



Bouwend Nederland

de vereniging van bouw- en Infrabedrijven

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500EH DEN HAAG

Zilverstraat 69
Postbus 340
2700 AH Zoetermeer
t +31 (0)79 3 252 252
f +31 (0)79 3 252 290
e info@bouwendnederland.nl
i www.bouwendnederland.nl



Datum: 31 mei 2012

Behandeld door:

Ons kenmerk:

Telefoon:

Uw kenmerk:

E-mail:

Betref: herziening Arbitragerecht

Excellentie,

1. Inleiding

Bouwend Nederland is de grootste brancheorganisatie in de uitvoerende bouw, waarbij bijna 5000 ondernemingen zijn aangesloten die werkzaam zijn in de sectoren bouw en infra. Onze lidbedrijven waren in 2011 goed voor een totale omzet van ruim 50 miljard euro.

Bouwend Nederland maakt graag gebruik van de mogelijkheid om een reactie te geven op het concept van het wetsvoorstel Herziening arbitragerecht.

Bouwend Nederland wil in de eerste plaats haar waardering uitspreken voor het voorstel, in het bijzonder waar het gaat om de juridisch-technische aanpassing van de regeling van de arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bouwend Nederland is van mening dat met die aanpassingen een iets meer logische opzet van de regeling ontstaat en - vooral - dat met het concept voorstel een aantal zaken geregeld worden waarmee vragen worden beantwoord, welke in de praktijk waren opgekomen bij het werken de bestaande regeling.

Het is goed om te kunnen vaststellen dat het conceptvoorstel in belangrijke mate is gebaseerd op de eerdere voorstellen voor aanpassing van het arbitragerecht van de werkgroep onder leiding van Prof. Mr A.J. van den Berg, waarmee het concept voorstel in hoge mate aansluit bij de wensen van de praktijk.

Wat betreft de voorstellen tot aanpassing van de eigenlijk regeling van de arbitrage in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, zoals opgenomen in artikel III van het concept voorstel, heeft Bouwend Nederland dan ook een zeer beperkt aantal opmerkingen die u vindt in onderdeel 3 van deze brief.

Zwaarwegende bezwaren heeft Bouwend Nederland daarentegen tegen het voorstel om het arbitraal beding op te nemen in de zwarte lijst van artikel 6:236 BW. Bouwend Nederland acht

dat buitengewoon onverstandig en zal daarom – in onderdeel 2 van deze brief – eerst uitvoerig aandacht aan dat voorstel besteden.

2. De voorgestelde wijziging van artikel 6:236 onder n (Artikel I van het concept wetsvoorstel)

Onderdeel van de voorgestelde herziening is wijziging van artikel 6:236 onder n BW, welk artikel - met aanhef - thans luidt:

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding:

n. dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

Het wetsvoorstel voorziet in het uit deze bepaling schrappen van de woorden "hetzij een of meer arbiters", met als gevolg dat, anders dan nu het geval is, arbitrage gelijkgeschakeld wordt met bindend advies. Bijgevolg zal ook een arbitraal beding als onredelijk bezwarend moeten worden aangemerkt, tenzij de consument door de gebruiker een keuzemogelijkheid is gegeven om te alsnog te kiezen voor beslechting van een geschil door de overheidsrechter.

Bouwend Nederland meent dat de wetgever er niet verstandig aan doet om deze aanpassing door te voeren. Zij meent dat deze aanpassing in de praktijk op problemen zal stuiten. Bouwend Nederland bepleit derhalve om art. 6:236 onder n BW in haar huidige vorm te handhaven en om te schrappen artikel I van het concept Wetsvoorstel, luidende:

ARTIKEL I

In artikel 236 van Boek 6, onderdeel n, van het Burgerlijk Wetboek vervallen de woorden "hetzij" en "hetzij een of meer arbiters,"

Bouwend Nederland licht haar standpunt wat betreft dit onderdeel van het concept wetsvoorstel hierna in de onderdelen a tot en met g toe.

a. Bespreking van de toelichting bij dit onderdeel van het wetsvoorstel

In de toelichting is over de voorgenomen wijziging van artikel 6:236 onder n BW het volgende vermeld:

'In de vijfde plaats strekt het wetsvoorstel ertoe het vertrouwen van consumenten in arbitrages te vergroten. Voorgesteld wordt het arbitraal beding op de zwarte lijst van onredelijke bezwarende bedingen te plaatsen. Dit zorgt ervoor dat een geschil tussen een consument en een ondernemer niet zomaar door middel van arbitrage kan worden beslecht. Als een consument iets koopt en in de algemene



voorwaarden bij dit product staat dat een eventueel geschil wordt beslecht door middel van arbitrage, moet de consument (als de ondernemer zich op deze bepaling beroept) een bedenktijd worden geboden van een maand. In die maand heeft de consument de mogelijkheid om aan te geven dat hij liever naar de overheidsrechter gaat. De consument heeft door het voorstel dus een maand de tijd om te kiezen voor arbitrage of niet.

