

University of Groningen

Annotatie bij Raad van Arbitrage voor de Bouw, 20 mei 2020, No. 36.866

Pavillon, Charlotte

Published in:
 Tijdschrift voor Bouwrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. (2020). Annotatie bij Raad van Arbitrage voor de Bouw, 20 mei 2020, No. 36.866. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2020(11), 997-999. Artikel TBR 2020/148.

Copyright

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

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

het verzoek. Bij de regeling van paragraaf 4.1.3.2 van de Awb bestaat dus eveneens een adequate rechtsingang bij de afwijzing van een verzoek. Een verschil in benadering lijkt

me dan ook niet nodig en gaat ten koste van het heldere uitgangspunt: geen aanvraag, geen besluit.

B. Rademaker

Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

TBR 2020/148

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 20 mei 2020, No. 36.866, (Arbitragebeding onredelijk bezwarend in twee aktes)

(Mr. R.E. Weening)

BW: art. 6:232, art. 6:233 sub a, art. 6:236 sub n, art. 6:238 lid 2; AVA 2013: art. 17; Rv: art. 1020

Algemene voorwaarden. Arbitragebeding. Onredelijk bezwarend. Bedenktermijn. Omstandighedentoets. Abstracte toets. Peilmoment. Welbewust instemmen. Arbitrageovereenkomst. Geinformeerd besluit

Met noot C.M.D.S. Pavillon, Red.

De beoordeling van het bevoegdheidsincident

4. Opdrachtgevers hebben de bevoegdheid van de Raad tot beslechting van het onderhavige geschil betwist. Zij stellen, zakelijk weergegeven, dat het tussen partijen overeengekomen arbitragebeding onredelijk bezwarend is nu genoemd beding opdrachtgevers niet een termijn van (minimaal) een maand gunt om te kiezen voor de volgens de wet bevoegde rechter. Nu opdrachtgevers binnen de door de Raad gegeven termijn te kennen hebben gegeven niet in te stemmen met arbitrage, dient de Raad zich onbevoegd te verklaren, aldus opdrachtgevers.

5. Aanneemster heeft daartegenover aangevoerd, eveneens zakelijk weergegeven, dat overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:238 sub n BW (naar arbiter begriipt bedoelt aanneemster artikel 6:236 sub n BW) een arbitraal beding onredelijk bezwarend kan zijn, tenzij een termijn van (langer dan) een maand wordt gegeven aan de consument met het verzoek een keuze te maken in de wijze van geschilbeslechting. Opdrachtgevers is een (langere) termijn van een maand gegund met het verzoek een keuze te maken in de wijze van geschilbeslechting. Dientengevolge kan het arbitrale beding niet meer als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Aangezien opdrachtgevers vervolgens niet binnen de gestelde termijn hun keuze kenbaar

hebben gemaakt, staat het aanneemster vrij te kiezen voor geschilbeslechting door de Raad, aldus nog steeds aanneemster.

6. Arbiter volgt aanneemster hierin niet en overweegt daartoe het volgende.

7. Als niet weersproken staat vast dat partijen in de door hen gesloten aannemingsovereenkomst de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden voor Aanneming van werk 2013 vastgesteld door Bouwend Nederland d.d. 27 maart 2013 (AVA 2013) zijn overeengekomen.

8. Het tussen partijen in artikel 17 AVA 2013 overeengekomen arbitragebeding luidt als volgt:

“Artikel 17: Geschillen

1. Voor de beslechting van de in dit artikel bedoelde geschillen doen partijen afstand van hun recht deze aan de gewone rechter voor te leggen, behoudens die gevallen waarin partijen zich op grond van de wet tot de gewone rechter dienen te wenden.

2. Alle geschillen - daaronder begrepen die, welke slechts door een der partijen als zodanig worden beschouwd - die naar aanleiding van deze overeenkomst of van de overeenkomsten die daarvan een uitvloeisel zijn, tussen opdrachtgever en aannemer mochten ontstaan, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen beschreven in het arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zoals dit drie maanden voor het tot stand komen van de overeenkomst luidt.

