

de Rijnlandroute en de Buitenring Parkstad Limburg aan als normale maatschappelijke ontwikkelingen (ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1884, r.o. 26; ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:2020:281, r.o. 7.4). Voor een normale maatschappelijke ontwikkeling lijkt in de rechtspraak kenmerkend dat de ontwikkeling in zijn algemeenheid geregeld in Nederland voorkomt. In voormelde uitspraak over de Rijnlandroute overwoog de Afdeling dat in de afgelopen decennia vrijwel alle snelwegen in Nederland zijn verbreed en daarom ook de verbreding van de A44 een normale maatschappelijke ontwikkeling is. Vergelijk ook twee uitspraken van 8 juli 2020 over de uitbreiding van een recreatieterrein respectievelijk de vergroting van bouwvolume in bestaand woongebied (ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1592 en ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1593). Beide zijn volgens de Afdeling normale maatschappelijke ontwikkelingen die vaak in Nederland voorkomen.

5. De inbreiding van een nieuwbouwwoning op de onderhavige locatie paste in dit geval naar zijn aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving. Daar waren partijen het ook over eens. Ter discussie stond wel of de ontwikkeling gelet op het Uitwerkingsplan Waalboss (2004) en de Structuurvisie Bernheze (2010) ook binnen het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijk beleid past. Beide beleidsstukken waren gericht op woningbouw op daarvoor geschikte inbreidingslocaties. Dat is volgens de Afdeling voldoende voor de conclusie dat de ontwikkeling paste in een gedurende een reeks van jaren gevoerd ruimtelijk beleid. De Afdeling merkt in dat verband nog op dat de SAOZ het verschil tussen de voorzienbaarheid (actieve risicoaanvaarding) en het normaal maatschappelijk risico onvoldoende heeft onderkend. Bij actieve risicoaanvaarding is van belang of op het moment van investering een concreet openbaar beleidsvoornemen bestond tot een nadelige planologische ontwikkeling op de specifieke locatie van de investering (ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 5.23-5.25). Bij het normaal maatschappelijk risico is het moment van investeren en de specifieke locatie niet van belang, maar gaat het om de vraag of de planologische ontwikkeling in brede zin in de lijn der verwachtingen ligt. Het onderscheid tussen “voorzienbaarheid” in de zin van “actieve risicoaanvaarding” en “voorzienbaarheid” in de zin van “lijn der verwachtingen” wordt vaker door elkaar gehaald. De Afdeling wees hier ook op in haar uitspraak van 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:281, r.o. 7.4.

6. De Afdeling overweegt verder dat bij het vaststellen van de omvang van het normaal maatschappelijk risico geen zelfstandige betekenis toekomt aan de geringe afstand tussen de woning en het plangebied. Hetzelfde geldt voor de omvang van de schade. Dit sluit aan bij eerdere rechtspraak. In de overzichtsuitspraak van 28 september 2016 (r.o. 5.9 en 5.10) werden omstandigheden als de aard en de omvang van de schade vermeld als omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de omvang van het normaal maatschappelijk risico. In latere uitspraken is dit in zoverre genuanceerd dat deze aspecten geen zelfstandige betekenis hebben voor de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Zij komen al aan bod bij de vraag of de schadeoorzaak

een normale ontwikkeling is die in de lijn der verwachtingen ligt (ABRvS 1 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1438, r.o. 7.5) dan wel bij de schadetaxatie (ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3272, r.o. 14.6).

7. De afstand is volgens de Afdeling wel van belang als daaruit blijkt dat de ontwikkeling naar haar aard en omvang niet of niet geheel binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving of binnen het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijke beleid past. Vanuit die invalshoek leidt de geringe afstand van de woning tot het plangebied in dit geval echter niet tot een lager normaal maatschappelijk risico. Daarnaast is hier volgens de Afdeling geen sprake van een zeer ingrijpende planologische ontwikkeling die tot een uitzonderlijk hoge schade heeft geleid in verhouding tot de waarde van de woning. De omvang van de schade – 5,8 procent van de waarde van de woning – is niet uitzonderlijk hoog in verhouding tot de waarde van de woning. Daarbij merkt de Afdeling op dat dit anders was dan in haar eerdere uitspraak van 22 januari 2020 (ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:214, r.o. 8.4). In die uitspraak ging het om een vlonderterras van een café dat aan weerszijden van de woningen van appellanten kwam te liggen, met veel overlast tot gevolg. De combinatie van een zeer ingrijpende planologische ontwikkeling én een uitzonderlijk hoge schade was toen voor de Afdeling reden om het normaal maatschappelijk risico op 3 procent van de waarde van de woning vast te stellen.

