

Actualia

contractspraktijk

Arbitrage en ambtshalve toetsing: mag de arbitrageclausule wel of niet?

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Hij of zij die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en zich daarbij bedient van algemene voorwaarden, ziet zich in consumentenovereenkomsten geregeld geconfronteerd met 'Europa'. Veel regels op het gebied van het consumentenrecht – zonder ook maar bij benadering volledig te willen zijn, noem ik de regelgeving op het gebied van overeenkomsten op afstand, pakketreizen, timesharing, consumentenkoop en elektronisch contracteren – zijn geheel of gedeeltelijk gebaseerd op in Brussel ontworpen richtlijnen. De Europese regelgeving is erop gericht de consument zo veel mogelijk te beschermen en zodoende een *level playing field* te ontwikkelen waar consument en professional gelijkwaardig aan elkaar zijn.

Deze consumentenbeschermingsgedachte vindt ook uiting in Richtlijn 93/13 over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn oneerlijke bedingen). Deze richtlijn beoogt oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – kort gezegd: bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en die het evenwicht tussen consument en professional verstoren – tegen te gaan. In een reeks arresten die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft gewezen naar aanleiding van deze richtlijn is aan de consumentenbescherming extra invulling gegeven doordat de nationale rechter ambtshalve moet onderzoeken of de Richtlijn oneerlijke bedingen moet worden toegepast en

bij een bevestigend antwoord het beding ambtshalve moet toetsen als hij over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om de toets uit te voeren.¹

Recent heeft zowel het HvJ EU als de Hoge Raad zich uitgelaten over de toetsing van bedingen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen. In deze bijdrage sta ik allereerst stil bij het fenomeen 'ambtshalve toetsing', waarna het arrest van het HvJ EU wordt besproken, gevolgd door een bespreking van het arrest van de Hoge Raad. In de afronding ga ik in op de gevolgen die de arresten voor de Nederlandse contractspraktijk hebben.

2. Ambtshalve toetsing – hoe zat het ook alweer?

De richtlijn heeft als doel de onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument.² Het doel van deze onderlinge aanpassing was de bescherming van de consument. Door het waarborgen van de consumentenbescherming zou de consument volgens de Europese

151

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Zonder volledigheid na te streven noem ik de volgende arresten: HvJ EG 27 juni 2000, zaak C-240/98 en C-244/98, NJ 2000, 730 (Océano); HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003, 703 m.nt. MRM (Cofidis); HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro); HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 (Rampion); HvJ EG 17 april 2008, C-404/06 (Quelle); HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395 m.nt. MRM (Pannon); HvJ EG 3 september 2009, C-489/07 (Krüger); HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11 m.nt. MRM (Asturcom/Rodríguez Nogueira); HvJ EU 17 december 2009, zaak C-227/08 (Martín Martín).

2. Art. 1 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen.

regelgever gemakkelijker goederen en diensten in andere lidstaten betrekken dan in de lidstaat waar hij woont.³

2.1. Richtlijn oneerlijke bedingen

Op grond van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt een beding in een B2C-overeenkomst als oneerlijk beschouwd indien (a) niet afzonderlijk over het beding is onderhandeld en (b) het beding, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Artikel 3 lid 3 van genoemde richtlijn verwijst naar de indicatieve lijst behorend bij de richtlijn, die bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. De indicatieve lijst bevat zeventien bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.⁴

Artikel 6 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen verplicht de lidstaten te bepalen dat oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consument niet binden en dat de overeenkomst voor het overige bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan blijven voortbestaan.

2.2. Rechtspraak HvJ EU over ambtshalve toetsing

De Richtlijn oneerlijke bedingen bepaalt niet of de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding oneerlijk is, dan wel dat deze toetsing pas kan plaatsvinden indien partijen de rechter vragen het beding te toetsen doordat – bijvoorbeeld – de consument stelt dat een beding in de overeenkomst oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De Richtlijn oneerlijke bedingen bevat een indicatieve lijst met bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (de zogeheten ‘blauwe lijst’). In het arrest *Freiburger Kommunalbauten* oordeelde het HvJ EU dat de nationale rechter moet beoordelen, of het beding in kwestie oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen en daarbij acht moet slaan op de omstandigheden van het geval.⁵

In de rechtspraak van het HvJ EU naar aanleiding van de Richtlijn oneerlijke bedingen is het leerstuk van de ambtshalve toetsing tot ontwikkeling gekomen. In het *Océano*-arrest paste het HvJ EU het leerstuk van de

ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten voor het eerst toe. Nadien is de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen ook toegepast op andere (consumentenbeschermings)richtlijnen dan de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.^{6,7}

