

## HET BINDEND ADVIES IN HET NEDERLANDSE RECHT (\*)

door

Mr. J.M. POLAK

### INLEIDING

1. Er wordt in Nederland in particuliere kring gretig recht gedaan. Het gebeurt in hete, dikwijls gehuurde vergaderzaaltjes, soms tot diep in de nacht. Het is een rokerig soort rechtspraak want spoedig na de opening van de zitting gaat de brand in de bolknakjes die met een joviaal gebaar worden geserveerd.

Zo introduceert E.J. Dommering in zijn N.J.V. preadvies van 1983 over het grondrecht op behoorlijke rechtspraak de arbitrage en het bindend advies (p. 228). Samen vormen zij de particuliere rechtspraak, rechtspraak door personen die niet door de wet met rechtspraak zijn belast. Aldus W.C.L. van der Grinten in zijn bijdrage tot de bundel Rechtspleging van 1974 die daaraan toevoegt (p. 57)

Het is allerminst vanzelfsprekend dat het recht deze vormen van rechtspraak toelaat. Een exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter is in een rechtstelsel niet onzinnig. Zulk een exclusieve rechtsmacht kan worden verdedigd met argumenten ontleend aan de *raison d'état* — zoals de eenheid van rechtsbedeling in een staat — en ook met het argument dat een deugdelijke rechtsbescherming van de burgers dit eist. In de westerse wereld pleegt echter de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter, dus de uitsluiting van de particuliere rechtspraak niet te worden aanvaard, zij het dat overal een aantal rechtsverhoudingen aan de rechtsmacht van de overheidsrechter is voorbehouden en dat steeds de particuliere rechtspraak op enigerlei wijze onder een zekere controle van de overheidsrechter is gebracht.

Arbitrage en bindend advies zijn beide toegestaan, de eerste uitdrukkelijk door de wetgever die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een regeling (artt. 620 e.v.) daaraan heeft gewijd, de tweede door de praktijk en de daarop aansluitende rechtspraak. Die erkennen als rechtsgeldig dat partijen kunnen overeenkomen dat een tussen hen gerezen geschil, c.q. een geschil dat nog kan rijzen, zal

---

\* Preadvies van Mr. J.M. POLAK voor de vergadering van de Afdeling Privaatrecht van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, te houden op 22 november 1985.

worden onderworpen aan de uitspraak van een of meer derden, welke uitspraak zal gelden als een partijen bindend advies dat de kracht heeft van een tussen hen gesloten overeenkomst.

Over de herkomst van het bindend advies is bij herhaling geschreven. In paragraaf 50 van de Algemene Voorschriften 1892 van het Departement van Waterstaat was bepaald dat de aannemer die geen genoegen wilde nemen met de beslissing van de minister, het advies van een commissie van deskundigen kon inwinnen. „Het advies van die deskundigen zal voor het Rijk en den aannemer bindend zijn”. Daar ligt de oorsprong van deze merkwaardige term. Een bindend advies dat geen advies is.

Het bindend advies is in de wereld van bouw en aanneming van werk een belangrijke rol blijven spelen, samen en in concurrentie met de arbitrage. Ik mag voor nadere gegevens wel verwijzen naar het preadvies „Vormen van arbitrage en bindend advies en van burgerlijke tucht- en strafrechtspraak in de bouw” van J. Rozemond. (Vereeniging voor Bouwrecht, 1976) en het in 1982 verschenen Gedenkboek van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland.

Daarnaast kennen ook andere sectoren het bindend advies. Zo komt deze vorm van particuliere rechtspraak voor bij geschillen in consumentenzaken(1). Er zijn vele branchegeschillencommissies zoals die voor reisbureaus. In de reisgidsen die we voor onze vakanties raadplegen, komen we de volgende clausule tegen: „Mocht de klacht niet tot tevredenheid worden afgedaan, dan heeft de deelnemer tot uiterlijk 3 maanden na afloop van de reis (of na de oorspronkelijke vertrekdatum) de gelegenheid om zijn klacht na betaling van een vergoeding van £ 45.— te laten behandelen door de Geschillencommissie Alg. Ned. Ver. van Reisbureaus/Consumentenbond, Surinamestraat 4, Den Haag. De beslissing van deze commissie heeft de kracht van een bindend advies. Dit houdt in dat na een beslissing van de Geschillencommissie een beroep op de burgerlijke rechter slechts beperkt mogelijk is”.

Een belangrijke sector is ook die van de collectieve arbeidsovereenkomsten. In zijn proefschrift „Een eerlijk proces in het sociaal recht?,, (1984) geeft P.F. van der Heijden een duidelijk beeld van de vele geschillenregelingen die daar bestaan.

Het bindend advies is niet beperkt tot privaatrechtelijke geschillen. Ook disciplinaire (tucht)rechtspraak kan in de vorm van bindend advies beslissingen worden uitgeoefend. Deze beslissingen zijn overi-

---

(1) Zie laatstelijk het Jaarverslag 1984 van de Stichting consumentenklachten.

gens in zoverre privaatrechtelijk dat de grondslag in statuten van verenigingen of andere privaatrechtelijke organisaties te vinden is. Voorbeelden zijn de tuchtrechtspraak in sportverenigingen en verenigingen van beroepsbeoefenaren. Deze privaatrechtelijke tuchtrechtspraak concurreert soms, zoals bij de artsen, met de op de wet gebaseerde publiekrechtelijke tuchtrechtspraak(2).

