

Procedurele rechtvaardigheid bij platformprocedures

*Eric Tjong Tjin Tai en Paul Frenken**

1. Inleiding

Zolang als er rechtspraak is, is er kritiek op de kwaliteit van rechtspraak. Zo zijn niet alleen de lange doorlooptijden van rechtszaken en de daaraan verbonden kosten vaker terugkomende onderwerpen van kritiek, maar ook de mate waarin een gerechtelijke procedure moet voldoen aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid. Vooral dit laatste wordt bekritiseerd vanuit het ideaal van de perfecte rechter die eenieder voor ogen staat, ook al is het lastig om dit te concretiseren.¹ Ondertussen is, mede vanwege de maatschappelijke kosten van de rechtspraak, een beweging ontstaan om procedures voor civielrechtelijke geschillen ‘uit te besteden’ aan buitengerechtelijke instanties, waarbij meestal wordt verwezen naar de Engelse benaming *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Sinds de opkomst van het internet is daar de online variant – *Online Dispute Resolution* (ODR) – bij gekomen. In Europese regelgeving² en in de literatuur worden de voordelen van ADR en ODR qua tijd en snelheid weliswaar onderstreept, maar wordt tegelijkertijd benadrukt dat daarvoor min of meer dezelfde procedurele waarborgen moeten gelden als bij een reguliere procedure bij de overheidsrechter.³ In die visie worden zulke procedures slechts benaderd als een verwaterde vorm van rechtspraak die toch zo veel mogelijk naar het model van overheidsrechtspraak moet worden gemodelleerd.

Men kan zich echter afvragen of het niet juist die waarborgen zijn die de traagheid en de kosten van procedures veroorzaken.⁴ Ten aanzien van overheidsrechtspraak en juridische dienstverlening betoogt Susskind al jaren dat de tijd van maatwerk voorbij is en dat er meer moet worden ingezet op confec-

tie, standaardisering.⁵ Een procedure die zo veel mogelijk gericht is op het realiseren van procedurele rechtvaardigheid zal misschien plaats moeten maken voor een procedure met een meer gestandaardiseerde aanpak. In dat kader pleit Susskind in zijn recentste boek⁶ voor online rechtspleging door gerechten in civielrechtelijke geschillen met een gering belang,⁷ waar de toegang tot het recht in het bijzonder problematisch is door de discrepantie tussen het financiële belang bij het geschil en de kosten van een procedure.⁸

Tegenwoordig zijn er diverse online ‘procedures’ beschikbaar waarmee geschillen worden behandeld zonder alle procedurele normen te volgen die we kennen van een reguliere gerechtelijke procedure. Een bekend voorbeeld daarvan is de arbitrageprocedure in domeinnaamgeschillen, de Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) bij de World Intellectual Property Organization (WIPO).⁹ Andere voorbeelden zijn de procedures bij bemiddelingsplatformen (kortweg: platformen) zoals Amazon, eBay, Airbnb en PayPal. Deze procedures zijn vaak gratis of betrekkelijk goedkoop en leiden binnen een zeer kort tijdsbestek tot een beslissing. Daarbij worden er grote aantallen geschillen verwerkt zonder dat dit tot maatschappelijke ophef lijkt te leiden. Bijzonder hieraan is dat deze procedures de toegang tot de rechter niet afsnijden. Zij lijken in dat opzicht dan ook meer op klachtenprocedures dan op echte geschilbeslechting.

De bijzondere positie van zulke procedures leidt tot tegenstelde opvattingen. Enerzijds kan men namelijk betogen dat het hier niet om echte geschilbeslechting gaat en er dus geen procedurele eisen gelden. Anderzijds worden met zulke procedures veel geschillen behandeld die niet of slechts moeilijk bij de overheidsrechter terecht komen. In de literatuur wordt

* Prof. dr. T.F.E. Tjong Tjin Tai LL.M. M.Sc. is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University. Mr. P.M.P. Frenken LL.M. is parttime docent/onderzoeker aan Tilburg University en jurist bij Coöperatieve Rabobank U.A. Met dank aan Alina Ontanu voor haar opmerkingen bij eerdere versies en discussies over de in deze bijdrage aan de orde gestelde onderwerpen.

1 W.H.D. Asser, *Salomo's wijsheid* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992, wijst erop dat een ‘ideaal’ als Salomo diverse essentiële beginselen van procesrecht met voeten treedt.

2 Zie par. 3.3.

3 Een duidelijk voorbeeld zijn de Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on online dispute resolution mechanisms in civil and administrative court proceedings, 16 juni 2021, CM(2021)36add4-final.

4 E. Bauw, C.C. de Kluiver, M.A. Simon Thams & W. van der Woude, *Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing* (WODC-rapport), Den Haag: Boom juridisch 2018, geven een genuanceerdere analyse, waarbij zij overigens niet de EHRM-rechtspraak op dit punt behandelen.

5 Sinds R.E. Susskind, *The future of law*, Oxford: Oxford University Press 1996, herhaald in latere boeken.

6 R. Susskind, *Online courts and the future of justice*, Oxford: Oxford University Press 2019.

7 Susskind 2019, p. 11.

8 Hij is er overigens wel voorstander van om procedurele rechtvaardigheid te behouden (p. 204), maar ziet het recht op een mondelinge behandeling niet als absoluut (p. 205).

9 Zie www.wipo.int/amc/en/domains/, waarover bijv. J.P. Fokker, *E-arbitrage* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 152-156, G. Kaufmann-Kohler & T. Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for contemporary justice*, Den Haag: Kluwer International 2004, p. 36-40, P. Cortés, *Online Dispute Resolution for consumers in the European Union*, Londen: Routledge 2010, par. 3.3.4 en H.W. Wefers Bettink, ‘ADR voor domeinnaamgeschillen: een lichtend voorbeeld?’, *TvA* 2006, afl. 3, p. 81 e.v.

daarom betoogd dat deze procedures ook aan eisen van procedurele rechtvaardigheid moeten voldoen.¹⁰ Deze bijdrage ziet op een middenpositie die wij onderzoeken, namelijk dat zulke procedures niet volledig hoeven te voldoen aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid. Dit gelet op de eigen aard en positie van deze procedures, in het bijzonder de voordelen ten aanzien van toegankelijkheid ten opzichte van overheidsrechtspraak.¹¹ De vormgeving van zulke procedures, en de normatieve vraag aan welke eisen zij wel moeten voldoen, kan dan inspiratie bieden voor ideeën over hoe overheidsrechtspraak sneller en goedkoper kan.¹² In deze bijdrage presenteren wij de eerste uitkomsten van een verkennend onderzoek naar deze procedures.

Om te beginnen gaan we hierna eerst in op de kenmerken en voordelen van de hiervoor aangehaalde online procedures bij platformen en staan we eveneens kort stil bij een aantal ervaringen die daarover zijn gedeeld (par. 2). Vervolgens schetsen we de relevante rechtspraak over de eisen van procedurele rechtvaardigheid en de daarmee verband houdende toepasselijkheid van art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) bij andere procedures buiten de reguliere gerechtelijke civiele bodemprocedure (par. 3). Aan de hand daarvan gaan wij vervolgens in op de vraag welke eisen er aan online procedures bij platformen gesteld zouden moeten worden (par. 4). Wij sluiten uiteindelijk af met enkele voorlopige conclusies over het toepasselijke normenkader en suggesties voor verder onderzoek (par. 5).

2. Procedures bij platformen

2.1 Introductie

Bekende online opererende platformen zoals Amazon, eBay, Airbnb en PayPal bemiddelen¹³ tussen enerzijds aanbieders van producten en diensten en anderzijds degenen die deze producten en diensten afnemen. Meestal gaat het hier om een 'business to consumer' (b2c)-verhouding. De hiervoor aange-

haalde platformen verzorgen ook het betalingsverkeer tussen die aanbieders en afnemers.¹⁴

Daarnaast bieden deze platformen procedures aan voor het geval dat een aanbieder en een afnemer een civielrechtelijk geschil met elkaar hebben.¹⁵ Een geschil ontstaat doorgaans doordat de afnemer (de consument) ontevreden is over een door de aanbieder aangeboden product of dienst en daardoor zijn geld terug wil, terwijl de aanbieder terugbetaling weigert. De consument is dan geneigd om bij het platform zijn beklag te doen, aangezien het platform – dat het betalingsverkeer tussen consument en aanbieder afwikkelt – meestal in de gelegenheid is die terugbetaling te verwezenlijken zonder medewerking van de aanbieder. Veel platformen hebben dan ook een procedure ingericht die als uitkomst kan hebben dat de consument ook daadwerkelijk zijn geld terugkrijgt.¹⁶ Omdat de uitkomst van deze procedure niet juridisch bindend is, gaat het strikt genomen niet om geschilbeslechting; sommige auteurs zien dit als een terugvorderingsmechanisme¹⁷ of iets dat dient ter voorkoming van geschillen.¹⁸ Niettemin heeft de procedure ook trekken van geschilbeslechting,¹⁹ omdat het platform hier als relatief neutrale partij staat tegenover twee partijen en niet, zoals bij reguliere klachtenprocedures, de partij die de klacht afhandelt ook degene is over wie wordt geklaagd. Om die reden willen wij deze procedure bezien als mogelijk model voor geschilbeslechting.

