0 BD

RvA Raad van Arbitrage voor de Bouw DW W61.21

Tel: 030 234 32 22
Fax: 030 230 01 25
www.raadvanarbitrage.nl

Utrecht, 29 mei 2012

AANTEKENEN en per gewone post
Aan de Weledelgeleerde heer
mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Excellentie,

betreft: reactie op wetsvoorstel tot herziening van de arbitrageregels (uw brief d.d. 13 maart jl. met kenmerk

Naar aanleiding van uw brief d.d. 13 maart jl. waarin u ons verzoekt om onze opmerkingen bij genoemd wetsvoorstel bericht ik u graag als volgt.

Alvorens onze opmerkingen weer te geven hecht ik eraan te vermelden dat ik het zeer op prijs stel dat de RvA door u hiertoe in de gelegenheid wordt gesteld. De RvA ziet hierin, als meer dan een eeuw bestaand instituut, een waardering van zijn (met ruim 1000 afgehandelde geschillen per jaar) grote rol in de arbitrale rechtspraak in Nederland, in het bijzonder die in de bouw.

a) **Artikel I ; aanpassing 6:236n** (wijziging van artikel 6:236 sub n BW waardoor het arbitraal beding als een beding in de zin van sub n kwalificeert en aldus op de zwarte lijst wordt geplaatst. De kwalificatie geldt echter niet indien het beding bepaalt dat de consument een termijn van een maand wordt geboden om ervoor te kiezen het geschil door de overheidsrechter te laten beslechten. Aldus wordt bewerkstelligd dat een consument niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden.)

In de memorie van toelichting wordt de wijziging gemotiveerd door te verwijzen naar twee uitspraken van het Europese Hof van Justitie. Of deze uitspraken inderdaad aangeven dat het scheidsgerecht ambtshalve dient te toetsen of het beding al dan niet onredelijk bezwarend is, is niet onomstreden. De kwestie ligt voor in een zaak die thans bij de Hoge Raad dient, zodat minst genomen op dit punt een enigszins afwachtende houding zou kunnen worden ingenomen. Overigens zouden de beide genoemde arresten van het Europese Hof slechts aanleiding kunnen geven tot plaatsing op de grijze lijst. Waarom Nederland, met het best (wettelijk) geregelde arbitragerecht van de hele EU een forse verdere stap meent te moeten zetten, wordt in het geheel niet gemotiveerd.

Ik zal dit standpunt hieronder uitwerken.

Tijdens de expertmeeting over dit wetsvoorstel bleek dat deze wijziging (mede) is ingeven omdat deze door "Europa" verlangd wordt en werd hierbij verwezen naar een (voorstel tot) Richtlijn betreffende consumentenrechten, waarschijnlijk, (COM/2008)614 d.d. 8 oktober 2008. In dit voorstel tot Richtlijn zou het arbitraal beding op een daarvan deel uitmakende lijst zou komen te staan van bedingen die onder alle omstandigheden onredelijk bezwarend zouden zijn.

Voor wat betreft de eisen van "Europa" was en is hier echter bepalend de richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, op grond waarvan –zeker in Nederland – bij richtlijn conforme uitleg het arbitraal beding in overeenkomsten met consumenten niet bij voorbaat als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt.

Bij de behandeling door de Raad van de Europese Unie van het genoemde voorstel tot Richtlijn betreffende consumentenrechten (COM/2008)614 d.d. 8 oktober 2008 is evenwel besloten dat dit voorstel de richtlijn 93/13/EEG niet zal vervangen zodat laatstgenoemde richtlijn bepalend blijft voor de toetsing van het arbitraal beding in consumentenovereenkomsten. Ook is om die reden afgezien van de opname van een bijlage bij deze voorstel Richtlijn met een lijst met bedingen die onder alle omstandigheden als onredelijk bezwarend moeten worden beschouwd (zie ook mr. P. Vermeij in (digitaal) TBR 2011/77 of (papier) TBR 2011 p. 421).

Met dit onderdeel van het voorstel tot wetswijziging wordt dan ook, onnodig, verder gegaan dan "Europa" verlangt.

Onnodig, niet alleen omdat Europa dit niet verlangt, maar ook, om dat er in Nederland geen goede reden is om arbitrage op de zwarte lijst te plaatsen.

