

B.C. Punt

# **Het bindend advies doorgelicht**

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

## VOORWOORD

Veel meer dan in het buitenland heeft het bindend advies in Nederland wortel geschoten als een vorm van alternatieve geschilbeslechting en ook op zeer uiteenlopende terreinen, zoals in het handelsverkeer, bij bouwzaken en consumenten-transacties, tussen ex-echtelingen, bij tuchtrechtspraak van sport- en professionele organisaties enz. enz. Ook vindt het zeer regelmatig toepassing bij een (bindende) waardebeoordeling door accountants c.q. taxateurs van aandelen en onroerende zaken alsmede bij vergelijkbare vaststellingen door andere experts. Het bindend advies is dan ook wijdvertakt in tal van maatschappelijke geledingen. Dit dankt het aan zijn betrekkelijk informele karakter en het daarmee samenhangende feit dat doorgaans de kosten ervan relatief beperkt zijn. Niettemin moeten ook in het kader van een bindend advies o.m. aan eisen van ‘fair play’ worden voldaan en daar schort het in de praktijk soms aan, waarna een niet beoogde gang naar de rechter kan volgen, soms in meer instanties en met alle kosten van dien. Met dit boek is beoogd de betekenis van de (beperkte) regelgeving betreffende het ‘bindend advies’ en de neerslag van meer dan honderd jaar jurisprudentie over dit onderwerp voor geïnteresseerden inzichtelijk te maken. Inzicht in deze rechtspraak is voor een juist begrip van die beperkte wetgeving van groot belang. Tevens laat die jurisprudentie zien waar het bij een bindend advies in de praktijk mis kan gaan. Degenen die overwegen bij een overeenkomst c.q. algemene voorwaarden, statuten of een reglement te kiezen voor bindend advies, vinden in het derde hoofdstuk diverse aandachtspunten om het risico van vervolgsprocedures zo veel mogelijk te vermijden. Het boek is in het bijzonder bestemd voor degenen die in de praktijk met het bindend advies te maken hebben of krijgen, als rechtshulpverlener, bindend adviseur of als rechter. Mede omdat er ook bindende adviezen worden gegeven door anderen dan (praktijk)juristen, is de verwerking van de rechtspraak – tot en met ultimo 2018 – in dit boek uitvoeriger dan in juridische handboeken gebruikelijk is: in het bijzonder worden van veel uitspraken samenvattingen gegeven die beogen de kern ervan – juist wat de feiten betreft – concreet weer te geven. Bij bindende adviezen gaat het immers heel vaak om de waardering van feiten. Bijkomend voordeel zal kunnen zijn

dat nadere bestudering van de uitspraak achterwege kan blijven. Ten slotte wil ik hier graag mijn dank uitspreken voor de wijze waarop ik de afgelopen jaren ben ondersteund door de staf van de Bibliotheek van het Paleis van Justitie te Den Haag.

B.C. Punt

Noordwijk, maart 2019.

# INHOUDSOPGAVE

**Voorwoord** / V

**Lijst van gebruikte afkortingen** / XIII

**1** **‘Bindend advies’** / 1

1.1 *Inleiding* / 1

1.2 *De vaststellingsovereenkomst tot bindend advies; diverse elementen* / 5

1.3 *De term ‘bindend advies’ is niet eenduidig* / 11

1.4 *Een proeve van een definitie van een bindend advies uitgaande van art. 7:900 BW; geen gezag van gewijsde maar bindend behoudens vernietiging; eventueel “privaat hoger beroep”* / 13

1.5 *Basis voor bindend advies is meestal een (vaststellings)overeenkomst, verschillende modaliteiten* / 20

1.6 *Institutioneel bindend advies, al dan niet ten behoeve van consumenten, ook in de vorm van verenigingsrechtspraak* / 21

1.7 *Zuiver naast onzuiver bindend advies* / 26

1.8 *Bindend advies volgens het spraakgebruik omvat ook: beslissingen (1) van een orgaan van een rechtspersoon, (2) steunend op andere basis dan overeenkomst en (3) tot aanvulling en/of wijziging van een rechtsverhouding* / 34

1.9 *Welke zaken vatbaar zijn voor bindend advies (algemeen)* / 48

1.10 *In hoeverre bindend advies beschikbaar is voor consumentengeschillen* / 55

- 1.11 *Titel 15 van Boek 7 BW zoals in 1993 ingevoerd; algemene opmerkingen / 77*
- 1.12 *Art. 7:900, vaststellings- en bewijsovereenkomsten alsmede beslissingen / 86*
- 1.13 *Art. 7:901, neerslag van de dispositieve leer / 96*
- 1.14 *Art. 7:902, vaststelling/beslissing in strijd met dwingend recht c.q. met de openbare orde / 98*
- 1.15 *Art. 7:903, rechten van derden c.q. rechtverkrijgenden; eventuele terugwerkende kracht / 109*
- 1.16 *Art. 7:904 jo. art. 3:49 e.v.: vernietiging van bindend advies c.q. partijbeslissing / 112*
- 1.17 *Art. 7:905: ontbinding vaststellingsovereenkomst na totstandkoming bindend advies / 130*
- 1.18 *Art. 7:906, lid 1, 'vaststelling' op andere rechtsgrond dan overeenkomst / 132*
- 1.19 *Art. 7:906, lid 2: aanvulling of wijziging 'sec' d.w.z. buiten 'twijfel of twist' / 139*
- 1.20 *Interne besluiten tot aanvulling of wijziging ('sec') ex art. 7:906, lid 3 / 140*
- 1.21 *Materieel- en formeelrechtelijke verschillen tussen art. 7:904 en 2:14-2:15 BW / 143*
- 1.22 *Art. 7:906, lid 4, BW / 145*
- 1.23 *Andere relevante bepalingen in het BW: art 3:316, lid 3, jo. art. 3:319, lid 1, resp. art. 7:400 e.v. / 146*
- 1.24 *De opdracht aan bindend adviseur en/of instituut / 147*