Het bindend advies bestrijkt een ruimer terrein dan de arbitrage, in zoverre dat niet alleen geschillen aan bindend advies kunnen worden onderworpen. In het hierna sub 8 te bespreken ontwerp voor een nieuwe arbitrage-regeling wordt dit verschil weggenomen. Momenteel kan het bindend advies en niet de arbitrage worden gebezigd voor a) de vaststelling van de hoedanigheid van zaken, b) de bepaling van de hoogte van een schadevergoeding of een verschuldigde geldsom en c) de aanvulling of wijziging van de hoofdovereenkomst van partijen. De praktijk wijst uit dat deze categorieën ook werkelijk voorkomen.

Veel van de bindend advies rechtspraak speelt zich af in vaste colleges. Maar het komt ook veelvuldig voor dat ad hoc derden worden aangewezen om een bindend advies vast te stellen.

## HET BELANG EN DE AKTUALITEIT

2. Het bindend advies wordt door het ongeschreven recht — en met name door de jurisprudentie — beheerst. Dat geeft onzekerheid en vraagt om voortdurende en stelselmatige analyse en commentaar van de rechtswetenschap. Hoewel van die zijde op gezette tijden belangstelling is getoond(3) lijkt een hernieuwde bespreking van deze rechtsfiguur, ook al moet deze gelet op de strenge eisen van onze vereniging, beknopt zijn, alleszins verantwoord.

Het moet daarbij niet alleen maar gaan om een technisch-juridische bespreking van de rechtspraak en de doctrine. Tenminste zo belangrijk is een poging de betekenis en de voor- en nadelen van het bindend advies te schetsen in vergelijking met de arbitrage en de overheids-

---

(2) In de bundel Tuchtrecht en Fair Play van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (1984) is veel wetenswaardigs samengebracht.

(3) Van de door mij geraadpleegde literatuur vermeld ik in het bijzonder (in chronologische volgorde): VAN ITTERSUM, L.A., *Het bindend advies*, diss. Utrecht, 1927; VAN CREVELD, J., „Het bindend advies”, *Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. Paul Scholten*, 1932; DEN DRIJVER, G.M.M., in de losbladige uitgave *Contractenrecht*, IV, nrs. 546-625, p. 763-859; HEEMSKERK, W.H., „Bindend advies en arbitrage”, *Een goede procesorde, Bundel aangeboden aan W.L. Haardt* (1983); STORME, M., „De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen. Een rechtsvergelijkend onderzoek op de grenzen van het contractenrecht en het procesrecht”, rapport voor de Cepina-studiedag van 10 oktober 1984, *T.P.R.*, 1984, 1243-1288.

rechtspraak. Een vergelijking met de overheidsrechtspraak is vooral daarom zo belangrijk omdat de overheidsrechtspraak zwaar onder de druk van de overbelasting staat. We willen weten of het bindend advies — in bepaalde gevallen — een redelijk alternatief kan zijn. En die vraag kan niet los worden gezien van die naar de argumenten die pleiten voor en tegen het bindend advies vergeleken met de arbitrage. Mocht het bindend advies met positief resultaat uit dit onderzoek tevoorschijn komen dan sluit daarbij dan weer de vraag aan op welke wijze de ontwikkeling van dit instituut bevorderd kan worden.

Dit zijn algemene overwegingen die ook *mutatis mutandis* voor België kunnen opgaan. Daarnaast zijn er drie specifiek Nederlandse redenen om juist nu het bindend advies aan een onderzoek te onderwerpen.

In de eerste plaats moet op korte termijn worden beslist over de plaats van het bindend advies in het nieuwe B.W. De ontwerpers hebben het bindend advies ingelijfd bij de in titel 7.15 geregelde vaststellings-overeenkomst. Is die plaats wel goed gekozen en zijn, als die vraag bevestigens moet worden beantwoord, de betreffende bepalingen wel aanvaardbaar?

Een tweede aktuele aanleiding is de indiëning op 11 juli 1984 bij de Tweede Kamer van een voorstel van Wet tot hernieuwde vaststelling van regels omtrent arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (1983-1984-18464). Deze nieuwe regeling laat ook het bindend advies niet onberoerd. De ontwerpers laten in elk geval blijken dat zij verwachten dat de voorgestelde uitbreiding van het arbitragegebied ten koste zal gaan van het bindend advies.

Hoewel de in 1983 in werking getreden herziene Grondwet geen fundamentele wijzigingen in ons staatsbestel heeft gebracht en artikel 17 dat voorschrijft dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, al in de oude Grondwet voorkwam, is er recent toch weer discussie ontstaan over de grondwettigheid van het bindend advies. Ook daarom is het onderwerp aktueel.

## HET RECHTSKARAKTER

3. Arbitrage en bindend advies hebben met elkaar gemeen dat zij berusten op contractuele grondslag. En zoals bij arbitrage de partijen tevoren — door een arbitraal beding of — door een compromis — als het geschil reeds bestaat kunnen overeenkomen zich daaraan te

onderwerpen, zo kan ook het bindend advies op verschillende momenten worden overeengekomen. De gelijkenis gaat nog verder. Bij beide kennen we vaste colleges en arbiters (bindende adviseurs) tegenover ad hoc als zodanig benoemden. In al die gevallen is sprake van particuliere rechtspraak.