Arbitrage is hier immers, overigens zowel voor als (beter gezegd: en zeker) na de voorgestelde aanpassing van de arbitragewet, ingebed in een uitstekende wettelijke regeling aangevuld met arbitragereglementen, zodat deze – ook voor de consument – met voldoende waarborgen is omkleed.

In dit verband wijs ik op de conclusie d.d. 6 december 2011 van Trstenjak in de zaak voor het Europese Hof C-272/10 waaruit duidelijk blijkt dat bij de toetsing (door de nationale rechter) aan de richtlijn de omstandigheden van belang zijn.

Gelet op het voorgaande is ook niet goed te begrijpen waarom (getuige de MvT) met deze wijziging buiten twijfel gesteld moet worden dat, voor wat betreft arbitrage, de consument (omdat die doorgaans een zwakkere positie heeft dan de ondernemer) niet tegen zijn wil van de overheidsrechter kan worden afgehouden. Artikel 17 Grondwet (hetzelfde geldt voor "de Europese Verdragen") houdt juist expliciet rekening met de mogelijkheid dat partijen arbitrage overeenkomen (HR 17 januari 2003, NJ 2004, 280. Zie voor het EVRM EHRM 27 februari 1980, NJ 1980, 561). In dat geval is immers van een tegen zijn wil afgehouden worden van de rechter die de wet hem toekent geen sprake.

Ook valt nog te overwegen dat de behandeling van geschillen in arbitrage niet drukt op de overheidsfinanciën en past in de overheidsdoelstelling ADR te bevorderen.

Daarbij komt dat er op dit moment een cassatieprocedure loopt (zaaknummer: 11/04598, pleidooi op 28 september a.s.) waarbij de vraag voorligt of het arbitraal beding in de overeenkomst tot het verrichten van verbouwingswerkzaamheden tussen een bouwbedrijf en een consument als onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 aanhef en sub a BW moet worden aangemerkt, waarbij het Hof in het bestreden arrest deze vraag bevestigend heeft beantwoord op een wijze die er eigenlijk op neerkomt dat meer in het algemeen een streep wordt getrokken door arbitrale bedingen in consumentenovereenkomsten.

De praktijk leert verder dat een beroep op onbevoegdheid vaak wordt gedaan om zand in de procesmachine te strooien en/of om uitstel van betaling te krijgen. Dergelijke beroepen worden niet enkel gedaan als de consument wordt gedaagd voor een arbitraal college, maar ook voor de gewone rechter. Zo is het recent nog voorgekomen dat een consument die door de aannemer voor de gewone rechter was gedaagd, zich beriep op onbevoegdheid van de rechtbank omdat tussen partijen een arbitrageclausule (neergelegd in AV) zou zijn overeen gekomen.

Met het oog op dat vertragingsoogmerk is het overigens van groot belang dat de eventuele regeling omtrent het maken van een keuze (artikel 6: 236n BW onder) zodanig scherp wordt geredigeerd dat daarin geen mogelijkheden liggen besloten om als vertragingstactiek te hanteren. Geregeld zou derhalve tenminste moeten worden hoe de keuze aan de consument moet worden voorgelegd (bij aangetekend schrijven, of wellicht bij exploot) en wat de consequentie is van het niet (tijdig) reageren van de consument).

Voor wat betreft arbitrage door de RvA wil ik nog graag het volgende opmerken.

Arbitrage bij de RvA is een wijze van geschillenbeslechting die een goed alternatief biedt voor overheidsrechtspraak in bouwgeschillen. Arbitrage door de RvA kent daarbij belangrijke voordelen ten opzichte van de reguliere overheidsrechtspraak, ook voor consumenten.

Het scheidsgerecht in arbitrage bij de RvA bestaat altijd uit personen die kennis hebben van het specifieke onderwerp van het geschil. Zo zal het inschakelen van deskundigen – een tijdrovende en kostbare aangelegenheid in een procedure voor de overheidsrechter - dikwijls overbodig zijn, omdat de arbiters zelf over de benodigde kennis beschikken. Naast het feit dat aan alle scheidsgerechten een jurist-secretaris is toegevoegd, komt dat een jurist (veelal een rechter) voorzitter is van het arbitraal college in alle hoger beroep zaken en in alle andere daarvoor in aanmerking komende geschillen. Het scheidsgerecht heeft door de arbiters-deskundigen een kennisvoorsprong ten opzichte van overheidsrechters en beter inzicht in de wijze waarop in de bouw wordt gewerkt.