Op pagina 6 en 7 lezen wij:

Artikel 1

Met schrapping van de woorden "hetzij een of meer arbiters" wordt voorgesteld het arbitraal beding in algemene voorwaarden op de zwarte lijst van artikel 6:236 onderdeel n BW te plaatsen. Het gebruik van een dergelijk beding in algemene voorwaarden is, wanneer het door de gebruiker ervan wordt ingeroepen jegens een consument, onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar. Dit betekent niet dat een ondernemer en een consument hun geschillen nooit in arbitrage zouden kunnen oplossen. Het beding is niet onredelijk bezwarend als de gebruiker van het beding de consument een termijn van ten minste een maand gunt om te kiezen voor de volgens de wet bevoegde rechter voor de beslechting van het geschil. Dat hoeft de consument uiteraard niet te doen door zelf een procedure bij de gewone rechter aanhangig te maken. Het is voldoende dat de consument de partij die zich op het arbitrale beding beroept hiervan op de hoogte stelt. Hetzelfde geldt thans al bij een beding dat strekt tot bindend advies. De wet stelt met voorgestelde wijziging buiten twijfel dat de consument, die doorgaans een zwakkere positie heeft ten opzichte van de ondernemer, niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden. Het geschil kan dus niet tegen de wil van de consument aan arbitrage of bindend advies worden onderworpen. Het scheidsgerecht dient ambtshalve te toetsen of het beding al dan niet onredelijk bezwarend is, vgl. de uitspraken van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) in onder meer de zaken Pannon GSM (HvJEG 4 juni 2009, C-243/08, NJ 2009, 395) en Asturcom (HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11).

Deze wijziging van artikel 6:236 BW geldt op grond van artikel 191, eerste lid, Overgangswet nieuw BW het eerste jaar alleen voor nieuwe algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden met een arbitraal beding als zodanig moeten dus nieuw zijn. Voor bestaande algemene voorwaarden geldt dit artikel op grond van de Overgangswet nieuw BW pas na de termijn van een jaar. Deze termijnen gelden uiteraard ook voor de handhaving van artikel 6:236 BW op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming.

Uitgangspunt en doel van het wetsvoorstel is mede om het vertrouwen van consumenten in arbitrages te vergroten.

In de toelichting op pagina 5 wordt arbitrage echter in een niet geheel juiste context geplaatst. Immers de toelichting spreekt over 'Als een consument iets koopt' en 'dit product'. In door consumenten gesloten koopcontracten komt arbitrage echter niet of nauwelijks voor. Wel zijn er de diverse geschillencommissies (SGC) maar die beslechten geschillen in de vorm van bindend advies.

Bij koopovereenkomsten waarbij consumenten een product aanschaffen, is arbitrage in Nederland dus niet aan de orde, met uitzondering van de zogenaamde koop-/aannemingsovereenkomsten waarbij het koopgedeelte betrekking heeft op de bouwkaavel.

Arbitrage in consumentengeschillen is gebruikelijk in enkele specifieke sectoren, waarvan de bouwsector de belangrijkste is. Daarbij gaat het in beginsel om overeenkomsten waarmee een groter financieel belang is gemoeid en bij de totstandkoming waarvan niet sprake zal zijn van impulsief of overhaast handelen van de consument. De consument maakt bij deze overeenkomsten in de regel weloverwogen keuzen. De arbitrage-instituten die in de sfeer van bouwgeschillen een rol vervullen zijn de Stichting Raad van Arbitrage voor de Bouw (uitvoerende bouw, en architecten en ingenieurs), Arbitrage Instituut voor de Bouwkunst (architecten), Commissie van geschillen (RVOI, ingenieurs) en Nederlands Arbitrage Instituut (bouwsector).

Waar het arbitrage in consumentencontracten betreft, gaat het dus om een afgebakend gebied. Een gebied waarin sprake is van een niet onaanzienlijk aantal geschillen, met soms grote financiële belangen en waarvan de beslechting vaak specifieke deskundigheid vereist.

Het initiatief om eventuele geschillen te doen beslechten door arbitrage kan overigens zowel uitgaan van de opdrachtnemer als van de consument-opdrachtgever. Meestal gebeurt dat door toepasselijkverklaring op de overeenkomst van algemene voorwaarden welke een arbitraal beding bevatten. In de praktijk komt het regelmatig voor dat consumenten zelf kiezen voor de toepasselijkheid van voorwaarden met een arbitraal beding, bijvoorbeeld door toepasselijkheid op het namens hen opgestelde bestek van de UAV (1989 of 2012).

Er zijn evenwel nog andere redenen waarom het niet wenselijk is om arbitrage gelijk te schakelen met het bindend advies door aanpassing van en art. 6:236 onder n BW.

b. Arbitrage als wijze van geschillenbeslechting

Het concept wetsvoorstel vermeldt dat arbitrage een volwaardig alternatief is voor overheidsrechtspraak, voor zowel nationale als internationale gevallen. Dat is ook zo. Hieruit blijkt ook dat de wetgever positief staat tegenover arbitrage.

Dat arbitrage in Nederland als een volwaardige en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang wordt gezien blijkt voorts uit literatuur en rechtspraak.

