

Kronieken

Arbitragerecht

De vorige kroniek, die verscheen in TCR 2006, p. 52 e.v., was geheel gewijd aan de eisen die gesteld worden aan de motivering van arbitrale vonnissen en bindende adviezen. Op het punt van de vernietiging van arbitrale vonnissen wegens een motiveringsgebrek heeft de Hoge Raad op 22 december 2006 opnieuw een arrest gewezen dat naar verwachting op zijn beurt veel pennen in beweging zal brengen. Het arrest betreft de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 (d) Rv en de uitleg die de Hoge Raad daaraan heeft toegekend in zijn arrest van 9 januari 2004, NJ 2005, 190 (Nannini/SFT). Het arrest van 22 december 2006 zal in het navolgende als eerste worden besproken. Aansluitend wordt aandacht besteed aan het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 26 oktober 2006 over het arbitraal beding als oneerlijk beding in consumentenovereenkomsten. Tot slot wordt in deze kroniek het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006 behandeld, waarin de Hoge Raad beslist dat de rechtsgeldigheid van besluiten van een rechtspersoon niet ter vrije bepaling van partijen staat en derhalve niet aan arbitrage kan worden onderworpen.

HR 22 december 2006, RvdW 2007, 27 (Kers/Rijpma)

In het Kers/Rijpma-arrest heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgesproken over de vraag wanneer moet worden aangenomen dat een arbitraal vonnis niet in stand kan blijven omdat het niet 'met redenen is omkleed' in de zin van art. 1065 lid 1 (d) Rv. In de vorige kroniek is uiteengezet dat op dit punt in de literatuur twee opvattingen bestaan. Aan de ene kant van het spectrum vindt men de opvatting van Sanders, die inhoudt dat een arbitraal vonnis op de hiervoor genoemde grond slechts kan worden vernietigd als *élke* motivering ontbreekt; aan de andere kant van het spectrum vindt men de opvatting van Snijders, die inhoudt dat een arbitraal vonnis niet alleen kan worden vernietigd als elke motivering ontbreekt, maar ook als de gegeven motivering *apert ondeugdelijk* is. Met zijn beslissing dat vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed, slechts mogelijk is wanneer motivering *ontbreekt*, en dus niet in gevallen van *ondeugdelijke* motivering, leek de Hoge Raad in de Benetton-beschikking (HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508) te beslissen ten gunste van de opvatting van Sanders. Overigens was met deze beslissing nog niet duidelijk of vernietiging mogelijk was in gevallen waarin de motivering *apert* ondeugdelijk was (zie daartoe Meijer, TvA 2000/3, p. 131-136). In het Nannini-arrest (HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190) leek de Hoge Raad een stap te doen in de richting van de opvatting van Snijders, door de hiervoor genoemde Benetton-regel aldus te preciseren dat met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt. Na het Nannini-arrest is in de literatuur discussie ontstaan over de reikwijdte van deze Nannini-regel (zie

voor enkele bronvermeldingen de vorige kroniek in TCR 2006, p. 53). In het algemeen leeft de gedachte dat het Nannini-arrest de deur heeft geopend – zij het op een kier – voor een inhoudelijke toetsing van arbitrale vonnissen op grond van art. 1065 lid 1 (d) Rv. Sinds het Nannini-arrest heerst onzekerheid over de vraag wat een 'steekhoudende verklaring' behelst en in hoeverre in een vernietigingsprocedure inhoudelijk getoetst kan worden of arbiters al dan niet een 'steekhoudende verklaring' voor hun beslissingen hebben gegeven.

In het onderhavige arrest in de zaak Kers/Rijpma heeft de Hoge Raad getracht de Nannini-precisering nader te omlijnen. Het ging in deze zaak kort weergegeven om het volgende. Rijpma en aannemer Kers hebben op 1 november 1999 een aannemingsovereenkomst gesloten, waarbij Rijpma aan Kers opdracht heeft gegeven om zijn woning te verbouwen. Volgens Rijpma heeft Kers bij zijn werkzaamheden op ondeskundige wijze een asbesthoudende binnenschousteen weggebroken, waardoor in zijn woning asbestbesmetting is ontstaan. Rijpma heeft onderzoeken laten verrichten om vast te stellen of inderdaad van asbestbesmetting sprake was. De bevindingen van deze onderzoeken zijn vastgelegd in de rapporten aangeduid met L13804 en M19021.

