

ARBITRAGE OF BINDEND ADVIES (II)

door Mr C. P. Vos

Na deze beschouwingen omtrent de beide rechtsfiguren afzonderlijk, wordt het tijd om arbitrage en bindend advies eens naast elkaar te leggen en enkele vergelijkingen te treffen.

Vergelijkt men het juridische karakter van de beide figuren, dan blijkt daarin een groot verschil te bestaan. Arbitrage is rechtspraak en hoort daarom thuis in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bindend advies is het doen scheppen van contractsverplichtingen en vindt daarom z'n basis in het Burgerlijk Wetboek. De arbitrale uitspraak bindt omdat hier iets tot recht wordt verklaard, en hetgeen rechtens is, bindt omdat het recht is; het bindend advies bindt omdat de inhoud van een overeenkomst nu eenmaal nageleefd moet worden (art. 1374, lid 1 B. W.) ook indien — nu zulks rechtens mogelijk is — die inhoud in opdracht van beide partijen (nader) is vastgesteld door een „gedelegeerde“, d.i. één van partijen of een derde.

Uit dit verschil in rechtskarakter zijn heel gemakkelijk andere verschillen te verklaren.

Een arbitrale uitspraak levert op (mits voorzien van het exequatur van de President van de Rechtbank) een z.g. executoriale titel; dit spreekt: hetgeen door een bij de wet aangewezen persoon (de gewone rechter) of toegelaten persoon (arbiter) als recht is geconstateerd, behoort toch — waar mogelijk — te kunnen worden afgedwongen. Een bindend advies levert niet op een executoriale titel. Ook dit spreekt: evenmin als partijen, wanneer zij zelf een bepaalde contractsinhoud vaststellen, daarmee tevens automatisch scheppen het rechtsinstrument dat, in geval van onwil e.d., die inhoud onder dwang zal kunnen doen realiseren, evenmin is dit rechtsinstrument aanwezig wanneer hun „gedelegeerde“ die inhoud bepaalt; dat rechtsinstrument heeft men normaliter eerst, wanneer die bij de wet aangewezen of toegelaten persoon die contractsinhoud voor recht heeft verklaard. Doch evenzeer als men bij het zelf tot stand brengen van de inhoud van een overeenkomst langs bijzondere weg toch reeds terstond zich dat rechtsinstrument kan verschaffen, n.l. door de overeenkomst neer te leggen in een notariële acte (zie art. 436 Rv.), evenzeer kan men er voor zorgdragen, dat ook het bindend advies terstond voor executie vatbaar is. Men zou daartoe dan en de overeenkomst, waarin de bindend advies-clausule is opgenomen en het bindend advies zelve moeten doen neerleggen in een notariële acte.

Een arbitrale uitspraak heeft, juist omdat het rechtspraak is, kracht van gewijsde (zie art. 1954 B. W.). Dit wil onder meer zeggen, dat — behoudens hoger beroep — geen nieuwe rechter meer, hetzij gewone rechter, hetzij arbiter, opnieuw de door de arbiter reeds besliste zaak, aan zijn oordeel zal kunnen onderwerpen, (ne bis in idem), en dat de bij de beslissing van de arbiter vastgestelde feiten onaantastbaar voor waar gelden. Een bindend advies heeft deze eigenschap niet. Weliswaar zal, wanneer de bindend adviseur zijn uitspraak heeft gedaan, men niet opnieuw een uitspraak kunnen verkrijgen, dus zulks niet op grond van de procesrechtelijke regel: ne bis in idem, doch op grond van het feit, dat partijen hebben afgesproken, dat de bindend adviseur slechts eenmaal zal kunnen oordelen; voorts zal de uitspraak van de bindend adviseur t.o.v. de daarin vastgestelde feiten geen bijzondere bewijsrechtelijke betekenis hebben.

Leggen wij tenslotte naast elkaar het terrein, waarop de arbitrage zich beweegt, en het terrein, dat de maatschappelijke functie van het bindend advies bepaalt, dan blijkt — en hiermee komen we dan terug op de reeds als titel gestelde vraag: Arbitrage of bindend advies — dat juist ook t.o.v. deze maatschappelijke functie der beide instituten er een belangrijk verschil bestaat. Kort gezegd ligt het eigenlijk zo, dat het werkteurien van de arbitrage tevens dat van het bindend advies is, doch dat het bindend advies daarnaast nog een heel gebied heeft, waarop de arbitrage zich niet beweegt (d.w.z. zich niet kan bewegen).

Het is de *inhoud* van de door partijen verlangde uitspraak, welke veelal bepalend is voor de vraag of men de hulp van het instituut van het bindend advies, dan wel van dat der arbitrage zal inroepen. Vele uitspraken kunnen niet langs de weg der arbitrage tot stand worden gebracht, omdat het rechtskarakter van dit instituut zich daarmee eenvoudig niet verdraagt. Gronden van materiële aard dus verhinderen toepassing van arbitrage.

Als voorbeeld mag ik noemen:

a) het doen vaststellen van bepaalde waarden, welke een onderdeel uitmaken van de tussen partijen gesloten overeenkomst. We stoten hier op een activiteit, welke vaak een toepassing betekent van het hierboven reeds genoemde art. 1501 B. W., en welke vele lezers van dit tijdschrift niet onbekend zal zijn. Zo treft men dikwijls in de statuten van een besloten N.V. de bepaling aan, dat hetzij wanneer de aandeelhouder onder bepaalde omstandigheden (bijv. wanneer hij door vererving de aandelen heeft verkregen) zijn aandelen moet overdragen aan andere aandeelhouders, hetzij wanneer hij vrijwillig zijn aandelen wenst te vervreemden en andere aandeelhouders deze wenscn over te nemen, de prijs waartegen die aandelen dan zullen worden overgedragen zal worden vastgesteld door één (of enkele) deskundige(n). Ook andere contracten, zoals kartel-overeenkomsten, waar de hoegrootheid van een bepaald getal vaak bepalend is voor de omvang van iemands rechten (grootte van de omzet of van de productie voor vaststelling van het quotum waarop men recht heeft), wordt de vaststelling van de uiteindelijke rechtspositie aan deskundigen opgedragen. We treffen hier een rijk gebied aan, waar het bindend advies in de praktijk een grote rol speelt.

b) Het bindend vaststellen van enkel feitelijke gegevens; ook dit zal men slechts door bindend advies kunnen doen geschieden. Ik denk hierbij aan de vraag of het geleverde goed inderdaad de kwaliteit heeft, die het op grond van het contract behoort te hebben. Uiteraard zal deze vraag ook een onderdeel kunnen uitmaken van de rechtsvraag of de verkoper wanprestatie heeft gepleegd en uit dien hoofde tot schadevergoeding verplicht is tegen de koper, en zal alsdan ook door een arbiter kunnen worden beantwoord, doch staat een kwaliteitsvraag geheel op zichzelf, zoals trouwens elke zuiver feitelijke vraag, dan zal — waar arbitrage nu eenmaal rechtspraak is — de scheidsman van art. 620 Rv. hier geen rol kunnen spelen.

c) Het nader vaststellen van de rechtsverhouding tussen partijen indien zich t.z.t. bepaalde omstandigheden zouden voordoen of door verloop van tijd er een situatie is ontstaan, waaraan de door hen zelf getroffen regeling niet meer is aangepast; of ook, wanneer het een bepaald detail betreft van hun overeenkomst en zij het regelen hiervan (bijv. wegens eigen ondeskundigheid) gaarne overlaten aan een deskundige. Bij vele langdurige contracten is het voor partijen onmogelijk voor elke omstandigheid, gebeurtenis of wijziging der situatie welke zich in de

loop van de contractperiode mocht kunnen voordoen, zelf reeds terstond een regeling te scheppen. De hierdoor ontstane onzekerheid zou men natuurlijk kunnen voorkomen door overeen te komen, dat wanneer zich die omstandigheid, etc. mocht voordoen, elk van partijen het recht heeft de overeenkomst te doen beëindigen, of door de looptijd van het contract zeer aanzienlijk te beperken. Maar dat willen partijen nu juist niet; ze begeren dat voor die zeer lange periode een contractsband tussen hen zal blijven bestaan; ze hebben elkaar veelal te veel nodig of hun economische en technische relaties liggen onderling te zeer verstrengeld dan dat zij zich — anders dan bij zeer aanzienlijk nadeel voor ieder — kunnen veroorloven hun (contractuele) rechtsband door te snijden. En in die gevallen is slechts de oplossing te vinden in de bepaling, dat, wanneer zich zo'n omstandigheid etc. zal voordoen, (en partijen er in onderling overleg niet in slagen een adequate regeling tot stand te brengen), een derde of één van partijen eventueel met inachtneming van de hem door partijen verstrekte richtlijnen, die aanvullingsregeling tot stand zal brengen. We kunnen hier denken aan vennootschaps- en andere samenwerkings-contracten, aan contracten waarbij een vaste en zeer nauwe relatie tot stand wordt gebracht tussen de fabrikant en de leverancier van bepaalde grondstoffen of tussen de fabrikant en de instantie, die optreedt als verkoper van zijn producten; ook bij kartelovereenkomsten, vooral wanneer de band tussen de partijen zeer innig is (men elkaar eigenlijk niet meer zou kunnen „loslaten”), kunnen in dit verband worden genoemd. Hier moge ik de aandacht vragen voor het artikel dat Notaris Mr Treurniet publiceerde in „Arbitrale Rechtspraak” van April 1953, waarvan ik net vóór het geëerdkomen van dit opstel kennis kreeg.

d) Het opleggen van bepaalde „civielrechtelijke straffen” (zoals boeten, uitsluiting uit een organisatie e.d.); het nemen van andere tuchtrechtelijke maatregelen, en — meer in het algemeen — het uitoefenen der zgn. bedrijfsrechtspraak. Ik ben mij ervan bewust, dat een deel van de tot dit hoofd behorende uitspraken ook door de gewone rechter, en dan dus in beginsel ook door een arbiter, kunnen worden gegeven, zodat hier beide terreinen elkaar weer enigszins overlappen; men denke aan een artikel als art. 1345 B. W. Anderzijds is het geheel van uitspraken welke op het gebied der bedrijfs- en tuchtrechtspraak wordt gegeven zo verschillend in opbouw, dat een ander deel der uitspraken voor zijn juridische fundering en realisering slechts een beroep op het instituut van het bindend advies kan doen.

Naast deze gronden van materiële aard zijn er veelal gronden van formele aard (is het de *wijze waarop*, of de *omstandigheden waaronder* de uitspraak tot stand komt) welke partijen noodzaakt zich tot de figuur van het bindend advies te wenden; naar de inhoud zou in deze gevallen de uitspraak eventueel ook door een arbiter kunnen worden gegeven.

Ik moge vermelden:

a) het verlangen van partijen, dat de uitspraak door één hunner wordt gedaan (en niet door een derde). Arbitrage door één van partijen zelve is niet mogelijk. (Eenmaal, in 1904, heeft de H. R. anders beslist, doch deze uitspraak mag zeker niet als thans nog geldend recht worden beschouwd). Zeer dikwijls komt het voor dat in een overeenkomst bepaalde punten ter beslissing aan één van partijen wordt overgelaten. Het is art. 1374, lid 3 B. W., dat voor de andere partij de waarborg schept niet aan de willekeur van de beslissende partij te zijn overgelaten. Eén van de meest bekende vormen, waarin het onder dit hoofd vermelde toepassing vindt,

is die waarbij de beslissing wordt opgedragen aan een orgaan van één van de partijen-rechtspersoon. Uit de verzekeringswereld is het bekend dat vragen omtrent uitkering van schadepenningen door de assuradeur (hoogte van het uit te keren bedrag!) in geval van meningsverschil tussen verzekeraar en verzekerde worden beslist door een orgaan van de assuradeur-rechtspersoon; dikwijls wordt hiervoor aangewezen de Raad van Commissarissen; zo bijv. in het geval van het bekende arrest van 9 Febr. 1923, Ned. Jur. 1923, blz. 676. Ook in het verenigingsrecht is het zeer bekend dat geschillen tussen leden en de vereniging worden beslecht door het Bestuur of de Algemene Vergadering van die vereniging.

b) de wens van partijen, dat de uitspraak wordt gegeven door een commissie bestaande uit een even aantal leden, een zgn. paritair samengestelde commissie, waarin even veel vertegenwoordigers van de ene als van de andere partij zitting hebben. Deze figuur komt nog al eens voor bij de beoordeling van arbeidsconflicten; de commissie wier oordeel wordt verlangd, bevat dan even veel vertegenwoordigers der werkgevers als der werknemers.

c) zouden partijen het oordeel (mede) van een vrouw wensen in een bepaalde aangelegenheid, slechts het bindend advies biedt hiertoe de mogelijkheid.

d) voor bepaalde partijen kan arbitrage verboden zijn, althans kan het onzeker zijn of arbitrage hun is toegestaan; ik denk hier aan de gemeenten vóór 1931. Juist toen werd door gemeenten veelal het instituut van het bindend advies te hulp geroepen, iets waartoe door de Hoge Raad de gemeente uitdrukkelijk bevoegd is verklaard (H. R. 11 Januari 1924, Ned. Jur. 1924, blz. 293). Bij de wijziging der gemeentewet in 1931 werd de gemeente toegestaan gebruik te maken van arbitrage. Thans is echter nog een vraag of de gemeente bevoegd is een arbitraal beding (zie hierboven) aan te gaan.

e) in een aantal gevallen heeft de wet de mogelijkheid geschapen, dat een tussen bepaalde partijen gesloten overeenkomst ook van toepassing kan worden verklaard op derden, d.w.z. op hen die niet tot de overeenkomst zijn togetreden. Ik noem de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van Collectieve Arbeidsovereenkomsten van 1937 (thans ten deze vervangen door het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen-1945) op grond van welke wet (resp. besluit) een C.A.O. ook op niet tot de C.A.O. togetreden werknemers van toepassing kan worden verklaard, en de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van Ondernemersovereenkomsten van 1935, (thans vervangen door het Kartelbesluit-1941), welke beide (wet en besluit) de gelegenheid aangeven om onder bepaalde omstandigheden kartelovereenkomsten ook voor buitenstaanders van kracht te doen zijn. In deze C.A.O.'s en kartelovereenkomsten wensen de betreffende partijen dikwijls een regeling op te nemen om in het kader van die overeenkomsten gerezen geschillen niet te doen beslechten door de gewone rechter, doch door t.a.v. de bewuste materie zeer deskundige particulieren. In het algemeen was arbitrage hiertoe op zichzelf zeer wel geschikt, doch in verband met het bepaalde in art. 170, lid 1, der Grondwet („Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van den rechter, die de wet hem toekent”), was het niet mogelijk, ook niet voor de wet, om de arbitrage-clausule in die C.A.O. of kartelovereenkomst ook van kracht te doen zijn op bedoelde derden-buitenstaanders; bij van toepassing verklaring ook van de arbitrage-clausule zou immers de derde onvrijwillig zijn recht om in geval van ge-

schil een beroep te doen op de gewone rechter, hebben verloren. Het — als onaangenaam geoordeelde — gevolg hiervan zou nu zijn dat geschillen tussen de oorspronkelijke partijen (of daartoe behorende personen, zoals leden van vakverenigingen die tot de C.A.O. waren toegetreden) werden beslecht door arbitrage, en geschillen waarbij een buitenstaander betrokken werd, beslist zouden worden door de gewone rechter; en dit laatste — mede uit een verlangen naar eenheid van rechtspraak — wenste men nu juist niet. Men meende nu voor dit probleem een oplossing te kunnen vinden door in de C.A.O. of de kartelovereenkomst geen arbitrage-clausule, doch bindend advies-clausule op te nemen; bindend advies toch — zo redeneerde men — is geen rechtspraak en laat een beroep op de gewone rechter open (ter toetsing van het bindend advies) zodat hierop art. 170, lid 1, der Grondwet niet van toepassing is en dus kan een bindend advies wel algemeen verbindend worden verklaard. Ook hier dus in die redenering een geval waar, op formele gronden, arbitrage niet, doch bindend advies wel bruikbaar was. De Hoge Raad heeft echter in het arrest van 8 Juni 1951 (Ned. Jur. 1951, no. 144) aan deze redenering een halt toegeroepen; zij was van mening dat — daargelaten het (zeer beperkte) toetsingsrecht van de rechter — door algemeen bindend verklaring van de bindend advies-clausule de buitenstaander op zo ingrijpende wijze zou worden beperkt in zijn recht om geschillen voor de gewone rechter te brengen, dat de grondwettelijke bepaling zulks tegen de wil van de betrokkene niet gedooft.

Met dit arrest heeft de Hoge Raad een einde gemaakt aan de voorkeur welke er, op deze formele grond, bestond om de bedrijfsrechtspraak te doen geschieden met de hulp van het bindend advies; ook dit zal dus slechts werking kunnen hebben ten aanzien van die bedrijfsgenoten die uit eigen vrije wil tot de bedrijfsorganisatie zijn toegetreden. Ik geloof dat we de Hoge Raad er dankbaar om mogen zijn dat zij met dit arrest een einde maakte aan een dreigend omvangrijk misbruik van het instituut van het bindend advies. Hier toch vervult het bindend advies precies dezelfde taak als arbitrage; het wordt slechts benut om iemand te beroven van een belangrijk grondwettelijk recht.

Dit misbruik werd niet duidelijker getekend dan in het artikel van Mr W. Nolen in de „Arbitrale Rechtspraak” van September 1943 (no. 297, blz. 129 en v.), waarin wordt gewezen op een verordening van de Vakgroep Drijfriemenindustrie (goedgekeurd door de Secretaris-Generaal van Handel, Nijverheid en Scheepvaart bij beschikking van 10 Maart 1943. Ned. Staatscourant van 16 Maart 1943 No. 52), waarbij de leden der Vakgroep (en dat was zonder meer, door een enkele pennestreek van de toenmalige gezaghebber, ieder die het bedrijf in kwestie uitoefende!) verplicht werden hun productie te verkopen en te leveren op de door de Vakgroep vastgestelde „Leverings- en betalingsvoorwaarden voor de Drijfriemenindustrie”, welke onder meer inhielden de bepaling dat geschillen betreffende verkoop, levering en betaling moesten worden onderworpen aan het oordeel van een „Commissie van Bindend Advies” in te stellen door de Voorzitter der Hoofdgroep Industrie.

Zo kunnen gronden van materiële en gronden van formele aard partijen dwingen de verlangde uitspraak te verkrijgen in de vorm van een bindend advies. Maar ook, indien deze gronden niet aanwezig zijn, zien we heel dikwijls dat partijen toch het bindend advies in de arm nemen; en laten dan dus rechtsgeschillen beslechten met behulp van bindend advies, ter-

wijl toch wijze van totstandkoming van de uitspraak etc. ook bij gebruikmaking van arbitrage mogelijk zou zijn geweest. Wat hiervan te denken? Moeten we dit zien als een (verwerpelijke) miskenning van de figuur der arbitrage? Als een te veroordelen grensoverschrijding, en doordringen op andermans gebied door het bindend advies?

Ik meen van niet! We mogen het bindend advies niet zien als een instituut van lager orde, van minder allooi dan de arbitrage. Ook niet wanneer het wordt gebruikt voor de beslechting van rechtsgeschillen. Ik zou me echter kunnen voorstellen dat men uit het feit dat de arbitrage wettelijk geregeld is en het bindend advies niet zou afleiden dat het laatste een wettelijk niet-gesanctionneerd surrogaat is, dat tracht te concurreren met en zich een plaats te veroveren naast het wettelijk erkende en met wettelijke waarborgen omringde instituut der arbitrage. Toch zou deze conclusie onjuist zijn. Dat de wetgever in de eerste helft van de vorige eeuw het bindend advies niet uitdrukkelijk regelde, betekent zeker niet dat hij er afkerig tegenover stond. Een historische verwarring en het in 1838 ontbreken van een duidelijke maatschappelijke behoefte aan de figuur in kwestie, deed de wetgever deze voor ons thans zo levende materie ongeregeld laten.

Het bindend advies zou, als middel van beslechting van rechtsgeschillen, slechts veroordeeld moeten worden, indien het uitsluitend, althans in hoofdzaak zou worden gebruikt om essentiële beginselen van gerechtigheid of ook van procesorde te ontgaan. Dit nu is naar mijn mening niet het geval. Natuurlijk kan ook de figuur van het bindend advies worden misbruikt. Het is inderdaad ook in de praktijk misbruikt; het hierboven betoogde omtrent het ontgaan van art. 170, lid 1, der Grondwet is er een voorbeeld van. Echter zal in beginsel elk rechtsinstituut kunnen worden misbruikt, doch dit zal op zichzelf nooit voldoende reden kunnen zijn om het instituut in kwestie ter zijde te stellen.

En dat het instituut der arbitrage door haar wettelijke regeling een belangrijk betere bescherming biedt voor bedoelde beginselen van gerechtigheid en van procesorde waag ik te betwijfelen. De grote vrijheid, welke de wettelijke bepalingen omtrent arbitrage partijen laat ten aanzien van het processuele (de verplichte motivering van de uitspraak is m.i. de enige belangrijke dwingende bepaling), alsmede de zeer grote mate van vrijheid en onaantastbaarheid, waarmee arbiters hun oordeel tot stand kunnen brengen (de vernietigingsgronden van art. 649 Rv zijn weliswaar groot in aantal, doch niet in gewicht om het oordeel van de arbiter aan een belangrijke controle van de hand van de rechter te onderwerpen) doet bij arbitrage de mogelijkheid van aanranding van genoemde beginselen praktisch heus niet minder groot zijn dan die welke — dank zij de zeer gelukkige jurisprudentie van de Hoge Raad — thans bestaat t.o.v. het bindend advies. De Hoge Raad is er in geslaagd om ook bij het bindend advies, bedoelde belangen, waar nodig, bescherming te kunnen doen vinden.

Dat het bindend advies zo'n hoge vlucht heeft genomen, heeft — naar mijn overtuiging — slechts oirbare gronden. Het heeft hulp weten te bieden op terreinen waar de arbitrage niet kon helpen, en, ook al betreft het rechtsgeschillen, het helpt bij procedures waartoe de arbitrage niet in staat is. Tenslotte geeft het partijen een middel om enerzijds geschillen tot een oplossing te brengen, doch anderzijds het voor de goede relatie vooral zo fatale feit der rechtsstrijd veel minder fel te doen belichten.

Aan bindend advies wordt vaak terecht de voorkeur gegeven omdat

partijen van oordeel zijn dat de goede sfeer of de nauwe verhouding welke tussen hen bestaat en welke voor hen onontbeerlijk is, zich niet met de als meer officieel aangevoelde en scherper getekende figuur van de arbitrage als instrument voor het oplossen van hun eventuele meningsverschillen verdraagt. Elke rechtsstrijd is hoogst gevaarlijk, vooral in de wereld van het bedrijfsleven met haar subtiële en fijn uitgebalanceerde verhoudingen, om bepaalde uiterst gewichtige relaties voorgoed kapot te maken.

Door hier het bindend advies de toegang te ontfeggen en enkel arbitrage toe te laten, zou men partijen dwingen gebruik te maken van een instituut dat de in het gelijk gestelde eiser het wapen der executoriale titel ter beschikking stelt, terwijl partijen dit wapen, omdat er nog onderling vertrouwen is, vooralsnog niet wenslen. Men zou dus partijen noodzaken verder te gaan dan zij wenslen, verder dan zij — gezien hun onderlinge verstandhouding, — verantwoord achten.

Ik moge eindigen met de conclusie dat enerzijds gronden van materiële en formele aard het bindend advies een eigen gebied geven naast het gebied waar arbitrage kan opereren, dat anderzijds echter op dat gebied waar arbitrage kan optreden, ook het bindend advies als gelijkwaardige zijn rol kan spelen; hier mogen partijen geheel vrijelijk beslissen aan welke rechtsfiguur zij de voorkeur zullen geven.