<b>2</b>	<b>De opkomst van bindend advies en partijbeslissing in Nederland / 149</b>
2.1	<i>Inleiding / 149</i>
2.2	<i>Enkele rechtshistorische opmerkingen; ‘arbitratores’ naast ‘arbitri’ / 162</i>
2.3	<i>Opkomst van het derdenadvies na de codificatie tot en met 1931 / 164</i>
2.4	<i>Bindend (derden)advies als geschillenregeling in de bouw tot en met 1931 / 169</i>
2.5	<i>Eenzijdige partijbeslissingen tot en met 1931 / 171</i>
2.6	<i>Redenen voor de toenmalige populariteit van de partijbeslissingsclausule / 176</i>
2.7	<i>De mislukte bestrijding van de geldigheid van partijbeslissingsclausules / 180</i>
2.8	<i>Uitlegkwesties: (1) vloeide het geschil(punt) voort uit de overeenkomst waarvan de partijbeslissingsclausule deel uitmaakt? / 184</i>
2.9	<i>Uitlegkwesties: (2) is het beroep op een partijbeslissingsclausule die niet expliciet spreekt over geschillen alleen mogelijk zolang de betreffende verplichting nog niet is uitgevoerd? / 186</i>
2.10	<i>Uitlegkwesties: (3) ziet de partijbeslissingsclausule ook op het achteraf beoordelen door de stipulator van de vraag of hijzelf aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan? / 189</i>
<b>3</b>	<b>De keuze voor ad hoc en/of institutioneel bindend advies en de daaraan inherente voor- en nadelen / 195</b>
3.1	<i>Inleiding; indeling van dit hoofdstuk / 195</i>
3.2	<i>Situaties waarin bij een keuze voor – of het al dan niet aanvaarden van – bindend advies art. 6, lid 1, EVRM een rol kan spelen / 199</i>
3.3	<i>De eisen voor een rechtsgeldige afstand van het recht op toegang tot de rechter ex art. 6, lid 1, EVRM; toegang en toegankelijkheid / 201</i>
3.4	<i>De nadelen resp. voordelen van de civiele procedure en arbitrage ten opzichte van bindend advies (kritische factoren) / 210</i>

- 
- 3.5 *Een aantal situaties waarin een bindend adviesprocedure in het licht van de kritische factoren al dan niet geïndiceerd kan zijn / 216*
  - 3.6 *Maatwerk ten aanzien van de kritische factoren bij ad hoc bindend advies / 219*
  - 3.7 *Keuzen ten aanzien van de kritische factoren bij de drie ADR-entiteiten (algemeen) / 237*
  - 3.8 *Keuzen ten aanzien van de kritische factoren bij de SGC/SGB-geschillen / 241*
  - 3.9 *Keuzen ten aanzien van de kritische factoren bij de Kifid-geschillen / 246*
  - 3.10 *Keuzen ten aanzien van de kritische factoren bij de SKGZ-geschillen / 252*
  - 3.11 *Keuzen ten aanzien van kritische factoren bij het NAI / 257*
  - 3.12 *Keuzen ten aanzien van kritische factoren bij de SGOA / 263*
  - 3.13 *Keuzen ten aanzien van kritische factoren bij de RvA Bouw / 267*
  - 3.14 *Keuzen ten aanzien van kritische factoren bij private rechtspraak ingesteld door rechtspersonen / 277*
  - 4 Enkele aspecten van de bindend adviesregeling / 279**
  - 4.1 *Inleiding; de aard van de onderliggende rechtsverhouding / 279*
  - 4.2 *De aanwezigheid van een bindend adviesregeling / 283*
  - 4.3 *Uitlegkwesties bij discussie of een bindend adviesregeling voorligt c.q. wat zij inhoudt / 296*
  - 4.4 *Contractuele mogelijkheden om de nakoming van een bindend advies af te dwingen c.q. te bevorderen / 333*

- 5 De benoeming van bindend adviseurs en hun rechtsverhouding tot partijen / 341**
  - 5.1 *Inleidende opmerkingen / 341*
  - 5.2 *De benoeming en selectie van de (ad hoc) bindend adviseur(s) door partijen zelf / 343*
  - 5.3 *De overeenkomst tussen partijen en de bindend adviseur(s) (opdracht) / 348*
  - 5.4 *Benoeming van de bindend adviseur een derde (o.m. instituut) / 373*
  - 5.5 *De rechtsverhouding tussen partijen en het instituut resp. de bindend adviseurs / 374*
  - 5.6 *De wijze van benoeming van bindend adviseurs bij enkele instituten / 382*
  
- 6 De rol van de rechter (of arbiter) naast of in plaats van de bindend adviseur(s) / 387**
  - 6.1 *Inleiding / 387*
  - 6.2 *Rechterlijke bemoeienis met de benoeming van de bindend adviseur(s) / 391*
  - 6.3 *Optreden van de rechter als de wederpartij in de bindend adviesprocedure onvoldoende coöperatief is (geweest) of de bindend adviesregeling misbruikt / 394*
  - 6.4 *Hulp van de rechter in verband met feitenvergaring ten behoeve van een bindend adviesprocedure / 395*
  - 6.5 *Kort geding betreffende het aan bindend advies onderworpen geschil (punt) / 399*
  - 6.6 *Conservatoir beslag voor vorderingen onderworpen aan bindend advies / 404*



