

### Mostaza Claro/Centro Móvil

Mr. J.J. van Haersolte-van Hof en Mr. P.J. Kreijger

**In consumentenovereenkomsten kunnen arbitragebepalingen in algemene voorwaarden als onredelijk bezwarende bedingen worden aangemerkt.**

**In de hier besproken uitspraak heeft het Hof van Justitie in lijn met eerdere jurisprudentie bepaald dat een arbitraal beding in een consumentenovereenkomst als oneerlijk bezwarend kan worden aangemerkt en dat de rechter ambtshalve dient te toetsen of een beding inderdaad oneerlijk is. Bij de implementatie van de EG-richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG) heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen het arbitraal beding, anders dan het bindendadviesbeding, uitdrukkelijk uit te zonderen van de zogeheten zwarte lijst (artikel 6:236 aanhef en sub n BW). Het arrest heeft mogelijk consequenties voor deze regeling. De exacte reikwijdte van deze toetsingsverplichting lijkt echter nog niet geheel duidelijk.**

*Hof EG 26 oktober, zaak C-168/05, Mostaza Claro/Centro Móvil, n.n.g.*

#### Uitspraak

Op 2 mei 2002 nam mevrouw Mostaza Claro een mobiel telefoonabonnement bij het Centro Móvil Milenium SL. Ofschoon de overeenkomst een minimumduur had, koos mevrouw Mostaza Claro ervoor deze termijn niet uit te dienen en haar abonnement voortijdig te beëindigen. Het Centro Móvil maakte hierop arbitrage aanhangig bij de 'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad' (AEADE), op basis van een in de op het abonnement van toepassing zijnde voorwaarden opgenomen arbitrageclausule. Het arbitrage instituut wees mevrouw Mostaza Claro op de mogelijkheid om binnen tien dagen kenbaar te maken of zij het geschil aan de gewone rechter wilde voorleggen, maar van die mogelijkheid maakte zij geen gebruik. Wel voerde mevrouw Mostaza Claro binnen deze termijn een aantal inhoudelijke verweren. Zonder resultaat: de aangewezen arbiter stelde het Centro Móvil in het gelijk en veroordeelde mevrouw Mostaza Claro tot vergoeding van de schade wegens voor-

tijdige beëindiging en de proceskosten. Hierbij bleef het evenwel niet: mevrouw Mostaza Claro wendde zich tot de gewone rechter, stelde dat het arbitragebeding oneerlijk was in de zin van de toepasselijke Spaanse consumentenwetgeving waarmee de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>1</sup> in de Spaanse rechtsorde is geïmplementeerd. Deze wetgeving noemt als voorbeeld van een 'oneerlijk beding' de bepaling waarbij voor een ander arbitragesysteem wordt gekozen dan hetgeen (in Spanje) speciaal voor consumenten geldt of bij wet voor een bepaalde sector of bepaald geval is ingesteld. De Spaanse wetgeving acht dergelijke bepalingen van rechtswege nietig. De vraag naar het oneerlijk karakter (in de zin van de Spaanse wet) van het beding was dan ook niet moeilijk te beantwoorden en de Spaanse rechter was het met mevrouw Mostaza Claro eens dat het arbitragebeding inderdaad als oneerlijk moest worden aangemerkt. Niettemin achtte de rechter het stellen van een prejudiciële vraag noodzakelijk: het verweer dat het arbitragebeding oneerlijk is, was namelijk in de arbitrageprocedure helemaal niet gevoerd. Nu de op het moment van het geschil toepasselijke Spaanse arbitragewetgeving bepaalde dat verzet tegen arbitrage wegens een nietige arbitrageovereenkomst in de arbitrageprocedure moet worden gedaan, zou de vordering van mevrouw Mostaza Claro bij de overheidsrechter moeten worden afgewezen. Alvorens die stap te nemen, schorste de rechter de procedure en legde het Hof van Justitie de vraag voor of afwijzing van de vorderingen op deze grond niet op gespannen voet zou staan met de richtlijn.

