

Frontale aanval op particuliere beslechting van consumentengeschillen

1. Inleiding

Het is nu een jaar of vijftig dat wij in Nederland particuliere beslechting van consumentengeschillen kennen. Deze ontwikkeling wordt vrij algemeen als succesvol aangemerkt, ook in het buitenland.¹ Niettemin krijgt zij ook aanvallen te verduren, zoals recentelijk in de Amsterdamse inaugurele rede van Ruth de Bock.² In deze rede houdt zij ‘een pleidooi om de rechter niet te ontlasten’ en hoewel zij dit in het algemeen stelt, komen meer in het bijzonder de geschillencommissies voor consumentenzaken in het vizier. In deze bijdrage wil ik het betoog van De Bock belichten en van enige kritische kanttekeningen voorzien.

2. De ontwikkeling van de geschillencommissies in ons land

Eerst iets over de geschillencommissies. Sinds de oproep van president Kennedy in 1962³ heeft Nederland in het voetspoor van de Europese Unie een flinke hoeveelheid materieelrechtelijke consumentenwetgeving tot stand gebracht.⁴ Maar iedereen weet dat een recht hebben niet hetzelfde is als dat recht krijgen.⁵ In het bijzonder in het consumentenrecht leeft deze ervaringsregel sterk. Dat heeft ertoe geleid dat op dit gebied veel aandacht naar handhaving is uitgegaan.⁶ Hierbij kan worden gedacht aan privaatrechtelijke sancties,⁷ aan collectieve acties,⁸

aan regels inzake massaschade,⁹ aan publiekrechtelijke handhaving via de Autoriteit Consument en Markt¹⁰ en aan de geschillencommissies.¹¹ Voor een particulier heeft de procedure voor de rechter verschillende nadelen,¹² van financiële aard (griffierechten, eigen kosten, kosten van de andere partij als deze de procedure wint¹³), qua lengte van de procedure, terwijl de hele entourage van de rechter niet bevorderlijk voor de procedeeranimus is.

3. Arbitrage en bindend advies

Aan geschillencommissies wordt wel tegengeworpen dat zij uitspraak doen bij wege van bindend advies. ‘Onzuiver bindend advies’, wordt deze figuur ook wel genoemd om het nog erger te maken.¹⁴ Arbitrage of bindend advies, dat is een strijdvraag die ook in dit tijdschrift aandacht heeft gekregen.¹⁵ Het is echter niet een kwestie die in deze bijdrage aan de orde zal komen. Arbitrage en bindend advies lijken op het eerste gezicht twee gescheiden circuits. Bij nader inzien is er evenwel weinig verschil te ontwaren.¹⁶ Een arbitraal vonnis kan inderdaad worden geëxecuteerd; een bindend advies niet. Maar dankzij de nakomingsgarantie valt dit onderscheid in veel branches weg. En sinds de plaatsing van bindend advies in de wet-

* Hoogleraar Europees privaatrecht Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift

1. Christopher Hodges, Iris Benöhr & Naomi Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe/Civil justice systems*, Oxford: Hart 2012, 479 p.
2. R.H. de Bock, *De toekomst van de civiele rechtspraak. Een pleidooi om de rechter niet te ontlasten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, 23 p.
3. Als met alle data heeft ook deze iets willekeurig. Het consumentenrecht dateert volgens sommige auteurs van veel eerder. Zie bijv. Frank Trentmann, *Empire of things: how we became a world of consumers, from the fifteenth century to the twenty-first*, New York: Harper 2016, 862 p.
4. E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 (vierde druk), 640 p.
5. Kim van der Kraats, *De eigen(aardig)heid van de kantonrechter. Over de verschillen tussen het proces(verloop) bij de kantonrechter en de civiele rechter en de betekenis daarvan* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 1.
6. W.H. van Boom & M.B.M. Loos, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, 224 p.
7. Zie onder meer L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten* (diss. Groningen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, 266 p.
8. M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, 94 p.
9. Het Burgerlijk Wetboek voorziet in art. 3:305a al geruime tijd in een collectieve actie. Deze actie is niet compleet, want schadevergoeding valt erbuiten. Ook de Wet collectieve afwikkeling massaschade van 2005 voorziet hier niet in. Er is echter verandering op komst. Daartoe aangezet, eerst door Niels Frenk en vervolgens door de Tweede Kamer, heeft de regering in november 2016 voorgesteld de afwikkeling van massaschade bij collectieve actie mogelijk te maken. In *TvC* 2017, afl. 1, p. 47-49 vermeldt Sarah van Kampen de kritiek op wetsvoorstel 22486 met betrekking tot de ontvankelijkheid van de claimorganisaties, de reikwijdte van de scope rule, betrokkenheid van externe financiers, hoger beroep en overgangsrecht.
10. Zie www.acm.nl.
11. Vergelijk Th.J.M. van Mierlo, ‘Oude sporen van tweezijdige zelfregulering: branches en huisvrouwen in de jaren vijftig en zestig’, *TvC* 2015, afl. 1, p. 16-20.
12. E. Bauw & R.C. Hartendorp, ‘Kantonrechter of geschillencommissie in consumentenzaken: de feiten op een rij’, *NJB* 2005, afl. 44, p. 2304-2308.
13. Het was de bedoeling dat de Europese procedure voor geringe vorderingen van 2009 hierin zou hebben voorzien, maar dat is helaas niet gelukt; zie X.E. Kramer, ‘Europees procesrecht verder in aanbouw. De Europese small claims procedure en hoe gecompliceerd eenvoudig kan zijn’, *NJB* 2007, afl. 33, p. 2080-2084.
14. Van ‘zuiver bindend advies’ is sprake indien bijvoorbeeld het vaststellen van een pachtsom aan een bindend adviseur wordt toevertrouwd, zonder dat noodzakelijkerwijs sprake is van een geschil.
15. Henk Snijders, *Arbitrage en/of bindend advies bij de SGC*, Den Haag: SER 2010.
16. Pauline Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, 380 p.