In het *Océano*-arrest oordeelde het HvJ EU dat het in het kader van de consumentenbescherming passend is dat de rechter ambtshalve oneerlijke bedingen in de consumentenovereenkomst *kan* toetsen. Deze toetsing vindt plaats op basis van artikel 3 leden 1 en 3 van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Het ‘kunnen’ werd ‘moeten’ in het *Mostaza Claro*-arrest van het HvJ EU uit 2006.⁸ Het maakt geen verschil of de consument rechtskundige bijstand genoot. De consumentenbescherming weegt zo zwaar, dat de rechter ook ambtshalve moet toetsen als de consument door een advocaat wordt bijgestaan en de advocaat in kwestie de oneerlijkheid van het beding niet aanvoert.⁹ De rechter hoeft een beding pas (ambtshalve) ter zijde te stellen indien hij over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om het beding te toetsen. Hij hoeft het beding niet ter zijde te

3. Vgl. zesde overweging bij Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
4. Voorbeelden van oneerlijke bedingen die op de indicatieve lijst genoemd worden zijn:
 - uitsluiting van aansprakelijkheid bij overlijden en letsel;
 - de oplegging van een onevenredig hoge schadevergoeding aan de consument die zijn verplichtingen niet nakomt;
 - het beding dat ten gevolg heeft dat de consument belet of belemmerd wordt een vordering in te stellen, 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.
5. HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*).

6. Vgl. de in voetnoot 1 genoemde arresten.
7. In de literatuur is de rechtspraak over de ambtshalve toetsing eveneens uitgebreid besproken. Ik noem – zonder volledigheid te willen pretenderen – o.a.: S. Prechal, *Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg*, NTER 2001/4, p. 104-108; M.B.M. Loos, *Oneerlijke bedingen en wettelijke vervalttermijnen: Océano bevestigd*, NTBR 2003/3, p. 71-74; C.M.D.S. Pavillon, *De wisselende betekenis van de Richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieliuk*, VrA 2006/2, p. 25-70; M.B.M. Loos, *Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?*, WPNR (2007) 6727, p. 867-869; C.M.D.S. Pavillon, *De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen*, NTBR 2007/4, p. 149-157; H.J. Sniijders, *Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt*, WPNR (2008) 6761, p. 541-552; A.S. Hartkamp, *Reactie: Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, WPNR (2008) 6779, p. 977-981; H.J. Sniijders, *Naschrift*, WPNR (2008) 6779, p. 981-982; A.S. Hartkamp, *Privaatrecht actueel: Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*, WPNR (2009) 6813, p. 773-774; H.J. Sniijders, *Reactie: Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht)*, WPNR (2009) 6823, p. 998-1002; T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, *Oneerlijkheid aan banden: Luxemburg spreekt zich uit vóór consumenten*, *Contracteren* 2010/2, p. 60-64; T.H.M. van Wechem & A.L.J.A. Schreuder, *Ambtshalve toetsing van een beding in polisvoorwaarden*, VrA 2010/2, p. 71-83; B. Wessels & M.H. Wissink, *Inleiding*, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden* (5e druk), Deventer: Kluwer 2010, p. 16-21; H.L. van der Beek, *Europees consumentenrecht en de verplichting tot ambtshalve toetsing door de rechter. Een vervolg*, in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), *Alleen samen (liber amicorum M.A.M.C. van den Berg)*, IBR 2010, p. 337-353; J.H.M. Spanjaard, *Pénzügyi Lizing/Schneider: HvJEU verzet de bakens inzake ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden*, MvV 2011/3, p. 75-82; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europese consumentenrecht* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2011, p. 9-135; E.J. Zippo, *Arbitraal beding in algemene voorwaarden niet per definitie onredelijk bezwarend in business-to-consumer verhoudingen*, MvV 2012/10, p. 287-294; R. Meijer, *Banesto/Caldéron Camino – Unierechtelijke geboden en verboden bij toetsing aan Europees consumentenrecht*, MvV 2012/10, p. 295-299.
8. HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (*Mostaza Claro*).
9. HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 (*Rampion*).

stellen indien de consument aangeeft geen bezwaar te hebben tegen het beding.¹⁰

De rechter dient voordat hij de hiervoor omschreven ambtshalve toetsing uitvoert, eerst ambtshalve te onderzoeken of de Richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing is (fase 1). Hiertoe moet onder meer worden onderzocht of (1) sprake is van een B2C-overeenkomst en (2) niet afzonderlijk over het litigieuze beding is onderhandeld. Pas nadat uit dit onderzoek is gebleken dat de bepaling in kwestie onder het bereik van de richtlijn valt, moet de rechter het beding ambtshalve toetsen, mits hij over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om het beding te toetsen.¹¹ De ambtshalve toetsing van bedingen in B2C-contracten is niet beperkt tot toetsing aan de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen. De rechtspraak van het HvJ EU heeft uitgewezen dat ook bedingen die strijdig zijn met de Richtlijn consumentenkrediet,¹² de Richtlijn garanties bij consumentenkoop¹³ en de Colportagerichtlijn¹⁴ ambtshalve worden getoetst.¹⁵