<b>7</b>	<b>Het uitgebrachte bindend advies in volgende procedures tussen partijen / 411</b>
7.1	<i>Inleiding / 411</i>
7.2	<i>De vordering tot nakoming van een bindend advies; enkele hindernissen / 413</i>
7.3	<i>Vernietiging c.q. terzijdestelling van het bindend advies; algemeen / 419</i>
7.4	<i>De van de bindend adviseur te eisen onpartijdigheid en onafhankelijkheid / 421</i>
7.5	<i>De bindend adviseur is onbevoegd (geen basis in de bindend adviesregeling en/of in de opdracht) / 436</i>
7.6	<i>Het bindend advies is qua inhoud in strijd met de opdracht / 441</i>
7.7	<i>(Procedurele) gebreken in de totstandkoming van het bindend advies / 449</i>
7.8	<i>Motiveringsgebreken / 488</i>
7.9	<i>(Marginale) toetsing op inhoudsgebreken / 510</i>
7.10	<i>In hoeverre kunnen nieuwe feiten en/of argumenten c.q. onvoorziene omstandigheden leiden tot herziening of vernietiging van een bindend advies? / 534</i>
	<b>Jurisprudentieregister / 541</b>
	<b>Trefwoordenregister / 559</b>
	<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur / 569</b>
	<b>Over de auteur / 571</b>

# 1 ‘Bindend advies’:

het fenomeen, zijn verschijningsvormen en juridisch kader

## 1.1 Inleiding

*Herkomst en karakter van het bindend advies: een relatief informeel alternatief voor rechtspraak en arbitrage alsook een middel om van een rechtsverhouding een of meer elementen bindend vast te stellen*

1 De innerlijk tegenstrijdige term ‘bindend advies’ is in 1892 voor een viertal geschillen tussen aannemers en de Minister van Waterstaat in de Nederlandse rechtstaal geïntroduceerd als de uitkomst van een (alternatieve) vorm van civiele geschilbeslechting<sup>1</sup> door derden<sup>2</sup> op uitsluitend contractuele basis, destijds enkel te initiëren door de aannemer. Dit is een uitzondering gebleven: normaliter kunnen en konden op basis van een overeenkomst tot bindend advies dezelfde vorderingen worden geldend gemaakt als aan de rechter of aan arbiters konden worden voorgelegd en is in de regel opengelaten wie van partijen daartoe het initiatief neemt. De term ‘bindend advies’ wordt eveneens gebruikt als men niet doelt op de uitkomst van een geschil – de beslissing – maar op de procedure die tot een dergelijke beslissing moet leiden. In die betekenis vormde en vormt ‘bindend advies’ een alternatief voor overheidsrechtspraak en arbitrage (conform Boek IV Rv)<sup>3</sup> alsook voor de – in het verleden vaak o.m. door overheden vaak bedongen – eenzijdige partijbeslissing.<sup>4</sup> Hoewel de wet aan bindende adviezen geen executoriale kracht toekent en de ‘winnaar’ voor het afdwingen ervan normaliter<sup>5</sup> nadere stappen moet zetten,<sup>6</sup> kan het bindend advies qua procedure worden gezien als een – relatief

1 Hoe dat gebeurde, zal in hoofdstuk 2 worden uiteengezet.

2 Zie voor de betekenis van het begrip ‘een derde’ dat – in relatie tot de hierna vermelde eenzijdige partijbeslissing – in het verleden ruimer werd genomen dan thans: 15 en 244.

3 Zie voor de verschillen met bindend advies 129 en omtrent de uitlegvraag of een overeenkomst strekt tot bindend advies dan wel arbitrage 473 e.v.

4 Zoals in hoofdstuk 2 naar voren komt, is de bindende partijbeslissing een broertje van het bindend advies, zie art. 7:900, lid 2 e.v., BW. Zie verder over de eenzijdige partijbeslissing de daarbij in het trefwoordenregister vermelde paragrafen.

5 Als de overeenkomst tot bindend advies notarieel is opgemaakt, kan het daarop steunend bindend advies wel als zodanig ten uitvoer worden gelegd. Zie daarover 494-497.

6 In juridische zin is de meest simpele stap een vordering tot nakoming of uitvoering van het bindend advies, die verjaart na vijf jaar (art. 3:307, lid 1, BW). Zie voorts over het aldus afdwingen van een bindend advies en eventuele verweren waarop men kan stuiten, nader 594 e.v.

informelere vorm van – private rechtspraak,<sup>7</sup> berustend op overeenkomst, statuten, testament of eventuele andere privaatrechtelijke<sup>8</sup> 'instrumenten'. Het streven naar een informelere afdoening leidt er soms toe dat bijstand door een advocaat niet wordt toegelaten.<sup>9</sup> Het informelere karakter komt verder mede hierin tot uiting dat het bindend advies niet is gezien als een 'rechtsgeding', in situaties waarin de wet dit begrip bezigt.<sup>10</sup> Het informelere karakter vormt de grote (aantrekkings) kracht van het bindend advies, maar is – zoals wel meer voorkomt – tegelijkertijd ook het potentiële zwakke punt ervan. Dit uit zich hierin dat bindende adviezen meer dan eens wegens totstandkomings- of andere formele gebreken worden vernietigd. Dit wordt in hoofdstuk 7 belicht en in het derde hoofdstuk (321 e.v.) worden diverse suggesties gedaan om het risico van een dergelijke vernietiging te voorkomen c.q. in te perken. De vorm van bindend advies die strekt tot geschilbeslechting, bestond overigens reeds lang vóór 1892, zoals in hoofdstuk 2 wordt belicht. Deze vorm wordt enigermate pejoratief aangeduid als 'onzuiver bindend advies', dit in tegenstelling tot het zgn. 'zuiver bindend advies', waarbij een of meer derden een enkel declaratoire beslissing geven over één of enkele elementen van de rechtsverhouding tussen partijen, waarbij zij bijv. een polisbeding uitleggen of de omvang

