

## **De schijnzekerheid van het arbitragebeding**

Veel standaardvoorwaarden in de bouw bevatten een arbitrageclausule waarin staat dat geschillen worden beslecht middels arbitrage. Een dergelijk beding biedt de aannemer die contracteert met een consument slechts schijnzekerheid, zo blijkt uit het arrest van Hof Leeuwarden d.d. 20 juli 2007, LJN: BR2500.

De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat zowel de Raad van de Europese Gemeenschappen als onze wetgever het noodzakelijk hebben geacht de contractsvrijheid onder omstandigheden te beperken. Als een beding voor een van de partijen onredelijk bezwarend is, kan dit beding op verzoek van de benadeelde partij worden vernietigd en daarmee buiten werking worden gesteld.

Reeds meerdere malen is aan de rechter de vraag voorgelegd of een tussen een consument en een opdrachtnemer overeengekomen arbitragebeding voor vernietiging in aanmerking komt. Hof 's-Hertogenbosch heeft deze vraag in 2009 ontkennend beantwoord. Het hof wijst daarbij op het feit dat een arbitragebeding naar Nederlands recht in beginsel niet als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Volgens het hof is geen sprake van een uitzondering die een ander oordeel rechtvaardigt. De inhoud van de Richtlijn oneerlijke bedingen doet volgens het hof aan dit oordeel niets af. Het hof overweegt hiertoe dat het betreffende wetsartikel op de te verwachten inhoud van de Richtlijn oneerlijke bedingen is afgestemd. De implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen heeft niet geleid tot aanpassing van het wetsartikel. Het hof concludeert dat het arbitragebeding in dit geval niet onredelijk bezwarend en dus niet vernietigbaar is.

Hof Leeuwarden oordeelde onlangs anders. Dit hof heeft een beroep op vernietiging van het arbitragebeding wel gehonoreerd. Het overweegt hiertoe dat het hof niet beperkt is tot hetgeen de wetgever heeft bepaald. Het hof kijkt voor de beantwoording van de aan haar voorgelegde vraag naar de bewoordingen en het doel van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Vervolgens oordeelt het hof dat een arbitragebeding de consument afhoudt van de rechter die de wet hem toekent, zonder dat de consument zich hiervan bewust is bij het sluiten van de overeenkomst en zonder dat dit voorwerp van onderhandeling is geweest. Volgens het hof druist dit in tegen het in de Grondwet en Europese verdragen neergelegde recht van toegang tot de rechter. Ook oordeelt het hof dat aan arbitrage nadelen voor de consument verbonden kunnen zijn. Uit het arrest blijkt overigens niet dat er daadwerkelijk sprake was van dergelijke nadelen voor de betreffende consument.

Het gevolg van laatstgenoemde uitspraak is schijnzekerheid voor de aannemer die contracteert met een consument. Waar de aannemer met een arbitragebeding dacht zekerheid te hebben over de wijze waarop geschillen worden beslecht, blijkt het tegenovergestelde het geval.

Wat immers te doen als de aannemer een vordering wil instellen tegen de opdrachtgever? Volgens het arbitragebeding zal de aannemer een arbitrageprocedure aanhangig moeten maken. De aannemer loopt dan het risico dat de opdrachtgever de vernietiging van dit beding inroept. Als dit verweer slaagt, zal de aannemer opnieuw moeten beginnen bij de rechter. Dit met alle kosten van dien.

De aannemer kan zich echter ook niet zonder risico's direct tot de rechter wenden. In dat geval loopt de aannemer het risico dat de opdrachtgever zich juist beroept op het arbitragebeding. De opdrachtgever kan onder verwijzing hiervan de onbevoegdheid van de rechtbank inroepen en aanvoeren dat het geschil middels arbitrage moet worden beslecht.

Voorts rijst de vraag of een opdrachtgever eerst de uitkomst van een arbitrage kan afwachten om zich – in geval van een onbevredigende uitkomst – alsnog tot de rechter te wenden met een beroep op vernietiging van het arbitragebeding en arbitraal vonnis.

Kortom, een voor aannemers en andere opdrachtnemers onbevredigende uitspraak. De consument kan de door de aannemer aanhangig gemaakte procedure op voornoemde wijze behoorlijk frustreren. Om onnodige kosten te voorkomen en tijd te besparen, is het raadzaam voorafgaand aan een procedure afspraken te maken over de wijze van geschilbeslechting, hetgeen dus niet reeds afdoende is gedaan met een arbitragebeding.

A.M. van Rijsewijk, De Clercq advocaten notarissen