Rijpma heeft het geschil dat tussen partijen is ontstaan, voorgelegd aan arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Rijpma heeft onder meer gevorderd dat Kers wordt veroordeeld om hem de schade te vergoeden die als gevolg van asbestbesmetting van de woning is ontstaan (o.a. kosten van een asbestsanering die Rijpma in zijn woning heeft laten uitvoeren). Het scheidsrecht heeft aannemelijk geacht dat sprake is van asbestbesmetting, vermoedelijk als gevolg van de weggebroken pijp. Arbiters hebben Kers daarvoor aansprakelijk geacht en hem veroordeeld tot betaling van f. 9.022,50.

Zowel Kers als Rijpma heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid (geboden door de Statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw) arbitraal hoger beroep in te stellen. Appèlarbiters hebben geoordeeld dat geen asbestbesmetting is aangetoond. Aan dat oordeel ligt in de eerste plaats ten grondslag dat enerzijds het onderzoek M19021 niet voldoet aan de norm NEN 2939, omdat het rapport is opgesteld op basis van (alleen) drie veegmonsters en de norm NEN 2939 geen veegmonsters kent, en dat anderzijds uit het onderzoek L13804, dat wél is uitgevoerd conform de norm NEN 2939, geen aantoonbare besmetting blijkt. Met de norm NEN 2939 hebben appèlarbiters waarschijnlijk het oog gehad op de Nederlandse voornorm (NVN) 2939, die een werkwijze beschrijft voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in werkpleklucht (zie hierover de conclusie A-G, onder 2.66). In de tweede plaats ligt aan het oordeel van appèlarbiters ten grondslag dat uit de twee rapporten blijkt dat de van overheidswege gegeven norm voor de maximaal toelaatbare concentratie asbestvezels in binnenlucht niet is overschreden. Die norm (daarmee is dus niet de NEN 2939 bedoeld) is gesteld om de minimale hoeveelheid vast te stellen waarbij de vrij in de lucht voorkomende asbestvezels een gevaar voor de volksgezondheid kunnen gaan opleveren, zodat de stelling van Rijpma dat iedere asbestvezel gevaar ople-

vert, niet opgaat. Appèlarbiters hebben daarom slechts de kosten die samenhangen met de vrees voor asbestbesmetting voor vergoeding vatbaar geacht. Zij hebben het bestreden vonnis vernietigd en Kers veroordeeld tot betaling van € 3.095,92.

Rijpma heeft vervolgens een procedure tot vernietiging van het arbitraal (appèl)vonnis aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Amsterdam. Volgens Rijpma is de beslissing van appèlarbiters onjuist, omdat de door hen toegepaste NEN-norm geldt voor asbestconcentraties in werkpleklucht, terwijl het in casu niet gaat om bedrijfsruimte, maar om een woonhuis. Rijpma heeft aan zijn vordering tot vernietiging ten grondslag gelegd dat de appèlarbiters zich niet aan hun opdracht hebben gehouden, dat het appèlvonnis niet (voldoende) met redenen is omkleed en het appèlvonnis en/of dat de wijze waarop dit tot stand is gekomen, in strijd is met de openbare orde (art. 1065 lid 1 (c), (d) en/of (e) Rv). De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Tegen dat vonnis heeft Rijpma hoger beroep ingesteld bij het Hof Amsterdam. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het in hoger beroep gewezen arbitraal vonnis vernietigd. Het hof heeft daartoe overwogen dat de NEN-norm die arbiters tot uitgangspunt hebben genomen, een werkwijze behelst voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in werkpleklucht. Volgens het hof is onbegrijpelijk dat appèlarbiters die norm tot uitgangspunt hebben genomen bij de beoordeling van de vraag of de in het huis, dat geen werkplek is, voorkomende concentratie aan asbestvezels een gevaar voor de gezondheid van Rijpma en zijn gezin kon opleveren, en dat zij vervolgens aan de hand van die norm tot het oordeel zijn gekomen dat dit niet het geval was. Bovendien hebben appèlarbiters volgens het hof ten onrechte de essentiële stelling van Rijpma dat reëmissie van asbestvezels mogelijk was, niet in hun oordeel betrokken. Het hof concludeert dat in het arbitraal vonnis op essentiële onderdelen een motivering ontbreekt, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de op die onderdelen gegeven beslissingen.

