

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
A. SAGGIO
van 16 december 1999 *

1. Bij gelijkkluidende beschikkingen van 31 maart en 1 april 1998 heeft de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (Spanje) het Hof een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten¹ (hierna: „de richtlijn”). Dit is de eerste keer dat het Hof zich over deze richtlijn moet uitspreken. Meer bepaald vraagt de verwijzende rechter, of de bescherming die de richtlijn de consumenten biedt, inhoudt dat de rechter in een geding over de gestelde niet-nakoming van een overeenkomst tussen een verkoper en een consument ambtshalve het oneerlijke karakter van een beding in die overeenkomst mag beoordelen. In casu gaat het om een beding waarbij de rechter van de plaats waar de onderneming is gevestigd, bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard ten aanzien van geschillen in verband met de uitvoering van een verkoopovereenkomst.

De gemeenschapsregeling

2. De richtlijn heeft tot doel „de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuurs-

rechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument” (artikel 1, lid 1).

Luidens artikel 2 wordt onder „verkoper” verstaan iedere natuurlijke of rechtspersoon die handelt in het kader van zijn publiek- of privaatrechtelijke beroepsactiviteit, en onder „consument” iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.

3. De richtlijn beoogt een minimumbescherming van de consument in het recht van de lidstaten te verzekeren, waarbij de lidstaten de vrijheid wordt gelaten, door nationale bepalingen die strenger zijn dan die van de richtlijn, in een hoger niveau van bescherming te voorzien (twaalfde en zeventiende overweging van de considerans; artikel 8).

De richtlijn is uitsluitend van toepassing op contractuele bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. Volgens artikel 3, lid 2, „wordt [een beding] steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsover-

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.
1 — PB L 95, blz. 29.

eenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben". In de volgende alinea wordt gepreciseerd: „Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling, sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst." De derde alinea ten slotte bepaalt, dat „[w]anneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, (...) hij dit [dient] te bewijzen".

4. De richtlijn bevat een in algemene termen gehouden definitie van oneerlijke bedingen. Artikel 3, lid 1, bepaalt namelijk, dat „[e]en beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, (...) als oneerlijk [wordt] 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".

Artikel 4 voegt daaraan toe: „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." Deze beoordeling „heeft geen

betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bepalingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd."

5. In de bijlage van de richtlijn wordt een aantal bedingen genoemd die als oneerlijk zijn te beschouwen omdat zij het evenwicht tussen verkoper en consument duidelijk in het nadeel van de laatste verstoren. Deze lijst heeft niet de pretentie volledig te zijn; het wordt aan de lidstaten overgelaten ze in het kader van hun wetgeving aan te vullen of strenger te formuleren (zeventiende overweging van de considerans en artikel 3, lid 3).

Tot de in de bijlage genoemde bedingen behoren die welke „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 scheidsgericht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen, op ongeoorloofde wijze te beperken, of door de consument een bewijslast op te leggen die anders krachtens het toepasselijke recht door de andere partij bij de overeenkomst zou worden gedragen" (letter q).

6. Volgens artikel 6, lid 1, moeten de lidstaten bepalen, „dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een

consument (...) de consument niet binden”, maar dat „de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan”.

De nationale wettelijke regeling

De lidstaten moeten er verder op toezien, 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” (artikel 7, lid 1). Tot die middelen behoren in het bijzonder wettelijke bepalingen waarbij personen of organisaties overeenkomstig het nationale recht een beroep kunnen doen op de rechtbanken of de bevoegde administratieve instanties om te beoordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van die bedingen (artikel 7, lid 2). De richtlijn zegt echter niet met zoveel woorden, of de nationale rechter ambtshalve kan vaststellen dat het beding oneerlijk is en dus de consument niet kan worden tegengeworpen.

7. De lidstaten moesten de richtlijn vóór 31 december 1994 in nationaal recht omzetten. De bepalingen van de richtlijn zijn op alle na die datum gesloten overeenkomsten van toepassing (artikel 10, lid 1).

8. De richtlijn is in Spanje geïmplementeerd bij wet nr. 7/1998 van 13 april 1998², dus pas na de daartoe gestelde termijn. Volgens haar preambule heeft die wet tot doel, de gemeenschapsregeling betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ten uitvoer te leggen en de algemene voorwaarden van overeenkomsten te regelen. Ingevolge de derde slotbepaling is de wet in werking getreden twintig dagen na haar bekendmaking in het *Boletín Oficial del Estado*, dat wil zeggen op 3 mei 1998.

9. Bij die wet van 1998 zijn wijzigingen aangebracht in wet nr. 26/1984 van 9 juli 1984 betreffende de bescherming van de consument³, onder meer door invoering van een nieuw artikel 10 bis, dat een omschrijving van oneerlijke bedingen bevat. Volgens die omschrijving behoren daartoe 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 de partijen bij de overeenkomst aanzienlijk verstoren. Ingevolge de tweede alinea van dat artikel zijn dergelijke oneerlijke bedingen, voorwaarden en bepalingen van rechtswege nietig en als niet bestaand te beschouwen.

2 — Ley de 13 Abril 1998 de Condiciones Generales de la Contratación (BOE van 14 april 1998).

3 — Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nr. 176 van 24 juli 1984).

In de zin van en krachtens artikel 10 bis zijn de in een additionele bepaling genoemde bedingen als oneerlijk aan te merken; volgens punt 27 behoren daartoe bepalingen die bevoegdheid verlenen aan een andere rechter dan die van de woonplaats van de consument of van de plaats van uitvoering van de overeenkomst.

Van de in de wet geregelde rechtsmiddelen kan gebruik worden gemaakt vanaf de dag van inwerkingtreding van de wet, ook in het geval van eerder gesloten overeenkomsten. In de gevallen die ons thans bezighouden, was de wet echter nog niet in werking getreden op het moment waarop de consumenten door de eisende vennootschappen werden gedagvaard, zodat de nieuwe bepalingen er niet op van toepassing zijn. Voorheen was de bescherming tegen oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten geregeld in de eerder genoemde wet nr. 26/1984. Deze verlangde onder meer, dat contractuele bepalingen in overeenstemming waren met de goede trouw en een passend evenwicht tussen de prestaties van de partijen waarborgden. Als van rechtswege nietig werden derhalve beschouwd bedingen die de consument buitensporig of op onredelijke wijze benadeelden of tot een verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument leidden (artikel 10, lid 1, sub c, punt 3).

10. Ten slotte merk ik nog op, dat de Spaanse bepalingen inzake de bescherming van de consument, ook die van de wet waarbij de richtlijn is geïmplementeerd,

zich niet uitdrukkelijk bezighouden met de vraag, of de oneerlijkheid van bedingen ambtshalve kan worden vastgesteld. Het Spaanse recht lijkt dus geen duidelijke rechtsgrondslag te bieden voor een bevoegdheid van de rechter om die nietigheid buiten partij-initiatief om ambtshalve te onderzoeken. In de Spaanse rechtspraak is dit probleem tot nu toe op uiteenlopende wijze opgelost; sommige rechters hebben gemeend, die bevoegdheid rechtstreeks aan de richtlijn te kunnen ontleenen.

De feiten en de prejudiciële vraag

11. Op diverse tijdstippen tussen mei 1995 en april 1996 sloten de vennootschap Océano Grupo Editorial SA en de vennootschap Salvat Editores SA met R. Murciana Quintero, wonende te El Ejido (Almería), respectievelijk met J. M. Sánchez-Alcón Prades, J. L. Copano Badillo, M. Berroane en E. Viñas Feliu, wonende in verschillende plaatsen in Spanje, overeenkomsten betreffende de verkoop op afbetaling van een encyclopedie.

12. In die overeenkomsten, beschreven in door de verkopers opgestelde voorgedrukte formulieren, kwamen partijen overeen, dat in het geval van geschillen de rechtbank te Barcelona, waar genoemde vennootschappen hun hoofdkantoor hebben, bij uitsluiting bevoegd zou zijn.