Bij wijze van voorafgaande opmerking roept het Hof in herinnering dat in het kader van de prejudiciële verwijzingsprocedure van artikel 234 EG het aan de nationale rechter is om te beoordelen of een concreet voorliggend contractueel beding inderdaad een 'oneerlijk beding' is in de zin van de richtlijn. Het Hof kan deze criteria niet eigener beweging toepassen op een specifiek beding, zoals bevestigd in het arrest inzake *Freiburger Kommunalbauten*.<sup>2</sup> Vervolgens roept het Hof zijn vaste rechtspraak in herinnering volgens welke de vormgeving van procedurele voorschriften een zaak is voor de lidstaten zolang op dat terrein geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, op voorwaarde dat i) de nationale procesregels de bescherming van rechten die voortvloeien uit Europese regelgeving

Mr. J.J. van Haersolte-van Hof is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

Mr. P.J. Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

<sup>1</sup> Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.* 1993, L 95/29.

<sup>2</sup> HvJ EG 1 april 2004, zaak C-237/02, *NJ* 2005, 75, *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter*.

op gelijke voet waarborgen en ii) deze regels de door het Europees recht verleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Tegen deze achtergrond komt vervolgens de aan de richtlijn ten grondslag liggende gedachte aan de orde: de consument bevindt zich in een zwakkere positie en zal eerder instemmen met voorwaarden die hij niet heeft kunnen beïnvloeden, zodat ter compensatie ingrijpen van buitenaf noodzakelijk is. Ambtshalve rechterlijke toetsing van een beding is daartoe een geschikt middel, waarvan bovendien een afschrikwekkende werking kan uitgaan tegen het hanteren van oneerlijke bedingen. Deze bescherming strekt zich ook uit tot die gevallen waarin een consument zich uit onwetendheid of ter vermindering van kosten niet op de oneerlijkheid van een beding beroept; zou de rechter in een geval als het onderhavige niet mogen oordelen over het arbitraal beding, dan is de door de richtlijn beoogde toetsing 'van buitenaf' onmogelijk. Gelet op het met consumentbescherming gemoeide openbaar belang, stelt het Hof dan ook dat indien een nationale rechter kennisneemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis, de richtlijn vergt dat hij, zonedig ambtshalve, de nietigheid van het onderliggend arbitraal beding beoordeelt, ook wanneer de consument zich in de arbitrale procedure niet op het oneerlijk karakter van het beding heeft beroepen.

## Commentaar

### Essentie

Op grond van artikel 3, lid 1, van de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ('richtlijn oneerlijke bedingen'), in samenhang met artikel 6 van deze richtlijn, kunnen bedingen in algemene voorwaarden die van toepassing zijn op consumentenovereenkomsten niet bindend worden geacht, waarbij de overeenkomst overigens in stand blijft. Aan de richtlijn is een lijst van oneerlijke bedingen gehecht, waarvan het Hof in r.o. 6 van het arrest *Claro/Centro Móvil* uitdrukkelijk opmerkt dat dit een indicatieve lijst betreft. Onder punt 1, sub q van deze bijlage zijn opgenomen bedingen die de consument verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsrecht te wenden.

### Nederlandse implementatie

Bij de implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen in artikel 6:236 BW specifieke bedingen als onredelijk bezwarend aan te merken, de zogeheten zwarte lijst. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen wel het bindend adviesbeding maar niet het arbitraal beding op deze lijst

op te nemen. Anders dan bij bindend advies achtte de wetgever de kwaliteit en onpartijdigheid bij arbitrage voldoende gewaarborgd.<sup>3</sup>