Tegen het arrest van het hof heeft Kers cassatieberoep ingesteld. In cassatie heeft Kers in algemene zin een lans gebroken voor afschaffing van de Nannini-regel, omdat, zo heeft Kers betoogd, de praktijk met de huidige stand van de rechtspraak niet uit de voeten kan en de vernietigingsprocedure onder het mom van de Nannini-regel als een verkapt hoger beroep wordt gebruikt (zie de conclusie voor het arrest van A-G Wesseling-van Gent, onder 3.3). De rechtsregel zou volgens Kers dan ook weer moeten luiden dat een arbitraal vonnis slechts kan worden vernietigd op de grond van art. 1065 lid 1 onder d Rv, indien elke motivering ontbreekt.

A-G Wesseling-van Gent toont zich in haar – overigens zeer uitgebreide en lezenswaardige – conclusie voor het arrest geen voorstander van afschaffing van de Nannini-regel. Wél vindt zij dat in de gesignaleerde groei van het aantal civiele procedures waarin vernietiging van een arbitrale uitspraak wordt gevorderd op de voet van art. 1065 lid 1 (d) Rv, aanleiding kan worden gevonden voor een nadere omlijning van de Nannini-precisering, teneinde te vermijden dat met een ruime uitleg van de Nannini-precisering de vernietigingsprocedure verwordt tot een verkapt hoger beroep en om te bewerkstelligen dat het aantal gevallen waarin wordt getracht om met een beroep op de Nannini-regel

vernietiging van het scheidsrechterlijke vonnis te verkrijgen, tot zeer exceptionele gevallen beperkt blijft (zie conclusie, onder 3.5-3.7). De contouren van een nadere omlijning zijn volgens Wesseling-van Gent helder. De Nannini-regel moet worden beschouwd in de context van de wetsgeschiedenis en de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad. Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat voor inhoudelijke toetsing geen plaats is en dat de rechter terughoudendheid moet betrachten wanneer hem een vordering tot vernietiging van een scheidsrechterlijke uitspraak wordt voorgelegd. Deze twee aspecten ziet men beide terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zowel de Benetton-beschikking als het Nannini-arrest laten er geen misverstand over bestaan dat geen volledige, inhoudelijke toetsing van het arbitrale vonnis mag plaatsvinden. In zijn IMS/Iran-arrest (HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384; zie ook de kroniek in TCR 2004, p. 25-28) heeft de Hoge Raad bovendien overwogen dat een procedure op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en dat het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Volgens Wesseling-van Gent (zie conclusie, onder 3.9) laat de formulering van de woordcombinaties ‘enige steekhoudende verklaring’ en ‘niet te onderkennen valt’ in de Nannini-precisering dan ook geen andere conclusie toe dan dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een motivering met een non-motivering kan worden gelijkgesteld. Van een non-motivering kan volgens de A-G (zie conclusie, onder 3.10) slechts worden gesproken indien de beslissing op geen enkele manier valt terug te voeren op de motivering, alsmede indien de beslissing berust op een evident onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de desbetreffende beslissing kant noch wal raakt.

In zijn arrest van 22 december 2006 (RvdW 2007, 27) geeft de Hoge Raad de door de A-G bepleite nadere omlijning van de Nannini-precisering. Onder verwijzing naar de Benetton-beschikking (NJ 2000, 508) stelt de Hoge Raad opnieuw voorop dat vernietiging van een arbitraal vonnis kan plaatsvinden op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed, en dat vernietiging op deze grond slechts mogelijk is wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. Aan de rechter komt niet de bevoegdheid toe om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat hij dit oordeel in het Nannini-arrest (NJ 2005, 190) aldus heeft gepreciseerd dat met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering is gegeven, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen. Dit criterium moet door de rechter met terughoudendheid worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Dit betekent, zo overweegt de Hoge Raad vervolgens, dat uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, de rechter dit vonnis mag vernietigen op de in art. 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.

In het licht van het voorgaande heeft de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigd. Volgens de Hoge Raad heeft het hof blijk

gegeven van een andere opvatting over het aan te leggen criterium dan de Hoge Raad (in het Nannini-arrest) als juist heeft aanvaard. Het oordeel van het hof dat in het arbitraal appèlvonnissen op essentiële onderdelen een motivering ontbreekt, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de op die onderdelen gegeven beslissingen, is volgens de Hoge Raad niet juist, nu ook indien moet worden aangenomen dat arbiters een verkeerde norm (namelijk voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in werkpleklucht, terwijl het in casu ging om een woonhuis) tot uitgangspunt van hun beoordeling hebben genomen, zulks niet meebrengt dat in de motivering van hun vonnis enige steekhoudende verklaring voor de beslissing niet valt te onderkennen.

De vraag dringt zich op hoe de uitspraak in de onderhavige zaak Kers/Rijpma zich verhoudt tot de uitspraken van de Hoge Raad in de zaken Benetton en Nannini. Onzes inziens is een motivering die zo gebrekkig is dat die met een geheel ontbrekende motivering op één lijn moet worden gesteld, in feite hetzelfde als (zoals Snijders het aanvankelijk heeft aangeduid) een *apert* ondeugdelijke motivering. Zoals gezegd was met de beslissing in de zaak Benetton de mogelijkheid van vernietiging in geval van een *apert* ondeugdelijke motivering nog niet uitgesloten. Eventuele twijfel over de vraag of vernietiging ook bij een *apert* ondeugdelijke motivering mogelijk is, is met de uitspraak in de zaak Kers/Rijpma weggenomen, als dit niet al was geschied met de Nannini-uitspraak. Voor de verhouding tot het Nannini-arrest wijzen wij voorts op de zienswijze van Van den Nieuwendijk (in JBPr 2007, 35), die zich afvraagt of de zaak Nannini niet een voorbeeld vormt van een geval waarin het vonnis (door het ontbreken van enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing) zó gebrekkig was gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moest worden gesteld, zoals de Hoge Raad het thans formuleert in zijn uitspraak Kers/Rijpma. Van den Nieuwendijk gaat uit van een bandbreedte met aan het ene uiterste een werkelijk geheel ontbrekende motivering (in welk geval vernietiging zonder inhoudelijke toetsing mogelijk is) en aan het andere uiterste een ondeugdelijke motivering (in welk geval vernietiging niet mogelijk is (Benetton)). Tussen deze twee uitersten bevindt zich een gebied waarbinnen geldt dat weliswaar een motivering is gegeven, maar die motivering zo gebrekkig is dat die op één lijn is te stellen met een ontbrekende motivering. Een voorbeeld van een geval dat (ergens) binnen dit gebied valt, vormt volgens Van den Nieuwendijk het arbitrale vonnis dat wel een motivering behelst, doch waarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt (Nannini). Wij vragen ons af of de Hoge Raad in het arrest Kers/Rijpma niet gewoon de magische woorden uit het Nannini-arrest iets algemener heeft willen formuleren.

Voorts rijst de vraag of men in de praktijk met de in het Kers/Rijpma-arrest gegeven nadere omlijning van de Nannini-precisering uit de voeten kan. Hoewel het geen twijfel meer kan lijden dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en dus een volledige, inhoudelijke toetsing van (de motivering van) arbitrale vonnissen niet aan de orde is, blijft de vraag in hoeverre de civiele rechter in een vernietigingsprocedure dan (wel) mag toetsen of een arbitraal vonnis 'zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd

vonnissen op één lijn moet worden gesteld'. Hoewel wij ons realiseren dat een algemeen criterium moeilijk – of misschien wel niet – is te geven, biedt het thans geformuleerde – iets algemener – criterium even veel (of even weinig) houvast als het Nannini-criterium. Wanneer is een motivering zo gebrekkig of ondeugdelijk dat die motivering in feite met een non-motivering gelijk moet worden gesteld? Kennelijk is daarvan geen sprake als arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt (zouden) hebben genomen (Kers/Rijpma), maar wél als arbiters hun beslissing hebben gebaseerd op een (volgens de vernietigingsrechter) (geheel?) onjuiste premisse (Nannini). Bakels formuleerde het in zijn conclusie voor de Benetton-beschikking (NJ 2000, 508) aldus dat hij onder het ontbreken van een motivering mede zou willen verstaan een motivering die zó gebrekkig is dat zij naar informatief gehalte en overtuigingskracht met een geheel ontbrekende motivering op één lijn is te stellen. Zoals gezegd, kan volgens Wesseling-van Gent (conclusie, onder 3.10) slechts van een non-motivering worden gesproken als de beslissing op geen enkele manier valt terug te voeren op de motivering, alsmede indien de beslissing berust op een evident onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de desbetreffende beslissing kant noch wal raakt. Ten Cate (zie onder 2.27 van de conclusie van Wesseling-van Gent) is van mening dat een 'evident ondeugdelijke motivering' (waaronder hij verstaat een motivering met klinkklare nonsens) kan worden gelijkgesteld aan het ontbreken van een motivering. Uit het voorgaande moge blijken dat op de hiervoor gestelde vraag geen eenduidig antwoord valt te geven. Bij de beoordeling van de vraag of de motivering de toets der kritiek kan doorstaan, zullen hoogstwaarschijnlijk allerlei aspecten van de zaak worden meegewogen en zal uiteindelijk het gehele plaatje bepalend zijn. Elke eis die met het oog op vernietiging aan de motivering van arbitrale vonnissen wordt gesteld, brengt enige vorm van inhoudelijke toetsing door de overheidsrechter mee. Het is voor de praktijk te hopen dat de Hoge Raad met het onderhavige arrest voldoende duidelijk heeft gemaakt dat de overheidsrechter de motivering van arbitrale vonnissen slechts uiterst marginaal mag toetsen en dat vernietiging op de grond van art. 1065 lid 1 (d) Rv tot zeer exceptionele gevallen beperkt moet blijven, zodat het niet zinvol is om elk onwelgevallig arbitraal vonnis met een 'cassatiebril' op te onderzoeken op motiveringsklachten. Dat de rechtzoekende die in een arbitrage in het ongelijk wordt gesteld, de vernietigingsprocedure in de praktijk ziet als een extra kans (en kennelijk wel als een verkapt appèl), moge blijken uit het artikeltje in het tijdschrift Mr. (2007, afl. 3, p. 10), waarin vanuit het perspectief van Rijpma persoonlijk wordt beschreven hoe hij de zaak heeft beleefd. Het arrest is inmiddels ook gepubliceerd in BR 2007, 359 en met annotatie van Roelvink in TvA 2007, 20.

HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro/Móvil)

Het Europese Hof van Justitie heeft op 26 oktober 2006 in de zaak Mostaza Claro/Móvil, C168/05, een belangrijke uitspraak gedaan over de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn). Art. 3 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd indien het, 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. Het is aan de nationale rechter om – in het licht van de omstandigheden van het desbetreffende geval – te beoordelen of een contractueel beding als oneerlijk in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn kan worden aangemerkt. De bijlage bij de Richtlijn bevat een *indicatieve* lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, waaronder (punt 1, sub q) het beding dat tot doel of tot gevolg 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 scheidsgerecht te wenden (...)’.

Het Hof van Justitie heeft zijn uitspraak gedaan op een verzoek om een prejudiciële beslissing inzake de uitleg van genoemde Richtlijn. Dit verzoek is ingediend door een Spaans gerecht, de *Audiencia Provincial de Madrid*, in het kader van een procedure tussen E.M. Mostaza Claro (Mostaza Claro) en Centro Móvil Milenium SL (Móvil) over de geldigheid van een arbitraal beding in een abonnementsovereenkomst voor een mobiele telefoonlijn. Het arbitraal beding in de abonnementsovereenkomst hield in dat elk geschil met betrekking tot de overeenkomst via arbitrage moest worden beslecht door de *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* (Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling; AEADE).

Vooropgesteld zij dat volgens de nationale wetgeving van Spanje van rechtswege nietig zijn oneerlijke algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten, waarbij als oneerlijk beding wordt aangemerkt ‘het onderwerpen van het geschil aan een ander arbitragesysteem dan dat voor consumentenzaken, tenzij het arbitrage-instanties betreft die bij wet voor een bepaalde sector of voor een bepaald geval zijn ingesteld’.

Aangezien Mostaza Claro niet de minimum abonnementsperiode in acht had genomen, heeft Móvil bij de AEADE een arbitraal geding aanhangig gemaakt. Bij brief van 25 juli 2003 heeft de AEADE aan Mostaza Claro een termijn van tien dagen verleend om de arbitrage te weigeren, en gepreciseerd dat bij weigering beroep in rechte mogelijk bleef. Mostaza Claro heeft opmerkingen gemaakt over de grond van het geschil, doch deelname aan het arbitraal geding niet geweigerd noch de nietigheid van de arbitrageovereenkomst ingeroepen. Nadat het geschil door arbiters ten nadele van Mostaza Claro was beslecht, heeft zij bij de gewone rechter (de *Audiencia Provincial de Madrid*) het arbitrale vonnis aangevochten met het betoog dat de arbitrageovereenkomst nietig was, omdat het arbitraal beding oneerlijk was. In de verwijzingsbeslissing heeft de *Audiencia Provincial de Madrid* vastgesteld dat het geen twijfel lijdt dat het arbitraal beding een oneerlijk beding is en dat dit derhalve nietig is. Aangezien Mostaza Claro deze nietigheid evenwel niet heeft opgeworpen in het kader van het arbitraal geding – hetgeen volgens de Spaanse (destijds geldende) arbitragewet wel noodzakelijk is (zie r.o. 14 van het arrest) – heeft de rechter, teneinde het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met de Richtlijn, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie hierover een prejudiciële vraag te stellen.

Het Hof van Justitie beslist dat de Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij van een nationale rechter die kennisneemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis, verlangt dat hij de nietigheid van een arbitrageovereenkomst beoordeelt en het vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat, óók wanneer de consument die nietigheid niet tijdens het arbitraal geding, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen. Vorenstaande beslissing strekt zich mede uit tot het geval waarin de consument tijdens het arbitraal geding de kans heeft gekregen de arbitrage te weigeren, doch die kans niet heeft aangegrepen, zoals in casu het geval was (zie ook r.o. 29 van het arrest).

Wat de gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie voor het Nederlandse arbitragerecht precies zijn, laat zich niet gemakkelijk vaststellen. Voor Nederland wijzen wij met name op art. 1052 lid 2 Rv, dat bepaalt dat indien een partij zich niet tijdig ten overstaan van het scheidsgerecht erop heeft beroepen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, zij niet later een actie tot vernietiging kan instellen op grond van art. 1065 lid 1 (a) Rv, tenzij het geschil niet vatbaar is voor arbitrage (zie ook art. 1065 lid 2 Rv). De vraag is of hieraan met de thans voorliggende uitspraak van het Hof van Justitie wordt getoetst in geval van een arbitraal beding waarbij een consument partij is. Uiteraard vormt wel een verschil dat naar Spaans recht een arbitraal beding in een overeenkomst met een consument nietig is, terwijl dit volgens ons recht thans niet het geval is (zie echter wel art. 1021 lid 3 Rv in de Voorstellen tot Wijziging van de Arbitragewet, <www.arbitragewet.nl>). De uitspraak van het Hof lijkt zich te beperken tot de beslissing dat áls moet worden aangenomen dat een arbitraal beding oneerlijk is, de gewone rechter een arbitraal vonnis kan – of zelfs moet – vernietigen als de consument zich terecht erop beroept dat het arbitraal beding oneerlijk is, ook als daarop tijdens het arbitraal geding geen beroep is gedaan. De vraag of een arbitraal beding in een overeenkomst met een consument via de werking van de Richtlijn (richtlijnconforme interpretatie) oneerlijk is, kan binnen het bestek van deze kroniek niet in algemene termen worden beantwoord. Opmerking verdient dat het arbitraal beding voorkomt op de *indicatieve* lijst van oneerlijke bedingen. Uit de jurisprudentie over de werking van de Richtlijn vloeit onzes inziens voort dat ingevolge de Richtlijn een arbitraal beding oneerlijk *kán* zijn (dit veelal op grond van een weging van alle omstandigheden van het betrokken geval, doch soms zelfs zonder nader onderzoek). Zie HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero) met betrekking tot een forumkeuzebeding dat vrijwel één op één als oneerlijk leek te worden aangemerkt; zie ook r.o. 22-23 en 35-38 van het onderhavige arrest en HvJ EG 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 23. Indien een arbitraal beding inderdaad als oneerlijk kan worden aangemerkt, zoals zojuist bedoeld, zal het onderhavige arrest van het Hof van Justitie ook voor ons geldende Nederlandse recht gevolgen hebben. Zie voor een uitvoeriger analyse van dit arrest, waaronder de vraag of ambtshalve moet worden getoetst, de bijdragen van Meijer en Van den Nieuwendijk in JBPr 2007, 26, Pavillon in NTBR 2007, p. 149-157, Van Haersolte-van Hof en Kreijger in NTER 2007, p. 23-26, alsmede de annotatie van Mok in NJ 2007, 201.