8. Met deze uitspraak en de eerdere uitspraken is een duidelijk systeem uiteengezet waaraan bestuursorganen kunnen toetsen bij de vaststelling van de hoogte van het normaal maatschappelijk risico. Met de invoering van de Omgevingswet is dat echter verleden tijd, aangezien dan een standaardforfait van 4 procent geldt (zie artikel 15.7 lid 1 van de nieuwe geconsolideerde versie van de Omgevingswet, de amvb's en de Omgevingsregeling zoals gepubliceerd op 31 juli 2020).

M.G. Nielen & L.A. Jager

Overeenkomstenrecht

BR 2020/67

Raad van Arbitrage voor de Bouw 20 mei 2020, nr. 36.866 (Mr. R.E. Weening)

m.nt. T.B. van Dijk & N. van Deinsen¹

(Art. 6:236 BW)

TvA 2020/44

Bevoegdheidsincident. Artikel 17 AVA 2013. Arbitragebeding onredelijk bezwarend als bedoeld in artikel 6:236 aanhef en onder n BW. Toepassing Intermaris-arrest.

¹ T.B. (Teije) van Dijk en N. (Nino) van Deinsen zijn advocaat bij AKD.

Toepassing Intermaris-arrest (ECLI:NL:HR:2019:1731, RCR 2020/14 m.nt. redactie en TBR 2019/177 m.nt. C.M.D.S. Pavilion) door de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Arbitrer oordeelt in een bevoegdheidsincident dat het in art. 17 AVA 2013 opgenomen arbitragebeding onredelijk bezwarend is voor de consument-opdrachtgevers op grond van art. 6:236 aanhef en onder n BW, nu dit beding de consument-opdrachtgevers géén termijn van ten minste een maand gunt om een keuze te maken tussen arbitrage of de overheidsrechter. Overeenkomstig het bepaalde in art. 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 art. 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 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.

SCHEIDSRECHTERLIJK INCIDENTEEL VONNIS

in een geschil tussen
de besloten vennootschap A.,
hierna te noemen “aanneemster”,
e i s e r s in de hoofdzaak,
v e r w e e r s t e r in het incident,
en
1.B.,
2.C.,
hierna gezamenlijk te noemen “opdrachtgevers”,
v e r w e e r d e r s in de hoofdzaak,
e i s e r s in het incident,

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekende, mr. R.E. Weening, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, is door de voorzitter van deze Raad voor de duur van dit incident benoemd tot enig arbitrer in dit geschil. Arbitrer heeft haar benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 7 mei 2020 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. J.S. Heidstra, secretaris van de Raad.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Voor de loop van het geding wordt verwezen naar de volgende stukken:

- de memorie van eis van 19 december 2019, binnengekomen op dezelfde datum;

