



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De notaris en private rechtspraak

Weststrate, H.W.R.

Citation

Weststrate, H. W. R. (2018, October 17). *De notaris en private rechtspraak*. *SIKS Dissertation Series*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66271>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66271>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66271> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Weststrate, H.W.R.

Title: De notaris en private rechtspraak

Issue Date: 2018-10-17

2 | PRIVATE RECHTSPRAAK

In § 1.9 hebben wij aangekondigd dat het onderzoek afgebakend wordt door vier keuzes. De eerste gemaakte keuze is om uit te gaan van een incassogeschil tussen een bedrijf en een consument. Wij gebruiken dit geschil als toetssteen, omdat de consument als gedaagde bij private rechtspraak extra bescherming geniet. Of het incassogeschil beperkt blijft tot een incassogeschil of een ander, uitgebreider karakter krijgt, is op voorhand niet duidelijk. Dit hangt mede af van het verweer en een eventuele tegenvordering van de gedaagde. De andere afbakeningskeuzes behoeven geen nadere bespreking.

In dit hoofdstuk beschrijven wij het wettelijke stelsel van private rechtspraak ten aanzien van incassogeschillen. Wij maken daarbij onderscheid op drie niveaus: (i) de wettelijke regeling (systeemniveau), (ii) de organisatie van het instituut voor private rechtspraak (organisatieniveau), en (iii) de afzonderlijke juridische procedures (dossierniveau). In § 2.1 behandelen wij het wettelijke verhaalsrecht van de crediteur. In § 2.2 gaan wij in op de keuze voor een privaats gerecht. In § 2.3 beschrijven wij drie momenten van overheidsdwang bij een juridische procedure rond een incassogeschil. In § 2.4 gaan wij in op de waarborgen van een behoorlijk proces. In § 2.5 worden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het private gerecht besproken. In § 2.6 onderzoeken wij de marginale toetsing van private vonnissen door de publieke rechter. Wij behandelen in § 2.7 de gelijkstelling van geïnstitutionaliseerd bindend advies en arbitrage. In § 2.8 vermelden wij vijf relevante bevindingen uit hoofdstuk 2.

2.1 HET WETTELIJKE VERHAALSRECHT VAN DE CREDITEUR

In deze paragraaf behandelen wij de wettelijke regeling rond de gerechtelijke procedure, die gebaseerd is op het verhaalsrecht van de crediteur in incassozaken. In § 2.1.1 behandelen wij de nakoming van overeenkomsten. In § 2.1.2 bespreken wij het wettelijke vorderingsrecht van de crediteur bij niet-nakoming. In § 2.1.3 gaan wij in op het wettelijke verhaalsrecht van de crediteur bij niet-nakoming van overeenkomsten.

2.1.1 De nakoming van overeenkomsten

Ons onderwerp van onderzoek, incassogeschillen, ziet op de nakoming van verbintenissen uit overeenkomsten. De wet vereist voor elke rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Bij een overeenkomst, die tot stand komt door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW), kan de wil van elk der partijen worden geconstateerd uit de bepalingen in de schriftelijke overeenkomst. Het uitgangspunt daarbij is de contractsvrijheid. Dit betekent dat het een ieder vrij staat wel of niet een overeenkomst aan te gaan met wie men wil, de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen, deze wel of niet aan een vorm te binden en/of deze aan de bepalingen

van een gekozen recht te onderwerpen.¹³² Eventuele algemene voorwaarden maken hiervan deel uit (artikel 6:231 e.v. BW). De overeenkomst die is opgemaakt als een onderhandse akte heeft tussen partijen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv). Een daarbij behorende nevenovereenkomst zal niet zelden deel uitmaken van de koopovereenkomst op afstand, een vorm van consumentenkoop (artikel 6:230g e.v. BW j^o artikel 156a Rv).¹³³ De wil van partijen blijkt dan uit deze overeenkomst.

Bij consumentenovereenkomsten zal veelal sprake zijn van partijwil in de betekenis dat betrokkene uit vrije wil besluit tot het verrichten van een rechtshandeling. Denk bijvoorbeeld aan de aanschaf van een mobiele telefoon, kleding, een digitale verjaardagskaart of andere gebruiksvoorwerpen. De wet verbindt een aantal rechtsgevolgen aan een rechtsgeldig gesloten overeenkomst. De belangrijkste is de gebondenheid van partijen aan die overeenkomst (artikel 6:248 e.v. BW). De wet bepaalt dat de verbintenissen moeten worden nagekomen.¹³⁴ Dit rechtsgevolg wordt niet alleen verklaard door de contractsvrijheid, maar ook door het vertrouwensbeginsel. Het beginsel brengt mee dat degene die zijn vrijheid heeft aangewend door op een bepaalde manier te handelen (en daarmee zijn wil te verklaren), verantwoordelijk wordt gehouden voor verwachtingen die bij degene die deze verklaring ontvangt, gerechtvaardigd zijn gewekt (vgl. artikel 3:35 en 3:36 BW).¹³⁵

De wet veronderstelt dus de nakoming van de verbintenissen uit een rechtsgeldig gesloten overeenkomst (artikel 6:2 en 6:248 BW). Blijft de nakoming uit, dan heeft de crediteur het recht op schadevergoeding van de debiteur die tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenissen (artikel 6:74 BW).

2.1.2 Het vorderingsrecht van de crediteur bij niet-nakoming

In het geval van een incassogeschil blijft de nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom uit. Dan zal de crediteur zich genoodzaakt zien om een gerechtelijke procedure aan te spannen om de nakoming af te dwingen. Het gaat derhalve om de verkrijging van een uitspraak in de vorm van een executoriale titel.

Het vorderingsrecht van de schuldeiser is een wettelijk recht, neergelegd in artikel 3:296 BW. Het artikel luidt als volgt.

“Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.”

132 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-I), nr. 189-269.

133 Asser/Hijma 2013 (7-I*), nr. 94b.

134 Tenzij een verbintenis is ontstaan, waaraan krachtens wetsbepaling of partijwil de rechtsovereenkomst onthouden wordt (artikel 6:3 BW); Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 42, 43.

135 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 42, 43.

De crediteur moet voldoende belang hebben bij zijn rechtsvordering (artikel 3:303 BW) om een procedure aanhangig te maken. In het algemeen wordt aangenomen dat een crediteur voldoende belang heeft, indien vrijwillige betaling uitblijft en de debiteur in verzuim is (in de regel: na ingebrekestelling).¹³⁶ De crediteur heeft een redelijk belang om deze impasse te doorbreken. Voor het vorderen van buitengerechtelijke kosten is vereist dat de schuldeiser de debiteur na de vervaldatum van de factuur (te weten de dag van het intreden van verzuim, artikel 6:81 BW) eerst kosteloos heeft herinnerd aan zijn betalingsverplichting en daarbij een termijn gunt van 14 dagen (artikel 6:96 lid 6 BW). Aan de inhoud van deze brief worden eisen gesteld.¹³⁷ Deze eerste herinneringsbrief wordt in de praktijk gevolgd door één of meer schriftelijke aanmaningen en vaak één of meer pogingen om telefonisch in contact te treden met de consument in kwestie.¹³⁸

2.1.3 Het verhaalsrecht van de crediteur bij niet-nakoming

Het veroordelende vonnis van de overheidsrechter is van rechtswege afdwingbaar, en daarmee een executoriale titel (ex artikel 3:296 BW j° 430 Rv). De afdwingbaarheid van een gerechtelijke uitspraak is onderdeel van het wettelijk stelsel en vormt een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van het verhaalsrecht door de crediteur (artikel 3:276 BW). Het verhaalsrecht is zelf geen goederenrechtelijk recht. Het is de voor een crediteur aan zijn vorderingsrecht verbonden wettelijke bevoegdheid om zich, bij niet-nakoming door zijn debiteur, door middel van executie op diens goederen te verhalen.¹³⁹ Men zou het zo kunnen formuleren, dat de eiser niet zozeer “wil” procederen in de zin van de “subjectieve wil”, maar dat hij niet anders kan.