Het honorarium van arbiters ligt daarbij aanzienlijk lager ligt dan het uurtarief van de deskundige voor de burgerlijke rechter, terwijl het vaak dezelfde personen zal betreffen.

De mondelinge behandeling vindt veelal plaats op of in de nabijheid van de betreffende locatie waar de bouwwerkzaamheden plaatsvonden en de schade zich heeft voorgedaan. Bovendien kunnen partijen desgewenst een voorkeur aangeven voor een andere zittingsplaats. Indien reizen al een bezwaar zou zijn, kan daar bovendien altijd aan tegemoet gekomen worden.

Er geldt bij de RvA geen verplichte procesvertegenwoordiging en als het geschil sterk bouwtechnisch van aard is, is het goed mogelijk dat een partij (óók een consument) zonder juridische bijstand of, wat vaak voorkomt, met juridische bijstand van zijn rechtbijstandverzekering, zijn standpunt prima weet toe te lichten.

Gezien bovengenoemde kenmerken van arbitrage, verloopt een arbitrageprocedure dikwijls sneller, efficiënter en is deze wijze van geschillenbeslechting (daardoor) goedkoper dan een procedure voor de overheidsrechter. Dat geldt eens te meer in het licht van de telkens maar hoger wordende griffierechten bij de overheidsrechter.

Arbitrage is kortom meer "cliëntgericht" dan de overheidsrechtspraak. Deze voordelen geniet óók een consument in geval van een geschil met een partij die handelt in beroep en bedrijf, en partijen in de overeenkomst geschillenbeslechting door arbitrage zijn overeengekomen. Niet valt in te zien waarom in geval van arbitrage per definitie de

consument-wederpartij vanaf het begin op achterstand zou komen te staan ten opzichte van een professionele wederpartij. Dit is in ieder geval geen standpunt dat weerslag vindt in de huidige wet.

In dit verband mag niet onvermeld blijven dat de Raad, samen met de Geschillencommissie, in 2011 door de Stichting Garantiewoning geschikt is bevonden om de geschillen te behandelen tussen consumenten en ondernemers over nieuwbouwwoningen.
Daarbij gelden tot slot, nu nog meer dan destijds, de argumenten die in een advies uit 1982 van Pels Rijcken, Buruma en De Vries Robbé werden genoemd om het arbitraal beding te weren van de zwarte lijst:

- de veelvuldig in aannemingsovereenkomsten toepasselijk verklaarde standaardvoorwaarden zijn niet eenzijdig opgesteld, maar door een veelzijdig samengestelde commissie waarin ook de overheid is vertegenwoordigd;
- de rechtspraak van de RvA geniet alom waardering en is naar vele bevoegde beoordelaars in bouwgeschillen en arbitrage te verkiezen boven rechtspraak van de gewone rechter; en
- arbitrage in bouwgeschillen heeft inmiddels een zo belangrijke plaats in ons rechtsstelsel verkregen dat zij hieruit nauwelijks weg te denken is.

Er is daarom geen reden – net zomin als dit wenselijk is - om (zoals in dit voorstel) het arbitraal beding per definitie uit consumentenovereenkomsten te weren.

b) "Horen" van partijen: artt. 1045 oud, 1045a leden 1 en 3 nieuw, 1061i leden 2 en 3 nieuw

In deze artikelen wordt telkens aangegeven dat (een) partij(en) door het scheidsgerecht "gehoord" moet(en) worden. Dat lijkt op mondeling horen te duiden. In hoeverre dit ook bedoeld is, is niet duidelijk. Mondeling horen is veelal kostbaar en tijdrovend. Niet in alle gevallen is mondeling horen nodig en kunnen partijen hun standpunten ook heel goed schriftelijk uiten. Het is daarom beter om bewoordingen te gebruiken als "*hun mening kenbaar te maken*", zoals in Rv 1046 lid 3 nieuw of "*stelt het de partijen in de gelegenheid zich daarover uit te laten*", zoals in Rv 1060 lid 5 nieuw.

c) Beoordeling (on)bevoegdheid

Art. 1052, leden 1, 2 en 5 oud
1.Het scheidsgerecht is gerechtigd, over zijn bevoegdheid te oordelen.
2.Een partij die in het arbitraal geding is verschenen, dient een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, voor alle weren te doen, op straffe van verval van haar recht op dat ontbreken later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen, tenzij dit beroep wordt gedaan op de grond dat het geschil volgens artikel 1020, derde lid, niet vatbaar is voor arbitrage.
5.Indien het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, is de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.