- 10 Zoals betoogd door E.M. van Gelder & J.M.L. van Duin, 'In de schaduw van het recht: over PayPal's Resolution Centre en kwaliteitsstandaarden voor cODR op online platforms', in: P.T.J. Wolters e.a., *Digitalisering en conflictoplossing*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 129-148 en A. Kamphorst, 'The right to a fair trial in Online Consumer Dispute Resolution', *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, afl. 5, p. 175-183.
- 11 Dit suggereert Susskind 2019. Zie ook P.M.P. Frenken, 'ODR-procedures bij platformen: laagdrempelig voor consumenten, maar zonder waarborgen voor legaliteit en procedurele rechtvaardigheid', *TvC* 2019, afl. 5, p. 210-221, suggererend dat het verdedigbaar is dat platformen niet aan alle eisen voor procedurele rechtvaardigheid voldoen.
- 12 Dit zien wij als een toevoeging naast de zeer uitvoerige en belangrijke analyses van E.M. van Gelder, *Consumer Online Dispute Resolution pathways in Europe* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022 en Kamphorst 2019, waar wij de lezer graag naar verwijzen. Een simpel voorbeeld: Kamphorst 2019 (p. 182) noemt de eis dat de procedure ook zonder internet kan worden gevoerd. Die eis lijkt voor platformprocedures niet op zijn plaats, omdat kan worden aangenomen dat beide partijen toegang hebben tot internet, nu zij de transactie juist via internet zijn aangegaan.
- 13 Het gaat meestal om bemiddeling, aangezien zij geld verdienen aan de totstandkoming van overeenkomsten. Zie HR 19 november 2021, ECLI: NL:HR:2021:1725, *NJ* 2021/396 (*Airbnb*).

- 14 Dit is relevant omdat het platform hierdoor een beslissing ook kan executeren. Zie hierover ook T.F.E. Tjong Tjin Tai & J. van Slooten, 'Platformarbeid en privaatrecht', in: M. Houwerzijl, S. Montebovi & N. Zekic (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 6, p. 109-133.
- 15 Van Gelder 2022, p. 196-214, die overigens zowel bindende als niet-bindende ODR bespreekt. P. Cortés, 'Online Dispute Resolution services: A selected number of case studies', *Computer and Telecommunications Law Review* (20) 2014, afl. 6, p. 172-178 bespreekt o.a. eBay en PayPal. Hij gaat voorbij aan de vraag of de regels van procedurele rechtvaardigheid worden gevolgd. L. Dal Pubel, 'e-Bay dispute resolution and revolution: An investigation on a successful ODR model', *Platform Economy & Labour Market* 2018, p. 130-155 gaat in op eBay en bespreekt normen van rechtvaardigheid. Een overzicht geeft T. Ballesteros, 'International perspectives on Online Dispute Resolution in the e-commerce landscape', *International Journal of Online Dispute Resolution* (8) 2021, afl. 2, p. 85-101. Verder A. Guadamuz, 'eBay law: The legal implications of the c2c electronic commerce model', *Computer Law & Security Review* (19) 2003, afl. 6, p. 468-473, E. Katsh, J. Rifkin & A. Gaitenby, 'E-commerce, e-disputes, and e-dispute resolution: In the shadow of "eBay law"', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (15) 2000, afl. 3, p. 705-734. Ook E. Katsh & O. Rabinovich-Einy, *Digital justice. Technology and the internet of disputes*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 66-75, T.D. van der Sanden & R.C. Hartendorp 'Online-conflictoplossing door de overheidsrechter: enkel geschilbeslechter of een dubbelrol?', *NJB* 2021, afl. 29, par. 2.
- 16 In par. 4.3 gaan wij verder in op de grondslag van zulke procedures.
- 17 A.J. Schmitz & C. Rule, 'The new handshake: Where we are now', *International Journal on Online Dispute Resolution* (3) 2016, afl. 2, par. 9.
- 18 Katsh & Rabinovich-Einy 2017, p. 66.
- 19 Dal Pubel 2018; Guadamuz 2003.

2.2 Kenmerken en voordelen van procedures bij platformen

Een procedure bij een platform verloopt doorgaans op een betrekkelijk eenvoudige wijze.²⁰ Deze procedure vangt aan met een ‘klacht’ die de afnemer van een product of dienst (de consument) bij het platform indient. Die klacht gaat dan meestal over het door de aanbieder niet of niet correct (aan)leveren van dat product of die dienst. De indiening van deze klacht gebeurt meestal via een aparte pagina op de website van het platform. Daarbij vraagt het platform de consument om bepaalde informatie over de klacht en eventueel aanvullend materiaal ter onderbouwing daarvan. Vervolgens vraagt het platform ook aan de aanbieder om zijn zienswijze te delen. En uiteindelijk neemt het platform de beslissing om het geld dat de consument in eerste instantie heeft betaald voor het afnemen van het product of de dienst wel of niet terug te betalen aan die consument. Wordt er besloten dat het geld aan de consument moet worden terugbetaald, dan gaat het platform daar ook zelf feitelijk toe over. Soms worden er – kennelijk door medewerkers van dat platform – nog nadere vragen over de klacht gesteld aan de consument en/of de aanbieder, maar soms lijkt het alsof er geen mens aan te pas is gekomen en er automatisch een beslissing is genomen. Wat daarnaast opvalt, is dat deze procedures bij platformen vooral de consumentenbescherming voorop lijken te stellen (en dit kan soms ook onterecht nadelig uitpakken voor aanbieders), maar tegelijkertijd ook proberen om evident misbruik door consumenten uit te sluiten.

Als we kijken naar verdere kenmerken van procedures bij platformen, dan valt het ten eerste op dat er in de procedure slechts een gelimiteerde categorie van ‘problemen’ kan worden aangekaart.²¹ Ten tweede zien we dat er in de procedure geen plaats is voor een mondelinge behandeling en partijen niet (of zeer beperkt) de mogelijkheid hebben om op elkaars standpunten te reageren. Ten derde lijkt het onderzoek naar de mogelijk voor de beslissing van belang zijnde feiten beperkt. De door het platform genomen beslissing lijkt dan ook slechts te zijn gebaseerd op wat partijen (beperkt) – vaak met een onderbouwing die hooguit bestaat uit digitale foto’s die worden gedeeld – hebben kunnen aandragen. Ten vierde valt op dat die beslissing niet of slechts zeer beperkt wordt gemotiveerd.

20 Zie bijv. www.ebay.nl/help/buying/returns-refunds/hulp-krijgen-voor-een-object-dat-niet-aangekomen?id=4042&st=7, www.airbnb.nl/help/article/248 (geraadpleegd op 26 februari 2023) en ook de beschrijvingen in Frenken 2019, B.A.G.T. Nuiten, *Hoe de informele ODR-procedure van Airbnb kan worden gezien in het licht van procesrechtelijke beginselen* (masterscriptie Tilburg), 2021, p. 35-37 en Y.J.R.C. Panhuizen, *eBay geschillenbeslechting, een alternatief?* (masterscriptie Tilburg), 2021. Overigens wijzigen platformen regelmatig de inrichting van de door hen aangeboden procedures, waardoor eerdere beschrijvingen inmiddels mogelijk niet geheel meer actueel zijn. De hier beschreven hoofdlijnen zijn echter al jaren gebleven.

21 Cortés 2014, p. 174 wijst erop dat het grote aantal zaken het mogelijk maakt om te onderscheiden in categorieën, en dat de beperkte onderwerpen het mogelijk maken om een efficiënt online proces te construeren. Hij wijst overigens ook op verschillen tussen landen en het soort voorwerpen (met begrenzing in waarde die wordt behandeld). Ook Dal Pubel 2018, p. 139.

Overigens zijn deze procedures in de regel niet bindend: de gang naar de (overheids)rechter staat dus nog altijd open.²²

Tegenover de hiervoor omschreven kenmerken staan ook diverse voordelen. Zo zijn de procedures bij platformen gratis. Daarnaast is de doorlooptijd van de procedure relatief kort, vaak in de orde van slechts enkele dagen. Voorts kan de tenuitvoerlegging van de beslissing (de terugbetaling) door het platform worden uitgevoerd zonder dat daar verdere kosten aan verbonden zijn.²³ Als de consument in het gelijk wordt gesteld, kan het platform er immers zelf voor zorgen dat die consument zijn geld terugkrijgt. Verder zijn er ook additionele sancties tegen de (in de procedure in het ongelijk gestelde) aanbieder van het product of de dienst op te leggen. Zo kan de beslissing van het platform invloed hebben op de reputatie van die aanbieder op het platform (de zogeheten *rating*).²⁴ En het platform zou er eventueel ook voor kunnen kiezen om die aanbieder van het platform te verwijderen. Overigens voorziet een platform soms in andere innovaties die ten dienste kunnen staan aan de oplossing van geschillen, zoals een ‘negotiation tool’.²⁵

2.3 Ervaringen met procedures bij platformen

Kijkend naar de opsomming van de voordelen die aan (klachten)procedures bij platformen verbonden zijn, lijkt dit een aantrekkelijk alternatief voor geschillenbeslechting, dat bovendien past in de lijn van het betoog van Susskind: een ‘budget-procedure’ die je snel en goedkoop brengt waar je wilt zijn, ook al voldoet deze niet aan alle eisen van de traditionele rechtspraak. Maar is dat wel een juiste constatering?²⁶ Beperkt onderzoek naar klachten die op internet (over Airbnb en eBay) zijn geuit, en die in dit kader relevant kunnen zijn, laat namelijk ook een ander beeld zien over de door platformen aangeboden procedures.²⁷ Zo wordt er bijvoorbeeld geklaagd over de communicatie vanuit het platform. Concreet gaan die klachten dan over trage reacties of reacties die in zijn geheel uitblijven nadat contact met het platform is opgenomen, de gebrekkige bereikbaarheid van het platform en de gestandaard-

22 Dit is alleen anders als er een beding tot arbitrage of bindend advies of iets dergelijks geldig zou zijn overeengekomen, maar dat is in de door ons onderzochte gevallen niet aan de orde. Jegens de consument kan zo’n beding snel onredelijk bezwarend zijn, zie nader HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 en de noot van H.J. Snijders onder deze uitspraak (mede ingaand op bindend advies).