De medewerking van de debiteur om een executoriale titel tot stand te brengen, is niet vereist. De debiteur moet het proces ondergaan. Weliswaar heeft de debiteur het recht om zich te verweren tegen de aanspraken van de crediteur, maar indien hij tijdens de procedure verstek laat gaan, verhindert hij daarmee niet dat hij wordt veroordeeld. Hij kan zich niet onttrekken aan een afdwingbare einduitspraak (het verstek volgt uit artikel 139 Rv bij overheidsrechtspraak en artikel 1043a lid 2 Rv bij arbitrage).

De afdwingbaarheid van de einduitspraak in een civiel geschil vormt het wettelijk rechtsgevolg, dat partijen in een civiel conflict op voorhand mogen verwachten van elke vorm van geschilbeslechting. Sterker nog, de gedwongen nakoming (door executie) is het doel van rechtspraak. Het rechtsgevolg van de afdwingbaarheid is daarmee een feit van algemene bekendheid en een “natuurlijke wetmatigheid” binnen de goede trouw die verondersteld wordt bij het aangaan van contracten (zie § 1.1.3, en § 2.6.1-2.6.2).

¹³⁶ Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 384-398.

¹³⁷ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704

¹³⁸ Zie Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), Staatsblad 2012/141.

¹³⁹ Asser/Mijnssen en De Haan 2006 (3-I), nr. 246; Mijnssen en Van Mierlo 2009, p. 23 e.v.

2.2 DE KEUZE VOOR PRIVATE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf behandelen wij het wettelijk stelsel van de rechtspraak, met inbegrip van het recht van partijen om te kiezen voor private rechtspraak in plaats van publieke rechtspraak. Wij benaderen het wettelijk stelsel als een systeem. In § 2.2.1 gaan wij in op de wettelijke regeling van het bindend advies op hoofdlijnen. Wij bespreken in § 2.2.2 de wettelijke regeling van arbitrage op hoofdlijnen. In § 2.2.3 gaan wij in op artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM in het licht van de keuze voor private rechtspraak. In § 2.2.4 behandelen wij de waarborgen genoemd in artikel 6 EVRM. Wij noemen in § 2.2.5 een (niet in artikel 6 EVRM omschreven) waarborg relevant voor incassogeschillen, te weten de bescherming tegen kostenstapeling. In § 2.2.6 wordt de inhoud van de keuze voor een privaats gerecht besproken op grondslag van bindend advies. Ten slotte behandelen wij in § 2.2.7 de inhoud van deze keuze voor een privaats gerecht in relatie tot de afdwingbaarheid van de einduitspraak.

2.2.1 De wettelijke regeling van bindend advies (artikel 7:900 e.v. BW)

Het bindend advies is in de wet geregeld onder de vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst wordt in de literatuur als volgt gedefinieerd:¹⁴⁰ *“Een vaststellingsovereenkomst is een vormvrije, wederkerige, verbintenisscheppende hulpovereenkomst waarbij partijen zich ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil binden aan een tot een vaststelling leidende beslissing over wat tussen hen rechtens is. Zij aanvaarden daarbij dat deze vaststelling mogelijk afwijkt van wat tussen hen rechtens wás.”*

De vaststellingsovereenkomst is geregeld in boek 7 BW, in slechts 11 artikelen genummerd 7:900 – 7:910. De wettelijke regeling bevat geen regels van procesrecht met twee uitzonderingen, te weten (a) artikel 7:904 BW dat de mogelijkheid biedt tot vernietiging van een bindend advies in geval van schending van de beginselen van behoorlijk procesrecht en (b) bepaalde passages van processuele aard in artikel 7:907 e.v. BW waar een beroep op de publieke rechter wordt vermeld inzake schadevergoeding.

Zoals aangegeven in § 1.1.3 kan een bindend advies ex artikel 7:900 BW afdwingbaar worden gemaakt. Hiervoor is een dagvaardingprocedure vereist bij de publieke rechter, waarbij nakoming wordt gevorderd van de uit het bindend advies voortvloeiende verbintenissen (artikel 3:296 BW jo 7:901 lid 2 BW). De grosse van het vonnis van de publieke rechter is vervolgens afdwingbaar ex artikel 430 Rv.

2.2.2 De wettelijke regeling van arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv)

De wettelijke regeling van arbitrage is neergelegd in Boek 4 Rv, in artikel 1020 – 1077 Rv. Het is een uitgebreide regeling. De wettelijke regeling bevat materiële regels over de overeenkomst tot arbitrage en formele, processuele regels. Er mag worden afgeweken van een groot aantal bepalingen uit de wettelijke regeling. Slechts een beperkt aantal bepalingen is van dwingend recht.¹⁴¹

¹⁴⁰ Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 133.

¹⁴¹ Meijer 2011, p. 27; Meijer en Ernste 2015.

Artikel 1059 lid 1 Rv regelt het gezag van gewijsde van een arbitraal vonnis en luidt: “*Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde met ingang van de dag waarop zij zijn gegeven.*”

Zoals aangegeven in § 1.1.3 kan een arbitraal vonnis als bedoeld in artikel 1049 Rv afdwingbaar worden gemaakt door een verzoekschrift voor het verkrijgen van verlot door de publieke voorzieningenrechter (het “*exequatur*”) volgens artikel 1062 Rv. Het verlot wordt verleend na een (marginale) toetsing. Blijkens artikel 1063 Rv kan de voorzieningenrechter van de rechtbank de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd op een van de gronden genoemd in artikel 1065, eerste lid, of herroepen op een van de gronden genoemd in artikel 1068, eerste lid, dan wel indien in strijd met artikel 1056 een dwangsom is opgelegd. In dit laatste geval betreft de weigering alleen de tenuitvoerlegging van de dwangsom. De grosse van deze beschikking is eveneens een executoriale titel ex artikel 1062 lid 1 jo artikel 430 Rv.

2.2.3 Artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM en de keuze voor private rechtspraak

Artikel 17 Gw bepaalt, dat niemand tegen zijn wil mag worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Dit artikel geeft invulling aan artikel 6 EVRM, dat bepaalt dat een ieder het recht heeft op behandeling van zijn zaak door een rechter die is ingesteld bij wet.¹⁴²

De wet veronderstelt weliswaar de behandeling door de publieke rechter, maar staat toe dat partijen kiezen voor private rechtspraak (artikel 7:900 BW voor het bindend advies, en artikel 1020 Rv voor arbitrage). De keuze moet dan wel (i) ongedwongen of vrijwillig en (ii) ondubbelzinnig gebeuren.¹⁴³ Elke keuze om af te wijken van de publieke rechtspraak wordt derhalve gelegitimeerd door de contractsvrijheid (artikel 6:217 BW), zijnde de wilsovereenstemming tussen partijen.¹⁴⁴ Wij menen in de wettelijke regeling een impliciete veronderstelling te lezen, namelijk dat de publieke rechtspraak de hoogste graad van kwaliteit en/of bescherming biedt aan de procespartijen, en met name aan de kwetsbare procespartij.

Private rechtspraak wordt in de praktijk niet vaak overeengekomen na het ontstaan van een conflict, omdat partijen op dat moment het zelden met elkaar eens worden over alternatieve geschilbeslechting.¹⁴⁵ Bij incassogeschillen met consumenten zal de keuze voor private rechtspraak op

142 Brenninkmeijer 1982, p. 346 e.v.; Akkermans 1988, p. 359 e.v.; Wiarda 1988, p. 413; Sanders 1997; Koekoek (red.) 2000, art. 17 aant. 3, p. 214; Sanders 2001; Van Dijk e.a. 2006, p. 326; Maris 2008, p. 161; Smits 2008, p. 25-30; Barkhuysen, Van Emmerik en Gerards 2009; Snijders 2010a; Snijders 2010b; G.J. Meijer 2011; Ernste 2012a.