Bouwend Nederland verwijst in dit verband naar de conclusie van AG mr. Huydecoper, bij LJN: BJ7834, Hoge Raad, 08/00111, 4 december 2009 waarin hij schrijft:

5. De rechtsbronnen(6) waarin mogelijke aansprakelijkheid van arbiters voor onjuist gewezen beslissingen wordt besproken/beoordeeld, gaan veelal uit van twee premissen:

- arbitrage is louter "particuliere" rechtspraak, en in dat opzicht wezenlijk anders dan de "gewone" rechtspraak bij de van overheidswege daartoe aangewezen instanties; en*
- de rechtsverhouding tussen arbiters en de partijen bij een arbitrage wordt (dan*



ook) vooral beheerst door de overeenkomst waarbij de arbitrage is "aangegaan" - een overeenkomst die veelal als een species van het genus "opdracht" wordt aangemerkt(7).

Ik denk dat bij beide premissen kanttekeningen gemaakt moeten worden.

6. Een eerste kanttekening is dan, dat ofschoon arbitrage inderdaad als "particuliere rechtspraak" kan worden gekwalificeerd, de wet aan arbiters en aan hun uitspraken toch een verdergaande autoriteit, en ook aan het instituut van arbitrage een verdergaande betekenis toekent dan die van loutere particuliere geschilbeslechters en louter particuliere geschilbeslechting respectievelijk. Dat komt in een aantal bijzonderheden tot uitdrukking:

- art. 3:305 BW breidt de in de voorafgaande artikelen aan de rechter toegekende bevoegdheden uit tot arbiters. Hetzelfde doet art. 1056 Rv. waar het de bevoegdheid tot oplegging van een dwangsom betreft, en de overige regels die op dwangsommen betrekking hebben.*
- Het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage ontnemt de "gewone rechter" diens bevoegdheid, art. 1022 lid 1 Rv.*
- Er gelden waarborgen voor de kwaliteit van de arbitrale rechtsgang, o.a. wat betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters en wat betreft de minimum-eisen voor een behoorlijke en eerlijke standpunt-uitwisseling, zie art. 1033 lid 1 Rv. en art. 1039 lid 1 Rv.*
- Arbiters zijn (ook) verplicht hun werk met een redelijke mate van voortvarendheid te doen. Bij schending van deze verplichting is beroep op de voorzieningenrechter mogelijk, art. 1031 lid 2 Rv.*
- De onpartijdigheid van arbiters wordt mede gewaarborgd door een aanspraak op wraking, die in laatste instantie door de (voorzieningen)rechter wordt beoordeeld, art. 1033 - 1035 Rv. De partij die verzuimt van deze regeling gebruik te maken verspeelt haar rechten om in een later stadium de gronden die eerder tot wraking aanleiding hadden kunnen geven, alsnog in stelling te brengen(8).*
- Bij de bewijslevering ten overstaan van arbiters, met name door getuigenverhoor of in de vorm van de verkrijging van inlichtingen over vreemd recht, kan waar nodig de bijstand van de "gewone" (voorzieningen)rechter worden ingeroepen, art. 1041 Rv. en art. 1044 Rv.*
- Bij geschillen over de samenvoeging van arbitrale procedures kan een beroep op de "gewone" rechter worden gedaan, art. 1045 Rv.*
- Art. 1052 Rv. en art. 1064 lid 5 Rv. laten partijen slechts een beperkte mogelijkheid om de onbevoegdheid van arbiters in te roepen. Wordt daarvan niet tijdig gebruik gemaakt dan leidt dat tot het gevolg, materieel gesproken, dat de partijen zich bij gebondenheid aan de beslissing van een onbevoegd arbitraal college hebben neer te leggen(9).*
- Aan een geldig arbitraal vonnis kent de wet gezag van gewijsde toe, art. 1059 Rv.*
- Tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis kan na verlot van de voorzieningenrechter op dezelfde voet als een "gewoon" vonnis plaatsvinden, art. 1062 Rv.*
- Vernietiging of herroeping van een arbitraal vonnis is aan aanmerkelijke beperkingen onderworpen, art. 1065 en 1068 Rv.*

Over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid heeft de Hoge Raad zich, onder andere, in 2007 uitgelaten: dit is voldoende gewaarborgd met de wettelijke regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (en dit blijft ook zo in het concept wetsvoorstel):

LJN: AV7405, Hoge Raad, RO6/005HR (CW 2440), 29-6-2007

3.3.2 Zoals de voorzieningenrechter in rov. 3.2 terecht tot uitgangspunt neemt, behoort tot de ook in een arbitrageprocedure geldende fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn en kan op de voet van art. 1033 lid 1 Rv. tijdens een arbitrageprocedure een partij een arbiter binnen de door de wet gestelde beperkingen wraken indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Bij de beoordeling of voldoende aanleiding is tot wraking, moet onder omstandigheden ook rekening worden gehouden met de uiterlijke schijn (vgl. HR 18 februari 1994, nr. 15238, NJ 1994, 765).