- 7 In dezelfde zin Ernste, p. 79 e.v. en de daar genoemde literatuur. Van Praag heeft er in zijn artikelenreeks in Themis 1919-1920 'Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aange-stelde rechters of scheidsmannen in verband met arbitrage en verwante beslissingen van particulieren' op gewezen dat een executoriale titel voor rechtspraak niet wezenlijk is, nu de rechter ook enkel declaratoire uitspraken kan geven (*RMThemis* 1920, p. 335). Meestal is dit element echter wel wezenlijk.
- 8 In het verleden is het bindend advies voorgeschreven geweest in publiekrechtelijke regelingen, zo bijv. door algemeen verbindend verklaren van cao's waarin een bindend adviesbeding was opgenomen. Ook in de zorgsector kwam het voor dat publiekrechtelijke regelingen bindend advies voorschreven. Aldus bij het tijdens de Duitse bezetting uitgevaardigde Derde Uitvoeringsbesluit ingevolge het Ziekenfondsenbesluit van 15 november 1941 Stb., S 812, waarover HR 18 december 1964, *NJ* 1965/165. Ook in de Wet medisch tuchtrecht BES en oplossing van geschillen kwam het voor. Daarover gaat de beslissing van het Centraal Medisch Tuchtcollege 13 juni 1957, *NJ* 1957/546. Voor zover in dit opzicht destijds van een maatschappelijke trend sprake was – zie Zonderland, 'Het bindend advies getoetst', in *AR* 1965, p. 229-231 – is daaraan een einde gekomen als gevolg van HR 8 juni 1951, *NJ* 1952/144, m.nt. D.J.V.: door de algemeen-verbindendverklaring van de betreffende cao met bindend adviesbeding werden de niet-georgani-seerde werknemers en werkgevers buiten hun wil afgetrokken van de rechter die de wet hun toekende. Overigens is het wel mogelijk dat een (privaatrechtelijk) bindend advies wordt overeen-gekomen dat bestemd is om te werken binnen het fiscale c.q. bestuurs- of strafrecht (zie 67).
- 9 Zie HR 14 maart 1929, *NJ* 1929, p. 1382, m.nt. E.M.M.; *W* 11963 en Rb. Rotterdam 7 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9304 (r.o. 4.8 e.v.).
- 10 Zo behoefde een gemeente voor een bindend advies *niet* de voor het voeren van een rechtsge-ding toen voorgeschreven goedkeuring van G.S. (HR 11 januari 1924, *NJ* 1924, p. 293; *W* 11165, m.nt. W.N.) en besliste de RvA Bouw in Nederland (zoals deze destijds heette) in een bindend advies van 26 april 1946, *AR* 1951, p. 683 dat een bindend advies niet valt aan te merken als een rechtsgeding in de zin van art. 17 van het Besluit Vijandelijk Vermogen (nr. E 133). Die bepaling hield in dat alle rechtsgedingen met betrekking tot onder beheer gesteld vermogen ambtshalve dan wel op verzoek van één der partijen of het Beheersinstituut werden geschorst.

van een schade vaststellen. Zie over dit onderscheid 35 e.v. Beide vormen van bindend advies zijn vatbaar voor vernietiging, zie 19, 154 e.v. en 602 e.v. Zie voor een proeve van een definitie van een bindend advies (als uitkomst) 17.

*Bindend advies is (in beginsel) bindend zowel qua uitkomst als qua route*

2 Het bindend advies is – kort gezegd – niet alleen qua uitkomst, maar ook qua route bindend. Om met het laatste te beginnen, als het is overeengekomen of anderszins is voorgeschreven, moeten partijen de bindend adviesprocedure in principe volgen en kunnen zij vooralsnog het geschil in principe niet aan de rechter voorleggen, met dien verstande dat consumenten nochtans daarvoor kunnen kiezen (zie 92, 99 en 103). Afgezien van dit laatste, is de weg naar de rechter definitief geblokkeerd, als voor het aanvragen van het bindend advies een termijn was overeengekomen en deze niet is benut.<sup>11</sup> Als de route van het bindend advies wél is afgelegd, is de uitkomst daarvan – behoudens vernietiging – bindend. Het betreffende geschil kan *als zodanig* niet meer aan rechter of eventueel arbiter worden voorgelegd. Wel kan de gebondenheid aan het over het geschil uitgebrachte bindend advies ter discussie worden gesteld bij de rechter of bij het bevoegde scheidsgerecht (zie voor dit laatste 129), door de vernietiging daarvan in te roepen. Onder bijzondere omstandigheden worden op het voorgaande uitzonderingen gemaakt. Zie over een en ander, dat ook geldt voor de eenzijdige partijbeslissing: 19-21 resp. 154 e.v. In 20 wordt specifiek ingegaan op het geval dat geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid van *hoger beroep* in gevallen waarin de bindend adviesregeling daarin heeft voorzien.

*Juridisch kader: wettelijke en reglementaire inbedding*

3 Bepalingen van belang voor het bindend advies vinden we in de eerste plaats in Titel 15 Boek 7 BW. Voor zover het gaat om de actie tot vernietiging van een bindend advies zijn in die Titel geen daarop toepasselijke bepalingen opgenomen en gelden de bepalingen van Titel 2 Boek 3 BW. Specifiek van belang voor het bindend advies in consumentengeschillen zijn art. 6:236, aanhef en sub n, jo. art. 6:238, lid 2, BW (kort gezegd: bindend adviesbeding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, tenzij aan de consument minimaal een maand bedenktijd wordt gegund) alsook diverse Europese Richtlijnen die consumentenbescherming op het oog hebben en die eisen stellen aan (alternatieve) geschilbeslechting op dat vlak (zie 78 e.v.). In dit verband moet ook worden genoemd de in 2015 tot stand gekomen Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. De geschilbeslechting bij de ingevolge die wet aangewezen ADR<sup>12</sup>