3. In afwijking van het tweede lid kunnen geschillen, welke tot de competentie van de kantonrechter behoren, ter keuze van de meest gerede partij ter beslechting aan de bevoegde kantonrechter worden voorgelegd.

4. Op de overeenkomst van aanneming van werk of op de overeenkomsten tussen opdrachtgever en aannemer die daarvan een uitvloeisel zijn, is Nederlands recht van toepassing.”

9. Tussen partijen staat voorts niet ter discussie dat aanneemster als de gebruiker van de AVA 2013 in de zin van artikel 6:232 en volgende BW moet worden beschouwd. Evenmin staat ter

discussie dat opdrachtgevers consumenten zijn en dat zij de bescherming van de artikelen 6:236 en volgende BW en van de op dit punt bestaande Europese regelgeving genieten.

10. Vooropgesteld wordt dat met het oog op een effectieve bescherming van het belang van de consument tegen wie een in de algemene voorwaarden opgenomen beding als het onderhavige wordt ingeroepen dat voorziet in beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn door arbiter - al dan niet ambtshalve - moet worden onderzocht of sprake is van een beding dat op grond van art. 6:236, aanhef en onder n, BW onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW (zie *ECLI:NL:HR:2019:1731*).

11. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:236, aanhef en onder n, BW wordt een beding in de algemene voorwaarden, horend bij een overeenkomst tussen een gebruiker (aanneemster) en een consument (opdrachtgevers), dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Dit is alleen anders als het beding de consument (opdrachtgevers) een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker (aanneemster) zich schriftelijk jegens hem (opdrachtgevers) op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen. Zoals reeds hiervoor is overwogen strekt artikel 6:236 BW ertoe de consument te beschermen tegen het gebruik van een beding dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Dat brengt mee dat een arbitraal beding waarin niet de in artikel 6:236, aanhef en onder n, BW bedoelde termijn van tenminste een maand is opgenomen, onredelijk bezwarend is. Daaraan kan niet afdoen dat de consument die termijn feitelijk wel heeft gehad (zie *ECLI:NL:HR:2019:1731*).

12. Arbiter is van oordeel dat het tussen partijen in artikel 17 AVA 2013 overeengekomen arbitragebeding onredelijk bezwarend is, nu het beding opdrachtgevers geen termijn gunt van ten minste een maand zoals in de vorige rechts-overweging omschreven om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen. Anders dan door aanneemster is gesteld doet de omstandigheid dat zij opdrachtgevers bij brief van 28 januari 2018 (overgelegd als productie 37 bij memorie van eis) die termijn van een maand wel feitelijk heeft gegeven en dat opdrachtgevers hun keuze niet binnen die termijn kenbaar hebben gemaakt, aan het voorgaande niet af. Een en ander is immers voor het antwoord op de vraag of het beding onredelijk bezwarend is niet doorslaggevend.

13. Dit alles leidt tot de conclusie dat het tussen partijen overeengekomen arbitragebeding op grond van art. 6:236, aanhef en onder n, BW onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW en derhalve vernietigbaar. Dit is anders indien komt vast te staan dat opdrachtgevers welbewust voor geschilbeslechting door de Raad hebben gekozen. Opdrachtgevers hebben evenwel bij brief van 18 maart 2019 uitdrukkelijk kenbaar gemaakt dat zij niet instemmen met de beslechting van het onderhavige geschil door de Raad.

14. Nu een geldige arbitrageovereenkomst als bedoeld in artikel 1020 Rv ontbreekt is het geschil niet vatbaar voor arbitrage. Arbiter verklaart de Raad dan ook ambtshalve onbevoegd van het geschil tussen partijen kennis te nemen en dat geschil te beslechten bij scheidsrechterlijk vonnis. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De RvA acht zich in dit vonnis onbevoegd om kennis te nemen van het voorliggende geschil. Reden hiervoor is dat het door partijen overeengekomen arbitragebeding uit de AVA 2013 op grond van art. 6:233 aanhef en onder a BW als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Het gaat om een arbitragebeding waarin *niet* is bedongen dat, na het inroepen hiervan door de opdrachtnemer, een opdrachtgever, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, een maand de tijd krijgt om ervoor te kiezen het geschil alsnog door de volgens de wet bevoegde civiele rechter te laten beslechten. Dat de consument-opdrachtgever in deze zaak feitelijk een maand de tijd heeft gehad om de kwestie alsnog bij de civiele rechter aanhangig te maken, doet er niet toe: het arbitragebeding is en blijft vernietigbaar. Deze beoordeling is de logische resultante van een rechtsontwikkeling in twee aktes.