Wij bevinden ons dan ook — de terminologie ontleen ik aan de titel van de recente bijdrage voor het Cepina-colloquium van 1984 van mijn Belgische mede-preadviseur Marcel Storme — op de grenzen van het contractenrecht en het procesrecht. Die bijdrage is gewijd aan het bindend advies, niet — althans primair — aan de arbitrage. Voor de arbitrage, zo zou men kunnen zeggen, pleegt het contractuele aspect op de achtergrond te blijven, zoals omgekeerd het bindend advies vooral contractueel wordt gezien. Zeker in de begintijd van zijn ontwikkeling.

Contractueel is het bindend advies in dubbel opzicht. Niet alleen het ontstaan is een overeenkomst — partijen komen overeen zich aan de beslissing van een of meer derden te onderwerpen — ook het resultaat is dat: de uitspraak geldt, zoals o.m. in een arrest van H.R. 1 januari 1924 (*N.J.* 1924, 293) is te lezen, als een voor partijen bindend advies dat de kracht heeft van een tussen haar gesloten overeenkomst. Maar het bindend advies is meer dan deze tweeledige overeenkomst. Zij heeft tevens een procedurele kant. Dat blijkt o.m. uit de literatuur en jurisprudentie die voor het bindend advies het ongeschreven procesrecht nader hebben ingevuld en uitgewerkt.

Contractueel en procedureel. Op beide aspecten ga ik in de volgende paragrafen nader in. Maar reeds nu wil ik de opmerking kwijt dat het niet veel zin heeft de vraag te stellen of het bindend advies nu rechtspraak is of niet. Men kan ten hoogste zeggen dat in het bindend advies elementen van rechtspraak zitten. Wel zinnig is uiteraard de vraag of daar waar de wet zich van termen als rechtsgeding of rechterlijke instantie bedient, daaronder mede het bindend advies — en de arbitrage — is begrepen. Meestal zal de interpretatie van de betreffende bepaling tot een ontkennend antwoord leiden. Een voorbeeld is het zoëven geciteerde arrest van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat het toenmalige artikel 194h der gemeentewet dat de bevoegdheid der gemeente tot het voeren van rechtsgedingen regelt, niet het bindend advies omvat(4).

---

(4) Het bindend advies is ook niet een rechterlijke instantie als bedoeld in de artikelen 14 en 16 van de Wet Nationale Ombudsman (zie mijn noot in tijdschrift Ombudsman 1985, nr. 9).

4. Het bindend advies heeft steeds een contractuele grondslag. De overeenkomst die er moet zijn, kan zich overigens in sterk verschillende gedaanten aan ons voordoen. Ik meen er vier te kunnen onderscheiden. De eerste is de bindend advies clause als onderdeel van een gewone overeenkomst. Mogelijk is ook dat de bindend advies overeenkomst op zichzelf staat. Dat zal zich vooral voordoen als een geschil is gerezen en de partijen dan pas besluiten tot bindend advies. De derde en vierde gedaante zijn de bindend advies clauses in respectievelijk algemene voorwaarden en statuten van organisaties. Het lijkt wenselijk die categorieën te onderscheiden. Want al moge dan steeds het bindend advies kunnen worden herleid tot een overeenkomst, het maakt verschil met welk type overeenkomst we te maken hebben. Met name de algemene voorwaarden vormen een bijzondere categorie. Is de gebondenheid aan algemene voorwaarden of standaardcontracten in het algemeen al een probleem, vooral de bindend advies clause is regelmatig voorwerp van kritiek en leidt nog al eens tot rechterlijke uitspraken. Het is dan ook te begrijpen dat het nieuwe B.W. speciale voorzieningen wil treffen en niet de algemene regels van het overeenkomstenrecht zonder meer van toepassing verklaart. Terwijl ik dit schrijf, is overigens nog niet zeker hoe deze voorzieningen zullen worden uitgewerkt(5).

Uitgangspunt is dat de gewone regels van het overeenkomstenrecht het bindend advies beheersen. Dat betekent vrijheid van vorm en de toepasselijkheid van artikel 1383 B.W. dat bestendig gebruikelijke bedingen geacht worden stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen. Het betekent ook dat kan komen vast te staan dat van een bindend advies beslissing sprake is, ook al waren partijen zich daarvan niet bewust.

Als overeenkomst staat de overeenkomst om tot bindend advies over te gaan en de bindend advies beslissing zelf onder de hoede van artikel 1374 lid 3 B.W. dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht.

---

(5) In het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel algemene voorwaarden (16983) is opgenomen een artikel 3, luidende: Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding . . . . . n. dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

5. Het bindend advies gaat niet geheel op in het contractenrecht. Het wordt mede bepaald door regels van procesrecht. We zien dat duidelijk bij de bindend advies procedures van de meeste vaste colleges die daarmee belast zijn. Bijna steeds zijn daarvoor procedureregels ontworpen die in een reglement zijn vastgelegd.