11 Rb. Arnhem 22 oktober 1931, *NJ* 1932, p. 1192. Zie ook 557.

12 Alternative dispute resolution.

-entiteiten – de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC), het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KIFID) en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ) – geschiedt, op een uiterst beperkt aantal uitzonderingen na, door middel van bindend advies, evt. voorafgegaan door een beoordeling door een ombudsman (zie 28 en 84). Voorts is er art. 6:233 BW,<sup>13</sup> waarop een niet-consument zich onder omstandigheden mogelijk met succes zal kunnen beroepen, in het bijzonder als de wederpartij – de gebruiker van de algemene voorwaarden – zich de beslissing omtrent bepaalde onderwerpen heeft voorbehouden (eenzijdige partijbeslissing<sup>14</sup>): dat kan onder omstandigheden onredelijk bezwarend zijn. Zie voor eenzijdige partijbeslissingen in strijd met dwingend recht 143.

4 Bindend advies dat wordt gefaciliteerd door een instituut zal veelal plaatsvinden met inachtneming van het reglement van het betreffende instituut. Dat reglement zal regels inhouden omtrent de procesgang, maar het kan ook bepaalde geschiltypen van behandeling uitsluiten, zoals in het bijzonder voorkomt in de reglementen van de in 3 genoemde ADR-entiteiten. Zie 93-95, 101 en 105. Die uitgezonderde geschillen kunnen eventueel wel aan (ad hoc) bindend advies worden onderworpen, maar niet bij de betreffende ADR-entiteit.

#### *Globale opzet van dit hoofdstuk*

5 Dit hoofdstuk 1 bevat na deze Inleiding (1.1) de navolgende paragrafen, die vaak zijn onderverdeeld in diverse subparagrafen:

- 1.2 De vaststellingsovereenkomst tot bindend advies; diverse elementen
- 1.3 De term 'bindend advies' is niet eenduidig
- 1.4 Een proeve van een definitie van bindend advies uitgaande van art. 7:900 BW; geen gezag van gewijsde maar bindend behoudens vernietiging; eventueel 'privaat hoger beroep'
- 1.5 Basis voor bindend advies is meestal een (vaststellings)overeenkomst, verschillende modaliteiten
- 1.6 Institutioneel bindend advies, al dan niet ten behoeve van consumenten, ook in de vorm van verenigingsrechtspraak
- 1.7 Zuiver naast onzuiver bindend advies

13 Vgl. RvA Bouw 1 september 1999, nr. 21.054, r.o. 11 (te vinden via de website van de RvA Bouw): succesvol beroep op art. 6:233, aanhef en sub b, BW gedaan door opdrachtgever, overigens gedaan in een arbitraal geding waarin de aannemer nakoming van een bindend advies vorderde. De uitkomst was onbevoegdverklaring van het scheidsgerecht.

14 Vgl. Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:452; M en R 2014/90, m.nt. F.C.S. Warendorf (bindende beslissing over de betekenis van 'weidegang' – vereiste voor de kwalificatie 'weidemelk' – bij het bestuur van de coöperatie).

- 1.8 Bindend advies volgens het spraakgebruik omvat ook: beslissingen (1) van een orgaan van een rechtspersoon, (2) steunend op andere basis dan overeenkomst en (3) tot aanvulling en/of wijziging van een rechtsverhouding
- 1.9 Welke zaken vatbaar zijn voor bindend advies (algemeen)
- 1.10 In hoeverre bindend advies beschikbaar is voor consumentengeschillen
- 1.11 Titel 15 Boek 7 BW zoals in 1993 ingevoerd; algemene opmerkingen
- 1.12 Art. 7:900, vaststellings- en bewijsovereenkomsten alsmede beslissingen
- 1.13 Art. 7:901, neerslag van de dispositieve leer
- 1.14 Art. 7:902, vaststelling/beslissing in strijd met dwingend recht c.q. met de openbare orde
- 1.15 Art. 7:903, rechten van derden c.q. rechtverkrijgenden; eventuele terugwerkende kracht
- 1.16 Art. 7:904 jo. art. 3:49 e.v.: vernietiging van bindend advies c.q. partijbeslissing
- 1.17 Art. 7:905: ontbinding vaststellingsovereenkomst na totstandkoming bindend advies
- 1.18 Art. 7:906, lid 1, 'vaststelling' op andere rechtsgrond dan overeenkomst
- 1.19 Art. 7:906, lid 2: aanvulling of wijziging 'sec' d.w.z. buiten 'twijfel of twist'
- 1.20 Interne besluiten tot aanvulling of wijziging ('sec') ex art. 7:906, lid 3
- 1.21 Materieel- en formeelrechtelijke verschillen tussen art. 7:904 en art. 2:14-2:15 BW
- 1.22 Art. 7:906, lid 4
- 1.23 Andere relevante bepalingen in het BW: art 3:316, lid 3, jo. art. 3:319, lid 1, resp. art. 7:400 e.v.

## **1.2 De vaststellingsovereenkomst tot bindend advies; diverse elementen**

6 Sinds 1 september 1993 bevat het BW in Titel 15 Boek 7, met als opschrift "Vaststellingsovereenkomst", enkele bepalingen die van belang zijn voor het bindend advies, dat reeds een plaats in de Nederlandse rechtspraak had verworven toen het begrip vaststellingsovereenkomst in de Nederlandse rechtswetgeving nog zijn intrede moest doen.<sup>15</sup> Van de geldende bepalingen van Titel 15 Boek 7 BW die hierna nader aan bod komen,<sup>16</sup> geeft art. 7:900, lid 1, BW wel een definitie van een vaststellingsovereenkomst, maar niet van een bindend advies.