143 EHRM, 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweert v. Belgium*), par. 48-51; Nolen 1957, p. 250; Van der Grinten 1974, p. 57-58; Heemskerk 1983, p. 226; Ernste 2012a, p. 81.

144 G.J. Meijer 2011, p.35-43.

145 Boer 1990; Van Den Berg, Van Delden en Snijders 1992; Van Zijst 1993, p. 1049 e.v.; Hartlief 1994, p. 7 e.v.; Luttik 1994, p. 259 e.v.; De Vries e.a. 1995, p. 299-300; Bauw en Hartendorp 2005, p. 2304 e.v.; Wessels en Verheij 2010, nr. 18; Barendrecht 2011, p.

grondslag van bindend advies in de regel tot stand komen door een nevenbeding in de algemene voorwaarden. Dit is voordat een conflict dreigt. De algemene voorwaarden maken deel uit van de tussen partijen oorspronkelijk gesloten overeenkomst (artikel 6:217 j° artikel 6:231 BW).

Ook indien de bepaling met de forumkeuze voor een bepaald gerecht in de hoofdovereenkomst zelf is opgenomen, zal het mogelijk zijn dat de bepaling vanwege het algemene en repeterende karakter als algemene voorwaarde kwalificeert. Artikel 6:231 sub a BW stelt het bestemmingscriterium centraal. Het gaat erom of het beding is opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.¹⁴⁶ Het nevenbeding houdt normaliter een regeling in voor geschilbeslechting ten aanzien van toekomstige geschillen. Een dergelijk beding is voor bindend advies en arbitrage rechtsgeldig ex artikel 6:233 BW.

Het beding moet wel voldoen aan het gestelde in artikel 6:236 sub n BW. Dit betekent dat wanneer de eiser schriftelijk een beroep doet op de betreffende clausule, de gedaagde nog een maand lang in de gelegenheid moet worden gesteld om te opteren voor de overheidsrechter. Het kan niet zo zijn dat een gedaagde via algemene voorwaarden als het ware zouden worden ‘gedwongen’ om akkoord te gaan met alternatieve geschilbeslechting.¹⁴⁷ Het spreekt voor zich dat de gedaagde goed geïnformeerd moet worden om die keuze te maken (zie daarvoor § 2.3.1). Al met al is hier een evenwichtige regeling van toepassing, die het midden houdt tussen enerzijds de eis (van het overeenkomstenrecht) dat een gedaagde niet tegen zijn wil van de overheidsrechter mag worden afgehouden en anderzijds het beginsel (van het procesrecht) dat niemand verplicht is om aan zijn eigen veroordeling mee te werken.

In artikel 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces vastgelegd, alsmede de eisen die gesteld mogen worden aan een behoorlijk proces. Aangenomen wordt dat met een keuze voor arbitrage of bindend advies door partijen afstand kan worden gedaan van het recht op toegang als bedoeld in artikel 6 EVRM. Dit geldt ook voor toekomstige geschillen.¹⁴⁸ Over de verhouding tussen artikel 6 EVRM en arbitrage is veel geschreven.¹⁴⁹

M.W. Knigge en Ribbers noemen daarbij twee belangen van een staat bij voldoende controle op arbitrage.¹⁵⁰ Het eerste belang ligt bij toezicht op arbitrage omdat een arbitrale uitspraak, na executie, door middel van overheidsdwang ten uitvoer kan worden gelegd. Een staat zal enkel willen meewerken aan executie indien hij zeker weet dat de totstandkoming van die arbitrale uitspraak met voldoende waarborgen is omkleed. Het tweede belang is dat zijn burgers voldoende toegang hebben tot een vorm van geschilbeslechting die aan een aantal minimumvereisten voldoet. Dit geldt ook in die gevallen waarin partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand

293 e.v.

146 Hijma 2003, p. 16, Asser/Harkamp en Sieburgh (6-III) 2014, nr. 465.

147 HvJ EU, 3 april 2014 (*Sebesteyn*), nr. C-342/13, ECLI: EU:C:2014:1857.

148 G.J. Meijer 2011, p. 49.

149 Zie voor een overzicht van literatuur M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 36, voetnoot 10.

150 M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 41.

hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter. Indien de keuze voor arbitrage zou betekenen dat partijen in feite geen reële mogelijkheid meer hebben om hun geschil te laten beslechten (omdat arbitrage bijvoorbeeld veel te duur is of omdat de procedure oneerlijk verloopt), ontstaat gevaar van eigenrichting. Ook zal een staat soms zwakke partijen in de arbitrageprocedure (zoals consumenten) willen beschermen. Ten slotte zal een staat willen voorkomen dat tijdens de procedure belangen van derden in het gedrang komen. De auteurs concluderen: “*Het belang van staten is dus op verschillende manieren bij arbitrage betrokken. Om deze reden kent de wetgeving van de meeste staten minimumwaarborgen waaraan de arbitrageprocedure moet voldoen, zoals bepalingen met betrekking tot het beginsel van hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters.*”

M.W. Knigge en Ribbers wijzen ook op de andere kant van de medaille. “*Aan de andere kant is het belang van een staat bij arbitrage minder groot dan bij overheidsrechtspraak. Arbitrage wordt niet door de overheid gefinancierd. Ook worden arbitrage-instituten niet door de overheid in het leven geroepen, zodat een gebrek in het functioneren van deze entiteiten niet direct afstraalt op de overheid. Dit kan verklaren dat partijen meer procedurele vrijheid hebben in een (institutionele) arbitrageprocedure dan het geval is bij de overheidsrechter.*”

De Hoge Raad heeft in *Çukurova/Sonera*¹⁵¹ als volgt beslist: “*Aangenomen moet worden dat art. 6 EVRM zich niet ertegen verzet dat partijen een beding overeenkomen waarbij zij op voorhand afstand doen van het recht om een arbitraal vonnis in een geding ten overstaan van de overheidsrechter aan te tasten.*” Zo’n tien maanden later is zijn oordeel over de verenigbaarheid van de uitsluitings-overeenkomst met art. 6 EVRM bevestigd door het EHRM in de zaak *Tabbane*¹⁵². In die zaak achtte het Hof art. 6 EVRM niet geschonden. In de laatste zaak die ging over de verhouding tussen vrijwillige arbitrage en het EVRM. In zijn uitspraak gaat het EHRM niet alleen in op de klacht van Tabbane dat zijn recht op toegang tot een gerecht is geschonden doordat hij geen mogelijkheid heeft gehad een vernietigingsprocedure aanhangig te maken, het Hof behandelt ook de klacht van Tabbane dat de arbitrageprocedure niet eerlijk is verlopen, hetgeen (eveneens) een schending van art. 6 EVRM zou opleveren. Opvallend is echter dat het Hof toch nagaat of de arbitrageprocedure wel eerlijk is verlopen. Het Hof concludeert daarbij dat Tabbane tijdens de arbitrageprocedure niet duidelijk in een nadelige positie is geplaatst ten opzichte van zijn wederpartij zodat van een oneerlijke behandeling geen sprake is.¹⁵³

2.2.4 De waarborgen van artikel 6 EVRM

In het algemeen moet rechtspraak op grond van artikel 6 EVRM voldoen aan een aantal eisen.¹⁵⁴ Deze eisen worden vervolgens vanuit het perspectief van de rechtzoekende gekwalificeerd als waarborgen. Meijer vermeldt: “*Aangenomen wordt inmiddels dat met afstand van het recht op*

151 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*),

152 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*).

153 M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 42-43.

154 Meijknecht 2007, p. 38 e.v.; Smits 2008; G.J. Meijer 2011, p. 84 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 19 e.v.