In het kader van de plannen Boek IV Rechtsvordering, de huidige arbitragewet, te herzien, is voorgesteld van deze gelegenheid gebruik te maken door een wijziging aan te brengen in artikel 6:236 BW in die zin dat ook het arbitraal beding op de zwarte lijst zal worden geplaatst. Bovendien behelst het huidige voorstel dat, anders dan momenteel geldt voor het bindend advies, ook bedingen die de consumenten de mogelijkheid geven voor arbitrage te kiezen in de ban worden gedaan.<sup>4</sup>

### Jurisprudentie Hof van Justitie en Nederlandse jurisprudentie

Voor een goed begrip van deze zaak en de reikwijdte ervan is het van belang een aantal eerdere uitspraken kort te memoreren. In *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*<sup>5</sup>, heeft het Hof bevestigd dat een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden van toepassing op een overeenkomst tussen een consument en een verkoper in de zin van de richtlijn ambtshalve moet worden getoetst om te bepalen of dit beding oneerlijk is. De ratio hiervoor wordt gevonden in het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel dat gebaseerd is op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt. Dit leidt ertoe dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen.<sup>6</sup> Een doeltreffende bescherming kan enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.<sup>7</sup>

In *Cofidis/Fredout*<sup>8</sup> heeft het Hof van Justitie deze lijn doorgetrokken en evenzo beslist ten aanzien van vervaltermijnen opgenomen in algemene voorwaarden van toepassing op consumentenovereenkomsten.

Wezenlijk is ook de bevestiging van het Hof van Justitie in *Freiburger* waarin enerzijds het niet uitputtend karakter van de bijlage bij de richtlijn oneerlijke bedingen wordt bevestigd en anderzijds benadrukt wordt dat een beding dat erin voorkomt niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden beschouwd.<sup>9</sup>

De uitspraak inzake *Océano* heeft niet alleen in Europeesrechtelijke kringen aandacht gekregen<sup>10</sup> (al meent Mok in zijn NJ annotatie onder *Cofidis/Fredout* dat deze aandacht toch relatief beperkt is), maar is ook in arbitragekringen niet onopgemerkt gebleven. Dit blijkt onder meer uit de uitgebreide beschouwingen in de hiervoor geciteerde *TvA Special* over de herziening van Boek IV Rechtsvordering. Bovendien is ook in de Nederlandse rechtspraak de koers van het Hof van Justitie uitdrukkelijk gevolgd. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof Arnhem van 12 december 2000<sup>11</sup> waarin het Hof, onder verwijzing naar *Océano*, een annuleringskostenbeding toetste aan de richtlijn oneerlijke bedingen, daarbij overwegend dat de uitspraak in *Océano* niet beperkt was tot forumkeuzebedingen, maar een algemene verplichting meebracht oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen.<sup>12</sup>

### Specifieke arbitragecomplicaties

Hoewel de lijn van de rechtspraak van het Hof die is ingezet door *Océano* derhalve vrij algemeen is nagevolgd, is een complicatie waar het gaat om arbitrage, dat niet zonder meer duidelijk is hoe uitvoering moet worden gegeven aan het vereiste een potentieel oneerlijk arbitraal beding ambtshalve te toetsen. In het systeem van de Nederlandse wet dienen eerst arbiters zich uit te spreken over hun eigen bevoegdheid, waarna de overheidsrechter in het kader van een ver-

<sup>3</sup> MvA II, Parl. Gesch. Inv. W. 6, p. 1718.

<sup>4</sup> Zie H.J. Snijders, *Algemene Beschouwingen bij het Voorontwerp tot Herziening van de Nederlandse Arbitragewetgeving, TvA 2005 Special*, p. 4.

<sup>5</sup> HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, NJ 2000, 730.

<sup>6</sup> *Océano*, r.o. 25.

<sup>7</sup> *Océano*, r.o. 26.

<sup>8</sup> HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, NJ 2003, 703.

<sup>9</sup> *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter*, r.o. 21.

<sup>10</sup> Zie S. Prechal, *Ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg, NTER 2001/4*, pp. 104-108.

<sup>11</sup> NJ 2001, 622.

