



Het bindend advies

<https://hdl.handle.net/1874/287187>

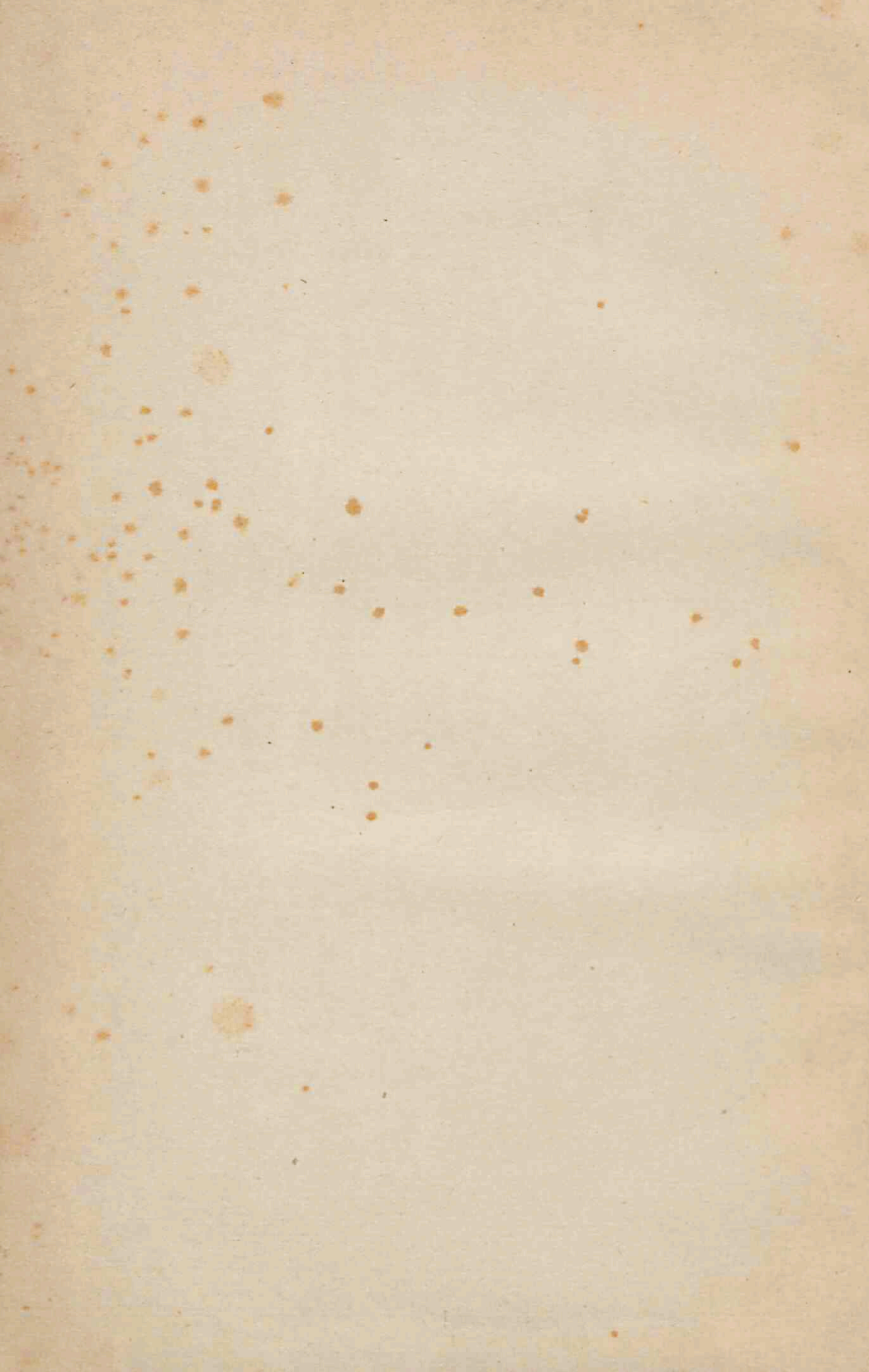
1927

1927

HET BINDEND ADVIES

L. A. VAN ITTERSUM

A. qu.
192



HET BINDEND ADVIES

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



0398 8106

HET BINDEND ADVIES

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD
VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN
DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG
VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS DR. A. NOORDTZIJ,
HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER GODGE-
LEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT
DER UNIVERSITEIT TEGEN DE BEDENKINGEN VAN
DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VER-
DEDIGEN OP VRIJDAG 1 JULI 1927, DES NAMIDDAGS
TE 2 UUR, DOOR LODEWIJK ARENT VAN
ITTERSUM, GEBOREN TE ALKMAAR

DRUKKERIJ P. DEN BOER

SENATUS VETERANORUM TYPOGRAPHUS ET LIBRORUM EDITOR
UTRECHT

MCMXXVII

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT.

LET BINDING ADVISE

THESE BOOKS ARE THE PROPERTY OF THE
LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO
AND ARE NOT TO BE LOANED OUT
WITHOUT THE PERMISSION OF THE
LIBRARIAN. THE BOOKS ARE TO BE
RETURNED TO THE LIBRARY AT THE
END OF THE TERM FOR WHICH THEY
WERE LOANED. THE BOOKS ARE TO
BE KEPT IN GOOD CONDITION AND
NOT TO BE MARKED OR WRITTEN
ON. THE BOOKS ARE TO BE
RETURNED TO THE LIBRARY AT THE
END OF THE TERM FOR WHICH THEY
WERE LOANED.

UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO
545 EAST 57TH STREET, CHICAGO, ILL. 60637

1970

INHOUD.

	Bladz.
EERSTE HOOFDSTUK.	
Inleiding	1—9
TWEEDE HOOFDSTUK.	
Oorsprong van den naam: bindend advies	10—16
DERDE HOOFDSTUK.	
Rechtskarakter van het bindend advies	17—20
VIERDE HOOFDSTUK.	
Het bindend advies tegenover de arbitrale beslissing	21—32
VIJFDE HOOFDSTUK.	
De taak des rechters bij het bindend advies	33—57
§ 1. Algemeene beschouwing over de verplichting van den rechter het bindend advies te toetsen aan redelijkheid en billijkheid	33—48
§ 2. Bijzondere vragen ten aanzien van het toetsingsrecht des rechters	49—54
§ 3. Verplichting van den rechter om in sommige gevallen een eigen oplossing in de plaats te stellen van de door hem onverbindend verklaarde	55—57
ZESDE HOOFDSTUK.	
Omstandigheden, die de normale totstandkoming van het bindend advies bemoeilijken of verhinderen	58—64
§ 1. Gevolgen van het stilzitten der wederpartij bij het be- noemen van adviseurs	58—60
§ 2. Gevolgen van het niet aannemen van de opdracht door de adviseurs	61—62
§ 3. De adviseurs nemen de opdracht tot het geven van een bindend advies wel aan, doch voeren deze niet uit	63—64

ZEVENDE HOOFDSTUK.

Mogelijkheid van verhaal van schade op de adviseurs 65—66

ACHTSTE HOOFDSTUK.

Compensatie 67—71

NEGENDE HOOFDSTUK.

Bevoegdheid van een gemeente in verband met bindend advies
en arbitrage 72—85

§ 1. Mag een gemeente een bindend advies uitlokken? . . . 72—75

§ 2. Mag een gemeente een bindend advies uitlokken zonder
de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te vragen? . 76—79

§ 3. Is het een gemeente verboden te arbitreeren? 80—85

STELLINGEN 87—88

HOOFDSTUK I.

Inleiding.

Het valt niet te ontkennen, dat ons burgerlijk procesrecht niet meer in alle opzichten voldoet.

De laatste tientallen jaren heeft het zakenleven zulk een vlucht genomen en zijn de verhoudingen zoo veelzijdig en ingewikkeld geworden, dat een rechtspraak, die geschapen is voor een economischen toestand van ongeveer honderd jaar geleden en sindsdien vrijwel ongewijzigd is gebleven, geenszins meer de behoeften van het moderne verkeer ten volle bevredigen kan. Ze mist de vereischte soepelheid en het noodige aanpassingsvermogen en is bovendien formalistisch. Dientengevolge is zij niet in staat gerezen kwesties snel tot een oplossing te brengen. Het formalisme brengt den man van zaken schade en, al is de rechtszekerheid, die daardoor gewaarborgd wordt, een niet te versmaden factor, hij heeft liever iets minder zekerheid, doch daarvoor in de plaats een spoedige beslissing. Een snel geveld vonnis is echter in ons huidige stelsel een „rara avis"! Onwillige partijen en hare raadsliden laten de kansen, die het procesrecht voor traineeren biedt, niet voorbij gaan en weel de ongelukkige partij, die terstond recht verlangt. Incidenten worden opgeworpen, verschillende instanties moeten doorloopen worden. Tenslotte krijgt zij wel na jaren wat haar toekomt, maar te laat. De tardieve uitspraak schenkt haar niet volkomen herstel.

Geen wonder, dat de zakenwereld niet gelaten dezen toestand aanvaardde en naar andere middelen uitzag om aan hare gerechtvaardigde wenschen tegemoet te komen. Zij vond die in het instituut van de arbitrage, geregeld in

het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, artt. 620 e.v. Deze tak der rechtspraak, aanvankelijk weinig in aanzien, begon van lieverlee aan beteekenis te winnen en is geëindigd met de jurisdictie van den koninklijken rechter te overvleugelen.

De bloeitijd van de arbitrale rechtspraak brak aan toen er voor allerlei takken van handel en bedrijf vaste scheidsgerechten werden ingesteld. Het voorbeeld, door het eene bedrijf gegeven, vond spoedig navolging bij de andere. Thans heeft iedere, eenigszins belangrijke, vereeniging van kooplieden in een of ander artikel haar eigen scheidsgerecht, dat langzamerhand voor haar branche een jurisprudentie schept.

Zien wij, zeer in het kort, welke voordeelen de arbitrage, zooals die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is geregeld, boven de rechtspraak van den Staatsrechter biedt.

Op het belang van snelle afdoening van zaken wezen we reeds. Bijna alle arbitrage-regelingen van vaste scheidsgerechten stellen een zeer korten termijn, waarbinnen de beslissing moet zijn genomen. Als voorbeeld noemen we de bepaling in de Condiitiën van de Rotterdamsche Graanbeurs, dat, in geval van kwaliteitsgeschillen, de arbiters op staanden voet monsters moeten nemen. Als regel valt de beslissing binnen 24 uur! ¹⁾

Ongetwijfeld heeft deze spoed zijn schaduwkant. Foutieve uitspraken kunnen er wel eens het gevolg van zijn. Partijen hebben soms niet voldoende tijd om zich voor te bereiden; de uitspraak komt te haastig tot stand. De praktijk wijst echter uit, dat men vlotte afdoening boven alles stelt. Hier komt bij, dat de scheidslieden gewoonlijk doorkneed zijn in

1) Ontleend aan het artikel van Nolen, Handelingen Ned. Juristen-vereeniging, 1919, bldz. 53; zie ook een teekenend voorbeeld in de noot onder bldz. 39.

de materie, waarover zij moeten rechtspreken. Een snelle en tevens goede beslissing is daardoor zeer wel mogelijk.

Een tweede voordeel schuilt in de zoo juist genoemde deskundigheid. 2

De Staatsrechter kan tegenwoordig onmogelijk op de hoogte zijn van alle technische kwesties, die hem ter beoordeeling worden voorgelegd. Iedere tak van handel heeft zijn eigenaardige gebruiken en verhoudingen, dagelijks komen er nieuwe bij. En geschillen over kwaliteit van waren kan de ambtelijke rechter in het geheel niet beoordeelen; slechts deskundigen zijn daartoe in staat. Weliswaar kan de Staatsrechter zich laten voorlichten door deskundigen (artt. 222—236 B. Rv.), maar hun verslag voert lang niet altijd tot het gewenschte resultaat. Niet altijd valt de keus op de juiste deskundigen. Dat is geen wonder, indien men bedenkt, hoe speciaal de zaak, die een onderzoek vereischt, kan zijn. Dikwijls ook ondervindt de rechter groote moeilijkheden, indien hij het deskundigenrapport in zijn vonnis gaat verwerken. Een uiteenzetting van een technische kwestie, hoe helder en duidelijk ook voor ingewijden, geeft den buitenstaander nog niet altijd een zuiver beeld van het punt in geschil. Opdat een getuigenverhoor de waarheid aan het licht brenge, moet het spoedig gehouden worden. Vele onzer gerechten zijn met werk overladen. Tusschen het voorvallen van een betwist feit en het verhoor liggen soms jaren. Er wordt dan van de herinnering wel heel veel gevergd! Van het verhoor op vraagpunten, gelijk in het W. v. B. Rv. geregeld is, koestere men ook niet te hooge verwachtingen; de ondervraagde partij zegt vaak een van buiten geleerde les op. De rechter kan niet zelfstandig ingrijpen. Vaak mist hij daartoe ook de vereischte technische kennis.

De arbitrage biedt eindelijk het groote voordeel van ongebondenheid der scheidslieden aan ons procesrecht (art. 629 B. Rv.), alsmede aan het materiele recht (art. 636 B. Rv.). Daarover denke men niet te licht! De formaliteiten van onze rechterlijke procedure 3

zijn de bron van veel kwaad. Zij maken de rechtspleging langzaam, weinig plooibaar en ingewikkeld. Fouten, begaan tegen bepalingen van formeelen aard, wegen niet zelden zwaar en kunnen een partij een proces doen verliezen, dat zij naar recht en billijkheid had moeten winnen.

Niet gebonden aan onze processueele bepalingen, kan de arbitrale procedure eenvoudig en practisch verlopen. Zoo kunnen bijv. partijen, getuigen en belanghebbenden allen tegelijk voor arbiters verschijnen. Daardoor wordt de gelegenheid geopend voor een debat, dat over het geschil het volle licht doet schijnen.

Lijdelijkheid kennen arbiters niet. Ze nemen actief deel aan het onderzoek. Zoo noodig gaan zij er zelf op uit, om zich op de hoogte te stellen van feiten en toestanden. Die activiteit komt aan de vlotheid van hunne beslissingen ten goede.

Omdat aan scheidslieden doorgaans wordt opgedragen als goede mannen naar billijkheid (art. 636 B.Rv.) te oordeelen, staat het hun vrij zoo noodig af te wijken van het materieele recht, zooals dat in onze wetboeken is neergelegd. Dat die vrijheid noodig is, ligt voor de hand, als men bedenkt, dat ons recht, geschreven in een tijd, toen het verkeer nog langzaam ging, voor een deel althans zeker niet meer de eischen van het, op snelheid gerichte, verkeer van dezen tijd bevredigt 1).

[De arbitrage, zoo besluiten wij, komt tegemoet aan allerlei behoeften van het tegenwoordig maatschappelijk leven. Partijen mogen echter niet in alle gevallen, waarin zij dat zouden wenschen, hare zaak aan scheidslieden ter beslissing toevertrouwen. Ook komt het herhaaldelijk voor, dat partijen, hoewel zij haar geschillen overeenkomstig de wet arbitraal zouden kunnen doen beslechten, in plaats van arbitrage een

1) Vgl. Nolen, Handelingen 1919, bldz. 46 e.v. en daartegenover Stheeman, bldz. 6 e.v.

andere wijze van particuliere oplossing van haar geschillen kiezen. Men behoeft, om zich hiervan te overtuigen, slechts een blik te werpen op allerlei contracten, voorwaarden van Verzekeringsmaatschappijen, statuten en reglementen van vereenigingen, welke dateeren van de laatste tijden. Telkens vindt men daarin bepalingen, die de oplossing van eventueele geschillen opdragen aan personen of colleges, die niet behooren tot de rechterlijke macht noch tot de arbiters, waarover ons Wetboek van Burg. Rechtsvordering handelt.

In hoever deze „oneigenlijke arbitrage” verschilt van de eigenlijke, zooals die door onze wet is geregeld, zullen we later nagaan, voor het oogenblik bepalen wij er ons toe de verschillende redenen aan te geven, waarom de partijen somtijds geen eigenlijke arbitrage kunnen bedingen of „oneigenlijke arbitrage” meenen te moeten verkiezen. De weg van eigenlijke arbitrage kan, om te beginnen, niet worden ingeslagen, indien een belang van praktischen aard zich verzet tegen de toepassing van verschillende bepalingen, wier nakoming op straffe van nietigheid door de artt. 620 vlg. Rv. wordt geboden. Voorbeelden van dergelijke belemmeringen treft men aan bij de Bedrijfsrechtspraak, zooals deze bij verschillende bedrijven is geregeld. Aan dit punt wijdde van Rhijn in Sociale Voorzorg 1921, bl. 83 e. v. een belangrijke beschouwing. Wij veroorlooven ons daaraan enkele opmerkingen te ontleenen.

Allerlei bepalingen, omtrent deze bedrijfsrechtspraak vastgesteld, wijken af van de regeling, neergelegd in de artikelen 629—658 B.Rv., een afwijking, die tengevolge van het bijzondere karakter dezer rechtspraak noodzakelijk en voor de praktijk geboden is. Zoo worden de colleges, welke met de „rechtspraak” zijn belast, niet uit een oneven aantal scheidsmannen samengesteld, gelijk artikel 623 B.Rv. op straffe van nietigheid voorschrijft, doch daarin hebben zitting een gelijk aantal werkgevers en werknemers. Dat dientengevolge de stemmen telkens zouden staken en geen beslissingen zouden kunnen worden genomen, valt hier niet te vreezen, omdat

Mg.

7

X

men in de praktische noodzakelijkheid verkeert het eens te worden en tot een oplossing te geraken. Van Rhijn geeft aan deze regeling verre de voorkeur boven die, waarbij een onpartijdig voorzitter in het college zitting neemt, want waar dat gebeurt gedragen de verschillende scheidslieden zich ten gevolge van de tegenstrijdige belangen van de groepen, waartoe ze behooren, veeleer als „pleitbezorgers” van hun partij en trachten zij zoo veel mogelijk den voorzitter op hun hand te krijgen.

De aandacht zij verder gevestigd op de bijzonderheid dat in de bedrijfsrechtspraak het appel van een beslissing moet worden gebracht voor een ander „arbitraal” college en niet voor den gewonen rechter, en dat in *alle* gevallen hooger beroep kan worden ingesteld, óók van beslissingen, omtrent vorderingen beneden f 50.— (het meest voorkomende geval). In deze voorschriften, die tegen de artikelen 646 en 647 B.Rv. ingaan, ligt dus een tweede afwijking van de in het Wetb. v. B.Rv. vervatte arbitrageregeling.

Brengen deze verschillen mede, dat een dergelijke procedure niet als arbitrage kan worden beschouwd? Een duidelijk antwoord hierop geeft het arrest van den Hoogen Raad d.d. 27 April 1917 (W. 10177). Daarbij werd beslist: „dat de „bepalingen van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering „omtrent arbitrage van beperkten aard en dwingende kracht „zijn”. Wijkt de procedure dus op eenigszins belangrijke punten af van de artt. 629—658 B.Rv., dan kan zij niet als een eigenlijke of wettelijke arbitrage worden aangemerkt.

Arbitrage kan ook niet worden bedongen, ingeval een belangengeschil moet worden beslecht ¹⁾. Artikel 629^b B. Rv., dat spreekt van geschillen omtrent *rechten* sluit berechting door scheidslieden van belangengeschillen uit.

In datzelfde artikel 629 B.Rv. schuilt een ander beletsel, althans een gevaar. Volgens die bepaling kunnen slechts

1) Het is een betwist punt, of er een scherpe grens te trekken is tusschen rechts- en belangengeschillen. Een beschouwing hierover valt echter buiten het kader dezer verhandeling.

rechten, waarover men de *vrije beschikking* heeft het onderwerp van arbitrage vormen. Het is nog steeds niet definitief door ons hoogste rechtscollege uitgemaakt, — later zullen we hierover nader uitwijden — of overheidslichamen, speciaal gemeenten, door dit voorschrift verhinderd worden te arbitreeren. Teneinde nu kwesties omtrent dit dubieuze punt af te snijden, kiezen overheidslichamen veelvuldig den weg van de „oneigenlijke arbitrage“.

Tenslotte verkiest men laatstgenoemde wijze van geschilsbeslissing boven de wettelijke arbitrage, omdat men *geheel* *vrij* wil zijn in de regeling van de wijze, waarop de geschillen tot oplossing zullen worden gebracht. Zelfs de enkele beperkende bepalingen, welke de wettelijke arbitrage-regeling te dien aanzien stelt, begeert men ter zijde te schuiven ¹⁾. Als een arbitrale uitspraak is gevelde, kan het toch altijd nog voorkomen, dat de President der Rechtbank zijn exequatur niet wil geven, omdat er volgens hem redenen zijn, die het verbieden. Bovendien noemt artikel 649 B.Rv. eenige gevallen, waarin een eigenlijke arbitrale uitspraak als nietig kan worden bestreden. Zelfs deze weinige klippen wenscht men te omzeilen; op volkomen vrijheid is men uit.