13. Toen de kopers de overeengekomen termijnen niet betaalden, stelden Océano Grupo Editorial SA op 25 juli en Salvat Editores SA op respectievelijk 18 september, 16 december en 19 december 1997 beroep in bij de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, waar zij veroordeling van genoemde personen tot betaling van de overeengekomen bedragen vorderden.

Bij de instelling van de beroepen was de richtlijn nog niet in Spaans recht omgezet. De verwijzende rechter vroeg zich echter af, of het forumkeuzebeding wel geldig was, nu het volgens de bepalingen van de richtlijn als „oneerlijk” is te beschouwen. Zijns inziens diende de rechtbank van de woonplaats van de verweerders bevoegd te zijn. Op 9 september 1997 zond die rechter het dossier aan het Openbaar Ministerie met verzoek om advies over de mogelijkheid het forumkeuzebeding ambtshalve nietig te verklaren. Het Openbaar Ministerie antwoordde, dat in het kader van de in casu toepasselijke procedure⁴ het ontbreken van bevoegdheid niet ambtshalve kon worden opgeworpen, wanneer de door de contractspartijen aangewezen rechter de rechter van de woonplaats van ten minste één hunner is.⁵

(C-242/98, C-243/98 en C-244/98) heeft de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona het Hof derhalve de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Mag de nationale rechter op grond van de omvang van de consumentenbescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten biedt, bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van een bij de gewone rechter ingediende vordering ambtshalve toetsen, of een beding in de hem ter beoordeling voorgelegde overeenkomst oneerlijk is?”

15. Bij beschikking van de president van het Hof van 20 juli 1998 zijn de zaken voor de schriftelijke en mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.

14. Bij beschikkingen van 31 maart 1998 (C-240/98 en C-241/98) en 1 april 1998

Ten gronde

16. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of hij, nu de richtlijn niet tijdig ten uitvoer is gelegd, zich ambtshalve onbevoegd kan verklaren, wanneer de bevoegdheid hem is opgedragen bij een beding dat naar zijn mening in de zin van de richtlijn „oneerlijk” is.

4 — In casu betreft het het zogenoemde „juicio de cognición”, een summier procedure voor vorderingen van geringe waarde (80 000 tot 800 000 ESP).

5 — Zie artikel 1 van de wet van 17 juli 1948 betreffende de bevoegdheid van de gemeenterechters (BOE nr. 200 van 18 juli 1948), en artikel 32 van het decreet van 21 november 1952, waarin de procedure „de cognición” is geregeld (BOE nr. 337 van 2 december 1952).

Om deze vraag te kunnen behandelen en de nationale rechter een nuttig antwoord te kunnen geven, zullen wij twee dingen moeten doen. In de eerste plaats, de bepalingen van de richtlijn uitleggen, om te kunnen bepalen of het beding waarbij de rechter van de vestigingsplaats van de onderneming bevoegd wordt verklaard, een oneerlijk beding is, en zo ja, of de richtlijn dan wel andere regels van gemeenschapsrecht de nationale rechter nopen, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren wanneer hij op basis van een dergelijk beding wordt aangezocht, zelfs indien hij daardoor een voorschrift van nationaal procesrecht, dat tot een andere oplossing ter zake van de territoriale bevoegdheid zou leiden, buiten toepassing moet laten. In de tweede plaats moeten wij nagaan, of dat buiten toepassing laten eventueel ook mogelijk is in gedingen als de onderhavige hoofdgedingen, waarin twee particulieren tegenover elkaar staan, zelfs indien het van de nationale procesregels afwijkende gemeenschapsvoorschrift vervat is in een niet in nationaal recht omgezette richtlijn.

17. Wat het betrokken beding betreft, aarzel ik niet, het onmiddellijk als „oneerlijk” in de zin van de richtlijn te kwalificeren. Het gaat immers om een clause in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument, waarbij voor uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen de rechter van de vestigingsplaats van de onderneming als bij uitsluiting bevoegd wordt aangewezen. Weliswaar, zo merkt de Franse regering op, wordt een dergelijk beding niet uitdrukkelijk genoemd in de lijst van oneerlijke bedingen in de bijlage van de richtlijn, maar er zijn tal van redenen om dat niet doorslaggevend te achten. Volgens de

Franse regering behoort de in geding zijnde clause tot de in de bijlage onder de letter q omschreven categorie, daar zij „het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument [belet of belemmert]”. Van meer belang is hier echter, dat volgens artikel 3, lid 3, de bijlage „een indicatieve en niet uitputtende lijst [bevat] van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt”⁶, en dat de lidstaten er dus andere aan kunnen toevoegen, die dan uiteraard onder dezelfde regels vallen als die welke de richtlijn noemt. En ten slotte, om onder de toepassing van de richtlijn te vallen, is het voldoende dat de verkoper en de consument niet speciaal over het betrokken contractuele beding hebben onderhandeld en dat het „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). Aan de hand van deze criteria kunnen de lidstaten andere of meer specifieke bedingen dan de in de richtlijn genoemde aanwijzen; die bedingen zijn dan oneerlijk in de zin van de richtlijn en derhalve onderworpen aan de daarin omschreven regeling.

18. Indien men derhalve voor de vraag staat, of een beding als het onderhavige al dan niet „oneerlijk” is, behoeft men enkel de tekst van de richtlijn, in het bijzonder, artikel 3, leden 1 en 2, uit te leggen.

6 — Zie ook de zeventiende overweging van de considerans, waar wordt gepreciseerd, dat „in het kader van deze richtlijn de lijst van bedingen in de bijlage slechts indicatief kan zijn en dat zij, gelet op dit minimumkarakter, door de lidstaten in het kader van hun nationale wetgeving aangevuld of beperkender geformuleerd kan worden, met name wat de draagwijdte van die bedingen betreft”.

Daarbij kan de bijlage van de richtlijn niet meer dan indicatieve betekenis hebben. Welnu, ik meen, dat een door een consument aanvaard beding, waarover echter niet afzonderlijk is onderhandeld omdat het deel uitmaakt van een standaardkoopovereenkomst, en dat hem verplicht, voor elk uit de overeenkomst voortvloeiend geschil hetzij als eiser hetzij als verweerder te verschijnen voor de rechter van de vestigingsplaats van de onderneming, ontegenzeggelijk in het voordeel is van deze onderneming en de rechten van de consument aanzienlijk dreigt te beperken. Immers, zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking op basis van zijn praktijkervaring opmerkt, wanneer de rechtbank van de — mogelijk anderszins ver van de woonplaats van de consument gelegen — vestigingsplaats van de onderneming bevoegd is, bestaat het gevaar, dat het wegens de daaraan verbonden hoge kosten voor de consument in de praktijk onmogelijk is te verschijnen en zich te verweren, met name in gevallen waarin de in geding zijnde bedragen relatief gering zijn. Daarbij komt, dat de verweerdere in dergelijke zaken meestal „gewone” mensen met veelal bescheiden middelen zijn. Daartegenover heeft het betrokken beding ontegenzeggelijk voordelen voor de verkoper, die ermee voorkomt, dat hij zich tot verschillende, krachtens de normale procesregels bevoegde rechtbanken moet wenden, en die alle geschillen in verband met consumentenovereenkomsten aan de rechtbank van zijn vestigingsplaats kan voorleggen, wat voor hem uiteraard gemakkelijker en goedkoper is. Een dergelijke situatie leidt, naar ik meen, stellig tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen. Het in geding zijnde beding moet derhalve als oneerlijk in de zin van de richtlijn worden aangemerkt, waaruit ongetwijfeld volgt, dat de voor de consument gunstige regeling van de richtlijn, in het bijzonder

het feit dat het forumkeuzebeding hem ingevolge artikel 6 niet bindt, van toepassing is.