*toegang tot de bij de wet ingestelde gerechten als bedoeld in art. 6 EVRM niet tevens afstand wordt gedaan van alle resterende waarborgen in artikel 6 EVRM.*¹⁵⁵

In artikel 6 EVRM worden de volgende waarborgen genoemd:

1. de eerlijke behandeling van een zaak;
2. de openbare behandeling van een zaak;
3. binnen een redelijke termijn;
4. door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht;
5. met een motivering van de uitspraak.

Dit brengt mee, dat scheidsgerechten – hoewel zij strikt genomen niet rechtstreeks onder de werking van het artikel vallen – aan de eisen van artikel 6 EVRM moeten voldoen, op straffe van vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis (artikel 1065 Rv). Voor het bindend advies (artikel 7:904 BW) geldt dit in gelijke mate op de grond van schending van de algemene beginselen van een behoorlijk proces.¹⁵⁶ Met de keuze voor private rechtspraak wordt door een procespartij afstand gedaan van de rechter die de wet hem toekent, maar die keuze mag niet worden uitgelegd met de “impliciete aanvulling” dat een procespartij tevens afstand doet van de overige waarborgen van artikel 6 EVRM. De waarborgen van artikel 6 EVRM zien zowel op de inrichting van een behoorlijk proces (de punten 1, 2, 3, en 5) als op de eisen die aan de organisatie van een privaats gerecht mogen worden gesteld (punt 4). Indien een waarborg als bedoeld in artikel 6 EVRM essentieel is, mag de kern ervan niet worden aangetast.¹⁵⁷

Wij maken twee opmerkingen over de bovenstaande opsomming. Ten eerste merken wij op dat de eis van een behoorlijke oproeping niet expliciet in artikel 6 EVRM vermeld staat. Zonder een behoorlijke oproeping kan echter moeilijk worden gesproken over een eerlijke behandeling van de zaak. Zonder een behoorlijke oproeping is het voor de gedaagde niet kenbaar dat hem gelegenheid wordt geboden zijn positie te verdedigen. Wij achten de oproeping daarmee een onderdeel van een eerlijke behandeling van de zaak. Ten tweede merken wij op dat de eis van behandeling door “de rechter die de wet hem toekent” (vgl. artikel 17 Gw¹⁵⁸) wel in artikel 6 EVRM staat vermeld, maar niet in de bovenstaande opsomming. Bij private rechtspraak hebben partijen nu juist voor een andere rechter gekozen en dus afstand gedaan van de overheidsrechter die de wet hem toekent (§ 2.2.3).

Bij de publieke rechtspraak is de uitspraak openbaar. Het proces verloopt grotendeels schriftelijk.¹⁵⁹ Uitzonderingen zijn mogelijk. Bij strafzaken en familierecht wil de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek nog wel eens worden ontzegd in bijzondere situaties, bijvoorbeeld in het belang van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer

155 G.J. Meijer 2011, p. 75 e.v. en in het bijzonder p. 85-90.

156 G.J. Meijer 2011, p. 73 e.v.; Ernste 2012a, p. 105 e.v.

157 G.J. Meijer 2011, p. 73 – 82; Ernste 2012a, p. 105-179.

158 Brenninkmeijer 1982, p. 346-36; Brenninkmeijer 1987, p. 233; A. Knigge, 1998, p. 13; Sanders 1997, p. 241-243; Maris 2008, p. 161.

159 Broeders e.a. (red.) 2013, p. 64.

de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.¹⁶⁰ Bij private rechtspraak staat de vertrouwelijke behandeling voorop. Aangenomen mag worden dat met de keuze voor arbitrage afstand van het recht op openbare behandeling en uitspraak kan worden gedaan.¹⁶¹

Wij gaan in § 2.4 en § 2.5 nader in op de verschillende waarborgen van artikel 6 EVRM in de zin van eisen die mogen worden gesteld aan de kwaliteit van private rechtspraak.

2.2.5 Twee ontbrekende waarborgen in artikel 6 EVRM

Vanuit het perspectief van consumentenbescherming ontbreken naar ons oordeel in artikel 6 EVRM twee fundamentele waarborgen. Zij worden althans niet expliciet genoemd. Deze waarborgen achten wij van groot belang bij incassogeschillen met consumenten.

De eerste waarborg

De eerste waarborg die *niet* wordt genoemd in artikel 6 EVRM, is de *bescherming tegen kostenstapeling*. In de literatuur treffen wij voornamelijk beschrijvingen aan van de wettelijke tarieven, die mogen worden doorbelast aan de debiteur.¹⁶² Een overzicht van de ontwikkelingen in de praktijk op dit punt is beschreven door Van den Berg-Smit.¹⁶³ Wij zullen het onderwerp kort behandelen. De bescherming tegen kostenstapeling is als het ware de ‘andere kant’ van de medaille binnen de discussie over de toegang tot de rechter. Inderdaad kan voor de eiser de toegang tot de rechter worden bemoeilijkt als gevolg van de hoogte van de griffierechten. Maar de gedaagde kan nog meer last hebben van hoge griffierechten, wanneer hij in rechte wordt betrokken. De kostenveroordeling van de in het ongelijk gestelde partij kan hoog oplopen. Wij noemen vijf soorten kosten uit de kostenveroordeling bij vonnis, te weten: (1) de buitengerechtelijke incassokosten, (2) de rente over de hoofdsom, (3) de kosten van het inleidende exploit, (4) het zogeheten “salaris gemachtigde” (berekend volgens het liquidatietarief), en (5) de kosten van de betekening van het vonnis en andere executiekosten door de gerechtsdeurwaarder (hieronder vallen beslagleggingen, overbetekeningen, alsmede vaste maandelijks in rekening te brengen kosten). Het probleem van de kostenstapeling kan nog groter worden wanneer (i) door dezelfde crediteur opeenvolgende beslagen worden gelegd ten laste van de debiteur, en/of (ii) de debiteur wordt geconfronteerd met een kostenveroordeling jegens meerdere crediteuren.

Consumentenbescherming is onzes inziens daarin gelegen, dat de consument erop mag vertrouwen, dat (i) hij wordt beschermd tegen kostenstapeling vanuit het beginsel dat een crediteur zijn schade dient te beperken, en (ii) geen oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van de zogeheten “asymmetrie” bij overheidsdwang.¹⁶⁴ De debiteur zou er voorts op moeten kunnen vertrouwen, dat

160 Artikel 6, eerste lid, tweede volzin, van het EVRM.

161 G.J. Meijer 2011, p. 86-87.

162 Van Zanten 2011; Bauw 2011; Boonzaaijer 2012; Engberts 2012.

163 Van den Berg-Smit 2013.

164 Onder a-symmetrie wordt verstaan dat de eisende partij opdracht geeft tot de incassoprocedure via de gerechtsdeurwaarder,

uitsluitend kosten worden doorbelast die strikt noodzakelijk en redelijk zijn. Ten slotte benadrukken wij dat het daarbij te allen tijde zou moeten gaan om kosten die daadwerkelijk zijn gemaakt.

Wanneer we de eerste in artikel 6 EVRM ontbrekende waarborg beschouwen in relatie tot de overheidsrechter, zien wij bij verstekzaken voor de kantonrechter een problematische kwestie. De kostprijs van een verstekzaak (incasso) bij de kantonrechter was in 2013/2014 slechts € 11¹⁶⁵, terwijl de griffierechten in 2014 € 115 (voor hoofdsommen tot € 500) resp. € 462 (voor hoofdsommen boven € 500) bedroegen (zie <https://www.kbvg.nl/4163/griffierechten-2014>). De marge, € 104 resp. € 451, bestaat uit onverklaarbare kosten (geen kosten of 'spookkosten'). Dit betekent dat de consument verplicht wordt om een behoorlijke financiële bijdrage te leveren aan de financiering van de rechtspraak, zonder dat hij hier weet van heeft en zonder dat hem iets wordt gevraagd. Deze gang van zaken is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van consumenten, in het bijzonder de kwetsbare burgers, naar ons oordeel onwenselijk.