In zijn rapport "Arbitrage en/of bindend advies bij de SGC", een onderzoek in opdracht van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de Sociaal-Economische Raad (Leiden, september 2010), geeft Prof. mr. H.J. Snijders aan waarom de wetgever destijds een onderscheid heeft gemaakt tussen arbitrage en bindend advies:

De wetgever achtte de kwaliteit en onpartijdigheid van de beoordeling bij bindend advies dan ook minder goed gewaarborgd en heeft daarom het bindend-adviesbeding – als gezegd tot op zekere hoogte – op de zwarte lijst gezet. Bovendien heeft hij gedwongen executie van bindend adviezen van geschillencommissies in consumentenzaken niet mogelijk willen maken, omdat niets zich ertegen verzet, dat deze commissies op grondslag van arbitrage functioneren.

Prof. Snijders komt in zijn voormeld rapport tot het uiteindelijke advies aan de SGC om voor beslechting van consumentengeschillen bij de diverse Geschillencommissies te kiezen voor arbitrage in plaats van bindend advies omdat de regeling van arbitrage de nodige (lees meer) waarborgen voor partijen geeft.

Hij schrijft:

Consumentenarbitrage in plaats van bindend advies
Op een aantal punten is de arbitrage te prefereren boven het bindend advies bij de SGC. Het gaat dan om de waarborgen voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid en – afhankelijk van de branche – om de uitvoering en het verhaal. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat voor zover men met de SGC-geschillenbeslechting de internationale markt op zou willen, arbitrage ook de voorkeur verdient, nu bindend advies in het buitenland bijna nergens voorkomt en arbitrage ook in consumentenzaken de boventoon voert bij de particuliere geschillenbeslechting in Europa.
Omgekeerd zijn geen punten aanwijsbaar waarop bindend advies bij de SGC beter 'scoort' dan arbitrage. Het eventuele nadeel dat arbitrale vonnissen gedeponereerd



dienen te worden, laat zich ondervangen. Dit alles pleit voor de aanbeveling om de figuur van het bindend advies bij de SGC inderdaad om te zetten in arbitrage (waarbij op praktische gronden – er is enig werk gemoeid met de omzetting – de reconstructie eerst zou kunnen worden beperkt tot de commissies voor branches waarbij zich daadwerkelijk de hierboven gesignaleerde problemen inzake uitvoering en verhaal voor zouden kunnen doen). De procedure zou hiervoor nauwelijks hoeven te veranderen. Het 'bewijs' hiervoor wordt ook min of meer geleverd door de arbitrageprocedures die de SGC nu al voor consumentenzaken kent, namelijk die bij GCG en GCL. De reglementen van deze geschillencommissies wijken nauwelijks af van die voor de geschillencommissies die oordelen op basis van bindend advies (afgezien van verschillen tussen reglementen voor bindend advies en tussen reglementen voor arbitrage onderling).

Ook voor consumenten wordt arbitrage aldus, in tegenstelling tot bindend advies, als een volwaardige rechtsgang gezien die met voldoende waarborgen is omkleed. Ook de geschillencommissies voor de consumenten wordt geadviseerd om voor arbitrage te kiezen.

c. Consument tegen zijn wil afgehouden van de overheidsrechter?

In de toelichting is aangegeven dat de wet buiten twijfel stelt dat een consument, die doorgaans een zwakkere positie heeft ten opzichte van de ondernemer, niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden. Een dergelijke opmerking doet meteen denken aan art. 17 van de Grondwet.

De opvatting van de Hoge Raad over arbitrage en art. 17 Gw is echter duidelijk. In zijn arrest van 17 januari 2003 (HR AF0136, C01/122HR), is beslist dat artikel 17 van de Grondwet niet aan arbitrage in de weg staat. Hij oordeelde:

Art. 17 van de Grondwet, bepalend dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent, staat niet in de weg aan de regeling die in art. 1020 e.v. Rv. is gegeven voor het overeenkomen van arbitrage.

Arbitrage is dus toegestaan en kan worden overeengekomen. Blijkens art. 1020 Rv kan dat door een akte van compromis, of een arbitraal beding. Dat arbitrage is overeengekomen moet blijken uit een schriftelijk stuk zijn, maar dat kunnen ook zijn op een overeenkomst toepasselijke algemene voorwaarden. (Ook in het concept wetsvoorstel blijven de artikelen 1020 en 1021 ongewijzigd.)

Aldus gaat de regeling er in het wetsvoorstel van uit dat partijen -consumenten niet uitgezonderd- door middel van een in algemene voorwaarden opgenomen arbitraal beding, geschillenbeslechting door arbitrage kunnen en mogen overeenkomen. Arbitrage bij consumentengeschillen wordt in verreweg de meeste gevallen overeengekomen door het toepasselijk verklaren op de overeenkomst van algemene voorwaarden met daarin opgenomen een arbitraal beding.

d. Bescherming van de consument

De wet biedt met de huidige regeling van Boek 6 titel 5 afdeling 3 'Algemene voorwaarden' voor consumenten allereerst voldoende bescherming indien en voor zover de algemene voorwaarden niet tijdig (lees: voorafgaand aan of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst) ter hand zijn gesteld (er uiteraard van uitgaande dat ze in de overeenkomst van toepassing zijn verklaard). De consument kan deze voorwaarden, en daarmee ook het arbitraal beding, vernietigen indien daarvan geen sprake is geweest en hij dus nimmer kennis heeft genomen van dat beding.