19. Evenmin zonder belang is, dat Spanje bij de implementatie van de richtlijn, dat wil zeggen toen het het algemene beginsel van artikel 3, lid 1, van de richtlijn concrete inhoud gaf, het voorbeeld van andere lidstaten⁷ is gevolgd en een forumkeuzebeding ten gunste van een andere rechter dan die van de woonplaats van de consument of van de plaats van tenuitvoerlegging van de overeenkomst in de lijst van oneerlijke bedingen heeft opgenomen.⁸ Deze argumenten leveren meer dan voldoende grond op voor de conclusie, dat een beding in een overeenkomst tussen een consument en een onderneming, dat voor elk uit de overeenkomst voortvloeiend geschil de bevoegdheid bij uitsluiting toewijst aan de rechter van de vestigingsplaats van de onderneming, een oneerlijk beding in de zin van de richtlijn is.

7 — Artikel 1469 bis van de Italiaanse Codice civile, ingevoegd bij wet nr. 25 van 6 februari 1996 houdende implementatie van de richtlijn, bepaalt dat, behoudens bewijs van het tegendeel, als oneerlijk wordt beschouwd een beding dat tot doel of tot gevolg heeft, dat als bevoegd wordt aangewezen de rechtbank van een andere plaats dan de woonplaats of het gekozen domicilie van de consument (zie artikel 19, lid 3). In Frankrijk moeten volgens de „recommandation de synthèse” nr. 91-02 van de bij artikel L-132.2 van de Code de la consommation ingestelde Commission des clauses abusives als oneerlijk worden aangemerkt bedingen die tot doel of tot gevolg hebben, dat wordt afgeweken van de wettelijke regels inzake de territoriale of toegewezen bevoegdheid.

8 — Zie de eerste additionele bepaling van de eerder genoemde wet nr. 7/1998, punt 27. De vroegere wettelijke regeling bevatte een algemene formulering die, mijns inziens, aldus zou kunnen worden uitgelegd, dat ook de clause waarom het hier gaat, tot de verboden contractuele bedingen behoort (artikel 10, lid 1, sub c, punt 3, van voornoemde wet nr. 26/1984).

20. Waar dus duidelijk is, dat voor de beslissing in de hoofdgedingen een beoordeling van de bevoegdheid van de verwijzende rechter noodzakelijk is, waarbij de bepalingen van de richtlijn in aanmerking moeten worden genomen, kom ik nu tot het probleem dat daar logisch op volgt en dat het voorwerp is van de prejudiciële vraag: kan de nationale rechter zich ambtshalve onbevoegd verklaren, wanneer hij kennis heeft te nemen van een geschil op grond van een beding in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper, dat hij voor oneerlijk houdt omdat het uitsluitende bevoegdheid toekent aan de rechter van de vestigingsplaats van de verkoper?

21. Om te beginnen moet ik erop wijzen, dat de verweerders in de bij de verwijzende rechter aanhangige zaken (de consumenten) niet zijn verschenen en zich dus niet hebben beroepen op onbevoegdheid van de aangezochte rechter wegens het oneerlijke karakter van het forumkeuzebeding. De Spaanse regering meent, dat deze houding van de verwerende partijen in casu beslissend is. De bevoegdheid van de verwijzende rechter zou immers uitsluitend naar nationaal recht moeten worden beoordeeld en zoals wij zagen, staat dit in een procedure als die van het hoofdgeding de rechter niet toe, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, ook niet, zoals in het onderhavige geval, onder verwijzing naar de onverbindendheid van het contractuele beding.

22. Om het maar meteen te zeggen: deze uitlegging kan mij niet overtuigen. Evenals de Commissie en de Franse regering baseer ik mij liever op een algemene analyse, die

mij tot de overtuiging brengt, dat uit het stelsel van bescherming van de consument — de zwakste partij bij de overeenkomst — voortvloeit, dat de nationale rechter de onverbindendheid van een oneerlijk beding in de zin van de richtlijn ambtshalve moet kunnen opwerpen. Met andere woorden, willen de betrokken bepalingen „nuttige werking” kunnen hebben, dan moeten zij zo worden uitgelegd, dat de zwakke contractspartij niet genoodzaakt is in rechte te verschijnen om zich op de onverbindendheid van de voor hem nadelige contractuele bedingen te beroepen; en, zo voeg ik hier meteen aan toe, dit geldt vooral wanneer de consument ingevolge een dergelijk beding gedwongen is, voor een andere rechter dan die van zijn woonplaats te verschijnen.

23. De door de bepalingen van de richtlijn gewaarborgde bescherming berust immers op de gedachte, dat bij overeenkomsten met een bedrijfsmatig verkoper de consument de „zwakke partij” is en daarom bijzondere bescherming verdient. De richtlijn beoogt dus het evenwicht in die contractuele verhouding te herstellen en tegelijkertijd het algemeen belang bij het in acht nemen van correcte handelspraktijken te beschermen. In die samenhang legt de richtlijn de lidstaten een resultaatsverplichting op: zij moeten ervoor zorgen, dat oneerlijk geachte bedingen de consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden niet kunnen binden (artikel 6). De lidstaten kunnen dus kiezen, welke civielrechtelijke sanctie zij aan dergelijke bedingen willen verbinden — onverbindendheid, nietigheid, nietigverklaring —, zolang zij maar een regeling invoer

ren die de consument hoe dan ook een effectieve bescherming van zijn rechten verzekert.

Dat doel, zo merkt de Commissie terecht op, kan moeilijk worden bereikt indien de rechter het oneerlijke karakter van een contractueel beding niet ambtshalve mag beoordelen. De bescherming van de zwakste contractspartij, zoals die in de richtlijn is geregeld, lijkt immers niet afhankelijk te zijn van wat de consument doet of niet doet. Zo heeft bijvoorbeeld het feit dat de consument het beding heeft aanvaard door zijn handtekening onder de standaardovereenkomst te zetten, geen enkel belang: ondanks die handtekening *kan* het beding de consument niet binden. Evenzo valt het mijns inziens uit te sluiten, dat beslissende betekenis wordt toegekend aan de gedraging *in rechte* van de consument. Wellicht doet hij uit onwetendheid geen beroep op het oneerlijke karakter van het beding, of vindt hij het te duur om ver van huis voor een rechtbank te verschijnen, zoals dat in casu het geval is. In alle gevallen zou de doelstelling van de richtlijn niet worden verwezenlijkt, omdat het beding, hoe kennelijk nadelig voor de zwakste contractspartij ook, het beoogde gevolg zou hebben, wat onherstelbaar afbreuk zou doen aan de nuttige werking van de richtlijn.