3. Invitel: de Richtlijn oneerlijke bedingen en de algemeen-belangprocedure

Op 26 april 2012 mocht het HvJ EU zich in het Invitel-arrest wederom uitspreken over de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹⁶ In het kort ging het arrest om het volgende. Het Hongaarse bedrijf Invitel is een aanbieder van vaste telecommunicatiediensten. In zijn algemene voorwaarden komt een beding voor dat het bedrijf het recht geeft om 'extra kosten' in rekening te brengen indien geopteerd wordt voor betaling per acceptgiro in plaats van

betaling per automatische incasso. Die 'extra kosten' worden in de algemene voorwaarden niet gespecificeerd. Evenmin wordt de berekeningswijze toegelicht in de algemene voorwaarden.

Het Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (NFH), de Hongaarse Consumentenautoriteit, meldt zich bij Invitel met de mededeling dat het het 'extra kosten'-beding oneerlijk acht. De oneerlijkheid bestaat er volgens NFH uit dat het beding een ontoelaatbaar wijzigingsbeding in de zin van letter i van de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke bedingen is en dat het beding bovendien strijdig is met letter l van de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke bedingen. Die laatste bepaling bestempelt als oneerlijk bedingen die de gebruiker het recht geven de prijs van de goederen vast te stellen op het moment van levering, althans de prijs te verhogen zonder de consument een opzeggingsrecht te gunnen.

Als Invitel weigert het beding aan te passen, start NFH een procedure bij de Hongaarse rechter, waarin het nietigverklaring van het beding vraagt. De Hongaarse rechter stelt de volgende prejudiciële vragen:

'Kan artikel 6, lid 1, van [de] richtlijn (...) aldus worden uitgelegd dat een oneerlijk contractueel beding geen enkele consument bindt indien een daartoe bij de wet aangewezen en naar behoren gemachtigde instantie namens de consument via een rechtsvordering in het algemeen belang (actio popularis) de nietigverklaring van dit in een consumentenovereenkomst opgenomen oneerlijke beding vordert?'

en

'Kan artikel 3, lid 1, van [de] richtlijn (...) junctis de punten 1, sub j, en 2, sub d, van de ingevolge artikel 3, lid 3, van deze richtlijn toepasselijke bijlage aldus worden uitgelegd, dat een contractueel beding op grond waarvan de verkoper de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig kan wijzigen, zonder dat in de overeenkomst geldige redenen daartoe worden genoemd of de wijze van prijsaanpassing expliciet wordt beschreven, van rechtswege als oneerlijk is te beschouwen?'

Het HvJ EU behandelt de tweede vraag eerst en oordeelt dat het aan de nationale rechter staat om in geval van een collectieve actie namens consumenten door een daartoe in het leven geroepen instantie het wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden ingevolge artikel 3 leden 1 en 3 van de Richtlijn oneerlijke bedingen op eerlijkheid te toetsen (r.o. 31). Bij die toetsing is de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen van belang (r.o. 25), maar die indicatieve lijst is niet van dien aard dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van het beding kan vastleggen (r.o. 26). Het betrokken beding wordt niet op zichzelf beoordeeld, maar in het licht van alle bedingen in de algemene voorwaarden van de consumentenovereenkomsten waarvan het betrokken beding onderdeel uitmaakt, alsmede in het licht van de betrokken nationale regeling, de reden van aanpassing

10. HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395 m.nt. MRM (Pannon). Een recent voorbeeld van de toepassing van deze regel vormt Rb. Den Bosch 18 april 2012, LJN BW2456, NJF 2012/343. Blijkens dit vonnis spande een aannemer een procedure aan bij de Rechtbank Den Bosch, hoewel grond van de (onbetwist) toepasselijke AVA 1992 arbitrage was overeengekomen. Toen consumenten een beroep deden op het arbitragebeding, verweerde de aannemer zich met het verweer dat de rechter het arbitragebeding ambtshalve buiten werking had moeten stellen. De rechtbank verwierp het verweer van de aannemer met een beroep op het Pannon-arrest en het verzet van de consument tegen buitentoevoering van het arbitragebeding.
11. HvJ EU 9 november 2010, zaak C-137/08, NJ 2011, 41 m.nt. MRM (PéNZygyi Lízing/Schneider).
12. Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet (PbEG 1987, L 42/48), zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PbEG 1998, L 101/17).
13. Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PbEG 1999, L 171/2).
14. Richtlijn 85/477/EEG van 20 december 1985 (PbEG 1985, L 372/31).
15. Respectievelijk HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05, NJ 2008/37 m.nt. MRM (Rampion); HvJ EG 17 december 2009, zaak C-227/08 (Martín Martín) en HvJ EG 17 april 2008, C-404/06 (Quelle).
16. HvJ EU 26 april 2012, zaak C 472/10, NJ 2012/404 m.nt. MRM (Invitel). Vgl. nader over dit arrest mijn noot onder dit arrest die in Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken zal verschijnen.

van de prijs of de duidelijkheid van de wijze van aanpassing van de prijs en de vraag of de consument het recht heeft de overeenkomst na prijswijziging te beëindigen (r.o. 31).