Indien partijen haar geschillen in handen van particulieren leggen, opdat deze, buiten arbitrage om, oplossen, rijst allereerst de vraag of zij daar nu ook aan gebonden zijn, of zij aan die, aldus tot stand gekomen, beslissing moeten gehoorzamen. Aangenomen, dat zij dit bedongen hebben, dan zijn zij zeker tot eerbiediging der gegeven uitspraak verplicht ²⁾.

Op tweeërlei manier kunnen zij die gebondenheid vestigen.

In de eerste plaats kunnen zij overeenkomen, dat bij nietvoldoening aan hetgeen wordt vastgesteld, een boete zal zijn verschuldigd. Een dergelijke constructie vindt men al in het

1) Vgl. Hendrix, Het Recht en de Architect, bldz. 49 e.v.

2) Zie hierover nader in hoofdstuk III.

oud-Romeinsche recht 1). De oudste vorm van arbitrage, welke dit recht kende, was niet zoozeer rechtspraak, als wel verzoeningsarbeid. De partijen waren echter niet aan de uitkomst gebonden. De in het gelijk gestelde partij miste de bevoegdheid, om het, voor haar gunstige, scheidsrechtelijke oordeel geldend te maken; de wederpartij kon rustig naar den praetor gaan, om de zaak nog eens te laten beslissen, want de *exemptio rei judicatae* kon haar niet worden tegengeworpen.

Men beschikte echter over een middel om de gebreken dezer onpraktische regeling te ondervangen. Daartoe behoefden de partijen slechts een overeenkomst te sluiten, waarbij op de miskenning van de uitspraak een poenale sanctie werd gesteld 2). Zulk een overeenkomst heette: *compromissum*; de poena werd genoemd: *pecunia compromissa*. Deze boete kon, indien één der partijen zich niet aan de uitspraak hield, door de wederpartij langs gerechtelijken weg worden ingevorderd. De rechter veroordeelde dan tot betaling *zonder* de al of niet juistheid van de arbitrale beslissing te onderzoeken. Wat dit laatste betreft, bestaat er, zooals verderop zal blijken, een diepgaand verschil tusschen de „oneigenlijke arbitrage” van dezen tijd en de Romeinschrechtelijke regeling.

Doorgaans echter verzekeren de partijen de eerbiediging

1) Zie Nolen, *Handelingen* 1919, bl. 3 e.v. en Zaayer, *Rechtspraak door scheidsmannen*, bl. 2 e.v. (Uitgave van Nijgh en Van Ditmars Uitg. Mij., Rotterdam 1908).

2) Men treft iets dergelijks, zij het dan ook in zeer gewijzigden vorm, aan in artikel 21 der Statuten van de Vereeniging voor den Effectenhandel te Amsterdam. Genoemde vereeniging heeft uit haar bestuur een commissie aangewezen ter berechting van geschillen, welke tusschen de leden betreffende hun bedrijf rijzen. Die beslissing wordt bindend, indien niet uiterlijk binnen 14 dagen na haar toezending aan partijen één harer bij deurwaardersexploit heeft verklaard, zich er niet mede te vereenigen en een bedrag ad f 100.— in de kas der vereeniging heeft gestort. De zaak kan alsdan voor den rechter of voor arbiters worden gebracht, terwijl de partij, die genoemd bedrag heeft gestort en in het gelijk wordt gesteld, daarvan restitutie krijgt. Bedoeld art. 21 opent verder ook de gelegenheid om aan deze commissie de rechtsmacht van arbiters op te dragen.

van de aan haar geschil te geven oplossing op andere wijze. Rechtstreeks aanvaarden zij al meestal bij hare overeenkomst de verplichting om zich aan de beslissing der autoriteit, die ze met het geven daarvan hebben belast, te houden. „Alle „wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen, die „ze hebben aangegaan, tot wet”, zegt het eerste lid van artikel 1374 B.W. Is dus een dergelijke overeenkomst wettiglijk gemaakt, m.a.w. verzet de wet er zich niet tegen dat zulk een overeenkomst wordt aangegaan, dan heeft men daarin *het* middel gevonden, om een geschilsbeslissing door particulieren, buiten arbitrage om, effect te doen sorteren.

Als op dergelijke wijze het gezag van door derden 1) — particulieren — buiten arbitrage om te geven uitspraken gewaarborgd is, spreekt men veelal van een *bindend advies*. Aan dit type van niet officieele beslissingen van geschillen is ons onderzoek gewijd.

1) Met de beslissing van geschillen buiten arbitrage om kan ook *één der partijen* worden belast.

We laten deze kwestie met alle moeilijkheden, die er mee samenhangen, geheel buiten bespreking, daar zij niet in direct verband staat met het onderwerp dezer verhandeling, hetwelk slechts betreft een dergelijke geschilsbeslissing door *derden*.

HOOFDSTUK II.

Oorsprong van den naam: bindend advies.

Tal van processen van de laatste tientallen jaren vinden hun oorsprong in het z.g. „bindend advies”; jurisprudentie en litteratuur is in groote hoeveelheid over deze materie te vinden.

De benaming is ontegenzeggelijk vreemd gekozen. Het kenmerkende van een eigenlijk advies is toch, dat het niet behoeft opgevolgd te worden, en dus niet bindend is. In de praktijk stoort men zich echter niet aan deze „contradictio”, die in de historie hare verklaring vindt.

De term komt het eerst voor in de Algemeene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van Werken, onder Beheer van het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid, dateerende van het jaar 1892.

Gelijk nader zal blijken, kunnen we hier het eerste symptoom zien van een verbetering in de rechtstoestand van den aannemer.

Het valt niet te ontkennen, dat die positie ten opzichte van den aanbesteder tot voor korten tijd zeer onbillijk was geregeld ¹⁾. Men scheen in den aannemer een wezen van een mindere maatschappelijke klasse te zien, een ondergeschikte, die vooral niet te veel invloed mocht hebben, indien men het aangenomen werk tot een goed einde wil zien komen.

1) Men zie hierover Goseling, „Geleidelijke ontwikkeling der Bouwarbitrage”, in het Gedenkboek van den Nederlandschen Aannemersbond, uitgegeven in 1920.

Is een bepaling als voorkomt in artikel 1646 B.W. niet sprekend? Een aannemer heeft geen recht op betaling voor bijwerk, tenzij hieromtrent een schriftelijke inwilliging is gegeven door den aanbesteder en over de prijs een overeenkomst is gesloten. Komt hier niet duidelijk een wantrouwen tegenover den aannemer in uit? Gelukkig wordt aan deze regeling in de praktijk vrijwel nimmer de hand gehouden.

En nog duidelijker blijkt dit wantrouwen, indien men de Algemeene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van Werken onder het Beheer van het Departement van Binnenlandsche Zaken, vastgesteld 22 Mei 1876 naslaat, welke Algemeene Voorschriften spoedig na de vaststelling bij de andere Departementen, provinciën, gemeenten en natuurlijk ook bij particulieren werden nagevolgd. We vinden daar in artikel 90 § 481 de volgende bepaling: „Wanneer „tusschen de Ingenieurs of bij hunne afwezigheid, tusschen „de opzichters en de aannemers, eenig verschil omtrent het „werk ontstaat, verblijft de uitlegging daarvan aan de Directie, waarnaar de aannemers zich moeten gedragen, behoudens nader beroep op den Minister” 1).

Het zou ons te ver voeren alle onrechtvaardige bepalingen in deze Algemeene Voorschriften te bezien; volstaan kan worden met de opmerking, dat van een gelijkgerechtigdheid van aannemer en aanbesteder geen sprake was.

Deze Algemeene Voorschriften van 1876 zijn gevolgd door de z.g. Algemeene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van Werken onder Beheer van het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid, dateerende van 12 September 1882.

Een verandering in de rechtspositie van den aannemer was echter ook hier niet te vinden.

In artikel 92 § 475 van deze A.V. vindt men letterlijk hetzelfde terug als in artikel 90 § 481 der A.V. van 1876. Men

1) Vgl. een dergelijke, tot 1907 voor de bestekken der gemeentewerken te 's-Gravenhage nog geldende bepaling, gememoreerd door Hendrix, Het Recht en de Architect, bldz. 53 en 54.

hoedde zich er nog wel voor, den aannemer wat meer rechten te geven. Het zoo noodzakelijke prestige van de Directie — architect of ingenieur — mocht eens verdwijnen!

Wat de aannemer ook deed, en hoe hij ook op verbetering aandrong, op dit ingewortelde idee stuitte tot nog toe iedere poging af. Slechts langzaam en schoorvoetend zou op den duur eenigszins aan hun gerechtvaardigde wenschen worden tegemoet gekomen.

Op de A.V. van 1876 volgden die van 1892.

Gelijk gezegd, hier treft men het eerste symptoom van verbetering aan. In het hoofdstuk Administratieve Bepalingen, Artikel 23 § 50: „Geschillen“, vinden we de bepaling opgenomen, dat in vier gevallen, t.w. geschil over: den aard van het werk, de aansprakelijkheid voor schade, het recht op betaling en de omstandigheden, onafhankelijk van den wil des aannemers, beroep zou kunnen worden gedaan op een commissie van advies, tot het uitbrengen van een *Bindend Advies* over een geschil tusschen den aanbesteder en de Directie eenerzijds, den aannemer ter andere zijde. De aannemer had dat recht, mits hij binnen veertien dagen na de beslissing van den Minister vorderde, dat het advies van de commissie zou worden ingewonnen. Deze commissie werd aldus geconstitueerd, dat elk der partijen een lid benoemde, terwijl het derde lid werd aangewezen door partijen in onderling overleg en indien partijen niet tot overeenstemming kwamen, door den Kantonrechter.

Welke beweegredenen leidden er toe, dat een bepaling als deze werd opgenomen?

Artikel 620 B.Rv. zegt, dat men slechts aan arbitrage kan onderwerpen de geschillen omtrent de rechten, waarover men de vrije beschikking heeft. Men was van oordeel, — of het terecht of ten onrechte is, zal verderop worden besproken — dat de Staat of eenig ander publiekrechtelijk lichaam of college die vrije beschikking niet heeft. Arbitrage kon men derhalve niet gebruiken. Dus deed men het anders en liet door particuliere personen een beslissing geven, welke par-

tijen hadden te volgen. Langs een anderen weg was men er dus ook.

Deze A.V. van 1892 bleven bestaan tot 1895; de A.V., die deze vervingen, dateeren van 12 December 1895.

Intusschen had het Departement van Marine in 1894 verplichte „arbitrage“, d.w.z. inwinning van een advies, ingevoerd in *alle* geschillen, zoowel betreffende aanneming van werk als leveranties van materialen (Vgl. art. 21).

Van de andere Departementen weigerden voorshands dat van Oorlog en Binnenlandsche Zaken het inwinnen van een bindend advies, ook zelfs in enkele gevallen.

De bovenvermelde A.V. voor het Departement van Waterstaat, Handel en Nijverheid d.d. 1895 brachten echter geenerlei wijziging in de paragraaf 495: Geschillen.

Zij bleven bestaan, tot die van 1 Februari 1901 er voor in de plaats traden.

Deze A.V. van 1901 gaven een kleine verandering en verbetering. Het aantal gevallen, waarin de aannemer het recht had het advies der commissie in te roepen, werd met twee vermeerderd, n.l. in geval van geschillen over verrekening van meer- en minder werk en over de gevolgen van staking van het werk.

Deze regeling geldt nog steeds. Weliswaar zijn in 1915 en 1920 nog wijzigingen aangebracht in deze A.V. van 1901, doch in de bepalingen, betreffende de genoemde zes gevallen, waarbij beroep op een commissie van advies werd toegestaan, kwam geenerlei wijziging.

Deze Algemeene Voorschriften werden voor ongeveer alle Departementen en andere lichamen van Bestuur toepasselijk verklaard; ook bij particuliere werken houden architecten en ingenieurs er veelal aan vast 1).

Men ziet, een groote verbetering in de positie van den

1) Naast deze A.V. van 1901 heeft men de Algemeene Voorschriften voor de uitvoering van werken voor den dienst der Genie, dateerende van 1906. De bepalingen omtrent het bindend advies (§ 16) zijn gelijk in beide voorschriften.

aannemer heeft de Staat tot nu toe niet aangebracht in zijn voorschriften.

Naast deze A.V. van 1901 zijn de *Algemeene Administratieve Voorschriften* (de A.A.V.), dateerende van 1915, voor ons van belang.

Deze zijn een vrucht van de bovengeschetste, nog immer ongelijke positie van den aannemer ten opzichte van den aanbesteder en de Directie.

Hoewel sedert 1895 georganiseerd in den Nederlandschen Aannemersbond, hadden zij ondanks al hun pogen nog steeds niet bereikt, wat ze wilden: arbitrage van alle geschillen in plaats van de eenzijdige geschilsbeslissing door aanbesteder of Directie.

Op initiatief van genoemden Aannemersbond vormde zich in het begin dezer eeuw een commissie, waarin zitting hadden twee leden van de Vereeniging van Delftsche Ingenieurs, twee leden van de Maatschappij tot bevordering der Bouwkunst en twee leden van den Nederlandschen Aannemersbond.

Deze commissie had zich ten doel gesteld de *Algemeene Voorschriften* te verbeteren en een, in alle opzichten rechtvaardige, regeling te scheppen.

Het duurde echter geruimen tijd voor deze regeling tot stand kwam. Eerst in Juni van het jaar 1915 werden de *Algemeene Administratieve Voorschriften* definitief vastgesteld 1).

Onder de aannemers werd de verwachting gekoesterd, dat deze A.A.V. nu spoedig algemeen ingang zouden vinden en in de bestekken van toepassing zouden worden verklaard ter vervanging van de A.V. van 1901.

De praktijk heeft echter geleerd, dat deze verwachting te hoog gespannen was. De Staat ging geenszins mede met deze radicale verandering.

Toevallig kwam in hetzelfde jaar 1915 de nieuwe uitgave der *Algemeene Voorschriften*, waarvan hierboven gewag

1) Het oorspronkelijke ontwerp, dat denzelfden titel draagt, dateert reeds van 17 Februari 1913 en vindt ook nog meermalen toepassing; dit geeft nog al eens aanleiding tot verwarring.

werd gemaakt; het hoofdstuk betreffende geschillen bleef echter, zooals gezegd, geheel het zelfde.

Van een uniforme regeling is dus geen sprake en we hebben thans de eigenaardige toestand, dat in bestekken òf de A.V. òf de A.A.V. van toepassing kunnen worden verklaard.

Deze A.A.V. zijn voor ons van belang wat betreft de regeling, volgens welke geschillen kunnen worden opgelost.

Deze „berechting" geschiedt door personen, welke worden gekozen door en uit den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, gevestigd te Amsterdam en overeenkomstig de Statuten van dezen Raad 1).

Op twee manieren kan volgens de Statuten een geschil worden beslecht (artikel 21).

In de eerste plaats in den vorm van gewone arbitrage, waarbij dus een executoriale titel wordt verkregen ten gevolge van het depôt ter griffie en het aan de beslissing gehechte exequatur van den president der Arrondissements-Rechtbank.

In de tweede plaats, in de praktijk verreweg het meest voorkomend, wordt de beslissing gegeven in den vorm van een bindend advies.

Hier wordt de beslissing der adviseurs niet binnen den, in artikel 639 B.Rv. genoemden termijn van acht dagen door één hunner ter griffie gedeponneerd, zoodat het exequatur niet kan volgen.

Het bindend advies heeft gelijk artikel 18 der Statuten het uitdrukt, de kracht van een, tusschen partijen gesloten, overeenkomst. Bij de beslissing spreken de adviseurs recht als goede mannen naar billijkheid, terwijl bij de procedure geen wetsvoorschriften van formeel en materieel procesrecht in acht behoeven te worden genomen.

1) Deze Raad van Arbitrage is ingesteld door de hierboven vermelde drie lichamen: de vereeniging van Delftsche Ingenieurs te Delft, de Maatschappij ter Bevordering der Bouwkunst in Amsterdam en den Nederlandschen Aannemersbond te Amsterdam.

In navolging van de Algemeene Voorschriften en de Algemeene Administratieve Voorschriften wordt de benaming *bindend advies* tegenwoordig óók gebruikt voor gelijksoortig geregelde geschilsbeslissingen, die met de bouwwereld niets uitstaande hebben. Men vergelijke bijvoorbeeld het arrest van den Hoogen Raad van 26 Juni 1925. (N.J. 1925, bl. 964).

HOOFDSTUK III.

Rechtskarakter van het bindend advies.

Teneinde de talrijke kwesties, die naar aanleiding van het bindend advies rijzen, behoorlijk te kunnen oplossen, dient men te beginnen met het rechtskarakter van dit soort beslissingen vast te stellen.

Gelijk wij zagen, zijn er verschillende manieren, waarop men de geschillen, die men met een ander heeft, aan het oordeel van derden kan voorleggen. De geïnteresseerden kunnen zich tot den rechter wenden en van hem een vonnis vragen; zij kunnen den weg van arbitrage inslaan, zooals deze geregeld is in het wetboek van Burg. Rechtsvordering en een arbitrale beslissing uitlokken; zij kunnen eindelijk, met voorbijgaan van den ambtelijken rechter en van scheidslieden hun geschillen voorleggen aan derden, opdat deze een advies geven.

Een vergelijking tusschen deze verschillende soorten van oordeelen leert, dat er een diepgaand onderscheid bestaat tusschen het vonnis van den ambtelijken rechter en de arbitrale uitspraak eenerzijds en het advies ter andere zijde. Slechts de, tot de eerste groep behorende, uitspraken hebben *procesrechtelijke gevolgen*. De Staat heeft alleen bij deze vormen van beslissingen volgens *uitdrukkelijke* wettelijke bepaling zijn hulp toegezegd, teneinde ze effect te doen hebben. (Zie hierover nader in het volgend hoofdstuk) 1). Daarentegen mist het advies processueel effect, nu de wet erover zwijgt. En zelfs brengt het uit zich zelf in het algemeen ook geen *materieelrechtelijke gevolgen* voort. Partijen, die aan

1) Vgl. E. S. Oppenheim, Arbitrage en Rechtspraak, bldz. 51 e.v.

een derde een advies vragen, behoeven zich in beginsel niet te storen aan wat hij haar voorschrijft 1). Willen zij in dit opzicht gebonden worden, dan moeten zij zich n.l. over en weer verplichten, zich aan het gevraagde oordeel te zullen houden. Slechts indien partijen overeenkomen een bindend advies uit te lokken, slechts indien zij afspreken, dat het advies haar zal binden, heeft het oordeel van den derde materieele gevolgen 2).

Op den derde, met het geven van het bindend advies belast, rust de taak te bepalen, welke gedragslijn elk der partijen zal hebben te volgen. Zoolang hij zijn oplossing niet gegeven heeft, bestaat er tusschen haar dus nog slechts de afspraak zich te zullen houden aan wat eventueel de derde zal voorschrijven. Eerst nadat de derde zijn uitspraak heeft gegeven, weten partijen hoe zij zich ten opzichte van elkaar moeten gedragen. De nadere vaststelling van haar wederzijdsche verplichtingen, van den naderen inhoud van de oorspronkelijke overeenkomst, die tot het geschil aanleiding gaf, komt derhalve eerst tot stand, doordat de derde zijn advies vaststelt. Het feit, dat de partijen overeenkomen een bindend advies te vragen, verplicht haar voorloopig dus enkel zich aan dit advies te houden. Welke gedragslijn zij met betrekking tot de overeenkomst in geschil moeten volgen, komt eerst later vast te staan, zoodra de derde heeft gesproken. Het advies van den derde doet derhalve de partijen den juisten omvang van haar wederzijdsche verplichtingen kennen. In één woord, de derde vult de oorspronkelijke onvolledige overeenkomst, die tusschen partijen de

1) Vgl. Bijleveld, Ten uitvoerlegging van buitenlandsche arbitrale vonnissen, bldz. 23 en 24.

2) Vgl. § 495 A. V.: „Het advies der commissie zal voor het Rijk en den aannemer bindend zijn”.

Vgl. § 54 A. A. V.: „De uitspraak van het scheidsgerecht geldt als een voor partijen bindend advies en heeft de kracht van een tusschen haar gesloten overeenkomst, ook wat de kosten betreft”.

kwestie rijzen deed, aan met de door hem voorgeschreven gedragsregelen.

We kunnen dus zeggen: *een bindend advies is een contractueel bedongen aanvulling van een tusschen partijen bestaande overeenkomst door een derde* 1). Die figuur is aan de wet niet geheel onbekend. Hier en daar gewaagt ons Burgerlijk Wetboek zelf van de nadere preciseering van overeenkomsten. Zoo bijvoorbeeld artikel 1369 B. W., luidende als volgt: „Een overeenkomst moet tot onderwerp hebben een zaak, welke tenminste ten aanzien van haar soort bepaald is. De hoeveelheid der zaak kan onzeker zijn, mits die hoeveelheid nader kunnen worden bepaald of uitgemaakt”. Verder artikel 1501² B. W., waarin wordt gezegd, dat de koopprijs van een zaak aan de begroting van een derde kan worden overgelaten.

Meermalen is de vraag opgeworpen, of ons recht het uitlokken van een bindend advies wel toelaat. Deze en gene neigt nl. tot ontkenning. Als bezwaar voert men voornamelijk aan, dat de Grondwet geen anderen rechter kent, dan dien, welke door de wet wordt aangewezen 2). Voor die opvatting zoekt men steun in art. 154 Grondwet (i. v. m. art. 2 R. O.): „Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvordering en andere burgerlijke rechten behooren bij uitsluiting tot de kennisneming van de rechterlijke macht”. In verband met het bepaalde bij artikel 156 Grondwet: „De rechterlijke macht wordt alleen uitgeoefend door rechters, welke de wet aanwijst” leidt men dan uit art. 154 af, dat slechts de staatsrechter met de berechting van daar bedoelde twistgedingen kan worden belast. Op dien regel zou slechts één uitzondering zijn toegelaten, nl. arbitrage. Voor die soort rechtspraak, waarbij particuliere personen de

1) Jurisprudentie en litteratuur spreken herhaaldelijk van aanvullen en uitleggen. (Zoo bijv. H. R. 8 April 1910, W. 9019; Meyers in W. P. N. R. 2420—2422 en 2866—2867). Het lijkt ons duidelijker alleen te spreken van aanvullen en hieronder mede te begrijpen: uitleggen.

2) Vgl. Rb. Amsterdam, 6 Februari 1922, W. 10878.

taak van den staatsrechter vervullen, zouden de woorden „tegen zijn wil” in art. 157 G.W. ruimte laten 1).

De hier weergegeven meening berust echter op een misvatting. De genoemde grondwetsartikelen hebben slechts het oog op rechtspraak met *rechtsdwang* (*imperium*), op beslissingen dus, die voor directe executie vatbaar zijn. Bovendien heeft artikel 154 Gw. i. v. m. art. 2 R. O. enkel de bedoeling, elke andere macht *in den Staat* uit te sluiten van kennisneming der daar genoemde geschillen, meer in het bijzonder de administratie, wier inmenging in de rechtspraak men heeft willen voorkomen 2). De artikelen der Grondwet, waarop men zich beroept zien dus niet op het geval, dat de partijen aan particuliere personen — buiten arbitrage om — opdragen hun oordeel te geven over een geschil dat haar verdeeld houdt. Een dergelijke oplossing van een geschil is niet „rechtspraak” in de beteekenis als de grondwet aan deze uitdrukking hecht 3).

1) Vgl. Buys, Grondwet II, bldz. 374.

2) Vgl. H. R. 16 Januari 1920, W. 10562.

3) Litteratuur: van Praag, Themis 1919, bldz. 432 vlg.; Meyers, W. P. N. R. 2420; E. S. Oppenheim, Arbitrage en rechtspraak, bldz. 49, 51; A. R. no. 2, bldz. 6.

Jurisprudentie: Rb. Dordrecht 8 April 1909, W. 8950; H. R. 8 April 1910, W. 9019; Hof den Haag, 27 Juni 1916, W. 10084; Rb. Leeuwarden 20 November 1913, W. 9576.

HOOFDSTUK IV.

Het bindend advies tegenover de arbitrale beslissing 1).

Het bindend advies en de arbitrale uitspraak zijn beslissingen van geheel verschillende natuur; zij voeren tot geheel verschillende gevolgen. Daarom is het zaak, ze scherp uiteen te houden. Dat doet de praktijk lang niet altijd; vaak worden deze beide soorten van oordeelen verward, soms worden zij zelfs op één lijn gesteld.

Het is intusschen geen wonder, dat de beide begrippen zoo slecht onderscheiden worden! Het arbitrale vonnis is immers evenals het bindend advies een wijze van geschiloplossing buiten den rechter om. De gebruikelijke terminologie werkt bovendien de verwarring in de hand. Menigmaal wordt de procedure voor de adviseurs arbitrage, de adviseurs arbiters genoemd. De Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven zijn er niet voor een gering deel schuld aan, dat de begrippen slecht uit elkaar worden gehouden; men lette slechts op het bepaalde bij art. 18 en 20, waar steeds wordt gesproken van scheidsgerecht, hoewel het inderdaad om een advies gevend college gaat 2).

1) Litteratuur: Von Staff, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, bldz. 14 e.v.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, II, bldz. 104—106.

Demogue, Les notions fond. du droit privé, bldz. 622.

Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, II, 1ste gedeelte, bldz. 155.

Meyers, W. P. N. R. 2420—2422.

Van Praag, Themis 1919, bldz. 446 e.v.

Zaayer, Rechtspraak door scheidsmannen, bldz. 16 e.v.

Hendrix, Het recht en de architect, bldz. 49—61.

Cremers, Architecten en aannemersrecht, bldz. 145, 146.

2) Vgl. een soortgelijke opmerking, gemaakt door Hendrix, Het Recht en de Architect, bldz. 51.

Een zelfde verwarring is ook te vinden in verschillende vonnissen en eveneens in de rechtsgeleerde litteratuur. We noemen slechts het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 6 Februari 1922 (W. 10878), waarin wordt overwogen, dat een bindend advies gelijk is aan een arbitrale uitspraak en anders in strijd zou zijn met de grondwet; een arrest van het Hof in den Bosch van 21 November 1922 (W. 11042), waarin wordt gezegd, dat er weliswaar een verschil in vorm, doch niet in aard en strekking tusschen beide beslissingen bestaat; men leze verder het praeadvies voor de Nederlandsche Juristenvereeniging van St h e e m a n, voorkomende in Handelingen 1919 III, bldz. 150, die aan het bindend advies het karakter van arbitrage toekent.

„Dat een bindend advies in geen deele met een arbitrale uitspraak vereenzelvigd mag worden" is daarentegen terecht beslist door den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven d.d. 31 Juli 1917 (A.R. 1, bl. 7). In soortgelijken zin oordeelden o.a.: Rb, Almelo, 27 Mei, 1903 (W. 8050); Rb, Zwolle 13 Mei 1908 (W. 8744); Rb. den Bosch 26 Januari 1912 (W. 9420); Hof den Bosch 25 November 1913 (W. 9576; Rb. Assen 17 October 1916 (W. 10089); Rb. Amsterdam 9 Mei 1921 (N.J. 1922, bl. 710); Rb. den Haag 23 Juli 1925 (N.J. 1925, bl. 1186). De Hooge Raad heeft eindelijk in zijn arrest van 11 Januari 1924 (W. 11165) met zooveel woorden uitgesproken, dat er een principieel verschil bestaat tusschen beide soorten beslissingen.

Waarin bestaat dit verschil? Vooreerst hierin, *dat partijen die arbitrage bedingen, een executorialen titel willen verkrijgen. Als zij overeenkomen een bindend advies te vragen, is haar deze bedoeling vreemd.*

De ambtelijke rechter heeft in de allereerste plaats tot taak, op juiste wijze de rechtsverhouding tusschen rechtzoekenden vast te stellen. De uitspraak, waarbij hij dit doet, vormt tegelijkertijd een executorialen titel. Dank zij dit karakter van de uitspraak kan de partij, die een vonnis in

haar voordeel heeft verkregen, de eerbiediging van rechten, die haar daarin door den rechter zijn toegekend, van de wederpartij afdwingen met de hulp van den Staat. Deze stelt n.l. de hulpmiddelen, opgesomd in het tweede boek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 430 e.v.) te harer beschikking, teneinde de eerbiediging van het vonnis te verzekeren.

De ambtelijke handhaving van rechten valt dus in twee elementen uiteen: rechtspraak en executie. De laatste blijft slechts aan den Staat voorbehouden. Voorzoover de rechtspraak betreft, laat ons recht toe, dat de taak van den rechter door particulieren wordt overgenomen. Dit heeft plaats, als overeenkomstig de artt. 620 e.v. B. Rv. arbitrage wordt bedongen. Aan de uitspraak van scheidsrechters verbindt de wet n.l. onder zekere voorwaarden rechtsdwang.

Hoe een arbitrale uitspraak executoriale kracht verkrijgen kan, regelen de artt. 639, 640, 642 en 644 B. Rv. Binnen acht dagen, te rekenen van den dag der beslissing, moet het arbitrale vonnis door één der scheidsmannen worden gedeponeerd ter Griffie van de Rechtbank van het Arrondissement, waarbinnen de beslissing is gevallen; vervolgens hecht op verzoek van de belanghebbende partij, de President dezer Rechtbank er zijn „fiat” aan. Is dit geschied, dan kan de beslissing ten uitvoer worden gelegd „langs den gewonen weg van executie”.

Arbitrage vormt op het gebied der rechtshandhaving het eenige geval van een dergelijke samenwerking tusschen particulieren en den Staat. (Vgl. H. R. 27 April 1917, W. 10177). Als de Staat hun zijn hulp onthield, zou een arbitrale uitspraak niet executabel zijn ¹⁾.

1) „Les arbitres... n'ont en leur qualité aucune partie de la puissance publique; leurs jugements ne pourront être exécutés qu'en vertu „d'ordonnances du president du tribunal”. Aldus drukte Mallarmé zich uit bij de behandeling in de kamer tijdens de tot standkoming der Code de Procédure Civile. En bij de behandeling van ons Wetboek van Burg. Rechtsvordering werd opgemerkt: „Het spreekt vanzelf, dat de „scheidsmannen geen rechtsdwang hebben en daarom is bepaald, dat

Met het bindend advies is het in dit opzicht geheel anders gesteld. Een depôt ter Griffie heeft niet plaats, van een verleening van exequatur is geen sprake. De weg van rechtstreeksche tenuitvoerlegging staat niet open. Ligt hierin nu het principieele verschil tusschen een bindend advies en een arbitrale uitspraak? M. a. w. is het simpele feit, dat een exequatur niet wordt verleend, voldoende reden om te zeggen: *daarom* is het bindend advies niet een arbitrale uitspraak?

We kunnen deze vraag slechts oplossen, indien we ons helder voor oogen stellen, wat aan een procedure het karakter geeft van arbitrage.

In de eerste plaats moet een procedure om arbitrage te zijn, voldoen aan de belangrijkste bepalingen, neergelegd in het betreffende hoofdstuk van ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. (Vgl. het hierboven aangehaalde arrest van den H. R. d.d. 27 April 1917, W. 10177, met de daarin voorkomende overweging, dat de bepalingen betreffende arbitrage van beperkten aard en van dwingende kracht zijn). Gaat bijv. het geschil over gelaedeerde belangen en niet over geschonden rechten, dan kan men niet van arbitrage spreken, omdat die ingevolge art. 620 B. Rv. slechts over rechten loopen mag. (Zie noot onder bladzijde 6). Maar daarmee is de scheidingslijn tusschen bindend advies en arbitrale uitspraak nog niet getrokken, want een bindend advies betreft vaak betwiste rechten. De procedure die tot een bindend advies leidt, kan bovendien volkomen in overeenstemming zijn met de eischen, waaraan arbitrage moet voldoen. Doorgaans is dit zelfs het geval. Een oneven aantal adviseurs treedt op, schriftelijke conclusies worden genomen, verhooren en wederverhooren van partijen vinden plaats, enz.

Opdat men van arbitrage spreken kan — en hier schuilt

„hun beslissing zal worden ten uitvoer gelegd bij een bevelschrift van „den voorzitter van het college. Door deze formaliteit verkrijgt de uitspraak kracht van vonnis of arrest". (Zie v a n d e n H o n e r t, bldz. 619).

het onderscheid tusschen beide soorten beslissingen — dienen de partijen echter altijd het verkrijgen van een executorialen titel beoogd te hebben 1).

Of in werkelijkheid het exequator wordt verkregen, doet aan het karakter van de getroffen afspraak niet af. Dat, tengevolge van een verzuim bijv. de uitspraak niet ter griffie is gedeponneerd, ontnemt aan een beslissing niet haar arbitraal karakter. Een uitspraak blijft arbitraal, óók indien er geen exequatur op wordt gegeven. Ter bepaling van haar aard komt het in de eerste plaats op de *bedoeling* der partijen aan. Nooit staat men voor een arbitrale beslissing als de contractanten niet begeerd hebben een executorialen titel te verkrijgen. Het principieele kenmerk van het bindend advies schuilt dus hierin, dat de partijen, die het vragen, niet verlangen dat het oordeel van den derde voor executie vatbaar zij.

Hiermee hangt het tweede onderscheid samen, dat wij als volgt omschrijven: *Een arbitrale uitspraak, voorzien van het exequatur heeft gezag van gewijsde, een bindend advies heeft dat gezag niet* 2).

1) De rechtbank te Amsterdam overwoog in haar vonnis van 6 Februari 1922, W. 10878: „Waar tusschen partijen een regeling is getroffen als „aangegeven in art. 620 derde lid B.Rv. en de Statuten van den Raad „van Arbitrage voor de Bouwbedrijven niets bevatten, dat onvereenig- „baar zou zijn met de voorschriften van artt. 620 vlgg. B.Rv., terwijl „de wijze, waarop de beslissing is tot stand gekomen niet strijdt met de „wettelijke scheidsrechtelijke bepalingen, moet het gegeven bindend „advies beschouwd worden als een uitspraak van scheidsmannen in den „wettelijken zin.” De fout in deze redeneering is, dat op het verschil in *doel* bij arbitrage en het uitlokken van een bindend advies niet is gelet.

Men vergelijkte daarnaast echter: H. R. 11 Januari 1924, W. 11165, waarin deze overweging voorkomt: „tusschen het bindend advies en een „arbitraal vonnis is dit beslissend onderscheid, dat waar een arbitrale „uitspraak wordt gevraagd, het doel is gericht op het verkrijgen van een „executorialen titel, terwijl dit bij het uitlokken van een bindend advies „niet het geval is”.

2) Vgl. E. S. Oppenheim, Arbitrage en rechtspraak, bl. 49, 84. Asser—Anema, bldz. 333.

Een vonnis, waartegen de gewone rechtsmiddelen — verzet, appel en cassatie — niet meer open staan, heeft gezag van gewijsde. Dat ook een arbitrale uitspraak zulk een bindende kracht bezitten kan, valt af te leiden uit het bepaalde bij art. 649 B. Rv. Slechts in de daar genoemde gevallen kan de beslissing van arbiters worden bestreden. Dit gezag komt echter aan de arbitrale beslissing niet uit zich zelve toe. Eerst de executoirverklaring doet het haar verwerven. Tot die conclusie dwingt de samenhang van de artt. 649, 650, 651 en 652 B. Rv.

Zooals uit art. 651 en 652 B. Rv. blijkt, kan de eisch tot vernietiging op grond van één der gevallen, genoemd in art. 649 B. Rv., slechts worden gedaan bij exploit van dagvaarding, houdende verzet tegen het bevel van uitvoering en wel voor de rechtbank, door welker voorzitter het exequatur is gegeven. Art. 649 B. Rv. slaat dus alleen op het geval, dat het exequatur reeds gegeven is. Daaruit volgt dat de arbitrale uitspraak met de executoirverklaring onherroepelijk bindend wordt 1).

Hoe staat het echter met haar gezag, indien het bevelschrift van den President niet is verleend? Het arbitrale vonnis is dan niet gelijk te stellen met een onaantastbaar rechterlijk vonnis. Een exceptie van gewijsde zaak kan daarop dan dus niet gegrond worden. De arbitrale uitspraak heeft dan slechts de kracht van een oordeel, waaraan partijen meestal moeten geacht worden zich van te voren, toen zij afspraken haar geschil aan arbitrage te onderwerpen, stilzwijgend te hebben onderworpen 2).

Een gewijsde is in beginsel onaantastbaar. Het dwingt den rechter zich van een hernieuwd onderzoek der daardoor besliste zaak te onthouden. Dien onthoudingsplicht kan echter alleen de Staat opleggen. Niet aan de partijen, alleen aan de overheid komt de bevoegdheid toe, direct of indirect aan eenige uitspraak onaantastbaar gezag te verleen 3). Aan den Staat

1) Vgl. art. 160 oud B. Rv.; H. R. 15 November 1917, W. 10197.

2) Vgl. van Praag, Themis 1919, bldz. 461, noot 38.

3) Vgl. van Praag, Themis 1919, bldz. 465.

alleen komt toch de bevoegdheid toe, over het optreden van zijn rechters te beslissen. Dus moet noodwendig het bindend advies kracht van gewijsde missen, want nergens heeft de wet het met dit gezag bekleed. Een bindend advies sluit derhalve nooit voor de partijen den weg af, er bij den rechter tegen op te komen.

Doch zouden zij niet *materieel* dit gezag van gewijsde aan een bindend advies kunnen vastknoopen, door namelijk onderling overeen te komen, dat zij zich niet tot den rechter zullen mogen wenden, hoe die beslissing ook uitvalt? Clausules van die strekking komen herhaaldelijk voor bij het bindend advies. (Zie bijv. § 54, al. 2, A. A. V.).

We moeten die vraag ontkennend beantwoorden 1). Het is een beginsel van openbare orde, dat een ieder te allen tijde vrij is, om de hulp des rechters in te roepen, indien hij in zijn rechten meent te zijn verkort. Bij overeenkomst kunnen partijen op dit beginsel geen inbreuk maken. Te vergeefs zou men ter verdediging van het tegendeel, zich op art. 157 der Grondwet beroepen. Uit de woorden dat niemand *tegen* zijn wil kan worden afgetrokken van den rechter, dien de wet hem toekent mag men toch niet afleiden, dat de weg tot den rechter met toestemming van de belanghebbende partij mag worden afgesloten. Die conclusie valt toch alleen met het zoo gevaarlijke argument a contrario te trekken. Daarbij komt dat de woorden van het grondwetsartikel eigenlijk zelfs geen ruimte laten voor dit argument. Er staat toch: „Niemand kan worden *afgetrokken* van den rechter”, d. w. z. niemand kan *door een ander worden weerhouden* tot den rechter te gaan. Bovendien — en daarmee lijkt de zaak beslist — heeft het artikel een zeer bepaalde strekking. Uit de geschiedenis van de tot standkoming van dit grondwetsartikel blijkt, dat het is opgenomen, om als voorbehoedmiddel te dienen tegen rechtbanken ad hoc, speciaal voor bepaalde doeleinden ingestelde rechtbanken, een middel, waarnaar in de geschiedenis meer-

1) Ook van Praag in Themis 1920, bldz. 13, noot, erkent deze clause niet als geldig.

malen gegrepen is in tijden van crisis ¹⁾. Tegen machtsmisbruik van den Staat wil art. 157 den burger beschermen.

petitio principii
Een derde verschilpunt rest nog ter bespreking: *de president der Arrondissements-rechtbank, die belast is met het geven van het exequatur op de arbitrale beslissing, is in zijn beoordeeling daarvan uiterst beperkt; wordt een bindend advies aan den rechter voorgelegd, dan geldt zulk een beperking niet.*

Hoever mag de President der rechtbank gaan bij zijn beoordeeling van het arbitrale vonnis? De meeningen hierover loopen zeer uiteen. Sommigen zijn van oordeel, dat de president niet gerechtigd is, zijn „fiat" te weigeren, wanneer maar aan deze voorwaarde is voldaan, dat de beslissing werkelijk afkomstig van de benoemde arbiters en gegeven is tusschen de partijen, die de benoeming hebben gedaan. Of het punt, dat aan arbiters ter beslechting is gegeven, wel door hen is beslist, mag hij niet onderzoeken, nog minder of dit punt op juiste wijze is beslist.

Aldus oordeelt van Rossem in zijn handleiding op de Burgerlijke Rechtsvordering II, bldz. 253 (2de druk) ²⁾. In gelijken geest schrijft ook François: „Over scheidsmannen", bldz. 6 en 7. Beide schrijvers beroepen zich op de geschiedenis en verwijzen naar van den Honert, Handboek B. Rv. § 644, p. 619. Gelijk daar staat vermeld, luidde het antwoord van de regeering aan de tweede afdeeling der Tweede Kamer bij het tot stand komen van dit wetboek: „door deze formaliteit (i. c. het exequatur) verkrijgt de uitspraak de kracht van vonnis of arrest".

Hiertegenover staat de meening van hen, die den tot het geven van een bevelschrift geroepen President ruimere bevoegdheid willen zien toegekend. Uitvoerig handelt hierover van Praag in Themis 1919, bl. 470 e.v. Schrijver vraagt zich af, waarom — wanneer volgens artikel 642 B. Rv.

1) Vgl. Kranenburg, Ned. Staatsrecht, II, bldz. 29.

2) Vgl. ook H. A. J. in W. 10199.

het geven van het exequatur slechts een bloote formaliteit is, of ten hoogste dient om te constateeren, dat men inderdaad te doen heeft met een uitspraak, gegeven door daartoe bevoegde scheidslieden — deze taak dan door den wetgever aan den President der Rechtbank en niet bijvoorbeeld aan den Griffier zou zijn opgedragen. En uit de geschiedenis van artikel 1020 Code de Proc. Civile en van ons artikel 642 B.Rv. tracht hij vervolgens aan te toonen, dat de formaliteit van het exequatur waarschijnlijk dient, om den Staat een waarborg te geven, voordat deze zijn dwingend gezag ter beschikking stelt van de, door arbiters in het gelijk gestelde partij. Deze waarborg zou dan hierin moeten bestaan, dat de president heeft te onderzoeken, zoowel de competentie der scheidslieden als de vraag of de arbitrale uitspraak wellicht strijd vertoont met beginselen van openbare orde.

Petit (Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, bl. 216) kent den President nog ruimere bevoegdheid toe, namelijk het oordeel over geldigheid, uitlegging en toepassing van het compromis, alsmede over bevoegdheid en onpartijdigheid der scheidsrechters. Vooral dit onpartijdigheidsonderzoek gaat o. i. veel te ver 1).

Welke is nu de juiste van deze tegenstrijdige opvattingen? O. i. de eerste, die den President slechts een uiterst beperkte bevoegdheid toekent. Dat de bedoeling bij den wetgever moet hebben voorgezeten om een soort contrôlerecht te scheppen, kunnen we met van Praag eens zijn. Bij de vaststelling van de betreffende wetsbepalingen is echter van deze bedoeling niet veel terecht gekomen. Zoowel de aanhangers van de leer, die den President uiterst geringe vrijheid van beweging laat, als zij die meenen, dat hij een ruimere invloed heeft, beroepen zich, zooals wij zagen, op de historie. Ze verschillen echter in zooverre, dat de eersten zich aan de

1) Vgl. ook Zaayer, Rechtspraak door scheidsmannen, bl. 41, die zich in dezen zin uitdrukt, dat den President een groote macht is toegekend.

stricte letter van de wet houden, terwijl de laatsten buiten de woorden der wet om aan de betrekkelijke bepalingen een uitleg willen geven, die hun gevoel van redelijkheid bevredigt. Zoodra men zich op het gebied van het dwingend recht bevindt, is het o. i. in het algemeen uiterst gevaarlijk met zedelijkheidsoverwegingen te opereeren. Hier is het bovendien onjuist. De samenwerking van het staatsgezag en den particulieren rechter, zooals die op het terrein der arbitrage is geregeld, vormt op zich zelf reeds een combinatie, die vreemd aandoet. Zij plaatst den Staat voor een keus: hij moet, indien hij zijn rechtspraak uit handen geeft, of den particulieren rechter geheel vrij laten, of hij moet het heft in handen houden, maar dan ook precies aangeven, in hoeverre zijn macht die des particulieren rechters te boven gaat. Het heeft den schijn, alsof men bij het tot stand komen van de bepalingen omtrent arbitrage op twee gedachten heeft gehinkt. Eensdeels werd het exequatur een formaliteit genoemd, aan den anderen kant achtte men de rol, die de Staat er bij speelt, toch weer zoo belangrijk, dat aan niemand minder dan den President der Rechtbank de taak werd opgedragen het exequatur te geven. Met het oog op de tweeslachtigheid, die de geheele regeling kenmerkt, lijkt het ons een sprong in het duister, te pogen den President een taak op te dragen die op rationeele beginselen zou berusten. Veiliger doet men zich op dit onzekere terrein te houden aan de stricte letter der wet.

Doet men dit, dan moet men wel komen tot de opvatting van hen, die den President zeer beperkten macht toekennen; de redactie van art. 642 B. Rv. laat geen andere opvatting toe. Die bepaling zegt immers, dat de beslissing van scheidsmannen ten uitvoer *zal* gelegd worden krachtens een bevelschrift van den President. Dit lijkt ons een voldoende duidelijke uitspraak. De President heeft slechts na te gaan of de uitspraak is gedaan door de scheidsmannen die benoemd zijn en tusschen de partijen, die hen benoemd hebben. Tot een dieper gaand onderzoek kan men hem niet bevoegd achten,

tenzij men de woorden van art. 642 B.Rv. geweld wil aandoen 1).

Hoe staat het nu met de bevoegdheid des rechters indien hem een bindend advies wordt voorgelegd? Waar partijen zich verbinden een dergelijke beslissing te vragen, snijden zij zich, gelijk we hierboven zagen, van te voren de mogelijkheid af om een executorialen titel te verkrijgen. Men ondervangt echter het nadeel, dat voor de winnende partij uit het gemis van zoo'n titel voortspruit: er wordt namelijk bedongen, dat partijen zich zullen houden aan de beslissing der adviseurs, soms zelfs dat zij zich niet tot den rechter zullen mogen wenden. De waarde van deze laatste bepaling hebben we reeds besproken; ze is niet geldig als in strijd met de openbare orde. Hoever reikt echter de kracht van het eerstgenoemde beding? Moet de rechter op grond van de overeenkomst elk verweer, dat de beslissing oneerlijk of onjuist is terzijde stellen en aan hem, wien de bindende adviseurs in het gelijk hebben gesteld zijn eisch toewijzen, alles zonder eenig nader onderzoek naar de opgeworpen grieven, en enkel en alleen, omdat partijen hebben afgesproken zich aan de beslissing te zullen houden?

In dezen geest luidt het reeds genoemde arrest van het Hof in den Bosch van 21 November 1922 (W. 11042). Daarbij werd overwogen, dat de rechter het bindend advies *moet* omzetten in een vonnis.

Ware dit zoo, dan zou er inderdaad zeer weinig verschil bestaan tusschen een arbitrale uitspraak en een bindend advies. De verplichting, die het Hof aanwezig acht, rust evenwel niet op den rechter. Aldus besliste de Hooge Raad in de uitspraak, waarbij hij het bovenvermelde arrest van het Hof casseerde 2). Hierin komt deze overweging voor: „... dat er van een verplichting zijnerzijds (d. w. z. van den rechter) om het advies uitvoerbaar te verklaren geen sprake is, daar iedere

1) Vgl. H. R. 15 November 1917, W. 10197.

2) 11 Januari 1924, W. 11165.

partij, die een uitspraak, op grond van het beding gegeven, onredelijk en onbillijk acht, voor den rechter het onverbindende van het advies kan staande houden en diens oordeel terzake kan uitlokken".

Voor de meening van den Hoogen Raad pleiten verschillende gronden. Hieronder worden zij ontwikkeld. Bij de uiteenzetting van die argumentatie zal dan echter blijken, dat de Hooge Raad zijn opvatting op afwijkende wijze motiveert.

HOOFDSTUK V.

De taak des rechters bij het bindend advies.

- § 1. *Algemeene beschouwing over de verplichting van den rechter het bindend advies te toetsen aan redelijkheid en billijkheid.*

Om de vraag op te lossen, hoever de taak des rechters strekt, indien hem een bindend advies wordt voorgelegd, moeten we beginnen terug te gaan tot hetgeen werd besproken in hoofdstuk III. Zooals daar werd gezegd, heeft men in het bindend advies een, door een derde gegeven, aanvulling te zien van de tusschen partijen gesloten overeenkomst.

De bepalingen, in het Burgerlijk Wetboek voorkomende, omtrent overeenkomsten moeten dus als richtsnoer dienen bij de oplossing van de verschillende kwesties, die ten aanzien van het bindend advies rijzen.

Partijen, die zulk een beslissing van een derde vragen, komen overeen haar onderlinge gedragslijn door dien derde te doen bepalen en tevens zich naar de door hem voor te schrijven regelen te zullen gedragen. De nadere inhoud van haar overeenkomst laten partijen dus door dien derde vaststellen. Hiertegen verzet de wet zich niet; zij geeft zelve voorbeelden van een dergelijke regeling (Artt. 1369, 1501 B.W.).

Er dient echter een gewichtig voorbehoud te worden gemaakt: *partijen moeten tot op zekere hoogte weten, hoe haar onderlinge gedragslijn nader zal kunnen worden bepaald.* Eén van de voorwaarden voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten is toch, *dat haar inhoud m. a. w. het geheel van de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen bepaald*

zij 1). Art. 1356 ³ B.W. gebiedt dit. Daar wordt immers als eisch gesteld, dat overeenkomsten een bepaald onderwerp moeten hebben. Met deze minder gelukkig gekozen woorden bedoelt de wet te zeggen, dat al hetgeen iedere partij zich verbindt te geven, te doen of niet te doen, behoorlijk bepaald moet wezen. Overeenkomsten met onbepaalden inhoud zijn daarom onverbindend. Een voorbeeld van zulk een overeenkomst is bijv. de afspraak, dat de eene partij voor de andere een huis zal bouwen voor een bedrag ad f 10.000. Omdat dit contract volkomen in het duister laat, wat voor huis moet worden gebouwd, mist het een bepaald rechtsgevolg.

De wet vat dezen eisch van bepaaldheid echter zeer ruim op. Het is niet noodig, dat de omvang der prestatie reeds op het oogenblik, waarop partijen haar verbintenis scheppen, geheel en al in finesses is omschreven. Dat leeren de reeds eerder vermelde artikelen 1369 en 1501 B.W. Volgende is, dat de preciese bepaling op een later tijdstip tot stand kan komen. Ongeldig is echter het contract, als tusschen partijen van den aanvang af niet vaststaat hoe de omvang van de door haar te verrichten prestaties nader zal *kunnen* worden gepreciseerd.

Twee mogelijkheden zijn hierbij denkbaar.

In de eerste plaats kunnen partijen den derde *uitdrukkelijk* binden aan zekere grenzen, waarbinnen hij bij zijn beslissing moet blijven en waartusschen hij zich slechts mag bewegen. Een dergelijk geval doet zich voor, wanneer degene, die met de aanvulling belast is, een keuze moet doen uit eenige, met name aangeduide, prestaties. Partij A is bijv. met partij B overeengekomen, dat C zal bepalen, welk exemplaar van de koeien uit den stal van A door dezen aan B zal worden verkocht voor een bedrag ad f 500.—. Of een ander voorbeeld: partijen komen overeen, dat indien een harer zich ten opzichte van de andere aan een overtreding

1) Zie Suyling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2de stuk, 1ste ged. bl. 150—154.

der overeenkomst zal schuldig maken, een derde haar een boete moet opleggen en bij de bepaling daarvan tot een zeker maximum mag gaan.

In de tweede plaats kan het geval zich voordoen, dat partijen den derde niet binden als boven, doch hem de aanvulling harer overeenkomst *zonder meer overlaten*. Partijen dragen bijv. een derde de begroting van een koopprijs op. (Vgl. art. 1501¹ B.W.).

Het is duidelijk, dat aan den eisch, dat tusschen partijen van den aanvang af moet vaststaan, hoe de omvang harer te verrichten prestaties nader zal kunnen worden gepreciseerd, in het eerstgenoemde geval is voldaan. De partijen weten van den beginne aan precies, welke verplichtingen zij mogelijk zullen moeten nakomen. Het tweede geval geeft meer moeilijkheden. Schijnbaar ontbreekt hier een grens. Toch dient zij te bestaan, zal men kunnen volhouden, dat aan het voorschrift van bepaaldheid voldaan zij.

Om na te gaan, waar deze grens ligt, staan ons de artt. 1374 en 1375 B.W. ten dienste. De algemeene strekking van deze artikelen is toch, dat aan contractanten, voorzoover hun overeenkomst leemten vertoont, de maatstaf moet worden aangelegd van *redelijke* menschen, handelende volgens begrippen van *billijkheid* en *fatsoen*. Toepassing van dezen algemeenen rechtsregel doet ons zien, dat partijen, die een aanvulling harer overeenkomst wenschen, doch in het midden laten hoever de autoriteit, die zij met deze taak belasten, mag gaan, de stilzwijgende bedoeling *moeten* hebben, dat deze aanvulling naar begrippen van redelijkheid en billijkheid plaats vinde. Deze „afgrenzing” van aanvulling in redelijkheid en billijkheid heeft dus tengevolge, dat aan den eisch van bepaaldheid is voldaan.

Bovenstaande beschouwing leert nu, dat, wanneer partijen een bindend advies vragen, zij of de adviseurs uitdrukkelijk kunnen binden aan zekere grenzen of hun zonder meer een beslissing kunnen opdragen, doch dat ook in het laatste geval een „afgrenzing” dient te worden aange-

nomen 1). De aanvulling moet dan een zoodanige zijn, dat redelijke menschen geen bezwaar zouden maken zich aan het advies te houden. De „afgrenzing", welke een noodzakelijk vereischte is, een *conditio sine qua non*, voor de geldigheid van de opdracht van vrije aanvulling van een overeenkomst door een derde, ligt dus daar, waar de redelijkheid overgaat in onredelijkheid. Uitdrukkelijk of stilzwijgend moet de redelijke aanvulling bedongen zijn, wil het contract gelden.

Redelijkheid is echter een in de practijk uiterst lastig te hanteeren begrip! Het vormt een onuitputtelijke bron van twistgeschillen. Wat de één redelijk vindt, is volgens den ander een schreeuwende onbillijkheid. Alle mogelijke omstandigheden beïnvloeden de redelijkheid 2). Zij is dan ook allerminst een constant begrip en bij iedere overeenkomst ligt de bovenvermelde afgrenzing weer op een andere plaats.

Aan den rechter is de taak opgedragen, de aanvulling der overeenkomst op haar redelijkheid te onderzoeken. Dit is zijn normale taak; hij moet immers zorgen, dat iedere partij het haar toekomende krijgt. Wendt dus een der contractanten zich tot hem, beweerende, dat de adviseurs hem niet dat hebben toebedeeld, waarop hij naar redelijkheid recht heeft, dan moet de rechter deze grief onderzoeken. Stel bijv., dat een boer aan iemand een kip wil verkoopen en de partijen aan een derde opdragen den prijs te bepalen. Deze stelt het bedrag vast op *f* 1000.—. De boer eischt betaling. Zou de kooper dan niet zijn toevlucht tot den rechter mogen nemen en zou deze zijn hulp mogen weigeren? Het ligt voor de hand, dat de rechter hem ter zijde zal staan.

1) In de practijk zal het wel nimmer voorkomen, dat den adviseurs precies wordt voorgeschreven, binnen welke grenzen zij zich hebben te bewegen.

2) Vgl. bldz. 51 e.v.

Een zeer belangrijke vraag moet in dit verband worden besproken: *hoever reikt het beding tusschen partijen zich aan iedere, ook een onredelijke, uitspraak van een derde te zullen houden?*

Het is deze kwestie, die het meeste stof heeft doen op-dwarrelen en waarover de meeningen der rechtsgeleerde schrijvers en der jurisprudentie, gelijk we verderop zullen aantoonen, zeer uiteen loopen. Geen wonder! Het raakt immers de vrijheid van partijen bij het aangaan harer overeenkomsten.

Zouden we aan dit beding rechtskracht toekennen, moest de rechter dus automatisch het oordeel van den derde omzetten in een vonnis, dan ware het gevolg hiervan, dat de beslissing meer effect sorteerde dan een uitspraak van een arbiter, waartegen toch nog in enkele gevallen kan worden opgekomen (vgl. art. 649 B. Rv.), zelfs dan een vonnis van den ambtelijken rechter. Onberekenbaar onrecht zou daarvan het gevolg kunnen zijn.

Uit hetgeen omtrent den eisch van bepaaldheid van den inhoud eener overeenkomst is gezegd, valt evenwel de gevolgtrekking te maken, dat een dergelijk beding de partijen niet bindt. Zij moeten immers van den aanvang af, althans bij benadering, weten, binnen welke grenzen de door haar te verrichten prestaties nader zullen kunnen worden gepreciseerd. Bedingen zij nu zich aan iedere uitspraak te zullen onderwerpen, ook aan een onredelijke dus, dan verbinden zij zich tevens tot een mogelijk onbepaalde prestatie. Zij weten dan niet, waar zij aan toe zijn. Aan den eisch van bepaaldheid is in dit geval niet voldaan. Bijgevolg komt eene geldige overeenkomst niet tot stand.

We zagen dus, dat uit artikel 1356 derde lid B.W., gecombineerd met het bepaalde in artt. 1374 en 1375 B.W. de volgende twee stellingen zijn af te leiden:

1. *De aanvulling van een overeenkomst bij wijze van bindend advies moet geschieden naar redelijkheid en billijk-*

heid; partijen zijn aan een beslissing, die niet aan die vereischten voldoet, niet gehouden.

2. *Partijen kunnen zelfs bij apart beding niet overeenkomen, dat zij aan iedere uitspraak der adviseurs zullen zijn gebonden.*

Hoe denken nu de jurisprudentie en de rechtsgeleerde literatuur omtrent deze kwesties?

Allereerst zullen wij het standpunt van den Hoogen Raad nader beschouwen.

Ad 1. Wat het eerste punt betreft, huldigt ons hoogste rechtscollege eveneens de opvatting, dat de aanvulling in redelijkheid moet geschieden en partijen niet aan een onredelijk en onbillijk advies zijn gebonden. Dit standpunt wordt duidelijk gemotiveerd in de bekende arresten van 11 Januari 1924 (W. 11165; N.J. 1924, bldz. 293) en 1 Februari 1924 (W. 11185; N.J. 1924, bldz. 715). Reeds vroeger had de Hooge Raad meermalen te oordeelen gehad over een verwante kwestie (vgl. H.R. 16 Januari 1920, W. 10562, 29 December 1922, W. 11004 en 9 Februari 1923, W. 11039), n.l. over de redelijkheid van de aanvulling van het contract *door één der partijen*. In die beslissingen had het college zich echter slechts beperkt tot de algemeene opmerking, dat in artikel 1374³ B.W. beveiliging wordt gevonden tegen onredelijke aanvulling. Hieruit was dus niet af te leiden, welk standpunt de Hooge Raad innam in geval *een derde* met de aanvulling van de overeenkomst was belast. Men dient toch de rechtsverhouding van partijen onderling scherp te scheiden van die, tusschen partijen tezamen eenerzijds en de aanvullende autoriteit ter andere zijde 1). Is een der partijen met de aanvulling belast, dan heeft men door de vermenging in één persoon van de kwaliteit van aanvuller en partij een geheel andere rechtsfiguur, dan indien partijen door een derde haar overeenkomst doen aan-

1) Vgl. van Praag, Themis 1920, bldz. 39 e.v.

vullen. Juist omdat in het eerste geval deze vermenging bestaat, ligt het voor de hand aan te nemen, dat indien de met de aanvulling belaste partij zich niet volgens begrippen van redelijkheid van haar taak kwijt en de opdracht niet te goeder trouw volbrengt, de andere partij dientengevolge niet gebonden is aan de beslissing 1) 2). Gaat het daarentegen om aanvulling door een derde, dan geeft de algemeene uitspraak, dat art. 1374³ B.W. waakt tegen een onredelijke beslissing geen helderheid. Weliswaar moet ook derde, kwam een einde door de arresten van 11 Januari en doch uit het feit, dat deze zich niet naar behooren van zijn taak kwijt, volgt maar niet zonder meer, dat partijen *uit dien hoofde* niet jegens elkaar zouden zijn gebonden.

Zooals gezegd, aan de onzekerheid, welk standpunt de Hooge Raad innam, indien het geldt de aanvulling door een derde, kwam een einde door de arresten van 11 Januari en 1 Februari 1924. Vooral de eerste dezer beslissingen is zeer bekend en principieel. Zij werd gewezen naar aanleiding van een kwestie, die was gerezen tusschen een aannemer en de gemeente Heer. Tusschen de partijen was een geschil ontstaan omtrent de aanneemsom voor het bouwen van een nieuw gemeentehuis. In de overeenkomst van aanneming was bepaald, dat alle geschillen, welke deze overeenkomst tusschen aannemer en aanbesteder zou doen rijzen, onderworpen zouden worden aan het oordeel van een „scheidsgerecht”, gekozen uit den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 18 der Statuten van genoemden Raad. De uitspraak van dit scheidsgerecht zou dus gelden als een bindend advies en de kracht hebben van een tusschen partijen gesloten overeenkomst.

In het bindend advies, dat hierop tot stand kwam, werd

1) Vgl. Meyers, W.P.N.R. 2867, aanhef van IV.

2) Vgl. noot van H. de J. onder het arrest van den Hoozen Raad d.d. 16 Januari 1920, W. 10562.

den aannemer een zeker bedrag toegekend. De gemeente weigerde echter te betalen en werd in rechte aangesproken. Zij voerde aan, dat een gemeente niet kan arbitreeren; zij zag dus in het bindend advies een arbitrale uitspraak. De rechtbank te Maastricht was het hier echter niet mee eens en wees de vordering toe. (Zie vonnis van 1 September 1921, W. 10818) 1).

De gemeente ging in beroep en had zoowaar succes. Het Hof in den Bosch zag, in tegenstelling met de rechtbank te Maastricht, in het bindend advies wel een soort arbitrale uitspraak, nam verder aan, dat een gemeente niet mag arbitreeren en wees dus op die gronden de vordering af (zie arrest van 21 November 1922, W. 11042).

Bij bovenvermeld arrest van 11 Januari 1924 overwoog de Hooge Raad in anderen zin dan het Hof. Terwijl dit College van meening was, dat de rechter het bindend advies moet omzetten in een vonnis, oordeelde de Hooge Raad als volgt: „dat ingevolge artikel 1374 B.W. alle wettiglijk ge-
„maakte overeenkomsten te goeder trouw moeten worden
„ten uitvoer gebracht, met andere woorden de uitvoering
„van het overeengekomene zal moeten plaats hebben naar
„redelijkheid en billijkheid, terwijl artikel 1375 B.W., voor-
„schrijvende dat overeenkomsten mede verbinden tot al
„hetgeen naar haren aard door de billijkheid, het gebruik
„of de wet wordt gevorderd, eveneens beoogt, dat aan een
„overeenkomst een behoorlijke uitvoering verzekerd zij;
„dat toepassing van deze regelen op het onderwerpelijk
„beding medebrenge, dat partijen geenszins verplicht zijn
„een uitspraak van scheidslieden 2) als een haar bindend
„deel der overeenkomst te beschouwen, wanneer die uit-
„spraak naar inhoud en strekking niet redelijk en billijk is,
„en dan ook een partij, die haar wederpartij aan een der-

1) Men vergelijke over de vraag, of een gemeente mag arbitreeren en een bindend advies mag uitlokken, hoofdstuk IX.

2) Verwarringstichtend, vergelijk bldz. 21.

„gelijke uitspraak gehouden wil zien en op grond daarvan
 „voor den rechter daagt, een uitvoering aan de overeen-
 „komst geeft, die niet overeenkomstig de goede trouw, de
 „redelijkheid en de billijkheid is te achten;
 „dat uit het bovenstaande voortvloeit, dat de door het Hof
 „aangevoerde gronden niet juist zijn en de beslissing niet
 „kunnen dragen;
 „dat immers geenszins juist is, dat niet slechts bij het com-
 „promissoir beding, maar ook bij het zoogenaamd bindend
 „advies de partijen den rechter uitschakelen en het eenig
 „verschil tusschen beide is, dat bij arbitrage de President
 „der rechtbank de uitvoerbaarheid verleent, terwijl hier de
 „gewone rechter het bindend advies volgen moet;
 „dat blijkens het vorenstaande van zulk een verplichting
 „geen sprake is”.

In het bovenvermelde arrest van den Hoogen Raad van 1 Februari 1924 komen geheel gelijksoortige overwegingen voor, wat betreft den eisch van aanvulling naar redelijkheid en billijkheid, als uitvloeisel van de artt. 1374 en 1375 B.W. We behoeven deze dan ook niet in extenso te citeeren.

Uit het bovenstaande blijkt dus, dat de Hooge Raad uit het voorschrift van genoemde artikelen den regel trekt, *dat een partij, die de wederpartij aan een onredelijke uitspraak houdt, een uitvoering aan de overeenkomst geeft, die niet overeenkomstig de goede trouw, de redelijkheid en de billijkheid is te achten*. Daarin ligt opgesloten, dat een overeenkomst naar redelijkheid moet worden aangevuld en dat partijen niet aan een onredelijk advies zijn gebonden 1). Onze hoogste rechter vat derhalve de artt. 1374 en 1375 B.W. op als een gebod aan partijen, om op redelijke wijze ten aanzien van elkaar *gebruik te maken* van de uitspraak der adviseurs, en is blijkbaar van meening, dat partijen aldus beveiligd zijn voor een aanvulling, die niet aan eischen van redelijkheid voldoet.

De vraag doet zich echter voor, of werkelijk deze op-

1) Vgl. Rb. den Haag, 23 Juli 1925, N. J. 1925, bldz. 1186.

vatting in alle gevallen de vereischte beveiliging met zich brengt. Naar onze meening niet, hetgeen moge blijken uit het volgende.

Het is zeer goed mogelijk, dat een uitspraak onredelijk is, terwijl de wetenschap daarvan ontbreekt en mag ontbreken bij de in het gelijk gestelde partij, die van haar rechten gebruik wil maken.

Stel dat partijen een geschil aan een bindend advies hebben onderworpen overeenkomstig de Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven. Zij hebben haar belangen dan in handen gelegd van adviseurs, gekozen uit leden van genoemden Raad; de verwachting mag bij haar bestaan, dat deze „vertrouwensmannen" het geschil op degelijke wijze hebben berecht 1). Wanneer een partij nu een uitspraak in haar voordeel heeft verkregen en haar rechten wil doen gelden, gaat het toch niet aan, dat zij eerst nauwkeurig onderzoekt of de uitspraak wel billijk en redelijk is! Evenmin behoeft zij zich te verdiepen in alles, wat de gedupeerde contractant te berde brengt, om de onredelijkheid van de beslissing aan te toonen; zelfs kan zij weigeren hiervan kennis te nemen, zonder dat zij in strijd handelt met de goede trouw 2).

Het is dus zeer wel mogelijk, dat van een onredelijke beslissing een redelijk gebruik wordt gemaakt 3). Omgekeerd kan het gebeuren, dat een partij, die zich op een redelijke beslissing beroept, in strijd met de billijkheid handelt. Dat

1) Zooals artikel 3 der Statuten aangeeft, zijn er 15 leden-ingenieur, 15 leden-architect en 15 leden-aannemer. Volgens artikel 4 worden de leden-ingenieur aangewezen door het bestuur van de Vereeniging van Delftsche Ingenieurs te Delft, de leden-architect door het bestuur van de Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst te Amsterdam en de leden-aannemer door het bestuur van den Nederlandschen Aannemersbond te Amsterdam.

2) Vgl. Meyers, W.P.N.R. 2867, IX.

3) Dit zal het geval kunnen zijn, indien zeer ingewikkelde calculaties noodig zijn om de onjuistheid der uitspraak aan het licht te brengen.

doet zij, als zij voldoening van zulk een beslissing vordert, niettegenstaande zij weet, dat haar daarbij meer is toegekend dan haar toekomt.

De uitspraak van den Hoogen Raad treft slechts de partij, die nakoming van de uitspraak wenscht, terwijl zij *zonder eenig nader onderzoek* weet, althans moet weten, dat deze uitspraak haar iets toekent, waarop zij geen recht heeft. Daarom gaat zij niet ver genoeg en daarom verliest zij ook uit het oog datgene, waarop het vóór alles aankomt. Onze slotsom is dus, dat het geheel onverschillig is, of het gebruik maken van de uitspraak in redelijkheid en naar billijkheid geschiedt. We moeten ons houden aan het criterium, dat de uitspraak zelf redelijk en billijk moet zijn.

Ad 2. Loopen over het onder 1 gestelde de voornaamste meeningen in jurisprudentie en litteratuur niet uiteen en bestaat er alleen een verschil in motiveering, geenszins kan dat gezegd worden van het punt, dat we thans nader gaan bezien.

Tegenover den Hoogen Raad, die van meening is, dat een beding tusschen partijen, zich aan iedere uitspraak van den derde te zullen houden, verbindende kracht mist — overeenkomstig ons standpunt —, is Meyers van oordeel, dat het wél geldig tusschen partijen kan worden getroffen.

Om het standpunt van den Hoogen Raad te doen kennen, kan ook thans weer het reeds meermalen genoemde arrest van 11 Januari 1924 dienen. De overwegingen van het college luiden te dien aanzien als volgt: „.... dat partijen rehtens „niet mogen overeenkomen, dat zij aan iedere uitspraak, op „grond van haar beding genomen, dus ook aan een van on- „redelijken en onbillijken inhoud en strekking, gebonden zullen „zijn, zóó, dat door hare verbintenis om het risico van een „zoodanige uitspraak op zich te nemen de tusschenkomst des „rechters te dien aanzien geheel zou zijn uitgesloten;

„dat toch zoodanige overeenkomst, krachtens welke niet te „voorzienne en ingrijpende onredelijke en onbillijke regelen „dikwerf aan partijen tot wet zouden strekken, een gevaar

„voor het maatschappelijk verkeer 1) opleveren en licht tot „groot misbruik aanleiding geven, weshalve zij als *strijdig met „de openbare orde en goede zeden* nietig zijn” 1).

Dat een dergelijk beding tot veel onrecht en willekeur aanleiding zou kunnen geven, zijn we met den Hoogen Raad eens.

Het gaat echter niet aan, het beding in het algemeen te veroordeelen op grond van het maatschappelijk gevaar. Een zich onherroepelijk binden aan een uitspraak van een „scheids-gerecht”, samengesteld volgens de statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, welks leden doorkneet zijn in de kwesties, die hen worden voorgelegd en menig uitstekend vonnis hebben geveld 2), zouden we bijvoorbeeld geen maatschappelijk gevaar durven noemen. Of in het bewuste beding een maatschappelijk gevaar is gelegen, hangt geheel af van de waarborgen, waarmee de vaststelling van dat advies voorzien is en van de personen, aan wien men dit opgedragen heeft 3).

Bovendien is de Hooge Raad inconsequent, door een onaan-tastbaar bindend advies voor een mogelijk maatschappelijk gevaar te houden, nu hij aan buitenlandsche vonnissen en arbitrale uitspraken herhaaldelijk wél bindende kracht toekent. Men vergelijke het arrest van 14 November 1924 (W. 11301) 4). Hierin wordt overwogen, dat de Nederlandsche rechter de beslissing van den vreemden rechter slechts dan heeft ter zijde te stellen, indien zij indruischt tegen Nederlandsche beginselen van openbare orde. Dit is echter heel wat anders dan een aantasting op grond van onredelijkheid en onbillijkheid. De Hooge Raad is het zelfs met het Hof 5) eens, dat degeen, die, nadat de beslissing van den buitenlandschen

1) Wij cursiveeren.

2) Men zie hierover G o s e l i n g: „Geleidelijke ontwikkeling der bouw-arbitrage” in het Gedenkboek van den Nederlandschen Aannemersbond.

3) Vgl. M e y e r s, W. P. N. R. 2867.

4) Zie voor buitenlandsche arbitrage H. R. 8 December 1916, N. J. 1917 blad 29.

5) Vgl. Hof den Haag, 14 Januari 1924 (W. 11150).

rechter is gegeven, bij den Nederlandschen hulp zoekt tegen het onrecht, dat hem naar zijn meening is aangedaan in die uitspraak, in strijd handelt met de goede trouw en de billijkheid 1). In de wet is evenwel geenerlei bepaling te vinden, die een buitenlandschen rechter een andere plaats toekent dan eenigen anderen derde, aan wien men bij overeenkomst de beslissing van een geschil opdraagt 2) 3).

Evenmin juist schijnt ons het standpunt van den Advocaat-Generaal *L e d e b o e r* bij het reeds genoemde arrest van 1 Februari 1924. Hij gaat uit van de overweging des Hoogen Raads in de arresten van 16 Januari 1920 (W. 10562), 29 December 1922 (W. 11004) en 9 Februari 1923 (W. 11039), dat het beding, dat het inzicht van een der partijen bij verschil bindend zal zijn, niet met de openbare orde en goede zeden strijdt, omdat tegen gebruik niet te goeder trouw wordt gewaakt in artikel 1374 B.W. Daarin zou een voldoende beveiliging worden gevonden. Hieruit leidt Mr. L. a contrario af, dat partijen tegenover elkaar geen afstand kunnen doen van elk beroep op den regel, dat de uitvoering van die opdracht moet geschieden te goeder trouw en met billijkheid. Immers, zou artikel 1374 B.W. *niet* beveiligen tegen misbruik — wat het geval zou zijn, indien beroep er op was uitgesloten —, dan zou zoodanig beding wèl tegen de openbare orde en goede zeden indruischen.

Het uitgangspunt van deze redeneering rechtvaardigt o. i. niet de daaruit getrokken consequenties. In de genoemde arresten ging het over aanvulling door *één der partijen*. Slechts in dat geval werkt de „beveiliging” van art. 1374 B. W. (zie bldz. 38), niet echter, indien een derde de beslissing moet geven. Zou men dus al meenen, dat het arg. a contrario

1) Zie onderschrift onder genoemd arrest.

2) Zie W. P. N. R. 2867 bldz. 685.

3) O. i. kunnen buitenlandsche vonnissen en arbitrale uitspraken wel degelijk getoetst worden aan redelijkheid en billijkheid. (Vgl. *Suyling*, Inleiding II, I, bl. 156 en 157; *Bijleveldt*, Ten uitvoerlegging van buitenlandsche arbitrale vonnissen. Ac. Pr. bldz. 33 en volgende).

opgaat bij aanvulling door één der partijen, daarom mag men nog niet besluiten, dat het óók bij aanvulling door een derde dienst kan doen.

Niettemin is belangrijk hetgeen Mr. L. verder zegt. Wij citeeren: „waar onze betreffende wetsbepalingen door den „Code uit het oudere Fransche recht zijn overgenomen, „moge een beroep op *D o m a t* (*Lois civiles, Livre I, Tit. I, „Sect. 3 § XI, XII, XIII, Sectie 4 § 1, III, IV*) mede tot staving „dier opvatting strekken 1). Als regel stelt hij voorop, dat „*l'intention de ceux, qui se rapportent à d'autres personnes „renferme la condition, que ce sera réglé, sera raisonnable „et leur dessin n'est pas de s'obliger à ce que pourrait être „arbitré au-delà des bornes de la raison et de l'équité (XI).* „In het algemeen trouwens is er geen espèce de convention, „où il ne soit sous-entendu, que l'un doit à l'autre la bonne „foi avec tous les effets que l'équité peut y demander. Even- „als bij ons, kunnen partijen door haar overeenkomsten het „gebied, waarop die regel toepassing kan vinden zelfs aan- „merkelijk beperken, doch, voorzoover daarvoor plaats is, „mag ze niet worden uitgesloten. En quelques conventions „cette bonne foi ait plus d'étendu et en d'autres moins; elle „doit être entière en toutes (XII); la liberté d'augmenter ou „de diminuer les engagements est toujours borné à ce qui „peut dans la bonne foi (III). Uit den geheelen samenhang „van deze plaatsen met de verdere aangehaalde meen ik te „mogen afleiden, dat ook *D o m a t* uitsluiting van bonne foi „en équité als in strijd met de goede zeden onverbind- „baar acht”.

Dat een dergelijk beding in het algemeen in strijd zou zijn met de openbare orde en goede zeden, zouden we toch zoo maar niet willen onderschrijven 2). Indien partijen een arbitrale uitspraak vragen, is deze uitspraak zonder verder

1) D. w. z. de opvatting, dat een dergelijk beding niet geldig kan worden gemaakt.

2) Vgl. Meyers, W. P. N. R. 2422, VI; anders van Praag, Themis 1919, bldz. 467.

beroep op den rechter voor haar bindend, ook in geval van onredelijkheid. Zou de wetgever het aldus geregeld hebben, indien hij feitelijk hiermee een onzedelijke bepaling sanctioneerde? Niettemin lijkt het hierboven uit *D o m a t* geciteerde ons belangrijk. Daaruit valt toch af te leiden, dat er geen overeenkomst, welke aanvulling behoeft, bestaat, wanneer daarin niet stilzwijgend de bepaling is vervat, dat deze aanvulling in redelijkheid geschiede. Hiermee is de groote gedachte uitgesproken, dat als de aanvulling der overeenkomst, — omdat zij niet in redelijkheid moet plaats hebben — tot in het onbepaalde is toegelaten, de afspraak der partijen om hare onbepaaldheid verbindende kracht mist. (Vgl. hiervoor bldz. 38). Met nadruk wijzen we er echter op, dat het onverschillig is of de partijen, elk voor zich, de interne bedoeling (*l'intention*) hebben, dat hare overeenkomst redelijk wordt aangevuld. Niet op de interne bedoeling der partijen, maar op den inhoud der overeenkomst komt het aan. De eisch van aanvulling in redelijkheid is een noodzakelijk, integreerend, *objectief* bestanddeel van het contract. Als dit niet aan dien eisch voldoet, is er geen „*espèce de convention*”.

Tenslotte moge een korte uiteenzetting volgen van de meening, door *Meyers* verkondigd. (Zie zijn bekende artikelen in *W. P. N. R.* 2242, 2866 en 2867).

Volgens hem kan een beding, waarbij partijen zich vrij binden aan een uitspraak van een derde op zoodanige wijze, dat zij zich daartegen niet op grond van onredelijkheid en onbillijkheid mogen verzetten, geldig worden getroffen; het door den Hoogen Raad ontwikkelde bezwaar, dat in zulk een afspraak een gevaar zou schuilen voor het maatschappelijk verkeer en zij derhalve strijdig zou zijn met de openbare orde en goede zeden, gaat niet op; het al of niet bestaan van dit maatschappelijk gevaar hangt slechts af van de door partijen getroffen waarborgen, die zoodanig moeten zijn dat geen onredelijke uitspraken zijn te vreezen. Bovendien mogen de

dwingende bepalingen betreffende arbitrage niet ontdoken worden door een bindend advies in te winnen; mist men bijv. de bevoegdheid een bepaald geschil aan arbitrage te onderwerpen, dan mag men deze klip ook niet omzeilen met een bindend advies. Tenslotte mag men door een onaantastbaar bindend advies niet een uitspraak verwerven, welker bindende kracht verder zou reiken dan die eener arbitrale uitspraak; de gronden van nietigheid van uitspraken als laatstgenoemde, voorkomende in het wetboek van Burg. Rechtsvordering, blijven ook steeds middelen, die men tegen een bindend advies kan aanvoeren. Deze gronden komen voornamelijk hierop neer, dat niet de uitspraak of een andere uitspraak is gegeven, dan waaraan partijen zich bij voorbaat hadden onderworpen of dat er bedrog bij de behandeling van het geschil is gepleegd.

Het door den Hoogen Raad aangevoerde bezwaar tegen het beding van partijen, zich bij iedere beslissing der adviseurs neer te zullen leggen, is, gelijk we hierboven zeiden, op afdoende wijze door Meyers weerlegd. We toonden echter tevens aan, dat een ander beletsel zich richt tegen de geldigheid van het beding, nl. het feit, dat volgens artikel 1356³ B. W. de inhoud eener overeenkomst bepaald moet zijn. Dit lijkt ons afdoende. Meyers houdt hiermede echter, naar ons in alle bescheidenheid voorkomt, niet of niet voldoende rekening; althans blijkt hiervan niet in zijn bovenvermelde artikelen.

§ 2. *Bijzondere vragen ten aanzien van het toetsingsrecht des rechters.*

We hebben in het algemeen gezien, dat het tot de taak des rechters behoort, om, desgevraagd een onderzoek in te stellen naar de redelijkheid en billijkheid van de bindende adviezen. Hij mag niet weigeren op vordering van de partij, die zich verongelijkt voelt, een bindend advies op zijn redelijkheid te controleeren. Hij mag zich van zulk een eisch niet afmaken met de woorden: Gij hebt het zelf gewild! Dat ligt in de rede. Alleen in zoover het advies redelijk is, bindt het. Slechts indien een der contractanten bij hem zou komen en het geschil door hem zou willen doen beslissen in plaats van door en met voorbijgaan van den gekozen derde, kan hij den eischer zonder meer, naar huis zenden en de vordering niet ontvankelijk verklaren, tot tijd en wijle de procedure voor de adviseurs is geëindigd en het bindend advies is tot stand gekomen 1). Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken partijen tot wet. De rechter moet zoo eenigszins mogelijk contractanten houden aan wat zij zijn overeengekomen 2).

Gaan we nu de taak des rechters na, dan zien we, dat hij zich vóór alles zal hebben af te vragen, wat het punt is, waarover partijen geschil hebben en of de adviseurs hebben beslist, wat hun is voorgelegd.

De behandeling van het geschil voor de adviseurs zal doorgaans schriftelijk geschieden 3). Aan de schrifturen der par-

1) We laten hier de abnormale gevallen, besproken in H. VI, terzijde.

2) Zie in gelijken zin van Rhijn in Sociale Voorzorg 1921, bldz. 103 en 104.

3) Een speciale regeling hierover is te vinden in artikel 13 der Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, waar staat vermeld, dat het geschil schriftelijk en behoorlijk omschreven en toegelicht moet worden.

tijen moeten adviseurs zich stipt houden. Bepaaldelijk mogen zij niet buiten hun opdracht gaan, dus niet een beslissing geven over feiten, waarover geen uitspraak is gevraagd. Hiermee hangt samen, dat zij ook niet meer mogen toekennen, dan is geëischt.

Zouden de adviseurs een beslissing geven, die buiten de grenzen der opdracht uitging, dan zouden partijen over en weer *door haar overeenkomst* daaraan niet gebonden zijn. (Vgl. Rb. Amsterdam, 6 Februari 1922, W. 10878) 1). Of dit het geval is, zal lang niet altijd gemakkelijk zijn vast te stellen. Vaak zal de overeenkomst, waarbij partijen zich verplichten een bindend advies te vragen, de opdracht tot adviseering toch meer of minder vaag omschrijven.

Is nu deze moeilijkheid door den rechter overwonnen, dan zal hij vervolgens de uitspraak op hare redelijkheid moeten onderzoeken.

Ook thans moet hij voorzichtig en met veel overleg te werk gaan. In de eerste plaats moet hij voor zich zelf de vraag hebben opgelost, of een bindend advies reeds wegens geringe onredelijkheid onverbindend moet worden verklaard of dat dit slechts behoort te geschieden, indien de onredelijkheid „grof en klaarblijkelijk” is. Naar de gangbare meening, waarbij we ons geheel kunnen aansluiten, mag de rechter alleen in geval van groeve onredelijkheden de beslissing aantasten 2).

Het valt niet te ontkennen, dat dit feitelijk neerkomt op een verzwakking van den eisch van aanvulling in redelijkheid, die tevens een waarborg is voor de bepaaldheid van den inhoud der overeenkomst. Het algemeen belang vordert echter, dat partijen zich niet wegens de geringste onbillijkheid in de uitspraak aan haar verplichtingen onttrekken. Was dit mogelijk, dan zou de partij, die door adviseurs in het gelijk was gesteld, een speelbal zijn van de chicanes van haar mede-contractant.

1) Zie H. VIII, waar over compensatie wordt gehandeld.

2) Zie o. a. H.R. 11 Jan. 1924, W. 11165; Rb. Dordrecht 18 Juni 1924, W. 11239; van Praag, Themis 1919, bldz. 469.

En de rechter zou ergerlijke misbruiken in de hand werken, indien hij reeds om kleinigheden de beslissing aantastte. Al is de regel van artikel 1953 e.v. B. W.: „res judicata pro veritate habetur", slechts geschreven voor vonnissen van den ambtelijken rechter, een practische noodzakelijkheid brengt mee, dat tenslotte aan elk debat een grens worde gesteld 1). Partijen kunnen zich hierover niet beklagen. Zij hebben eenmaal afgesproken haar geschillen te laten uitmaken door een autoriteit, niet behoorende tot de rechterlijke macht, noch op tredend als arbiter in den zin van het wetboek van Burg. Rechtsv., en moeten nu ook tot op zekere hoogte de gevolgen van een dergelijke opdracht voor hare rekening nemen. Zoo lang degeen, die de beslissing geeft en in wien partijen haar vertrouwen hebben gesteld, dit niet schendt, zou het onbehoorlijk en in strijd met de goede trouw zijn, indien zij zich niet hielden aan de uitspraak.

In de tweede plaats moet de rechter bij zijn beoordeeling of een bindend advies al dan niet aan de eischen van redelijkheid voldoet, in hooge mate rekening houden met de *omstandigheden* 2). Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel, dat partijen een geschil hebben. Het is voor haar van het grootste belang, dat dit wordt opgelost; beiden verklaren zich bereid zich ten opzichte van elkaar een aanmerkelijke opoffering te

daeding

1) Zie onderschrift bij arrest H. R. 14 November 1924, W. 11301.

2) Doet een geval zich voor als genoemd op bldz. 34, dat aan de adviseurs uitdrukkelijke grenzen zijn gesteld, waarbinnen zij met hun beslissing moeten blijven — bv. in het geval van een op te leggen maximum boete —, dan mag de rechter een beslissing, die zich binnen die grenzen beweegt, niet vernietigen. Al kan de uitspraak onredelijk lijken, indien bijv. de boete zeer hoog is in verhouding tot het gepleegde verzuim, de in het ongelijk gestelde partij heeft geen reden tot klagen; zij wist van te voren, wat haar in het ergste geval te wachten stond. In dit geval kan de in het gelijk gestelde partij nimmer in strijd handelen met de goede trouw, indien zij accepteert, wat de adviseurs haar hebben toegekend.

getroosten; boven alles gaat haar, dat de wederzijdsche moeilijkheden tot een einde komen. Den adviseurs nu, tot wien zij zich om een uitspraak wenden, wordt mitsdien een aanmerkelijke vrijheid gelaten. Volkomen vrij in hun beslissing zijn zij natuurlijk ook thans niet. Doch indien een der partijen zich, nadat de aanvulling is gegeven, tóch tot den rechter wendt en onverbindendverklaring vraagt, moet de onredelijkheid, die zij als grond hiervoor aanvoert, wel zeer groot zijn, wil zij kans van slagen hebben; de rechter immers zal rekening dienen te houden met de oorspronkelijke bedoeling van partijen.

In dit verband komen we terug op het veelvuldig voorkomende beding tusschen partijen, zich aan iedere beslissing der adviseurs te zullen houden (zie bldz. 37). Rechtsgeldigheid heeft deze afspraak, gelijk wij zagen, niet. Toch is zij niet zonder eenige waarde; de rechter zal namelijk moeten overwegen, welke redenen partijen hadden dit beding te treffen. Bovendien brengt de goede trouw, die door partijen bij de uitvoering harer overeenkomsten betracht moet worden, mede, dat een contractant onbehoorlijk ten opzichte van zijn wederpartij handelt door naar den rechter te loopen en aantasting der uitspraak te eischen, als ware dit beding niet gemaakt, tenzij de onredelijkheid zeer groot is. O.i. zal de rechter de „afgrenzing”, waarover hierboven werd gesproken, bij zulk een beding meermalen zeer ruim moeten trekken. Hij zal het moeten verstaan, alsof partijen zich behoudens grove onbillijkheid tot eerbiediging van iedere uitspraak hadden verbonden.

Ook deze kwestie moet onder het oog worden gezien: Moet een bindend advies behoorlijk gemotiveerd zijn?

In principe doet het o.i. niet terzake, hoe de adviseurs volgens het advies tot hun eindconclusie zijn gekomen. Noch het ontbreken van elke motiveering, noch het feit, dat de motiveering onvoldoende, onlogisch of onjuridisch is 1), mag op zich zelve een reden voor den rechter zijn, om het bindend

1) Vgl. Rb. Amsterdam 9 Mei 1921, W. 10755.

advies aan te tasten 1). Het is immers geenszins uitgesloten, dat hem, afgezien van de overwegingen in het advies, blijkt, dat de slotsom der uitspraak redelijk is; hetzelfde kan zijn overtuiging zijn, indien elke overweging ontbreekt.

In de meeste gevallen zullen de overwegingen in het advies echter noodig zijn om de eindconclusie als redelijk te doen aanvaarden. Bovendien moet veelal uit de motiveering blijken of de adviseurs wel voldoende hebben rekening gehouden met beweringen van partijen, getuigen of deskundigen en of zij het onderzoek naar de waarheid behoorlijk hebben geleid. Ook hierop richt zich de rechterlijke contrôle. In de wijze van tot standkoming van het bindend advies moeten voldoende waarborgen gelegen zijn, dat het advies redelijk en billijk is 2). Komt het nu den rechter aannemelijk voor, dat de adviseurs bij hun beslissing, tengevolge van een onvoldoend onderzoek, op een dwaalspoor kunnen zijn gebracht, dan zal hij er spoedig toe moeten overgaan het onverbindend te verklaren.

En indien de eindconclusie zelve tegenstrijdigheden bevat? Zijn deze van dusdanigen aard, dat partijen niet weten, hoe zij zich ten opzichte van elkaar moeten gedragen, dan geeft zulk een advies haar geen licht. De rechter zal een dergelijke uitspraak ongetwijfeld onverbindend moeten verklaren 3).

Tot nu toe hebben we ons gemakshalve nog slechts op het standpunt geplaatst, dat het *geheele* advies aan onredelijkheid leed en deswege werd aangetast. Ook een gedeeltelijke onverbindendverklaring is evenwel mogelijk n.l. indien de onredelijkheid van een onderdeel door zijn samenhang met de rest van het advies niet ten gevolge heeft, dat dit in zijn geheel onredelijk wordt. Een geval als hier bedoeld kan zich bijv. voordoen, indien de opdracht aan de adviseurs uit verschil-

1) Anders Hendrix, Het Recht en de Architect, bldz. 60 en 61 en de aldaar aangehaalde uitspraken van Rb. Dordrecht, 18 Juni 1924, N. J. 1924, bl. 812 en Hof den Haag, 19 Februari 1926, W. 11525.

2) Vgl. H. R. 9 Februari 1923 en 26 Juni 1925, N. J. 1925 bl. 964.

3) Vgl. art. 649 5º B. Rv., in geval van arbitrage.

lende, los van elkaar staande, bestanddeelen bestaat en niet van elk bestanddeel de beslissing onredelijk is. Stel, dat de adviseurs zijn verzocht te oordeelen over de volgende vragen:

a. hoeveel schadevergoeding een aannemer aan zijn wederpartij, den aanbesteder, zal hebben te betalen wegens te late oplevering;

b. hoeveel schadevergoeding hij zal hebben te betalen wegens zoekmaken van, aan de wederpartij toebehoorende, gereedschappen.

Is het bindend advies nu ten aanzien van *a.* onredelijk, dan kan het toch ten opzichte van *b.* van kracht blijven.

§ 3. *Verplichting van den rechter om in sommige gevallen een eigen oplossing in de plaats te stellen van de door hem onverbindend verklaarde.*

Behoort het tot de taak des rechters om zelf een beslissing te geven over het geschil, dat partijen verdeeld houdt en deze te stellen in de plaats van het, door hem onverbindend verklaarde, advies?

Een algemeen antwoord is op deze vraag niet te geven.

Vooreerst bestaat de mogelijkheid, dat de overeenkomst, die aanvulling behoefde, in de moeilijkheid voorziet. Hieruit kan bijvoorbeeld voor partijen de verplichting zijn af te leiden, om, ingeval het advies door den rechter wordt aangetast, ten tweeden male een advies uit te lokken, hetzij bij dezelfde, hetzij bij andere adviseurs; of er ligt in opgesloten, dat de rechter thans een eigen oplossing in de plaats moet stellen van het onverbindend verklaarde advies; voorts kan er uit volgen, dat het met die ééne beslissing van de adviseurs is afgelopen.

In deze gevallen zal de rechter zich moeten richten naar hetgeen de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend aangeeft en is zijn taak aangewezen. Gewoonlijk zullen partijen bij haar overeenkomst evenwel niet met de mogelijkheid van aantasting door den rechter rekening hebben gehouden. Wat nu? Behoort het thans tot zijn normale taak een eigen oplossing van het geschil aan partijen te geven? 1)

We aarzelen niet deze vraag bevestigend te beantwoor-

1) Vgl. Weismann, Archiv für die civ. Praxis, no. 72, bldz. 323: „...der Richter hat sich nicht damit zu begnügen ihn (d. w. z. das „Schiedsgutachten) aufzuheben, wenn seine Entscheidung über das „Rechtsverhältnisz angerufen wird; das meinen auch die Quellen, wenn „sie reden von redigi ad boni viri arbitrium (l. 76 D. pro socio), von „corrigi per iudicium bonae fidei (l. 78 eod.)”.

den, indien een daartoe strekkend verzoek uitgaat van *beide partijen tezamen*. Wat toch zal het gevolg zijn, indien de rechter weigert een oplossing te geven? Partijen raken dan wellicht in groote moeilijkheden; vragen zij wederom een bindend advies en wenden zij zich ten tweeden male tot dezelfde adviseurs, dan bestaat er geen enkele zekerheid, dat thans een betere beslissing zal tot stand komen. Evenmin is dit het geval, indien zij andere vertrouwensmensen kiezen. De adviseurs zijn trouwens niet verplicht, zich aan de overwegingen van het rechterlijk vonnis, dat tot onverbindend-verklaring heeft geleid, te houden. Niets garandeert de partijen, dat deze keer de adviseurs wél de vereischte kundigheid en eerlijkheid bezitten. De rechter mag dan ook niet weigeren partijen te helpen tot een oplossing van haar geschil te geraken.

Hetzelfde geldt, indien slechts *één der partijen* den rechter om een oplossing verzoekt, en de wederpartij zich hier niet tegen verzet. Intusschen ligt, indien de wederpartij niet van een rechterlijke beslissing wil weten en zich tegen het hiertoe strekkend verzoek van haar medecontractant keert, het antwoord minder voor de hand. Toch zijn er gewichtige redenen om aan te nemen, dat ook dan de rechter doorgaans een oplossing van het geschil moet geven en deze in de plaats moet stellen van het door hem aangetaste advies. De rechter dient rekening te houden met de bedoeling van normale, redelijke partijen. En zulke partijen mogen geacht worden te begeeren, dat hij zelf een oplossing geeft, nu gebleken is, dat een bindend advies niet het gewenschte resultaat heeft gehad ¹⁾ en er geenerlei zekerheid bestaat, dat een nieuw advies het geschil der partijen tot een bevredigende oplossing brengen zal. De rechter mag nu dan ook den onwilligen contractant niet steunen in zijn pogingen om de afdoening van het geschil te bemoeilijken of tegen te houden. Aan de bewering, dat partijen gebonden zijn aan haar afspraak een bindend

1) Vgl. Weismann, Archiv für die civ. Praxis, no. 72, bldz. 324.

advies uit te lokken, behoeft hij zich niet te storen, tenzij in de overeenkomst duidelijk naar voren komt, dat de partijen *bij uitsluiting* zulk een soort oplossing wenschten. (Zie 156 gw? boven).

We bespraken tot dusver slechts het geval, dat beide partijen of één harer van den rechter een eigen oplossing vragen. Mag de rechter echter ook een oplossing geven, indien *geen der partijen* het hem verzoekt? Naar onze meening niet! Er is geen enkele reden om dit aan te nemen; zelfs zou dit in strijd zijn met het karakter van lijdelijkheid, dat de taak des rechters kenmerkt. Hem staat het niet vrij meer te doen dan de partijen van hem vorderen. Buiten het „petitum” mag hij nooit treden.

HOOFDSTUK VI.

Omstandigheden, die de normale totstandkoming van het bindend advies bemoeilijken of verhinderen.

§ 1. *Gevolgen van het stilzitten der wederpartij bij het benoemen van adviseurs.*

Als partijen overeenkomen voor een geschil een bindend advies te vragen, zonder tegelijkertijd de adviseurs aan te wijzen, kan de uitvoering van de afspraak moeilijkheden medebrengen. Wat moet er namelijk gebeuren, indien één der partijen bij het ontstaan van het geschil weigert mede te werken tot die aanwijzing en de overeenkomst in die verwikkeling niet voorziet?

Het is niet aan te nemen, dat een onwillige partij de uitvoering van de afspraak zou kunnen tegenhouden, zonder dat aan den mede-contractant eenig rechtsmiddel daartegen openstond. Deze zal zich dan ook tot den rechter kunnen wenden en veroordeeling van de wederpartij kunnen eischen om alsnog tot de benoeming mede te werken. Tot zooverre geeft dit geen moeilijkheden. De vraag is echter, hoe de benoeming verwezenlijkt wordt.

Er laten zich verscheidene oplossingen denken. Vooreerst een benoeming door den rechter zelf. We zouden dan een analoge regeling hebben als ten aanzien van arbitrage is neergelegd in artikel 624 B. Rv. Naar het ons voorkomt, mag de rechter echter niet zelf tot de benoeming overgaan. Artikel 624 B. Rv. geeft toch een bijzondere regeling, welke niet buiten arbitrage mag worden uitgebreid 1).

1) In gelijken geest Rb. Utrecht, 20 December 1922, W. 11098; idem Versteegen in W. 11110.

Anders Rb. Dordrecht, 30 Juni 1920, niet gepubliceerd, bevestigd door Hof den Haag, 11 December 1922, W. 11145.

Vgl. ook Weismann, Archiv für die civ. Praxis, nr. 72, bldz. 319.

Een tweede oplossing zou hierin gelegen kunnen zijn, dat de eischer veroordeeling van gedaagde vraagt tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Is dit echter wel praktisch en afdoende? Eischer zal dan genoodzaakt zijn, de door hem geleden schade te bewijzen en tevens moeten aantonen, hoeveel deze bedraagt. Dit zal hem veelal uiterst moeilijk vallen, zelfs onmogelijk zijn. Menigmaal zou hij daartoe moeten staven, dat de adviseurs zijn tegenpartij zouden hebben veroordeeld.

Meer doeltreffend lijkt ons de, in aannemerskringen gebruikelijke, regeling, dat den rechter gevraagd wordt een boete op te leggen voor iederen dag, dat de onwillige partij in gebreke blijft tot de benoeming mede te werken, een soort astreinte dus 1). De deugdelijkheid van dit middel valt echter te betwifelen. Welk verband bestaat er tusschen de boete en het toegebrachte nadeel? Dit is bijna steeds zuiver fictief.

Tenslotte kan de subsidiaire eisch hiertoe strekken, dat de schuldeischer door den rechter gemachtigd wordt om zelf de verbintenis uit te voeren op kosten van den schuldenaar, een oplossing dus als is te vinden in artikel 1277 B. W. Tegen de toepassing van dit voorschrift zou men wellicht kunnen aanvoeren 2), dat deze slechts dan mogelijk is, indien de verplichting van den schuldenaar ook door een ander kan vervuld worden, niet dus bij verbintenissen om iets te doen, welker uitvoering de *persoonlijke werkzaamheid* van den schuldenaar vereischt. Het benoemen van bindend adviseurs nu is een werkzaamheid van zulk een persoonlijken aard, dat niemand anders dan de onwillige wederpartij dit kan doen.

De juistheid van deze tegenwerping staat echter te bezien! Men zou haar toch alleen kunnen verdedigen met de bewering, dat de adviseurs nu door de ééne partij geheel alleen zullen worden benoemd en hierdoor de kans ontstaat, dat zij niet

1) Vgl. Rb. Middelburg, 29 September 1915, niet gepubliceerd, bevestigd bij arrest Hof den Haag, 16 November 1917, W. 10238; Rb. Zutphen, 5 Februari 1920, W. 10565.

2) Zie Rb. Utrecht 20 December 1922, W. 11098.

geheel onpartijdig zullen zijn bij hun beslissing, tengevolge waarvan de onwillige partij gedupeerd zou kunnen worden.

Gezaghebbende juristen ¹⁾ zijn echter de meening toegedaan, dat de rechter niet mag weigeren den schuldeischer te machtigen zelf ten koste van de tegenpartij een verbintenis uit te voeren op den enkelen grond, dat de schuldenaar te veel in zijn belangen zou worden geschaad. We sluiten ons hier gaarne bij aan. De toepassing van artikel 1277 B. W. ware anders tot een minimum gevallen beperkt; bijkans iedere uitvoering door den schuldeischer in plaats van door den onwilligen debiteur kan door laatstgenoemde als schadelijk worden aangemerkt.

We komen na het hiervoren gezegde tot de conclusie, dat slechts het laatste geval als de juiste oplossing van de gestelde moeilijkheid kan worden beschouwd. Wie meent de toepasselijkheid van artikel 1277 B. W. *niet* te kunnen aanvaarden en tevens met ons van gevoelen is, dat benoeming op de wijze, als artikel 624 B. Rv. voor arbitrage aangeeft, verboden is, zal toch moeten toegeven, dat partijen een middel behooren te bezitten om haar geschil tot een oplossing te brengen ²⁾. Waarin zal dat dan bestaan? Er rest in die opvatting geen ander antwoord, dan dat de competentie van de rechterlijke macht herleeft. Blijkt de bijzondere regeling, die partijen hadden gewild, *absoluut* onuitvoerbaar te zijn, dan dient toch de algemeene regel, dat de rechter de geschillen tusschen de partijen oplost, weder van kracht te worden.

1) Zie Asser-Goudoever, Verbintenissenrecht, bldz. 177, 178; Opzoomer, V, bldz. 91; Diephuis, X, bldz. 85; Land-Lohman, bldz. 20, 21.

2) Schadevergoeding en astreinte zijn op zich zelf geen oplossing van het geschil, hoogstens een middel om soms tot een oplossing te geraken.

§ 2. *Gevolgen van het niet aannemen van de opdracht door de adviseurs 1).*

Nog verschillende andere omstandigheden kunnen de regelmatige afwikkeling van het contract bemoeilijken.

Stel, dat partijen zijn overeengekomen de, eventueel tusschen haar rijzende, geschillen aan het bindend advies te onderwerpen van, met name door haar aangewezen, personen. Er ontstaat een geschil; de partijen wenden zich tot deze vertrouwensmannen met het verzoek een oplossing te geven; dezen weigeren evenwel de opdracht aan te nemen.

De overeenkomst bepaalt misschien duidelijk wat thans rechtens is voor partijen. Mogelijk houdt zij in dat het niet de bedoeling der partijen was, alleen dan een bindend advies in te winnen, indien dit door de van te voren genoemde personen zou worden gegeven. Onder die omstandigheden zijn de partijen verplicht over en weer, in plaats van de onwillige, nieuwe adviseurs te benoemen. Eén harer zou dan dus niet mogen aankomen met de bewering, dat zij hiertoe niet gehouden is; zij mag dan door haar onwil niet te weeg brengen, dat er geen oplossing zou tot stand komen in den geest, als partijen hadden verklaard te verlangen. De belanghebbende partij zal haar onwilligen tegenstander daarom kunnen dagvaarden en vorderen, dat de rechter hem veroordele mede te werken tot benoeming van nieuwe adviseurs. De nakoming van het hiertoe strekkend rechterlijk bevel zal vervolgens op de hiervoor aangegeven wijze kunnen verzekerd worden.

Uit de overeenkomst kan ook, hetzij direct, hetzij indirect, volgen, dat partijen zich slechts aan een bindend advies hebben willen onderwerpen voor het geval, dat dit zou worden

1) Vgl. Weismann, Archiv für die civ. Praxis, no. 72, bldz. 319.

gegeven door de door haar genoemde personen. Weigering van laatstgenoemden brengt dan mede, dat een noodzakelijke voorwaarde voor de volledige totstandkoming der overeenkomst uitblijft. De afspraak tusschen partijen een bindend advies te zullen uitlokken, moet dan geacht worden te zijn vervallen. Is het gevolg hiervan nu, dat het geschil zonder oplossing zou moeten blijven? Neen, de rechterlijke competentie herleeft dan. De procedure voor den ambtelijken rechter is immers voor een ieder de normale weg om zijn geschillen tot een beslissing te brengen.

In gelijken geest dient een oplossing gegeven te worden in het geval — in de praktijk overigens wel zelden voorkomend —, dat de partijen adviseurs van een bepaald soort op het oog hadden (bijvoorbeeld alleen aannemers, wonende in de gemeente van partij A), en adviseurs van dit soort niet meer aanwezig blijken. Ook dan ontbreekt de mogelijkheid, dat de overeenkomst tot stand komt in den zin als partijen hadden afgesproken en herleeft de competentie des ambtelijken rechters dus weer.

§ 3. *De adviseurs nemen de opdracht tot het geven van een bindend advies wel aan, doch voeren deze niet uit.*

Zooals artikel 1830 B.W. zegt, kan lastgeving zoowel schriftelijk als mondeling worden aangenomen, terwijl die aanneming ook stilzwijgend kan geschieden 1).

Hebben de adviseurs zich nu bereid verklaard een advies te geven, dan dienen zij hun opdracht ook naar behooren te volbrengen, tenzij er afdoende redenen bestaan, die zulks verhinderen; doen zij dit niet, dan ontstaat de mogelijkheid, dat zij tot schadevergoeding worden aangesproken.

Over deze schadevergoedingsmogelijkheid zullen we in een volgend hoofdstuk spreken; thans gaan we na, wat aan de partijen te doen staat, om den onwil van de adviseurs ten spijt, tot een oplossing van haar geschil te geraken.

Evenals in de vorige paragraaf geldt ook hier, dat dit van den inhoud der overeenkomst zal afhangen. In het algemeen zullen partijen wèl over en weer verplicht zijn nieuwe adviseurs aan te wijzen. Mocht één harer thans weigeren daartoe mede te werken, dan zal de andere partij den weg kunnen inslaan, die is aangegeven in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk.

1) In de praktijk komt het meermalen voor, dat niet telkens iedere opdracht tot het geven van een bindend advies speciaal wordt aangenomen. De betreffende regeling in de Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven is bijvoorbeeld aldus, dat er een Raad wordt gevormd van 45 leden met een voorzitter (art. 3); deze leden hebben zitting voor vier jaar (art. 5); ingeval een geschil moet worden berecht, wordt door de geschilhebbenden, c.q. door den voorzitter, een drietal leden of in een enkel bijzonder geval, één lid uit den Raad gekozen (art. 8). De benoeming tot lid van den Raad geldt dus voor alle geschillen, die gedurende vier jaren van zitting aanhangig worden gemaakt. Voor elk van die geschillen een afzonderlijke aanneming te verlangen ware een nuttelooze formaliteit.

Hoe echter, indien uit de overeenkomst volgt, dat de partijen haar geschil slechts hebben willen onderwerpen aan een bindend advies, indien dat zou worden gegeven door de personen, die thans om een of andere reden hun opdracht blijken niet uit te voeren? De verstrekking van het bindend advies door die bepaalde personen was dan een noodzakelijke voorwaarde voor de vaststelling van den volledige inhoud van de overeenkomst in geschil; de weigering van de adviseurs maakt het beding, uit kracht waarvan het advies gevraagd wordt, onuitvoerbaar en doet dit vervallen.

Het vervalt eveneens, indien partijen slechts een advies wilden, gegeven door arbiters van een bepaald soort en dit soort is uitgeput; ook dan blijkt een afwikkeling van de overeenkomst, als de partijen hebben bedoeld, niet mogelijk. De algemeene regel, dat de competentie des rechters herleeft, geldt ook thans weer.

HOOFDSTUK VII.

Mogelijkheid van verhaal van schade op de adviseurs.

Adviseurs, die op zich hebben genomen een bindend advies aan partijen te geven, zijn verplicht deze opdracht ook te volvoeren, tenzij zij voldoende redenen hebben, die zulks verhinderen. Artikel 1837 B. W. opent de mogelijkheid voor partijen om, bij in gebreke blijven van de adviseurs, op dezen kosten, schaden en interessen te verhalen.

In verband hiermee rijst de vraag, of de adviseurs, in geval de rechter een advies onverbindend verklaart en niet zelf een oplossing van het geschil geeft, bijv. in geval geen der partijen hem dit heeft verzocht ¹⁾, verplicht zijn nogmaals hun slecht volvoerde taak op te vatten en aan partijen een nieuw advies te geven.

Zeer zeker! Hun opdracht kan dan niet als geëindigd beschouwd worden ²⁾. Een, door den rechter aangetaste, beslissing houdt voor partijen niet een oplossing harer geschillen in, en de adviseurs kunnen niet geacht worden, hun taak te hebben volbracht. Mochten de adviseurs dus weigeren nogmaals een advies te geven, dan kunnen zij tot schadevergoeding worden aangesproken.

Behalve indien de last niet wordt uitgevoerd, opent de wet een mogelijkheid tot schadevergoeding, indien de lasthebber zich bij het vervullen van zijn taak schuldig maakt aan *kuwaad opzet* en *verzuim* en hieruit voor den lastgever *schade* voortvloeit. (Vgl. artikel 1838 ¹ B. W.). De verantwoordelijkheid

1) Vgl. hierover bldz. 55, 56 en 57.

2) Een zelfde kwestie doet zich voor bij arbitrage, in verband met art. 655 B. Rv. (vgl. Nolen, Handelingen Ned. Juristenvereniging 1919, bl. 108; H. R. 22 Nov. 1912, W. 9440, N. J. 1913, bl. 81).

voor verzuim wordt echter getemperd, naar het tweede lid van artikel 1838 B. W. aangeeft, ingeval de opdracht wordt volvoerd om niet. Regel is echter, dat de adviseurs een belooning genieten voor hun arbeid 1).

Zijn de adviseurs ook aansprakelijk voor de fouten, die zij bij het geven van hun beslissing maken?

Een actie op grond van onredelijkheid van het advies zal wel nimmer kunnen opgaan; daargelaten, dat deze niet op zich zelf insluit, dat de adviseurs een laakbaar verzuim gepleegd hebben, zal een partij, die zich verongelijkt acht, wel altijd te vergeefs van de adviseurs vergoeding vragen. Immers, het is haar geoorloofd om den rechter van die onredelijkheid te overtuigen en onverbindendverklaring van het advies te doen uitspreken. Doet zij dit, dan lijdt zij geen schade; laat zij het na, dan is de schade aan haar eigen schuld te wijten. En wil de rechter geen gehoor schenken aan haar klachten, waarop zij haar vordering tot onverbindendverklaring grondt, dan zal hij ook wel nimmer neiging gevoelen een actie tot schadevergoeding toe te wijzen.

1) Vgl. artikel 10 laatste lid der Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven en § 16⁵ A. V. Genie.

HOOFDSTUK VIII.

Compensatie.

Indien twee personen over en weer een vordering op elkaar hebben, kunnen onder bepaalde omstandigheden deze vorderingen tegen elkaar wegvallen tot een gelijk bedrag. (Vgl. artt. 1461—1471 B.W.).

De voorwaarden, welke de wet voor deze wederzijdsche vernietiging noemt, zijn voornamelijk deze: de vorderingen moeten beide tot onderwerp hebben een geldsom of generiek bepaalde zaken van de zelfde soort; zij moeten opeischbaar zijn en liquide. Onder dit laatste begrip verstaat de rechtspraak, dat het bedrag der vordering zonder een al te ingrijpend onderzoek kan worden vastgesteld 1).

Deze schuldvergelijking heeft echter niet uit zich zelf plaats; noodzakelijk is, dat één der partijen er een beroep op doet. Dit behoeft zij echter niet in rechte te hebben gedaan; óók indien zij, toen de wederpartij haar maande om te betalen, zich op het bestaan van een tegenvordering heeft beroepen, en dit feit in het geding komt vast te staan, zal aan de wederpartij haar vordering tot het bedrag der, in compensatie gebrachte, tegenvordering moeten worden onzegd.

Is eenmaal een beroep op schuldvergelijking gedaan, dan heeft dit terugwerkende kracht en moeten de wederkeerige vorderingen geacht worden elkaar vernietigd te hebben vanaf het moment van het ontstaan der compensabiliteit.

De van staatwege aangestelde rechter moet dus bij zijn beslissing rekening houden met het beroep op compensatie, door een der partijen gedaan. Hoe staat het echter met deze

1) Vgl. Suyling, Inleiding, 2de stuk, 2de gedeelte, bldz. 406, met de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

verplichting bij de geschilsbeslissing door particulieren, in het bijzonder bij de arbitrale uitspraak en het bindend advies?

Hebben wij deze vraag beantwoord inzake arbitrage, dan kunnen we naar aanleiding hiervan een oplossing trachten te vinden voor het geval partijen haar geschil willen zien opgelost door een bindend advies.

Stel, dat aan arbiters is opgedragen te onderzoeken, of de eene partij een rechtmatige vordering op de andere kan doen gelden. Laatstgenoemde verweert zich echter, door een tegenvordering in vergelijking te brengen.

Reeds werd door ons opgemerkt, dat, indien een ^{arbitr}partij buiten hun bevoegdheid zouden gaan, indien zij zich niet bepaalden tot de beoordeeling van en het onderzoek naar de vordering van de eene partij op de andere, gelijk hen is opgedragen, doch ook de gegrondheid van de tegenvordering nagingen.

We betwijfelen echter of deze opvatting de juiste is 1).

Reeds werd door ons opgemerkt, dat indien een partij zich op schuldvergelijking beroept, dit beroep vernietiging van de geheele schuld of van een gedeelte ten gevolge heeft, te rekenen van den dag, dat de vorderingen als compensabel tegenover elkaar stonden.

Moeten arbiters dus beslissen over een of andere vordering, dan dienen zij zich allereerst toch af te vragen, of deze vordering wel of nog wel bestaat of geheel of gedeeltelijk is ondergegaan.

In het algemeen zal men dus moeten aannemen, dat arbiters bevoegd zijn bij hun uitspraak rekening te houden met compensatie.

Doch niet steeds. Partijen kunnen in de eerste plaats bij haar opdracht *uitdrukkelijk* bepalen, dat arbiters zich met een beroep op compensatie niet zullen mogen inlaten; zij

1) Vgl. Suyling, Inleiding, 2de stuk, 2de gedeelte, bldz. 410, noot 1.

kunnen immers naar willekeur den omvang van de opdracht aan arbiters vaststellen en afgrenzen. In de praktijk zal dit echter wel niet veel voorkomen. Een verbod van compensatie kan echter ook *stilzwijgend* in de opdracht zijn opgesloten. Naar onze meening doet dit geval zich verreweg het meeste voor, hetgeen een blik op de praktijk kan leeren.

We hadden eerder reeds gelegenheid om op te merken, dat er een levendige bloei van vaste scheidsgerechten valt te constateeren. Gemeenlijk bestrijkt elk dezer scheidsgerechten een speciaal terrein van geschillen; het ééne is ingesteld tot berechting van geschillen in den handel van graan, een ander betreft den verkoop van zuidvruchten, een derde het bouwvak en aanneming van werk, enz.

Deze specialiseering brengt naar onze meening mede een stilzwijgend verbod zich ook maar in eenig opzicht te mengen in kwesties, die buiten den bijzonderen tak van bedrijf liggen, waarvoor het scheidsgerecht in het leven is geroepen; een tegenvordering, wier oorzaak ligt op ander terrein, staat niet ter beoordeeling van dat scheidsgerecht. Slechts indien de tegenvordering behoort tot dezelfde groep, als waaronder de ingestelde vordering valt, mag haar juistheid worden onderzocht en is er plaats voor compensatie.

Een voorbeeld zal dit verduidelijken.

Stel, dat een aannemer een villa heeft gebouwd voor een winkelier in sigaren. In het bestek is de bepaling opgenomen dat alle geschillen, die terzake der aanneming mochten ontstaan, beslist zullen worden overeenkomstig de Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, terwijl een uitspraak zal moeten worden gegeven overeenkomstig artikel 21, m. a. w. een zuiver arbitrale uitspraak. Genoemde winkelier weigert den laatsten termijn, groot f 5000.— te betalen. Hij meent dat het werk niet naar behooren is opgeleverd, terwijl hij bovendien een vordering op den aannemer zegt te hebben ad f 25.— voor geleverde sigaren. De zaak komt voor arbiters en de winkelier beroept zich op compensatie; ook indien arbiters zouden meenen,

dat het werk behoorlijk is opgeleverd, zoo voert hij aan, is hij toch ten hoogste *f* 4975.— schuldig.

Naar onze meening mogen arbiters nu op dit beroep op compensatie *niet ingaan*; de tegenvordering spruit niet voort uit aanneming van werk en een onderzoek naar de gegrondheid ervan ligt buiten hun opdracht.

De vraag doet zich voor of zulks ook geldt, indien de tegenvordering *zonder meer wordt erkend*. Ja, ook dan ¹⁾. De opdracht van arbiters strekt slechts tot beantwoording van de vraag, hoeveel terzake van de *aanneming* door de ééne partij aan de andere is verschuldigd; het staat hun niet vrij uit te maken, welken invloed de erkenning van de tegenvordering op de schuldplichtigheid heeft.

+18! Deze vraag mist trouwens praktische beteekenis. Immers, is de tegenvordering onvoorwaardelijk erkend, dan behoeft het bedrag hiervan toch niet te worden voldaan. Wordt gedaan uit kracht van het arbitrale vonnis ten volle tot betaling aangesproken, zoo kan hij niettemin het bedrag der door eischer erkende tegenvordering ter gelegenheid van de voldoening der schuld in mindering brengen.

Hoe staat het met deze kwestie, indien partijen haar geschil aan een bindend advies onderwerpen? Evenals bij arbitrage staat het in dit geval aan de partijen vrij de bevoegdheid der personen, die met het geven van zulk een beslissing zijn belast, aan een *bepaalde* opdracht te binden en den omvang daarvan willekeurig af te grenzen. Dit is ook de reden, waarom wij ons ter oplossing van de thans opgeworpen vraag kunnen richten naar hetgeen voor arbitrage geldt.

Stilzwijgende uitsluiting van compensatie zal als bedongen moeten gelden, indien de partijen de Algemeene Administratieve Voorschriften van toepassing hebben verklaard en haar geschil laten beslechten overeenkomstig artikel 18

1) In anderen zin Nolen, Rechtsgeleerd Magazijn 1917, bldz. 486 e.v.

der Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven. Het speciale doel, waarvoor deze Raad in het leven is geroepen, brengt, gelijk we dit boven zagen, mede een stilzwijgend verbod aan de adviseurs zich ook maar op eenige wijze te begeven buiten de beoordeeling van de geschillen, welke terzake van de aanneming mochten rijzen tusschen de aanbesteders en de, namens hen met de leiding en het toezicht belaste, personen ten eenre en de aannemers ter andere zijde.

Hetzelfde geldt o. i. indien ingevolge § 495 der Algemeene Voorschriften van 1901 het advies wordt ingeroepen van een commissie, samengesteld volgens § 496. Ook deze commissie van adviseurs wordt voor een speciaal doel aangewezen, Daarom dient men ook te haren opzichte tot stilzwijgende uitsluiting van compensatie te besluiten 1).

1) Men zie ook van Praag, Themis 1920, bldz. 332 en 333.

HOOFDSTUK IX.

Bevoegdheid van een gemeente in verband met bindend advies en arbitrage.

§ 1. *Mag een gemeente een bindend advies uitlokken?*

In zijn bekend en reeds meermalen door ons geciteerd arrest van 11 Januari 1924 (W. 11165) heeft de Hooge Raad uitgemaakt, dat het een gemeente in geenen deele verboden is een afspraak tot het uitlokken van een bindend advies te treffen.

Ook de Regeering had al in zekere mate een aanwijzing in die richting gegeven. Een van de redenen immers, waarom de constructie van het bindend advies in de Algemeene Voorschriften, betreffende de werken in onderhoud bij de verschillende Departementen, werd opgenomen — inplaats van de bij de wet geregelde arbitrage —, was, dat men de opvatting huldigde zodoende kwesties omtrent wettelijke bevoegdheid, die konden rijzen, indien publiekrechtelijke lichamen een compromissoir beding zouden willen aangaan, uit te kunnen sluiten.

Niettemin oordeelden vele juristen, dat, hoewel de „vondst” van het bindend advies niet slecht was ¹⁾, men zich geen zand in de oogen moest laten strooien en dat er feitelijk tusschen een arbitrale uitspraak en een bindend advies geen verschil bestond. En menigeen, die van meening is, dat publiekrechtelijke lichamen geen arbitrage mogen aangaan, acht de overeenkomst om een geschil aan een bindend advies te onderwerpen dus nog altijd onwettig. Duidelijk komt deze opvatting uit in het arrest van het Hof in den Bosch d.d.

1) Zie *St h e e m a n*, Handelingen Ned. Jur. Vereeniging 1919, bl. 150 e.v.

21 November 1922 (W. 11042), gewezen naar aanleiding van de bekende kwestie tusschen den aannemer Pollaert en de gemeente Heer, welk arrest door het bovengenoemde van den Hoogen Raad werd gecasseerd.

Het Hof overwoog als volgt:

„dat een gemeente geen compromissoir beding mag sluiten, „omdat zij niet heeft de vrije beschikking over hare rechten, „artikel 620 W. v. B. Rv.;

„dat hetzelfde ook volgt uit de Gemeentewet;

„dat toch blijkens artikel 1834 van het Burgerlijk Wetboek „het sluiten van een compromis verder gaat dan het sluiten „van een dading en het eerste dus niet toegelaten is, nu het „limitatieve artikel 194 der Gemeentewet alleen het laatste „vergunt;

„dat de aard en het wezen van een compromissoir beding „daarin bestaat, dat partijen daarbij den rechter uitschakelen „en desverkiezende kunnen bedingen, dat volgens billijkheid „zal worden beslist;

„dat blijkens de bovenaangehaalde bepalingen partijen in „dat geval geheel hetzelfde hebben bedongen en het eenig „verschil daarin bestaat, dat bij arbitrage de president van „den Rechtbank de uitvoerbaarheid verleent, terwijl hier de „gewone rechter het advies moet omzetten in een vonnis „wat wel een verschil in vorm, doch niet in aard en strek- „king is;

„dat daarom dit zoogenaamd bindend advies is, althans „gelijk te stellen is, met een arbitraal vonnis; dat deze par- „tijten daarom een daartoe leidend contract niet mochten „sluiten en dat het mitsdien in zoover nietig is, als aan- „gegaan in strijd met eene wet, die op de openbare orde „betrekking heeft, artikel 14 Algemeene Bepalingen;

„dat mocht het bovenstaande niet opgaan, dan toch dit „contract in strijd is met artikel 194h Gemeentewet, omdat „dit artikel, het voeren van rechtsgedingen toestaande, die „alleen wil gevoerd hebben volgens den algemeenen regel, dat „is voor den gewonen rechter en naar de regelen der wet en

„dus niet voor deskundigen en naar de regelen der billijkheid;
 „dat een bindend advies nu wel niet is een vonnis en de
 „gewone rechter van dergelijk advies nog een executorialen
 „titel zal moeten maken, maar dit niet wegneemt, dat waar
 „de rechter verplicht is zulks te doen, het hier aanwezig
 „contract tot doel heeft om de beslissing van het geschil, het
 „eigenlijk rechtsgeding, toch aan den gewonen rechter te ont-
 „trekken in strijd met artikel 194h Gemeentewet en ook
 „daarom dat contract in zoover strijdt met artikel 14 A. Bep.
 „en dus nietig is;

„dat ook op artikel 236 B. Rv. een beroep zou kunnen
 „worden gedaan;

„dat toch partijen, die de beschikking over hare rechten
 „hebben, wel zelve haar rechtsverhoudingen kunnen regelen,
 „zooals zij dat willen, maar dat partijen, die deze vrije be-
 „schikking niet hebben, den rechter niet kunnen dwingen
 „om door den vorm en den naam van hun contract de Ge-
 „meentewet te ontduiken, maar dat er volgens den ouden
 „rechtsregel meer waarde moet gehecht worden aan wat
 „partijen in werkelijkheid beoogen en ook doen, dan aan
 „hetgeen zij veinzen te doen. . . .”

In zijn, aan deze zaak gewijd, arrest liet de Hooge Raad zich niet uit over de vraag of gemeenten mogen arbitreeren. In de overige overwegingen van het Hof vond hij voldoende redenen voor cassatie. Die had plaats op de volgende gronden:

- a. dat een arbitraal vonnis niet is een bindend advies;
- b. een bindend advies is niet in strijd met de openbare orde en goede zeden; de bedoeling is niet rechtsgedingen onder alle omstandigheden uit te sluiten, slechts om ze te voorkomen;
- c. er is ook geen strijd met eenige bepaling in de wet, met name niet met artikel 194h Gemeentewet.