HR 10 november 2006, RvdW 2006, 1055 (Groenselect Management NV c.s./Van den Boogaard)

De vraag van arbitrabiliteit betreft de vraag welke zaken partijen aan arbitrage kunnen onderwerpen. Ingevolge art. 1020 lid 3 Rv mag de overeenkomst tot arbitrage niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. In het algemeen wordt aangenomen dat partijen zaken die van openbare orde zijn, niet aan arbitrage kunnen onderwerpen (zie H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, art. 1020 Rv, Deventer: Kluwer 2007, aant. 5). Of een zaak van openbare orde is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

Het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006 (RvdW 2006, 1055) betreft een geschil tussen aandeelhouders en de vraag of zij op de voet van art. 500 (oud) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen (RvNA) geschillen omtrent de rechtsgeldigheid van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders – tot benoeming en ontslag van bestuurders – alsmede de rechtsgeldigheid van besluiten van een (beweerdelijk niet rechtsgeldig benoemde) bestuurder aan de beslissing van scheidsmannen mochten onderwerpen. Art. 500 (oud) RvNA luidt: ‘Ieder is bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen.’ De bepaling komt overeen met art. 620 (oud) Rv en art. 1020 lid 3 Rv. De Hoge Raad beslist dat moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. Zie in deze zin onder meer ook al: Honée in: P. van Schilfgaarde, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1997, p. 27-42, Asser/Van der Grinten/Maeijer, De Rechtspersoon, Deventer: Kluwer 1997, nr. 140 en P. Sanders, Het Nederlandse Arbitragerecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 48. Voorts, zo vervolgt de Hoge Raad, dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking, zo concludeert de Hoge Raad, is de tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

Al vaker is verdedigd dat arbitrage niet mogelijk is, als een uitspraak *erga omnes* werking heeft (Snijders 2007). Dit lijkt ook (mede) de ratio van de onderhavige beslissing van de Hoge Raad. Ook is wel in algemene termen verdedigd dat geschillen inzake de ‘staat van (rechts)personen’ niet ter vrije beschikking van partijen staan en daarom niet voor arbitrage vatbaar zijn (zie Sanders 2001, alsmede par. 2.7 van de conclusie van A-G Timmerman voor het onderhavige arrest). De Hoge Raad plaatst zijn arrest vooral in het licht van de werking ten opzichte van derden. De vraag of het gaat om de staat van de rechtspersoon, komt in het arrest van de Hoge Raad als zodanig niet aan de orde. Zie voorts – met de nodige kritiek op het arrest van de Hoge Raad – Boersma, JBPr 2007, 32 en Blanco Fernández, Besluiten van rechtspersonen en arbitrage, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2007/1, p. 3437. Vorenstaand arrest zal – gelet op de

beslissing omtrent de *erga omnes*-werking – onzes inziens ook van belang kunnen zijn voor de vernietiging van een octrooi op grond van art. 80 lid 1 Rijksoctrooiwet 1995. Aangenomen wordt wel dat arbitrage in dit soort zaken ook niet mogelijk is, aangezien ook de vernietiging van een octrooi jegens derden werkt; zie hierover Van den Burg, TvA 2003, p. 4-12. Voor een kort overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van arbitrabiliteit in het ondernemingsrecht en het intellectuele eigendomsrecht voorafgaand aan het onderhavige arrest zij gewezen op de bijdrage van De Witt Wijnen in Special TvA 2005, p. 10-16. Het onderhavige arrest is inmiddels (uitgebreider) besproken door Sanders in JOR 2007, 5, Boersma in JBPr 2007, 32, De Jongh in Bb 2007, 21 en Blanco Fernández in TOP 2007, p. 34-37.

Mevrouw mr. M.H. de Boer
Mr. G.J. Meijer