<sup>12</sup> Zie ook de hierna te noemen annotatie van Hijma onder HR 14 juni 2002, LJN AE0659, NJ 2003, 112.

nietigingsprocedure kan worden verzocht een definitief standpunt in te nemen ten aanzien van de bevoegdheid van arbiters versus de overheidsrechter (artikel 1065 Rv). Echter, op grond van artikel 1065, lid 2 Rv, kan het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst niet leiden tot vernietiging indien een partij die in de arbitrage is verschenen niet in de arbitrage een beroep op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst heeft gedaan (artikel 1052, lid 2 Rv). Dit is slecht anders indien het gaat om een kwestie die niet vatbaar is voor arbitrage; in een dergelijk geval dient de rechter ambtshalve de bevoegdheid te onderzoeken. Bovendien doen arbiters er verstandig aan om, indien de verweerder niet verschijnt, de geldigheid van de arbitrageovereenkomst in volle omvang te toetsen, aangezien in een dergelijk geval de onbevoegdheid steeds in het kader van de vernietigingsactie aan de orde kan komen.

Problematisch is echter hoe een verplichting het arbitraal beding ambtshalve te toetsen zoals door het Hof van Justitie in *Móvil* voorgeschreven, in het systeem moet worden ingepast. De uitspraak van het Hof van Justitie brengt hier niet direct duidelijkheid over. Immers, het Spaanse arbitrageprocesrecht dat van toepassing was in de zaak *Claro*, kende een regel die lijkt op die van artikel 1065 jo. 1052 Rv, dat een beroep op ongeldigheid van het arbitraal beding *in limine litis*, dat wil zeggen tijdens de arbitrage, gedaan moest worden. Anderzijds bevatte de toenmalige Spaanse wet niet een uitdrukkelijke sanctie voor het niet-nakomen van de genoemde verplichting. Bovendien is het Spaanse arbitragerecht inmiddels veranderd en geldt niet langer de eis dat verzet tegen de arbitrage, met name wegens nietigheid van de arbitrageovereenkomst, ten tijde van de oorspronkelijke arbitrageprocedure moet worden gedaan. Het is juist deze nieuwe regeling waar het Hof in zijn uitspraak naar verwijst.<sup>13</sup> Bovendien heeft het Hof duidelijk in zijn overwegingen meegewogen dat toetsing ook kan plaatsvinden op grond van schending van de openbare orde, ten aanzien waarvan niet een beperking geldt dat een beroep tijdens de arbitrale procedure zelf moet zijn gedaan.<sup>14</sup>

In de hiervoor genoemde plannen tot herziening van de Arbitragewet is uitgebreid stilgestaan bij de consequenties van de uitspraak van het Hof van Justitie in *Océano*, waarbij overigens algemeen de verwachting is uitgesproken dat voor arbitrage een vergelijkbare situatie zou gelden.<sup>15</sup> Ten Cate betoogt dat plaatsing van het arbitraal beding op de zwarte lijst enerzijds verder gaat dan het Hof van Justitie nodig acht, doordat een arbitraal beding in dat geval *steeds* onredelijk bezwarend zal worden geacht. In de constructie van het Hof dient enkel te worden beoordeeld of in het concrete geval sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Anderzijds schetst Ten Cate de beperking van de regeling die hiervoor werd geschetst, te weten dat het Nederlandse wettelijke systeem ten aanzien van een ongeldige arbitrageovereenkomst vereist dat hierover in de arbitrale procedure wordt geklaagd. Door het arbitraal beding enkel op de zwarte lijst te plaatsen zou volgens Ten Cate niet voldoende recht worden gedaan aan de beslissing van het Hof. Sniijders wijst terecht op de relevantie van de bepalingen van artikel 3:40 BW en artikel 6:248, lid 2 BW. Immers, ook indien 6:236 BW van toepassing is blijft ruimte bestaan voor toetsing op basis van andere bepalingen uit het BW, zoals de Hoge Raad bevestigde in *Bramer/Hofman*.<sup>16</sup> In zijn annotatie onder deze laatste uitspraak wees Hijma op de noodzaak van een onverkorte toepasselijkheid van artikel 6:248, lid 2 BW op grond van het *Océano*-arrest. Echter, Hijma benadrukte dat de wetgever vooralsnog niet van zins was de vernietigbaarheid voor nietigheid in te ruilen (waardoor een beroep op deze bepaling nodig blijft); en

anderzijds dat artikel 3:40 BW alleen voor zwaardere gevallen was geschreven en derhalve niet toereikend was.