Dergelijke op schrift gestelde regels kunnen ook ontbreken. En waar ze wel aanwezig zijn, zullen ze nog al eens onvolledig zijn, niet op alle vragen een antwoord geven. Het is daarom vaak nodig terug te vallen op ongeschreven regels. Wij zijn sinds enige tijd gewend dan te spreken van algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak. In zijn reeds vermelde proefschrift „Een eerlijk proces in het sociaal recht?” (1984) heeft P.F. van der Heijden gepoogd ze, toegespitst op vormen van rechtspraak en pseudo-rechtspraak in het sociale recht, bijeen te brengen en te analyseren. Hij komt tot de conclusie dat een behoorlijke procedureregeling aan de volgende vereisten moet voldoen (p. 213):

1. In de samenstelling van het beslissend college dient onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid te zijn verzekerd.
2. De te volgen procedure dient schriftelijk te zijn vastgelegd en bindend te zijn voor geschilbehandelaars en partijen.
3. Die regeling dient tenminste te bevatten:
  - a. een duidelijke omschrijving van de geschillen die kunnen worden behandeld;
  - b. een aanduiding van de wijze waarop een geschil moet worden aanhangig gemaakt;
  - c. regels omtrent de wijze waarop de wederpartij op de hoogte zal worden gesteld van het aanhangig maken van het geschil en van de behandeling daarvan door het college;
  - d. het bieden van gelegenheid aan partijen om mondeling of schriftelijk desgewenst met bijstand van derden hun mening aan het college kenbaar te maken;
  - e. de mogelijkheid voor partijen om van de door hen naar voren gebrachte feiten en stellingen over en weer kennis te nemen;
  - f. de mogelijkheid om getuigen en deskundigen te horen;
  - g. de mogelijkheid dat het college een minnelijke schikking beproeft;
  - h. regels omtrent de wijze waarop de besluitvorming binnen het college plaatsvindt;
  - i. regels omtrent de kosten;

- j. een bepaling waaruit blijkt dat de beslissing gebaseerd moet zijn op stukken en materiaal waarvan partijen kennis hebben kunnen nemen;
- k. een bepaling dat de uitspraak schriftelijk aan partijen wordt medegedeeld;
- l. een bepaling dat de uitspraak gemotiveerd is;
- m. een bepaling omtrent de openbaarheid van behandeling van de zaak en de uitspraak die voorkomt dat openbaarheid van beiden geheel is uitgesloten.

Deze lange opsomming heeft de schrijver ontleend aan de regeling die de Ministers van Economische Zaken en Justitie in 1975 hebben vastgesteld terzake van de erkenning en subsidiëring van commissies van consumentenklachten (branchegegeschillencommissies). Zij volgen naar zijn mening uit de beginselen van behoorlijke rechtspraak voort.

Dit moge zo zijn, niet alle uitwerkingen wegen even zwaar. En hoewel een ieder die met het ontwerpen van een procedureregeling is belast, er goed aan zal doen in elk geval de gehele lijst langs te lopen, en, zo mogelijk, op alle punten een voorziening te treffen, daarmee is nog niets gezegd over het lot van het bindend advies als één of meer van die voorzieningen ontbreekt of, erger, daartegen materieel wordt gezondigd.

De jurisprudentie geeft voor die problemen geen duidelijke oplossing. Er zijn uitspraken die het niet horen en het ontbreken van een — deugdelijke — motivering bestraffen met het onverbindend verklaren van het bindend advies(6). Ook in de literatuur komt men die strenge opvattingen tegen(7).

Ik meen dat we er goed aan doen lankmoediger over deze gebreken te oordelen. Omdat en in zoverre de goede trouw van art. 1374 lid 3 B.W. over de aanvaardbaarheid van het bindend advies waakt, — mogen en moeten de op zichzelf fundamentele waarborgen van een behoorlijk proces in concreto worden getoetst. Is er door het verzuim concreet nadeel geleden? Zo niet dan moet het bindend advies in stand blijven. Een relativering waarvoor ook in de jurisprudentie steun kan worden gevonden zoals uit de volgende paragraaf zal blijken.

De lijst van vereisten begint met de samenstelling. Ook op dat punt

---

(6) Zie o.m. Hof 's-Hertogenbosch 23 november 1961, *N.J.* 1962, nr. 109 en 26 februari 1974, *N.J.* 1974, nr. 297.

(7) O.a. VAN CREVELD, *l.c.*, 84 en HEEÏMSKERK, *l.c.*, 228.



moet men weer onderscheiden tussen wat wenselijk is en wat verplicht voorgeschreven. Het is uitermate wenselijk dat onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid van de bindend adviseurs zijn verzekerd. Daarom is het aan te bevelen dat in elk geval het voorzitterschap en het secretariaat van de colleges in handen van juristen zijn. Zij toch zijn bij uitstek deskundig in het naleven van de beginselen van een behoorlijke procedure en het redigeren van de uitspraak. In de praktijk is men vaak zo verstandig uit de kringen van juristen te recrutereren. Gelukkig is een vreemde bepaling als art. 29 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bepalende dat „de regters in werkelijken dienst, de procureurs-generaal, de advocaten-generaal, de officieren van justitie of hunne substituten, de griffiers en substituut-griffiers” „geene scheidslieden mogen zijn” niet voor het bindend advies geschreven.

#### TOETSING DOOR DE RECHTER

6. De partijen die bindend advies overeenkomen, zullen er doorgaans van uitgaan dat aan het bindend advies vrijwillig gevolg wordt gegeven. Zo zal het ook meestal gaan. Maar onaantastbaar is het bindend advies niet. Het kan bij de rechter worden aangevochten. Partijen mogen deze tussenkomst van de rechter niet uitsluiten (H.R. 11 januari 1924, *N.J.* 1924, 293).