Rv 1067 oud
Zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.

Rv 1052 lid 5 nieuw
5. Indien en voorzover het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage als bedoeld in het tweede lid, is de

gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen. Indien en voorzover het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard op een andere grond, blijft de overeenkomst tot arbitrage van kracht, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.

Rv 1067 nieuw
Zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, indien en voorzover het arbitraal vonnis is vernietigd op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Indien en voorzover het arbitraal vonnis wordt vernietigd op een andere grond, blijft de overeenkomst tot arbitrage van kracht, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.

Indien het geschil bij het verkeerde arbitrale college wordt aangebracht, is volgens de nieuwe wet, na een geslaagd onbevoegdheidsverweer, steeds de overheidsrechter bevoegd. In deze opzet wordt er voorbij gegaan aan het geval dat men een geschil aanhangig maakt bij een ander arbitrage-instituut dan is overeengekomen. Voorbeeld: een geschil uit een overeenkomst waarin het NAI is overeengekomen als geschilbeslechter, wordt bij de RvA aangebracht. Een onbevoegdheidsverweer leidt dan tot bevoegdheid van de gewone rechter. Hiermee wordt de keus van partijen voor arbitrage gefrustreerd. Het kan ook in de hand werken dat één van de partijen bewust de procedure bij een onjuist arbitraal forum aanbrengt om aldus de procedure te stagneren.
De formulering in de oude wet ondervangt dit probleem doordat is opgenomen: "*tenzij de partijen anders zijn overeengekomen*". Het verdient daarom de voorkeur die formulering te handhaven.

d) termijn aanvullend vonnis

Rv 1061 lid 1 oud
1.Heeft het scheidsgerecht nagelaten, te beslissen omtrent een of meer zaken welke aan zijn oordeel waren onderworpen, dan kan de meest gerede partij, tot dertig dagen na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank, het scheidsgerecht verzoeken, een aanvullend vonnis te wijzen.

Rv 1061 lid 1 nieuw
1.Heeft het scheidsgerecht nagelaten, te beslissen omtrent een of meer vorderingen of tegenvorderingen welke aan zijn oordeel waren onderworpen, dan kan de meest gerede partij, tot dertig dagen na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank of binnen een andere tussen partijen overeengekomen termijn, het scheidsgerecht verzoeken, een aanvullend vonnis te wijzen.

wijziging
Artikel 1061 is als volgt gewijzigd:
1. In het eerste lid wordt het woord "zaken" vervangen door: vorderingen of tegenvorderingen.
2. In het eerste lid wordt na "tot dertig dagen na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank" ingevoegd: of binnen een andere tussen partijen overeengekomen termijn.

Op grond van Rv 1060 (nieuw) heeft een partij drie maanden (dat was 30 dagen) om rectificatie van een vonnis te verzoeken. Het verzoek om een aanvullend vonnis kent (in de nieuwe wet) een termijn van 30 dagen.
Het verschil tussen een verzoek om rectificatie en een aanvullend vonnis is partijen niet altijd duidelijk. Verschillende termijnen zijn hier daarom niet praktisch. In de toelichting wordt ook niet aangegeven waarom dit verschil in het leven is geroepen.
Voor het aanvullend vonnis past bovendien een termijn van drie maanden ook beter binnen het systeem van de (nieuwe) wet omdat een dergelijk vonnis – indien geen hoger beroep

mogelijk is – de enige mogelijkheid is voor partijen om een vonnis in eerste aanleg aan te tasten en dan dus de rol van "hoger beroep" kan vervullen en voor hoger beroep (en 1061h: de aanvulling van een vonnis in hoger beroep indien hoger beroep wel mogelijk is!!), in de (nieuwe) wet een termijn van drie maanden geldt.

e) Rv 1064a - 5, tekstueel:

Rv 1064a leden 1 en 5 nieuw
1. De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij het gerechtshof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen.

5. Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, kan beroèp in cassatie worden ingesteld tegen een uitspraak in hoger beroep op grond van het eerste lid.

In lid 5 wordt de term hoger beroep gehanteerd. De vordering tot vernietiging wordt evenwel direct bij het gerechtshof ingediend zodat er geen sprake is van een uitspraak in hoger beroep maar van een in eerste aanleg. Indien de woorden "*in hoger beroep*" verwijderd worden klopt het artikel.
Suggestie voor een aanvullend lid 5:
5. *Het gerechtshof respectievelijk de Hoge Raad zendt arbiter(s) een afschrift van de dagvaarding en van het arrest.*
Indien een arbitraal vonnis ter vernietiging wordt voorgedragen bij de overheidsrechter, is het arbitrale scheidsgerecht hier geen partij in. De arbiters worden zelfs niet in kennis gesteld.
Ter verdere ontwikkeling van de arbitrale rechtspraak verdient het de voorkeur dat de arbiters op de hoogte gesteld worden en kennis krijgen van (de dagvaarding en) het arrest. Het lijkt daarom aangewezen dat opgenomen wordt in de wet dat het gerechtshof een kopie van (de dagvaarding en) het uiteindelijke arrest aan het betrokken scheidsgerecht zendt.

f) Rv 1065 - 8, tekstueel:

Rv 1062 lid 1 nieuw
1. De tenuitvoerlegging in Nederland van een arbitraal vonnis kan eerst plaatsvinden nadat het gerechtshof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen daartoe op verzoek van een der partijen verlof heeft verleend.

Rv 1065 lid 8 nieuw
8. Indien het verlof tot tenuitvoerlegging door de voorzieningenrechter van de rechtbank is geweigerd doch in hoger beroep of na beroep in cassatie, dat verlof alsnog wordt verleend, vervalt de termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging als bedoeld in artikel 1064a, tweede lid, drie maanden na ontvangst van de beschikking in hoger beroep respectievelijk in cassatie.

Ingevolge Rv 1062 lid 1 nieuw wordt het verlof tot tenuitvoerlegging verleend door het gerechtshof. Rv 1065 lid 8 verwijst nu naar de rechtbank, dat moet derhalve het gerechtshof worden. Op gelijke grond moet de term "*hoger beroep*" in de laatste zin gewijzigd worden.

g) Overgangsrecht

Artikel VI van het wetsvoorstel
1. Deze wet is van toepassing op arbitrages die aanhangig zijn geworden op of na de datum van inwerkingtreding van deze wet.
2. Op arbitrages die aanhangig zijn of waren voor de datum van inwerkingtreding van deze wet, blijft het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing, zoals dat voor de datum van inwerkingtreding van deze wet gold.

3. Deze wet is van toepassing op zaken die bij de rechter aanhangig zijn gemaakt door het uitbrengen van een inleidende dagvaarding of door het indienen van een inleidend verzoekschrift indien en voorzover het arbitrages betreft als bedoeld in het eerste lid.
4. Deze wet is niet van toepassing op zaken die bij de rechter aanhangig zijn gemaakt of waren door het uitbrengen van een inleidende dagvaarding of door het indienen van een inleidend verzoekschrift indien en voorzover het arbitrages betreft als bedoeld in het tweede lid. Op die zaken blijft het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing, zoals dat voor de datum van inwerkingtreding van deze wet gold.

Op basis van lid 2 van artikel VI blijft het oude wetboek van Burgerlijke Rechtvordering van toepassing op arbitrages die reeds aanhangig zijn of waren op het moment dat de wet in werking treedt.

Sporadisch komt het voor dat arbitrages lang (meerdere jaren) lopen. Dit kan door procedurele complicaties of een door een faillissement. Daarbij kent de nieuwe wet een aantal voor partijen positieve wijzigingen ten opzichte van de oude wet. Het is daarom praktisch om op te nemen achter lid twee dat partijen kunnen overeenkomen dat de nieuwe wet van toepassing is op hun geschil.

Tot zover onze opmerkingen bij het wetsvoorstel. Zo nodig ben ik graag bereid deze mondeling toe te lichten.

Hoogachtend,

J.S. van Luik
directeur