24. Voorts is het stellig van belang, dat de richtlijn, om een eind te maken aan een wezenlijk gebrek aan evenwicht tussen de contractspartijen, de lidstaten opdraagt een stelsel van bescherming in te richten, dat

ook andere aspecten dan enkel de contractuele betrekkingen actief regelt. Uitgaande van de voor de hand liggende gedachte, dat de reactie van de individuele consument op voor hem nadelige bedingen geen doeltreffende remedie is, wegens de kosten van een individuele rechtszaak en de geringe neiging van de consumenten om zich aan ingewikkelde gedingen tegen machtige en goed georganiseerde verkopers te wagen, bepaalt de richtlijn in artikel 7: „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.” Of de middelen waarin de richtlijn de lidstaten vraagt te voorzien, in concreto „doeltreffend” en „geschikt” zijn⁹, moet worden afgemeten aan het nut dat zij hebben met het oog op het te bereiken doel, te weten het onverbindend zijn van oneerlijke bedingen. Gelet op het voorgaande, moet redelijkerwijs worden aangenomen, dat een interventie

9 — Opgemerkt zij, dat reeds de richtlijn zelf een aanwijzing met betrekking tot dit punt geeft, waar zij in artikel 7, lid 2, bepaalt, dat „[d]e in lid 1 bedoelde middelen (...) wettelijke bepalingen (dienen) 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.” Natuurlijk gaat het hier maar om een voorbeeld, dat andere interventies, zoals een beslissing ambtshalve van de rechter, niet uitsluit. In het door de richtlijn beoogde stelsel van bescherming is die aanwijzing echter van bijzonder belang, in zoverre aan consumentenvertegenwoordigers en -organisaties de mogelijkheid van een „preventieve” actie in rechte — dus zonder verband met een concreet geschil — wordt gegeven. Een dergelijke, door zijn algemene aard bijzonder doeltreffende vorm van bescherming is een volstrekt novum in het recht van bepaalde lidstaten, vooral die welke in de traditie van het Romeinse recht staan, en daarom valt zeer wel te begrijpen, waarom de lidstaten uitdrukkelijk is gevraagd die mogelijkheid in hun nationaal recht op te nemen. Zoals de Franse regering opmerkt, zou een uitlegging van de richtlijn, die wel „preventieve” collectieve acties met heilzame gevolgen voor alle consumenten toelaat, maar een beslissing ambtshalve van de rechter over een kennelijk oneerlijk beding in een concreet geschil waarin de consument rechtstreeks benadeeld wordt, uitsluit, moeilijk verdedigbaar zijn.

ambtshalve van de rechter niet slechts een uiterst doeltreffend repressief middel is, maar verkopers er ook van kan weerhouden, oneerlijke bedingen in hun overeenkomsten met consumenten op te nemen.

in een andere plaats dan zijn woonplaats, moeten weten dat het om een oneerlijk beding gaat, een advocaat moeten inhuren voor een geschil om een klein bedrag, enzovoort) die voor de lidstaten reden zijn geweest om de gedwongen forumkeuze ten gunste van de rechtbank van de verkoper op te nemen in de lijst van bedingen die de consument benadelen.

Zou de rechter in het geval dat de consument zich niet op het oneerlijke karakter van een beding beroept, geen beslissing ambtshalve kunnen nemen, dan zou dat bovendien paradoxale gevolgen hebben in een situatie als de onderhavige, waarin de toewijzing aan de rechter van de vestigingsplaats van de verkoper van uitsluitende bevoegdheid voor geschillen uit de overeenkomst wordt betwist. Men herinnert zich, dat de verwijzende rechter, de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, in de bij hem aanhangige gedingen heeft kennis te nemen van geschillen tussen verkopers (de vennootschappen Océano Grupo Editorial SA en Salvat Editores SA, die zich bezig houden met de verkoop op afbetaling van encyclopedieën) en een aantal consumenten die in verschillende Spaanse steden wonen, enkele op honderden kilometers afstand van de aangezochte rechtbank. Wanneer in een dergelijke situatie de rechter bij niet verschijnen van de verweerder niet op eigen initiatief de verbindendheid van een kennelijk oneerlijk beding mag beoordelen, komt men voor de paradox te staan, dat de consument gedwongen is, voor een andere rechter dan die van zijn woonplaats te verschijnen juist om te betogen, dat het contractuele beding dat hem daartoe verplicht, oneerlijk is! Het is maar al te duidelijk, dat dat een volstrekt onwerkzaam middel van consumentenbescherming zou zijn, want om de door de richtlijn geboden bescherming te verkrijgen, zou de consument hoe dan ook met alle nadelen te maken krijgen (gerechtelijke kosten maken

25. Ten slotte merk ik nog op, dat toekenning aan de rechter van de bevoegdheid om ambtshalve te beslissen, volledig lijkt aan te sluiten bij het stelsel van civielrechtelijke sancties die volgens de richtlijn van toepassing moeten zijn op binnen zijn werkingsfeer vallende bedingen van consumentenovereenkomsten. Zoals gezegd, moeten de lidstaten er volgens de richtlijn voor zorgen, dat die bedingen onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consumenten niet binden (artikel 6, lid 1). Wanneer de richtlijn, binnen de door de minimumharmonisatie van de nationale wettelijke regelingen bepaalde grenzen, zich beperkt tot een algemene omschrijving van het te bereiken resultaat (de „onverbindendheid” van oneerlijke bedingen) en het aan de nationale rechtsorde overlaat de op dergelijke bedingen te stellen civielrechtelijke sancties te bepalen¹⁰, dan houdt de in die term tot uitdrukking komende keuze kennelijk in, dat de bepalingen van de richtlijn het karakter van „dwingende” normen van „economische openbare orde” hebben, wat uiteraard tot uiting moet

10 — Zie daarvoor het rechtsvergelijkend onderzoek van Paisant, G., „La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne”, in F.Osman (red.), *Vers un code européen de la consommation*, Brussel 1998, blz. 165, 174, waaruit blijkt dat de meeste lidstaten uitdrukkelijk voor nietigheid van oneerlijke bedingen hebben gekozen.

komen in de aan de nationale rechter toegekende bevoegdheden.¹¹

26. Ik ben dan ook van mening, dat wanneer men de rechter de bevoegdheid toekent een oneerlijk beding ambtshalve onverbindend te verklaren, dit volledig past in de algemene context van de bijzondere bescherming die de richtlijn beoogt te verlenen aan groepsbelangen die, als deel van de economische openbare orde, boven de particuliere belangen van de partijen uitstijgen. Er bestaat, anders gezegd, een openbaar belang bij het onverbindend zijn van voor de consument nadelige bedingen. Dit belang dient, materieelrechtelijk gezien, als motivering voor de sanctie van onverbindendheid waardoor het beding wordt getroffen waarover niet afzonderlijk met de consument is onderhandeld, ook wanneer

deze het eventueel wel heeft ondertekend; procesrechtelijk gezien vormt het de motivering voor het ingrijpen van de rechter, die, na het door de consument geleden nadeel te hebben vastgesteld, het beding buiten toepassing kan laten, ongeacht de houding van de consument in de procedure.

27. Aangezien het door de richtlijn beoogde stelsel van rechtsbescherming niet doeltreffend kan zijn wanneer men de nationale rechter niet toestaat het contractuele beding aan de bepalingen van de richtlijn te toetsen, kan daar alleen maar uit volgen, dat nationale procesrechtelijke voorschriften die die toetsing zouden verhinderen, door de rechter buiten toepassing moeten worden gelaten ingevolge de verplichting tot samenwerking die krachtens artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) rust op alle nationale organen — daaronder begrepen, in het kader van hun bevoegdheden, de rechterlijke instanties. Het gaat hier overigens om een in 's Hofs rechtspraak reeds herhaaldelijk toegepast beginsel, volgens hetwelk, overeenkomstig het algemene beginsel van het primaat van het gemeenschapsrecht¹², nationale procedurevoorschriften die aan een doeltreffende bescherming van door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de weg staan,

11 — In dit verband merk ik op, dat de Franse wergever bij de implementatie van de richtlijn de bepalingen betreffende de bescherming van de consumenten tegen oneerlijke bedingen uitdrukkelijk als „van openbare orde” heeft gekwalificeerd (zie Code de la consommation, artikel L-132.1). Volgens de doctrine volgt hieruit, dat „le juge doit désormais soulever d'office la nullité de la clause abusive” (Karimi, A., „Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1er février 1995”, in *Les petites affiches* nr. 54, 1995, blz. 4 e.v.). In Italië bepaalt het nieuwe artikel 1469 quinquies van de Codice civile, dat oneerlijke clausules „sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto”, maar dat „l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”. Voor België, zie Balate, E., „Le contrôle des clauses abusives: premier bilan”, in *Droit de la consommation*, 1997, blz. 121, 131 en 140, waar wordt gezegd, dat uit het openbare-ordekarakter van de betrokken bepalingen volgt, dat de rechter, ook wanneer de consument niet verschijnt, gehouden is ze ambtshalve toe te passen. Voor een algemene beschouwing, zie Tenreiro, M., „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems”, in *European Review of Private Law*, 1995, blz. 273, 282, waar wordt verklaard, dat uit de niet-technische uitdrukking, dat oneerlijke bedingen de consument „niet binden”, concrete consequenties kunnen worden getrokken, waaronder deze: „the judge shall declare a term as unfair and refuse to enforce it ex officio, without any need for special demand from the consumer”.