Zijn de algemene voorwaarden wel ter hand gesteld, dan is de consument in beginsel bekend met de overeengekomen wijze van geschillenbeslechting door arbitrage - welke naar wij zagen slechts in een beperkt aantal bepaalde sectoren voorkomt.

Gaat het om een arbitraal beding in algemene voorwaarden, welke aan de consument ter hand zijn gesteld en met welke voorwaarden hij zich akkoord heeft verklaard, maar waarvan de consument alsnog van mening is dat hij daardoor wordt benadeeld in zijn belangen, dan kan hij de bescherming invoeren van de regeling zoals opgenomen in het huidige art. 6:233 sub a BW of 6:248 BW, en een beroep doen op het onredelijk bezwarendheid van het beding. Hierbij zijn tevens de zwarte en grijze lijsten van belang (6:236 en 6:237 BW, resp. onredelijk bezwarende en vermoed onredelijk bezwarende bedingen).

Ook van belang voor de bescherming van de consument is Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumenten-overeenkomsten en de daarbij behorende blauwe lijst van bedingen die oneerlijk *kunnen* zijn voor de consument. Onder de in art. 3 lid 3 bedoelde lijst van bedingen is, voor zover het een arbitraal beding betreft, het onder q vermelde beding van belang, inhoudende dat oneerlijk kan zijn het beding dat:

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

Over de status van deze blauwe lijst kan overigens geen twijfel bestaan. Artikel 3, lid 3 geeft aan dat het gaat om een *indicatieve* en *niet uitputtende* lijst van bedingen die als oneerlijk *kunnen* worden beschouwd. Het arrest van het Hof van Justitie van 7 mei 2002 ((HvJ EG, 7 mei 2002 (Commissie/Zweden), C478/99, Jurispr. 2002 Blz I4147,) verduidelijkt dat nog eens door te bepalen dat:

'Het staat vast dat een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk kan worden bevonden.'

De *relatieve* waarde van de blauwe lijst is recentelijk onderstreept in de conclusie van Advocaat-generaal V. Trstenjak van 6 december 2011 in de zaak voor het Europese Hof van Justitie tussen Nemzeti Fogyasztróvédelmi Hatóság – Invitel Távközlési Zrt (C-472/10).

De advocaat-generaal schrijft:

80. *Met betrekking tot de centrale vraag of het litigieuze beding zelf als oneerlijk moet worden aangemerkt, dient te worden vastgesteld dat artikel 3 van richtlijn 93/13 met een verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstooring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen slechts in abstracto de elementen omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. In deze context bevat de bijlage waarnaar artikel 3, lid 3, van de richtlijn verwijst, slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een in de lijst voorkomend beding hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd, en omgekeerd kan een beding dat er niet in voorkomt, niettemin oneerlijk worden bevonden. Het enkele feit dat een beding in de lijst voorkomt, betekent dus niet per definitie dat het ook oneerlijk is.*

81. *Ondanks de indicatieve waarde die volgens de rechtspraak aan een dergelijk feit toekomt, dient het betrokken beding zelfstandig en gedetailleerd op zijn eventuele oneerlijke karakter te worden beoordeeld. Bij deze beoordeling moeten overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 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 worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.*

Er moet dan ook geconcludeerd worden dat de huidige regeling de consument voldoende mogelijkheden geeft om bescherming te verkrijgen.

e. Artikel 6:233 sub a BW, de richtlijn-conforme uitleg en de Inhoudstoets

Artikel 6:233 BW geeft het algemene toetsingskader en bepaalt onder a. dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend voor de wederpartij is. Het algemene toetsingskader laat de rechter veel vrijheid, uiteraard wel met een motiveringsplicht.

De nationale rechter dient bedingen zonnodig ambtshalve te toetsen, zodra hem omstandigheden bekend zijn die daartoe nopen } zie HVJ EG 16 november 2010 (*pohotovost's.r.o./ iveta korčkovská*), nr. c76-10, c 30, pb. eu, 29 januari 2011). Dat is inmiddels vaste lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

De Nederlandse regeling geeft in art. 6:233 sub a BW de relevante omstandigheden voor de toetsing weer. Het zijn:

- a. de aard en de overige inhoud van de overeenkomst;
- b. de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen;
- c. de wederzijds kenbare belangen van partijen, en
- d. de overige omstandigheden van het geval.

Dit artikel moet door de nationale rechter richtlijnconform worden uitgelegd.