- de brief van de Raad van 13 januari 2020, waarbij de (voormalige) gemachtigden van partijen onder meer is geschreven dat het scheidsgerecht ambtshalve moet onderzoeken of een (arbitraal) beding in de algemene voorwaarden oneerlijk/onredelijk bezwarend is, dat het arbitrale beding waarvan de bevoegdheid van de Raad in dit geschil wordt afgeleid aan opdrachtgevers, die als consument moeten worden gezien, geen termijn van ten minste een maand gunt om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen en dat het scheidsgerecht van de Raad zich mogelijk ambtshalve onbevoegd zal moeten verklaren om van het geschil kennis te nemen. Verder zijn opdrachtgevers onder meer in de gelegenheid gesteld om de Raad te berichten of zij instemmen met beslechting van het geschil door de Raad;
- (...) de brief van 17 maart 2020 waarbij de gemachtigde van opdrachtgevers kenbaar heeft gemaakt dat opdrachtgevers niet instemmen met beslechting van het geschil door de Raad;
- de brief van 18 maart 2020 van de Raad, waarbij de gemachtigde van aanneemster onder meer is verzocht de Raad te berichten of hij in de brief van 17 maart 2020 van de gemachtigde van opdrachtgevers aanleiding ziet het geschil in te trekken en zo niet waarom hij het geschil wenst voort te zetten;
- het e-mailbericht van 18 maart 2020 met bijlagen, waarbij de gemachtigde van aanneemster onder meer kenbaar heeft gemaakt dat aanneemster het geschil wenst te continueren;
- de brief van 19 maart 2020 van de Raad aan de gemachtigden van partijen, waarbij onder meer de (procedurele) gang van zaken is geschetst;
- de brief van 21 april 2020 van de Raad, waarbij de gemachtigde van opdrachtgevers in de gelegenheid is gesteld een memorie van antwoord te nemen;
- het e-mailbericht van 21 april 2020, waarbij de gemachtigde van opdrachtgevers onder meer heeft geschreven dat het in de rede ligt dat de Raad eerst de ambtshalve bevoegdheid beoordeelt;
- het e-mailbericht van 22 april 2020 (09.04 uur) van de gemachtigde van aanneemster, waarbij hij het standpunt van aanneemster ter zake de (on)bevoegdheid van de Raad heeft uiteengezet;
- het e-mailbericht van 22 april 2020 (10.49 uur) van de gemachtigde van opdrachtgevers, waarbij het standpunt van opdrachtgevers ter zake de (on)bevoegdheid van de Raad is uiteengezet;
- het e-mailbericht van 22 april 2020 (11.02 uur) van de gemachtigde van aanneemster, waarbij nogmaals het standpunt van aanneemster betreffende de (on)bevoegdheid van de Raad is uiteengezet;
- de brief van 23 april 2020 van de Raad, waarbij partijen onder meer is geschreven dat de correspondentie van partijen als een bevoegdheidsincident zal worden behandeld, dat de door partijen ingenomen standpunten duidelijk zijn en dat mocht één van partijen nog een

akte in het incident wensen te nemen zij dat binnen twee weken zal moeten doen;

- de brief van 12 mei 2020 van de Raad, waarbij is vastgesteld dat partijen geen akte in het incident hebben genomen en is medegedeeld dat arbiter thans overgaat tot het wijzen van vonnis in incident.
3. Partijen hebben niet verzocht om een mondelinge behandeling van het incident

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 begrijpt 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 rechtsoverweging 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. Arbitreren verklaart de Raad dan ook ambtshalve onbevoegd van het geschil tussen partijen kennis te nemen en dat geschil te beslechten bij scheidsrechterlijk vonnis.

DE KOSTEN VAN DIT INCIDENT EN DE OVERIGE VORDERINGEN

De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam € 2.826,79 bedragen (waarvan € 468,04 aan btw) en zijn verrekend met de door aanneemster gedane storting.

16. Ter zake van de door de Raad gemaakte kosten overweegt arbiter dat aanneemster als de in het ongelijk gestelde partij deze moet dragen.

17. Arbitreren acht zich niet bevoegd bij scheidsrechterlijk vonnis een oordeel te geven over de kosten van de procesuele bijstand van opdrachtgevers, nu zij daarover geen vordering hebben ingesteld.

DE BESLISSING

Arbitreren verklaart het scheidsrecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw onbevoegd om kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat geschil bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten.

Noot

Inleiding

1. Deze uitspraak betreft een scheidsrechtelijk incidenteel vonnis, gewezen naar aanleiding van een bevoegdheidsincident. De vraag die in deze uitspraak aan de orde komt is of het arbitragebeding zoals opgenomen in art. 17 AVA 2013 een onredelijk bezwarend beding vormt in de zin van Boek 6 Titel 5 Afdeling 3 BW. Meer concreet gaat het om de toepassing van art. 6:236 aanhef en onder n BW. Dit artikel bepaalt met zoveel woorden het volgende. Een beding dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, wordt in beginsel als onredelijk bezwarend aangemerkt. Dit

slechts tenzij het beding 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.