Op de eerste vraag antwoordt het HvJ EU dat de nietigverklaring van een beding in algemene voorwaarden ten aanzien van iedere consument geldt die een overeenkomst heeft gesloten met de verkoper waarin het betrokken beding voorkomt, zelfs als de betreffende consument niet partij was bij de procedure tot nietigverklaring. De rechter moet na de nietigverklaring ambtshalve alle door het nationale recht bepaalde consequenties trekken, opdat het (nietige) beding de consumenten die een overeenkomst hebben gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn, niet bindt (r.o. 39–43).

De actie door de Hongaarse consumentenautoriteit in het Invitel-arrest kan in Nederland op grond van het Burgerlijk Wetboek (BW) ook worden ingesteld. Naar Nederlands recht bestaat een aantal civielrechtelijke collectieve acties, te weten:

- a. de collectieve actie door een belangenorganisatie of de Consumentenautoriteit ex artikel 3:305a BW;
- b. de collectieve actie door een publiekrechtelijke belangenbehartiger (zoals de Consumentenautoriteit) ex artikel 3:305b BW;
- c. de bijzonder collectieve actie op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming door de Consumentenautoriteit, de Autoriteit Financiële Markten (AFM) of een stichting of vereniging die de belangenbehartiging tot doel heeft ex artikel 3:305d BW;
- d. een actie tot onredelijk bezwarend verklaring ex artikelen 6:240–243 BW. Deze regeling handelt met name over algemene voorwaarden en wordt hierna kort toegelicht.

De actie ex artikelen 6:240–243 BW kan worden ingesteld door rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die de belangenbehartiging van ondernemers of consumenten ten doel hebben (art. 6:240 lid 3 BW). De actie kan slechts worden ingesteld met betrekking tot algemene voorwaarden die gebruikt worden of bestemd zijn gebruikt te worden in overeenkomsten met personen van wie de belangen door de rechtspersoon worden behartigd (art. 6:240 lid 3 BW). De vordering wordt ingesteld tegen de gebruiker van de algemene voorwaarden, althans tegen de brancheorganisatie die het gebruik van de algemene voorwaarden bevordert (art. 6:240 lid 2 BW). Bij dit laatste kan aan brancheorganisaties als de Bovag worden gedacht.

Naast het aanmerken van de algemene voorwaarden (althans bepalingen daaruit) als onredelijk bezwarend kan het hof ook een verbod op het gebruik van de betreffende voorwaarde opleggen, alsmede een gebod tot aanbeveling om het gebruik van de betreffende bedingen te herroepen en een veroordeling tot openbaarmaking van de uitspraak (art. 6:241 lid 3 BW). Ook kan het hof handvatten geven over het wegnemen van het onredelijk bezwarende karakter van het betreffende beding

(art. 6:241 lid 4 BW). Nadat het betreffende beding is verboden, is een met het verbod strijdig beding vernietigbaar, waarbij de in artikel 6:235 BW genoemde partijen geen beroep op vernietiging kunnen doen.¹⁷ De veroordeling heeft dus erga omnes werking, waarbij de wederpartij die zaken doet met een gebruiker van de vernietigde algemene voorwaarde, een beroep op de vernietiging van de betreffende voorwaarde kan doen.

De genuanceerde toets door het HvJ EU, waarbij alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, doet denken aan de toets die onder het Nederlandse Burgerlijk Wetboek wordt uitgevoerd in het kader van de grijze lijst van artikel 6:237 BW. Bij die toetsing wordt het betrokken beding bekeken in het licht van de algemene voorwaarden in hun geheel en is een van belang zijnd argument de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de totstandkoming van de algemene voorwaarden.¹⁸ Onduidelijk is of de betrokkenheid van consumentenorganisaties, zoals de Consumentenbond, ook in communautair verband een rol kan spelen.

Een dergelijke toetsing lijkt te ontbreken in de hiervoor genoemde procedures waarin een individuele consument procedeerde tegen een individuele professional. In Pénzügyi Lízing/Schneider lijkt besloten te liggen dat het HvJ EU weinig op heeft met *forumkeuze*-bedingen.^{19,20} Het HvJ EU heeft niet uitgesproken dat het arbitragebeding per definitie oneerlijk is.²¹

Gelet op de bepaling van artikel 6:236 sub n BW is arbitrage door de Nederlandse wetgever toelaatbaar geacht. Onduidelijk is of de genuanceerde kijk die het HvJ EU aanbrengt in het Invitel-arrest, ook in procedures tussen individuele consumenten en gebruikers van algemene voorwaarden moet worden toegepast. De Hoge Raad lijkt daar – blijkens zijn hierna te bespreken arrest van 21 september 2012 – van uit te gaan.

