

Jurisprudentie – IV. Overig privaatrecht

TBR 2016/122

Hof Den Bosch, 15 december 2015, Nr. HD 200.173.992_01, ECLI: NL:GHSHE:2015:5252 (Geldigheid arbitraal beding)

(Mr. T. Rothuizen van Dijk, mr. S. Riemens en mr. J.J. Janssen)

UAV 1989: Par. 49 lid 2; Rv.: Art. 1021; BW: Art. 6:217 lid 1, art. 3:33 en art. 3:35, art. 6:232

Exceptie tot onbevoegdheid. Naamswijziging RvA. Gebondenheid arbitraal beding bij structuurwijziging arbitraal instituut.

Met gastnoot F.M. van Cassel – van Zeeland, Red.¹

3 De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a. Nedakon Kunststoffen B.V. (hierna: Nedakon) hield zich bezig met het aanleggen en renoveren van daken op projectbasis.

b. De rechtbank Rotterdam heeft Nedakon bij vonnis van 17 december 2013 in staat van faillissement verklaard en de curator benoemd (productie 1 inleidende dagvaarding).

c. Appellante drijft een onderneming op het gebied van vastgoedontwikkeling, projectontwikkeling en aannemerswerkzaamheden, alsmede burgerlijke en utiliteitsbouw.

Voordat Nedakon failliede heeft zij in opdracht van appellante diverse werkzaamheden uitgevoerd, waaronder de projecten bij partijen bekend onder de namen 'Toyota Garage', 'Fioretti College' en 'Het Haagsch'.

d. Appellante heeft van Nedakon, voor zover hier van belang, de volgende facturen ontvangen (productie 4 inleidende dagvaarding):

- factuur van 29 oktober 2013, nr. 00.20131021, project Toyota Garage, € 260,-;
- factuur van 26 november 2013, nr. 00.20131113, project Fioretti College, € 6.374,-;
- factuur van 16 december 2013, nr. 00.201301203, project Het Haagsch, € 245,-.

De curator heeft appellante bij brieven van 16 januari en 7 februari 2014 (productie 5 en 7 inleidende dagvaarding) verzocht het totaalbedrag van deze drie facturen (€ 6.879,-) binnen tien respectievelijk vijf dagen aan haar te voldoen. Appellante heeft hier geen gehoor aan gegeven.

Appellante heeft ter zake van de onder d) genoemde projecten vier overeenkomsten opgesteld, alle genaamd 'overeenkomst van onderaanneming' (productie 1 t/m 4 incidentele conclusie houdende de exceptie van onbevoegdheid). In deze overeenkomsten wordt appellante steeds als hoofdaannemer en Nedakon als onderaannemer aangemerkt. Het betreft de volgende overeenkomsten:

- overeenkomst van onderaanneming met betrekking tot het project Toyota Garage, gedateerd 6 juli 2011, ordernummer OINL04098, werknummer 101307, aanneemsom € 50.500,-;
- overeenkomst van onderaanneming met betrekking tot het project Fioretti College, gedateerd 21 september 2012, ordernummer OINL05087, werknummer 111458, aanneemsom € 170.000,-;
- overeenkomst van onderaanneming met betrekking tot het project Het Haagsch, gedateerd 19 april 2012, ordernummer OINL04713, werknummer 111409, aanneemsom € 180.000,-;
- 1 ste aanvullende overeenkomst van onderaanneming met betrekking tot het project Het Haagsch, gedateerd 26 juni 2012, ordernummer OINL04875, werknummer 111409, aanneemsom € 37.600,-.

In voormelde overeenkomsten van onderaanneming is in artikel 5 - onder meer - het volgende bepaald:

“Op deze overeenkomst zijn van toepassing de uitvoeringsvoorwaarden en de algemene voorwaarden van onderaanneming, inkoop en levering welke als bijlage bij deze overeenkomst zijn gevoegd. De toepasselijkheid van andere algemene voorwaarden wordt uitdrukkelijk van de hand gewezen.”

i. Verder is aan het slot van voormelde overeenkomsten steeds het volgende bepaald:

‘Graag ontvangen wij de bijgevoegde kopieovereenkomst voor akkoord getekend retour binnen 8 dagen na dagtekening. Bij gebreke van dien zal uit het feit dat met de werkzaamheden een aanvang is genomen kunnen worden afgeleid dat u uitdrukkelijk instemt met de tekst van de overeenkomst.’

In de algemene voorwaarden van onderaanneming, inkoop en levering (hierna: de algemene voorwaarden van [appellante]); productie 5 incidentele conclusie houdende de exceptie van onbevoegdheid) is onder de kop 'Deel A: Algemeen', onder 'Toepassingsgebied', sub c, het volgende bepaald:

‘Voor zover in de overeenkomst van onderaanneming [...] niet anders is bepaald, zijn op de overeenkomst tevens van toepassing de Uniforme Administratieve

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Simmons & Simmons.

Voorwaarden voor de Uitvoering van Werken 1989 (UAV 1989).

Deze algemene voorwaarden dienen als aanvulling op de UAV te worden beschouwd en waar ze daarvan afwijken als een wijziging daarvan.'

In de UAV 1989 is in artikel 49 lid 2 bepaald:

'Alle geschillen, welke ook - daaronder begrepen die, welke slechts door één der partijen als zodanig worden beschouwd - die naar aanleiding van de overeenkomst of van overeenkomsten, die daarvan een uitvloeisel mochten zijn, tussen opdrachtgever en aannemer mochten ontstaan, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen beschreven in de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, zoals deze drie maanden voor de dag van de aanbesteding luiden.'

In de algemene voorwaarden van appellante is onder de kop 'Deel B: Bijzondere bepalingen in geval van onderaanneming' in artikel 13 bepaald:

'Met inachtneming van hetgeen dienaangaande in het algemene deel van deze voorwaarden onder het hoofd Toepassingsgebied sub c is gesteld en voor zover daar dus niet anders is bepaald zullen alle geschillen - welke ook - daaronder begrepen die, welke slechts door een der partijen als zodanig worden beschouwd die naar aanleiding van de overeenkomst of van overeenkomsten, welke daarvan een uitvloeisel mochten zijn, tussen hoofdaannemer en onderaannemer mochten ontstaan, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen beschreven in de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, zoals deze drie maanden voor de dag van prijsopgave van het door de hoofdaannemer aangenomen werk luiden.'

3.2. De curator heeft appellante bij inleiden-de dagvaarding van 2 september 2014 in rechte betrokken en veroordeling van appellante gevorderd tot betaling van de in r.o. 3.1 onder e genoemde facturen, vermeerderd met wettelijke handelsrente en kosten.

3.3. Appellante heeft in eerste aanleg voor alle weren de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen. Zij heeft daartoe aangevoerd dat zij, met betrekking tot de werkzaamheden waarvan de curator betaling vordert, met Nedakon is overeengekomen dat de algemene voorwaarden van appellante van toepassing zijn, en dat op grond daarvan geschilbeslechting dient plaats te vinden door de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

3.4. De curator heeft in eerste aanleg gemotiveerd betwist dat de kantonrechter onbevoegd zou zijn van het geschil kennis te nemen en dit te beslechten.

3.5. De kantonrechter heeft in het vonnis waarvan beroep de incidentele vordering van appellante afgewezen. Hiertoe heeft de kantonrechter overwogen (r.o. 3.8 van het bestreden vonnis) dat niet is komen vast te staan dat appellante en Nedakon de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van appellante zijn overeengekomen. De overeenkomsten van onderaanne-

ming waarnaar appellante heeft verwezen, zijn niet door Nedakon ondertekend, aldus de kantonrechter. Voorts heeft de kantonrechter overwogen dat bovendien niet valt uit sluiten dat de facturen waarvan de curator betaling vordert betrekking hebben op meerwerk, waarin de bedoelde overeenkomsten van onderaanneming niet voorzien. De kantonrechter heeft geconcludeerd (r.o. 3.9 van het bestreden vonnis) dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 1021 Rv en dat dus niet is bewezen dat tussen appellante en Nedakon een arbitraal beding is overeengekomen.

3.6. De kantonrechter heeft op verzoek van appellante - en nadat de curator zich over dit verzoek had uitgelaten - beslist dat tegen het vonnis van 21 januari 2015 tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld.

3.7.1. Met grief 1 komt appellante op tegen het oordeel van de kantonrechter dat niet is komen vast te staan dat de algemene voorwaarden van appellante van toepassing zijn op de onderhavige overeenkomsten tussen appellante en Nedakon.

3.7.2. Bij beantwoording van de vraag of bij het sluiten van een overeenkomst de algemene voorwaarden van één der partijen op deze overeenkomst van toepassing zijn geworden, dienen de maatstaven te worden gehanteerd die in het algemeen gelden bij de totstandkoming van overeenkomsten; dat wil zeggen dat moet worden beoordeeld of sprake is van aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 lid 1 BW), begrepen in het licht van de artikelen 3:33 en 3:35 BW (vgl. Hoge Raad 21 september 2007, LJN BA9610 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 1573).

3.7.3. Appellante stelt dat zij met Nedakon de in r.o. 3.1 onder g bedoelde overeenkomsten heeft gesloten, en dat daarmee ook is overeengekomen dat de algemene voorwaarden van appellante van toepassing zijn op deze overeenkomsten. De curator heeft ten ververe weliswaar naar voren gebracht dat de bedoelde overeenkomsten door Nedakon niet voor akkoord zijn ondertekend, doch heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat appellante en Nedakon deze overeenkomsten hebben gesloten. Evenmin heeft de curator betwist dat Nedakon de desbetreffende overeenkomsten heeft ontvangen en Nedakon op basis daarvan de werkzaamheden heeft uitgevoerd. Gesteld noch gebleken is voorts dat Nedakon tegen de inhoud van de schriftelijke overeenkomsten heeft geprotesteerd of voorbehouden heeft gemaakt. In rechte staat derhalve vast dat appellante en Nedakon de in r.o. 3.1 onder g bedoelde overeenkomsten hebben gesloten. Dit betekent, gelet op artikel 5 van de respectieve overeenkomsten, waarin is bepaald dat de algemene voorwaarden van [appellante] van toepassing zijn op deze overeenkomsten, dat de algemene voorwaarden van [appellante] onderdeel uitmaken van de tussen [appellante] en Nedakon gesloten overeenkomsten. Dat Nedakon door de

uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden (impliciet) heeft ingestemd met de toepasselijkheid van algemene voorwaarden blijkt ook overigens met zoveel woorden uit de in de overeenkomsten vermelde zinsnede (zie r.o. 3.1. onder i) dat *'uit het feit dat met de werkzaamheden een aanvang is genomen (kan) worden afgeleid dat u uitdrukkelijk instemt met de tekst van de overeenkomst.'*

3.7.4. Voor zover de curator bedoelt te stellen dat de algemene voorwaarden van appellante niet van toepassing zijn op de onderhavige overeenkomsten, omdat Nedakon deze algemene voorwaarden niet kende en ze ook nooit ter hand zijn gesteld door appellante en evenmin zijn gedeponereerd, overweegt het hof als volgt.

Zoals in r.o. 3.7.3 is overwogen, zijn appellante en Nedakon overeengekomen dat de algemene voorwaarden van appellante van toepassing zijn op de in r.o. 3.1 onder g bedoelde overeenkomsten. Daarmee is Nedakon, gelet op artikel 6:232 BW, aan de algemene voorwaarden van appellante gebonden. De stelling van de curator dat de algemene voorwaarden van appellante nooit ter hand zijn gesteld en evenmin zijn gedeponereerd, kan niet tot de conclusie leiden dat deze voorwaarden niet van toepassing zijn (niet zijn overeengekomen), doch zou, indien aan de in de wet neergelegde vereisten is voldaan, tot vernietigbaarheid van een beding (in casu het arbitragebeding) uit de algemene voorwaarden kunnen leiden (artikel 6:233 aanhef en onderdeel b BW). Die vernietigbaarheid van een beding uit de algemene voorwaarden van appellante heeft de curator echter niet ingeroepen, zodat het hof de stelling van de curator reeds hierom passeert.

3.7.5. Grief 1 slaagt.

3.8.1. Met grief 2 komt appellante op tegen de overweging van de kantonrechter dat niet valt uit te sluiten dat de door Nedakon gefactureerde werkzaamheden betrekking hebben op meerwerk waarin de overeenkomsten van onderaanneming niet voorzien.

3.8.2. Vaststaat dat in artikel 13 (deel B, bijzondere bepalingen) van de overeengekomen (toepasselijke) algemene voorwaarden een arbitraal beding is opgenomen. Naar het oordeel van hof geldt dit arbitraal beding, gezien de bewoordingen hiervan, voor alle vorderingen die uit de in r.o. 3.1 onder g bedoelde overeenkomsten voortvloeien. Dat geldt ook voor vorderingen naar aanleiding van eventueel meerwerk dat op basis van die overeenkomsten is verricht. De curator heeft de stelling van appellante dat uit de facturen blijkt dat de desbetreffende vorderingen voortvloeien uit die overeenkomsten, nu op die facturen (onder meer) dezelfde projectnamen zijn vermeld als in de overeenkomsten, onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat hiervan in rechte wordt uitgegaan. Nu de curator aldus betaling vordert van de door Nedakon verrichte werkzaamheden in het kader van de overeenkomsten van onderaanneming en appellan-

te deze facturen niet wil betalen in verband met de door Nedakon af te geven garanties, is sprake van een geschil als bedoeld in het in artikel 13 van de algemene voorwaarden neergelegde arbitraal beding. Voor zover de curator ten ververe heeft aangevoerd dat het arbitragebeding te onduidelijk of onvoldoende specifiek zou zijn, faalt dit dan ook.

3.8.3. Grief 2 slaagt.

3.9. Uit het voorgaande volgt dat, anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld, tussen appellante en Nedakon een overeenkomst tot arbitrage is gesloten als bedoeld in artikel 1021 Rv, zodat ook grief 3 slaagt.

3.10.1. In eerste aanleg heeft de curator verweren gevoerd die de kantonrechter niet heeft behandeld. Het slagen van de grieven brengt mee dat het hof deze verweren alsnog zal beoordelen.

3.10.2. De curator heeft aangevoerd dat de in het arbitraal beding genoemde 'Raad voor Bouwbedrijven in Nederland' niet bestaat, en ook ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten van onderaanneming niet bestond. Voor zover in het arbitraal beding bedoeld te verwijzen naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw, stelt de curator zich op het standpunt dat de statuten daarvan alleen bindend zijn voor leden, dat die statuten bovendien niet aan Nedakon zijn overgelegd en haar daarom niet kunnen binden, en voorts dat niet is bepaald dat partijen hun geschil aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw moeten voorleggen, maar dat slechts is voorzien in de formele regels die van toepassing zijn in een arbitrageprocedure.

3.10.3. De Raad voor Bouwbedrijven in Nederland heeft in 2002 een naamswijziging ondergaan; sindsdien draagt hij de naam 'Raad van Arbitrage voor de Bouw'. Naar het oordeel van het hof kan er in redelijkheid geen misverstand over bestaan welke arbiter in het arbitragebeding wordt bedoeld. Dit verweer van de curator wordt derhalve verworpen.

Voor zover de curator beoogt een beroep te doen op artikel 1020 lid 5 Rv overweegt het hof dat deze bepaling hier niet aan de orde is, omdat het arbitraal beding in dit geval niet in statuten is opgenomen, maar door appellante en Nedakon (in de algemene voorwaarden) is overeengekomen. Voor zover de curator bedoelt dat het reglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw Nedakon niet kan binden, verwijst het hof naar artikel 1020 lid 6 Rv.

Anders dan de curator betoogt houdt het arbitraal beding niet slechts in dat voor de arbitrage bepaalde formele regels gelden, maar volgt uit dit beding evident dat geschillen als de onderhavige aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw moeten worden voorgelegd.

Het hof concludeert dan ook dat geen van de door de curator opgeworpen verweren slaagt.

3.11. Het vonnis waarvan beroep moet worden vernietigd. Het hof zal de kantonrechter alsnog onbevoegd verklaren van de vordering van de curator kennis te nemen.

NOOT

Inleiding

1. Aannemersbedrijf Nedakon heeft werkzaamheden verricht. Nedakon is een bedrijf dat zich bezighoudt met het aanleggen en renoveren van daken op projectbasis. Nedakon heeft onder andere werkzaamheden verricht aan 'Toyota Garage', 'Fioretti College' en 'Het Haagsch'. Vanwege deze werkzaamheden heeft zij drie facturen verstuurd aan haar opdrachtgever. Het gaat om een totaalbedrag van € 6.879,00. Nadien is Nedakon op 17 december 2013 failliet gegaan. De curator van Nedakon gaat over tot incasso van de drie openstaande facturen en wendt zich tot de kantonrechter. Opdrachtgever beroept zich voor alle werpen op de onbevoegdheid van de kantonrechter, omdat zij met Nedakon is overeengekomen² dat geschillen beslecht dienen te worden door de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: RvA). De kantonrechter heeft in eerste aanleg de exceptie tot onbevoegdheid gepasseerd en zich bevoegd verklaard. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de overeenkomsten van onderaanneming waarnaar opdrachtgever verwijst niet zijn ondertekend. Voorts heeft de kantonrechter overwogen, dat niet valt uit te sluiten dat de facturen waarvan de curator betaling vordert betrekking hebben op meerwerk, waarin de bedoelde overeenkomsten van onderaanneming niet voorzien.³

2. Art. 1021 Rv stelt als eis dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift, waarbij het voldoende is dat een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. De kantonrechter oordeelt dat niet aan deze vereisten van art. 1021 Rv wordt voldaan, zodat niet is bewezen dat tussen opdrachtgever en Nedakon een arbitraal beding is overeengekomen. Op verzoek van opdrachtgever is het tussenvonnissen opgesteld voor hoger beroep. Van deze geboden gelegenheid heeft opdrachtgever gebruikgemaakt.⁴ De eerste grief van opdrachtgever ziet op de gelding van de algemene voorwaarden. Deze grief slaagt, waarna het Hof de door de curator in eerste aanleg gevoerde stellingen en werpen behandelt.⁵ Een interessant verweer van de curator is dat in 2002 de RvA van naam is veranderd. Hier zal ik nader op ingaan. Nadien behandel ik de gevolgen van de omzetting in 2006 van de RvA van een informele vereniging naar een stichting voor de geldigheid van het arbitraal beding. Ik sluit af met een korte beschouwing over de gelding van algemene voorwaarden.

² In de algemene voorwaarden van opdrachtgever is een (indirect) arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn statuten.

³ Rechtsoverweging 3.5 van het te bespreken arrest.

⁴ In hoger beroep is de curator niet verschenen in het geding, doch dit maakt voor de behandeling van het geschil niet veel uit.

⁵ Dit beginsel geldt niet geheel onverkort, zie nader Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/133.

Naamswijziging RvA

3. Het eerste aspect waar ik in deze noot aandacht aan wil schenken is de naamswijziging van de RvA. De RvA was tot 1 juni 2002 geheten: 'Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland'.⁶ Sinds 1 juni 2002 gaat de RvA door het leven onder de naam: 'Raad van Arbitrage voor de Bouw'. Deze naamswijziging is rimpelloos verlopen. Dit zal mede, zo niet met name, gelegen liggen in de binnen de bouwwereld grote naamsbekendheid van de RvA. Voor zover mij bekend is het onderhavige geschil het eerste geschil waarin opgeworpen wordt dat de in het arbitraal beding genoemde Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland niet bestaat. Het Hof is snel klaar met dit verweer. Het Hof overweegt in rechtsoverweging 3.10.3 dat de RvA in 2002 een naamswijziging heeft ondergaan. In redelijkheid kan er geen misverstand over bestaan welke arbiter wordt bedoeld, aldus het Hof. De overeenkomsten tussen opdrachtgever en aannemster zijn gesloten in 2011 en 2012. Op dat moment was de naamswijziging van de RvA reeds nagenoeg een decennia doorgevoerd. Dat in het arbitrale beding toch naar de oude naam van de RvA wordt verwezen is - zo is nu bevestigd door het Hof - evenwel geen probleem⁷. Het is duidelijk welk arbitraal college bedoeld wordt. Hierover bestaat geen misverstand. Deze beslissing van het Hof is voor de bouwpraktijk een geruststellende uitspraak.

Structuurwijziging RvA

4. Na de naamswijziging in 2002 is de RvA op 27 april 2006 van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid (een informele vereniging) omgezet in een stichting. De RvA heeft dat moment benut om zijn statuten te splitsen in statuten en een arbitragereglement. Tevens is op 27 april 2006 de naam van de RvA nogmaals gewijzigd. De reden daarvan is simpel: in de naam van een stichting moet het woord 'stichting' opgenomen zijn⁸. Aangezien de RvA per 27 april 2006 een stichting is, heet de RvA vanaf dat moment: "Stichting Raad van Arbitrage voor de Bouw". De RvA heeft per die datum in haar statuten opgenomen dat zij tevens onder de naam "Raad van Arbitrage voor de Bouw" handelt. Hiermee wordt voorkomen dat de arbitrale bedingen die zijn opgenomen in de reeds bestaande over-

⁶ Zie de verschillende statuten die op de website van de RvA zijn te downloaden: <www.raadvanarbitrage.nl>. Tevens heeft de RvA in diverse vonnissen kort na de naamswijziging opgenomen dat de RvA voorheen geheten was: 'Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland'. Zie bijvoorbeeld het vonnis van 24 juni 2002, No. 24.445 te vinden op de jurisprudentiewebsite van de RvA <www.raadvanarbitrage.info>.

⁷ Deze arbitrale clause zou ook opgenomen kunnen zijn in een overeenkomst met een consument. Het leerstuk van de (niet-)gebondenheid van een consument aan een arbitraal beding zal in deze noot niet verder besproken worden. Voor dat leerstuk is het namelijk niet relevant of naar de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven of naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw wordt verwijzen; het zijn allebei arbitrale clauses. Het leerstuk van de (niet-)gebondenheid van een consument aan een arbitraal beding gaat voor beide verwijzingen op gelijke manier op en is op gelijke wijze even problematisch (of niet).

⁸ Art. 2:286 lid 4 aanhef en onder a: 'De statuten moeten inhouden: de naam der stichting, met het woord stichting als deel van de naam'.

eenkomsten niet verwijzen naar een niet meer bestaande rechtspersoon. Een dispuut waarbij één partij zou betogen dat het arbitrale beding naar een niet bestaande rechtspersoon zou verwijzen, is hiermee gelijk beslecht. De RvA heeft met ingang van 27 april 2006 gewoonweg twee namen.

5. Relevanter dan de naamswijziging in 2006 lijkt mij de wijziging van structuur die de RvA heeft ondergaan. De RvA is omgevormd van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid naar een stichting. In het algemeen komen partijen overeen om hun geschillen te laten beslechten bij wege van arbitrage op het moment dat er nog in het geheel geen geschil is. Het arbitrale beding is veelal opgenomen in de overeenkomst of in de bij de overeenkomst horende algemene voorwaarden. Het moment dat gekozen wordt voor arbitrage ligt derhalve normaliter bij aanvang van het contract. Het (eventuele) geschil is van latere datum. De keuze voor arbitrage kan derhalve gemaakt zijn toen de RvA nog een vereniging was. Nu het geschil beslecht moet worden, blijkt de RvA ineens een stichting te zijn. Ondanks dat de structuurwijziging van de RvA inmiddels 10 jaar geleden is, kan het nog steeds gebeuren dat partijen deze arbitrage zijn overeengekomen toen de RvA nog een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid was, terwijl de beslechting zal moeten geschieden nu de RvA een stichting is.⁹ In het onderhavige geschil is het niet relevant, want op het moment dat de overeenkomsten in 2011 en 2012 zijn gesloten, was de RvA reeds een stichting. Voor de geschillen waarbij het wel relevant kan zijn, bespreek ik kort deze situatie.

6. De statuten van de RvA tot 26 april 2006 zijn als setje regels niet gewijzigd, het papier bestaat immers nog gewoon. Deze oude statuten kunnen derhalve nog steeds als basis dienen om een geschil te laten beslechten. Alleen kan het geschil niet meer worden beslecht door of met hulp van de *vereniging RvA*. Deze vereniging bestaat immers niet meer, de RvA is inmiddels een stichting geworden. Een partij zou kunnen betogen dat hij niet heeft gekozen voor arbitrage bij een stichting. Een stichting is een ander type rechtspersoon dan een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. Zo hebben de leden van een vereniging zeggenschap binnen de vereniging en rust bij de algemene vergadering diverse (wettelijke) bevoegdheden. Een ander verschilpunt is in het geval de rechtspersoon gehouden is schadevergoeding¹⁰

⁹ Zie bijvoorbeeld het vonnis RvA 23 maart 2016, No. 35.505. In dit geschil is de overeenkomst op 12 november 2004 tot stand gekomen en eerst op 13 juli 2015 is het geschil aanhangig gemaakt bij de RvA.

¹⁰ Dekker en Van Boom geven voor de zelfstandige aansprakelijkheid van een arbitraal instituut als voorbeeld dat als het instituut de verantwoordelijkheid heeft voor het bijhouden van een lijst van toegelaten arbiters, dat daaruit mogelijkerwijs de verplichting voortvloeit om zorgvuldigheid bij het samenstellen van één lijst te betrachten. Onzorgvuldigheid leidt dan tot zelfstandige aansprakelijkheid van het instituut via art. 6:162 BW of art. 6:74 BW. Zie E. Dekker en W. van Boom, 'Arbiters en aansprakelijkheid', *NJB* 2013/26, p. 1703. Voorts kan gedacht worden aan het onjuist doorlopen van het benoemingsproces van arbiters voor een specifiek geschil, het (onevenredig) verdraagd doorzenden van processtukken of het niet uitnodigen van één partij voor de mondelinge behandeling. Uiteraard hangt het van alle omstandigheden van het geval af of het arbitrale instituut ook daadwerkelijk aansprakelijk is, een dergelijke beschouwing gaat de reikwijdte van deze noot echter (ver) te buiten.

te betalen. In het geval van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid is niet enkel de rechtspersoon (de vereniging) aansprakelijk, maar zijn de bestuurders in beginsel ook hoofdelijk aansprakelijk.¹¹ Bij een stichting kan enkel de rechtspersoon aangesproken worden.¹²

7. Al met al zijn er best wel wezenlijke verschillen tussen een stichting en een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. Alleen zijn deze verschillen niet echt relevant voor de rol die de RvA heeft. Uiteindelijk is het niet de RvA die het geschil beslecht. De geschillen worden beslecht door arbiters van de RvA en niet door de RvA zelf. De RvA kan ook geen geschillen beslechten bij wijze van arbitraal vonnis. Enkel natuurlijke personen kunnen namelijk tot arbiter worden benoemd.¹³ Een rechtspersoon kan geen arbiter zijn. De RvA is een arbitrage-instituut, een instituut dat arbiters faciliteert. De RvA ondersteunt de arbiters en hij heeft regels wie tot arbiters benoembaar zijn en hoe deze arbiters in een specifieke zaak benoemd worden. De RvA heeft een College van Arbiters uit welk college hij in een individuele zaak één of meerdere arbiters benoemt. De regels wie tot het College van Arbiters benoemd kan worden en hoe individuele collegeleden dan benoemd worden in een specifiek geschil, zijn bij de RvA nagenoeg niet gewijzigd in 2006. Juist de vraag wie tot arbiter benoembaar is en hoe dat plaatsheeft, is relevant. Niet relevant is of de rechtspersoon die het college van arbiters beheert en benoemt (of laat benoemen) een vereniging of een stichting is. Het gaat om hoe is bepaald of iemand lid kan worden van het college van arbiters en hoe uit dat college dan een individuele arbiter wordt gekozen. Deze twee keuzes betreffen het hart van het arbitrale proces: de keuze van de uiteindelijke arbiter(s). Een partij heeft zijn (grond)recht¹⁴ op toegang tot de overheidsrechter opgegeven in ruil voor beslechting van een (eventueel) geschil door arbiters.

8. Het opgeven van een grondrecht moet niet te licht opgenomen worden, zodat strak getoetst dient te worden of de keuze voor arbitrage nog immer opgeld kan doen. Het lijkt mij dat het criterium of iemand nog steeds gebonden is aan een arbitraal beding op het moment dat het betreffende arbitrage-instituut haar structuur en/of werkwijze heeft gewijzigd, gezocht moet worden in de richting of hij een ander soort rechtspleging krijgt dan waar hij ooit voor gekozen heeft. Als de partij gekozen heeft voor een bepaalde procedure voor benoeming van arbiters, hun specifieke deskundigheid en achtergronden, dan is dat wat deze partij heeft beoogd ten tijde van het aangaan van de arbitrage. Dat dient hij dan ook te krijgen. Als dat niet (meer) mogelijk is, dan lijkt mij dat de arbitrale clause geen werking meer heeft. Als de keuze en benoemingsprocedure van arbiters wijzigt, dan is het zeer goed verdedigbaar dat voor deze wijze van arbitrage niet is gekozen. Gevolg hiervan is

¹¹ Art. 2:30 lid 2 BW.

¹² Zulks uiteraard behoudens bestuurdersaansprakelijk, welke aansprakelijkheid enkel in uitzonderlijke situaties het geval zal zijn.

¹³ Art. 1023 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deze natuurlijke persoon moet tevens handelingsbekwaam zijn.

¹⁴ Zie art. 17 Grondwet en art. 6 EVRM, zie ook *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/165.

dat het arbitrale beding geen werking meer heeft en dat de gewone rechter wederom bevoegd is.

9. De structuurwijziging van de RvA heeft echter niet geleid tot een andere wijze van selecteren en benoemen van arbiters. Aldus is er mijns inziens geen reden om partijen niet meer gebonden te achten aan het arbitraal beding. Ondanks de verschillen tussen een stichting en een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid lijkt de kans van slagen zeer beperkt tot afwezig voor een partij om te stellen dat hij niet gebonden is aan het arbitrale beding, omdat de RvA is omgezet van een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid naar een stichting.

Gelding algemene voorwaarden

10. Terug naar de uitspraak van het Hof. De curator heeft aangevoerd dat Nedakon de overeenkomsten niet voor akkoord heeft ondertekend. In eerste aanleg heeft dit verweer succes gehad. De kantonrechter heeft geoordeeld dat nu de overeenkomsten niet zijn ondertekend, niet is vast komen te staan dat partijen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden zijn overeengekomen. Het Hof laat dit oordeel niet in stand. Het Hof vernietigt de uitspraak in eerste aanleg. In de algemene voorwaarden van opdrachtgeefster is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn statuten. Tevens is in de algemene voorwaarden van opdrachtgeefster een bepaling opgenomen dat de UAV '89 van toepassing zijn. In de UAV '89 is een arbitraal beding¹⁵ opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn statuten. Algemene voorwaarden gelden niet van rechtswege. Alvorens algemene voorwaarden gelding hebben, moeten partijen de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden overeenkomen. Normaliter worden algemene voorwaarden in het geheel aanvaard. Bekendheid met ieder individueel beding is niet nodig. Overeenkomsten kunnen in het algemeen vormvrij worden gesloten.¹⁶ De ondertekening van een overeenkomst is zelden nodig.¹⁷ Het verweer van de curator faalt, en dat was ook te verwachten. Er is tussen Nedakon en haar opdrachtgever een overeenkomst tot stand gekomen zonder dat partijen de papieren stukken ondertekend hebben. Dat deze overeenkomsten zijn gesloten, blijkt uit omstandigheden zoals bijvoorbeeld dat Nedakon de overeenkomsten heeft ontvangen, nimmer geprotesteerd heeft of een voorbehoud heeft gemaakt en wel aan het werk

is gegaan. Bij het falen van het verweer van de curator speelt een rol dat de curator niet (gemotiveerd) heeft betwist dat Nedakon en opdrachtgeefster de bewuste overeenkomsten hebben gesloten. Het gevolg is dat de overeenkomsten van toepassing zijn. Omdat in deze overeenkomsten de algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, zijn deze algemene voorwaarden ook van toepassing. Er is voldaan aan de eis van 1021 Rv dat er een geschrift is dat in arbitrage voorziet of dat er een geschrift is dat verwijst naar algemene voorwaarden die in arbitrage voorzien en dat uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Deze geschriften hoeven niet ondertekend te zijn, er wordt in de wet immers niet de eis gesteld van een akte doch slechts de eis van geschrift. Nu de overeenkomsten geschriften zijn die verwijzen naar de UAV '89, staat het arbitrale beding tussen partijen als een huis.¹⁸

Overige onderwerpen

11. De curator heeft nog enkele andere verweren opgeworpen. Zo stelt de curator dat het arbitrale beding niet ziet op meerwerk, de algemene voorwaarden niet ter hand zijn gesteld en ook niet zijn gedeponeed. Voorts voert de curator aan dat de statuten van de RvA enkel bindend zijn voor leden en dat die statuten niet aan Nedakon zijn overgelegd. Tot slot heeft de curator nog aangevoerd dat de arbitrale clause niet bepaalt dat partijen hun geschil aan de RvA moeten voorleggen, maar dat slechts is voorzien in de formele regels die van toepassing zijn in een arbitrageprocedure. Al deze door de curator opgeworpen verweren falen. Deze verweren nopen mijns inziens niet tot nadere bespreking.

Conclusie

12. Arbitrale clauses die verwijzen naar de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland zijn geen probleem. Het is duidelijk dat naar de Raad van Arbitrage voor de Bouw verwezen wordt. Het Gerechtshof Den Bosch heeft een heldere duidelijke uitspraak gedaan.

F.M. van Cassel - van Zeeland

¹⁸ Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, diss. Rotterdam 2008, bewerkte handelseditie, hoofdstuk 8 (1e gedeelte), p. 397-471.

¹⁵ Namelijk in par. 49 lid 2 UAV '89.

¹⁶ Het uitgangspunt van de wet (art. 3:37 BW) is de vormvrijheid van rechtshandelingen. Het verklaren van de wil kan geschieden door alle middelen die in het maatschappelijk verkeer als zodanig worden gebruikt en begrepen. Het sluiten van een overeenkomst is derhalve in beginsel niet aan vormen gebonden, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/272.

¹⁷ Zo is voor de overeenkomst voor de koop van woningen (art. 7:2 BW) een akte nodig. Een akte is een ondertekend geschrift, opgemaakt om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1 Rv). Evenzo wordt een akte, dus een ondertekend geschrift, vereist voor de overeenkomst tot bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:766 BW). Voorts eist de wet schriftelijkheid in het geval van huurkoop (art. 7A:1576i BW) en voor non-concurrentiebedingen in een arbeidsovereenkomst (art. 7:653 BW). Deze voorbeelden zijn niet limitatief.