Art. 17 AVA 2013 een onredelijk bezwarend arbitragebeding?

2. Het arbitragebeding van art. 17 AVA 2013 (zoals geciteerd in ow. 8 van het vonnis) gunt de consument-opdrachtgever niet een termijn van ten minste een maand om te kiezen voor de volgens de wet bevoegde overheidsrechter. Uit de feitenvaststelling blijkt dat de consument-opdrachtgever deze termijn feitelijk wel heeft gekregen. De vraag die aan de orde komt is dus of het feit dat de termijn van ten minste een maand in casu wel is gegeven, ondanks dat dit niet expliciet in het arbitragebeding werd voorgescreven, voldoende is om te ontkomen aan het oordeel dat het arbitragebeding onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:236 aanhef en onder n BW.

3. Art. 6:236 BW omvat de zogenaamde 'zwarte lijst'. De bedingen die op deze lijst voorkomen worden als onredelijk bezwarend aangemerkt, wanneer de aldaar genoemde bedingen voorkomen in de algemene voorwaarden bij een overeenkomst tussen een "gebruiker" en een niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelende natuurlijke persoon; de consument. Tegenbewijs is dan uitgesloten. Art. 6:231 onder b BW definieert de gebruiker als de partij die de algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt. In bepaalde gevallen kan dit ook de consument zijn. Bijvoorbeeld wanneer de consument een bestek heeft laten opstellen. Als in dat bestek een arbitragebeding staat opgenomen zal dit de consument-opdrachtgever in beginsel binden, omdat Boek 6 Titel 5 Afdeling 3 BW dan toepassing mist.

4. De oordelende arbiter komt tot de conclusie dat het arbitragebeding zoals opgenomen in art. 17 AVA 2013 onredelijk bezwarend is, omdat het beding de consument-opdrachtgever geen termijn van ten minste een maand gunt. Het feit dat deze termijn feitelijk wel is gegeven is onvoldoende.

Het Intermaris-arrest

5. Bij zijn oordeel verwijst de arbiter naar het *Intermaris*-arrest (HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731). In dit arrest heeft de Hoge Raad – naar aanleiding van prejudiciële vragen in het kader van een exequaturprocedure over de tenuitvoerlegging van een arbitraal verstekvonnis van de Stichting Arbitrage Rechtspraak Nederland – dezelfde vraag reeds beantwoord. In dit arrest ging de Hoge Raad in op de vraag of de voorzieningenrechter, die oordeelt in de exequaturprocedure, gehouden is om zo nodig ambtshalve na te gaan of het arbitrale beding waarop het arbitrale vonnis berust, in strijd is met art. 6:236 aanhef en onder n BW.

6. De Hoge Raad komt in dit arrest met een aantal belangrijke opmerkingen. Zo oordeelt de Hoge Raad dat de voorzieningenrechter in de exequaturprocedure inderdaad gehouden is om ambtshalve te onderzoeken of aannemelijk is dat sprake is van een beding dat op grond van art. 6:236,

aanhel en onder n BW, onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 aanhel en onder a BW. Een marginale toetsing volstaat daarbij niet en ook mag de voorzieningenrechter niet louter afgaan op hetgeen hierover in het arbitrale vonnis is vermeld (r.o. 2.8.4).

7. Wat de inhoudelijke maatstaf van art. 6:236 aanhel en onder n BW betreft is de Hoge Raad duidelijk. Beoordeeld moet worden of het beding de consument een termijn van ten minste een maand gunt, nadat de gebruiker zich schriftelijk heeft beroepen op het beding, om te kiezen voor de overheidsrechter. Het is niet voldoende dat de consument die termijn feitelijk wel heeft gekregen. Art. 6:236 BW strekt er – aldus de Hoge Raad – namelijk toe de consument te beschermen tegen het gebruik van een beding dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt (r.o. 2.8.3).