12 — Arrest van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629, punten 17-24).

door de rechter niet mogen worden toegepast.¹³

Een bijzonderheid van de onderhavige zaak is echter, dat de gemeenschapsbepaling die dat gevolg zou hebben, deel uitmaakt van een richtlijn die niet tijdig in nationaal recht is omgezet. Omdat het hoofdgeding een geschil tussen particulieren betreft, rijst de vraag, of dat een negatief effect kan hebben op de bepaling van de bevoegdheid van de nationale rechter.

28. In de eerste plaats moet ik erop wijzen, dat het in deze zaak niet gemakkelijk is de

nationale bepalingen in overeenstemming met het doel en de letter van de richtlijn uit te leggen, zoals het Hof in vaste rechtspraak van de nationale rechter verlangt in gevallen waarin de richtlijn niet correct in nationaal recht is omgezet. Ofschoon een nauwkeuriger beoordeling, die alle omstandigheden in aanmerking neemt, tot de taak van de nationale rechter behoort, lijkt het wel duidelijk dat, terwijl in de Spaanse wettelijke regeling van vóór de implementatie van de richtlijn gemakkelijk kon worden gelezen dat het hier besproken beding behoorde tot de categorie van de „rechtens nietige” bedingen¹⁴, er tussen de nationale procedurevoorschriften en de richtlijn een duidelijke, manifeste tegenspraak bestaat en dat hun toepassing totaal verschillende gevolgen heeft: de nationale regels maken het mogelijk, dat zelfs in onder de werkingssfeer van de richtlijn vallende overeenkomsten tussen een verkoper en een consument, en in afwijking van de algemene bevoegdheidsregels, de rechter van de vestigingsplaats van de verkoper wordt aangewezen als bij uitsluiting bevoegd voor alle uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen; de algemene beginselen die ten grondslag liggen aan het in de richtlijn omschreven stelsel van consumentenbescherming, zoals hiervóór uiteengezet, verlangen daarentegen dat een dergelijk, als „oneerlijk” te beschouwen forumkeuzebeding de consument niet kan binden. Het is duidelijk dat er geen nationale bepaling bestaat die men zo zou kunnen „uitleggen”, dat het door de richt-

13 — Met betrekking tot de vraag van de verhouding tussen de verplichtingen van de nationale rechter en de nationale procedurevoorschriften, heeft het Hof herhaaldelijk verklaard, dat bij gebreke van een gemeenschapsregeling ter zake de lidstaten in hun nationale recht een regeling moeten opnemen voor de modaliteiten van beroepen in rechte, bestemd tot waarborging van de rechten die de justitiabelen aan rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht ontlenuen. Die modaliteiten mogen echter niet minder gunstig zijn dan die van overeenkomstige beroepen van interne aard, en zij mogen de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Zie dienaangaande arresten van 16 december 1976, Rewe (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5), en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043, punten 12-16); 27 februari 1980, Just (68/79, Jurispr. blz. 501, punt 25); 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 14); 25 februari 1988, Bianco en Girard (331/85, 376/85 en 378/85, Jurispr. blz. 1099, punt 12); 24 maart 1988, Commissie/Italië (104/86, Jurispr. blz. 1799, punt 7); 14 juli 1988, Jeunehomme en EGI (123/87 en 330/87, Jurispr. blz. 4517, punt 17); 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 43); 9 juni 1992, Commissie/Spanje (C-96/91, Jurispr. blz. I-3789, punt 12); 1 april 1993, Lageder e.a. (C-31/91-C-44/91, Jurispr. blz. I-1761, punten 27-29); 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punten 16 en 17), en Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12); 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punten 24 en 27), en 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 31-41).

14 — Zie artikel 10, leden 1 en 4, van wet nr. 26/1984.

lijn gestelde doel wordt bereikt.¹⁵ Maar nogmaals, het is de nationale rechter die een nauwkeuriger beoordeling in die zin moet maken.

29. Aangezien de twee normen niet met elkaar overeen te brengen zijn, zit er voor de rechter die het geding moet beslechten, dus niets anders op dan een keuze te maken tussen twee „concurrerende” rechtsbeginselen: het beginsel van nationaal recht, dat de keuze van het forum toelaat, en het beginsel van gemeenschapsrecht, dat verlangt dat de rechter zich onbevoegd verklaart. De vraag rijst dan, of een niet tijdig geïmplementeerde richtlijn kan dienen als wettigheids criterium voor nationale procedurevoorschriften, indien de consequentie daarvan zou zijn, dat de nationale rechter die voorschriften buiten toepassing moet laten, teneinde het primaat van de gemeenschapsbepalingen te verzekeren en aldus een doeltreffende bescherming van de door deze bepalingen verleende rechten mogelijk te maken; en dat ondanks het feit dat de partijen in het hoofdgeding twee particulieren zijn, en de omstandigheid dat een van

die partijen niet verschenen is, in dat verband kennelijk zonder belang is. Meent men daarentegen, dat een niet geïmplementeerde richtlijn een dergelijke werking niet kan hebben, dan blijft er voor de nationale rechter niets anders over dan zich bij de geldigheid van het door hem oneerlijk geachte forumkeuzebeding neer te leggen.

30. Wat dit punt betreft, ben ik van mening, dat een juiste toepassing van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht en het vereiste een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen, inhouden dat niet in nationaal recht omgezette richtlijnen, wanneer de termijn voor hun implementatie eenmaal verstreken is, tot gevolg kunnen hebben, dat *het ermee strijdige nationale voorschrift niet meer kan worden toegepast*, ook niet wanneer zij, door gebrek aan nauwkeurigheid of doordat zij geen „horizontale” rechtstreekse werking hebben, aan particulieren geen rechten toekennen waarop dezen in rechte een beroep kunnen doen. De eerder genoemde verplichting tot samenwerking, die op elk nationaal orgaan binnen het raam van zijn bevoegdheden rust, noopt de nationale rechter en de nationale administratie de met de richtlijn onverenigbare nationale wet terzijde te stellen. Deze conclusie, zo zullen wij zien, valt tussen de regels van 's Hof's rechtspraak te lezen

15 — Na in zijn arrest van 26 september 1996, Arcaro (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705) te hebben opgemerkt, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet machtigt, nationale bepalingen die met een bepaling van een niet geïmplementeerde richtlijn in strijd zijn, buiten toepassing te laten, vervolgt het Hof, dat de verplichting van „conforme uitlegging” op haar grenzen stoot wanneer zij ertoe zou leiden, dat aan een particulier een verplichting wordt tegengeworpen die in een niet geïmplementeerde richtlijn is voorzien, of, a fortiori, wanneer zij tot gevolg heeft, dat enkel op grond van de richtlijn en zonder dat een wet ter uitvoering ervan is vastgesteld, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, wordt vastgesteld of verzaard (punt 42). Het Hof heeft dus terecht uitgesloten dat, omwille van een „conforme uitlegging” van nationaal recht ten opzichte van een niet geïmplementeerde richtlijn, een particulier een sanctie wordt opgelegd — zeker wanneer het een strafrechtelijke sanctie betreft — wegens overtreding van die richtlijn.