In de Nederlandse rechtspraktijk heeft gerechtsdeurwaarder GGN in maart 2017 gewezen op de kostenefficiency bij digitale rechtspraak via e-Court.¹⁶⁶ *“Als zorgverzekeraars cliënten die hun premie niet betalen voor de rechter dagen, kost dat mensen met schulden nog eens honderden euro's extra. Digitale arbitrage via e-Court is goedkoper, makkelijker, sneller en leidt tot meer afbetaalde schulden, zo blijkt na 3000 e-Courtzaken die incasso- en deurwaardersbureau GGN voerde.”*

Positieve praktijkervaringen op het gebied van kostenefficiency met digitale rechtspraak zijn ook opgedaan in het buitenland. Wij noemen drie voorbeelden uit de publieke rechtspraak.

(1) In India heeft de overheid in 2005 besloten tot een grondige herziening van het gerechtelijke bestel.¹⁶⁷ Daarbij is overwogen: *“Indian Judiciary is in urgent need of re-engineering its processes, optimize the use of its human resources and bring about change management by harnessing the potentiality of the available Information and Communication Technology (ICT) to its fullest extent. The objective of this exercise is to enhance judicial productivity both qualitatively and quantitatively as also make the justice delivery system affordable, accessible, cost effective, transparent and accountable.”* India kent daarbij een National Informatics Centre (NIC). Over het NIC staat het volgende vermeld op de website (<https://www.nic.in/about-us/>): *“NIC was established in 1976, and has since emerged as a “prime builder” of e-Government / e-Governance applications up to the grassroots level as well as a promoter of digital opportunities for sustainable development. NIC, through its ICT Network, “NICNET”, has institutional linkages with all the Ministries /Departments of the Central Government, 36 State Governments/ Union Territories, and about 708 District administrations of India.”* Op de homepage van de website van de Indiase rechtbanken, http://www.ecourts.gov.in/ecourts_home/,

en dat de bij vonnis veroordeelde gedaagde de kosten hiervan moet betalen. Dit begrip ontleen wij aan de Parlementaire Geschiedenis bij de Gerechtsdeurwaarderswet 2001.

165 Kramer, Tillema en Tuil 2014, p. 8.

166 <https://www.ggn.nl/actueel/2017/wanbetaler-zorgpremie-beter-af-met-e-court>.

167 National Policy and Action Plan for Implementation of information and communication technology (ICT) in the Indian Judiciary 2005.

staat het aantal in behandeling genomen zaken vermeld met een specificatie naar het type gerechten. Hierdoor wordt de enorme schaal van het aantal zaken bij de publieke rechtspraak aanstonds duidelijk.

(2) Ook in Zuid-Korea heeft de overheid een systeem van een e-Court voor de publieke rechtspraak gerealiseerd.¹⁶⁸ Dit land was al in de jaren 1980 begonnen met het realiseren van digitale rechtspraak. *“(i) Korea was a pioneer in using electronic features to streamline court processes, launching electronic case management in the mid-1980s. (ii) The electronic case filing system - which allows for electronic filing of civil, commercial, administrative and family-affairs cases and will soon integrate insolvency cases - began operating in 2010, and by June 2013 almost half of civil cases were e-filed. (iii) E-court solutions in Korea mainly encompass features to help judges, facilitate the filing of cases for litigants and inform the public about case outcomes. (iv) Savings from the implementation of e-court systems can be substantial and result from a reduction in the use of paper, the time spent in court, the need for storage space, as well as easier archiving of documents and a general streamlining of processes and services.”*

(3) In de Verenigde Staten bij het small claims court van New Hampshire (eveneens e-Court genaamd) zijn onder meer de volgende positieve efficiency voordelen behaald.¹⁶⁹ *“While we strive to improve what we have in place in small claims and guardianship, preparations are well underway for the next e-filed case type - estates. With e-filing, the time to disposition of small claims cases has been reduced almost 20 percent across the state, guardianship matters are getting processed and scheduled more quickly and we fully expect the time to get administrators appointed in estates will be similarly reduced.”*

De tweede waarborg

De tweede waarborg die *niet* wordt genoemd in artikel 6 EVRM, maar die wij van groot belang achten voor de gedaagde consument, is de bescherming tegen het aantal procedures. Elke procedure brengt immers mee dat de consument die wordt veroordeeld, ook de proceskosten moet voldoen. Uit onderzoek van een gerechtsdeurwaarder is gebleken dat een gemiddeld huishouden ongeveer 14 crediteuren telt¹⁷⁰ (wij noemen als voorbeelden: de zorgverzekeraar, de tandarts, de woningbouwcorporatie (huur) of de bank (hypotheeklasten), de aanbieders van internet- en telefoniediensten, de aanbieders van gas, water en licht). Per crediteur kan er door de jaren heen meer dan eens worden geprocedeerd; denk aan doorlopende abonnementen of verzekeringen, waarvan meerdere maandbetalingen achterstallig raken. Zelfs indien de kosten van procederen verlaagd worden, kan de proceskostenveroordeling van meerdere procedures leiden tot structurele problemen met betaling in een huishouden, en in het uiterste geval: een situatie van langjarige schuldenproblematiek. Door de totale kostenveroordeling komen er (vele) honderden euro's bovenop de kale hoofdsom. Dit

168 Vilquin en Bosio 2014.

169 King 2016.

170 <https://www.flanderijn.nl/nieuws/persberichten/schuldzorg-een-innovatieve-service-voor-credit-management/>.

kan ertoe leiden dat de achterstallige betaling bij één crediteur overgaat op meerdere crediteuren. Vanwege dit risico is voor een consument, zeker de financieel kwetsbare consument, elke juridische procedure er één teveel. De proceskosten, van enkele honderden euro's of meer per procedure, komen bovenop de oorspronkelijke achterstallige betaling van de hoofdsom en moeten door de veroordeelde partij worden gedragen. De proceskosten bestaan onder meer uit de griffierechten. Voor 2017 bedragen de griffierechten van de kantonrechter € 117 resp. € 470 (voor hoofdommen tot € 500 resp. boven € 500); bij e-Court bedragen de griffierechten € 85.

De Raad voor de Rechtspraak publiceert jaarlijks het aantal incassozaken dat nieuw instroomt. Van 2007 tot en met 2016 ging het om de volgende aantallen¹⁷¹:

2007: 444.657

2008: 512.881

2009: 602.633

2010: 622.927

2011: 575.285

2012: 514.894

2013: 475.183

2014: 461.741

2015: 442.939

2016: 427.058

We zien een toename van zaken in de jaren 2007 tot en met 2010, en een lichte afname van 2010 tot en met 2016, gevolgd door een (naar het zich laat aanzien) zeer scherpe daling in 2017. De officiële cijfers voor 2017 zijn nog niet bekend gemaakt, maar het aantal incassozaken lijkt uit te komen op omstreeks 300.000.

Uit een artikel in het Nederlands Dagblad d.d. 28 september 2005¹⁷² blijkt voorts dat het aantal incassozaken in de periode van 1980 tot 2005 was verviervoudigd (1980: ongeveer 100.000 en 2005: ongeveer 400.000 zaken). Hoewel de oorzaken hiervan buiten de reikwijdte van ons onderzoek liggen, lijkt die sterke stijging samen te hangen met (1) de stijging van het gemiddelde aantal crediteuren per huishouden, bijvoorbeeld door de privatisering van ziektekosten en andere nutsvoorzieningen en de opkomst van moderne technologie (aanschaf mobiele telefoons, computers en abonnementen rond toegang tot telefonie-, internetdiensten, etc), (2) de marktwerking van gerechtsdeurwaarders in de wetswijziging van 2001, waardoor gerechtsdeurwaarders niet langer als ambtenaar werden betaald, maar als zelfstandig ondernemer werkzaam werden en gingen concurreren op de incassomarkt, en (3) de landelijke vestiging van de gerechtsdeurwaarder.

