

Essentie: *Bevoegdheidsincident. Het in artikel 17 AVA 2013 opgenomen arbitragebeding is onredelijk bezwarend als bedoeld in artikel nu dit beding opdrachtgevers (consumenten) geen termijn van tenminste een maand gunt, een en ander als bedoeld in artikel 6:236 aanhef en onder n BW juncto artikel 6:233, aanhef en onder a, BW. Dat feitelijk wel een termijn van een maand is gegund maakt dit niet anders. Opdrachtgevers stemmen niet in met beslechting door de Raad. Geen welbewuste keuze voor arbitrage.*

Nr. 36.866

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,

gemachtigde: mr. R.M.E. Haverlag, jurist bij DAS
Rechtsbijstand te Amsterdam,

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,

gemachtigde: mr. J. Saelman, advocaat te Amsterdam.

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 arbiter in dit geschil. Arbiter 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 tenminste 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 18 februari 2020, waarbij de Raad de voormalige gemachtigde van opdrachtgevers nogmaals heeft verzocht te berichten of opdrachtgevers instemmen met beslechting van het geschil door de Raad;
- de brief van 5 maart 2020, waarbij de Raad de voormalige gemachtigde van opdrachtgevers heeft verzocht vóór of op 19 maart 2020 te berichten of opdrachtgevers instemmen met beslechting van het geschil door de Raad en dat indien geen bericht wordt ontvangen ervan moet worden uitgegaan dat opdrachtgevers daarmee niet instemmen;
- het e-mailbericht van 9 maart 2020, waarbij mr. Saelman heeft medegedeeld dat hij opdrachtgevers zal bijstaan en dat hij de Raad vóór 19 maart 2020 zal berichten of opdrachtgevers met arbitrage instemmen;
- de brief van 9 maart 2020 van de Raad;
- de brief van 10 maart 2020 van de gemachtigde van aanneemster met vier bijlagen;
- de brief van 11 maart 2020 van 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. Arbitrer 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

15. 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 arbitrer dat aanneemster als de in het ongelijk gestelde partij deze moet dragen.
17. Arbitrer acht zich niet bevoegd bij scheidsrechterlijk vonnis een oordeel te geven over de kosten van de processuele bijstand van opdrachtgevers, nu zij daarover geen vordering hebben ingesteld.

DE BESLISSING

Arbitrer, rechtdoende:

VERKLAART het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw ONBEVOEGD om kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat geschil bij scheidсреchterlijk vonnis te beslechten.

Aldus gewezen te Amsterdam, 20 mei 2020

w.g. R.E. Weening

36866