Allereerst een relativerende kanttekening: terwijl Sniijders nog wijst op de mogelijke reflexwerking en stelt dat het de vraag is of die aanvaardbaar is, is Hijma terecht stellig dat hiervan geen sprake is. Hijma is van mening dat de Europese druk op dergelijke bepalingen alleen bestaat bij consumentenovereenkomsten in de zin van de richtlijn 'en *dus niet actueel is bij overeenkomsten tussen ondernemers*'.<sup>17</sup>

Dan een wellicht nog interessantere maar minder duidelijke tweede kanttekening: hoe moet deze toetsing procedureel worden vormgegeven? Want zelfs al zou men willen aannemen dat de kwalificatie van een beding als onredelijk bezwarend tot nietigheid leidt (en dit lijkt zeer de vraag), is hiermee nog niet gezegd hoe dit procedureel moet worden ingepast in het vernietigingssysteem van de Nederlandse wet. Zonder dat Sniijders dit punt uitwerkt lijkt hij deze complicatie onder ogen te hebben gezien waar hij opmerkt dat een onaanvaardbaar beding nietig is, dan wel buiten toepassing dient te blijven, 'binnen de grenzen van ons procesrecht'.<sup>18</sup> Ook Mok plaatst in zijn annotatie een kanttekening bij het ambtshalve toepassen zoals het Hof dit voorschrijft. Het Hof overwoog in *Cofidis*, zo citeert Mok, dat ambtshalve toetsing noodzakelijk is om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen vanwege het risico dat de consument zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt deze uit te oefenen. Echter, nu volgens vaste rechtspraak richtlijnen geen horizontale werking hebben, zou – aldus Mok – ambtshalve toetsing indirect deze horizontale werking inluiden.

#### Procedurele autonomie en horizontale werking

Wat betreft het hiervoor gesignaleerde probleem hoe de ambtshalve toetsing in te passen in ons procesrecht, doet zich de vraag voor naar de verhouding van deze toetsing en de koers die het Hof van Justitie in *Van Schijndel en Benetton/EcoSwiss* inzette door weliswaar te bepalen dat, kort samengevat, een rechter die zich buigt over een verzoek tot vernietiging van een arbitraal vonnis in het kader van een beroep op de schending van de openbare orde gehouden is schending van het mededingingsrecht te toetsen, ook indien dit in de arbitrale procedure niet aan de orde is geweest, maar daarbij wel gehouden is te opereren binnen het stramen van het geldende nationale procesrecht.<sup>19</sup> In het bijzonder dwingt het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet regels van nationaal procesrecht buiten toepassing te laten op grond waarvan beperkingen gelden aan de mogelijkheid een vernietigingsprocedure in te stellen tegen een arbitraal vonnis. Voor het Nederlandse procesrecht houdt dit bijvoorbeeld in dat beperkingen die voortvloeien uit het cassatiestelsel en het grievenstelsel onverminderd gelden. Een beroep op schending van het mededingingsrecht kan dus in een laat stadium worden gedaan,

<sup>13</sup> R.o. 32.

<sup>14</sup> R.o. 35. Zie ook de Conclusie A-G Tizzano die sterk de nadruk legt op het belang van de openbare orde toetsingsgrond welke niet afhankelijk is van enig beroep door partijen (Conclusie A.G., par. 50-54).