23 Cortés 2010, p. 82 en 218 wijst hier ook op als voordeel.

24 Cortés 2014, p. 174 wijst ook hierop.

25 Cortés 2014, p. 174-175 beschrijft dat er ook zo’n tool wordt gebruikt om partijen aan te moedigen te schikken. Pas als zij er niet uit komen wordt de claim geëscaleerd naar het Resolution Services-team, kennelijk door mensen behandeld.

26 Vgl. ook Cortés 2010, p. 124-133, die diverse bezwaren ten aanzien van de UDRP-procedure bespreekt. Hij gaat ook in op de mogelijkheid tot aanpassing voor consumentengeschillen, maar erkent dat dit lastig kan zijn gelet op het geringe financiële belang van dergelijke geschillen (p. 132).

27 Nuiten 2021, p. 35-37; Panhuizen 2021, p. 23-26 en 32-36. Vgl. ook J.M.L. van Duin, N.M.I.D. Appelman, B. Zarouali & M.R.P. Kosian, ‘Schadelijke content en toegang tot recht op onlineplatforms’, TCR 2023, afl. 2, p. 31-39 en het daar genoemde WODC-rapport, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21, 34602*, nr. 6, dat handelt over platformen die content aanbieden (dus geen bemiddelingsplatformen).

diseerde reacties die vanuit het platform worden verstuurd en waarover men aangeeft daar niets aan te hebben. Daarnaast wordt er geklaagd over het feit dat er alleen bepaalde soorten 'klachten' bij het platform kunnen worden aangevoerd, waardoor klachten die daarbuiten vallen niet door het platform kunnen worden behandeld en dus ook niet kunnen worden opgelost. Verder wordt als klacht aangevoerd dat er geen mogelijkheid voorhanden is om te reageren op stellingen van de andere partij, wordt er geklaagd over het gebrek aan motivering van de genomen beslissing, en wordt het (subjectieve) vermoeden geuit dat het platform niet onpartijdig is geweest bij het nemen van deze beslissing.

Bij onze analyse van procedures bij platformen zijn wij gestuit op een aantal bijzondere kenmerken die niet zijn terug te zien bij de wat meer traditioneel ingerichte (buitengerechtelijke) geschilbeslechtsprocedures.²⁸ Hoewel die kenmerken voordelen voor partijen in die betreffende procedures bij platformen (kunnen) opleveren en met name lijken bij te dragen aan de lage kosten en korte doorlooptijden, heerst er op diverse punten ontevredenheid. Men kan zich daarom afvragen of de huidige inrichting van zulke procedures in orde is, of dat daar strengere eisen aan moeten worden gesteld, in het bijzonder de eisen voor procedurele rechtvaardigheid die aan de wat meer traditionele vormen van buitengerechtelijke geschilbeslechting worden gesteld. Dat vereist een korte weergave van die eisen en de voorwaarden voor de toepasselijkheid daarvan.

3. Procedurele rechtvaardigheid buiten de reguliere gerechtelijke procedure

3.1 Waarborgen voor procedurele rechtvaardigheid

Bij het bestuderen van geschilbeslechting wordt vaak teruggevallen op de beginselen van burgerlijk procesrecht, de uit art. 6 EVRM voortvloeiende eisen van een eerlijk proces (*fair trial*) en het waarborgen van procedurele rechtvaardigheid: drie termen die een vergelijkbaar doel dienen. De beginselen van burgerlijk procesrecht – zoals hoor en wederhoor, motivering van de beslissing, partijautonomie, onpartijdigheid van de rechter en openbaarheid van de procedure en de uitspraak – worden immers gezien als de basisvoorwaarden voor een eerlijk proces, waar ook procedurele rechtvaardigheid mee dient te worden gewaarborgd.²⁹ Een rechtzoekende moet daarmee immers de mogelijkheid hebben om op een efficiënte, effectieve en eerlijke wijze zijn materiële rechten te verwezenlijken.³⁰

In deze bijdrage hebben wij het vooral over het waarborgen van procedurele rechtvaardigheid. Dit begrip beschouwen wij als paraplueterm voor wat meer concreet is uitgewerkt in de beginselen van burgerlijk procesrecht en de eisen van een eerlijk proces zoals voortvloeiend uit art. 6 EVRM, die vooral zijn

toegesneden op de reguliere civielrechtelijke bodemprocedure bij de overheidsrechter. Voor andere soorten procedures en vormen van (buitengerechtelijke) geschilbeslechting is de toepasselijkheid van de hiervoor bedoelde beginselen en eisen minder vanzelfsprekend. Dat maakt het interessant om verschillende categorieën van die bijzondere procedures hierop na te lopen. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de toepasselijkheid van art. 6 EVRM. Daar is immers de meeste jurisprudentie over te vinden.³¹ Alhoewel hier ten aanzien van ADR al veel literatuur over bestaat, is daarin nooit onderzocht of art. 6 EVRM ook eisen stelt aan niet-bindende procedures bij platformen. Om vast te stellen welke eisen er gelden voor procedures bij platformen kunnen we eigenlijk niet om de vraag heen of art. 6 EVRM van toepassing is. Als dat namelijk zo is, dan is een groot deel van die eisen als het ware al ingevuld en is er weinig ruimte voor nadere regelgeving in het nationale recht.

3.2 Kortgedingprocedures

De eerste bijzondere procedure waar wij nader bij stilstaan, is de gerechtelijke civiele procedure in kort geding. De reden hiervoor is dat de platformprocedures hiermee gemeen hebben dat er geen daadwerkelijke bindende beslissing over het geschil wordt genomen, maar dat het voorlopige oordeel wel gevolgen heeft en dat om die reden bij het kort geding toch wordt aangenomen dat er enige procedurele waarborgen moeten worden aangelegd.

In 2016 heeft de Hoge Raad overwogen dat het kort geding als spoedprocedure een eigen karakter heeft dat mede wordt gekenmerkt door een flexibele procesvoering en is gericht op een spoedige en efficiënte afdoening van het geschil tussen partijen.³² Dit eigen karakter brengt volgens de Hoge Raad met zich mee dat een kortgedingprocedure wordt beheerst door eigen processuele regels die weliswaar, voor zover mogelijk en in de praktijk bruikbaar, zijn geënt op de wettelijke regeling van de bodemprocedure, maar daar toch in diverse opzichten van afwijken.³³ In het bijzonder gelden in kort geding minder strenge eisen aan de motivering van een beslissing.³⁴

Maar hoe wordt een kortgedingprocedure vanuit het perspectief van het EVRM gezien?³⁵ In het verleden stelde het

28 Het is niet duidelijk of platformprocedures nu wel of niet als geschilbeslechting kunnen worden aangemerkt. Daarom zetten we deze af tegen 'gewone geschilbeslechting'. Zie ook voetnoot 44 over mediation.

29 Asser Procesrecht/Giesen 2015/8.

30 Asser Procesrecht/Giesen 2015/10 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 3, p. 4; G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (R&P nr. 165), Deventer: Kluwer 2008, p. 33.

31 Wij gaan niet in op het vergelijkbare art. 47 EU-Handvest; we noemen wel enkele HvJ EU-uitspraken hierover.

32 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, *NJ* 2018/56, m.nt. H.J. Snijders, *JBPr* 2016/62, m.nt. E. Loesberg, *IER* 2017/7, m.nt. A.M.E. Verschuur, r.o. 3.3.2.

33 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, *NJ* 2018/56, r.o. 3.3.2. Zie ook Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/74-76.

34 HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4527, *NJ* 1983/466; HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, *NJ* 1996/509, r.o. 3.4; HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481 (*MBO/De Ruiterij*), r.o. 3.3 slot; HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, *NJ* 2003/149, r.o. 3.7.2 en 3.8; HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5100, *NJ* 2003/505; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO0955, *NJ* 2006/54, r.o. 3.4.2; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/125; Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/154; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 16.

