeding, verdient het toch vermelding dat deze niet langer de eis stelt dat verzet tegen arbitrage, met name wegens nietigheid van de arbitrageovereenkomst, moet worden gedaan op het ogenblik waarop partijen hun oorspronkelijke eisen indienen.

33. Móvil en de Duitse regering betogen dat, indien de rechter kon oordelen over de nietigheid van een arbitrageovereenkomst in gevallen waarin de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure heeft opgeworpen, de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging ernstig zou worden aangetast.

34. Dit argument komt erop neer dat de vereisten die verband houden met de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, rechtvaardigen dat de toetsing van arbitrale vonnissen een beperkt karakter draagt en dat de vernietiging van een vonnis enkel in uitzonderlijke gevallen mogelijk is (arrest van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Jur.*, p. I-3055, punt 35).

35. Het Hof heeft evenwel reeds geoordeeld, dat wanneer een nationale rechter volgens de regels 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 communautaire regels (zie in die zin arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald, punt 37).

36. Het belang van bescherming van de consument heeft de communautaire wetgever met name ertoe gebracht om in artikel 6, lid 1, van de richtlijn te bepalen, dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument 'de consument niet binden'. Het gaat om een dwingende bepaling die, rekening houdend met de zwakke positie van een der partijen bij de overeenkomst, beoogt het door deze 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.

37. Verder vormt de richtlijn, die tot doel heeft de bescherming van de consument te bevorderen, overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub t, EG een maatregel die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan binnen de gehele Gemeenschap (zie naar analogie, met betrekking tot artikel 81 EG, arrest *Eco Swiss*, reeds aangehaald, punt 36).

38. De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de

consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren.

39. Derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.

(...)

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart: Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van een arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.

#### NOOT

Het gaat hier om een prejudiciële vraag, gesteld door het *Audiencia Provincial de Madrid* in de rechtszaak tussen mevrouw Mostaza Claro en het Centro Móvil Milenium. Inzet van het geschil is of het arbitrale beding in de overeenkomst tussen de twee partijen geldig is, en de reden waarom het Hof van Justitie in de zaak wordt betrokken is dat de toepassing van EU-richtlijn 93/13 met betrekking tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aan de orde is.<sup>1</sup> Consument en professionele gebruiker van de algemene voorwaarden waren eerst in een arbitrale procedure voor het arbitrage-instituut AEADE betrokken. In die procedure heeft Mostaza Claro zich niet beroepen op ongeldigheid van het arbitragebeding of op de 'opt out'-mogelijkheid die de AEADE aan Mostaza Claro had gegeven. Nadat zij in het ongelijk was gesteld, heeft zij vervolgens in de civiele procedure vernietiging van het arbitraal vonnis gevorderd.

Het is goed om te benadrukken – het Hof stelt dat ook voorop in overweging 22 – dat in deze prejudiciële vraag niet aan de orde is of het arbitragebeding oneerlijk is in de zin van de richtlijn. Het Hof gaat dus niet in op de inhoudelijke vraag of het opnemen van het arbitragebeding was toegestaan. De nationale rechter had zelf vastgesteld dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevatte en dus nietig was.<sup>2</sup> Hoewel de gronden hiervoor niet helder worden uit de beslissing van het

Hof, denk ik dat het volgende speelde. In de Spaanse implementatiewet was de indicatieve lijst bij de richtlijn overgenomen.<sup>3</sup> Op die lijst wordt als oneerlijk aangemerkt een beding dat de consument verplicht zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden.<sup>4</sup> Dit was voor Spanje zo uitgewerkt dat het niet was toegestaan om het geschil aan een ander arbitragesysteem te onderwerpen dan dat voor consumentenzaken, tenzij het instanties betrof die bij wet voor een bepaalde sector of voor een bepaald geval waren ingesteld.<sup>5</sup> Ik vermoed dat de AEADE daar niet aan voldeed.<sup>6</sup>