2. De eerste akte is een mede door Europese ontwikkelingen ingegeven wetswijziging. Per 1 januari 2015 is art. 6:236 aanhef en onder n BW aangepast en wordt het in een consumentenovereenkomst opgenomen arbitragebeding dat geen bedenktijd van een maand bevat, onredelijk bezwarend geacht. Het arbitragebeding uit de AVA 2013 werd op dat moment dus een zwart beding. Art. 17 van de AVA 2013 is om die reden in december 2014 van een nieuwe formulering voorzien. Het aangepaste artikel bevat in lid 4 een uitdrukkelijke bedenktijd voor de consument-opdrachtgever. In onderhavige zaak zijn de AVA 2013 *zoals per december 2014 herzien* klaarblijkelijk niet van toepassing op de gesloten overeenkomst (en heeft de opdrachtnemer niet aangeboden de herziene voorwaarden overeen te komen).

3. De vraag die na de eerste akte werd gesteld is of het in de praktijk gunnen van een maand bedenktijd het oude, onredelijk bezwarende arbitragebeding niet gewoon

kon 'repareren'.¹ Het uitblijven van een reactie zou vervolgens als een stilzwijgende instemming kunnen worden beschouwd. In onderhavige zaak is aan de consument-opdrachtgever per brief een termijn van een maand gegeven (waarbinnen hij niet heeft gereageerd). Dat de consument deze termijn feitelijk heeft gehad, doet echter niets af aan de vernietigbaarheid van het beding, zo oordeelt de arbiter met verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad.

4. In het arrest Stichting Intermaris², de in TBR 2019/177 geannoteerde tweede akte van de ontwikkelingen rondom het arbitragebeding, overwoog de Hoge Raad immers expliciet dat het feitelijk bieden van een maand bedenktijd het arbitragebeding dat deze bedenktijd niet bevat, de vernietigingsdans niet doet ontspringen. Het alsnog gunnen van een termijn volstaat niet om het zwarte beding te sauveren. Rechtsoverweging 2.8.3 slot van het arrest luidt: 'Art. 6:236 BW strekt ertoe de consument te beschermen tegen het gebruik van een beding dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Dat brengt mee dat een arbitraal beding waarin niet de in art. 6:236, aanhef en onder n, BW bedoelde termijn van ten minste een maand is opgenomen, onredelijk bezwarend is. Daaraan kan niet afdoen dat de consument die termijn feitelijk wel heeft gehad.' De toetsing aan de zwarte lijst is dan ook geen omstandighedentoets maar een abstracte toets. Het beding dat niet aan de in de lijst opgenomen definitie voldoet, is vernietigbaar.

5. Kunnen partijen, in weerwil van het nietige beding, alsnog een geldig compromis als bedoeld in art. 1020 lid 2 Rv sluiten? Hier gaat de arbiter, naar ik meen terecht, wel van uit (vgl. randnummer 13). In onderhavig geval heeft de consument-opdrachtgever de keuze voor arbitrage uiteindelijk (ruim een jaar na eerdergenoemde brief) uitdrukkelijk afgewezen en is van een dergelijke overeenkomst geen sprake. Zou hij wel *welbewust* hebben ingestemd met arbitrage, dan had de arbiter zich naar het lijkt bevoegd geacht. Het is dus, ook wanneer het overeengekomen arbitragebeding zwart kleurt, zinvol om de consument-opdrachtgever de keuze te geven het bestaande geschil voor te leggen aan de RvA en hem voor het maken van die keuze voldoende (dat is minstens een maand) tijd te gunnen.