Het oordeel dat de vaststelling van nietigheid van een beding in een procedure ex artikel 7 Richtlijn oneerlijke bedingen ook werking heeft ten opzichte van consumenten die in de betreffende procedure niet werden vertegenwoordigd, is gelet op de consumentenbeschermingsgedachte logisch.²² Het komt mij voor dat ook indien de overeenkomst is gesloten voordat het beding in een door een belangenbehartiger aangespannen procedure door het Hof Den Haag als onredelijk bezwarend/oneerlijk is

17. Dit betreffen – kort gezegd – de grote wederpartijen van art. 6:235 lid 1 BW en krachtens art. 6:235 lid 3 BW de partijen die zelf dezelfde voorwaarden hanteren.

18. HR 3 februari 2012, LJN BT6947, NJ 2012/261 m.nt. Verstijlen (Dix q.q./ING), r.o. 4.4.5; vgl. voorts B. Wessels & M.H. Wissink, De lijsten met 'verboden' en 'verdachte' bedingen, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 201–202.

19. HvJ EU 9 november 2010, zaak C-137/08, NJ 2011, 41 m.nt. MRM (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 53.

20. Het forumkeuzebeding is in B2C-verhoudingen niet afdwingbaar, gelet op art. 108 lid 2 Rv jo. art. 101 Rv. Een forumkeuzebeding zal in een procedure ex art. 6:240 BW sneuvelen bij het Gerechtshof Den Haag. Vgl. de noot van R.R.M. de Moor onder HvJ EU 11 november 2011, TVC 2012/4, p. 184.

21. Zipro 2012, p. 293.

22. Vgl. MvT Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1792.

aangemerkt, de rechter verplicht blijft het beding – mits vallend onder de richtlijn – te beoordelen. Weliswaar kan de rechter dan niet gebruikmaken van de ‘automatische sanctie’ die artikel 6:243 BW hem biedt, maar ik meen dat de uitspraak van het hof als omstandigheid (veel) gewicht in de schaal legt bij de toetsing aan artikel 6:233 onder a BW.

4. HR 21 september 2012, LJN BW6135 – duidelijk voor de contractspartijen?

Op 21 september diende de Hoge Raad zich uit te laten over de verbindendheid van een arbitrageclausule in de AVA 1992, die op de relatie tussen een aannemer en zijn consument-opdrachtgever van toepassing waren.²³

In zijn arrest van 5 juli 2011 overwoog het Gerechtshof Leeuwarden in r.o. 3.8–3.10:

‘De vraag of het om een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn gaat, vergt, naar volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie een beoordeling die door de nationale rechter moet worden gemaakt (HvJEU 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005/75, Freiburger Kommunalbauten). De bijlage waarnaar art. 3 lid 3 van de Richtlijn verwijst bevat slechts een indicatieve en niet-uitputtende opsomming van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een beding dat erin voorkomt behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd en omgekeerd kan een beding dat er niet op voorkomt niettemin oneerlijk worden bevonden (rov. 3.8).

Op de bijlage bij de Richtlijn is onder q) genoemd het beding dat tot doel 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 scheidsrecht te wenden” (rov. 3.9).

Het onderhavige arbitragebeding is een beding als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn onder q), omdat de consument zich bij een geschil dat niet behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter uitsluitend tot arbitrage kan wenden. Daarmee wordt de consument afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, zonder dat hij zich daarvan in de regel bij het sluiten van de overeenkomst bewust zal zijn geweest en zonder dat dit onderwerp van onderhandeling zal zijn geweest. Het druist in tegen het in art. 17 van de Grondwet en in de Europese verdragen (in het bijzonder art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) neergelegde recht op toegang

tot de rechter, dat de consument op deze wijze de toegang tot de overheidsrechter wordt ontnomen. Daar komt bij dat aan arbitrage nadelen voor de consument zijn verbonden in vergelijking met de procedure voor de overheidsrechter. Als zodanige nadelen ziet het hof (a) dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze is gewaarborgd als die van de overheidsrechter, (b) dat de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden is tot toepassing van de wettelijke regels, (c) dat de consument voor hogere kosten kan worden geplaatst dan in een procedure voor de overheidsrechter, (d) terwijl ook in de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd een belemmering voor de consument kan liggen om een vordering in te stellen, dan wel zich tegen een vordering van zijn wederpartij te verweren. Voor die wederpartij daarentegen kan concentratie bij één instantie (kosten-)voordelen bieden. Tot slot is van belang dat in het voorontwerp herziening Arbitragewet tot uitgangspunt is genomen dat het arbitragebeding vernietigbaar is voor zover de consument geen keuze wordt gelaten tussen de overheidsrechter of arbitrage. Al deze omstandigheden tezamen brengen het hof tot het oordeel dat het arbitragebeding van art. 21 AVA 1992 oneerlijk is in de zin van de Richtlijn en onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW (rov. 3.10).’