en is bovendien al lang onderwerp van discussie in de doctrine.¹⁶

16 — Zonder volledig te willen zijn, noem ik hier Simon, D., *La directive européenne*, Paris 1997, blz. 4, waar wordt gesteld, dat „l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge nationale en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct. Si le juge national (...) ne peut se substituer à l'autorité de transposition, rien ne lui interdit en revanche d'écarter l'application d'une règle nationale incompatible avec une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure en vertu du principe de primauté. A contrario, toute autre solution, qui aurait pour conséquence d'autoriser les juridictions nationales à faire prévaloir une norme interne incompatible avec le droit communautaire, remettrait directement en cause la primauté du droit communautaire et plus précisément, en l'occurrence, l'effet obligatoire et l'uniformité d'application des directives. Certes, l'analyse proposée suppose un découplage entre effet direct et primauté, mais cette dissociation paraît précisément constituer l'un des axes dominants de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice comme des juridictions nationales” (cursivering van mij); Prechal, „Directives”, in *European Community Law*, Amsterdam 1995, inz. blz. 121 en 122: „If the theoretical underpinning of the principle of supremacy is the conception of an autonomous Community legal order involving a transfer of powers to the Community and consequent limitations of Member States' sovereign rights (...), national legal rules which are contrary to a directive cannot apply and cannot validly be adopted, as they are *ultra vires*. (...) in practice the construction often amounts to giving directives and Community law in general a higher ranking in the hierarchy of norms which are valid in a national legal system”; Ruggeri, A., „Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla 'teoria' della separazione alla 'prassi' dell'integrazione intersystematica?”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, blz. 1583, 1608: „Scaduto inutilmente il termine stabilito per la loro attuazione, per una rigorosa, coerente affermazione della primauté, le leggi difformi, e non prontamente aggiornate agli impegni comunitari, dovranno considerarsi affette da vizio di illegittimità costituzionale sopravvenuta, così come illegittime si dimostrano quelle contrarie eventualmente adottate in un tempo successivo”. Zie ook Timmermans, „Directives: their Effects within the National Legal Systems”, in *Common Market Law Review*, 1979, blz. 533; Galmot en Bonichot, „La Cour de justice européenne et la transposition des directives en droit national”, in *Revue française de Droit administratif*, 1988, blz. 4; Manin, „L'invocabilité des directives: quelques interrogations”, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, blz. 669, 690; Bach, *Direkte Wirkung van EG-Richtlijnen*, JZ, 1990, blz. 1108; Lenaerts, „L'égalité de traitement en droit communautaire”, in *Cahiers de droit européen*, 1991, blz. 38 en noot 120; Slot, „Commento alla sentenza CIA Security International SA”, in *Common Market Law Review*, 1996, blz. 1036, 1049; Timmermans, *Community Directives Revisited, Yearbook of European Law*, 1998, blz. 1, en Barav, *Rapport Général, XVIII Congrès FIDE*, Stockholm, 1998, dl. III (Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité), blz. 433. Over door de rechtspraak van het Hof veroorzaakte onzekerheden, zie Holson, C., en Downes, T., „Making Sense of Rights: Community Rights”, in *EC Law, European Law Review*, 1999, blz. 121 e.v.

31. Ter motivering van die conclusie herinner ik eraan, dat het Hof eerst heeft gewezen op het dwingende karakter van een richtlijn overeenkomstig artikel 189 EG-Verdrag (thans artikel 249 EG), volgens hetwelk de lidstaten verplicht zijn het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken, en op de uit artikel 5 van het Verdrag voortvloeiende verplichting alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om het bereiken van dat resultaat te verzekeren, om vervolgens te preciseren, dat die verplichtingen voor alle organen van de lidstaten gelden, daaronder begrepen, in het kader van hun bevoegdheden, de rechterlijke organen. In dat verband heeft het Hof met name overwogen, dat de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van bepalingen van hun nationaal recht, of die nu van eerdere dan wel van latere datum dan de richtlijn zijn, die bepalingen in het licht van de letter en de doelstelling van de richtlijn moeten uitleggen. Bij twee mogelijke uitleggingen van nationaal recht dient de rechter derhalve die te kiezen welke het mogelijk maakt het door de richtlijn gewilde resultaat te bereiken.¹⁷ Naast dit — eerlijk gezegd allesbehalve revolutionaire — beginsel van „conforme uitlegging” heeft het Hof meer recent andere consequenties van de hogere rang — in de hiërarchie der bronnen — van de richtlijn ten opzichte van nationale voorschriften onderzocht. En, let wel, dat is ook gebeurd

17 — Arresten van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26); 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8); 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20), en 25 februari 1999, Carbonari e.a. (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punt 48). Volgens het arrest Marleasing moest de nationale rechter het burgerlijk wetboek zo uitleggen, dat nationale bepalingen inzake de nietigheid van de oprichtingsakte van een kapitaalvennootschap buiten toepassing zouden blijven in bepaalde gevallen waarin een niet geïmplementeerde richtlijn niet in die nietigheid voorzag. Ik meen daarom, dat men ook dit arrest kan rekenen tot die waarin het Hof aan de niet geïmplementeerde richtlijn, los van de horizontale dan wel verticale aard van de betrekking, een werking heeft toegekend waardoor de toepassing van onverenigbare nationale bepalingen wordt uitgesloten.

met betrekking tot gedingen waarbij uitsluitend particulieren betrokken waren, waardoor, zij het ook impliciet, een correct onderscheid werd aangebracht tussen de rechtstreekse werking van een bepaling van gemeenschapsrecht — opgevat in de strikte zin, als de mogelijkheid zich in rechte tegenover een andere persoon op die bepaling te beroepen — en haar geschiktheid om te dienen als toetssteen voor de wettigheid van een bepaling van lagere rang.¹⁸

32. Interessant in deze samenhang is het arrest van 30 april 1996, CIA Security International.¹⁹ In die zaak was het Hof door de Handelsrechtbank te Luik verzocht om uitlegging van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en

technische voorschriften²⁰, met betrekking tot nationale bepalingen die de goedkeuring van alarmcentrales en -systemen voorschrijven. In de procedure voor de verwijzende rechter had een onderneming (CIA Security International SA; hierna: „CIA”), die zich bezighield met de verkoop van alarmsystemen, twee andere ondernemingen wegens oneerlijke concurrentie voor de rechter gedaagd, omdat zij de kwaliteit van het door CIA verkochte alarmsysteem in een kwaad daglicht hadden gesteld. Onder meer hadden zij verklaard, dat dat systeem niet aan de Belgische wettelijke regeling voldeed, aangezien het niet overeenkomstig die regeling was goedgekeurd. Daartegenover betoogde CIA, dat de nationale regeling niet kon worden toegepast, omdat zij niet aan de Commissie was meegedeeld, zoals de richtlijn verlangde. Hoewel het een geding tussen particulieren betrof, verwees het Hof naar zijn vaste rechtspraak, volgens welke „de bepalingen van een richtlijn, telkens wanneer zij wat hun inhoud betreft, onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, kunnen worden ingeroepen tegen elke nationale bepaling die niet in overeenstemming is met de richtlijn” (punt 42, cursivering van mij). De schending van de richtlijn door de staat (in casu het verzuim, in strijd met de richtlijn, technische voorschriften mee te delen) vormt, gelet op de doelstelling van die richtlijn, „een gebrek van de procedure tot vaststelling van de betrokken technische voorschriften en leidt tot niet-toepasselijkheid ervan, zodat zij niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen” (punt 45). Uit dit arrest volgt, dat een particulier niet aan een andere particulier kan tegenwerpen, dat deze een in strijd met de richtlijn vastgestelde bepaling niet in acht heeft genomen. De richtlijn fungeert als „schild” tegen de toepassing van een met haar