Gaat men de jurisprudentie na dan blijkt een dergelijk geding in de meeste gevallen zijn aanvang te vinden in een vordering tot nakoming. De partij die een gunstige beslissing heeft verkregen, moet vaststellen dat de wederpartij daaraan niet wil voldoen en vordert nakoming. Maar ook andere vorderingen, zoals die tot verklaring voor recht komen voor.

De jurisprudentie laat ook zien dat maar bij uitzondering een bindend advies sneuvelt(8). De rechter pleegt zich terughoudend op te stellen. Na enkele aanloopjes is dit voor het eerst duidelijk door de Hoge Raad onder woorden gebracht in het geschil tussen de Roomsche Katholieke Internationale Vereeniging ter Bescherming van Meisjes, Afdeling Amsterdam tegen de aannemer Dammers die voor de vereniging Huize Lydia aan het Roelof Hartplein te Amsterdam had gebouwd en die via een bindend advies van een Commissie

---

(8) Een voorbeeld is te vinden in het arrest van Hof Arnhem 24 juni 1980, *N.J.* 1983, nr. 38 dat voor recht verklaart dat de uitspraken van de Raad van Beroep van de Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor zaaizaad en pootgoed (NAK) en van de Tuchtrechtcommissie zozeer indruisen tegen de redelijkheid en billijkheid dat NAK in strijd zou handelen met de goede trouw door Van Beveren aan die uitspraken te willen binden of houden.

uit de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland betaling voor meer werk had verkregen (29 januari 1931, *N.J.* 1931, 1317). Nadat de Hoge Raad had overwogen dat de beslissing van het Hof inhoudende dat partijen de bepaling waarop de vereniging zich had beroepen door partijen stilzwijgend was terzijde gesteld — een beslissing van zuiver feitelijke aard was waartegen tevergeefs in cassatie werd opgekomen — volgde een overweging ten overvloede

dat het in het middel vervat betoog bovendien voorbijziet, dat een bij bindend advies in het ongelijk gestelde partij niet in elke onjuistheid die zij meent aan te treffen in de gronden, waarop het berust, aanleiding mag vinden om de bindende kracht van het advies bij den rechter te bestrijden, wat zij alleen dan met vrucht kan doen, wanneer het advies, hetzij uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze waarop het tot stand is gekomen, zoo zeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de wederpartij in strijd met de goede trouw handelt door haar daaraan gebonden te willen houden, waarvan hier geen sprake is.

Deze woorden zijn later in de jurisprudentie vele malen herhaald. Wel wordt ook een andere terminologie gebezigd, met name sinds de opkomst van het begrip „marginale toetsing”. Wat de rechter hier te doen heeft, wijkt immers niet af van wat in vergelijkbare situaties als de toetsing van besluiten van organen van de overheid en van privaatrechtelijke rechtspersonen te gelden heeft(9).

In elk geval staan ter toetsing — op basis van art. 1374 lid 3 B.W. — zowel de inhoud als de wijze van totstandkoming. Dat slaat op de contractuele en de procedurele aspecten waarvan in de vorige paragrafen sprake was. Wil het bindend advies voor onverbindend-verklaring in aanmerking komen dan moeten essentiële gebreken op een van beide onderdelen aangewezen kunnen worden.

Dit essentiële moeten we dan zo verstaan dat het gebrek de betreffende partij ook werkelijk moet hebben benadeeld. Het is niet voldoende dat het gebrek in het algemeen essentieel is, er moet concreet nadeel zijn. Dat is o.m. vastgesteld in het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1924 (*N.J.* 1924, 719). In dit tweede arrest betreffende de dekhengst Artist de Laboureur, afgekeurd wegens cornage, ging het onder meer om het niet horen van de eigenares, de Hengstenvereniging De Eendracht door de Raad van Commissarissen van de Eerste

---

(9) Zie o.m. de Kort geding uitspraak van de President rechtbank Utrecht van 14 april 1978 (*N.J.*, 1978, nr. 496): dat Wij bij toetsing van de beslissing van de Commissie van Beroep, welke... slechts een marginale mag zijn, niet tot de conclusie zijn gekomen, dat deze wat wijze van totstandkoming en/of wat de inhoud betreft indruist tegen Statuten en Reglement, dan wel strijdt met de redelijkheid en billijkheid in die zin, dat geen redelijk handelende Commissie tot een beslissing zoals gegeven had kunnen komen en geen redelijk handelend bestuur van de vereniging derhalve haar lid daaraan zou mogen houden (amateur voetballer voor twee jaar geschorst wegens het stompen van de scheidsrechter in de maagstreek).

Nederlandsche Onderlinge Paarden- en Veeverzekering Maatschappij. De overweging van het Hof dat weliswaar het niet-horen een fout was maar dat het niet aannemelijk was dat ware de Eendracht wel gehoord, de Raad van Commissarissen een andere beslissing zou hebben gegeven, hield in cassatie stand.

#### HET BINDEND ADVIES EN DE GRONDWET

Volgens art. 17 van de in 1983 herziene Grondwet kan niemand tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Deze bepaling die thans onder de grondrechten is opgenomen, stond voordien, in bijna dezelfde bewoordingen, in het hoofdstuk van de Grondwet over de Justitie (art. 170).