Advocaat-generaal Spier meent dat het tegen deze oordelen gerichte cassatiemiddel dient te stranden. Hij voert daartoe in alinea 3.40.1–3.40.3 van zijn conclusie aan:

‘3.40.1 Al met al lijkt een iets fijnmaziger benadering dan een algemeen “njet” mij te verkiezen.(67) En wel aldus dat in beginsel wordt aangenomen dat een arbitragebeding in consumentenovereenkomsten onredelijk bezwarend (of oneerlijk) is.(68)

3.40.2 De onder 3.40.1 genoemde hoofdregel zou evenwel de mogelijkheid onverlet moeten laten voor de gebruiker om feiten en omstandigheden te stellen en bij voldoende gemotiveerde tegenspraak te bewijzen met betrekking tot de hiervoor onder 3.37 genoemde factoren (of eventueel andere relevante feiten en omstandigheden). Afhankelijk van een beoordeling van de feiten en omstandigheden die in een concreet komen vast te staan, zou het arbitragebeding als niet onredelijk bezwarend kunnen worden bestempeld.

3.40.3 Voor de meeste van dergelijke feiten en omstandigheden zal het stellen, zo nodig bewijzen en beoordelen, vermoedelijk niet al te zwaar vallen. Maar voor factor a, genoemd onder 3.37.1 (de onpartijdigheid, onafhankelijkheid en deskundigheid), zou het zeer wel in veel gevallen een bijkans herculische opgave kunnen zijn. In de praktijk zal het er dan ook vaak op neerkomen dat het arbitragebeding in een

23. HR 21 september 2012, LJN BW6135 (Van Marrum/Wolff). Over dit arrest tevens: Zippo 2012, p. 287-294.

overeenkomst met consumenten bedoeld is te sneuvelen. Dat ligt mogelijk wat genuanceerder naarmate het financiële belang (van het geschil) groter is omdat de nadelen van arbitrage in vergelijking tot overheidsrechtspraak dan in mindere mate een rol spelen. (69) Art. 21 lid 3 AVA 1992 speelt daarop ook in; zie hierboven onder 1.3.’

De A-G vervolgt in alinea 3.59.1–3.59.2:

‘3.59.1 Hoewel voor een zéér kritische benadering van arbitrale bedingen om de hiervoor ampel uiteengezette redenen veel valt te zeggen, ben ik huiverig om arbitrale bedingen in consumentenovereenkomsten zonder meer en steeds in de ban te doen. Een iets minder gaande benadering zou mijn voorkeur hebben; zie onder 3.40.

3.59.2 Daarvan uitgaande is het Hof iets te ver doorgeschoten. Dat zou tot vernietiging hebben moeten leiden wanneer [eiseres], zoals in mijn ogen op haar weg had gelegen, in feitelijke aanleg argumenten had aangedragen die de conclusie zouden (kunnen) rechtvaardigen dat in het onderhavige geval (of mogelijk meer in het algemeen in “bouwzaken”) een arbitraal beding in de algemene voorwaarden van consumentenovereenkomsten niet onredelijk bezwarend (“oneerlijk”) is. Het middel doet op dergelijke uitlatingen evenwel geen beroep. Vernietiging en verwijzing mist dan goede zin omdat de verwijzingsrechter, als Uw Raad mijn benadering zou onderschrijven, tot geen andere uitkomst kan geraken dan het Hof Leeuwarden.’

De door de A-G gevolgde route past mijns inziens in de door het HvJ EU ingezette lijn, die met name gericht is op de consumentenbescherming.²⁴ De Hoge Raad oordeelt evenwel dat het hof onvoldoende oog heeft gehad voor de omstandigheden van het geval, blijkens r.o. 3.4–3.5:

‘3.4 Aldus heeft het hof een oordeel gegeven dat niet steunt op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, maar op een algemene argumentatie die gelijkelijk geldt voor ieder gebruik van in algemene voorwaarden opgenomen arbitragebedingen als de onderhavige die deel uitmaken van een overeenkomst tussen een gebruiker en een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (consument). Het oordeel van het hof komt dan ook erop neer dat arbitragebedingen in algemene voorwaarden steeds als oneerlijk in de zin van de Richtlijn en onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW zijn aan te merken. Hiertegen komen de onderdelen 1, 3 en 4 terecht op. Een in algemene voorwaarden voorkomend arbitragebeding wordt, zoals het hof in rov. 3.5 van het bestreden arrest heeft onderkend, niet op grond van