35 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb), bijgewerkt tot 31 augustus 2022, te vinden op <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides>.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich op het standpunt dat art. 6 EVRM alleen van toepassing is op zaken waar iemands burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld. En in spoedprocedures over voorlopige maatregelen zouden per definitie geen rechten of verplichtingen worden vastgesteld en zou art. 6 EVRM dus niet van toepassing zijn.³⁶

In de zaak *Micallef/Malta* wijzigde het EHRM van koers.³⁷ De aanleiding van dit arrest was een triviaal burennrechtelijk geschil op Malta. Het ging namelijk om nante was die iemand boven de tuin van haar buurman had gehangen. Die buurman vorderde in kort geding een verbod om dat nog langer te doen. Die vordering werd toegewezen. Degene tegen wie het verbod was uitgevaardigd, ging daartegen in hoger beroep en vorderde daarbij opheffing van dat verbod, met als voornaamste reden dat in eerste aanleg het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden. Omdat de voorzitter van het gerecht dat in hoger beroep over het geschil oordeelde familie was van de advocaten die de hiervoor bedoelde buurman in de procedures in eerste aanleg en in hoger beroep hadden bijgestaan, ging de zaak bij het EHRM uiteindelijk over het beginsel van onpartijdige rechtspraak. Het EHRM heeft daarin principieel erkend dat voorlopige maatregelen langdurige en permanente effecten kunnen hebben, omdat voorlopige maatregelen vaak op dezelfde burgerlijke rechten en verplichtingen betrekking hebben als waar in de bodemprocedure over wordt geprocedeerd en een uitspraak in een bodemprocedure lang op zich kan laten wachten of zelfs kan uitblijven. De schade die een partij daardoor (in de tussentijd) onterecht zou hebben geleden, kan bovendien onomkeerbaar zijn geworden. Tegen die achtergrond vond het EHRM het dan ook niet langer gerechtvaardigd om een voorlopige maatregel zonder meer te kwalificeren als niet-bepalend voor iemands burgerlijke rechten en verplichtingen.³⁸

Het EHRM heeft vervolgens als uitgangspunt voor de toepasselijkheid van art. 6 EVRM in een procedure over voorlopige maatregelen een tweetal eisen geformuleerd. De eerste eis is dat het voor die toepasselijkheid moet gaan om iemands burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM.³⁹ De tweede eis voor de toepasselijkheid van art. 6 EVRM is dat de aard, het doel en de effecten van de voorlopige maatregel die onderwerp is van de procedure, onderzocht moeten worden, en dat art. 6 EVRM van toepassing is als die maatregel – ook al is die slechts voor beperkte duur van kracht – van be-

palende betekenis is voor de aan de orde zijnde burgerlijke rechten of verplichtingen.⁴⁰

Het EHRM heeft in *Micallef/Malta* verder aangegeven dat in uitzonderlijke gevallen kan worden afgeweken van de waarborgen van art. 6 EVRM. Bijvoorbeeld in het geval waarbij de effectiviteit van een maatregel nu juist afhangt van snelle besluitvorming. In zo'n geval kan volgens het EHRM weliswaar niet van de eis van onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak worden afgeweken, maar kunnen andere procedurele waarborgen slechts worden toegepast voor zover zij verenigbaar zijn met de aard en het doel van de betreffende kortgedingprocedure. In dat geval is het aan de betrokken staat om aan te tonen dat, met het oog op het doel van de betreffende procedure waar het over gaat, een of meer procedurele waarborgen niet kunnen gelden zonder dat deze onnodig afbreuk doen aan de verwezenlijking van de doelstellingen die met de aan de orde zijnde voorlopige maatregel worden nagestreefd.⁴¹

De hiervoor aangehaalde overwegingen uit *Micallef/Malta* herhaalde het EHRM in de zaak *RTBF/België*.⁴² Deze zaak ging over een kort geding waarin een verbod werd gevorderd op de uitzending van een televisieprogramma. Het EHRM oordeelde:⁴³

‘Voor deze zaak merkt het Hof op dat de beslissing van de kortgedingrechter hetzelfde voorwerp betrof als de bodemprocedure – verbod van uitzending –, beoogde om over hetzelfde recht te beslissen als aan de orde in de hoofdprocedure – het recht van vrijheid van meningsuiting en persvrijheid – en onmiddellijk uitvoerbaar was. Daarnaast was op de dag van het verzoek de bodemprocedure nog niet in gang gezet. Art. 6 EVRM is daarom van toepassing.’

Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak concluderen wij dat het EHRM weliswaar vasthoudt aan de eisen van art. 6 EVRM voor zover de kortgedingprocedure dezelfde functie en dezelfde gevolgen heeft als een reguliere procedure, maar wel degelijk ruimte laat voor een genuanceerde toepassing van de uit die bepaling voortvloeiende eisen als dat gelet op de aard van zo'n kortgedingprocedure noodzakelijk is.

3.3 Buitengerechtelijke geschilbeslechting

Zoals hiervoor in de inleiding al is aangehaald, wordt buitengerechtelijke geschilbeslechting vaak aangeduid met de Engelse benaming ‘Alternative Dispute Resolution’ (ADR). In dat kader vind je ook vaak de Nederlandse vertaling daarvan (alter-

36 F.J. Fernhout, ‘Procesrecht in kort geding. Gevolgen van EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, *NJ* 2010, 180 (*Micallef/Malta*)’, *TvPP* 2010, p. 108-111.

37 Fernhout 2010; Guide on Article 6 (2022), par. 63. Overigens waren de rechters verdeeld: er zijn twee dissenting en een concurring opinion.

38 EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, ECLI:NL:XX:2009:BK6011, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*), par. 79 en 80. Herhaald in EHRM 29 maart 2011, 50084/06 (*RTBF/België*), par. 64.

39 EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, ECLI:NL:XX:2009:BK6011, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*), par. 84.

40 EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, ECLI:NL:XX:2009:BK6011, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*), par. 85: ‘[T]he nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.’

41 EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, ECLI:NL:XX:2009:BK6011, *NJ* 2010/180 (*Micallef/Malta*), par. 86.

42 EHRM 29 maart 2011, 50084/06 (*RTBF/België*).

43 EHRM 29 maart 2011, 50084/06 (*RTBF/België*), par. 64-65 in het originele Franstalige arrest (vertaling ETTT & PF). In de Engelse vertaling zijn deze passages overgeslagen.

natieve geschilbeslechting) terug. Aangenomen wordt dat het dan gaat over arbitrage en bindend advies, of varianten hiervan.⁴⁴

Voor ADR in een zogeheten b2c-verhouding geldt de ADR-richtlijn.⁴⁵ Die beoogt te verzekeren dat consumenten op vrijwillige basis klachten tegen in de Europese Unie (EU) gevestigde ondernemers kunnen voorleggen aan erkende ADR-entiteiten en regelt de inrichting van (c.q. stelt minimumeisen aan) de door die entiteiten aan te bieden ADR-procedures. ADR in de zin van de richtlijn is dus beperkter dan ADR als begrip. Daarnaast is er ‘Online Dispute Resolution’ (ODR).⁴⁶ Strikt genomen kan deze term ook online rechtspraak omvatten, al doelt men meestal op online ADR. In deze bijdrage hebben ook wij het in die zin dus alleen over online ADR. De EU heeft ook een ODR-verordening⁴⁷ vastgesteld. Deze regelt echter *niet* ODR in het algemeen. De ODR-verordening heeft alleen tot doel om procedures bij een erkende ADR-entiteit via een speciaal daarvoor ingericht platform verder te faciliteren.⁴⁸ Het gaat hier dus vooral om een faciliterend instrument. De ODR-verordening ziet dus niet op iets dat aan alle vormen van ODR bepaalde (kwaliteits)eisen oplegt. In deze bijdrage gaan we verder niet in op de ADR-richtlijn en de ODR-verordening. Hier concentreren wij ons namelijk op de betekenis van procedurele rechtvaardigheid, en meer in het bijzonder art. 6 EVRM, voor buitengerechtelijke geschilbeslechting.⁴⁹

Over het algemeen geldt dat partijen in bepaalde situaties afstand kunnen doen van de in art. 6 EVRM verankerde rechten, ook binnen de reguliere gerechtelijke procedure.⁵⁰ Het is ook mogelijk om afstand te doen van het recht op toegang tot

de overheidsrechter. En dus om buitengerechtelijke geschilbeslechting overeen te komen. Daarvoor is echter wel vereist dat al bekend is bij de betrokken individuen dat er een geschil is,⁵¹ en dat er sprake is van vrije instemming met buitengerechtelijke geschilbeslechting.⁵² Bovendien zullen gebreken in de procedure nog steeds kunnen leiden tot een schending van art. 6 EVRM,⁵³ al is afwijking in sterkere mate mogelijk dan bij de overheidsrechter.

Procedurele rechtvaardigheid is bij buitengerechtelijke geschilbeslechting dus nog steeds van betekenis. De discussie in de Nederlandse literatuur spitst zich toe op art. 6 EVRM en de Nederlandse beginselen van procesrecht. Wij geven hier een korte samenvatting van de stand van zaken.

Knigge betoogt dat het eenvoudiger toelaatbaar is om bij buitengerechtelijke geschilbeslechting af te wijken van de beginselen van procesrecht, mede vanwege de omstandigheid dat er minder beroep op overheidsmiddelen wordt gedaan en omdat het vertrouwen in de rechtspraak daar geen grote rol speelt.⁵⁴ Zij wijst er verder op dat partijen bij arbitrage en bindend advies bijvoorbeeld kunnen afzien van een mondelinge behandeling of een arbiter kunnen benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich heeft, maar dat er ook grenzen zijn: partijen kunnen niet afzien van iedere motivering en hoor en wederhoor,⁵⁵ en het recht op gelijke behandeling kan niet helemaal worden uitgesloten.⁵⁶ Ernste heeft ten aanzien van bindend advies betoogd dat wanneer partijen zijn overeengekomen om hun geschil voor te leggen aan een bindend adviseur, zij weliswaar afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter, maar dat dit niet betekent dat zij ook van de overige beginselen afstand hebben gedaan.⁵⁷ Zij stelt namelijk vast dat bij bindend advies sprake is van vaststelling van burgerlijke rechten en plichten. Met name de beginselen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, hoor en wederhoor en motivering moeten volgens Ernste worden gewaarborgd, al merkt zij daar nog over op dat van deze beginselen wel afstand kan worden gedaan gedurende de procedure.⁵⁸

Voor wat betreft de wijze van toetsing kan de totstandkoming van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter worden getoetst in een exequaturprocedure (art. 1062 e.v. Rv) of een vernietigingsprocedure (art. 1064 e.v. Rv). Daarnaast kan de rechtsgeldigheid van een bindend advies bij de overheidsrechter aan de orde worden gesteld in een procedure waarin nakoming van dat bindend advies wordt gevorderd, of waarin

44 Mediation wordt ook vaak genoemd als vorm van ADR, al kan men erover discussiëren of dit geschilbeslechting in strikte zin is, nu de mediator niet zelf het geschil beslecht (bijv. H.J. Snijders, ‘Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated’, *AA* 2002, p. 483-498).