Wat daarvan ook zij, de vraag die aan het Hof is voorgelegd is hoe de nationale rechter, veronderstellend *dat* het arbitragebeding oneerlijk is, moet omgaan met een nationale wet die stelt dat het nietigheidsberoep als eerste verweer bij de arbiters moet worden gedaan (zie r.o. 14). Volgens het Spaanse wettelijke systeem heeft de civiele rechter dan kennelijk twee gronden tot zijn beschikking om het arbitrale vonnis te vernietigen, te weten de nietigheid van de arbitrageovereenkomst en strijd met openbare orde (r.o. 15). Moet de civiele rechter de nietigheid voor gedekt houden omdat mevrouw Mostaza Claro er tegenover de arbiters niet over geklaagd heeft, of moet hij het arbitrale vonnis vernietigen?

Het Hof redeneert over deze vraag ongeveer als volgt. Doel van de richtlijn is het uitbannen van oneerlijke bedingen door het 'positief ingrijpen buiten de partijen

1. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* L 95, p. 29-34.
2. Het HvJ heeft zich in eerdere rechtspraak al onthouden van inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden; de nationale rechter is daartoe de aangewezen instantie, aldus *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG vs Ludger en Ulrike Hofstetter* (HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *NJ* 2005, 75, nr. 23). Over deze ontwikkeling bijv. C.M.D.S. Pavillon, 'De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieliuk', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 42 e.v. Vgl. Norbert Reich, 'More clarity after "Claro"?', *ERCL* 2007, p. 43.
3. Dat had niet hoeven, want die lijst is een 'hulplijst' bij het toepassen van art. 3 van de richtlijn en hoeft niet per se te worden geïmplementeerd in het nationale recht. Zie *Commissie/Zweden* (HvJ 7 mei 2002, C-478/99, *Jur.* 2002, p. I-4147, *NJ* 2003, 74). Vgl. Martin Gebauer e.a. (red.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag 2005, p. 167. Zie ook W.H. van Boom & R.J.P. Kottenhagen, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht', in: F. de Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 148 e.v.
4. In art. 3 lid 3 van de richtlijn wordt aangegeven: 'De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.' De bijlage geeft een opsomming van 'bedingen die tot doel of tot gevolg hebben' en onder *q* wordt genoemd: '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 (...)'
5. Zie r.o. 11-12. Over het Spaanse arbitrale systeem uitgebreid L.J.H. Mölenberg, 'El sistema arbitral de consumo', *TvC* 2004-3, p. 84 e.v.
6. Zo ook Norbert Reich, 'More clarity after "Claro"?', *ERCL* 2007, p. 44.

om' (r.o. 25 en 26), waarbij ambtshalve toetsing als afschrikwekkend middel ingezet wordt (r.o. 27) en waarbij onwetende of vanwege de hoge kosten afgeschrokken consumenten ook worden beschermd (r.o. 28-29). Het uitbannen van oneerlijke bedingen geschiedt door te bepalen dat deze de consument niet binden en het is niet uitgesloten dat het doel van 'niet-binding' niet wordt bereikt als een civiele rechter een arbitraal vonnis wat dat betreft niet meer kan toetsen op de enkele grond dat de consument de nietigheid niet reeds in de arbitrale procedure heeft ingeroepen (r.o. 30). Immers: ook de civiele rechter kan dan niet meer 'positief ingrijpen' ter bescherming van de consument (r.o. 31).

Het Hof buigt zich vervolgens over de vraag of de doeltreffendheid van arbitrale procedures wordt aangetaast als men na afloop van het arbitrale geschil de zaak nog eens overdoet voor de civiele rechter. Het Hof brengt in herinnering dat als een civiele rechter de bevoegdheid heeft om het arbitrale vonnis op nationaal-rechtelijke gronden te vernietigen wegens strijd met openbare orde, hij dat ook op EG-rechtelijke gronden moet doen bij strijd met de openbare orde (r.o. 35). Het beschermingsbelang van richtlijn 93/13 is – zo maak ik op uit r.o. 36-38 – van openbaar belang en daarom zo zwaarwegend dat er ook na afloop van de arbitrale procedure een beroep op gedaan kan worden.<sup>7</sup> Het eventuele risico van calculerend gedrag van de consument – in de arbitrale procedure zwijgen over de nietigheid van het arbitragebeding en vervolgens (nadat hij in het ongelijk is gesteld door de arbiters) de vernietiging van het arbitrale vonnis eisen in een civiele procedure – wordt dus op de koop toe genomen.