art. 6:236 BW zonder meer als onredelijk bezwarend aangemerkt, noch op grond van art. 6:237 BW vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Dat sluit niet uit dat, zoals het hof eveneens heeft onderkend, de rechter een dergelijk beding toch onredelijk bezwarend en derhalve op grond van art. 6:233 BW vernietigbaar acht, maar een zodanig oordeel moet dan wel – afgezien van het in art. 6:233, aanhef en onder b, BW bedoelde geval – steunen op een specifieke motivering waarin zijn betrokken de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, terwijl stelplecht en bewijslast terzake in beginsel op de consument rusten. Het bestreden oordeel van het hof steunt niet op een waardering van de concrete omstandigheden van het geval maar plaatst als het ware het arbitrale beding op de zwarte lijst van art. 6:236 BW, en geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.5 Ook het oordeel van het hof dat een arbitragebeding in algemene voorwaarden oneerlijk is in de zin van art. 3 van de Richtlijn zoals uitgelegd in de rechtspraak van het HvJEU, wordt door de onderdelen terecht bestreden.

De Richtlijn schrijft niet voor dat arbitragebedingen in algemene voorwaarden steeds als oneerlijk moeten worden aangemerkt. Het door het hof bedoelde arrest van het HvJEU van 1 april 2004 (Freiburger Kommunalbauten) biedt geen steun aan de opvatting van het hof. In de overwegingen 22 en 25 van zijn arrest heeft het HvJEU benadrukt dat het zich niet kan uitspreken over de toepassing van de algemene, door de gemeenschapswetgever ter definiëring van het begrip “oneerlijk beding” gebruikte, criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval, en dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of een bepaald contractueel beding dat aan zijn oordeel onderworpen is, voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn te worden aangemerkt. Het HvJEU laat het dus aan de nationale rechter over om op basis van de concrete omstandigheden van het geval te onderzoeken of een arbitraal beding oneerlijk is als in de Richtlijn bedoeld, dat wil zeggen: onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 BW.’

Dit arrest leert dat arbitragebedingen niet per definitie categorisch oneerlijk (onredelijk bezwarend, in de terminologie van art. 6:233 BW) zijn. Door de woorden ‘in beginsel’ laat de Hoge Raad mijns inziens de route naar ambtshalve toetsing open. Gelet op het door de Hoge Raad aangehaalde arrest Freiburger Kommunalbauten oordeelt de Hoge Raad op juiste gronden dat artikel 6:233 sub a BW noopt tot het toetsen van de concrete omstandigheden, waaronder de aard van de overeenkomst, de hoedanigheid van partijen, de overige inhoud van de overeenkomst en de wederzijds kenbare belan-

24. In gelijke zin: C.M.D.S. Pavillon in haar noot onder ditzelfde arrest dat in TBR zal verschijnen. Vgl. voorts Pavillon 2011, nr. 162 en 165.

gen. Daaraan kan vanuit het arrest Dix q.q./ING worden toegevoegd: de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de totstandkoming van de algemene voorwaarden.²⁵ De omstandigheden waarop acht moet worden geslagen, werden door het HvJ EU ook al genoemd in het Invitel-arrest en komen daarom juist voor.

Toch knelt het arrest van de Hoge Raad, en wel om de volgende reden. De ambtshalve toetsing is door het HvJ EU in het leven geroepen ter bescherming van de consument. Het primaat van de consumentenbescherming weegt zo zwaar dat de rechter een beding dat binnen het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen valt, ook ambtshalve moet toetsen – uiteraard mits de rechter over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om de toets uit te voeren – als de consument wordt bijgestaan door een advocaat.²⁶ Een argument in de trant: ‘De consument genoot rechtskundige bijstand, dus zijn belangen worden adequaat verdedigd geacht’, gaat in de rechtspraak van het HvJ EU niet op. De ambtshalve toetsing dient ook plaats te vinden indien de consument verstek laat gaan en dus in rechte in het geheel niet reageert op de vordering.²⁷ De lijn die de Hoge Raad inneemt in zijn arrest van 21 september 2012 lijkt – gelet op de overweging in r.o. 3.4: ‘(...) terwijl stelplicht en bewijslast terzake in beginsel op de consument rusten (...)’ – ertoe te leiden dat de vraag of het beding onredelijk bezwarend is, afhankelijk is van door de consument aangevoerde argumenten. Een dergelijke benadering verhoudt zich mijns inziens slecht met de consumentenbeschermingsgedachte zoals het HvJ EU die in de rechtspraak over de Richtlijn oneerlijke bedingen keer op keer benadrukt. In dat geval zouden veel oneerlijke bedingen de dans ontspringen, omdat de consument die verstek laat gaan niet aan zijn stelplicht en bewijslast heeft voldaan, zelfs als de rechter over voldoende feitelijke en juridische omstandigheden beschikt om de toetsing in beginsel af te doen.