Het toetsingskader van deze richtlijn is het volgende:

Als toetsingskader voor de vaststelling van een oneerlijk beding geldt op basis van artikel 3 van de richtlijn, dat het moet gaan om een beding in de overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, en welke, 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. Hierbij moet de rechter in acht nemen dat 1) een beding steeds geacht wordt niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben, waaronder algemene voorwaarden, en 2) de rechter kan in het kader van de "oneerlijkheid" kijken naar de bijlage met daarop een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk *kunnen* worden aangemerkt, waarbij in het achterhoofd moet worden gehouden dat een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nimmer als oneerlijk zou kunnen worden aangemerkt. Artikel 4 bepaalt dan dat 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, in aanmerking worden genomen 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.

In het kader van de toetsing aan onderdeel b. en c van art 6:233 onder a BW speelt art. 3 van de Richtlijn 93/13/EEG een belangrijke rol (er is niet afzonderlijk over het beding onderhandeld en het evenwicht tussen rechten en verplichtingen is verstoord ten nadele van de consument). In het kader van de toetsing aan a. en d. van art 6:233 onder a BW is art. 4 van de richtlijn van belang (de omstandigheden rondom sluiting overeenkomst, andere bedingen in de overeenkomst, en de aard van de goederen en diensten).

Het gaat bij de toetsing van onredelijk bezwarende bedingen steeds om een toetsing aan de hand van de omstandigheden van het geval, *waarbij van doorslaggevend belang is of het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk wordt verstoord*. De rechter dient bij de beoordeling alle omstandigheden van het geval mee te nemen. In haar arrest *Freiburger Kommunalbauten GmbH / Hofstetter*²¹ overweegt het Hof daarover:

'Het antwoord op de vraag of een beding in een overeenkomst al dan niet een oneerlijk karakter heeft, moet volgens artikel 4 van de richtlijn worden gegeven met inaanmerkingsneming van alle omstandigheden rond de sluiting van de



overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Opgemerkt moet worden dat in deze context ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert.'

Het Hof van Justitie doet zelf geen uitspraak of een beding op grond van de feitelijke omstandigheden van het geval als oneerlijk moet worden aangemerkt in het kader van de nationale wetgeving. Het reeds aangehaalde arrest uit 2009 Pannon / Györfi vermeld daarover:

'Het Hof heeft weliswaar bij de uitoefening van de hem bij artikel 234 EG toebedeelde bevoegdheid in punt 22 van voormeld arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria uitgelegd teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren, maar kan zich niet uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval (zie arrest Freiburger Kommunalbauten, reeds aangehaald, punt 22). De verwijzende rechter moet in het licht van het voorafgaande beoordelen of een contractueel beding als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn kan worden aangemerkt.'

In de onderdelen 80 en 81 van de conclusie van Advocaat/generaal V. Trstenjak van 6 december 2011 in de zaak C-472/10 Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság – Invitel Távközlési Zrt is aangegeven waar het bij een toetsing daadwerkelijk op aan komt :

80. Met betrekking tot de centrale vraag of het litigieuze beding zelf als oneerlijk moet worden aangemerkt, dient te worden vastgesteld dat artikel 3 van richtlijn 93/13 met een verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen slechts in abstracto de elementen omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. In deze context bevat de bijlage waarnaar artikel 3, lid 3, van de richtlijn verwijst, slechts een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een in de lijst voorkomend beding hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd, en omgekeerd kan een beding dat er niet in voorkomt, niettemin oneerlijk worden bevonden. Het enkele feit dat een beding in de lijst voorkomt, betekent dus niet per definitie dat het ook oneerlijk is.

81. Ondanks de indicatieve waarde die volgens de rechtspraak aan een dergelijk feit toekomt, dient het betrokken beding zelfstandig en gedetailleerd op zijn eventuele oneerlijke karakter te worden beoordeeld. Bij deze beoordeling moeten overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 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 worden genomen, rekening

houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Daarmee staat vast dat enkel feitelijke omstandigheden bepalend zijn voor de vaststelling of een beding in algemene voorwaarden, 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 en daarmee oneerlijk, of in termen van de Nederlandse regeling onredelijk bezwarend is'.

Op grond van het voorgaande is niet alleen duidelijk dat de bescherming van de consument met de voorgestelde aanpassing van art. 6:236 onder n BW, verder gaat dan de bescherming die consumenten ontleen aan de Richtlijn, het blijkt ook dat het bieden van een keuzemogelijkheid niet van doorslaggevend belang is voor de vaststelling of sprake is van een oneerlijk of onredelijk bezwarend beding.

f. Naar een afschaffing van de inhoudstoets?

Het concept Wetsvoorstel Herzienning arbitragerecht lijkt er van uit te gaan dat met het geven van een keuzemogelijkheid (ofwel het opnemen van een bedenktijd) aan de consument de problemen uit de wereld zijn. Immers is die keuze gegeven en gemaakt dan lijkt de rechter niet meer te kunnen toekomen aan een feitelijke inhoudstoets van een arbitrale beding.

Deze premisse is echter niet juist. De voorgestelde wijziging van art. 6:236 onder n BW, zal echter de huidige situatie niet veranderen. Er zullen zelfs meer problemen ontstaan.

De volgende aspecten zijn hierbij van belang:

- i. De keuzemogelijkheid die art. 6:236 onder n BW voorschrijft, zal in de praktijk in algemene voorwaarden van de gebruiker ervan worden opgenomen. Het probleem is dat het opnemen van een keuzemogelijkheid in de voorwaarden niets verandert aan het gegeven dat het gaat om een van te voren opgesteld beding, waarover niet is onderhandeld en waarmee de consument heeft ingestemd zonder invloed te hebben op de inhoud. Dat de consument een keuze wordt gelaten en het enkele feit dat hij aangeeft akkoord te zijn met arbitrage, betekent eveneens niet dat over deze voorwaarde afzonderlijk onderhandeld is. Daarmee blijft ook een beding met een keuzemogelijkheid vallen onder de richtlijn en de nationale regeling en dus het toetsingskader daarvan. Er verandert in die zin niets ten opzichte van de huidige situatie.
- ii. Gezien de verregaande consumentenbescherming die de Europese wetgever en het Hof van Justitie voorstaan, ligt het voor de hand om aan te nemen dat een arbitraal beding nog steeds op oneerlijkheid kan worden getoetst indien een consument zich daarop beroept, of indien zulks ambtshalve gebeurt door een rechter. Immers in de situatie waarin een consument eerst met arbitrage heeft ingestemd, kan deze zich in een procedure of daarna nog steeds beroepen op het onredelijk of oneerlijk zijn van het arbitrale beding, ondanks dat hij daar in eerste instantie binnen de maand heeft aangegeven akkoord te zijn met arbitrage. Dat kan hij bijvoorbeeld doen door te stellen

dat hem pas tijdens of na de arbitrageprocedure van omstandigheden is gebleken op grond waarvan de gevolgde arbitrage voor hem als oneerlijk en dus onredelijk bezwarend moet worden beschouwd. De keuzemogelijkheid leidt dan ook niet tot een andere dan de huidige regeling. De inhoudstoets blijft ook dan doorslaggevend.

- iii. Kiest de consument voor de overheidsrechter dan is er niets aan de hand. Een consument zal echter niet snel genegen zijn om in een geschil zijn keuze aan de wederpartij kenbaar te maken, dat blijkt ook uit de procespraktijk. En juist dan ontstaan er problemen indien de termijn verstrijkt en de opdrachtnemer gaat arbitreren (waartoe hij op basis van het nieuwe art. 6:236 onder n BW dan bevoegd zou zijn). Naar onze mening blijft in deze situatie altijd de mogelijkheid, en dus het risico bestaan, dat de consument alsnog verweer zal voeren en zich daarbij kan beroepen op een richtlijnconforme uitleg, alsmede kan de arbiter of rechter (laatstgenoemde ook in een vernietigingsprocedure) het beding ambtshalve toetsen en zo nodig vernietigen omdat het onredelijk bezwarend is. De consument kan immers stellen dat het om een onredelijk bezwarend beding gaat en hij dus ook niet gehouden kan worden om een keuze kenbaar te maken. Ook hier zal de keuzemogelijkheid niet leiden tot een andere situatie dan de huidige. De inhoudstoets blijft ook dan doorslaggevend.
 - iv. In zaken waar in Nederland arbitrage plaatsheeft, is geen sprake van een impulsief sluiten van een overeenkomst door van de consument. Het betreft veelal weloverwogen en uitonderhandelde contracten, waarbij de consument niet over een nacht ijs is gegaan en waar hij bekend is met de algemene voorwaarden. Er gaan in de precontractuele fase vaak weken of maanden over heen en de toegevoegde waarde van een maand bedektijd valt dan niet in te zien.
 - v. Met het moeten bieden van een bedenktijd gaat er voor de opdrachtnemer een maand verloren. Bij de aankoop van een woning, een van de belangrijkste zaken waarover een consument contracteert, is de wettelijke bedenktijd slechts drie dagen (zie art. 7:2 en 7:766 lid 2 BW). Met deze tijd gaat voor de opdrachtnemer kostbare tijd verloren om gerechtvaardigde vorderingen op de consument te kunnen innen.
 - vi. De gehele discussie over een onredelijk bezwarend arbitraal beding vindt binnen een procedure voor de overheidsrechter of het arbitrageinstituut steevast plaats in het kader van een opgeworpen incident houdende een beroep op de onbevoegdheid. Zo'n incident wordt door de rechter/arbiter eerst behandeld en in het incident volgt ook een kostenveroordeling. De ervaring in de praktijk leert dat een incident van onbevoegdheid door de consument niet altijd zuiver wordt opgeworpen, maar vaak fungeert als vertragingstactiek (de procedure duurt langer) of als kostenverhogende factor voor de wederpartij. Dat werkt dus niet alleen kostenverhogend voor de wederpartij maar ook voor de overheid omdat de rechter meer werk heeft en langer met de zaak bezig is. Voorbeelden uit de rechtspraktijk zijn LJN: BO9517, Rechtbank Middelburg, 72339 / HA ZA 10-122, 13-10-2010 en LJN: AT9857, Rechtbank 's-Hertogenbosch, 110594 HA ZA 04-1120, 20-4-2005.
- g. Conclusie op dit onderdeel

Het onredelijk bezwarend zijn van een arbitraal beding moet niet gekoppeld worden aan het al dan niet bieden van een keuzemogelijkheid aan de consument. Het bieden van een keuzemogelijkheid aan de consument zal in de praktijk namelijk tot meer/nieuwe problemen aanleiding geven, met name waar het de verdere invulling van de keuzemogelijkheid betreft en de consequenties ervan. Ook zal de wijziging juist aanleiding geven tot meer onduidelijkheid en werkt deze kostenverhogend voor de overheid en de wederpartij van de consument. Dat de wijziging bijdraagt aan het vertrouwen van consumenten in arbitrage valt niet in te zien.

Het verdient dan ook sterk de voorkeur om het huidige art. 6:236 onder n BW ongewijzigd te laten bestaan. Enkel wanneer arbitrage tot gevolg heeft dat de consument daadwerkelijk in zijn belangen wordt geraakt, zou vernietiging van een arbitraal beding mogelijk moeten zijn en daarvoor biedt de huidige regeling voldoende waarborgen.

Wij geven een paar voorbeelden van mogelijk reële belangen van een consument:

1. De consument stelt en bewijst dat de kosten van de arbitrageprocedure veel hoger zijn dan die bij de overheidsrechter en zijn financiële positie beperkt hem in de mogelijkheden om zijn zaak te laten beslechten en zijn recht te halen.
2. De zittingsplaats van het scheidsgerecht is te ver gelegen van de woonplaats van de consument.
3. Onvoldoende gewaarborgde kwaliteit en onpartijdigheid van het scheidsgerecht.

Bouwend Nederland wijst erop dat arbitrage bij consumentenzaken niet veelvuldig voorkomt en arbitrage beperkt is binnen bepaalde sectoren, waar voor de beslechting van een geschil in veel gevallen specifieke deskundigheid is vereist, die arbiters kunnen bieden. Het lijkt overigens ook zaak om bijvoorbeeld consumentenorganisaties, zoals de Consumentenbond, Vereniging eigenhuis, maar ook bijvoorbeeld rechtsbijstandverzekeraars of advocaten te bevragen naar hun ervaringen met arbitrage in consumentenzaken. Het zou niet verbazen wanneer dat uitwijst dat de ervaringen met arbitrage positief zijn.

Als niet besproken omstandigheden, maar wel relevant bij het afwegen van belangen, moeten verder niet uit het oog worden verloren dat consumenten tegenwoordig veel mondiger zijn, zij in een informatiemaatschappij leven en rechtsbijstandverzekeringen onder consumenten inmiddels een wijd verspreid fenomeen is. Dit laatste voorziet consumenten van voldoende juridische kennis en ondersteuning.

3. Enige kanttekeningen bij artikel III van het concept wetsvoorstel

a. Artikel 1048a

Bouwend Nederland vindt dit artikel niet goed leesbaar, ja zelfs onleesbaar. Dat moet beslist verbeterd worden. Wij geven de voorkeur aan de redactie zoals te vinden in het voorstel voor artikel 1048A (Inbreuk op bepalingen) van de werkgroep onder leiding van Prof Mr A.J. van den Berg.

b. Artikel 1064a

Bouwend Nederland begrijpt niet waarom in het vijfde lid van dit artikel gesproken wordt over een uitspraak in hoger beroep, waar de vordering tot vernietiging volgens het voorstel rechtstreeks bij het hof dient te worden ingesteld.

c. Artikel 1065a

In het vijfde lid moet slecht worden gelezen als "slechts".

Het achtste lid gaat er vanuit dat het aan de voorzieningrechter is om verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen of te wijzigen. Dat strookt niet met wat wordt voorgesteld in artikel 1062, lid 1 op grond waarvan het verlof wordt gegeven door het gerechtshof. Het achtste lid van artikel 1065a moet dus worden aangepast, hetgeen ook geldt voor de daarin opgenomen woorden "hoger beroep", want daarvan is naar wij menen in deze geen sprake.

d. Artikelen 1060 en 1061

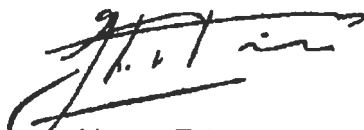
Deze bepalingen, die gaan over de verbetering van een vonnis, respectievelijk over de aanvulling van een vonnis, kennen daarvoor in de nieuw voorgestelde opzet twee verschillende termijnen, te weten drie maanden en dertig dagen. Omdat in de praktijk het onderscheid tussen verbetering en aanvulling niet altijd even scherp is, bepleiten wij om in deze situaties een identieke termijn te hanteren, waarbij onze voorkeur uitgaat naar de termijn van drie maanden. Dat betekent een aanpassing in artikel 1061.

e. Artikel 1066

Zien wij het goed dat de tweede wijziging als voorgesteld betrekking heeft op het zesde lid en dus niet op het derde lid?

Uiteraard zijn wij gaarne bereid om onze standpunten nader aan u toe te lichten zo u daar behoefte aan hebt.

Hoogachtend,
Bouwend Nederland



Mr. J.L. van Tuinen
Algemeen directeur