18 — Dit onderscheid komt, in een andere context, duidelijk naar voren in het arrest van 16 juni 1998, Racke (C-162/96, Jurispr. blz. I-3655), over de verhouding tussen een handeling van afgeleid gemeenschapsrecht en een algemene volkenrechtelijke bepaling. Aangezien de regels van internationaal gewoonterecht betreffende de beëindiging en schorsing van de uit een verdrag voortvloeiende betrekkingen wegens wezenlijk veranderde omstandigheden, bindend zijn voor de gemeenschapsinstellingen en dus deel uitmaken van de communautaire rechtsorde (punt 46), beklemtoonde het Hof, dat „in casu de justitiable in het licht van deze regels incidenteel de geldigheid van een gemeenschapsverordening betwist om zich te kunnen beroepen op de rechten die hij rechtstreeks ontleent aan een overeenkomst tussen de Gemeenschap en een derde land. Deze zaak betreft dus niet de rechtstreekse werking van bedoelde regels” (punt 47, cursivering van mij). Juist zoals in het onderhavige geval wordt de hogere regel gebruikt als wettigheids criterium voor de lagere, los van de vraag of de particulier een recht heeft waarop hij zich in rechte kan beroepen. Anders dan in de zaak Racke gaat het in de onderhavige weliswaar om de verhouding tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht, maar dat behoeft mijns inziens niet tot een andere oplossing te leiden, vooral indien men de typisch „monistische” benadering in aanmerking neemt, die het Hof bij de omschrijving van de verhouding tussen die twee rechtsordes steeds aan de dag heeft gelegd.

19 — C-194/94, Jurispr. blz. I-2201.

20 — PB L 109, blz. 8, gewijzigd bij richtlijn 88/182/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB L 81, blz. 75).

onverenigbare bepaling, waarbij het er niet toe doet, of de toepassing van die bepaling in rechte wordt gevraagd door de staat (bijvoorbeeld in de persoon van een controle-instantie of het openbaar ministerie) dan wel door een particulier.²¹

33. In de zaak Ruiz Bernáldez²² daarentegen werd het Hof door de Audiencia Provincial de Sevilla verzocht om uitlegging van richtlijn 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid.²³ In die zaak was Ruiz Bernáldez strafrechtelijk veroordeeld wegens rijden onder invloed en tot vergoeding van de door een derde geleden schade. De maatschappij waarbij Ruiz was verzekerd, was echter ingevolge de Spaanse bepalingen ter zake van de WA-verzekering motorrijtuigen ontheven van de verplichting de gelaeerde derde schadeloos te stellen; volgens die bepalingen immers bestond die verplichting niet wanneer de verzekerde op het tijdstip van het ongeval in staat van dronkenschap verkeerde. In antwoord op de prejudiciële vraag verklaarde het Hof die bepalingen onverenigbaar met artikel 3, lid 1, van de richtlijn en concludeerde het, dat de richtlijn zich ertegen verzet, „dat de verzekeraar met een beroep op wettelijke

bepalingen of contractuele clausules kan weigeren, derden die het slachtoffer zijn van een door een verzekerd voertuig veroorzaakt ongeval, schadeloos te stellen” (punt 20). Ook in dit geval moest de nationale rechter de met de richtlijn onverenigbare nationale bepalingen buiten toepassing laten, ofschoon de richtlijn nog niet correct geïmplementeerd was. De particulier — in dit geval de verzekeringsmaatschappij — moest derhalve aan een financiële verplichting voldoen die krachtens het nationale recht niet op hem rustte.

34. Andere voorbeelden uit de recente rechtspraak bevestigen, dat het Hof de richtlijn ziet als een toetssteen voor de wettigheid van nationale wettelijke regelingen, los van de vraag of zij de particulieren „actieve”, dat wil zeggen in rechte inroepbare, subjectieve rechten verleent. In het arrest van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland²⁴, verwierp het Hof resoluut de stelling van de betrokken lidstaat, dat „in de rechtspraak van het Hof aan bepalingen van een richtlijn slechts rechtstreekse werking wordt toegekend, voor zover daarin aan particulieren individuele rechten worden toegekend” (punt 24). Daar de artikelen 2, 3 en 8 van de richtlijn betreffende de milieu-effectbeoordeling²⁵ de particulieren dergelijke rechten niet toekenden, meende de Bondsrepubliek Duitsland niet verplicht te zijn ze vóór de implementatie van de richtlijn toe te passen, zodat er geen beroep mogelijk was tegen een besluit tot goed-

21 — In de nog aanhangige zaak Unilever Italia (C-443/98) komt de feitelijke context overeen met die van de zaak CIA Security International.

22 — Arrest van 28 maart 1996 (C-129/94, Jurispr. blz. I-1829).

23 — PB L 103, blz. 1.

24 — C-341/92, Jurispr. blz. I-2189. Zie ook arrest van 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, Jurispr. blz. I-5403, punten 59 e.v.)

25 — Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 (PB L 175, blz. 40).

keuring van de uitbreiding van een thermoelektrische centrale, dat zonder voorafgaande milieu-effectrapportage genomen was. Het Hof wees dit verweer af en maakte daarbij duidelijk onderscheid tussen enerzijds de eerbiediging van de richtlijn en de invloed ervan op de nationale wettelijke regeling en anderzijds de mogelijkheid van particulieren zich rechtstreeks op de richtlijn te beroepen.²⁶ De vraag of de staat verplicht is de richtlijn in acht te nemen, staat los van de mogelijkheid van particulieren zich rechtstreeks op de bepalingen van een niet geïmplementeerde richtlijn te beroepen (punt 26).

door de Italiaanse wetgeving ingestelde register was ingeschreven. Het ging dus duidelijk om een geschil tussen particulieren. Na te hebben opgemerkt, dat het nationale recht de geldigheid van de overeenkomst doet afhangen van de inschrijving van de handelsagent in het register (punt 12), legde het Hof de bepalingen van de richtlijn aldus uit, dat de bescherming die de richtlijn aan de agent verleent, niet van een dergelijke voorwaarde afhankelijk kan zijn. Daarmee bracht het Hof een zodanige onverenigbaarheid tussen de twee regelingen aan de dag, dat elke mogelijkheid van „conforme uitlegging” duidelijk uitgesloten was.²⁹ Het concludeerde bijgevolg, dat „de richtlijn in de weg staat aan een nationale regeling die de geldigheid van een agentuurovereenkomst afhankelijk stelt van de inschrijving van de handelsagent in een daartoe bestemd register”. Gezien de processuele samenhang, kan deze conclusie alleen maar worden opgevat als een ver-

35. De oplossing waartoe het Hof in zijn arrest van 30 april 1998, *Bellone*²⁷, kwam, spreekt met betrekking tot geschillen tussen particulieren nog duidelijker taal. Het ging daar om de uitlegging van richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten.²⁸ In het hoofdgeding had de handelsagent *Bellone* beroep ingesteld voor de Pretore di Bologna om betaling te verkrijgen van bepaalde bedragen die hem verschuldigd zouden zijn voor zijn werkzaamheid als handelsagent van de vennootschap *Yokohama*; deze beriep zich op nietigheid van de agentuurovereenkomst, omdat *Bellone* niet in het desbetreffende,