telijke regeling van de vaststellingsovereenkomst¹⁷ is deze rechtsfiguur van een wettelijke basis voorzien.

4. Kritiek

Het is nooit zo geweest dat de geschillencommissies voor consumentenzaken kritiekloos door eenieder zijn aanvaard. De kritiek heeft verschillende dimensies. Ten principale wordt wel gesteld dat geschillenbeslechting een zaak voor de overheid is.¹⁸ Het gebrek aan openbaarheid wordt bekritiseerd. De inhoudelijke kwaliteit van bindende adviezen wordt ter discussie gesteld. En de financiële aspecten maken particuliere geschillenbeslechting kwetsbaar. Regelmatig kondigt het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan dat de subsidie zal worden afgebouwd.¹⁹ Even geregeld is het de Tweede Kamer die dit Kamerbreed afwijst. Ook is onze regeling, hoewel deze daar toch model voor stond, mogelijk niet compatibel met de Europese ADR-richtlijn.²⁰

5. De Bock contra geschillencommissies

Een van Amsterdams privaatrechtelijke coryfeeën is Marcel Henri Bregstein, naar wie een wisselleerstoel is vernoemd. Die leerstoel wordt dit jaar bekleed door Ruth de Bock, advocaat-generaal bij de Hoge Raad en auteur van de dissertatie *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2011) alsmede van een NJV-preadvies over *Grip op kwaliteit. Een model voor inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen* (Deventer: Wolters Kluwer 2015). In haar Amsterdamse rede werpt De Bock de vraag op of de rechter zich wel met de juiste zaken bezighoudt. Bij de cassatierechtspraak is deze kwestie de laatste jaren uitvoerig in discussie geweest. De discussie heeft tot ingrijpende veranderingen geleid. Zou een dergelijke discussie ook niet bij de feitenrechter moeten plaatsvinden? Een probleem daarbij is dat er geen uniforme landelijke registratie van zaakscategorieën bestaat. De Bock signaleert een trend om geschillen buiten de rechter om te beslissen. Dat blijkt uit wetsvoorstellen, maar ook uit de invoering van een Arbitrator bodembeweging, geschillencommissies en mediation. In al deze gevallen wordt beslechting van geschillen onttrokken aan de

overheidsrechter.²¹ De Bock acht dit geen goede zaak. Zelfredzaamheid is ook al geen reëel alternatief.²²

6. De argumenten van De Bock

Wat zijn de argumenten die De Bock aanvoert tegen geschillencommissies? Het zijn er als ik het goed zie drie. Zij werpt allereerst de vraag op of private geschillenbeslechting inhoudelijk van dezelfde kwaliteit is als geschillenbeslechting door de rechter. Dat weten we volgens haar niet. Dat lijkt mij dan een mooi thema voor toekomstig onderzoek, maar niet direct een argument. In de tweede plaats zijn de uitkomsten van private geschillenbeslechting maar ten dele openbaar. Ten derde hebben rechterlijke beslissingen, anders dan uitspraken van geschillencommissies, normatieve werking: veel rechtsregels zijn in de rechtspraak, niet in private commissies ontwikkeld. Als voorbeeld noemt zij de zorgplicht van de bank.²³

Dat alles wil niet zeggen dat er ook op de overheidsrechter niet het een en ander is aan te merken. In de honderdduizenden incassozaken is de taak van de rechter beperkt tot stempelautomaat. Vertragingen in het vliegverkeer²⁴ en woekerpolissen alsmede effectenleaseovereenkomsten²⁵ leiden tot tienduizenden claims. Maar verbetering is hier volgens De Bock mogelijk door geringe vorderingen gemakkelijker toe te laten, door het midden- en kleinbedrijf te laten profiteren van laagdrempelige procedures en door het voorleggen van deelgeschillen bij de rechter voor geschillencommissies mogelijk te maken. Ook zouden bij bouwgeschillen gespecialiseerde kamers met deskundigen van buiten kunnen worden ingesteld.