45 Richtlijn 2013/11/EU, *PbEU* 2013, L 165/63. Deze richtlijn heeft geleid tot de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (*Stb.* 2015, 160).

46 Van Gelder 2022; Fokker 2009, p. 162-168; A.H. Santing-Wubs, ‘Digitale geschilbeslechting’, in: S. van der Hof, A.R. Lodder & G.J. Zwenne (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2014, p. 87-103; Kaufmann-Kohler & Schultz 2004; Cortés 2010.

47 Verordening (EU) 524/2013, *PbEU* 2013, L 165/1.

48 E.M. van Gelder & A.B. Biard, ‘The Online Dispute Resolution platform after one year of operation: A work in progress with promising potential’, *TvC* 2018, afl. 2, p. 77-82; E.N. Verhage, ‘ADR en ODR voor consumentenzaken in beweging. Enige juridische implicaties van de Europese ADR-richtlijn en ODR-verordening voor het Nederlandse ADR-landschap’, *TMD* (18) 2014, afl. 2, p. 13-28; E.N. Verhage, ‘Een nieuw Nederlands kader voor ADR en ODR in consumentengeschillen’, *TvA* 2015, afl. 3, p. 70-76; Van Gelder en Van Duin 2021; P. Cortés & A.R. Lodder, ‘Consumer Dispute Resolution goes online: Reflections on the evolution of European law for out-of-court redress’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, afl. 1, p. 1-29.

49 Ook uitvoerig over art. 6 EVRM en ODR, met name voor consumenten: Kamphorst 2019 en S. Schiavetta, ‘The relationship between e-ADR and Article 6 of the European Convention of Human Rights pursuant to the case law of the European Court of Human Rights’, *Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 2004, afl. 1, https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_1/schiavetta/.

50 M.W. Knigge, *De procesovereenkomst* (diss. Leiden), 2012, p. 141-145.

51 EHRM 27 april 2017, 22493/05, ECLI:CE:ECHR:2017:0427JUD002249305 (*Schmidt/Latvia*), par. 96 met verwijzingen.

52 EHRM 2 oktober 2018, 40575/10 en 67474/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510 (*Mutu en Pechstein/Zwitserland*).

53 EHRM 20 mei 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0520JUD0000531211 (*Beg S.p.a./Italië*).

54 Knigge 2012, p. 108-112 en 339.

55 Afstand van hoor en wederhoor in arbitrage is wel toegestaan, maar de arbiter of adviseur kan dan nog steeds vragen om het partijstandpunt. Zie Knigge 2012, p. 191-192.

56 Knigge 2012, p. 161-204 en 340, met verwijzingen naar onder meer G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

57 P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), 2012, p. 179.

58 Ernste 2012, p. 179-180.

– al dan niet als verweer tegen een vordering tot nakoming – de vernietigbaarheid van dat bindend advies ex art. 7:904 BW aan de orde wordt gesteld. In de hierna in het kort aangehaalde rechtspraak is te zien dat de beginselen van procesrecht weliswaar gelden bij arbitrageprocedures en bindendadviesprocedures, maar dat die minder streng worden gehanteerd. Kennelijk mede met het oog op de aard van dergelijke procedures.

Een schending van beginselen van procesrecht kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis⁵⁹ of het weigeren van een exequatur voor dat vonnis.⁶⁰ Ten aanzien van de motiveringsplicht heeft de Hoge Raad geoordeeld dat vernietiging van een arbitraal vonnis wegens een gebrekkige motivering (art. 1065 lid 1 sub d Rv) terughoudend moet gebeuren.⁶¹ Volgens de Hoge Raad moet de overheidsrechter in dat geval slechts in sprekende gevallen ingrijpen, meer in het bijzonder indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld.⁶² Voor wat betreft de motivering van een bindend advies heeft de Hoge Raad overwogen dat naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van de betreffende bindend adviseur meer en beter behoort te worden gemotiveerd. De Hoge Raad merkt daarbij nog op dat het omgekeerd zo is dat naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.⁶³ Er wordt verdedigd dat bij bindend advies soms ook kan worden afgezien van een mondelinge behandeling, en dat er soms slechts beperkte ruimte hoeft te worden gegeven voor tegenspraak.⁶⁴

4. Procedurele eisen en platformen

4.1 Toepasselijkheid van art. 6 EVRM⁶⁵

Met inachtneming van de hiervoor (in par. 2) aangehaalde kenmerken van (klachten)procedures bij bemiddelingsplatformen, de voordelen die daaraan verbonden zijn en de kritieken die daarover zijn geuit, is het interessant om na te gaan welke procedurele eisen aan dergelijke procedures gesteld zouden moeten worden. In dat kader is het relevant om – mede met inachtneming van wat hiervoor (par. 3) hierover aan de orde is gesteld – na te gaan of art. 6 EVRM bij die procedures toepasselijk is, welke (andere) waarborgen voor procedurele rechtvaardigheid mogelijk in acht moeten worden genomen, en hoe met het oog daarop een procedure bij een platform vorm zou moeten krijgen.

Om te beoordelen of art. 6 EVRM bij een procedure in acht moet worden genomen, dient formeel als eerste de volgende vraag te worden beantwoord: leidt de procedure tot de vaststelling van een recht? Is het antwoord hierop ‘nee’, dan is art. 6 EVRM niet rechtstreeks van toepassing. Het EHRM is in dit opzicht niet zeer toegeeflijk.⁶⁶ Het moet namelijk gaan om een ‘genuine and serious dispute with a decisive outcome’.⁶⁷ Dat is niet aan de orde als er slechts een betwifelbare connectie is met zo’n ‘dispute’ of ‘outcome’, of als die uitkomst ver verwijderd is van de procedure in kwestie.⁶⁸ Is het antwoord op de vraag of de procedure leidt tot de vaststelling van een recht ‘ja’, dan is de vervolgvraag of de gang naar de overheidsrechter in beginsel is afgesloten. Is dat het geval, dan zijn de beginselen van procesrecht zonder meer van toepassing.

Bij de platformprocedures is de gang naar de rechter niet afgesloten: de procedure is niet-bindend.⁶⁹ Daarnaast lijkt het

59 Op grond van strijd met de openbare orde: art. 1065 lid 1 sub e Rv, zie H.J. Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7, die erop wijst dat met name hoor en wederhoor streng worden getoetst. Ook moet naar Nederlands recht een arbitraal vonnis gemotiveerd zijn (art. 1057 lid 4 sub e en 1065 lid 1 sub d Rv), zie H.J. Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 1057 Rv, aant. 4.6, die aangeeft dat partijen dit in Engeland en Duitsland kunnen uitsluiten. Een arbitraal vonnis kan overigens ook worden vernietigd, indien de arbiters zich niet aan de opdracht hebben gehouden, zie art. 1065 lid 1 sub c Rv.

60 Omdat aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd, zie art. 1063 lid 1 Rv.

61 HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1593, *NJ* 2008/4.

62 HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1593, *NJ* 2008/4, r.o. 3.3. Zie H.J. Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 1057 Rv, aant. 5.2.

63 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, r.o. 3.4.

64 Ernste 2012, p. 148-149 (mondelinge behandeling) en p. 156 (niet nodig uitgebreide conclusiewisseling te houden zoals in rechtspraak). Tegenspraak moet dus wel mogelijk zijn, maar de ruimte is beperkt.

65 C. Daniels, ‘Alternative Dispute Resolution for European consumers: A question of access to and standards of justice’, in: L. Cadet, B. Hess & M. Requejo Isidro (red.), *Privatizing dispute resolution*, Baden-Baden: Nomos 2019, p. 257-296, behandelt diverse categorieën, maar gaat niet diep in op de hier onderzochte situatie (vrijwillig gekozen niet-bindende ADR), dat is volgens haar niet problematisch. Dal Pubel 2018 ziet geen problemen, mits hoor en wederhoor zijn gevolgd. We gaan (nu die bepaling een grote mate van overeenkomst met art. 6 EVRM heeft) korthedshalve niet uitvoerig in op art. 47 EU-Handvest; zie daarvoor A. Kamphorst, *Applying the right to a fair trial to alternative consumer dispute resolution*, diss. Groningen 2023, p. 31-52. Wel noemen we een paar uitspraken over art. 47 EU-Handvest die relevant zijn voor de reikwijdte.