Zo bezien ligt de beslissing van het Hof in *Mostaza Claro* in de lijn van *Cofidis*.<sup>8</sup> In die zaak moest het Hof van Justitie oordelen over de verenigbaarheid van een

vervaltermijn in het Franse recht met de Richtlijn oneerlijke bedingen.<sup>9</sup> Het Hof oordeelde kort gezegd dat nationale regelgeving die het de nationale rechter verbiedt om na het verstrijken van een vervaltermijn ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is, in strijd komt met richtlijn 93/13. Het Franse recht moest dus buiten toepassing gelaten worden. Over *Cofidis* werd eerder geschreven dat de relevantie van die uitspraak voor ons recht niet zo groot was omdat de vernietigingsgrond van artikel 6:233 BW onderworpen is aan een verjaringstermijn die pas aanvangt zodra de gebruiker van de algemene voorwaarden een beroep op het onereuze beding doet (art. 6:235 lid 4 BW).<sup>10</sup> Dat is op zichzelf juist, maar de relevantie van *Cofidis* – en nu dus ook *Mostaza Claro* – is zeker substantieel voor die gevallen waarin de consument binnen een bepaalde termijn of 'voor alle weren' in een alternatieve geschilbeslechtsingsprocedure de oneerlijkheid van een beding moet inroepen. Als een dergelijke termijn eraan in de weg staat dat de rechter ambtshalve tot toetsing aan de richtlijn overgaat of ingaat op een door de consument ingeroepen verweer, dan moet toetsing aan de richtlijn tóch voorrang krijgen, zo lijkt uit *Cofidis* te volgen. En ik denk dat *Mostaza Claro* dit bevestigt.

De lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt er vooral op gericht te zijn dat de consument koste wat kost toegang tot de civiele rechter moet behouden: obstakels zoals het verstrijken van een wettelijke klaagtermijn of een regel van arbitragerecht dat ongeldigheid van het arbitragebeding alleen in de arbitrale procedure zelf ingeroepen kan worden, moeten het afleggen tegen het 'openbare-ordebelang' dat richtlijn 93/13 beoogt te beschermen.<sup>11</sup> Het Hof van Justitie heeft met deze bijzondere lijn dus belangrijke en ingrijpende nuanceringen aangebracht op beginselen van lijdelijkheid van rechtspraak en procesautonomie.

In dit verband speelt de vraag die voor arbiters van belang is, namelijk of *Mostaza Claro* ook geldt voor andere oneerlijke bedingen dan het arbitragebeding zelf. Ondanks de wat open formulering van de uiteindelijke verklaring voor recht van het Hof, denk ik dat dit niet het geval is. De prejudiciële vraag stond in het teken van de oneerlijkheid van het arbitragebeding zélf en daarmee van de belemmering van toegang tot de civiele rechter. *Mostaza Claro* houdt dus niet in dat de inhoudelijke beoordeling door arbiters van bijvoorbeeld een exoneratiebeding door de civiele rechter zonder meer overgedaan kan of moet worden buiten de gronden die de wet daarvoor noemt.<sup>12</sup>

Ten slotte nog enige opmerkingen over de Nederlandse situatie. Deze is niet geheel vergelijkbaar met die welke kennelijk in Spanje bestond. Momenteel volgt uit artikel 6:236 sub n BW dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een beding in algemene voorwaarden tussen een professionele gebruiker en een consument als

7. Ook Roman Jordans, 'Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro', *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2007-1, p. 50, spreekt van de weg van 'ordre public' die het Hof hier kiest.

8. HvJ 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875 (*Cofidis SA vs. Jean-Louis Fredout*).

9. Het ging om art. L311-37 Code de la Consommation dat destijds luidde 'Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion'.