15 Dit begrip is in Nederland geïntroduceerd door De Grooth in diens proefschrift, *De schuldbekentenis* 1918 hoofdstuk V, naar aanleiding van de Duitse literatuur over abstracte verbintenissen. Het is een vertaling van het door Duitse schrijvers geïntroduceerde begrip Feststellungsvertrag. Zie I. Boon, *De vaststellingsovereenkomst* 1945, p. 70 e.v. alsmede Meijers' noot onder HR 25 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1134. Een scherpe en voor de praktijk belangrijke analyse van het begrip geeft H. Stein in zijn artikel 'Vaststellingsovereenkomsten', in *Advocatenblad* 1981, p. 433 e.v.

16 Vanaf 120 e.v. Er is naar gestreefd de behandeling van die bepalingen beperkt te houden tot hetgeen voor het bindend advies (conform het spraakgebruik, zie 48 e.v.) van belang kan zijn.

Blijkens de Toelichting op het Voorontwerp<sup>17</sup> omvat die in het eerste lid gegeven definitie van een vaststellingsovereenkomst evenwel ook de overeenkomsten tot bindende partijbeslissing en bindend advies. De eerste twee leden van art. 7:900 luiden:

- “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 tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.*
- 2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.”*

Blijkens het eerste lid is de strekking van een vaststellingsovereenkomst om onzekerheid dan wel een geschil betreffende de rechtsverhouding van partijen op te heffen en daarvoor in voorkomend geval een (deels) nieuwe rechtsverhouding in de plaats te stellen. De nieuwe rechtsverhouding – het resultaat – is de in het tweede lid genoemde ‘vaststelling’ (zie 8). Het object van een vaststellingsovereenkomst is een bestaande rechtsverhouding (zie 9), waaromtrent onzekerheid (10-11) dan wel geschil (12-13) moet bestaan.

7 In de Toelichting op het Voorontwerp voor het nieuw BW<sup>18</sup> uit 1972 wordt ten aanzien van de in art. 7:900, lid 2, bedoelde beslissingen die zijn opgedragen aan een derde, opgemerkt dat deze ‘in de tegenwoordige rechtstaal’ bindend advies heten. Lid 2 van art. 7:900 gaat er kennelijk van uit dat de aan de derde gegeven opdracht berust op een overeenkomst tussen partijen<sup>19</sup> en dat het daarbij gaat om een vaststellingsovereenkomst<sup>20</sup> tussen hen. Zie voor de diverse modaliteiten van een dergelijke overeenkomst (die kunnen leiden tot ‘ad hoc’ versus institutioneel bindend advies) 22 e.v. en 24 e.v. Zie omtrent de keuze van de wetgever om het bindend advies in deze contractuele context in te bedden 108 en 110.

17 P. 1132.

18 P. 1136, naar aanleiding van art. 1, lid 2, van het Voorontwerp dat materieel gelijk is aan art. 7:900, lid 2.

19 Zie 6 en MvT, p. 36: “een derde, aan wie zij de bevoegdheid daartoe hebben gegeven.”

20 Evenzo Ernste, p. 19 en de daar aangehaalde auteurs.

*Het wettelijk begrip 'vaststelling' (= eindresultaat)*

8 In de terminologie van de wetgever zoals die in art. 7:900, lid 1 en 2, naar voren komt, dient de in bindend advies gegeven beslissing te leiden tot een *vaststelling* ('*krachtens een beslissing*', waaronder ook een schikking tussen partijen moet worden begrepen, zie lid 2); de vaststelling is dan het met die beslissing beoogde of bereikte resultaat, de (eventueel nieuwe) rechtstoestand, als omschreven in het slot van lid 1. Het kan zijn – in het bijzonder bij goederenrechtelijke verhoudingen – dat met de in het bindend advies gelegen beslissing de nieuwe rechtstoestand (de 'vaststelling') nog niet tot stand is gebracht en dat daarvoor een nadere rechtshandeling, bijv. levering, nodig is (zie 132 e.v.). Het begrip 'vaststelling' heeft in het spraakgebruik twee betekenissen: de activiteit om tot een bepaalde bevinding te komen en het resultaat van die activiteit, de inhoudelijke bevinding. De wet gebruikt het begrip in de tweede betekenis en dan nog met de complicatie dat de activiteit – het aangaan van de vaststellingsovereenkomst c.q. het tot stand brengen van een partijbeslissing of bindend advies – niet in alle gevallen direct tot het resultaat leidt, omdat nog een vervolgstap nodig is. We zijn daarmee betrekkelijk ver weg van het gewone spraakgebruik en het is dan ook niet zo vreemd dat de wet zelf het begrip op twee plaatsen verkeerd gebruikt.<sup>21</sup>

*'Hetgeen tussen partijen rechtens geldt'*

9 Volgens art. 7:900, lid 1, BW moet het geschil of de onzekerheid betrekking hebben op 'hetgeen tussen partijen rechtens geldt'. Daarmee is beoogd te preciseren dat de te geven beslissing niet alleen de rechtsverhouding tussen partijen kan betreffen, maar ook een absoluut recht; alsmede dat zij kan inhouden dat tussen partijen juist in het geheel geen rechtsverhouding bestaat.<sup>22</sup> De vraag kan rijzen of het hier besproken element ook het geval dekt dat partijen onzeker zijn over een puur feitelijk aspect van hun rechtsverhouding, waarover zij een zuiver bindend advies kunnen vragen. Zie 55.

21 De wet spreekt in art. 7:902 en 7:906, lid 1, over een 'vaststelling' waar moet worden gelezen 'beslissing'. Zie 136 en 172. Deze fout is te verklaren uit het feit dat – in de controverse in de rechtsliteratuur inzake het declaratieve dan wel dispositieve karakter van de vaststellingsovereenkomst – de wetgever heeft gekozen voor het dispositieve stelsel, in afwijking van het Voorontwerp, dat uitging van het zgn. declaratieve stelsel. Zie nader 133.