66 Guide to application of art. 6 ECHR (2022), nr. 5-31.

67 Guide to application of art. 6 ECHR (2022), nr. 5-14, verwijzend naar o.a. EHRM 23 september 1982, 7151/75, ECLI:NL:XX:1982:AC7724 (*Sporrong and Lönnroth/Zweden*), par. 81; EHRM 11 januari 2018, 38259/09, ECLI:CE:ECHR:2018:0111JUD003825909 (*Cipolletta/Italie*), par. 31; EHRM 11 juli 2019, 44768/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0618DEC004476810 (*Yankov/Bulgaria*) (dec.), par. 26-27.

68 Guide to application of art. 6 ECHR (2022), nr. 10, verwijzend naar o.a. EHRM 3 april 2012, 37575/04, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD003757504 (*Boulois/Luxembourg*) [GC], par. 90, waar ook wordt verwezen naar *Micallef/Malta*, par. 74.

69 De analyse van Kamphorst 2019, die zich ook mede over dergelijke procedures buigt, is daarom niet zonder meer van toepassing. Zij wijst erop dat het vrijwillig karakter van zulke procedures voor consumenten juist weer onhandig kan zijn als de handelaar niet wil meewerken. Dit speelt bij de hier besproken procedures niet, doordat het platform, als de handelaar niet meewerkt, in de regel de consument het geld zal terugbetalen.

veelal niet te gaan om de vaststelling van een recht, maar eerder om een soort 'ordemaatregel' die vergelijkbaar is met een beslissing in een procedure in kort geding. Er wordt immers besloten dat een bedrag wordt terugbetaald, omdat dit voorlopig de beste uitkomst lijkt. Dit kan lijken op een inschatting van wie uiteindelijk recht heeft op het geld, maar is daarmee geen vaststelling van zo'n recht.⁷⁰

Dat het niet gaat om een bindende beslissing onderscheidt platformprocedures van e-Court.⁷¹ Dit laatste was een privaat initiatief waarbij bedrijven consumentengeschillen aanhangig konden maken en goedkoop en snel een exequatur zouden kunnen verkrijgen. Eerst werd dit in de vorm van een bindend advies c.q. notariële akte als exequatur gegoten, later werd de procedure opgezet als arbitrage. De kostenbesparing werd onder meer gerealiseerd door een versimpelde bewijsregeling en door het afzien van een mondelinge behandeling.⁷² In de literatuur was er sympathie voor de afweging tussen kosten en beperkte waarborgen (zoals versimpeld bewijsrecht en geen mondelinge behandeling),⁷³ maar er waren ook zorgen. Die zorgen gingen met name over mogelijke partijdigheid, het ontbreken van motivering, en mogelijke toewijzing van de vorde ring zonder nadere toetsing.⁷⁴ Uiteindelijk hield deze werkwijze geen stand, waarbij speelde dat de procedure bij e-Court de weg naar de overheidsrechter afsneed; de procedure werd immers gekwalificeerd als arbitrage.⁷⁵

Het lijkt er dus op dat art. 6 EVRM bij een platformprocedure die niet-bindend is niet van toepassing is, wat steun vindt in de beperkte toepasselijkheid van art. 6 EVRM in spoedprocedures. Het EHRM maakt op die beperkte toepasselijkheid een uitzondering als er de facto toch wordt beslist over het recht (door moeilijk omkeerbare gevolgen) en de gang naar de gewone rechter erg lang of te lang duurt (zoals bij het verbieden van een uitzending). In platformprocedures over consumentengeschillen lijkt dit niet aan de orde. Het gaat dan namelijk vaak over vermogensschade van geringe waarde die uit de aard van de zaak niet zo spoedeisend is dat de gang naar de gewone rechter niet gemaakt zou kunnen worden.

Maar zijn er geen argumenten waarom art. 6 EVRM toch van toepassing zou moeten zijn, eventueel in beperkte vorm? Waar bijvoorbeeld op wordt gewezen, is dat partijen in dergelijke gevallen meestal geen werkelijke mogelijkheid hebben om zich tot de overheidsrechter te wenden, onder meer vanwege disproportionele kosten die daaraan verbonden zijn.⁷⁶ Daarnaast kan het bij online gevoerde geschillen de facto vaak lastig of onmogelijk zijn om de wederpartij te vinden; de echte identiteit en het adres van de wederpartij zijn vaak niet bekend, zelfs niet altijd via het platform.⁷⁷ Daardoor is er in zulke gevallen geen daadwerkelijke toegang tot de overheidsrechter en is de beslissing van het platform in feite definitief. Hierbij komt dat bij platformprocedures het platform zelf een vorm van tenuitvoerlegging bewerkstelligt door het gevorderde geld terug te betalen: in zoverre lijkt het toch een vervanging van de gerechtelijke procedure te zijn.

Hoewel we de kracht van deze argumenten niet willen ontkennen, lijken zij toch onvoldoende om daar de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op te baseren. De rechtspraak van het EHRM voor buitengerechtelijke procedures geeft hier geen duidelijke aanknopingspunten voor: de aan de orde gestelde uitspraken gaan vooral over overheidsrechtspraak.

In dit kader moet ook worden bedacht dat het EHRM zelf ook praktische overwegingen meeneemt in de beslissingen die het neemt. Het recht op toegang tot de rechter is volgens het EHRM namelijk niet absoluut en mag beperkt worden om redenen van efficiëntie, zolang maar niet de essentie van het recht beperkt wordt.⁷⁸ Hierdoor is het bijvoorbeeld toegestaan om voor hoger beroep of cassatie een inhoudelijke of financiële drempel qua waarde van het geschil aan te leggen ter voorkoming van overbelasting.⁷⁹ Ook is het toegestaan om een financiële drempel in de vorm van griffierecht aan te leggen.⁸⁰

Indirecte steun voor de gedachte dat een 'lichte' vorm van geschilbeslechting voorafgaand aan de procedure bij de overheidsrechter mogelijk is onder de hier beschreven voorwaarden kan (in het kader van het met art. 6 EVRM vergelijkbare art. 47 EU-Handvest) worden gevonden in de zaak *Alassini*.⁸¹

70 Vgl. HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:503 (verklaring voor recht niet mogelijk in kort geding).

71 A.W. Jongbloed, 'Een miskend initiatief om de kosten voor procederende burgers acceptabel te houden', *RMTthemis* 2014, afl. 3, p. 111-117; R.C. Hartendorp, 'E-Court een goed initiatief dat zich op de verkeerde punten onderscheidt', *RMTthemis* 2014, afl. 3, p. 117-121; E.M. van Gelder, 'Online Dispute Resolution: een veelbelovend initiatief voor toegang tot het recht?', *MoV* 2018, afl. 7-8, p. 262-267; E. Bauw, 'Geschillen als handelswaar. Over cliffhangers en e-Court soap', *AA* 2018, p. 890-893; C.N.J. de Vey Mestdagh & A. Kamphorst, 'e-Court of de moderne Prometheus vs. het recht, een achterhoedegevecht?', *IR* 2018, afl. 1, p. 12-18, o.a. met verwijzingen naar rechtspraak. M.B.M. Loos, 'Geschillenbeslechting door e-Court vanuit consumentenrechtelijk perspectief bezien', *WPNR* 2014, afl. 7003, p. 92-98 vergelijkt e-Court met de geschillencommissie. Zie over een enigszins vergelijkbaar initiatief HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, *NJ* 2020/305 (*Stichting Arbitrage Rechtspraak Nederland*).

72 Hartendorp 2014, p. 119-120.

73 De Vey Mestdagh & Kamphorst 2018.

74 Bauw 2018, par. 3; Van Gelder 2018, par. 4.2.

75 Van Gelder 2018, par. 4.2. Er was ook discussie over of consumenten daadwerkelijk bewust hadden gekozen voor arbitrage.

76 Vgl. H. Eidenmüller & M. Engel, 'Against false settlement: Designing efficient consumer rights enforcement systems in Europe', *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (29) 2014, afl. 2, p. 261-298: consumenten worden de facto toch ontmoedigd om naar de rechter te gaan. In dezelfde zin al in de jaren tachtig over ADR in het algemeen: O. Fiss, 'Against settlement', *Yale Law Journal* (96) 1984, p. 1073-1090.

77 Dit kan zowel voor de handelaar als voor de consument gelden; het kan bijv. gebeuren dat de consument geen correct woonadres heeft opgegeven, maar het pakket bij een afhaalpunt heeft laten bezorgen.

78 Bijv. EHRM 17 januari 2012, 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006 (*Stanev/Bulgarije*), par. 230 en EHRM 15 maart 2018, 51357/07, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707 (*Nait-Liman/Zwitserland*), par. 114.

79 EHRM 5 april 2018, 40160/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0405JUD004016012 (*Zubac/Kroatië*), par. 83, verwijzend naar eerdere rechtspraak.

80 EHRM 19 december 1997, 155/1996/774/975, ECLI:CE:ECHR:1997:1219JUD002673795 (*Brualla Gomez de la Torre/Spanje*), par. 36. Zie ook F. Fernhout, 'Griffierechten en het recht op toegang tot de rechter', *AA* 2019, p. 67-74 en P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Heffing aan de poort', *TCR* 2010, afl. 3, p. 73-76.