6. Voor een geldige overeenkomst is na het sneuvelen van het beding evenwel nodig dat de consument-opdrachtgever *welbewust* instemt met de gang naar de RvA. Daar geen sprake meer is van een arbitragebeding (art. 1020 lid 5 Rv), dient de consument vrijwillig en ondbelzinnig

afstand te doen van zijn fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter.³

7. Wat partijen met het sluiten van een compromis doen, is een 'leemte' vullen die is ontstaan na de vernietiging van het arbitragebeding.⁴ Dit is een, met het oog op de EU-rechtspraak inzake de Richtlijn oneerlijke bedingen waarin het HvJ EU hamert op de noodzaak van afschrikkende sancties, gevoelig onderwerp.⁵ Het sluiten van een arbitrageovereenkomst na de vernietiging van het beding komt naar ik meen echter niet in strijd met de richtlijn daar het beding niet is vernietigd omdat arbitrage *an sich* nadelig is voor de consument-opdrachtgever maar omdat deze geen keuze heeft gehad om zich tot de overheidsrechter te wenden. De overtreding van een rechtsnorm behoort niet meer gevolgen te hebben dan voor het bereiken van het doel van de norm nodig en wenselijk is. Het doel van art. 6:236 aanhef en onder n BW geïnterpreteerd in overeenstemming met art. 3 lid 1 richtlijn j.o. onderdeel q van de indicatieve lijst in de richtlijnbijlage, zoals uitgelegd door het HvJ EU,⁶ is het waarborgen van het fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter.

8. Het waarborgen van die toegang impliceert eveneens dat de consument-opdrachtgever in staat wordt gesteld om een *geïnformeerd* keuze te maken, door voor- en nadelen van beide procedures tegen elkaar af te wegen. Het belang van het verstrekken van algemene informatie over de verschillen tussen de arbitrageprocedure en de gewone gerechtelijke procedure volgt nadrukkelijk uit eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad (ro. 2.6.4 en 2.6.5'). Het niet verstrekken van deze informatie kan er immers mede toe leiden dat een arbitragebeding dat *wel* een bedenktijd bevat, niettemin als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt op grond van de open norm. Dit belang mag dus niet worden onderschat, ongeacht welke, in art. 1020 lid 2 Rv genoemde, weg er wordt bewandeld.

C.M.D.S. Pavillon

3 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 49 e.v.

4 Betoogd zou kunnen worden dat de consument zich verzet tegen de vernietiging van het oneerlijke beding, wat ook is toegestaan. Vgl. HvJ EG 4 juni 2009, zaak nr. C-243/08 *Pannon GSM*, ro. 35.

5 Zie over deze rechtspraak: C.M.D.S. Pavillon, 'Boetebeding onredelijk bezwarend, over naar de wettelijke schadevergoeding?', *WPNR* 2018/7217, p. 937-939. Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1587 en 1588 waarin grenzen worden gesteld aan de mogelijkheid om een zwart beding te converteren.

6 HvJ EU 3 april 2014, zaak nr. C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857 (*Sebestyén*).

7 Laatstgenoemde rechtsoverweging staat op gespannen voet met EU-rechtspraak (m.n. zaak nr. C-92/11 *RWE*, ro. 51) voor zover de Hoge Raad hierin het pas daadwerkelijk verschaffen van informatie ten tijde van het beroep op het arbitragebeding, bij aanvang van de bedenktijd, toereikend acht. Met *Snijders* (NJ 2020/305) ben ik het eens dat de consument dan pas een beslissing neemt en dat deze informatievoorziening veelal tijdig zal zijn. Zo wordt hem echter wel de mogelijkheid ontnomen om de gevolgen van het arbitragebeding te kennen alvorens hiermee in stemmen (hetgeen wordt vereist door het transparantiebeginsel van art. 6:238 lid 2 BW, vgl. zaak nr. C-26/13 *Kásler*) en om zonder tijdsdruk reeds een geïnformeerde keuze te maken, *mocht* de gebruiker zich ooit op het beding beroepen.

1 Deze mogelijkheid is geopperd door M. Niesen en Y.R.R. de Mul in 'Arbitraal beding: oneerlijk/onredelijk bezwarend?', *TvA* 2016/24, p. 31.

2 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Snijders en TBR 2019/177 m.nt. C.M.D.S. Pavillon.