Na 2005 hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Zo werd in 2012 aan het grote publiek de mogelijkheid geboden om te investeren in schuldvorderingen, door toelating van de notering

171 Eshuis en Diephuis 2017.

172 Bulkzaken geen gebakken eitjes 2005.

aan de Amsterdamse beurs van een MKB-Obligatie.¹⁷³ De doelstellingen van de notering leidden tot een impuls voor het aantal incassozaken. Het investeringsvoorstel staat daardoor op gespannen voet met de belangen van consumenten om niet in rechte te worden betrokken.¹⁷⁴ De door de toezichthouder op de financiële markten AFM goedgekeurde prospectus dateert van 10 mei 2012. In de verkorte brochure wordt beleggers een hoge “return on investment” in het vooruitzicht gesteld¹⁷⁵:

“Zoekt u naar belegging met vaste rente-inkomsten? Wellicht zijn de 8,00% senior geseceureerde, winstdelende Obligaties CE Credit Management B.V. (“Credit Management”) in euro’s iets voor u. Deze Obligatie keert elk jaar een vaste coupon uit van 8,00%. Aan het einde van de looptijd, in 2017, wordt de nominale waarde (1.000 euro per Obligatie) afgelost.

Daarnaast heeft de Obligatie een winstdelend karakter. De houders van de Obligaties zijn gerechtigd tot 2% Winstrecht per jaar indien en voor zover aan alle gestelde voorwaarden is voldaan. Zie voor meer informatie het hoofdstuk Kenmerken van de Obligatie en het bijbehorende Prospectus.

“(…) De Obligaties zijn gedekt door een zekerheidsrecht, zijnde de aangekochte debiteurenportefeuilles.”

Conclusie subparagraaf

Gezegd kan worden dat de twee ontbrekende waarborgen samenhangen met de inrichting van de maatschappij en niet zozeer met de inrichting van een arbitrale procedure of een procedure op grondslag van bindend advies. Het zijn veeleer omstandigheden die vorm geven aan het ‘systeem’ waarbinnen (gerechtelijke) incasso plaats vindt. Niettemin is onze aanbeveling dat de twee bovengenoemde waarborgen in artikel 6 EVRM worden opgenomen.

2.2.6 De inhoud van de keuze: een private einduitspraak

Bij private rechtspraak beogen partijen een einde aan hun geschil te maken via de tussenkomst van een derde, zijnde de bindend adviseur of het scheidsgerecht. Wij behandelen hierna expliciet het bindend advies, vanwege de ingewikkelde terminologie van artikel 7:900 BW. De volledige tekst van het artikel luidt als volgt.

“1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

173 Beoogd was, zo blijkt uit de berichtgeving, een bedrag van € 15 miljoen op te halen, maar dat is aanvankelijk niet gelukt. In eerste instantie is een bedrag van € 2,5 miljoen aangetrokken. Blijkens het corporate event notice d.d. 28 september 2012 is het aantal verhandelde obligaties per 1 oktober 2012 met bijna de helft verhoogd, zie https://europeanequities.nyx.com/sites/europeanequities.nyx.com/files/AMS_20120928_06233_ALT.pdf. Inmiddels zijn er meerdere voorbeelden bekend.

174 http://www.beleggen.nl/experts/jos_rensen/rendement_gezocht_met_bedrijfsobligaties.asp; <https://europeanequities.nyx.com/nl/content/ce-credit-management-viert-notering-obligatie-op-nyse-alternext>; <http://www.iexprofs.nl/Column/Opinie-Productrecensies/76431/Tijd-voor-uw-eerste-MKB-obligatie.aspx>; http://www.z24.nl/speciaal/testsectie/artikel396078.z24/Vers_geld_voor_het_mkb_veel_plannen_nu_nog_resultaat.html

175 <http://www.oranjevermogensmanagement.nl/wp-content/uploads/2012/06/CE-Credit-Management-MKB-Obligatie-Brochure.pdf>.

- “2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.
- “3. Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.
- “4. Deze titel is niet van toepassing op de overeenkomst van arbitrage.”

Uit de tekst van artikel 7:900 BW blijkt aanstonds dat de wetgever drie verschillende vormen van de vaststellingsovereenkomst onderscheidt. Ten eerste gaat het om de vastlegging van het resultaat na geslaagde schikkingsonderhandelingen tussen partijen (*negotiation*). Ten tweede gaat het om een aan één van de twee partijen opgedragen beslissing (een partij-beslissing). Ten derde gaat het om een beslissing van een derde (het bindend advies).

In de variant van schikkingsonderhandelingen (*negotiation*) komen partijen in hun onderhandelingen tot een voor beiden aanvaardbaar resultaat, het schikkingsresultaat. De inhoud van de schikking wordt door hun beider instemming bepaald. In deze variant wordt de schikking (of vaststelling) neergelegd in een overeenkomst, de vaststellingsovereenkomst. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hanteert in relatie tot arbitrage het begrip “het vergelijk” voor de schikking als resultaat van partij-onderhandelingen (zie bijvoorbeeld artikel 1069 Rv).

In de literatuur wordt in het algemeen vermeld dat de vaststellingsovereenkomst wordt gezien als “bron van verbintenissen” en dat de beslissing van de bindend adviseur slechts de inhoud ervan bepaalt.¹⁷⁶ Daarentegen wordt ook vermeld dat de beslissing, die geen terugwerkende kracht heeft, bepaalt wat de rechtsverhouding tussen partijen zal zijn en welke verbintenissen ontstaan.¹⁷⁷ Dat laatste impliceert dat juist de beslissing van de bindend adviseur de bron is van de verbintenissen. Deze tegenstelling behoeft nader onderzoek.

Wij staan daarom eerst stil bij de vraag welke verbintenissen voortvloeien uit de vaststellingsovereenkomst. Wij zien hier een opmerkelijk verschil.

- a. De vaststellingsovereenkomst in het geval van een schikking wordt opgemaakt en ondertekend, *nadat* een geschil is gerezen en de partijen na een periode van onderhandelingen overeenstemming hebben bereikt over de inhoud van de vaststelling. Bij de vaststellingsovereenkomst in de betekenis van een schikkingsovereenkomst tussen twee partijen, bevat de vaststellingsovereenkomst derhalve al de vaststelling zijnde de gezamenlijke beslissing van de partijen zelf (zie artikel 7:900 lid 2 BW); het is zelf de bron van verbintenissen. Dit wordt ook genoemd: de indirecte vaststelling.¹⁷⁸

176 Asser/Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 141. Zie ook Ernste 2012a, p. 17-58.

177 Asser/Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 158; Ernste 2012a, p. 67.

178 De vaststellingsovereenkomst is in die situatie precies gelijk aan ‘het vergelijk’ wat partijen tijdens een arbitrageprocedure hebben bereikt. In het laatste geval kunnen partijen verzoeken aan het scheidsrecht om het vergelijk in een arbitraal vonnis vast te leggen ex artikel 1069 lid 1 Rv.

- b. Daarentegen wordt de vaststellingsovereenkomst waarin conflictbeslechting via de weg van het bindend advies is opgenomen, meestal opgemaakt en ondertekend *voordat* enig geschil is gerezen. De vaststellingsovereenkomst is daarmee gelijk aan de overeenkomst tot arbitrage ex 1020 j° 1024 Rv. De verbintenis die uit deze overeenkomst voortvloeit is dat bij geschillen, partijen zich zullen wenden tot de bindend adviseur. Hiermee is de vaststellingsovereenkomst niet meer dan een equivalent van de overeenkomst tot arbitrage (artikel 1020 lid 1 Rv).

In het eerste geval wordt wel gesproken over een directe vaststelling en in het laatstbedoelde geval over een indirecte vaststelling.¹⁷⁹ Van belang bij het bindend advies is dat de partijen (1) hun eigen standpunten hebben verruild voor het enkele oordeel van de derde en (2) zich al bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst hebben verplicht om de vaststelling tot stand te brengen (artikel 7:901 lid 2 BW). Hiermee is de variant van het bindend advies niet wezenlijk anders dan arbitrage in de zin dat de uitspraak bindend is (vergelijk artikel 1059 lid 1 Rv, waaruit de gebondenheid van partijen aan het arbitrale vonnis blijkt). Bovendien wordt door het bindend advies geen ander eindresultaat bereikt dan bij een arbitraal vonnis: in beide gevallen geeft een onafhankelijke derde een beslissing ter beëindiging van het geschil. Door de beslissing ontstaan verbintenissen voor de partijen om de nieuwe rechtstoestand tussen hen tot stand te brengen. Dit laatste vloeit bij bindend advies voort uit artikel 7:901 lid 2 BW. Dit artikel luidt: *“Ieder van de partijen is jegens de andere verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.”* Dit artikel bepaalt dat de partijen jegens elkaar zijn gebonden om de rechtstoestand in overeenstemming te brengen met het bindend advies.

Doordat de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst twee verschillende rechtsfiguren omvat, kan de ingewikkelde formulering over de gebondenheid aan het bindend advies worden verklaard. De wettelijke regeling ziet immers zowel op het vastleggen van een reeds bereikt onderhandelingsresultaat als op de mogelijkheid van bindend advies voor toekomstige geschillen. Had de regeling uitsluitend het bindend advies omvat, dan had de wetgever kunnen volstaan met dezelfde eenvoudige formulering als bij arbitrage (zie § 2.2.2).

Heemskerk heeft in 1983 betoogd dat het zuiver is dat het karakter van de beslissing van de bindend adviseur wordt gelijkgesteld aan een bindend arbitraal vonnis. Wij menen dat deze benadering meer recht doet aan het karakter van het bindend advies.¹⁸⁰ Heemskerk meent voorts dat de overeenkomst-constructie van het bindend advies geheel voorbij gaat aan het feit dat het onzuivere bindend advies op het terrein van de rechtspraak ligt. *“Aldus wordt een overeenkomst gefingeerd waar het in werkelijkheid een vonnis is. Die fictie brengt mee dat aan de beslissing van de derde de rechtsgevolgen van een overeenkomst tussen partijen worden verbonden en niet de rechtsgevolgen van een vonnis. Hetgeen een vonnis is, wordt als contract beschouwd.”*¹⁸¹

179 Luttik 1994, p. 261, Van Heusden 2014.

180 Heemskerk 1983, p. 235-236.

181 Heemskerk 1983, p. 235-236.

Ook advocaat-generaal E.M. Wesseling van Gent heeft in 2005 het karakter van rechtspraak van het bindend advies benadrukt. “*Het onzuivere bindend advies is aldus naar zijn wezen niet te onderscheiden van geschillenbeslechting door arbitrage.*”¹⁸² Wij scharen ons achter deze benadering, die op zichzelf niet afdoet aan het obligatoire karakter van de onderliggende vaststellingsovereenkomst. Immers, nogmaals, voor een arbitraal vonnis geldt ook dat er een overeenkomst van arbitrage (artikel 1020 lid 1 Rv) aan ten grondslag ligt.

Wij sluiten ons derhalve aan bij de opvattingen van Heemskerk en van Wesseling van Gent. Het karakter van rechtspraak is aanwezig en voor onze analyse relevant. Bovendien benadrukken wij, dat het bindend advies, evenals het arbitraal vonnis, wordt gegeven *ter beëindiging* van het geschil. Dit impliceert dat de uit de beslissing voortvloeiende en kenbare verbintenissen zich lenen voor executie. Hiermee is de door ons gesignaleerde tegenstelling opgehelderd.

- a. Het bindend advies, evenals het arbitraal vonnis, is naar onze opvatting de bron van de verbintenissen die in de plaats treedt van de (deels) niet nagekomen verbintenissen uit de oorspronkelijke (hoofd)overeenkomst tussen de partijen; in deze situatie is de vaststellingsovereenkomst waarbij partijen de geschilbeslechting uit handen geven aan een bindend adviseur *niet* de bron van de verbintenissen in deze zin.
- b. De vaststellingsovereenkomst is *wel* de bron van de verbintenissen die in de plaats treedt van de (deels) niet nagekomen verbintenissen uit de oorspronkelijke (hoofd)overeenkomst tussen partijen, maar uitsluitend indien en voor zover de partijen in deze overeenkomst de schikking (of: het vergelijk) vastleggen die het resultaat is van de gevoerde onderhandelingen.

2.2.7 De inhoud van de keuze: afdwingbaarheid

Hierna gaan wij in op de afdwingbaarheid van de uitspraak als onderdeel van de keuze van partijen voor private rechtspraak.

Rechtspraak als instrument voor de beëindiging van een geschil impliceert dat partijen een afdwingbare einduitspraak wensen te verkrijgen. Dat is altijd zo geweest, en zal altijd zo blijven. “*Rechtsvordering zonder uitvoering betekent niets. In de zekerheid, dat gewezen vonnissen zullen worden ten uitvoer gelegd, ligt de kracht van het procesrecht.*”¹⁸³ Het doel van elke juridische procedure, publiek of privaat, is het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak ter beëindiging van het conflict. Daarmee verkrijgt de in het gelijk gestelde procespartij een titel, die ten uitvoer kan worden gelegd.

182 Conclusie bij HR 20 mei 2005, JIN 2005/277, overweging 2.18. In dezelfde zin Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 171; Heemskerk 1983, p. 225 – 238; Ernste 2012a, p. 79 e.v.; Wiersma, red. art. 2013.

183 Philips 1880, p. 11.

2.3 OVERHEIDSDWANG BINNEN DE CONTEXT VAN RECHTSPRAAK

Isaac Tobias Philips maakte in 1880 expliciet onderscheid tussen de materiële beslissing (rechtspraak) en de formele afdwingbaarheid ervan (rechtsdwang). Hij kwam daarbij tot de conclusie dat al diegenen die materiële beslissingen geven in rechtsgeschillen, de rechtspraak bedrijven en derhalve kwalificeren als rechters.¹⁸⁴ Tegelijkertijd constateerde hij dat rechterlijke uitspraken zonder afdwingbaarheid geen betekenis hebben.¹⁸⁵ Wij sluiten ons aan bij de opvattingen van Philips, maar gaan hierna dieper in op de elementen van overheidswang binnen de rechtspraak. Wij doen dit omdat het karakter van rechtsdwang is verbonden aan het gehele proces van de rechtspraak. De rechtsdwang is derhalve breder dan de afdwingbaarheid van de einduitspraak.

De eiser is degene die de procedure initieert om de nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Het doel, te weten het voeren van de procedure, wordt vervolgens bereikt, ongeacht de vraag of de debiteur hieraan medewerking verleent.¹⁸⁶ Een ieder kan in beginsel als gedaagde in rechte worden betrokken (in de context van een incassogeschil ex artikel 3:296 BW). De subjectieve partijwil van de gedaagde zal er uiteraard op gericht zijn om helemaal niet in rechte te worden betrokken. Die subjectieve wil wordt binnen de dwingende regels van procesvoering echter niet gehonoreerd.

Binnen deze context behandelen wij in § 2.3.1 de oproeping als scheidslijn tussen vrijwilligheid en dwang. In § 2.3.2 gaan wij in op het rechtsgevolg van artikel 6:236 sub n BW. In § 2.3.3 behandelen wij het verstekvonnis in de plaats van de medewerking van de gedaagde.