Niet zeer scherp komt in dit arrest datgene uit, waarop volgens onze meening de nadruk moet worden gelegd, n.l. het karakter van het bindend advies als *aanvulling* van de

overeenkomst, die tusschen partijen in geschil is. Daar geen bepaling voor gemeenten een uitzondering maakt op den algemeenen regel, dat het partijen geoorloofd is, haar overeenkomsten aan te laten vullen door een derde, komen we dus tot de conclusie, dat een gemeente een bindend advies mag uitlokken.

§ 2. *Mag een gemeente een bindend advies uitlokken zonder de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te vragen?*

In het vorengenoemde arrest overwoog de Hooge Raad, dat artikel 194^h Gemeentewet enkel de bevoegdheid der gemeente tot het voeren van rechtsgedingen regelt, *doch haar niet verbiedt of haar in haar bevoegdheid beperkt* om, alvorens 's rechters tusschenkomst in te roepen, ter beslechting van haar geschillen een bindend advies uit te lokken. Deze overweging doet, naar het ons lijkt, niet volkomen recht wederbaren aan wat er in werkelijkheid geschiedt, indien partijen een bindend advies vragen.

De Hooge Raad redeneert, alsof een bindend advies iets zeer onschuldigs is; hij stelt het voor, alsof een gemeente, alvorens den definitieven stap te doen en naar den rechter te gaan, teneinde een geschil tot oplossing te brengen, dit eerst aan een vertrouwensman voorlegt om te zien of partijen het alsnog eens kunnen worden. Die voorstelling strijdt met de werkelijkheid. De adviseurs worden niet aangewezen om te zien of het mogelijk is partijen te verzoenen; ze geven zelf een uiteindelijke en de partijen bindende oplossing. M. a. w. men moet niet meenen, dat de adviseurs louter een „advies” geven; het zwaartepunt ligt hierin, dat hun advies „bindend” is.

Dezelfde redenen die het voeren van rechtsgedingen door gemeenten aan het preventief toezicht van Gedeputeerde Staten deden onderwerpen, maken het in vele gevallen uiterst gewenscht, dat voor het uitlokken van een bindend advies een zelfde beperking zou gelden.

Met de bepaling van artikel 194^h Gemeentewet op te nemen heeft de wetgever er voor willen waken, dat een gemeente door een ongegronde of onnoodige procedure zich financieele nadeelen op den hals zou halen. Gedeputeerde

Staten moeten dan ook hun goedkeuring weigeren, indien ze met voldoende zekerheid kunnen aannemen, dat het geding niet ten gunste van de gemeente zal afloopen. Evenmin mogen ze hun goedkeuring geven, indien de geringe belangen, waarover het geding loopt, niet opwegen tegen de kwade kansen, welke een procedure met zich brengt en de, in verhouding te hooge kosten, die er aan verbonden zijn 1).

Indien nu een gemeente een geschil heeft en de voorkeur geeft aan een oplossing in den vorm van een bindend advies, dan geldt veelal precies hetzelfde als boven is gezegd. De adviseurs spreken hun oordeel uit over een geschil en leggen partijen of één harer een verplichting op; menigmaal dient een vrij hoog „tarief” te worden betaald 2). Ook dit „geding” kan door een gemeente onverantwoordelijk en ongemotiveerd worden gevoerd. En wat hebben we dan aan de tusschenkomst van den rechter, waar de Hooge Raad zoo den nadruk op legt? Ten hoogste schuilt daarin een waarborg, dat de beslissing van het geschil *in zich zelve* niet onredelijk zij. Dat niet zonder reden een geschil aan een beslissing wordt onderworpen, garandeert de rechterlijke contrôle allerminst.

Houden we dus de strekking van het toezicht van Gedeputeerde Staten in het oog, dan voelen we dat er iets niet in orde is, indien de gemeente zich aan dit toezicht onttrekt door den weg van het bindend advies op te gaan. De vraag is echter of zulk een ongewenschte onttrekking kan worden verhinderd. Dat zou alleen kunnen gebeuren, als het optreden der gemeente zou strijden met de *wet*.

De eenige bepaling in de wet, die wellicht hier diensten zou kunnen bewijzen, is artikel 194*h* der Gemeentewet.

1) Zie K. B. 9 Januari 1890.

Vgl. E l e n b a a s, Handboek voor de beoefening van het Adm. Recht I. bl. 487, 488, 502 met noot 1.

W. Burg. Adm. no. 3215.

2) Vgl. artikel 14 der Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven; een beslissing van drie scheidsrechters kost minstens f 250.—, van één minstens f 150.—; bijstand van een rechtsgeleerde is meestal vereischt.

Doch dit zou toch slechts gaan, indien we den term „rechtsgeding” een uitbreiding geven in dien zin, dat ook de „procedure” voor bindende adviseurs er onder valt. *Materieel* is een rechtsgeding niets anders dan een behandeling voor een of andere autoriteit van een geschil, waarbij de, tusschen gedingvoerende partijen bestaande, rechtsverhouding bindend wordt vastgesteld. Ook het geven van een bindend advies voert, indien het gaat over de rechten van partijen, tot zulk een bindende vaststelling. We betwijfelen echter of deze redeneering in de oogen van den rechter genade zou vinden. Vermoedelijk zal hij het woord „procedure” in *formeelen* zin opvatten en daaronder een, overeenkomstig het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gevoerden, rechtsstrijd verstaan.

In de praktijk zal het dan ook wel hierop neerkomen, dat een gemeente een bindend advies kan aanvragen, zonder verplicht te zijn haar daartoe strekkend besluit van te voren aan de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te onderwerpen, hoezeer ook zulk een preventief toezicht gewenscht en noodzakelijk zij.

Gelukkig opent echter de gemeentewet in een enkel geval de mogelijkheid, dat een gemeente van hooger hand wordt belet om een besluit, een bindend advies uit te lokken, te effectueeren, indien namelijk zulk een besluit strijdt met het *algemeen belang*.

Artikel 153 Gemeentewet, voorschrijvende dat de plaatselijke verordeningen, zoover zij met de wetten of het algemeen belang strijden, door de Kroon kunnen worden geschorst of vernietigd, komt hier te hulp. Weliswaar spreekt dit artikel slechts van „plaatselijke verordeningen”, doch deze term dient volgens de vaststaande leer in den meest uitgebreiden zin te worden verstaan en omvat dus ook besluiten als die, waarop wij hier het oog hebben. Indien het Gedeputeerde Staten nu voorkomt — hetzij dat de Burgemeester zelf hun op de hoogte heeft gebracht (vgl. art. 70 Gem.W.), hetzij dat zij op eenige andere wijze er kennis van hebben gekregen —, dat een ge-

meente een besluit heeft genomen tot het vragen van een bindend advies en hiermede in strijd heeft gehandeld met het algemeen belang, zullen zij 1) de Kroon de schorsing of vernietiging hiervan moeten vragen 2).

Het is echter wel duidelijk, dat deze maatregel in de praktijk zelden zal kunnen worden getroffen. Strijd met het algemeen belang is niet gemakkelijk aan te toonen, terwijl bovendien, nu de gemeente slechts bij uitzondering *verplicht* is haar besluiten aan Gedeputeerde Staten mede te deelen, laatstgenoemden meestal niet tijdig zullen kunnen ingrijpen.

1) Vgl. art. 146 j^o 161 Prov. Wet.

2) De Kroon kan ook tot schorsing of vernietiging overgaan, zonder dat Gedeputeerde Staten daartoe aanvraag hebben gedaan. Gewoonlijk zal echter het initiatief van Ged. St. uitgaan.

§ 3. *Is het een gemeente verboden te arbitreeren?*

Tenslotte rijst nog deze vraag: is arbitrage voor gemeenten niet in vele opzichten te verkiezen boven het inwinnen van een bindend advies en sluit de wet de eerstgenoemde wijze van geschilsoplossing werkelijk uit?

Eén van de gevaarlijkste kanten van het bindend advies is, dat het mindere rechtszekerheid biedt dan een arbitraal vonnis ¹⁾. En al is dit bezwaar voor een koopman niet van zoo doorslaand gewicht en is voor hem de soepelheid van de „oneigenlijke arbitrage” bijna even belangrijk als de juistheid der beslissing, voor een gemeente staat de zaak anders. Hier is het belang van zoovelen gemoeid met een behoorlijk beheer! Dat de gemeente krijgt wat haar werkelijk toekomt, moet voor haar hoofdzaak zijn.

In menig geval moet dan ook het uitlokken van een bindend advies door een gemeente worden afgekeurd. Tenzij zij aan een gewone procedure voor den ambtelijken rechter de voorkeur geeft, zal zij daarom meestal beter doen te arbitreeren.

Staat het haar echter vrij een compromis aan te gaan? Naar het ons voorkomt, kan haar de bevoegdheid daartoe niet ontzegd worden. We zullen deze meening zoo kort mogelijk motiveeren. De kwestie valt toch eenigszins buiten het onderwerp dezer verhandeling en reeds zoovelen hebben hun meer of minder gezaghebbende stem erover laten hooren.

Reeds een halve eeuw geleden bracht deze twistvraag de pennen onzer rechtsgeleerden in beweging. Alle oudere schrijvers — met uitzondering van Goudsmit — hebben aan de gemeenten de bevoegdheid ontzegd een compromissoire over-

1) Vgl. art. 20 der Statuten van den Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven: „bij de behandeling der geschillen behoeven geen wetsvoorschriften van formeel en materieel procesrecht te worden in acht genomen”.

eenkomst aan te gaan 1). Hun argumentatie steunde voornamelijk op de toenmaals geldende leer, dat gemeentebesturen slechts dan een wettig besluit kunnen nemen, indien de Gemeentewet hun uitdrukkelijk of stilzwijgend de bevoegdheid daartoe verleent.

Het gezag op wetenschappelijk gebied van Oppenheim heeft grootendeels een einde gemaakt aan deze opvatting 2). Toch treft men telkens nog sporen van deze gewraakte leer aan in de juridische betoogen, die deze kwestie betreffen. Zoo bijvoorbeeld het herhaaldelijk gebruikte en reeds zeer oude argument, dat de Gemeentewet over het compromis zwijgt, hoewel zij in artikel 194 g op het sluiten van dadingen de goedkeuring van Gedeputeerde Staten eischt. Indien nu, zoo redeneert men, een dadning niet mag tot stand komen dan met die goedkeuring, dan mag een compromis *in het geheel niet* worden gesloten, nu de wet er niet van rept. De wetgever toch heeft het aangaan van een compromis opgevat als een handeling van meer ingrijpenden aard dan het sluiten van een dadning; dit blijkt o. m. uit artikel 1834 B.W., waar is bepaald: „... de macht om een zaak bij wege van dadning af te doen bevat geenszins de bevoegdheid om dezelve aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen” 3).

Die redeneering houdt o.i. echter geen steek 4). Het karakter van een compromis is zoo geheel anders dan dat van een dadning, dat men niet mag zeggen, dat het ééne eerder zou zijn toegestaan dan het andere. Bij een dadning geeft iedere partij

1) Zie: Eenparig advies van drie rechtsgeleerden t.w. van Stipriaan Luisius, de Pinto en Tellegen, Themis 1883; Oppenheim, Ned. Gemeenterecht, deel I, bldz. 810 e.v.; Goudsmit, Themis, 1883.

2) Zie Oppenheim, Ned. Gem. Recht I, bldz. 811, met de aldaar voorkomende zinsnede: „Het is onjuist, dat de gemeentewet er op uitgaat, alles te vermelden, wat tot 's Raads bevoegdheid behoort. Het tegendeel volgt zonneklaar uit art. 134”.

3) Dat men dit argument nog lang niet heeft laten varen, bewijst het arrest Hof den Bosch, hiervoren gedeeltelijk geciteerd.

4) Vgl. van Brakel, W. P. N. R. 2873.

een gedeelte harer rechten prijs om tot een oplossing te geraken; bij een compromis in het geheel niet. Van minnelijke schikking is hier geen sprake, ieder der partijen staat op haar recht. In plaats van te verklaren, dat een gemeente eerder een dading dan een compromis zou mogen aangaan, zou men misschien zelfs met meer reden kunnen beweren, dat het sluiten van een dading, d.i. een handeling, waarbij zij rechten prijs geeft, eerder diende te worden beperkt dan het onderwerpen van een geschil aan het oordeel van arbiters.

Ook uit artikel 194h Gem. Wet heeft men trachten af te leiden, dat gemeenten niet tot arbitrage mogen overgaan. Feitelijk is die voorstelling eveneens een uitvloeisel van de oude attributieve opvatting, omtrent de Gemeentewet gehuldigd. Men betoogt, dat het aldaar gebruikte woord „rechtsgeding” alleen slaat op een geding voor den beroepsrechter. Arbitrage wordt er niet mee bedoeld, van deze wijze van procederen wordt niet gewaagd. Dus.... zij is voor een gemeente verboden. Tegen deze opvatting is van gezaghebbende zijde opgekomen 1). Er bestaat geenerlei reden, om onder rechtsgeding niet ook een arbitraal geding te begrijpen, terwijl het bovendien, al kan men het voorgaande niet onderschrijven, onjuist is om uit het niet genoemd zijn van arbitrage af te leiden, dat ze dus ook verboden is.

Het sterkste argument van hen, die aan een gemeente arbitrage-bevoegdheid ontzeggen, ligt in art. 620¹ B.Rv., luidende: „Ieder kan de geschillen omtrent de rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de uitspraak van scheidsmannen onderwerpen”. Ook Oppenheim grondt zijn betoog op dit voorschrift 2); volgens hem is de gemeente niet bevoegd te arbitreeren, omdat artikel 620 B.Rv. alléén dengene, die de vrije beschikking heeft over de rechten, waar-

1) Zie o. a. Goudsmit, Themis 1883, bl. 301; van Brakel, W.P. N.R. 2873, slot; Conclusie O.M. bij arrest van den H.R. van 11 Jan. 1924, W. 11165.

2) Ned. Gemeenterecht I, bl. 811.

over het geschil loopt, de bevoegdheid toekent om het te maken tot een voorwerp van een uitspraak door scheidsmannen. En over de rechten, waarover *in den regel* het geschil zal loopen, als de gemeente daarin burgerrechtelijk is betrokken, of die althans daarbij kunnen zijn gemoeid, heeft de gemeente de vrije beschikking niet.

Volgt hier nu uit, dat een gemeente *nimmer* arbitrage kan aangaan? Neen, ten hoogste, dat dit een gemeente in den regel verboden is; het verbod geldt *alleen* ten aanzien van de rechten, waarover de gemeentebesturen niet dan onder toezicht van Gedeputeerde Staten kunnen beschikken. Dit is, indien men in artikel 620 B. Rv. een beletsel wil zien, de eenige logische consequentie 1).

Is echter ook deze meening wel juist; hebben werkelijk zij, die een administratieve of rechterlijke goedkeuring behoeven op hunne handelingen t. a. v. zekere rechten, daarover niet de vrije beschikking in den zin van art. 620 B.Rv.? Indien men oordeelt, dat dit de bedoeling is van het artikel, dan moet men de twee leden hiervan in hun onderling verband aldus verstaan:

men mag *slechts* compromiteeren over de rechten, waarover men de vrije beschikking heeft; men mag dit dus niet doen over rechten, waarop men een administratieve

1) Ledeboer kent in zijn reeds genoemde conclusie bij het arrest van den H. R. van 11 Januari 1924 aan een gemeente *wel* de bevoegdheid toe om te arbitreeren. Zijn argumentatie gaat o. i. echter niet op. In navolging van Goudsmit is hij van meening, dat de contrôle, door Gedeputeerde Staten uit te oefenen, niet meebrengt, dat een gemeente onbevoegd moet worden geacht tot het vrij aangaan van burgerrechtelijke handelingen. Immers, wat Gedeputeerde Staten doen, is slechts toezicht houden. Hun goedkeuring is zoo weinig te beschouwen als een daadzaak, die eerst de bevoegdheid tot beschikking zou verleen, dat het stilzwijgen van Gedeputeerde Staten gedurende 30 dagen de betreffende besluiten perfect maakt. Gaat deze redeneering echter op? Het valt toch niet te ontkennen, dat zonder deze uitdrukkelijke of stilzwijgende goedkeuring gemeentebesturen de in art. 194 Gemeentewet genoemde besluiten niet geldig kunnen nemen.

of rechterlijke machtiging noodig heeft. Op deze regeling bestaat echter een uitzondering. De in het tweede lid genoemde personen mogen, al hebben zij deze machtiging noodig, toch compromitteeren.

De strekking van het tweede lid is dan om als uitzondering te gelden op den in lid één neergelegden regel.

Het is evenwel ook mogelijk om het artikel aldus te lezen:

Men mag *in het algemeen* compromitteeren over de rechten, waarover men de vrije beschikking heeft. Sommige, in het tweede lid genoemde, personen dienen echter eerst een rechterlijke machtiging te hebben om dit te mogen doen.

Aldus opgevat, vormt het tweede lid een beperking van den regel in het eerste lid.

Er zijn twee argumenten, waarom wij de laatste opvatting als de eenig juiste beschouwen. Vooreerst een van taalkundigen aard. Als men de bepaling in den eerstgenoemden zin moest verstaan, als dus het tweede lid van art. 620 B.Rv. een *uitzondering* op het eerste bevatte, had dit laatste in dezen geest moeten luiden: *niemand* mag zijn rechten aan de uitspraak van scheidsmannen onderwerpen, indien hij daarover niet de vrije beschikking heeft. Zooals de tekst thans luidt, ligt er echter in opgesloten een algemeene regel van geoorloofdheid, evenals in artikel 1691 B.W., dat op soortgelijke wijze is geredigeerd 1).

In de tweede plaats hebben wij een logisch en historisch motief voor onze opvatting 2). Het tweede lid van artikel 620 B.Rv. is later bijgevoegd. Daarom mag men niet aannemen, dat er, alvorens dit artikel zijn tegenwoordige gedaante kreeg, een flagrante strijd bestond met het bepaalde in artt. 465 en 506 B.W. en dat de bijvoeging van het tweede lid gediend heeft om deze tegenstrijdigheid op te heffen. De geschiedenis van deze toevoeging, te vinden bij van den

1) Vgl. Goudsmit, Themis 1883, bldz. 301.

2) Vgl. van Brakel, W.P.N.R. 2873.

Honert ¹⁾ en in de Memorie van Toelichting, toont dan ook ondubbelzinnig aan, dat de reden een geheel andere is geweest. Men wilde een algemeene bepaling geven, om personen, die hun geschillen niet door dading mochten doen eindigen dan met rechterlijke machtiging, ook te verbieden geheel vrij een oplossing door een compromis te bewerkstelligen. Voor voogden en curators dus een overbodige bepaling, zal men vragen. Inderdaad! De Tweede Kamer merkte dit ook op; de Regeering handhaafde echter haar voorstel, omdat de thans voorgestelde bijvoeging algemeen was en niet slechts op voogden en curatoren sloeg. Hieruit blijkt dus, dat men, in de voorstelling van den wetgever, zeer goed de vrije beschikking kan hebben over zijn rechten en toch machtiging behoeven om daarover te arbitreeren. Er is dan ook geen reden om te ontkennen, dat een gemeente zich tot arbitrage mag verbinden. Doch als zij dat doet, moet zij gelijk wij hierboven opmerkten ²⁾, daarop overeenkomstig art. 194h Gemeentewet de goedkeuring van Gedeputeerde Staten vragen.

1) Zie van den Honert, Handboek voor de Burg. Rechtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden, 1839, I, bldz. 605.

2) Vgl. bldz. 82.

STELLINGEN.

I.

Terecht verkiest het ontwerp-comptabiliteitswet het represieve boven het preventieve stelsel van comptabiliteit.

II.

Het in Suriname geldend recht „allodiaal eigendom en erfelijk bezit”, hoewel gelijkenis vertoonend met eeuwigdurende erfpacht, is een bijzonder recht van eigendom van beperkten aard.

III.

De in artikel 377 B. W. geregelde verplichting tot alimentatie tusschen schoonzoons en schoondochters ter eene zijde en schoonouders ter andere zijde mag niet uitgebreid worden tot verdere aanverwanten.

IV.

Onjuist is de meening, dat, wanneer verschillende personen, welke niet in dezelfde betrekking staan tot de behoeftige, tot alimentatie verplicht zijn, onder hen een zekere *rangorde* dient te worden aangenomen, waarnaar zij tot ondersteuning zijn gehouden.

V.

De Handelsnaam, waarvoor krachtens artikel 5 der Handelsnaamwet bescherming wordt gezocht, behoeft niet te zijn ingeschreven in het Ned. Handelsregister.

VI.

Bij het beoordeelen of er vrees voor verwarring te duchten is als in artikel 5 Handelsnaamwet bedoeld, moet de rechter er ook rekening mee houden of eenzelfde of daarvan slechts in geringe mate afwijkende naam uitsluitend in het buitenland wordt gevoerd. Artikel 5 is dus niet zuiver territoriaal van werking.

VII.

De rechter behoorde bevoegd te zijn vrijheidsstraf van onbepaalden duur op te leggen.