8. Dit oordeel is op zich logisch omdat het bij de vraag of een beding onredelijk bezwarend is (of niet) qua toetsingsmoment gaat om het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst.² Het betreft immers een toetsing van het beding zelf, niet zozeer de manier waarop uitvoering is gegeven aan het beding. Anderzijds – en daar refereert A-G Valk ook aan in zijn conclusie bij dit arrest³ – volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot Richtlijn 93/13/EEG⁴ dat conversie van een oneerlijk beding niet is toegestaan. Indien sprake is van een oneerlijk beding, of (in de terminologie van het Nederlands recht) een onredelijk bezwarend beding, mag de rechter dit niet helen door het beding aan te passen. Door het ontnemen van de sanctie (vernietigbaarheid) wanneer, ondanks dat dit niet in de tekst van het beding tot uitdrukking komt, een termijn van ten minste een maand is gegund om voor de overheidsrechter te kiezen, zou sprake zijn van een ontoelaatbare conversie.

9. Tot slot verdient het opmerking dat de Hoge Raad expliciet aangeeft dat ook de arbiter ambtshalve dient te beoordelen of een arbitragebeding onredelijk bezwarend is (r.o. 2.8.2). Ook in de literatuur⁵ en door de wetgever⁶ wordt wel aangenomen dat een scheidsrecht daartoe gehouden is. Wat hiervan de grondslag is blijft echter – ook na het arrest – onduidelijk. Hoe dan ook, het *Intermaris*-arrest maakt duidelijk dat de voorzieningenrechter deze beoordeling moet herhalen in de exequaturprocedure (r.o. 2.8.4). Een marginale beoordeling volstaat daarbij niet, en ook kan de voorzieningenrechter niet louter afgaan op de beoordeling van het scheidsrecht.

2 Pavillion leest het *Intermaris*-arrest ook in die zin, zie haar noot bij het arrest in TBR 2019/177 onder 7. Zie voor het peilmoment HvJ EU 20 september 2017, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriuc e.a.*), r.o. 54 en HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, RvdW 2019/1210 (*Euriborhypotheek*), r.o. 3.2.1. Jurisprudentieverwijzingen ontleend aan: W.L. Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:333, aant. 1.

3 Zie onder randnummer 6.2, onder j, van de conclusie. Valk verwijst daar naar HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Espanol de Crédito*), onder 69. Zie van dat arrest ook de randnummers 70 t/m 73.

4 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, welke richtlijn naar Nederlands recht is geïmplementeerd in art. 6:233 BW.

5 Zie bijvoorbeeld S.A.M. de Loos-Wijker in *GS Vermogensrecht*, titel 2 Boek 3 BW, aant. 19.8.3.3.

6 Zie de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015: *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3, p. 7.

De Raad van Arbitrage voor de Bouw

10. Vermeldenswaardig is een artikel uit 2016 in het Tijdschrift voor Arbitrage van de hand van Niesen en De Mul.⁷ Beiden (althans destijds) werkzaam bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.⁸ In dit artikel werd bepleit dat de vernietigbaarheid van een arbitragebeding niet voor de hand ligt wanneer feitelijk wel een termijn van ten minste een maand is geboden. Zij baseren dit argument op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Arbitragewet 2015. Daarin staat immers: “Voorts is een beding in de algemene voorwaarden 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.”⁹ Niesen en De Mul lezen dit zo, dat het erom gaat of de keuzemogelijkheid feitelijk is geboden door de gebruiker van de algemene voorwaarden en niet zozeer of dat de keuzemogelijkheid in het beding staat.¹⁰

11. In dit kader is het interessant om, naar aanleiding van de beschouwing in het artikel van Niesen en De Mul, te wijzen op het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.¹¹ Het huidige art. 8 lid 2a bepaalt:

“Indien het geschil aanhangig wordt gemaakt tegen een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf als bedoeld in artikel 6:236 BW, dan kan aan die wederpartij bij aangetekende brief een termijn van een maand gegund worden om zich uit te laten of zij de beslechting van het geschil door arbitrage aanvaardt, tenzij de aanvragende partij de wederpartij al eerder bij aangetekende brief tenminste gedurende een maand de gelegenheid heeft gegeven zich daarover uit te laten. Bij aanvaarding van beslechting door arbitrage zal als datum van aanhangigmaking gelden de datum als bedoeld in lid 2 van dit artikel.”