81 HvJ EU 18 maart 2010, C-317/08 t/m C-320/08 (*Alassini*).

In die zaak heeft het Europese Hof van Justitie van de EU namelijk – kort samengevat – geoordeeld dat er geen probleem is uit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming met een eerdere schikkingsprocedure als dit niet leidt tot ernstige vertraging of kosten en ook niet bindend is.⁸²

4.2 Andere grondslag voor procedurele eisen?

Maar ook al is art. 6 EVRM niet daadwerkelijk van toepassing, dan nog kan worden verdedigd dat er zekere procedurele waarborgen zouden moeten gelden voor procedures bij platformen. In de literatuur is een betoog van deze strekking herhaaldelijk gevoerd, waarbij vaak met een schuin oog naar de eisen van art. 6 EVRM wordt gekeken.⁸³ Wij sluiten ons hierbij aan, maar wijzen erop dat er dan een andere grondslag dan art. 6 EVRM nodig is.

In dit verband moet overigens wel worden opgemerkt dat niet direct duidelijk is op welke wijze procedures bij platformen door de rechter getoetst zouden moeten worden. De rechter zou een geschil tussen een consument en een aanbieder van een product of een dienst dat aan hem is voorgelegd sowieso inhoudelijk moeten beoordelen. Daardoor lijkt er weinig reden te zijn om ook nog over de bij een platform gevoerde procedure te oordelen, nu daar geen belang bij is in het geschil tussen die consument en die aanbieder. De gevoerde procedure zou alleen kunnen worden getoetst bij een gerechtelijke procedure tegen het platform, die door de consument of eventueel een belangenorganisatie of toezichthouder wordt gevoerd. Daarnaast merken we op dat het bij platformprocedures strikt genomen niet om geschilbeslechting lijkt te gaan, maar om klachtenprocedures. In de literatuur wordt echter herhaaldelijk aangevoerd dat klachtenprocedures in de praktijk de enige toegankelijke procedures voor consumenten zijn, wat een reden zou zijn om deze enigszins vergelijkbaar met echte geschilbeslechting te behandelen.⁸⁴

Als we de basis voor de bij platformen gevoerde procedures onderzoeken, zijn er diverse mogelijkheden. Een belangrijke reden waarom platformen zulke procedures hebben, is waarschijnlijk dat betalingen voor producten en diensten vaak mede door middel van een creditcard kunnen plaatsvinden.⁸⁵ Amerikaanse creditcardbedrijven zijn op grond van de Fair Credit Billing Act (1974)⁸⁶ namelijk verplicht om een klachtenprocedure te volgen als een betaling op een afschrift wordt betwist door de klant.⁸⁷ De Fair Credit Billing Act was opgesteld om consumenten te beschermen: tot dan toe waren creditcardbedrijven geneigd een afgeboekt bedrag gewoon te

incasseren bij de consument en zich niet te verdiepen in het achterliggende geschil, waardoor een consument dan zijn geld kwijt was en naar de rechter moest om het terug te krijgen.⁸⁸ De Amerikaanse wetgever vond dat creditcardbedrijven ook een zekere verantwoordelijkheid hadden, zodat de consument bij een creditcardbetaling niet de verweermogelijkheden kwijt raakte die hij bij een gewone transactie wel zou hebben. Deze regels moeten direct of indirect⁸⁹ ook worden gevolgd door platformen die creditcardbetalingen verwerken.

In de EU gelden art. 101 en 102 van de PSD2-richtlijn.⁹⁰ Daarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat betaaldienstverleners ‘adequate en effectieve klachtenprocedures’ opzetten en dat ‘adequate, onafhankelijke, onpartijdige, transparante en effectieve ADR procedures’ worden ingesteld voor de beslechting van geschillen tussen betalingsdienstgebruikers en betalingsdienaars. Deze bepalingen hebben eenzelfde strekking, maar zijn erg vaag over de inhoud van deze verplichtingen.⁹¹

Op dit punt kan een vergelijking worden gemaakt met art. 20 van de Digitale dienstenverordening (Digital Services Act, kortweg: DSA).⁹² Weliswaar geldt de daar geregelde klachtenprocedure niet voor klachten over via platformen verhandelde producten of diensten,⁹³ maar het geeft enige richting aan wat de Europese wetgever van klachtenprocedures

82 Zie over de achtergrond M. Factor, ‘The credit cardholder’s rights to assert claims and preserve defenses under the Fair Credit Billing Act’, *University of San Fernando Valley Law Review* (4) 1975, afl. 2, p. 215-248, N.O. Littlefield, ‘Federal consumer credit legislation. Some new developments – Fair Credit Billing: Part 2’, *Commercial Law Journal* (80) 1975, afl. 8, p. 349-354, T.K. Hyatt, ‘Error resolution and disputes over the quality of goods under the Fair Credit Billing Act and the Electronic Fund Transfer Act’, *Journal of Law and Commerce* (1) 1981, p. 143-158, op p. 152-153: ‘Through this substantial involvement in the transaction, Congress believed the institutions must bear some responsibility when a dispute arises.’

83 Korteidshalve gaan wij er niet op in of het platform zelf onder de Fair Credit Billing Act valt, of dat de creditcardmaatschappij van het platform eist dat het deze regels volgt, dan wel uitvoering geeft aan de verplichting die op de creditcardmaatschappij rust.

84 Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt.

85 Zie ook art. 4:17 Wft: ‘Een beheerder van een icbe, beleggingsonderneming die beleggingsdiensten verleent, een betaaldienstverlener, clearinginstelling of financiële dienstverlener draagt zorg voor een adequate behandeling van klachten van cliënten, consumenten of deelnemers over betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming’, verder Richtlijn betalingsdiensten 2007/64/EG, PSD1, art. 7:524 e.v. BW en art. 39 e.v. Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

86 Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening). Zie over dergelijke procedures ook Van Duin e.a. 2023.

87 Van Gelder 2022, p. 208. De bepaling ziet op klachten over inhoud van socialmediaplatformen en het schorsen van deelnemers. Overigens eist art. 11 Verordening (EU) 2019/1150 inzake zakelijke gebruikers van platformen ook een klachtenprocedure, maar die is er alleen voor klachten van zakelijke gebruikers tegen het platform. Zie ook Van Gelder & Van Duin 2021, noot 64.

82 Vgl. ook HvJ EU 27 september 2017, C-73/16 (*Puskas*) over een verplichte beroepsprocedure voorafgaand aan rechterlijke toetsing.

83 Van Gelder 2022; Van Gelder & Van Duin 2021; Cortés 2010.

84 Bijv. Eidenmüller & Engel 2014; vgl. Van Gelder & Van Duin 2021.

85 Indien de betaling op andere wijze plaatsvindt, zijn andere regels van toepassing. Kritisch over het stelsel in de VS: G. Hildebrand, ‘Before the grand rethinking: Five things to do today with payments law and ten principles to guide new payments products and new payments law’, *Chicago-Kent Law Review* (83) 2008, afl. 2, p. 769-811.

86 15 U.S. Code § 1601 e.v.

87 De FCBA verplicht tot het volgen van een in § 1666(a)(B)(2) USC vrij uitvoerig geregelde procedure als de creditcardmaatschappij een betwiste betaling in stand wil laten. Het voert te ver deze hier in detail na te lopen.

verwacht.⁹⁴ In art. 20 DSA staan enkele vereisten voor ‘klachtenafhandelingssystemen’ opgesomd. Zo moeten aanbieders van platformen ervoor zorgen dat dit interne systeem gemakkelijk toegankelijk en gebruikersvriendelijk is en de indiening van voldoende nauwkeurige en naar behoren gemotiveerde klachten mogelijk maakt en vergemakkelijkt. Daarnaast moeten de klachten worden behandeld op ‘tijdige, niet-discriminerende, zorgvuldige en niet-willekeurige’ wijze en moet een en ander bij een gegronde klacht onverwijld worden opgevolgd. Voorts moeten de aanbieders van platformen de klagers onverwijld in kennis stellen van hun gemotiveerde besluit over ‘de informatie waarop de klacht betrekking heeft’. Ten slotte moeten de aanbieders van platformen ervoor zorgen dat die besluiten onder toezicht van ‘naar behoren gekwalificeerd personeel’ staan en niet louter op basis van ‘geautomatiseerde middelen’ worden genomen.

Als we de in paragraaf 2.2 en 2.3 beschreven procedures bij platformen naast deze eisen leggen, levert dat het volgende op. Los van de soms wat trage communicatie, die overigens niet wezenlijk lijkt voor de opzet van zulke procedures en gemakkelijk te verhelpen zou zijn, zijn er drie punten die mogelijk wringen. Ten eerste de eis van *zorgvuldigheid*. Die kan, als deze streng gehanteerd wordt, leiden tot een veel *indringender feitenonderzoek en hoor en wederhoor*. Het is echter zeer de vraag of dit daadwerkelijk bedoeld is, nu dit weer zou leiden tot vertraging en dat wordt onwenselijk geacht. Ten tweede is de eis van een *gemotiveerd besluit* wel strenger dan de huidige praktijk en dat zou ten minste enige verandering teweeg moeten brengen. Ten derde is onduidelijk in hoeverre besluiten ten minste met *enige menselijke tussenkomst* plaatsvinden en of er supervisie is door behoorlijk gekwalificeerd personeel.

Los van de bovengenoemde concrete grondslagen kan ook in de contractuele verhouding tussen het platform, de afnemer (de consument) en de aanbieder van een product of een dienst een grondslag worden gevonden voor minimumeisen aan een bij het platform gevoerde procedure. Naar Nederlands recht gaat het dan gewoon om de *contractuele zorgvuldigheid of redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 BW*.