Is het bindend advies daarmee in strijd? Die vraag is in de literatuur nog al eens bevestigend beantwoord, laatstelijk door W.H. Heemskerk in zijn bijdrage tot de aan W.L. Haardt aangeboden bundel *Een goede procesorde* (1983). De redenering is „dat een contractuele uitsluiting van berechting door de gewone rechter niet buiten de wet om kan geschieden, maar zelf op de wet moet steunen. Tussen Grondwet en wil bevindt zich nog een tussenschakel, de wet”. Omdat het bindend advies niet op de wet berust, zou het in strijd met de Grondwet zijn. Een conclusie die Heemskerk, in navolging van P. Zonderland, beperkt tot het zgn. onzuivere bindend advies: het bindend advies dat wordt gegeven in een geschil waaover arbitrage mogelijk zou zijn geweest.

Deze strenge visie wordt niet gedeeld door de Hoge Raad(10). Mèt zijn wil kan iemand wèl van de rechter worden afgehouden. Maar ook als men als tussenschakel een erkenning door de wet verlangt en het in de wet neergelegde overeenkomstenrecht als zodanig niet erkent, is van strijdigheid nog geen sprake. Door het bindend advies wordt de rechter niet geheel buitengesloten. Men kan bij hem immers het bindend advies aanvechten. Die mogelijkheid mag niet worden weggecontracteerd. Heemskerk gaat te ver als hij zich laat verleiden tot de uitspraak „Het onzuiver bindend advies is volkomen gelijk te stellen met rechtspraak” (p. 231). Dat is het net nog niet.

Het bindend advies is ook niet in strijd met art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Aan het preadvies van Dommering ontleen ik de conclusie „dat art. 6 E.V. de keuze van de particuliere rechter

---

(10) Dit mag uit het al eerder genoemde arrest van 11 januari 1924 worden afgeleid. Zie ook H.R. 27 oktober 1967, *N.J.* 1968, nr. 3.

toelaat, mits zij vrijwillig is... en er rechterlijke controle op de wijze van uitvoering van de overeengekomen rechtspraak blijft'' (p. 231).

## HET BINDEND ADVIES EN DE ARBITRAGE

8. „De schrijvers hebben sinds de opkomst van het bindend advies met het onderscheid geworsteld en hebben nooit een voldoende afbakening bereikt tussen de in de wet geregelde arbitrage en het niet wettelijk geregelde bindend advies. Het accent is komen te liggen op de verschillen in rechtsgevolgen. Intrinsieke verschillen zijn op de achtergrond geraakt''.

Aldus W.H. Heemskerk in zijn onder 7 genoemde bijdrage. In rechtsgevolg is er dit verschil dat de arbitrage na een exequatur een executoriale titel oplevert. Art. 644 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zegt het zo: De beslissing van scheidsmannen, voorzien met het bevelschrift van den voorzitter der daartoe bevoegde regtbank, zal worden ten uitvoer gelegd langs den gewonen weg van executie. Het bindend advies mist die executoriale kracht. Wordt het niet vrijwillig nagekomen dan zal men zich tot de rechter moeten wenden.

De arbitrageregeling heeft niet de opkomst van het bindend advies kunnen verhinderen. Blijkbaar deugt zij op een aantal punten niet en laat zij ook te veel vragen onbeantwoord. Maar er is meer. Reeds in 1928 schrijft L.A. van Ittersum in zijn proefschrift over het bindend advies dat dit instituut zo populair is geworden „omdat men geheel vrij wil zijn in de regeling van de wijze waarop de geschillen tot oplossing zullen worden gebracht'' (p. 7).

Gaat de nieuwe arbitrageregeling daarin verandering brengen? Op 11 juli 1984 is ingediend een voorstel van wet tot hernieuwde vaststelling van regels omtrent arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (18464). Art. 1020 zal gaan luiden:

1. Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen, tenzij de arbitrage zou leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan.
2. Door een compromis verbinden partijen zich om een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen. Door een arbitraal beding verbinden zij zich om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan aan arbitrage te onderwerpen.
3. Bij overeenkomst kunnen tevens aan arbitrage worden onderworpen:
  - a. de vaststelling van de hoedanigheid van zaken;
  - b. de bepaling van de hoogte van een schadevergoeding of een verschuldigde geldsom;

- c. de aanvulling of wijziging van de hoofdovereenkomst van partijen.
4. Onder de overeenkomst tot arbitrage wordt mede het arbitragereglement begrepen waarnaar in die overeenkomst wordt verwezen.

Het verschil met het huidige recht zit vooral in het derde lid. De memorie van toelichting tekent er dit bij aan.

De uitbreiding van het arbitragegebied, zoals voorzien in het derde lid, komt tegemoet aan een in de praktijk gevoelde behoefte. Tot nu toe moest men, wilde men in die gevallen de beslissing van een derde inroepen, zijn toevlucht nemen tot het bindend advies. Deze geheel op overeenkomst stoelende, door de rechtspraak ontwikkelde weg biedt niet dezelfde waarborgen als de wettelijk geregelde arbitrage. Door dit wetsontwerp krijgen partijen de keus tussen beide mogelijkheden.