<sup>15</sup> Zie Meijer, *Tekst en Commentaar Rechtsvordering*, p. 1244; Sniijders, *TvA 2005 Special*, p. 4; W. ten Cate, *Wat de afdelingen 7 en 8 te bieden hebben*, *TvA 2005 Special*, p. 52.

<sup>16</sup> HR 14 juni 2002, *NJ 2003*, 112.

<sup>17</sup> Annotatie Hijma onder HR 14 juni 2002, LJN AE0659, *NJ 2003*, 112.

<sup>18</sup> Sniijders, *TvA 2005 Special*, p. 4.

<sup>19</sup> HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *NJ 2000*, 339.

te weten pas bij de rechter en niet reeds in de arbitrage. In het hier besproken arrest is opnieuw een bepaling uit de richtlijn op grond van de daarmee beoogde consumentenbescherming tot de 'openbare orde' gerekend. Maar, zo kan op basis van Eco Swiss/Benetton worden gesteld, de openbareordetoets gaat niet zover dat alle regels van procesrecht opzij worden gezet. De duidelijke verwijzing in *Claro/Móvil* (r.o. 37) naar Eco Swiss/Benetton lijkt dit te onderbouwen: het Hof stelt immers dat *wanneer* vernietiging op grond van nationaal recht mogelijk is, hij dat ook moet doen bij schending van communautaire regels van openbare orde. Toch is twijfel mogelijk. Zoals het Hof in r.o. 24 memoreert vindt de autonomie van de lidstaten bij de vormgeving van het procesrecht haar grens waar de handhaving van aan het gemeenschapsrecht ontleende vorderingen *onmogelijk* of *uiterst moeilijk* wordt gemaakt. Men zou zich kunnen afvragen of de bescherming die de richtlijn vergt (ingrijpen van buitenaf) niet onmogelijk wordt gemaakt door een regel die het beroep van de consument op het oneerlijk karakter beperkt tot de arbitrale procedure. Deze twijfel wordt nog gevoed door het categorisch geformuleerde antwoord van het Hof: de richtlijn verlangt hoe dan ook van de nationale rechter beoordeling en zonodig vernietiging van oneerlijke bedingen in de arbitrageovereenkomst; een voorbehoud ten aanzien van de vormgeving van het nationaal procesrecht wordt niet gemaakt. Of de wat onduidelijke formulering van het Hof deze lezing inderdaad rechtvaardigt lijkt de vraag, maar helemaal uit te sluiten is deze lezing – waarin een afwijking van de rechtspraak inzake *Van Schijndel* aan de orde lijkt – toch ook weer niet. Immers: waar het Hof enerzijds aanvangt met herhaling van de hoofdregel inzake procedurele autonomie van de lidstaten, ziet het vervolgens uitdrukkelijk onder ogen dat de op het geschil toepasselijke Spaanse wetgeving een dergelijke toetsing niet mogelijk maakte. Desondanks

komt het Hof tot het oordeel dat ambtshalve getoetst moest worden. De verwijzing naar de inmiddels *gewijzigde* Spaanse wetgeving doet daaraan niet af.

Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven vroeg zich recent af (in zijn verwijzingsuitspraak van 17 mei 2005 in een van de MKZ-zaken) of en zo ja onder welke voorwaarden het effectiviteitsbeginsel niet met zich brengt dat een nationaal procesrecht dat een beroep op een aan het gemeenschapsrecht ontleend recht onmogelijk maakt, niet in zoverre met het gemeenschapsrecht strijdig is en de nationale procedurele autonomie daar haar grens vindt. Het College wijst daarbij op de uitspraken van het Hof in *Océano* en *Cofidis*.<sup>20</sup> De grenzen van de ambtshalve toepassing zijn, ook ruim tien jaar na *Van Schijndel*, nog niet duidelijk.