10. M.B.M. Loos, 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd', *NTER* 2003, p. 73; vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden – Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001, p. 31. Zie ook J.G.J. Rinkes, 'Kroniek Europees Consumentenrecht', *TvC* 2006, p. 48 e.v., i.h.b. p. 58-59.

11. Ook het ambtshalve niet-bindend verklaren van een forumkeuzebeding in *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores* kan in deze sleutel worden gezet. Zie HvJ 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, *Jur.*, p. I-4941, *NJ* 2000, 730, *TvC* 2000-5, p. 234 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*), nr. 21-24, zoals nader uitgelegd in HvJ 1 april 2004, C-237/02, *NJ* 2005, 75, nr. 23 (*Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG vs. Ludger en Ulrike Hofstetter*).

12. Naar het lijkt anders Norbert Reich, 'More clarity after "Claro"?' *ERCL* 2007, p. 61.

wederpartij dat de consument weghoudt van de bevoegde rechter of een arbitrale procedure. Met andere woorden: arbitrage staat niet op de zwarte lijst. Dat is na politieke afweging uiteindelijk zo beslist.<sup>13</sup>

In het voorstel-Van den Berg – een informeel voorstel tot wijziging van de arbitragewetgeving dat de wetgever tot uitgangspunt zal nemen bij de voorgenomen wijziging van de regeling van arbitrage in Rv<sup>14</sup> – wordt het arbitragebeding wél op de zwarte lijst geplaatst. Zie het voorgestelde artikel 1021 lid 3, dat bepaalt:

‘Op een arbitraal beding in algemene voorwaarden is het bepaalde in artikel 236 sub n van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing’.

Het voorgestelde artikel IA bepaalt:

‘Artikel 236 sub n van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd: “dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn”.’

Het voorstel voelt het Hof van Justitie goed aan, getuige het voorgestelde artikel 1021 lid 4:

‘Een overeenkomst tot arbitrage komt eveneens tot stand indien een verweerder nalaat overeenkomstig het bepaalde van artikel 1052, tweede lid, een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, tenzij het een overeenkomst betreft als bedoeld in het voorgaande lid.’

Tot dit voorstel tot wet is omgewerkt, kan een arbitragebeding dus niet zonder meer als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Maar intussen lijkt het erop dat de commune opinie onder de meestbetrokkenen is, dat dit moet veranderen.<sup>15</sup> Dat kan een relevant gegeven zijn bij de concrete rechterlijke beoordeling van een arbitragebeding op grond van de (geïmplementeerde versie van de) algemene maatstaf van artikel 3 van de richtlijn en met een schuin oog gericht op de indicatieve lijst (punt 1 sub q). Pleitbaar is dat de civiele rechter reeds nu arbitragebedingen die de consument geen keuze laten om zijn geschil aan de civiele rechter voor te leggen, als onredelijk bezwarend moet aanmerken.<sup>16</sup> Dat gevoegd bij het feit dat de civiele rechter in het kader van een vernietigingsprocedure ex artikel 1064 Rv op grond van *Mostaza Claro* gehouden is om een stelling van de consument dat het arbitragebeding oneerlijk was, inhoudelijk te beoordelen, ongeacht of dit punt al aan de arbiters was voorgelegd, maakt het arbitragebeding in algemene voorwaarden in overeenkomsten met consumenten allesbehalve waterdicht.

*Prof. mr. W.H. van Boom*

13. Zie nader B. Wessels, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 234 e.v.

14. Het voorstel is te vinden op <[www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl)>. Zie het voorstellen van de wetgever in *Kamerstukken II 2006/07*, 30 951, nr. 1, p. 31.

15. Zie de verwijzingen bij Wessels, t.a.p. Zie ook de recente wijziging in de model koop-/aannemingsovereenkomst van het GIW per 1 januari 2007; daarover nader in de rubriek ‘Nieuws en signaleringen’ in deze aflevering.

16. Zie voor een geval waarin een arbitragebeding op een dergelijke grond onredelijk bezwarend werd bevonden Rb. Arnhem 23 november 2005, *LJN AV1969*.