Het is voorzichtig gezegd. Het bindend advies wordt niet in de ban gedaan. Wel proeft men uit het betoog de voorkeur voor de arbitrage en de hoop en verwachting dat de arbitrage terrein zal winnen op het bindend advies. Omdat op een aantal punten het ontwerp belangrijke verbeteringen introduceert en daarmee de concurrentiekracht van het arbitrage-instituut vergroot, lijkt een dergelijke ontwikkeling niet uitgesloten. Maar ik denk dat Storme gelijk krijgt met zijn voorspelling „dat het bindend advies tegenover een, zelfs in zijn moderne visie, formalistisch gebleven arbitrage ook in Nederland zijn voor-sprong zou kunnen behouden in een aantal domeinen” (p. 1263).

Aan welke domeinen moeten we dan vooral denken? Ik verwacht dat daar waar het bindend advies zich stevig heeft genesteld en zonder ernstige klachten functioneert, de betrokkenen niet overstag zullen gaan. Verder blijft het bindend advies aantrekkelijk voor die situaties waarin de partijen niet bekend zijn met de rechtsregels waaronder het gemoderniseerde arbitragerecht en niet veel anders doen dan hun geschil voorleggen aan een derde. Als dan alle aanwijzingen dat iets anders dan bindend advies kan zijn bedoeld, ontbreken, zijn de ongeschreven regels van het bindend advies van toepassing. Die situaties zullen veelvuldig blijven voorkomen.

Dit brengt mij tot de aan de rechter regelmatig voorgelegde vraag of een bepaalde beslissing nu als een bindend advies beslissing dan wel een arbitragevonnis moet worden aangemerkt. Juist omdat de intrinsieke verschillen waar Heemskerk op doelt zo moeilijk zijn aan te geven en partijen alsmede de „arbiters” vaak leken zijn die zich de verschillen — intrinsieke en in rechtsgevolgen — amper realiseren, is de uitslag van de rechterlijke beslissing ongewis<sup>(11)</sup>. Veel lijn zit

---

(11) Een goed voorbeeld van de verwarring is te vinden bij Hof 's-Hertogenbosch 17 november 1983, *N.J.* 1984, nr. 796.

er in de jurisprudentie in elk geval niet. Wel wordt nog al eens geprobeerd de ongeldigheid van het arbitragevonnis te voorkomen door het te converteren in een geldig bindend advies (Hof Amsterdam, 16 oktober 1964, *N.J.* 1965, nr. 20).

#### HET BINDEND ADVIES EN ANDERE RECHTSFIGUREN

9. Omdat het bindend advies niet beperkt is tot de oplossing van geschillen maar ook dienst kan doen om aan onzekerheid een einde te maken, ligt het voor de hand dat het wordt vergeleken met de dading. Die wordt in art. 1888 B.W. omschreven als „eene overeenkomst waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen”.

Uit dogmatisch oogpunt moge een dergelijke vergelijking zinvol zijn, voor de praktijk heeft men er niet veel aan. In de jurisprudentie en rechtsleer zijn voor het bindend advies zoveel eigen regels ontwikkeld dat deze rechtsfiguur self-supporting is. Mutatis mutandis geldt deze opmerking ook voor de confrontatie met andere rechtsfiguren<sup>(12)</sup>.

#### HET BINDEND ADVIES EN HET NIEUWE B.W.

In het nieuwe B.W. krijgt het bindend advies wettelijke erkenning en regeling. Het wordt ondergebracht bij de vaststellingsovereenkomst die een plaats vindt in titel 15 van boek 7. Artikel 1 zegt er dit van

1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de zonder haar bestaande rechtstoestand mocht afwijken.
2. De vaststelling kan totstandkomen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.

Men mag zich afvragen of deze koppeling wel gelukkig is. In elk geval worden arbitrage en bindend advies die èn historisch èn naar hun aard bij elkaar horen, ver uiteen gedreven. Maar dat niet alleen. De contractuele aspecten van het bindend advies krijgen door deze onderbrenging een te sterke beklemtoning ten koste van de procedurele.

Ernstige bezwaren behoeft men anderzijds in zoverre niet te hebben

---

(12) Zoals lastgeving en expertise (zie STORME, *l.c.*, 1266 en 1267). Over eenzijdige rechtsbepaling en bindende partijbeslissing zie speciaal DEN DRIJVER, *o.c.*, nrs. 501-543.

dat wat in titel 15 wordt geregeld betrekkelijk onschuldig is. Met name moet dan acht worden geslagen op art. 5 van die titel, luidende

1. Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, is die beslissing vernietigbaar.
2. Indien de beslissing van een partij of van een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een van die partij of derde daartoe aan te stellen redelijke termijn wordt verkregen, kan de rechter een beslissing geven tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen.

De memorie van toelichting zegt daar geruststellend bij dat dit artikel in hoofdzaak moet worden gezien als een voortzetting van het huidige recht zoals dit door de rechtspraak is gevormd. Een wijziging is dus niet bedoeld.

#### CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Zeer beknopt samengevat liggen in de voorafgaande paragrafen de volgende conclusies opgesloten.

1. Particuliere rechtspraak komt naast arbitrage voor in de vorm van bindend advies.
2. Er zijn verschillende redenen om juist nu aandacht te besteden aan het bindend advies.
3. Het bindend advies ligt op de grenzen van het contractenrecht en het procesrecht.
4. De voorschriften van het contractenrecht brengen o.m. mee vrijheid van vorm en uitvoering te goeder trouw.
5. De ongeschreven voorschriften van het procesrecht die het bindend advies beheersen, zijn de algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak voorzover de goede trouw van art. 1374 lid 3 B.W. de toepassing daarvan vordert en toelaat.
6. Het bindend advies kan bij de rechter worden aangevochten. De rechter toetst marginaal.
7. Het bindend advies is niet in strijd met de Grondwet.
8. Het bindend advies verschilt van de arbitrage. Voor beide instituten zijn en blijven goede bestaansredenen.
9. Het bindend advies kan met andere overeenkomsten, zoals dading, worden vergeleken. Een vergelijking die niet veel winst oplevert.
10. Een regeling van het bindend advies zoals voorzien in titel 15 van

boek 7 van het nieuwe B.W. kan gemist worden, maar doet ook geen kwaad.

Hoe komt het bindend advies uit onze analyse te voorschijn? Voor zover ik het al niet heb laten merken, stel ik hier uitdrukkelijk dat ik positief over dit instituut denk. Ik onderschrijf geheel het oordeel van mijn mede-adviseur dat aan het slot van zijn Cepina-rapport treffend als volgt is verwoord (p. 1273).

Het kan wellicht beschouwd worden als een vorm van een volwassen Rechtsstaat wanneer de burgers zelf, buiten de overheid om, hun juridische problemen oplossen. Hiervan is het bindend advies een lichtend voorbeeld.

Het bindend advies, zo zou men kunnen zeggen, is echte privatisering(13). Niet van bestuur of van regelgeving, maar van rechtspraak. Het is dit in nog sterkere mate dan arbitrage dat altijd nog aan overheidsreglementering onderworpen is. De wens om geheel vrij te zijn bij het oplossen van geschillen door inschakeling van derden is zo sterk dat het uitgesloten lijkt die wens te persen in de arbitrage en een overeenkomst die daaraan niet voldoet, in de ban te doen. Dergelijke overeenkomsten zullen blijven voorkomen en dan is het verstandig ze te erkennen en aan minimale ongeschreven regels te onderwerpen. Juist omdat ze ongeschreven zijn, hinderen ze niet en vervullen ze vooral de nuttige en noodzakelijke functie van veiligheidsklep: de rechter kan desgewenst ingrijpen.

Dat neemt niet weg dat er naar gestreefd moet worden de bindend advies procedure zo goed mogelijk op te zetten. Als men er de kans toe krijgt zoals zeker het geval is bij de instelling van vaste colleges, moeten procesregels worden vastgelegd en moet ook voor een deskundige bemanning worden gezorgd. Juist omdat deze informele rechtsgangen nog al eens worden ingevoerd in sectoren waar de juridische deskundigheid niet aanwezig is, heeft het zin de informatie en voorlichting over het bindend advies ruim te verspreiden en daarbij ook modellen voor procedureregels te voegen. Op die manier kan worden bereikt dat het bindend advies zijn onmisbare functie ook deugdelijk vervult.

---

(13) Uit die gezichtshoek heb ik het bindend advies (en de arbitrage) besproken in mijn bijdrage „Overheid en particulier initiatief in de rechtspraak” tot de aan A. VAN OVEN in 1981 aangeboden bundel *Gratia Commercii*.



## *SOMMAIRE*

### LA TIERCE DECISION OBLIGATOIRE EN DROIT DES PAYS-PAS

Sur base d'une analyse de la doctrine et de la jurisprudence, l'auteur du présent rapport expose la place de la tierce décision obligatoire dans le droit des Pays-Bas. Pour ce faire, il établit notamment une comparaison avec l'arbitrage comme autre forme de jurisprudence privée, et avec la jurisprudence étatique. Il examine également les conséquences qui découlent d'un fondement contractuel de la tierce décision obligatoire, plus particulièrement en ce qui concerne sa validité juridique et son contrôle par le juge. L'auteur arrive à la conclusion que la tierce décision obligatoire a de bonnes perspectives d'avenir et qu'il convient dès lors d'en encourager l'application.

## *SUMMARY*

### BINDING THIRD PARTY DECISION IN DUTCH LAW

This report explains binding advise in Dutch law through an appraisal of case-law and texts, and i.a. through a comparison with arbitration as another form of private jurisdiction, and with public jurisdiction. The consequences that flow from the contractual basis of binding advise are also considered, particularly as regards legality and judicial control.

The conclusion arrived at is that binding advise has potential for positive future applications and that therefore its application should be promoted.

## *ZUSAMMENFASSUNG*

### DAS VERBINDLICHE GUTACHTEN IM NIEDERLÄNDISCHEN RECHT

Anhand einer Besprechung der Literatur und der Jurisprudenz wird in diesem vorläufigen Gutachten die Stellung des verbindlichen Gutachtens im niederländischen Recht erörtert.

Solches geschieht unter anderem durch einen Vergleich mit der Arbitrage als anderer Form privater Rechtspflege und mit der Obrigkeitsrechtsprechung. Zu gleicher Zeit wird überprüft, welche Folgen sich aus der vertragsmässigen Grundlage des verbindlichen Gutachtens ergeben, namentlich diese hinsichtlich der Rechtsgültigkeit und der Erprobung durch den Richter.

Der Beschluss heisst, dass das verbindliche Gutachten gute Zukunftsmöglichkeiten hat, und dass deshalb dessen Anwendung gefördert werden soll.