12. Deze bepaling is op 1 januari 2015 aan (destijds art. 7 van) het Arbitragereglement toegevoegd. Volgens Niesen en De Mul wordt dit artikel sinds 1 januari 2016 toegepast in het geval de consument nog geen termijn van ten minste een maand is geboden om een keuze te maken. Dit zowel bij arbitragebedingen die de keuzemogelijkheid bevatten als die welke de keuzemogelijkheid niet bevatten.¹² Feitelijk komt dit erop neer dat niet de wederpartij (doorgaans de aannemer c.q. gebruiker van de algemene voorwaarden waarin het arbitragebeding is opgenomen) maar de Raad van Arbitrage zelf de termijn van een maand biedt om een keuze te maken. Nog los van het moment van toetsing van het arbitragebeding, lijkt dit een vorm van een ontoelaatbare

7 M. Niesen en Y.R.R. de Mul, ‘Arbitraal beding: oneerlijk/onredelijk bezwarend?’, *TvA* 2016/24, hierna: ‘Niesen & De Mul 2016’.

8 Het artikel werd op persoonlijke titel geschreven.

9 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3, p. 7.

10 Niesen & De Mul 2016, par. 3.1 onder iii).

11 <https://www.raadvanarbitrage.nl/statuten/43/49/statuten-en-arbitragereglement.html>, geraadpleegd versie 14 januari 2019 op 8 juli 2020.

12 Niesen & De Mul 2016, par. 3.1 onder iii).

conversie vooraf te zijn.¹³ Ook ging (?) de Raad van Arbitrage uit van stilzwijgende instemming met arbitrage wanneer de consument de maand ongebruikt laat verstrijken.¹⁴ Dit lijkt ons op gespannen voet te staan met de beschermingsgedachte achter het (Europese) consumentenrecht.

13. Hoe dan ook, gelet op het onderhavige vonnis lijkt de Raad van Arbitrage zich te hebben neergelegd bij het *Intermaris*-arrest.¹⁵ De Raad van Arbitrage toetst – al dan niet ambtshalve – of het arbitragebeding onredelijk bezwarend is. Wanneer (de tekst van) het arbitragebeding geen keuzemogelijkheid en een termijn van ten minste een maand voor het uitoefenen daarvan bevat, is het beding onredelijk bezwarend en moet het scheidsrecht zich onbevoegd verklaren. Daaraan kan niet afdoen dat de consument die termijn feitelijk wel heeft gekregen.

14. De vervolgvraag is of het *Intermaris*-arrest en de gewijzigde lijn van de Raad van Arbitrage voor de Bouw ook zal resulteren in een herziening van het Arbitragereglement. Wat daar ook van zij, het toepassingsbereik van art. 8 lid 2a Arbitragereglement zal in ieder geval beperkt moeten worden tot die situaties waarin het beding op zichzelf onder de ‘tenzij’ uitzondering van art. 6:236 aanhef en onder n BW valt, maar de termijn van ten minste een maand nog niet is gegund.

15. Een andere vraag die nog niet is beantwoord is of het oordeel van de Raad van Arbitrage anders zou zijn als het arbitragebeding een expliciete verwijzing naar het arbitragereglement zou bevatten. Niesen en De Mul betogen namelijk dat, gelet op het feit dat arbitragebedingen vaak verwijzen naar het toe te passen arbitragereglement, een bepaling zoals art. 8 lid 2a Arbitragereglement daardoor onderdeel van de overeenkomst en dus van het arbitragebeding kan worden. Zo’n verwijzing is bijvoorbeeld terug te vinden in § 58 van de DNR 2011.