22 Zie Toelichting Voorontwerp, p. 1135. (Ook) deze precisering ruikt m.i. enigermate naar de studeerkamerlamp; m.i. worden de beide in de hoofdtekst genoemde situaties door de hierna, in 1.4 gegeven definitie gedekt: in het kader van een vaststellingsovereenkomst zal er ofwel een rechtsverhouding bestaan tussen de absoluut gerechtigde en degene jegens wie de gerechtigde zijn recht inroept (vgl. 57) of het bestaan van de rechtsverhouding is in discussie, maar dan bestaat daarover onzekerheid.



*Het element 'onzekerheid'*

10 Door de introductie in art. 7:900, lid 1, van het begrip 'onzekerheid' werd een uitbreiding tot stand gebracht ten opzichte van de werkingssfeer van de dading, die volgens art. 1888, lid 1, BW (oud) alleen maar kon worden aangegaan als omtrent de rechtsverhouding een geding aanhangig was – om de onzekerheid dienaangaande te elimineren – dan wel om (de onzekerheid van) een nog te voeren geding te voorkomen.

11 Voorafgaand aan de totstandkoming van Titel 7:15 werd door nagenoeg alle Nederlandse schrijvers – behalve een geschil situatie – ook het bestaan van 'onzekerheid omtrent de rechtsverhouding' gezien als een noodzakelijk element om van een vaststellingsovereenkomst te kunnen spreken.<sup>23</sup> Het moest dus gaan om 'twijfel of twist'.<sup>24</sup> Er behoeft geen *objectieve onzekerheid* omtrent enig element van de rechtsverhouding te bestaan; voldoende is dat partijen daarover feitelijk onzeker zijn.<sup>25</sup> Dat hoeft niet in te houden dat partijen tegengestelde standpunten innemen;<sup>26</sup> Asser/Kamphuisen geeft als voorbeeld dat als naburige eigenaars niet weten hoe de grens loopt en deze vervolgens vaststellen, van een

23 Zie Meijers, noot onder HR 25 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1134 en de door M. van Zijst, *De Vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss.), Utrecht 2001, op p. 44 e.v. genoemde schrijvers: A.R. de Bruijn, *NJB* 1930, p. 675; F.G. Scheltema, *WPNR* 3431; F.W. Swane, Preadvies voor de Broederschap der Notarissen 1942, *Correspondentieblad* 1942, p. 317; S. van Brakel, *RMThemis* 1943, p. 14 en *Leerboek van het Ned. Verbintenissenrecht*, tweede deel 1950, p. 427; I. Boon, *De vaststellingsovereenkomst* (diss.), Leiden 1945, p. 2; Asser/Kamphuisen, derde druk 1960, p. 804; Asser/Rutten II 1968, p. 51; Hofmann-Abas 1977, p. 32 en Pitlo-Wolffensperger 1979, p. 369. Clavareau, p. 13 en 18, achtte de eis van onzekerheid niet wezenlijk. Zie daarover nader 59.

24 Zo genoemd door Meijers in zijn noot onder HR 25 juni 1926, *NJ* 1926, p. 1134.

25 Toelichting op het Voorontwerp, p. 1135.

26 In het begin van de Toelichting op het Voorontwerp (p. 1132) wordt gesteld dat van een vaststellingsovereenkomst ook sprake kan zijn als de overeenkomst van partijen 'beoogt een einde te maken aan een onzekerheid die, bij gebreke van tegengestelde beweringen van partijen, niet tot een geschil aanleiding heeft gegeven'. Zie ook HR 4 december 1903, *W* 8005, 'onzekerheid of onbekendheid' bij partijen ten aanzien van bepaalde bedragen in het kader van het door een vader voor zijn minderjarige zoon gevoerde beheer over diens vermogen (deswege gaven vader en de meerderjarig geworden zoon aan een accountant opdracht om die bedragen aan de hand van de boeken vast te stellen).

vaststellingsovereenkomst sprake is.<sup>27</sup> De onzekerheid hoeft m.i. ook geen betrekking te hebben op de juridische onderbouwing van deze of gene visie.<sup>28</sup> Als partijen stellen dat er omtrent enig punt verschil van mening is, moeten zij daarover wél ‘in ernst van gevoelen verschillen’<sup>29</sup>: een gefingeerde onzekerheid – teneinde door middel van een vaststellingsovereenkomst bepalingen van dwingend recht te ontduiken – is in strijd met de openbare orde, zie 144. De onzekerheid kan ook betrekking hebben op het *toepasselijke recht*<sup>30</sup> of op de vraag welke set algemene voorwaarden van één partij van toepassing zijn.<sup>31</sup> De onzekerheidseis wordt hierna nog nader bezien in het kader van het zuiver bindend advies dat strekt tot aanvulling of wijziging van de rechtsverhouding, zie 53 e.v. en 288.

27 Asser/Kamphuisen, Bijzondere overeenkomsten, derde druk 1960, p. 804.

28 In het kader van een beëindigingsovereenkomst van de arbeidsrelatie tussen een B.V. en haar directeur stond vast dat op de B.V. de verplichting rustte om de backserviceverplichtingen jegens die directeur af te financieren, o.m. gebaseerd op dwingendrechtelijke bepalingen van de Pensioen- en spaarfondsenwet. De B.V. had dit echter niet gedaan en beriep zich op de met de directeur gesloten kwijtingsregeling. Rb. Zutphen 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BF6804 (JAR 2008/311; bevestigd door Hof Arnhem 22 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP5301) onderzocht ambtshalve of deze kwijtingsregeling in de termen viel van art. 7:902, waarbij zij onderzocht of die kwijtingsregeling een vaststellingsovereenkomst was. Zij kwam tot een negatief oordeel en overwoog het volgende (r.o. 7.20):

“Gesteld noch gebleken is dat partijen onzeker waren of een geschil hadden over de uitleg of toepassing van artikel 32 leden 4 en 8 PSW, in die zin dat zij hebben gesproken over de vraag of dwingend recht ertoe noopt dat Nijhuis Pompen B.V. alsnog de back-service financiert. De omstandigheid dat de heer [naam6] ter comparitie namens Nijhuis Pompen B.V. <heeft> verklaard dat hij voorafgaand aan de finale kwijting iets tegen Lemmers heeft gezegd als “als er pensioentoezeggingen zijn, dan zijn we daarmee klaar”, maakt dit niet anders. Daarmee is immers niet gezegd dat partijen over de verplichting tot affinanciering van mening verschilden of onzeker waren.”