Aangenomen evenwel dat ambtshalve toetsing kan worden ingepast in het nationaal recht (dan wel op grond van gemeenschapsrecht hoe dan ook verplicht is ten aanzien van bepalingen van openbare orde, ongeacht of het nationale recht zulks toelaat), doet zich de vraag voor of zulks in dit geval, waar het immers gaat om toetsing aan een richtlijn, niet zou neerkomen op het verlenen van horizontale werking aan de richtlijn – hetgeen zoals Mok opmerkt – volgens vaste rechtspraak van het Hof niet is toegestaan. Verdedigbaar lijkt dat dit niet zonder meer het geval hoeft te zijn. De parallele toepassing van artikel 6:248 BW zoals door de Hoge Raad bevestigd in *Bramer/Hofman*, laat ruimte deze bepaling zo uit te leggen en toe te passen dat daarmee ook bedingen kunnen worden aangepakt die oneerlijk zijn in de zin van de richtlijn. Op deze wijze worden geen verplichtingen uit de richtlijn als zodanig aan een particulier tegengeworpen door een andere particulier, maar wordt het *rationale* recht richtlijnconform geïnterpreteerd. Deze plicht tot richtlijnconforme interpretatie geldt ten aanzien van het hele nationale recht (dus ook artikel 6:248 BW) en niet slechts de specifieke bepalingen die strekken tot implementatie van de ingeroepen bepalingen van de richtlijn. Ofschoon ook langs deze weg een particulier indirect gebonden wordt aan de bepalingen van de richtlijn is dit door het Hof aanvaard in het arrest *Pfeiffer* uit 2004,<sup>21</sup> zodat via conforme interpretatie deze beperking wordt 'omzeild'.<sup>22</sup> Het arrest *Pfeiffer* breidt bovendien het adagium 'nationale bevoegdheid is communautaire plicht' uit tot het instrument van conforme interpretatie.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> CbB 17 mei 2005, LJN AT5832, AB 2005, 282. In zijn annotatie bij HvJ EG 15 juni 2006, zaak C-28/05, AB 2006, 390 stelt Widdershoven dat het onzeker lijkt of de vraag van het CbB nog beantwoord zal worden gelet op deze uitspraak van het Hof. Voor zover bekend zijn de vragen evenwel niet ingetrokken, zodat er vooralsnog van uit moet worden gegaan dat zij zullen worden beantwoord. Bovendien heeft het CbB ook bij uitspraak van 9 november 2006, Awb 05/686 en 687, LJN AZ2235, deze vragen aan het Hof voorgelegd. Zie tevens: A.M. Keessen, *Ambtshalve toepassing van Europees recht*, NTER 2006/3, p. 55-64 en R.J.G.M. Widdershoven, *De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbeschermer of controleur?*, in: *Het bestuursrecht beschermd*, liber amicorum F.A.M. Stroink, 2006, pp. 57-69.

<sup>21</sup> HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397 tot 403/97, *Pfeiffer* e.a., AB 2005, met noot R. J.G.M. Widdershoven. In zijn annotatie wijst Widdershoven erop dat de uitspraak van het Hof in zaak C-168/95, *Arcaro*, Jur. 1996, p. I-4705, alsook HR 25 oktober 1996, *Pink Floyd*, NJ 1997, 649 in een andere richting wezen, maar dat met het arrest *Pfeiffer* bevestigd is dat het verbod van horizontale werking van richtlijnen niet in de weg staat aan richtlijnconforme interpretatie.

<sup>22</sup> In de woorden van annotator Widdershoven in diens annotatie bij het arrest inzake *Pfeiffer*.

<sup>23</sup> Zie ook J.H. Jans, H.J. de Graaf, 'Bevoegdheid = verplichting', NTER 2004, p. 98-102. Bij dit adagium past overigens nog de kanttekening dat dit niet duidt op bevoegdheden die de rechter naar discretie mag invullen, maar op het gegeven dat indien onder nationaal recht een bevoegdheid onder voorwaarden bestaat, deze voorwaarden door het Europees recht opzij worden gezet.