De Hoge Raad verwijt het Hof Leeuwarden terecht een al te rigide benadering die het arbitragebeding tot een quasi-zwartelijstbeding verheft. Zou de door A-G Spier bepleite tussenweg, die van het arbitragebeding een soort grijs beding maakt, waarbij de gebruiker van het betreffende beding het vermoeden van onredelijk bezwarendheid moet ontzenuwen, niet recht doen aan zowel de consumentenbeschermingsgedachte als aan de omstandigedentoets van artikel 6:233 onder a BW en artikel 4 van de Richtlijn oneerlijke bedingen? Een dergelijke benadering zou bovendien passen in het Invitel-arrest, waar het HvJ EU overweegt dat acht moet worden geslagen op de nationaalrechtelijke regeling en door de gebruiker van het beding aangevoerde redenen tot

rechtvaardiging van het beding. Wellicht ook zou de formule ‘op voorhand wordt bewezen geacht dat het betreffende beding onredelijk bezwarend is, behoudens door de gebruiker te leveren tegenbewijs’ soelaas kunnen bieden.²⁸ Op die manier kan recht worden gedaan aan zowel de stelplicht en bewijslast die op de consument rusten, als de ambtshalve toetsing waarbij de gebruiker van het betreffende beding redenen voor het opnemen van het beding moet aandragen.²⁹

5. Afronding

Deze bijdrage aan Actualia is langer dan u van mij gewend bent. Het onderwerp ‘ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht’ rechtvaardigt een uitgebreide behandeling mijns inziens. Niet alleen blijft het onderwerp contractenland bezighouden, ook neemt met name de Hoge Raad een ferm standpunt in. De in deze bijdrage besproken arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van de Hoge Raad nuanceren de omgang met ambtshalve toetsing verder. Blijkens deze jurisprudentie moet acht worden geslagen op de omstandigheden van het concrete geval bij de toetsing van de onredelijk bezwarendheid/oneerlijkheid van het beding in kwestie. De Hoge Raad en het HvJ EU verschillen over de stelplicht en bewijslast: de Hoge Raad legt deze in het arrest Van Marrum/Wolff *in beginsel* bij de consument; het HvJ EU lijkt in het Invitel-arrest de ernaar te neigen dat de gebruiker het betreffende beding moet ‘verdedigen’.

De arresten verschaffen geen duidelijkheid over de vraag of een arbitragebeding wel of niet door de beugel kan. Om die reden blijft onduidelijkheid bestaan of de gebruiker van algemene voorwaarden in B2C-contracten een beroep op de in de algemene voorwaarden voorkomende arbitrageclausule toekomt. Hierdoor blijft zowel de gebruiker als de consument met onduidelijkheid achter. De rechtspraak kan deze onduidelijkheid niet oplossen. Het woord is daarom aan de wetgever, die een Voorontwerp herziening Arbitragewet in consultatie heeft gebracht. Dit voorontwerp voorziet onder meer in een plaatsing van het arbitragebeding op de zwarte lijst in artikel 6:236 sub n BW. Op grond van die wijziging is het arbitragebeding onredelijk bezwarend, tenzij de wederpartij een termijn van ten minste een maand wordt gegund om aan te geven dat het geschil aan de overheidsrechter moet worden voorgelegd.³⁰ Totdat de voorgestelde wetswijziging is ingevoerd, zullen de con-

25. HR 3 februari 2012, LJN BT6947, NJ 2012/261 m.nt. Verstijlen (Dix q.q./ING), r.o. 4.4.5.

26. HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 (Rampion).

27. Vgl. ook Rapport ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht, al. 6.9, op 26 oktober 2012 ingezien op <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Eindrapport LOVCKwerkgroepambtshalvetoetsing_17210.pdf>.

28. Op grond van HR 17 januari 1969, NJ 1969, 112 mag de rechter ook in verstekzaken nadere vragen aan de eiser stellen, voordat hij vonnis wijst. Meijer suggereert dat wellicht op de rechter de verplichting kan rusten ambtshalve instructiemaatregelen te treffen, maar voegt daaraan toe dat het HvJ EU een dergelijke eis nog niet heeft geformuleerd: Meijer 2012, p. 298.

29. HvJ EU 26 april 2012, zaak C 472/10, NJ 2012/404 m.nt. MRM (Invitel), r.o. 31.

30. <www.internetconsultatie.nl/herzieningarbitragerecht>, geconsulteerd op 26 oktober 2012.

tractanten met de huidige onzekerheid moeten leven. De gebruiker doet er mijns inziens goed aan bij het ontstaan van het geschil aan de consument de keuze te geven bij welke instantie – arbiters of overheidsrechter – geprocedeerd moet worden. Het geven van de keuze kan naar mijn mening een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het arbitragebeding als onredelijk bezwarend moet worden beoordeeld.