Voor consumenten onredelijk bezwarende arbitragebedingen

16. Zowel § 58 DNR 2011, § 49 UAV 2012 als § 47 UAV-GC 2005 voldoen niet aan de ‘tenzij’-bepaling uit art. 6:236 aanhef en onder n BW. Wanneer een gebruiker op basis van een van deze algemene voorwaarden contracteert met een consument – en wil bevorderen dat een geschil aan arbitrage kan¹⁶ worden voorgelegd – verdient het dus aanbeveling om in de overeenkomst van opdracht c.q. aanneming van werk expliciet een aanvullende geschillenregeling op te nemen waarin de consument schriftelijk de keuzemogelijkheid geboden zal worden en dat de consument ten minste een maand bedenktijd krijgt.

T.B. van Dijk & N. van Deinsen

13 Niesen & De Mul 2016, par. 3.1 onder iii), zien dit anders, gelet op het feit dat arbitragebedingen vaak verwijzen naar het toe te passen arbitragereglement. Art. 8 lid 2a Arbitragereglement zou daarmee onderdeel van de overeenkomst en dus van het arbitragebeding kunnen worden. Zie ook hierna onder randnummer 15.

14 Niesen & De Mul 2016, par. 3.2.

15 Het scheidsrechtelijk vonnis is gewezen door de bestuursvoorzitter van de Raad van Arbitrage van de Bouw, mevrouw mr. R.E. Weening.

16 Kan, want de consument kan er immers steeds voor kiezen de voorkeur voor de overheidsrechter uit te spreken.

Omgevingsrecht

BR 2020/68

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 13 mei 2020, nr. 201902797/1/A1

(Mrs. C.J. Borman, H.G. Sevenster en A.J.C. de Moor-van Vugt) m.nt. C.M.M. van Mil¹

(Art. 2.1 lid 1 bijlage II, Wm; art. 1:3, 7:1 lid 1, 8:1, 8:72 lid 3 onder b Awb)

ABkort 2020/262

ECLI:NL:RVS:2020:1217

Afdeling niet bevoegd. Luchtkwaliteitsnormen in Amsterdamse straten bestuursrechtelijk niet handhaafbaar.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, kan er alleen een rechtstreeks beroep worden gedaan op een richtlijn als de bepaling in kwestie rechtstreekse werking heeft en de richtlijn niet correct is geïmplementeerd of als de volledige toepassing van de richtlijn niet daadwerkelijk is verzekerd (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 5 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2931). In titel 5.2 van de Wet milieubeheer en bijlage 2 bij de Wet milieubeheer zijn bepalingen over de luchtkwaliteit opgenomen die strekken tot uitvoering van de Richtlijn luchtkwaliteit. [appellant A] en anderen hebben geen redenen aangegeven waarom deze implementatie niet correct zou zijn. Aan titel 5.2. is nader uitvoering gegeven in het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (hierna: het NSL). De Afdeling voegt hieraan toe, zoals zij eerder heeft overwogen, dat als [appellant A] en anderen van mening zijn dat niet voldoende uitvoering is gegeven aan titel 5.2 van de Wet milieubeheer door (het nalaten van) andere handelingen dan voor beroep of bezwaar vatbare besluiten, zij een vordering bij de burgerlijke rechter kunnen instellen (zie de uitspraak van de Afdeling van 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3324). Uit het door hen aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 25 juli 2008, Janecek, ECLI:EU:C:2008:447, volgt niet dat toezicht op de naleving van de verplichtingen uit de Richtlijn luchtkwaliteit moet worden uitgeoefend door de bestuursrechter. Dit volgt ook niet uit het unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat de procedure bij de burgerlijke rechter volgens [appellant A] en anderen voor hen niet de meest gunstige is wat betreft kosten en bewijslast, maakt niet dat een dergelijke procedure niet als eerlijk, billijk en snel en niet buitensporig kostbaar kan worden aangemerkt (vergelijk de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 17 oktober 2018 en de uitspraak van de Afdeling van 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025). De Afdeling is in zoverre niet bevoegd om van het beroep kennis te nemen.

Uitspraak in het geding tussen:

[appellant A], [appellant B], [appellant C], [appellant D], [appellant E], [appellant F], [appellant G], [appellant H],

1 Chantal van Mil is advocaat bij Hekkelman Advocaten N.V.