29 — In gedingen tussen particulieren legt het Hof de bepalingen van een richtlijn vaak uit door ze, los van de nationale implementatiebepalingen, direct te gebruiken als de regeling die op het concrete geval van toepassing is. Om maar enkele van de meer recente zaken als voorbeeld te noemen: arresten van 29 juni 1999, *Butterfly Music* (C-60/98, Jurispr. blz. 1-3939), en 2 december 1999, *Allen* (C-234/98, Jurispr. blz. 1-8643). Weliswaar kan, zoals het Hof heeft overwogen, „onafhankelijk van de werking van de richtlijn, in gevallen als de onderhavige uitlegging ervan nuttig (...) zijn voor de nationale rechter, teneinde te verzekeren dat de wet welke ter uitvoering van de richtlijn is vastgesteld, wordt uitgelegd en toegepast op een wijze die zich met de eisen van het gemeenschapsrecht verdraagt” (arrest van 20 mei 1976, *Mazzalai*, 111/75, Jurispr. blz. 657, punt 10), maar dit speelt geen rol wanneer, zoals in het onderhavige geval, of in de eerder genoemde zaak *Bellone*, een onoverbrugbare onverenigbaarheid tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht wordt vastgesteld. Evenmin kan men tegenwerpen, dat het arrest van het Hof nuttig zou kunnen zijn als beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid van de lidstaat wegens niet-nakoming van de verplichting tot implementatie van de richtlijn; daarmee zou men het arrest immers losmaken van het geding a quo, waarin twee particulieren betrokken zijn en niet de lidstaat, en zou men het Hof een taak opdragen die het altijd heeft geweigerd, te weten uitspraak doen over hypothetische vragen (arrest van 16 juli 1992, *Lourenço Dias*, C-343/90, Jurispr. blz. 1-4673). Verder wijks ik erop, dat de feiten van het hoofdgeding verschillen van die van de zaak *Spano* e.a. (arrest van 7 december 1995, C-472/93, Jurispr. blz. 1-4321), waarin het Hof in een geschil tussen particulieren de inhoud van een niet geïmplementeerde richtlijn uitlegde omdat de verwijzende rechter wenste te weten „in hoeverre het nationale recht, inzonderheid artikel 2112 van de Codice civile, in overeenstemming met de richtlijn kan worden uitgelegd” (punt 18).

26 — Voor deze uitlegging zie *Edward, D.*, „Direct effect, The Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations”, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, deel II, Diritto dell'Unione europea, Milaan 1998, blz. 423, 438.

27 — C-215/97, Jurispr. blz. 1-2191.

28 — PB L 382, blz. 17.

zoek aan de nationale rechter om de met de niet tijdig geïmplementeerde richtlijn onverenigbare nationale wettelijke regeling buiten toepassing te laten.³⁰

36. Zou men de communautaire richtlijnen niet op grond van zulke fundamentele beginselen als het primaat van het gemeenschapsrecht en de eenvormige toepassing ervan in de lidstaten een hogere rang in de hiërarchie der rechtsbronnen toekennen, met de daaruit voortvloeiende verplichting voor de rechterlijke en administratieve instanties om ermee strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten, dan zou dat moeilijk te accepteren consequenties hebben. Neem bijvoorbeeld het geval dat een lidstaat aanvankelijk zijn verplichtingen ex artikel 189 van het Verdrag nakomt (in zoverre oudere en jongere nationale wetgeving in overeenstemming is met de richtlijn), maar later bepalingen vaststelt die duidelijk met de richtlijn in strijd zijn. Dit is overigens een allesbehalve onwaarschijnlijk geval.³¹ Wanneer men richtlijnen in dergelijke gevallen, en na

30 — Zo is het arrest inderdaad door de Italiaanse rechterlijke instanties begrepen. Zie arrest nr. 4817 van de Corte suprema di cassazione, sez. Lavoro, van 18 mei 1999, waarbij in een geding tussen particulieren de nationale bepaling die het Hof als onverenigbaar met de richtlijn had aangemerkt, niet toepasselijk werd verklaard.

31 — Zie de thans aanhangige zaak Collino en Chiappero (C-343/98), waarin het Hof, in een geding tussen particulieren, gevraagd is om uitlegging van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26).

afloop van de implementatietermijn, het vermogen ontzegt de geldige totstandkoming van nationale voorschriften te beïnvloeden, dan kan de nationale rechter in gedingen tussen particulieren niets anders doen dan de latere nationale bepalingen toepassen, ook al zijn deze in strijd met de richtlijn, en kan hij de particulier, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, enkel vergoeding van zijn schade toekennen. Het is duidelijk, dat een dergelijke oplossing allesbehalve bevredigend is; wanneer men vervolgens de consequenties wil trekken uit de hiërarchische verhouding tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht, is het uiteraard volkomen onverschillig, of de nationale wettelijke regeling vóór dan wel na de implementatietermijn van de richtlijn is vastgesteld.³²

37. Kortom, wanneer de nationale rechter de gewone gemeenschapsrechter is, moet men hem ook de moeilijke taak toevertrouwen de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht te waarborgen. Voorkomen moet worden, dat door eenzijdig optreden van de lidstaten, hetzij passief (door het niet tijdig implementeren van een richtlijn) hetzij actief (door het vaststellen van niet-conforme nationale regels), afbreuk wordt gedaan aan het harmonisatie-effect van de communautaire richtlijnen, en dit betekent, dat de toepassing van niet-conforme wettelijke bepalingen moet worden uitgesloten. Om

32 — Arrest Simmenthal, reeds aangehaald, punt 17.

resultaat te hebben, moet dit „uitsluitings-effect” optreden in alle gevallen — of de partijen nu publiekrechtelijke personen dan wel particulieren zijn — waarin de oplossing van een geschil door toepassing van de nationale regel voor de hand zou liggen.

voortvloeit uit de in artikel 5 van het Verdrag bedoelde verplichting tot samenwerking, in werking te stellen in alle gevallen waarin de bepaling relevant is, daaronder begrepen uiteraard de geschillen tussen particulieren.

38. Verder merk ik op, dat een eerste aanzet tot die oplossing, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen het „substitutie-effect” en het „uitsluitingseffect” van niet tijdig geïmplementeerde richtlijnen, al te vinden is in 's Hofs rechtspraak over de gevolgen van de vaststelling dat een lidstaat zijn verdragsverplichtingen niet is nagekomen. Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard, dat de vaststelling van de schending van een door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichting voor de rechterlijke en administratieve instanties van de betrokken lidstaat de verplichting meebrengt de onverenigbare nationale bepalingen buiten toepassing te laten. Aanvankelijk toegepast bij schendingen van verdragsverplichtingen³³, is die verplichting later ook uitgebreid tot schendingen van bepalingen van een niet geïmplementeerde-richtlijn.³⁴ Bedenk men dat een arrest van het Hof krachtens artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) geen rechten schept, aangezien het enkel een verzuim van een lidstaat vaststelt, dan is duidelijk, dat een uitspraak van het Hof niet noodzakelijk is om dat „uitsluitingseffect”, dat rechtstreeks

39. Gelet op hetgeen ik hiervóór heb uiteengezet, ben ik van oordeel, dat het in het onderhavige geval volstrekt niet problematisch is, maar juist volledig in overeenstemming met de algemene beginselen betreffende de verhouding tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht, om de rechter te verzoeken het nationale procedurevoorschrift terzijde te stellen, teneinde de volle werking van het gemeenschapsrecht ook te verzekeren in omstandigheden waarin genoemd mechanisme ertoe leidt, dat in een geding tussen particulieren de toepassing van een met de bepalingen van een niet geïmplementeerde richtlijn strijdig procedurevoorschrift wordt uitgesloten. De uitsluiting van het niet-conforme voorschrift zou in casu geen „rechtsvacuüm” doen ontstaan — dat in elk geval opgevuld zou kunnen worden door overeenkomstige toepassing of met behulp van de algemene beginselen van het nationale recht, in zoverre die nationale bepalingen beantwoorden aan de beginselen waarop de richtlijn is gebaseerd —, daar het ontstaan van dat „vacuüm” kan worden voorkomen door toepassing van de algemene procesregel, die aanhangigmaking van het beroep bij de rechter van de woonplaats van de schuldenaar voorschrijft.

33 — Arrest van 13 juli 1972, *Commissie/Italië* (48/71, Jurispr. blz. 529, punt 7).

34 — Arrest van 19 januari 1993, *Commissie/Italië* (C-101/91, Jurispr. blz. 1-191, punt 23).

Conclusie

40. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door de Juzgado de Primera Instancia de Barcelona gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten staat de nationale rechter toe, bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale rechterlijke instanties ingestelde vordering ambtshalve te onderzoeken, of een beding in een hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.”