De laatste zin is m.i. correct: (de onzekerheid of) het geschil moet een onderdeel van de rechtsverhouding betreffen, in casu de vraag of de werkgever verplicht was tot affinanciering van de backserviceverplichting. Echter de (ook) in de eerste zin van het citaat opgenomen eis dat partijen zouden hebben moeten gesproken – d.w.z. het niet eens waren over – de vraag “of dwingend recht ertoe noopt ...”, gaat m.i. te diep en te ver.

29 Zie HR 27 december 1935, NJ 1936/442, m.nt. E.M.M.

30 Zie MvT, p. 39 en ‘Rechtskeuze achteraf en vaststellingsovereenkomst herbezocht’ door H.J. Snijders in *Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte* 1985, p. 47.

31 Zie HR 29 november 1997, NJ 1998/706, m.nt. JH: “Bij twijfel welke condities van toepassing zijn, beslist Handelsveem B.V. (C. Steinweg)”, een eenzijdige partijbeslissing derhalve. Het beroep daarop faalde: het hof had geoordeeld dat van een dergelijke twijfel geen sprake was en de daartegen gerichte cassatieklacht werd verworpen (r.o. 3.4.1).

*Het element 'geschil'*

12 Onder het begrip 'geschil' kan zowel een procedure c.q. geding als een meningsverschil<sup>32</sup> worden verstaan.<sup>33</sup> M.a.w. het begrip kan een formele en een materiële betekenis hebben. Van een geschil kan sprake zijn, zoals ook bij arbitrage,<sup>34</sup> wanneer de ene partij een vordering pretendeert (en die geldend maakt) terwijl de andere partij die vordering op zich niet betwist. Dan prevaleert het formele aspect; m.a.w. de aanwezigheid van een meningsverschil is niet altijd noodzakelijk.<sup>35</sup> Om moeizame discussies op dit (inhoudelijke/materiële) vlak te vermijden, wordt menigmaal overeengekomen dat reeds van een geschil sprake is als één van de partijen dat vindt.<sup>36</sup> Als een bindend advies moet worden aangevraagd binnen een bepaalde betrekkelijk korte termijn nadat het geschil is gerezen en discussie ontstaat over de vraag of het geschil tijdig aanhangig is gemaakt, zal een redelijke uitleg van een dergelijke bepaling meebrengen dat partijen de tijd wordt gegund om elkaars standpunt te bestuderen c.q. daarover overleg te plegen. In die visie kan een geschil dan (formeel) pas aanwezig worden geacht vanaf het – overigens nog niet zo gemakkelijk vast te stellen – moment dat er door (één van de) partijen van wordt afgezien om nog door onderling overleg te pogen tot een minnelijke regeling te komen.<sup>37</sup>

13 Ook in het kader van een 'zuiver bindend advies', waarbij een derde een enkel declaratoire beslissing geeft over enig aspect van de rechtsverhouding tussen partijen, kan sprake zijn van een geschil (meningsverschil) tussen hen.<sup>38</sup> Zie 38 e.v. In de literatuur is de vraag aan de orde gesteld of bij beslissingen gegeven in het kader van de verenigingstuchtspraak, die in de statuten als bindend advies zijn aangemerkt of waaraan statutair de kracht van bindend advies is toegekend, sprake is van een (privaatrechtelijk) geschil. M.i. is dat zo, zie 50. Het aldus opleggen van een tuchtrechtelijke sanctie kan m.i. worden gezien als een nadere precisering van de rechtsverhouding tussen de vereniging en het lid en kan als zodanig

32 De Toelichting op het Voorontwerp (p. 1135) merkt naar aanleiding van art. 7.15.1 (art. 7:900 BW) op dat 'een goede reden voor een geschil' niet is vereist. Het artikel is in het wetsontwerp weliswaar niet ongewijzigd overgenomen, doch op dit punt is in de MvT geen opmerking gemaakt.

33 Vgl. Rb. Breda 1 juni 2011, *NJF* 2011/384. De eiseres voerde tevergeefs aan dat er geen (aan bindend advies onderworpen) geschil aanwezig was, nu haar vordering enkel strekte tot betaling (nakoming).

34 Zie Nolen, p. 29-30; Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, vijfde druk, 2018, p. 107.

35 Dit lijkt aan de orde in Rb. Breda 1 juni 2011, *NJF* 2011/384.

36 Dit was overeengekomen in de zaak die leidde tot Rb. Utrecht 8 juli 1925, *W* 11537. De rechtbank honoreerde het beroep op de geschillenclausule en overwoog dat bij de uitvoering van overeenkomsten die een arbitrage- of bindend adviesclausule inhouden, zich meermalen de moeilijkheid voordoet dat één van de partijen weigert daaraan mee te werken op de grond dat tussen partijen geen geschil zou bestaan.

37 Vgl. Rb. Haarlem 14 juni 1932, *W* 12536.

38 Zie bijv. ten aanzien van herziening van de erfpachtcanons Ernste, p. 41 en mijn annotatie bij HR 29 april 2016, *TVA* 2017, p. 22. Het arrest is ook gepubliceerd in *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans.