



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland: Quis custodiet ipsos custodes?

Verhage, E.N.; Ribbers, P.L.F.; Boom, W. van; Breedveld-de Voogd, C.; Castermans, A.G.; Deugd-Dijkman, M. de; Hijma, J.

Citation

Verhage, E. N., & Ribbers, P. L. F. (2016). Toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland: Quis custodiet ipsos custodes? In W. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman, & J. Hijma (Eds.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders* (pp. 401-424). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46814>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46814>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland: *Quis custodiet ipsos custodes?*

Eline Verhage en Pauline Ribbers¹

I. Inleiding

Het Europese recht heeft zich de afgelopen decennia in een sneltreinvaart ontwikkeld, met alle gevolgen van dien voor de nationale rechtsorde. In het kader van de effectuering van materieel EU-recht op lidstaatsniveau speelt de overheidsrechter een belangrijke rol.² De overheidsrechter is evenwel niet de enige geschilbeslechter; buitengerechtelijke geschilbeslechting in de vorm van arbitrage en bindend advies wint gestaag terrein.³ De vraag rijst welke speelruimte arbiters en/of bindend adviseurs in hun procedures hebben wanneer zij geconfronteerd worden met vragen van Europees recht. Waar de overheidsrechter immers kan terugvallen op het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie om EU-recht ‘correct te kunnen toepassen’,⁴ staat een dergelijke mogelijkheid in beginsel niet open voor arbiters en bindend adviseurs. Toch is het niet ondenkbaar dat deze geschilbeslechters (al dan niet vrijwillig) geconfronteerd worden met (vragen over) de toepassing van Unierecht. In bepaalde gevallen kunnen zij zelfs verplicht zijn toepassing van Europees recht in de procedure te bewaken. Wie controleert dan de juistheid van hun toepassing? Of, zoals de Romeinse dichter Juvenalis zo’n tweeduizend jaar geleden sprak: *Quis custodiet ipsos custodes?*⁵ Dan wel, vertaald naar de 21^e eeuw, in de woorden van onze promotor Henk Snijders: ‘*Who watches the watchmen?*’

¹ Mr. E.N. Verhage en mr. P.L.F. Ribbers zijn sinds september 2014 respectievelijk september 2015 als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden en promovendae van prof. mr. H.J. Snijders. De auteurs danken Marte Knigge voor het kritisch (door)lezen van deze bijdrage.

² Vgl. HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), r.o. 16.

³ Vgl. voor de situatie in Nederland: M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma 2015.

⁴ Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *Publicatieblad C* 338, 6 november 2012.

⁵ D.J. Juvenalis, *Satiren VI*, regels 347/348.

In deze bijdrage zal worden bekeken in hoeverre gekomen kan worden tot een ‘correcte toepassing’ van EU-recht door arbiters en bindend adviseurs in Nederland. Hiertoe wordt allereerst besproken in hoeverre er sprake is van (een verplichte) toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs (par. 2). In het verlengde hiervan komt de huidige gang van zaken aan bod met betrekking tot de controle op een juiste toepassing van EU-recht in arbitrage- en bindend adviesprocedures (par. 3). Tot slot wordt bekeken op welke wijze arbiters en bindend adviseurs zouden kunnen omgaan met vragen naar de correcte toepassing van Europees recht (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 5).

2. Verplichte toepassing van EU-(consumenten)recht door arbiters en bindend adviseurs

2.1. Europees kader

De Europese Unie heeft tot op heden weinig tot niets gedaan aan harmonisatie op het gebied van (nationaal) arbitragerecht (par. 2.2).⁶ Deze beperkte aandacht voor Europese inmenging in de arbitragewereld staat in schril contrast met de diverse maatregelen die de Europese wetgever de afgelopen twee decennia heeft genomen teneinde het gebruik van *Alternative Dispute Resolution* (ADR) voor consumentenzaken te stimuleren.⁷ In Nederland wordt sinds de jaren ‘70 van de vorige eeuw een groot aantal consumentengeschillen buitengerechtelijk afgewikkeld via de (typisch) Nederlandse⁸ bindend adviesprocedure.⁹ In deze bijdrage is, wat betreft de subparagrafen aangaande het bindend advies, de geïnstitutionaliseerde variant van de bindend adviesprocedure voor consumentenzaken zoals die hoofdzakelijk wordt gehanteerd door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC),

6 Wellicht een ‘gemiste kans’ voor de EU bij deerschikking van de EEX-verordening (vgl. considerans 12 van de verordening), zie nader: M. Moses, ‘Arbitration/Litigation Interface: The European Debate’, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2014/1. Vgl. F.J.M. De Ly, ‘Herschikking van de EEX-Verordening en arbitrage – deel I’, *TvA* 2015/67.

7 Zie o.a. Groenboek ‘De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt’, COM (93) 576, Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van Consumentengeschillen, *PbEG* L 115, Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PbEG* L 109/56 en Mededeling van de Commissie over ‘verruiming van de toegang voor consumenten tot alternatieve geschillenbeslechting’, COM (2001) 161 def.

8 Snijders wijst in zijn bijdrage ‘Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated’, AA 2002, afl. 7/8, p. 492 op het Duitse *Schiedsgutachten* en de Italiaanse *arbitrato irrituale* als rechtsfiguren die overeenkomsten vertonen met het Nederlandse bindend advies.

9 E.H. Hondius, ‘De geschillencommissies’, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 525-546.

het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) van belang.¹⁰ Aanvankelijk bediende de Uniewetgever zich uitsluitend van *soft law*-maatregelen – zoals bijvoorbeeld een tweetal Aanbevelingen¹¹ – om het buiten de rechter om afwikkelen van consumentengeschillen te stimuleren. Deze *soft law*-maatregelen brachten voor de buitengerechtelijke geschilbeslechtsinstanties een aanbeveling met zich om het door dwingend recht gewaarborgde niveau van (consumenten)bescherming te garanderen, maar geen verplichting.¹² Met de uitvaardiging in 2013 van Richtlijn 2013/11/EU inzake alternatieve beslechting voor consumentenzaken (ADR-richtlijn)¹³ is hier verandering in gekomen.¹⁴ Zo verplicht het in art. 11 ADR-richtlijn verankerde ‘wettigheidsprincipe’¹⁵ de lidstaten ertoe om in buitengerechtelijke procedures, waarin de consument een oplossing krijgt opgelegd door een onafhankelijke derde, het in dwingend recht gewaarborgde niveau van bescherming aan de consument te verzekeren. Of art. 11 ADR-richtlijn ook verplicht tot toepassing van dwingend Europees recht in ADR-procedures die de consument een oplossing opleggen, komt nader aan de orde in paragraaf 2.3.

2.2. Arbitrage¹⁶

Het loyaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 4 lid 3 VEU, verplicht lidstaten van de Europese Unie tot handhaving van Europees recht op hun grondgebied. Uit dit

¹⁰ Zie www.degeschillencommissie.nl; www.kifid.nl; en www.skgz.nl voor algemene informatie over deze instanties die consumentenzaken buitengerechtelijk afwikkelen.

¹¹ Aanbeveling 98/257/EG betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van Consumentengeschillen, *PbEG* L 115, Aanbeveling 2001/310/EG met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn, *PbEG* L 109/56.

¹² Het principe van wettigheid was voorheen opgenomen in art. V Aanbeveling 98/257/EG (zie supra noot 11) en heeft door opname daarvan in de ADR-richtlijn een bindend karakter gekregen. Zie ook overweging (37) preambule ADR-richtlijn.

¹³ Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (ADR-richtlijn), *PbEU* L 165/63.

¹⁴ De ADR-richtlijn is complementair aan Verordening (EU) Nr. 524/2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (ODR-verordening). ODR staat voor *Online Dispute Resolution*. De ODR-verordening komt in deze bijdrage niet aan bod.

¹⁵ Opgemerkt zij dat in het voorstel van de ADR-richtlijn het wettigheidsprincipe niet was opgenomen. Het principe is later, tijdens de parlementaire beraadslaging rondom de richtlijn, alsnog toegevoegd aan de definitieve tekst van de richtlijn.

¹⁶ In deze bijdrage zal het perspectief voor wat investeringsarbitrage betreft in beginsel buiten beschouwing worden gelaten. Zie hieromtrent nader bijv. R. Atkinson, ‘Mackenzie-Stuart Lecture 2016: Investment Arbitration and EU Law – Juliane Kokott’, *Kluwer Arbitration Blog* 11 maart 2016 en J. Basedow, ‘EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice’, *Journal of International Arbitration* 2015/4.

beginsel vloeit impliciet voort dat overheidsrechters verplicht zijn om ‘Europees-recht conform’ recht te spreken.¹⁷ In tegenstelling tot overheidsrechters van EU-lidstaten, zijn arbiters niet gebonden aan het Europeesrechtelijke loyaliteitsbeginsel.¹⁸ Arbiters hoeven in een internationale arbitrageprocedure in beginsel immers niet loyaal te zijn aan het rechtsstelsel van één staat.¹⁹ Toch is het niet ondenkbaar dat arbiters in sommige procedures geconfronteerd worden met Europees recht; vrijwillig of onvrijwillig. Hoewel een arbitrageovereenkomst in Nederland niet mag leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen ‘welke niet ter vrije bepaling’ van de partijen staan (art. 1020 lid 3 Rv), wordt verdedigd dat arbitrage wel toelaatbaar is voor zaken waar recht van openbare orde ‘mee gemoeid is’.²⁰ In het verlengde hiervan heeft het Hof van Justitie overwogen dat bepaalde vragen van Europees recht in beginsel aan arbitrage onderworpen kunnen worden.²¹ Op grond van het beginsel van de partijautonomie zouden partijen dan ook de toepasselijkheid van Europees recht kunnen overeenkomen in hun arbitrageprocedure. Deze partijautonomie heeft echter wel een keerzijde: het is partijen niet toegestaan de

17 H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht: een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. UVA) 2011, p. 27-28: onder verwijzing naar: HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*), r.o. 21. Vgl. art. 19 VEU en art. 267 VWEU.

18 Zie voor de in casu niet nader behandelde vraag in hoeverre arbiters gebonden zijn aan rechtspraak van het Hof van Justitie: J. Kolber, ‘The relationship between arbitrators and the administrative and judicial organs of the EU’, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2011/3.

19 Vgl. N. Shelkopyas, *The application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 261-267 en U.S. Supreme Court 2 juli 1985, 473 U.S. 614, nr. 83-1569 (*Mitsubishi Motors Corp./Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*): ‘(...) the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties.’

20 Aldus: H.J. Snijders, ‘“Rond de arbitrage met name in bouwzaken”, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht’, in: H.J. Snijders & S.L. Buruma, *Bouwarbitrage en de civiele rechter*, Deventer: Kluwer 1995, p. 54.

21 Vgl. voor Europees mededingingsrecht: HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*) en voor Europees consumentenrecht: HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*).

toepassing van dwingend Europees recht te omzeilen middels een rechtskeuzebeding voor (de jurisdictie van) een niet-EU-lidstaat.²²

De vraag of arbiters (ambtshalve²³) gehouden zijn Europees recht toe te passen, laat zich evenwel niet makkelijk beantwoorden. Toch lijkt het gerechtvaardigd om aan te nemen dat arbiters in bepaalde gevallen Europees recht (ambtshalve) dienen toe te passen.²⁴ Het Hof van Justitie onderstreepte in 1982 dat het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle lidstaten ‘volledig’ nageleefd moet worden.²⁵ Het wordt dan ook verdedigd dat arbiters (ambtshalve) gehouden zijn Europees recht toe te passen, mits dit recht onderdeel uitmaakt van het van toepassing zijnde (nationale) recht in de arbitrageprocedure.^{26, 27} Deze gedachtegang kan nader ondersteund worden met een beroep op twee beginselen die een rol spelen in de Europese rechtsorde: voorrang en directe werking van EU-recht.²⁸ Een andere gedachtegang die rechtvaardiging zoekt voor (verplichte) toepassing van Europees recht door arbiters hangt samen met een tweetal ‘sanctionerende’ instrumenten dat beschikbaar is voor overheidsrechters. Enerzijds kan een arbitrale uitspraak middels een

22 HvJ EG 9 november 2000, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605 (*Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc*). Vgl. op nationaal (Engels) niveau: High Court 30 oktober 2009, EWHC 2655 (QB) (*Accentuate Ltd/ASIGRA Inc*), r.o. 72: ‘(...) Where an arbitration clause purports to apply a foreign law which does not give effect to a mandatory provision of EU law, then the agreement to arbitrate is void and the parties are not “party to an arbitration agreement” within the meaning of the Arbitration Act 1996 (...)’.

23 In de zin van het amts halve aanvullen van de rechtsgronden (vgl. art. 25 Rv, A.M. van Aerde, ‘Europees recht en het stelsel van art. 24 en 25 Rv’, *MvV* 2009/6, p. 133-141 en voetnoot 24).

24 In *Eco Swiss/Benetton* laat het Hof van Justitie de behandeling van een prejudiciële vraag of arbiters gehouden zijn tot amts halve toepassing van art. 81 EG (oud) achterwege (r.o. 42). In het licht hiervan is allicht onduidelijk waarom het Hof van Justitie – onder verwijzing naar *Eco Swiss/Benetton* – zowel in HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands BV e.a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*), r.o. 49 als in HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), r.o. 31 opmerkt dat art. 81 EG (oud) een bepaling van openbare orde is die door de nationale rechter ‘amts halve’ moet worden toegepast. In het kader van deze bijdrage zal overigens niet nader worden ingegaan op de vraag in hoeverre de rechtsregel(s) van HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*) van overeenkomstige toepassing te verklaren is (zijn) op arbitrageprocedures (vgl. art. 24 Rv).

25 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), r.o. 14 onder verwijzing naar HvJ EG 6 oktober 1981, C-246/80, ECLI:EU:C:1981:218 (*Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*).

26 Zie o.a. de conclusie van Advocaat-Generaal A. Saggio van 25 februari 1999 bij C-126/97, ECLI:EU:C:1999:97 (*Eco Swiss/Benetton*), sub 21, Snijders 1995, p. 58 en C.M. Schmitthoff, ‘Arbitration and EEC Law’, *Common Market Law Review* 1987/2, p. 144-145.

27 Dat een dergelijke gehoudenheid niet afhankelijk is van de vraag of arbiters (ingevolge de Nederlandse Arbitragewet) ‘naar de regelen des rechts’ beslissen (art. 1054 lid 1 Rv) dan wel ‘als goede personen naar billijkheid’ (art. 1054 lid 3 Rv), zou men kunnen afleiden uit HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*), r.o. 23.

28 Shelkopyas 2003, p. 305-307.

geslaagd beroep op de openbare orde exceptie vernietigd worden (Nederland: art. 1065 lid 1 sub e Rv) wegens strijd met dwingend Europees recht,²⁹ anderzijds kan de tenuitvoerlegging van de uitspraak geweigerd worden (Nederland: art. 1063 en 1076 Rv). Verdedigd wordt dat uit deze ‘sanctionerende’ instrumenten afgeleid zou kunnen worden dat arbiters een zekere ‘instructie’ van de wetgever hebben gekregen een niet-vernietigbaar of een ten uitvoer te (kunnen) leggen vonnis te wijzen.³⁰ ³¹ Op grond van deze gedachtegang zijn arbiters in zoverre gehouden Europees recht toe te passen om te voorkomen dat hun uitspraak *ex post*, wegens strijd met EU-recht, vernietigd wordt of tenuitvoerlegging ervan geweigerd wordt. Evenwel speelt een beroep op de openbare orde exceptie in de (nationale) Nederlandse procesrechtelijke context louter een rol in geval van ‘uiterst fundamenteel recht van materiële of formele aard’.³² De vraag bij de tweede gedachtegang is dan ook of, en zo ja welk(e bepalingen van), Europees recht onder deze noemer geschaard zou(den) kunnen worden (zie nader par. 3.2).³³

2.3. Bindend advies

In het kader van de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen kan eveneens verdedigd worden dat bindend adviseurs gehouden zijn toepassing te geven aan EU-recht.³⁴ Dit enerzijds op basis van de beginselen van voorrang en directe werking³⁵ van Europees recht; anderzijds via analoge toepassing in de bindend adviesprocedure van het door het Hof van Justitie onderstreepte uitgangspunt dat gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle

²⁹ Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 37.

³⁰ Vgl. E.J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 291: er wordt in dit opzicht gesproken van een ‘indirecte verplichting tot ambtshalve toepassing’ (p. 294). Zie voorts: H.J. Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*). Vgl. M. Platte, ‘An Arbitrator’s Duty to Render Enforceable Award’s’, *Journal of International Arbitration* 2003/3, p. 307-313.

³¹ Vgl. G.J. Horvath, ‘The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award’, *Journal of International Arbitration* 2001/2, p. 135-158 en art. 41 *ICC Rules of Arbitration* (2012).

³² Zie de noot van H.J. Snijders bij HR 21 maart 1997, NJ 1998/207 bij (*Eco Swiss/Benetton*).

³³ C. Liebscher, ‘European Public Policy – A Black Box’, *Journal of International Arbitration* 2000/3, p. 78: ‘Not all rules of European law pertain to public policy (...)’.

³⁴ Een aanname die ondersteund wordt door bijv. de uitspraak (bindend advies) van de Commissie van Beroep van het Kifid d.d. 6 oktober 2014 (2014-031). In overweging 4.3 van voornoemd bindend advies is de zinsnede opgenomen: ‘Een behoorlijke procesorde brengt (...) mee, mede in aanmerking genomen de ook voor de Geschillencommissie geldende verplichting de volle werking van het Unierecht te verzekeren (...)’ (curs. EV/PR). Zie ook de SKGZ-congresbundel ‘Europa en de Nederlandse zorgverzekering’ (2010), te raadplegen via: www.skgz.nl/docs/skgz_congresboek.pdf.

³⁵ Zie par. 2.2.

lidstaten ‘volledig’ moet worden nageleefd.³⁶ Interessant is dat de Europese wetgever met de recente uitvaardiging van de ADR-richtlijn, en in het bijzonder art. 11 daarvan, zelf nader richting heeft gegeven aan het toepassen van EU-recht in de Nederlandse bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen. Hierover dadelijk meer.

In de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen kan men op grond van bovenstaande welhaast niet meer om de invloed van Europees (consumenten)recht heen. Dit recht maakt in principe thans ook deel uit van het beslissingskader aan de hand waarvan de bindend adviseur een bindend advies in een voorgelegd consumentengeschil geeft. *In principe*, want vóór de uitvaardiging van de ADR-richtlijn was van een wettelijke verankering van de beslissingsmaatstaf aan de hand waarvan bindend adviseurs in consumentengeschillen een bindend advies moesten geven geen sprake.³⁷ Het niet voorhanden zijn van een dergelijke wettelijke regeling bood de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken enige flexibiliteit om via eigen procesreglementen o.a. de beslissingsmaatstaf van de bindend adviesprocedure zelf in te vullen. Een mooi voorbeeld van het zelf invullen van de beslissingsmaatstaf bieden de procesreglementen van de SGC-geschillencommissies. De geschillencommissies onder de koepel van de SGC hanteren niet ‘de wet’, maar de ‘redelijkheid en billijkheid’ als beslissingsmaatstaf.³⁸ Naast voornoemde flexibiliteit om de bindend adviesprocedure zelf in te vullen, hadden partijen en de bindend adviseurs in deze procedure bovendien een ruime vrijheid om ter beslechting van een bestaand geschil af te wijken van de regels van aanvullend recht en zelfs ook van de regels van *dwingend recht* conform art. 7:902 BW.³⁹

Aanvankelijk liep de hierboven geschetste Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken geheel in de pas met het Europese beleid inzake het buiten de rechter om afwikkelen van consumentengeschillen (zie par. 2.1). De uitvaardiging van de ADR-richtlijn laat de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken echter niet onverlet. In het bijzonder het ‘wettigheidsprincipe’⁴⁰ van art. 11 lid 1 sub a⁴¹ is voor deze bijdrage relevant. Deze bepaling luidt:

36 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), r.o. 14 onder verwijzing naar HvJ EG 6 oktober 1981, C-246/80, ECLI:EU:C:1981:218 (*Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*).

37 P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 61.

38 Ernste 2012, p. 61 en M.W. Knigge, ‘Procederen bij een geschillencommissie na implementatie van de ADR-richtlijn. Een onderzoek naar het gewijzigde wettelijke kader’, *TvC* 2015/5, p. 256-257.

39 I. Brand, ‘De invloed van Europees recht op alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (ADR)’, *MvV* 2015, afl. 7/8, p. 209. Art. 7:902 BW luidt: ‘Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.’

40 Zie voor deze term par. 2.1.

41 Onderdelen b en c van art. 11 ADR-richtlijn betreffen situaties waarop de Rome I-Vo. resp. het EVO van toepassing zijn en zullen, gezien het beperkte bestek van deze bijdrage, niet worden behandeld.

‘De lidstaten zorgen ervoor dat in ADR-procedures die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen (...) wanneer er geen collisie is, de opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben.’

Met het ‘wettigheidsprincipe’ van art. 11 ADR-richtlijn geeft de Uniewetgever uitdrukkelijk aan dat lidstaten ervoor zorgen dat de consument in ADR-procedures die uitmonden in een *bindende beslissing* niet de bescherming van dwingend recht mag mislopen.⁴² ADR-procedures ter afwikkeling van consumentengeschillen die uitmonden in een bindende beslissing zijn bijvoorbeeld consumentenarbitrage, maar ook de bindend adviesprocedure bij de SGC, het Kifid en de SKGZ. De bindend adviesprocedure bij voornoemde instanties mondt vrijwel⁴³ altijd uit in een voor de consument bindende beslissing.⁴⁴

De ADR-richtlijn is in Nederland geïmplementeerd middels de op 9 juli 2015 in werking getreden Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (hierna: Implementatiewet).⁴⁵ Art. 10 lid 1 sub a Implementatiewet neemt art. 11 ADR-richtlijn vrijwel ongewijzigd⁴⁶ over en luidt:

‘In procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen, mag de oplossing er niet toe leiden dat voor de consument de bescherming wegvalt van (...) de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van

⁴² Kamerstukken II 2013-2014, 33 982, nr. 3, p. 21.

⁴³ Met het oog op het in art. 6 EVRM jo. art. 17 Gw gewaarborgde recht op toegang tot de overheidsrechter is het al dan niet bindende karakter van een door de Geschillencommissie van het Kifid en de SKGZ gewezen bindend advies aan de discretie van de financiële dienstverlener, de zorgverzekeraar resp. de consument. Het bindend advies gewezen door de Geschillencommissie van het Kifid en de SKGZ is enkel bindend voor de financiële dienstverlener resp. zorgverzekeraar indien deze heeft aangegeven het bindend advies daadwerkelijk als ‘bindend’ te aanvaarden. De consument kan in het verlengde hiervan eveneens kiezen of hij het bindend advies als bindend of als niet-bindend aanvaardt. Zie hieromtrent bijv. art. 3 lid 2 Reglement Geschillencommissie Zorgverzekeringen d.d. 9 juli 2015.

⁴⁴ Zie Kamerstukken II 2013-2014, 33 982, nr. 3, p. 21.

⁴⁵ Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG 9 en uitvoering van de Verordening (EU) 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten), *Stb.* 2015, 160.

⁴⁶ C.M.D.S. Pavillon, ‘Geschillencommissies en dwingend recht, Over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk’, *TvC* 2015/5, p. 241.

het Nederlandse recht, indien de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats respectievelijk plaats van vestiging in Nederland hebben.'

Opgemerkt zij dat dit eerste lid van art. 10 Implementatiewet niet expliciet de mogelijkheid uitsluit om conform art. 7:902 BW in het kader van een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht. De Nederlandse wetgever heeft daarom een tweede lid aan art. 10 Implementatiewet toegevoegd, waarin art. 7:902 BW buiten werking wordt gesteld voor onder de Implementatiewet vallende vaststellingen. Dit tweede lid bepaalt dat op procedures tot buitengerechtelijke geschilbeslechting, die beslecht worden door een vaststelling als bedoeld in art. 7:900 BW, de uitzondering van art. 7:902 BW niet van toepassing is. Beslissingen in strijd met dwingend recht genomen in bindend adviesprocedures die onder het bereik van de Implementatiewet vallen, zijn dan ook niet langer geldig op grond van art. 7:902 BW.⁴⁷ Daar de SGC, het Kifid en de SKGZ alle drie (in meer of mindere mate)⁴⁸ het bindend advies als ADR-procedure hanteren – en deze instanties ook aangemeld zijn bij de Europese Commissie als instanties die onder het bereik van de ADR-richtlijn functioneren⁴⁹ – is het wettigheidsprincipe van art. 10 Implementatiewet voor de Nederlandse ADR-praktijk voor consumentenzaken gewichtig.⁵⁰ Art. 10 Implementatiewet kan worden beschouwd als de wettelijke 'ondergrens' van de beslissingsmaatstaf van alternatieve geschilbeslechtsprocedures die uitmonden in een voor de consument bindende beslissing. In Nederland zal deze nieuwe wettelijke invulling van de beslissingsmaatstaf van de consumenten bindend adviesprocedure met name drukken op het systeem van de SGC. Eerder in deze paragraaf is immers aangekaart dat de onder de SGC ressorterende geschillencommissies niet 'de wet', maar de 'redelijkheid en billijkheid' als beslissingsmaatstaf hanteren. Deze beslissingsmaatstaf laat zich lastig verenigen met de aanwijzing van de SGC als instantie tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting onder de Implementatiewet.⁵¹ De SGC dient op grond van deze 'status' consumenten conform art. 10 Implementatiewet de bescherming van dwingend recht te verzekeren. De SGC-procesreglementen verdienen op dit punt dan ook aanpassing.

47 Knigge 2015, p. 257. Zie voor een nadere uitwerking van de gevolgen van het buitenspel zetten van art. 7:902 BW via art. 10 lid 2 Implementatiewet: Pavillon 2015, p. 240-241 en Knigge 2015, p. 257-260.

48 De SGC, het Kifid en de SKGZ maken gebruik van triage. Dit houdt in dat door de desbetreffende instantie wordt getracht het consumentengeschil eerst via informele ADR-procedures af te wikkelen, voordat de bindend adviesprocedure om de hoek komt kijken. Informele ADR-procedures die de instanties hanteren zijn bijv. de Ombudsmanprocedure bij het Kifid en de SKGZ, die uitmondt in een niet-bindende beslissing, maar ook het inweven van deskundigenbemiddeling in de bindend adviesprocedure bij de SGC.

49 Zie hieromtrent art. 16 Implementatiewet, *Stcrt.* 2015, 45980 (SGC); *Stcrt.* 2015, 19487 (Kifid); *Stcrt.* 2015, 19094; en *Stcrt.* 2015, 19487 (SKGZ).

50 In gelijke zin Knigge 2015, p. 257.

51 Art. 1 lid 1 sub h jo. art. 16 Implementatiewet.

Kan de centrale vraag van deze paragraaf (dienen bindend adviseurs EU-recht toe te passen?) onder het regime van art. 10 Implementatiewet positief worden beantwoord? Wij denken van wel, ondanks dat het toepassen van EU-recht niet *expliciet* uit art. 10 Implementatiewet voortvloeit. De bepaling spreekt immers van ‘de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het *Nederlandse recht* (curs. EV/PR)’. In het kader van consumentengeschillen is het echter zo dat veel Nederlands recht een Europese oorsprong heeft. Wij zullen ons voor wat deze bijdrage betreft beperken tot de (bespreking van de) doorwerking van dwingend Europees consumentenrecht in de consumenten bindend adviesprocedure. De inzet van veel consumentengeschillen vormt immers veelal onenigheid tussen partijen over de toepassing van een of meerdere (materiële) consumentenrechten. Het merendeel van deze aan de consumenten toegekende materiële rechten is van Europese origine. Het Europese consumenten *acquis communautaire* omvat een groot aantal richtlijnen (maar ook enige verordeningen)⁵² die consumenten beogen te beschermen en hun rechten toebedelen op het gebied van onder meer oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, consumentenkrediet en oneerlijke handelspraktijken.⁵³ Dit materieel Europees consumentenrecht kan worden beschouwd als ‘dwingend recht’.⁵⁴ Via de rechtstreekse doorwerking van *dwingend* materieel Europees consumentenrecht in de Nederlandse rechtsorde (middels verordeningen), dan wel via nationale implementatiewetgeving (middels richtlijnen) valt dergelijk recht dus binnen de scope van art. 10 Implementatiewet.⁵⁵ Op grond van art. 10

52 Zie bijv. Verordening 524/2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (ODR-verordening) *PbEU* L 165/1 en Verordening (EG) Nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEG* L 364/1.

53 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* L 95 van 21 april 1993, p. 29), Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* L 133/66), Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* L 149/22.

54 Zie Pavillon 2015, p. 242-246, M.B.M. Loos, ‘Access to Justice in Consumer Law’, *RdW* 2015 (36) 3, p. 113. De aanname dat Europees consumentenrecht dwingend recht (of gelijk daaraan) is, vindt eveneens steun in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie o.a. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito*); HvJ EU 16 november 2010, C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685 (*Pohotovost*), r.o. 50; HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion en Godard*).

55 Een andere interessante vraag waar in deze bijdrage niet op zal worden ingegaan is of ook

Implementatiewet is de bindend adviseur kortom wettelijk gehouden om in ruime mate toepassing te geven aan (in ieder geval) dwingend Europees consumentenrecht.⁵⁶ Punten die in het verlengde van deze gedachtegang voorts nadere aandacht verdienen zijn enerzijds de vraag wie de juiste toepassing van art. 10 lid 1 Implementatiewet in de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen controleert en anderzijds de vraag of de bindend adviseur (procesrechtelijk) wel toegerust is om het Europees (consumenten)recht correct toe te passen. Op deze twee punten zal in paragraaf 3.3 nader worden ingegaan.

3. *Ex post* controle door de overheidsrechter van de toepassing van Europees recht door arbiters en bindend adviseurs

3.1. Algemeen

De Europese Unie heeft geen eigen procesrecht. Derhalve zal handhaving van en toezicht op toepassing van Europees recht in beginsel op nationaal (lidstaat)niveau plaatsvinden. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak een tweetal beginselen onderscheiden ter waarborging van de toepassing van Europees recht door de nationale overheidsrechter. Enerzijds wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel (ook wel equivalentie- of assimilatiebeginsel) onderscheiden welk beginsel voorop stelt dat procesregels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van aan de Europese Unie ontleende rechten ‘niet ongunstiger [mogen] zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen’.⁵⁷ Anderzijds wordt het effectiviteitsbeginsel (of doeltreffendheidsbeginsel) onderscheiden welk beginsel lidstaten verplicht de uitoefening van EU-recht door rechthebbenden ‘niet onmogelijk of uiterst moeilijk’ te maken.⁵⁸

In deze paragraaf zal besproken worden of en zo ja, op welke wijze, handhaving van en toezicht op toepassing van Europees recht in arbitrage- en bindend adviesprocedures in Nederland plaatsvindt. Bij deze bespreking zal voor wat het gezichtspunt van arbitrage betreft voorbij worden gegaan aan rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het Hof (meermaals) overwogen heeft dat de overheidsrechter

bindend adviseurs/arbiters *ambtshalve* regels van Europees consumentenrecht dienen toe te passen. Zie hieromtrent Brand 2015, p. 211-213.

⁵⁶ Zie o.a. M.B.M. Loos, ‘Consumer ADR after the Implementation of the ADR Directive: enforcing European Consumer Rights at the Detriment of European Consumer Law’, *European Review of Private Law* 2016/1, p. 76.

⁵⁷ Zie hiertoe bijv. HvJ EU 1 oktober 2015, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 (*ERSTE Bank Hungary*), r.o. 49; HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*), r.o. 50; HvJ EU 27 februari 2014, C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101 (*Pohotovost*), r.o. 46; en HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), r.o. 50.

⁵⁸ Ibid. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, *WPNR* 2011/6901, p. 790-797.

oneerlijke (arbitrage)bedingen in consumentenovereenkomsten (ambtshalve) dient te vernietigen.⁵⁹ Deze jurisprudentie ziet in beginsel op de (vraag naar de) rechtsgeldigheid van een dergelijk beding; niet op de vraag naar handhaving van en toezicht op toepassing van EU-recht door arbiters.

3.2. Arbitrage

In verband met vertrouwelijkheid vinden veel arbitrageprocedures in beginsel achter gesloten deuren plaats.⁶⁰ Hierdoor is het lastig om de (correcte) toepassing van Europees recht in arbitrageprocedures te controleren.^{61, 62} Mogelijke controle speelt dan ook vooral een rol in procedures die gevoerd worden voor de overheidsrechter; nadat het scheidsrecht een arbitraal vonnis gewezen heeft, kunnen partijen aanvoeren dat dit vonnis strijdig is met Europees recht en derhalve als zijnde 'in strijd met de openbare orde' vernietigd dient te worden (ex art. 1065 lid 1 sub e Rv).⁶³ Op grond van de openbare orde exceptie kunnen partijen voorts de voorzieningenrechter

59 Zie o.a. HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*) en HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostazo Claro*). Zie nader: M. Piers, 'Europees Consumentenrecht en arbitrage', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010/3, p. 1321-1382. Vgl. S. Prechal, 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg', *NtER* 2001/4, p. 104-108. Een belangrijke stap die de Nederlandse wetgever heeft gezet om de Europese rechtspraak te codificeren, vormt het plaatsen van het arbitraal beding op de zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:236 sub n BW). Met dit plaatsen, hoopt de wetgever 'het vertrouwen van consumenten in arbitrages te vergroten' (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3, p. 5).

60 Vgl. de Minister van Veiligheid en Justitie in *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, C, p. 2: 'Ik deel dus het standpunt dat arbitrages, met uitzondering van arbitrages met een publiekrechtelijk gehalte zoals investeringsarbitrages, in beginsel vertrouwelijk zijn. Dit geldt onder de huidige arbitragewet. Onder de nieuwe arbitragewet wordt het niet anders.'

61 Wel kan een arbitrage instituut bijv. overgaan tot de publicatie van arbitrale uitspraken waarin het scheidsrecht (al dan niet met goedvinden van partijen) een geschil (gedeeltelijk) onderwerpt aan EU-recht. Vgl. in dit opzicht bijv. NAI 22 juli 2008 (*TvA* 2009/30).

62 Vgl. HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 40 waarin het Hof benadrukt dat het voor de communautaire rechtsorde 'van evident belang [is], dat ter vermindering van toekomstige uitleggingsgeschillen elke bepaling van gemeenschapsrecht (...) op eenvoudige wijze wordt uitgelegd'. Het Hof verwijst in de geciteerde rechtsoverweging naar HvJ EG 25 juni 1992, C-88/91, ECLI:EU:C:1992:276 (*Federconsorzi/Alma*), r.o. 7 welke uitspraak verwijst naar HvJ EG 18 oktober 1990, C-297/88 en C-197/89, ECLI:EU:C:1990:360 (*Dzodzi/Belgische Staat*).

63 Terzijde zij opgemerkt dat het bijv. in België (art. 1718 Gerechtelijk Wetboek), Frankrijk (art. 1522 *Code de procédure civile*) en Zweden (art. 51 *Lag om skiljeförfarande*) onder voorwaarden mogelijk is om de vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter uit te sluiten. Bij een dergelijk uitsluiten valt in beginsel niet veel meer te beginnen tegen een arbitraal vonnis dat (mogelijk) in strijd is met Europees recht.

verzoeken de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren (ex art. 1063 of 1076 Rv).⁶⁴ In deze paragraaf zal bekeken worden in hoeverre de door partijen ingeroepen openbare orde exceptie, als controlemechanisme voor de overheidsrechter, een waarborg biedt voor een ‘correcte’ toepassing van Europees recht in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures.⁶⁵

In dit opzicht heeft het Hof van Justitie in 1999 met *Eco Swiss/Benetton* een belangrijk arrest gewezen ten aanzien van een bepaling van Europees mededingingsrecht.⁶⁶ Eén van de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen betrof, kort gezegd, de vraag of een overheidsrechter gehouden is een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd van dat vonnis met art. 81 EG-Verdrag (oud) te wijzen, indien de overheidsrechter oordeelt dat de gestelde strijd zich heeft voorgedaan. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend en overwoog dat: ‘(...) wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in artikel 81, lid 1, EG (oud) neergelegde verbod.’⁶⁷ Lidstaten van de Europese Unie lijken op grond van deze rechtsoverweging vrij te zijn in het bepalen van (de reikwijdte van) de openbare orde exceptie in hun eigen nationaalprocesrechtelijke context. Het eerder aangehaalde gelijkwaardigheidsbeginsel brengt mee dat recht dat bestempeld is als zijnde van (nationale) openbare orde ertoe leidt dat vervolgens gelijkwaardige EU-rechtsbepalingen óók als recht van ‘openbare orde’ beschouwd

64 Meer specifiek; de Nederlandse voorzieningenrechter kan de *tenuitvoerlegging* van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis weigeren ‘indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd’ wegens strijd met de openbare orde (art. 1063 Rv). Zie voor de tenuitvoerlegging van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis: art. 1076 Rv. Betoogd wordt dat bij laatstgenoemde categorie toepassing volgt van het ‘meer beperkte criterium’ van strijd met de ‘internationale openbare orde’ (zie o.a. P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 324 en vgl. Liebscher 2000).

65 In deze bijdrage zal de vraag onbesproken blijven in hoeverre overheidsrechters op grond van de openbare orde exceptie ambtshalve dwingend Europees recht binnen arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures dienen toe te passen. Vgl. B.J. Drijber, ‘Het Europees mededingingsrecht en arbitrageprocedures’, *Ondernemingsrecht* 2010/7; het ene begrip ‘openbare orde’ is het andere niet en Zipprow 2009, p. 296 e.v. waarin de woorden ‘in de zin van’ gebruikt worden om deze tweedeling ten aanzien van voornoemd begrip aan te geven. Vgl. voor een derde (?) Europese dimensie van het begrip ‘openbare orde’ de conclusie van Advocaat-Generaal A. Saggio van 25 februari 1999 bij *Eco Swiss/Benetton*, sub 38: ‘De zienswijze, dat de mededingingsregels deel uitmaken van de “gemeenschapsrechtelijke economische openbare orde” vindt steun in een groot deel van de literatuur, en wordt aanvaard in de rechtspraak van talrijke lidstaten.’

66 Thans: art. 101 lid 1 VWEU.

67 HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 37.

moeten worden door de overheidsrechter.^{68, 69} Kort gezegd, de invulling en reikwijdte van het begrip (nationale) 'openbare orde' lijken afhankelijk te zijn van de context waarin dit begrip wordt toegepast.⁷⁰ In het verlengde hiervan komt de vraag op in hoeverre ander⁷¹ Europees recht middels een beroep op de (nationale) openbare orde exceptie een 'rol' zou kunnen spelen in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures.⁷²

Deze vraag geeft aan waar de schoen wringt: onduidelijkheid over de reikwijdte van de uitspraak van het Hof van Justitie in *Eco Swiss/Benetton* heeft ertoe geleid dat overheidsrechters een beroep op de openbare orde exceptie in de nationaalprocesrechtelijke context verschillend interpreteren.⁷³ Voornoemde kan geïllustreerd worden aan de hand van rechtspraak uit verschillende lidstaten van de Unie.⁷⁴

68 Dat art. 81 EG (oud) niet altijd absolute werking heeft, kan worden afgeleid uit HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*). Vgl. inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en het (Nederlandse dan wel Europese) 'openbare orde' begrip: HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo Brands BV/Simiramida*), r.o. 42.

69 Rechtvaardiging lijkt gevonden te kunnen worden in het gelijkwaardigheidsbeginsel, maar speelt hier niet eveneens het (politiek gevoelige) concept van 'primacy of EU law' een rol? Vgl. ten aanzien van dit gezichtspunt: G.A. Bermann, 'Reconciling European Union Law Demands with the Demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal* 2011/5, p. 1201-1204.

70 Vgl. H.J. Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*). Deze gedachte laat bijv. het Zwitserse *Tribunal fédéral* in een uitspraak van 8 maart 2006 (*Tensacciai S. p.A/Freyssinet Terra Armata S.r.l*) vrij om te overwegen dat Europees mededingingsrecht in casu niet onder het nationale (Zwitserse) openbare orde begrip viel, zie nader: P. Landolt, 'Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary', *European Business Law Review* 2008/1.

71 'Ander' in de zin van: (niet fundamenteel) Europees (mededingings)recht.

72 Vgl. Rb. Arnhem 3 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG6981, r.o. 4.13 waarin de rechtbank met een beroep op HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*) aanneemt dat art. 82 EG (oud) (thans: art. 102 VWEU) recht van openbare orde is in de zin van art. 1065 lid 1 sub e Rv.

73 Het Hof van Justitie beschouwt art. 81 EG (oud) als 'een bepaling van openbare orde' in de zin van de *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958), zie *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 38-39 jo. r.o. 36.

74 Heeft het Hof deze onduidelijkheid deels aan zichzelf te wijten? Vgl. *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 32: '(...) onder meer in het kader van de – al naar de omstandigheid van het geval meer of minder uitgebreide – toetsing van het arbitrale vonnis.'

In beginsel kan men twee wijzen van interpreteren onderscheiden die gebruikt zijn door overheidsrechters bij de interpretatie van een beroep op de openbare orde exceptie.⁷⁵ Enerzijds wordt een ‘minimalistische’ interpretatiewijze onderscheiden. Op grond van deze interpretatiewijze stelt de overheidsrechter zich terughoudend op met betrekking tot de inhoudelijke toetsing van arbitrale uitspraken aan fundamenteel Europees (mededingings)recht. Voorbeelden van deze wijze van interpreteren komt men tegen in landen als België,⁷⁶ Duitsland,⁷⁷ Frankrijk^{78, 79} en Zweden.⁸⁰ Anderzijds wordt een ‘maximalistische’ interpretatiewijze onderscheiden. Op grond van deze interpretatiewijze toetst de overheidsrechter een arbitrale uitspraak ook inhoudelijk aan fundamenteel Europees (mededingings)recht. Deze wijze van interpreteren is in 2005 toegepast door een Nederlands gerechtshof.^{81, 82}

75 Vgl. over dit onderwerp o.a. T.D. de Groot, ‘Arbitrage en Europees mededingingsrecht – een voorlopige balans dertien jaar na Eco Swiss/Benetton’, *TvA* 2012/64; P. Landolt, ‘Arbitration and Antitrust: An overview of EU and national case law’, *e-Competitions* 2012/45083; G. Blanke & R. Nazzini, ‘Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III)’, *Global Competition Litigation Review* 2008/3, p. 143-145; P. Heitzmann & J. Grierson, ‘SNF v Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC’, *Stockholm International Arbitration Review* 2007/2, p. 39-49 en A. Mourre & L.G. Radicati di Brozolo, ‘Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back’, *Journal of International Arbitration* 2006/23, p. 171-188.

76 *Cour d’appel de Bruxelles* 22 juni 2009 (Cytec/SNF). Het Hof van Beroep te Brussel vernietigde de – richting een maximalistische wijze van interpretatie neigende – uitspraak van de Rechtbank Brussel van 8 maart 2007 (SNF/Cytec), zie: D. Bray & H.L. Bray (red.), *Post-Hearing Issues In International Arbitration*, JurisNet, LLC 2013, p. 209 e.v.

77 *Oberlandesgericht Thüringen* 8 augustus 2007 (Schott). Vgl. evenwel richting de maximalistische wijze van interpretatie: *Oberlandesgericht Düsseldorf* 21 juli 2004 (*Regenerative Wärmeaustauscher*); zie: A. Mourre, ‘Courts in France and Belgium confirm limited review of awards under European competition law’, *Kluwer Arbitration Blog* 7 februari 2010.

78 *Cour d’appel de Paris* 18 november 2004 (*Thalès Air Defence*) waarin aangegeven wordt dat vernietiging alleen mogelijk is bij een schending art. 81 EG (oud) die ‘flagrante, effective et concrète’ is. Deze wijze van interpretatie is bevestigd in *Cour d’appel de Paris* 22 oktober 2009 (*Linde*), zie: Bray & Bray 2013, p. 225 e.v.

79 Interessant is dat Advocaat-Generaal Wathelet in een recente conclusie (17 maart 2016 (ECLI:EU:C:2016:177) bij C-567/14) overweegt dat juist deze Franse beperking van de omvang van de toetsing van internationale arbitrale vonnissen ‘in strijd [is] met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel’ (sub 58). De A-G licht zijn gedachten over deze ‘uiterst beperkte toetsing’ (sub 65) toe in sub 64 e.v. van zijn conclusie.

80 *Svea Hovrätt* 23 oktober 2013, T 4487-12, p. 14 (de Engelse vertaling van deze uitspraak van het Zweedse Gerechtshof is beschikbaar via: www.arbitration.sccinstitute.com).

81 Hof ‘s-Gravenhage 24 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT4660. Vgl. T.D. de Groot, ‘Een poldervariant op de second look?’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2006/16.

82 Zie voor een middenweg de uitspraak van het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* van 18 februari 2015, zie: G. Blanke, ‘Austrian Supreme Court rejects competition law challenge of ICC award’, *Kluwer Arbitration Blog* 7 november 2015.

Nu overheidsrechters door de huidige situatie niet scherp voor ogen hebben in hoeverre en welk (fundamenteel) Europees recht een rol dient te spelen in arbitrale vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures, ontbreekt een 'level playing field' op het gebied van toepassing van Europees recht binnen de Europese rechtsruimte.⁸³ Deze situatie leidt voorts tot rechtsonzekerheid voor partijen. Mogelijk zou zelfs de effectieve rechtsbescherming van partijen in gevaar kunnen komen nu overheidsrechters verschillend omgaan met een beroep op de openbare orde exceptie.⁸⁴

Gelet op bovenstaande is het dan ook maar de vraag of de openbare orde exceptie als (*ex post*) controlemechanisme door de overheidsrechter een waarborg biedt voor een correcte (en uniforme) toepassing van (als fundamenteel gekwalificeerd) Europees recht in arbitrageprocedures.

3.3. Bindend advies

Net als het arbitraal vonnis kan het bindend advies – gewezen door bijvoorbeeld de SGC, het Kifid en de SKGZ – ter toetsing worden voorgelegd aan de overheidsrechter. Deze *ex post* controle door de overheidsrechter is echter marginaal, daar aantasting van het bindend advies slechts op beperkte gronden kan plaatsvinden.⁸⁵ Op grond van art. 7:904 lid 1 BW is een beslissing van bindend adviseurs vernietigbaar, indien gebondenheid hieraan in verband met: 1) inhoud; of 2) wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De vraag rijst of de rechterlijke toets ex art. 7:904 BW nu daadwerkelijk een effectief controlemechanisme is voor de naleving van art. 10 Implementatiewet door bindend adviseurs in een consumenten bindend adviesprocedure.

Stel dat de bindend adviseurs van de geschillencommissies onder de koepel van de SGC, het Kifid of de SKGZ een beslissing in strijd met dwingend Europees consumentenrecht nemen (zie par. 2.3). Indien de consument zo scherp is dit op te merken en de beslissing ter toetsing aan de overheidsrechter voorlegt, dan zal deze waarschijnlijk oordelen dat gebondenheid van de consument aan een dergelijk bindend advies onaanvaardbaar is in verband met de *inhoud* van de

83 Een constatering die ondersteund wordt door het Europees Parlement: '(...) Arbitration may facilitate the EU's goals of ensuring access to efficiently-delivered justice and dispute resolution, but it can also impede the EU's goals of harmonizing law across the Member States and of ensuring the application of specific substantive laws', Europees Parlement, Directoraat 'General for Internal Policies', 'Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU', Brussel, november 2014, p. 13. Vgl. A.-M. van den Bossche, 'Europees Gemeenschapsrecht: bron van en reden voor toenadering', in: M. Storme (red.), *Procedural Laws in Europe. Towards harmonisation*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 49.

84 Vgl. R. Barents, 'Rechter en partijen in het EU-procesrecht', *SEW* 2010/4, p. 153-154.

85 Knigge 2015, p. 258.

beslissing conform art. 7:904 lid 1 BW.⁸⁶ Voorgaande impliceert dat de verwezenlijking van dwingend Europees consumentenrecht in de consumenten bindend adviesprocedure, en daarmee de handhaving van art. 10 lid 1 Implementatiewet, op de schouders van de consument en de overheidsrechter zullen rusten.⁸⁷ Dit zou op zijn zachtst gezegd een zorgwekkend uitgangspunt zijn, daar de bindend adviezen gewezen door de SGC, het Kifid en de SKGZ slechts mondjesmaat ter toetsing worden voorgelegd aan de overheidsrechter.⁸⁸ Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat een mogelijk onjuiste toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht door bindend adviseurs niet aan het licht komt.⁸⁹

Los van het feit dat de overheidsrechter wettelijk gezien de rol van ‘bewaker van de correcte toepassing van Europees recht via art. 10 lid 1 Implementatiewet in de consumenten bindend adviesprocedure’ toekomt, kan voorzichtig de vraag worden gesteld of de *ex post* controle door de overheidsrechter niet een *ultimum remedium* dient te blijven? De (*ex post*) inmenging van de overheidsrechter lijkt immers in te druisen tegen het doel van de Implementatiewet, die consumenten de gang naar de overheidsrechter juist beoogt te besparen, door te voorzien in een snelle, goedkope en doeltreffende voorziening ter afwikkeling van consumentengeschillen buiten de rechter om.⁹⁰ Is de tijd wellicht rijp om in de bindend adviesprocedure ter afwikkeling van consumentengeschillen de nodige procesrechtelijke instrumenten in te weven die bindend adviseurs de mogelijkheid geven om zelf de correcte toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht te bewaken? In paragraaf 4.3 zal worden onderzocht welk instrumentarium de bindend adviseurs mogelijk kan worden aangereikt om de naleving van art. 10 lid 1 Implementatiewet met betrekking tot het dwingend Europees recht reeds *tijdens* de bindend adviesprocedure te garanderen.

4. Controle op Europese schaal: grenzen en mogelijkheden

4.1. Inleiding

In paragraaf 3.1 zijn het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel besproken; twee beginselen die er (onder meer) voor moeten zorgen dat toepassing van het Europees recht op lidstaatniveau plaatsvindt. Toepassing van Europees recht

⁸⁶ M.W. Knigge & E.N. Verhage, ‘The impact of the ADR Directive on article 7:904 par. 1 DCC explored, What is ‘unacceptable according to standards of reasonableness and fairness’ after the implementation of the Directive?’, in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code, Continuously in Motion*, Deventer: Kluwer 2016, p. 77-78.

⁸⁷ Brand 2015, p. 211. Zie in gelijke zin Knigge 2015, p. 258.

⁸⁸ Loos 2016, p. 77.

⁸⁹ Ibid. p. 79.

⁹⁰ Vgl. Pavillon 2015, p. 251.

zeft evenwel niet onmiddellijk iets over de (al dan niet) ‘correcte’ wijze waarop dit recht wordt uitgelegd en toegepast. Om Europees recht binnen de EU juist uit te leggen en toe te passen staat voor rechterlijke instanties van lidstaten de prejudiciële verwijzingsprocedure bij het Hof van Justitie open op grond van art. 267 VWEU.⁹¹ De vraag is nu wat wordt verstaan onder het begrip ‘rechterlijke instantie’ ex art. 267 VWEU. In 1966⁹² heeft het Hof van Justitie voornoemd begrip nader vormgegeven door een vijftal vereisten te geven waaraan een dergelijke instantie dient te voldoen. Het Hof wees op de vereisten van het hebben van een wettelijke oorsprong en een permanent karakter, het zijn van een bindende rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak en het toepassen van de regelen des rechts. Het Hof heeft deze vijf vereisten in latere rechtspraak⁹³ aangevuld door ‘onafhankelijkheid’ (van de rechtsprekende instantie) aan te wijzen als (zesde) vereiste.

In het verlengde van voornoemde, komt de vraag op of het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie ook mogelijk is voor procedures waarin arbiters (par. 4.2) en bindend adviseurs (par. 4.3) als ‘rechter’ optreden.

4.2. Arbitrage

In de zaak *Nordsee*⁹⁴ kreeg het Hof van Justitie (indirect) de vraag voorgelegd of arbiters bevoegd zijn het Hof prejudiciële vragen te stellen. In deze zaak had de president van het *Hanseatische Oberlandesgericht* te Bremen zich, in zijn hoedanigheid van arbiter, met prejudiciële vragen gewend tot het Hof van Justitie. Het Hof verklaarde zich onbevoegd om deze vragen te beantwoorden nu het scheids-gerecht in het onderhavige geval niet kon worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van art. 267 VWEU.⁹⁵ Niet alleen hadden de partijen zich vrijwillig aan de rechtsmacht van de arbiter onderworpen, ook was de Duitse overheid bij de beslissing om voor de arbiter te kiezen niet betrokken en men had dan ook niet de mogelijkheid om ambtshalve in te grijpen in het verloop van de arbitrale procedure.

91 Aldus: Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *Publicatieblad* C 338, 6 november 2012.

92 HvJ EG 30 juni 1966, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39 (*Vaassen-Goebbels*).

93 HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Gemeente Almelo e.a.*); HvJ EG 30 maart 1993, C-24/92, ECLI:EU:C:1993:118 (*Corbiau/Administration des contributions*); HvJ EG 21 april 1988, C-338/85, ECLI:EU:C:1988:194 (*Pardini*); en HvJ EG 11 juni 1987, C-14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

94 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*). Zie o.a. G. Bebr, ‘Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty’, *Common Market Law Review* 1985/3, p. 489-504.

95 Het toenmalige art. 177 EG-Verdrag.

Hoewel zowel de Europese Commissie⁹⁶ als het Europees Parlement⁹⁷ aangegeven hebben voorstander te zijn van de mogelijkheid om arbiters rechtstreeks prejudiciële vragen te laten stellen aan het Hof van Justitie, is het maar de vraag of de prejudiciële verwijzingsprocedure ooit zal worden opengesteld voor scheidsgerechten.⁹⁸

Interessant(er) voor nu is dan ook de wijze waarop het Hof van Justitie in *Nordsee* wijst op de rol die de nationale rechters van lidstaten kunnen spelen, mochten vragen van Europees recht bij arbiters rijzen. Deze rol is tweërlei van aard, aldus het Hof. Enerzijds zou de overheidsrechter, ‘in het kader van de assistentie die hij de scheidsgerechten verleent’, het scheidsgerecht bij ‘bepaalde proceshandelingen’ kunnen assisteren of ‘het geldende recht’ kunnen uitleggen.⁹⁹ Anderzijds zou de overheidsrechter in het kader van de ‘toetsing’ van het arbitrale vonnis waartoe deze rechter gehouden is, een rol kunnen spelen ‘in geval van hoger beroep, verzet, uitvoerbaarverklaring of van enig ander rechtsmiddel dat volgens het toepasselijke nationale recht openstaat’.¹⁰⁰ De overheidsrechter zou zich vervolgens tot het Hof van Justitie kunnen wenden met het verzoek om ‘uitlegging van of een oordeel over de geldigheid van bepalingen van gemeenschapsrecht’.¹⁰¹

De ‘toetsende’ rol, die het Hof van Justitie als tweede mogelijke rol onderscheidt, is – voor wat arbitrage betreft – reeds besproken in paragraaf 3.2. De onderhavige paragraaf zal derhalve bekijken op welke wijze (overheidsrechters van) lidstaten uitdrukking kunnen geven aan de ‘assisterende’ rol.

Het doen van een beroep op assistentie van de overheidsrechter door arbiters is geen onbekend fenomeen in de arbitragewereld. Op grond van art. 27 *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*¹⁰² kan een scheidsgerecht een overheidsrechter om assistentie vragen ‘in taking evidence’. Bij de implementatie

96 HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*), p. 1105.

97 Europees Parlement, Directoraat ‘General for Internal Policies’, ‘Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU’, Brussel, november 2014, p. 13: ‘Given the central role that arbitration has come to play in the application of law in the European Union, arbitral tribunals should be permitted to seek a preliminary ruling from the CJEU, in order to ensure a uniform and consistent application of EU law.’

98 Onduidelijk is of de Raad van Arbitrage voor de Bouw wel als rechterlijke instantie ex art. 267 VWEU beschouwd kan worden en (aldus) prejudiciële vragen mag stellen aan het Hof van Justitie, zie nader o.a. Snijders 1995, p. 56.

99 R.o. 14.

100 R.o. 14.

101 R.o. 15: ‘(...) die hij eventueel bij het verrichten van die ondersteunende en toetsende taken moet toepassen’. Vgl. *Eco Swiss/Benetton*, r.o. 40 waarin het Hof van Justitie onderstreept dat: ‘(...) vragen over de uitlegging van het verbod van artikel 81, lid 1, EG [oud] kunnen worden onderzocht door de nationale rechterlijke instanties die over de geldigheid van een arbitraal vonnis moeten beslissen, en in voorkomend geval met het oog op een prejudiciële beslissing naar het Hof kunnen worden verwezen.’

102 ‘UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006’.

van deze UNCITRAL-bepaling in zijn *Zivilprozessordnung* (ZPO) in 1998, heeft de Duitse wetgever de reikwijdte ervan vergroot door de woorden '(...) oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist (...)' toe te voegen.¹⁰³ Verdedigd wordt dat, dankzij deze toevoeging, arbiters indirect preliminaire vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie.¹⁰⁴ Ook het Engelse recht kent een mogelijkheid voor arbiters om via de overheidsrechter indirect vragen te stellen.¹⁰⁵ Art. 45 lid 1 *Arbitration Act* 1996 leest als volgt: 'Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties (...)'.¹⁰⁶ De assisterende rol van de overheidsrechter komt daarnaast expliciet voor in de Deense Arbitragewet van 2005. Art. 27 lid 2 *Lov om voldgift* geeft aan dat: 'If the arbitral tribunal considers that a decision on a question of European Union law is necessary to enable it to make an award, the arbitral tribunal may request the courts to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling thereon.'¹⁰⁷ Het Deense Ministerie van Justitie suggereerde dat een dergelijke bepaling diende te worden opgenomen in de wet om een verbinding mogelijk te maken tussen scheidsgerechten en de algemene regels van het Deense burgerlijk

¹⁰³ Art. 1050 ZPO luidt voluit: 'Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.'

¹⁰⁴ C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 375.

¹⁰⁵ Zie: P.M. Storm, 'Quod Licet Iovi.... The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration', in: *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Erades*, presented by the board of the Netherlands International Law Review, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1983, p. 159.

¹⁰⁶ Vgl. art. 21 *Arbitration Act* 1950 en (later) art. 2 *Arbitration Act* 1979 en de mogelijkheid van het vragen van een prejudiciële beslissing aan de *High Court* inzake materiële vragen.

¹⁰⁷ Zie voor deze vertaling: http://voldgiftsinstituut.dk/wp-content/uploads/2015/01/danish_arbitration_act_2005.pdf. Het Deense wetsartikel heeft inspiratie ontleend aan de Noorse Arbitragewet (*Voldgiftsloven* 2004). In art. 30 van de Noorse wet staat, met betrekking tot de interpretatie door arbiters van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EEA) opgenomen: 'When an arbitral tribunal is obliged to take a position on interpretation of the EEA Agreement, including its protocols, exhibits and the legislative acts with which such exhibits are concerned, it may, of its own accord or at the request of a party, ask the courts to submit issues of interpretation to the EFTA Court pursuant to the provisions of Section 51 a of the Courts of Justice Act. The courts may seek an advisory opinion from the EFTA Court as to the interpretation of the EEA Agreement.'

procesrecht. Deze verbinding zou het voorts mogelijk maken om (indirect) prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te kunnen leggen.¹⁰⁸ In Nederland is in 2005 voorgesteld om een soortgelijke mogelijkheid op te nemen in de Nederlandse Arbitragewet.¹⁰⁹ Tot op heden heeft de Nederlandse wetgever aan dit voorstel helaas geen uitvoering gegeven. Sterker nog, nu het Hof van Justitie overwogen heeft dat ‘(...) arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen’, zijn arbiters ‘(...) daarmee zelf verantwoordelijk voor een juiste toepassing van (dwingend) Europeesrechtelijke bepalingen’, aldus de wetgever bij de voorbereidingen voor de modernisering van de Arbitragewet in 2014.¹¹⁰ Wel wordt in dit opzicht nog gewezen op de mogelijkheid dat in een vernietigingsprocedure door de overheidsrechter een prejudiciële vraag gesteld wordt aan het Hof van Justitie,¹¹¹ maar de toon is reeds gezet.

Is voornoemde uitspraak houdbaar?¹¹² Immers, wie controleert de correcte toepassing van (fundamentele) Europeesrechtelijke bepalingen door arbiters wanneer zij zelf verantwoordelijk zijn voor een ‘juiste’ toepassing hiervan? Nu gebleken is dat *ex post* controle door de overheidsrechter in een vernietigingsprocedure ook niet alles is vanwege onduidelijkheid ten aanzien van de reikwijdte van de openbare orde exceptie in de nationaalprocesrechtelijke context¹¹³ en het Hof van Justitie (nog) geen concessie(s) aan de *Nordsee*-uitspraak heeft gedaan, is het openen van

¹⁰⁸ Aldus de ‘Danish Parliament reports 2004-2005 L127’, p. 51-52, aangehaald door: D. Terkildsen & S. Lysholm Nielsen, ‘Chapter III: The Award and the Courts: Arbitral Tribunals and Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union – The Danish By-Pass Rule’, in: C. Klausegger, P. Klein e.a. (red.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2012, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2012, p. 197.

¹⁰⁹ Het eerste lid van (het nieuw te introduceren) art. 1044a Rv zou als volgt komen te luiden: ‘Indien zich tijdens een arbitraal geding een vraag voordoet ten aanzien waarvan een Nederlands rechter overeenkomstig of krachtens verdrag een andere rechter kan verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen, kan het scheidsgerecht, op verzoek van een partij, die partij toestaan om zich, binnen een door het scheidsgerecht te bepalen termijn, te wenden tot de rechtbank te ’s-Gravenhage met het verzoek deze vraag aan voornoemde rechter voor te leggen. Het scheidsgerecht kan zich ook uit eigen beweging met een dergelijk verzoek tot de rechtbank te ’s-Gravenhage wenden’, zie nader: P. Sanders, ‘Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet’, *TvA* 2005/37, p. 91-92 en p. 150-151.

¹¹⁰ De geciteerde woorden zijn afkomstig van de Minister van Veiligheid en Justitie in *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 15. Zie ook: G.J. Meijer, ‘De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage’, in: H.J. Sijnders & G.J. Meijer, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJu 2015, p. 78.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 15.

¹¹² Alsook het volgende standpunt van de wetgever: ‘(...) dat het redigeren van een dergelijke bepaling geen zuiver nationale aangelegenheid is. Afstemming binnen de Europese Unie is daarvoor beslist noodzakelijk’, aldus: *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 611, C, p. 6.

¹¹³ In het verlengde hiervan, zou men zich vanuit een oogpunt van efficiëntie ook af kunnen vragen waarom gewacht dient te worden met vragen van Europees recht tot in een vernietigingsprocedure?

een mogelijkheid voor arbiters om (indirect) prejudiciële vragen te kunnen stellen via de overheidsrechter dan ook nog niet eens zo'n gek idee.¹¹⁴ Alhoewel natuurlijk ook niet vergeten mag worden dat hieraan bezwaren kleven die bijvoorbeeld verband houden met langere doorlooptijden alsook (in het verlengde hiervan) stijgende kosten voor partijen en een mogelijke extra (over)belasting van de overheidsrechter en het Hof van Justitie.

4.3. Bindend advies

De wettelijke verplichting tot het garanderen van de bescherming van dwingend Europees consumentenrecht door bindend adviseurs die onder de reikwijdte van de Implementatiewet opereren, is nieuw voor deze geschilbeslechters. Net als voor de overheidsrechter zal de correcte toepassing van dwingend Europees consumentenrecht voor de bindend adviseur niet altijd evident zijn.¹¹⁵ De overheidsrechter kan (het hof en de Hoge Raad moeten) zich in een dergelijk situatie wenden met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie. In paragraaf 4.2 is opgemerkt dat arbiters op grond van het *Nordsee*-arrest geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen stellen.¹¹⁶ In de literatuur is verdedigd dat deze regel naar analogie ook geldt voor bindend adviseurs.¹¹⁷ Het ontbreken van deze Europese 'hulplijn' voor de bindend adviseur is in het licht van de nieuwe verplichting van art. 10 lid 1 Implementatiewet dan ook ongelukkig te noemen.

Het wettelijk verankeren van de bevoegdheid van buitengerechtelijke geschilbeslechters om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof zou evenwel mogelijk aanpassing vereisen van art. 267 VWEU. Loos merkt op dat een dergelijke aanpassing van het VWEU geen 'particularly attractive approach' is.¹¹⁸ Een verdragswijziging is wellicht een wat omslachtige route, maar in het licht van de 'volledige naleving' van Unierecht (zie par. 2.2 en par. 2.3) valt er zeker wat voor te zeggen. In het kader van het buiten de rechter om beslechten van consumentengeschillen wringt het ontbreken van de bevoegdheid van 'buitengerechtelijke geschilbeslechters' om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie met de wettelijke verplichting van art. 11 ADR-richtlijn (art. 10 Implementatiewet) om in bindende ADR-procedures de consument de bescherming van (in ieder geval) dwingend Europees recht te verzekeren. In paragraaf 3.3 kwam daarnaast aan de orde dat in de Nederlandse situatie de *ex post* controle van het bindend advies (dat voortvloeit uit de consumenten bindend adviesprocedure) door de overheidsrechter lang niet in alle gevallen uitkomst biedt.

¹¹⁴ Vgl. H.J. Snijders, 'Alweer (?) een nieuwe Arbitragewet', in: H.J. Snijders & G.J. Meijer, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJu 2015, p. 21. Vgl. Snijders 1995, p. 58.

¹¹⁵ Loos 2016, p. 75 en H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17.

¹¹⁶ HvJ EG 23 maart 1982, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107 (*Nordsee*).

¹¹⁷ Brand 2015, p. 212.

¹¹⁸ Loos 2016, p. 77.

Als de wijziging van het VWEU desalniettemin een *bridge too far* is, zijn er dan nog andere mogelijkheden te bedenken die de ‘bewakende’ rol van de bindend adviseur met betrekking tot de correcte toepassing van het dwingend Europees (consumenten)recht kunnen versterken.¹¹⁹ Wij denken van wel. Immers, ook in het kader van bindend adviesprocedures die onder het bereik van de Implementatiewet vallen, kan de in het *Nordsee*-arrest opgeworpen ‘assisterende’ rol van de overheidsrechter waardevol zijn.¹²⁰ Opmerkelijk is dat in de ADR-richtlijn diverse bepalingen zijn opgenomen die de samenwerking tussen Europese ADR-instanties onderling¹²¹ en tussen ADR-instanties en toezichthouders versterken,¹²² maar dat een bepaling waarin de samenwerking tussen ADR-entiteiten en de overheidsrechter wordt geregeld ontbreekt. Bij de implementatie van de ADR-richtlijn in Nederland heeft de wetgever niet uit eigen beweging een samenwerkingsverband tussen de onder de Implementatiewet vallende ADR-entiteiten en de overheidsrechter verankerd.¹²³ Dit was wel mogelijk, daar de ADR-richtlijn slechts minimumharmonisatie beoogt en het de lidstaten dus in beginsel vrijstond om verdergaande maatregelen te treffen. Het niet door de wetgever in de Implementatiewet opnemen van een bepaling die een dergelijk samenwerkingsverband faciliteert is een gemiste kans.¹²⁴

In de internationale literatuur rondom de ADR-richtlijn wordt inmiddels benadrukt dat de samenwerking tussen alternatieve geschilbeslechtsers en overheidsrechters coherente en correcte toepassing van (Europees) recht wel degelijk zou kunnen faciliteren.¹²⁵ In deze literatuur wordt ook gewezen op eventuele bezwaren die kleven aan een dergelijk samenwerkingsverband in de context van het buiten de rechter om beslechten van consumentengeschillen.¹²⁶ Bij wie ligt bijvoorbeeld de *incentive* om de assistentie van de overheidsrechter in te roepen? Bij partijen, of wellicht bij de bindend adviseur(s) zelf? En wie draagt de kosten van de assisterende overheidsrechter? Partijen of wellicht de Staat?¹²⁷

Het opdoen van enige ervaring (wellicht via een pilot) met een ‘assisterende’ overheidsrechter bij het bewaken van de correcte toepassing van dwingend Europees (consumenten)recht in bindende ADR-procedures die onder de

¹¹⁹ Zie ook Knigge & Verhage 2016, p. 84-85.

¹²⁰ Loos 2016, p. 78; Brand 2015, p. 213; C.J.S. Hodges, I. Benohr & N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 415.

¹²¹ Art. 16 ADR-richtlijn.

¹²² Art. 17 ADR-richtlijn.

¹²³ Loos 2016, p. 79.

¹²⁴ Zie in gelijke zin Loos 2016, p. 79.

¹²⁵ C.J.S. Hodges, ‘Consumer Redress: Implementing the Vision, paragraph 5 (The relationship between Courts and CDR)’, in: P. Cortés (red.), *The transformation of Consumer Dispute Resolution in the European Union: A Renewed Approach Towards Consumer Protection*, Oxford University Press 2016 (verwacht).

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Verder onderzoek is aangewezen waarin de voor- en nadelen van een assisterende rechter in buitengerechtelijke geschilbeslechtsprocedures worden afgewogen.

reikwijdte van de Implementatiewet functioneren kan geen kwaad. Mocht een dergelijke samenwerking haar vruchten afwerpen, dan zou de ADR-richtlijn bij de evaluatie daarvan op dit punt door de Uniewetgever mogelijk kunnen worden aangescherpt.

5. Afsluiting

‘Op papier mogen wij weer een stukje verder gevorderd zijn in Europa, maar de werkelijkheid is anders. Het wachten is op een model voor het Europees (privaat) recht, waarin materieel en formeel recht, law in the books and law in action, gelijkelijk aandacht krijgen, want – de understatement zij mij gelet op de actuele situatie vergeven – materieel recht, dat niet verwezenlijkt wordt, is geen recht.’

Voorname woorden zijn afkomstig van Henk Snijders, opgeschreven in zijn annotatie bij de *Eco Swiss/Benetton*-uitspraak van de Hoge Raad in 2000.¹²⁸ Pakweg zestien jaar na dato, zijn deze woorden nog steeds actueel. Los van tijd en plaats speelt hierbij eveneens de in de inleiding opgeworpen vraag: wie bewaakt nu eigenlijk de bewakers?

Onze bijdrage heeft laten zien dat toepassing van Europees (privaat)recht door ‘alternatieve’ geschilbeslechtsers tot vragen leidt in het kader van de ‘correcte’ toepassing – en daarmee verwezenlijking – van dit recht. Recente (Europese) ontwikkelingen hebben de Nederlandse wetgever er niet toe verleid om voor arbiters en bindend adviseurs de prejudiciële route naar het Hof van Justitie open te zetten. Dit knelt temeer voor de bindend adviseurs die onder de reikwijdte van de Implementatiewet uitspraak doen, daar deze geschilbeslechtsers op grond van deze wet in de rol van ‘bewaker’ van de bescherming van dwingend (Europees) (consumenten)recht zijn geduwd.

Hoewel wij onze gedachten hebben laten gaan over mogelijke samenwerking(smogelijkheden) tussen de ‘alternatieve’ geschilbeslechtsers (arbiters en bindend adviseurs) en de ‘publieke’ geschilbeslechtsers (overheidsrechters en het Hof van Justitie) zal de tijd uitwijzen waar wij over een ‘kwart eeuw’ staan. Verder onderzoek lijkt ons in ieder geval aangewezen om haken en ogen van dergelijke samenwerkingsverbanden in kaart te brengen. Wij hopen van harte dat Henk ons hierbij nog vele jaren zal inspireren met zijn wijze woorden.

¹²⁸ Zie: HR 25 februari 2000, NJ 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*).