4.3 Minimumeisen voor de procedure bij een platform

We hebben gezien dat art. 6 EVRM niet rechtstreeks van toepassing is bij platformprocedures, maar dat er wel diverse andere regelingen zijn waaruit ten minste enige minimumeisen voor deze procedures kunnen worden afgeleid. Die regelingen zijn echter niet allemaal even duidelijk of concreet en zouden bovendien misschien verbeterd kunnen worden. Tot slot willen wij daarom ook een voorzet geven voor hoe de in deze bijdrage aan de orde gestelde platformprocedures vorm zouden moeten krijgen. Daarbij gaan wij ervan uit dat deze procedures nog steeds niet-bindend zijn, anders is het bindend advies of

arbitrage, waar in de hiervoor genoemde literatuur al uitputtend over is geschreven.⁹⁵

Bij het opstellen van normen moet overigens worden bedacht dat het stellen van hogere eisen er juist toe kan leiden dat de voordelen van dergelijke procedures verloren raken.⁹⁶ Het is in dit opzicht interessant dat het EHRM zelf ook uitdrukkelijk ruimte laat voor een gedifferentieerde toepassing van de eisen van art. 6 EVRM (zie par. 3.1, 3.2 en 4.1). Het aanleggen van de eisen van art. 6 EVRM, ook als dat in lichtere vorm zou zijn, zou leiden tot een aanzienlijke verzwarende van de relatief eenvoudige procedure die momenteel bij platformen kan worden gevoerd. Er zou bijvoorbeeld meer hooggekwalificeerde menselijke tussenkomst nodig zijn, met aanzienlijke kosten.⁹⁷ Het is te verwachten dat platformen de kosten van de door hen aangeboden procedures dan zouden doorberekenen aan consumenten die hiervan gebruik willen maken, wat ertoe leidt dat het voor kleine geschillen niet zinvol zou zijn om zo’n procedure te volgen.⁹⁸ En consumenten zouden daarmee van de regen in de drup belanden.

Hoe zouden we dan een procedure bij een platform vorm moeten geven? In de literatuur – waar ook in deze bijdrage naar verwezen is – worden veel verspreide suggesties gedaan. Deze zijn veelal ontleend aan het deels invoeren van de eisen van art. 6 EVRM: hoor en wederhoor, motivering en bewijslevering.⁹⁹ Op basis van het vorenstaande kunnen wij verschillende elementen waar onvrede over bestaat nalopen.

Aan de *beperking in toegelaten klachten* wordt nauwelijks aandacht besteed. Er valt veel voor te zeggen dat juist die beperking een efficiënte behandeling mogelijk maakt. We zien die beperking in wezen ook terug in de DSA, waar de klachtenprocedure niet voor alle klachten is bedoeld. In het licht van het stelsel zoals hiervoor is uiteengezet, is het verdedigbaar dat een klachtenprocedure alleen geldt voor de voornaamste klachten die snel en efficiënt te behandelen zijn. Voor overige klachten is er de niet-gereguleerde communicatie met het platform of de wederpartij. Of als men dat echt wil: de gerechtelijke procedure.

Hoor en wederhoor kan worden beperkt. In de literatuur wordt gepleit voor een uitvoerigere hoor en wederhoor, maar daar staat tegenover dat dit in uitgebreide vorm tot vertraging en hogere kosten voor de behandeling leidt. Het valt te verdedigen dat de beperkte gestructureerde vorm van hoor en wederhoor al genoeg zou moeten zijn of slechts beperkt hoeft

94 Zie over de eerdere ontwerptekst C. Busch, ‘The P2B regulation (EU) 2019/1150: Towards a “procedural turn” in EU platform regulation?’, *Journal of European Consumer and Market Law* (9) 2020, afl. 4, p. 133-134 en Van Gelder 2022, p. 197, 203-204 en 208, die ook wijst op de trend bij de EU tot gebruiken van klachtenprocedures.

95 Daarmee wordt overigens teruggekomen op de suggestie die in Frenken 2019, p. 220 is gewekt dat een procedure bij een platform (in die bijdrage ging het meer specifiek over het platform PayPal) per definitie als een bindend advies te kwalificeren is. Nader onderzoek op dit punt heeft immers tot andere (voortschrijdende) inzichten geleid.

96 Bauw e.a. 2018, p. 132-133; Kaufmann-Kohler & Schultz 2004, p. 197-209 over de spanning tussen *due process* en snelheid.

97 De hoop dat artificial intelligence (AI) kan worden ingezet, berust te vaak op wensdenken zonder enige empirische onderbouwing; ontwikkelingskosten van serieuze AI zijn aanzienlijk.

98 Vgl. Cortés 2010, p. 132, die erop wijst dat de succesvolle UDRP-procedure nog steeds behoorlijke kosten meebrengt, die voor consumentengeschillen veel te hoog zijn.

99 Bijv. Van Gelder & Van Duin 2021, Cortés 2010. Algemene beginselen bij Kaufmann-Kohler & Schultz 2004, p. 108-120.

te worden aangevuld (bijvoorbeeld dat er nog een laatste mogelijkheid wordt gegeven om op elkaar te reageren).

Het beperkte *feitenonderzoek* is bezien vanuit de wat meer traditionele vormen van geschilbeslechting teleurstellend, maar valt opnieuw te rechtvaardigen uit het oogpunt van efficiëntie. Dit is in lijn met de wijze waarop in kort geding evenmin een uitgebreid feitenonderzoek plaatsvindt. Ook dit kenmerk lijkt dus overeind te blijven.

Het lijkt niet nodig om een *mondelinge behandeling* te houden. Dit kan al bij arbitrage en bindend advies worden weggelaten. Voor klachtenprocedures gelden op dat punt zelfs nog lichtere eisen.

Verder is er de *motivering van de beslissing*. Op dit punt lijken de literatuur en de rechtspraak lijnrecht tegenover de praktijk van platformen te staan. Het valt inderdaad te verdedigen dat platformen ten minste zouden kunnen aangeven dat de indruk is dat de zaak in een bepaalde categorie gevallen past en dat op die basis de beslissing wordt 'verdedigd'. Daarbij zou ook passen dat er ten minste een summier beleid bekend wordt gemaakt ten aanzien van de hoofdcategorieën van gevallen.¹⁰⁰ Een nog verder geïndividualiseerde beslissing lijkt niet goed mogelijk, nu dat tot (veel) hogere kosten zal leiden.

Tot slot de inzet van *gekwalficeerd personeel* of *automatisering*. Het is niet duidelijk wie (of wat) binnen het platform de beslissing neemt. Wij aarzelen of het verstandig is op dit punt strengere eisen aan te leggen. Het ligt voor de hand dat inzet van hoger gekwalficeerd personeel snel tot hogere kosten leidt, net zoals een individuelere gedetailleerde behandeling tot langere doorlooptijden zal leiden. En daarmee zouden de voordelen van de procedure bij het platform verloren raken. Zelfs de inzet van automatisering is voor de bulkgevallen te verdedigen, mits er enige vorm van menselijke supervisie is. Het lijkt ons dat platformen daar sowieso voor zorgen, aangezien wel moet worden gecontroleerd of de automatisering goed werkt.

Als we dit alles nalopen, is de bestaande praktijk van platformen in het licht van de geldende regelgeving en literatuur voor een groot deel verdedigbaar, ook al is er op kleine punten verbetering mogelijk. Het valt overigens wel te verdedigen dat platformen in sommige gevallen toch nader onderzoek zouden moeten doen en/of een meer indringende, individuele behandeling zouden moeten geven. Dat zou misschien kunnen door voor dergelijke gevallen een – eventueel met een verplichte financiële bijdrage van partijen, die als drempel kan worden gezien en als bijdrage aan de kosten – vorm van hoger beroep in te voeren. En dat zou nog steeds efficiënter zijn dan dat de overheidsrechter zou moeten worden ingeschakeld.

5. Conclusie

Aan het slot van deze analyse komen we erop uit dat er diverse mogelijkheden zijn om tegemoet te komen aan de kritiek op de vormvrije platformprocedures. Deze hebben allemaal als nadeel dat er dan iets meer drempels voor deze procedures

worden opgeworpen, waardoor deels afbreuk wordt gedaan aan de aantrekkelijke kanten daarvan.

Tot slot vragen wij ons nog af of dit inspiratie geeft voor de wijze waarop ODR en efficiency bij overheidsrechters gestalte kunnen krijgen. Daar valt geen eenduidig antwoord op te geven. Wat we zagen is dat de bijzonderheden van platformprocedures voordelen bieden, en dat we moeten uitkijken dat we die niet kwijtraken door een 'one size fits all'-benadering en de eis dat exact dezelfde regels dwingend worden toegepast. Die neiging in het procesrecht kan innovatie tegenwerken, terwijl art. 6 EVRM – zoals we hebben gezien – juist een genuanceerde toepassing toelaat. Het samenstel van procedures met eigen kenmerken en sterke punten is misschien beter dan voor alle procedures dezelfde eisen aan te leggen.

Het zou misschien beter zijn om te erkennen dat er nog meer variatie en diversiteit mogelijk is in de eisen van rechtvaardigheid. En dat is uiteindelijk ook wat rechtvaardigheid inhoudt. Niet het blindelings toepassen van algemene regels, maar ook het rekening houden met de bijzondere kenmerken van deelgebieden en categorieën. Dat vergt weliswaar meer aandacht bij de vormgeving van nieuwe procedures, maar kan uiteindelijk juist leiden tot meer rechtvaardigheid.

¹⁰⁰ Overigens maken diverse platformen de hoofdlijnen van hun beleid openbaar.