Niet alle argumenten snijden hout. Ook incassozaken moeten in veel gevallen krachtens Europese rechtspraak ambtshalve worden getoetst.²⁶ Voor vliegverkeer is instelling van een geschillencommissie luchtvaart door de branche van de hand gewezen. Voor het midden- en kleinbedrijf bestaan op sommige gebieden geschillencommissies. En hoe zit het met de kwaliteit en de openbaarheid?

17. Art. 7:900-910 BW.

18. Met name in Duitsland zijn geschillencommissies lange tijd als fopspeen van ondernemers aangemerkt.

19. 'Justitie schrapt subsidie voor geschillencommissies consumenten. (...) Het kabinet wil de subsidie op de Stichting Geschillencommissies Consumentenzaken alsnog schrappen. Eerder maakte de Tweede Kamer zich hard voor die subsidie, en trok minister Van der Steur de bezuiniging vervolgens in. Maar nu wil de minister de subsidie per 2019 toch beëindigen. (...) De 1,3 miljoen euro aan subsidie die dit jaar nog wordt verstrekt, is goed voor 20 procent van de kosten van de commissies. De andere 80 procent wordt betaald door brancheorganisaties in het bedrijfsleven.', Persbericht NOS 20 september 2016.

20. Marte Knigge en Eline Verhage zien de ADR-richtlijn als een tijdbom onder de bindendheid van bindende adviezen; zie M.W. Knigge & E.N. Verhage, 'The impact of the ADR directive on article 7:904 par. 1 DCC explored', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in motion* (BW-krant jaarboek), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 61-87.

21. De Bock verwijst daartoe op p. 10 naar een studie van A. Böcker, L. de Groot-van Leeuwen & M. Laemers, *Verschuiving van rechterlijke taken. Een verkennend onderzoek op civiel- en bestuursrechtelijk terrein*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2016.

22. De Bock verwijst in dit verband op p. 12 naar *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

23. Zie hieromtrent I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, 455 p.

24. *Consumentengids* september 2017, p. 64-67.

25. Zie Iris Houben, 'Kwalificatie van effectenleaseovereenkomsten', in: *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 211-221.

26. Zie laatstelijk HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15 (*Gutiérrez Naranjo*), waarover A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', *AA* 2017, afl. 3, p. 218-223 en Jacobien Rutgers, 'Europese privaatrecht', *AA KwartaalSignaal* maart 2017, p. 8269-8270.

7. Conclusie

De rede van De Bock behelst een krachtig pleidooi voor rechtspraak door de gewone rechter. Een van de alternatieven waar zij minder mee is ingenomen is het stelsel van geschillencommissies. De argumenten die ze hiertegen in stelling brengt zijn niet allemaal overtuigend. Op twee punten heeft zij mogelijk gelijk: het punt van de kwaliteit en dat van de openbaarheid. Of de kwaliteit van uitspraken van geschillencommissies onderdoet voor die van de rechter is een kwestie die nader onderzoek behoeft; momenteel is hier geen bewijs voor aanwezig. Hooguit kan worden gesteld dat geschillencommissies wellicht minder vaak dan de rechter activistisch zijn ingesteld.²⁷ Wel is er bewijs voor het feit dat de geschillencommissies op het punt van openbaarheid onderdoen voor de rechter. Nog onlangs hebben Mak en Loos in dit tijdschrift kritiek uitgeoefend op de gebrekkige openbaarheid van de uitspraken van de Stichting geschillencommissies.²⁸ *Rechtspraak.nl* is een lichtend voorbeeld van hoe het wel kan – en moet. Overigens lijkt er weinig in de weg te staan aan overname van dit model voor particuliere commissies. Meer in het algemeen is het dunkt mij nuttig dat er twee concurrerende stelsels van geschillenbeslechting bestaan, die van elkaar kunnen leren.

27. Zie over rechterlijk activisme in consumentenzaken V. Mak, “‘Nous avons été de grands juges’”. Rechterlijk activisme via het Europese consumenten(krediet)recht’, *TvC* 2017, afl. 5, p. 201-206.

28. V. Mak & M.B.M. Loos, ‘Geschillencommissie, wees transparant!’, *TvC* 2017, afl. 2, p. 72-77. Hun kritiek betrof niet de openbaarheid van uitspraken van het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid), dat thans tien jaar bestaat. Blijkens het Jaarverslag 2016 werden in dat jaar ruim 6000 klachten ingediend, een afname van 8% ten opzichte van 2015. In bijna 1300 zaken vond een succesvolle bemiddeling plaats. In 2016 zijn de eerste klachten over automatisch beleggen en robo-adviezen (fintech) binnengekomen. Cliënten geven het Kifid het rapportcijfer 7. Vorig jaar was dat nog een 6,5. Bij consumentenklachten denkt men vaak aan kruimelschade. Die kan echter flink oplopen, zoals blijkt uit het bindend advies van 22 juni 2017 van de Kifid-commissie van beroep (€ 163 360).