2.3.1 De oproeping als scheidslijn tussen vrijwilligheid en dwang

De wet bevat rechtsgevolgen voor de gedaagde die weigert, althans: nalaat, om de oproeping voor de procedure in ontvangst te nemen. Bij bindend advies en bij arbitrage is de oproeping via een deurwaardersexploot niet vereist. Wij zullen in ons onderzoek echter uitgaan van de situatie dat het procesreglement de oproeping gelast in de vorm van het uitreiken van het inleidende exploot door de gerechtsdeurwaarder ex artikel 2 lid 1 Gdw. Dit is niet zonder reden. Het voordeel van deze benadering is de rechtszekerheid door de materiële bewijskracht van de ambtsedig opgestelde oproeping. Hiermee is er dwingend bewijs van (a) het feit dat er is opgeroepen, (b) de datum van oproeping en (c) de daarbij verstrekte informatie. Hierdoor is de oproeping voor de notaris een controleerbaar rechtsfeit, in de betekenis van een feit waaraan het objectieve recht een rechtsgevolg koppelt (zie ook § 3.1.3). Volledigheidshalve zij vermeld dat bij de digitale procedure bij de kantonrechter geen verstekvonnis zal worden gewezen in incassozaken, tenzij na een inleidend oproepingsexploot: een digitaal bericht als procesinleiding volstaat niet (artikel 112 lid 2 Rv vereist de oproeping ex artikel 113 Rv). Laat de eiser na om op te roepen per exploot, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard (artikel 112 lid 3 Rv).

184 Philips 1880, p. 14.

185 Philips 1880, p. 11.

186 Uiteraard staat het op voorhand niet vast of een rechter de aanspraken van de crediteur (volledig) zal honoreren. In die zin wordt het doel vanuit het gezichtspunt van de crediteur niet altijd bereikt.

Uit een oogpunt van consumentenbescherming verdient een zorgvuldige oproeping de voorkeur. Daar komt bij dat de gerechtsdeurwaarder de gedaagde identificeert aan de hand van de openbare registers (artikel 1:3 Wet basisregistratie personen jo artikel 2 lid 1 Gerechtsdeurwaarderswet). Het exploit levert daarmee tevens dwingend bewijs op dat aan de juiste persoon een oproeping is uitgebracht.

Treft de gerechtsdeurwaarder niet de gedaagde, maar wel een huisgenoot dan mag hij volgens artikel 46 lid 1 Rv een exploit bij diegene achterlaten. Het weigeren om het exploit aan te nemen van de gerechtsdeurwaarder, verhindert niet dat het exploit rechtsgeldig wordt uitgebracht (artikel 46 lid 3 Rv). De gerechtsdeurwaarder vermeldt in dat geval eenvoudigweg de weigering op het exploit. Vervolgens laat hij ter plekke een exemplaar achter via de brievenbus en stuurt een kopie na per aangetekende post. De wet bepaalt dat degene voor wie het exploit is bestemd, door deze werkwijze geacht wordt het afschrift in persoon te hebben ontvangen. Voor het geval niemand thuis is om het exploit in ontvangst te nemen, geldt eenzelfde regeling (artikel 47 Rv). De wet bepaalt derhalve dat de gedaagde op het moment van het inleidende exploit over een drempel wordt getrokken, waarbij hij de sfeer van vrijwilligheid verlaat en in het domein van overheidsdwang terecht komt.

2.3.2 Het rechtsgevolg van artikel 6:236 sub n BW van de objectivering van de partijwil

De wet bevat verder een rechtsgevolg wanneer de gedaagde weigert of nalaat te reageren in de aanloop naar de procedure ten overstaan van de bindend adviseur of het scheidsgerecht. De keuze voor private rechtspraak wordt in geval van consumentenovereenkomsten aangemerkt als onredelijk bezwarend, en is daarmee geplaatst op de zogeheten “zwarte lijst” van artikel 6:236 sub n BW. Een dergelijke keuze is vernietigbaar, tenzij aan de consument een termijn voor herroeping van het beding wordt gegund. Het artikel luidt als volgt.

“Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen;”

Wij bezien hierna het schriftelijke beroep op het beding zoals bedoeld in artikel 6:236 sub n BW vanuit de aanname dat dit via het oproepingsexploit van de gerechtsdeurwaarder wordt gedaan, en dus niet bij een eerdere gelegenheid (bijvoorbeeld in een aanmaningsbrief). Het voordeel van die aanpak is de dwingende bewijskracht van het exploit (ex artikel 157 lid 1 Rv), waardoor de bindend adviseur of het scheidsgerecht in de procedure kan vaststellen (1) op welke datum door de eisende partij het schriftelijke beroep op het beding is gedaan, en (2) wanneer de termijn is

verstreken waarbinnen de gedaagde ervoor had kunnen kiezen om het geschil te laten beslechten door de overheidsrechter.

De keuzevrijheid van de gedaagde is beperkt, namelijk tot de keuze van een procedure bij ofwel de private rechter ofwel de overheidsrechter. Wanneer de gedaagde binnen de gestelde termijn zijn voorkeur uitspreekt voor behandeling door de overheidsrechter, is het private gerecht niet langer bevoegd om het geschil te behandelen. *A-contrario* leiden wij daarom af dat in de situatie dat de periode ongebruikt is verstreken, de keuze voor het private gerecht daarmee onherroepelijk en onomkeerbaar is komen vast te staan. Partijen kunnen daarna alleen nog in gezamenlijk overleg een nieuw bevoegd gerecht aanwijzen voor het gerezen geschil.¹⁸⁷ Het vorenstaande laat uiteraard onverlet dat er – achteraf - andere gronden kunnen zijn waardoor een uitspraak van een privaats gerecht toch geen stand zal houden (zie § 2.6). Echter, tot dat moment staat de bevoegdheid (van ofwel het private gerecht ofwel de overheidsrechter) rechtens vast.

Het wetsartikel heeft derhalve ten eerste de functie van consumentenbescherming, omdat de consument niet tegen zijn wil mag worden afgehouden van de publieke rechter (zie § 2.2.3). Het wetsartikel heeft ten tweede een functie van rechtszekerheid, omdat het een ordenend en dwingend karakter heeft ter zake van het bevoegde gerecht. In relatie tot de partijwil zou men aan de ene kant kunnen betogen dat de wil van de gedaagde na ommekomst van de wettelijke termijn van een maand irrelevant is verklaard. Aan de andere kant zou men kunnen betogen dat de partijwil van de gedaagde als het ware wordt geobjectiveerd. Daarmee bedoelen wij dat de partijwil via de toepassing van art. 6:236 (n) BW objectief komt vast te staan of, anders geformuleerd, objectief “vaststelbaar” is geworden. Beide interpretaties achten wij verdedigbaar. Immers, indien en voor zover de subjectieve wil van de gedaagde om te procederen bij de kantonrechter ná het verstrijken van de wettelijke termijn van een maand zou herleven, en de zaak alsnog aanhangig wordt gemaakt bij de overheidsrechter, dan zal de overheidsrechter die partijen in beginsel niet-ontvankelijk behoren te verklaren.¹⁸⁸

Het rechtsgevolg is dat de bevoegdheid van het private gerecht ontstaat, of anders gezegd, dat de partijwil wordt geobjectiveerd. Dit rechtsgevolg ontstaat door het enkele verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Het is daarmee een rechtsfeit. Wij menen dat het een bloot rechtsfeit betreft. Immers, het rechtsgevolg vereist geen menselijk handelen (zie ook § 3.1.3). De bevoegdheid van het private gerecht volgt uit het achterwege blijven van menselijk handelen binnen de wettelijke termijn.

Wij wijzen hierbij mede op de verklaring van de staatssecretaris over de beperkte keuzevrijheid en de toepassing van de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Wij tekenen aan dat artikel 6:236 sub n BW op dat moment nog niet rechtstreeks van toepassing was op arbitrage, maar dat de toepas-

187 Ernste 2012a, p. 45-47.

188 Ervan uitgaande dat een beroep op niet-ontvankelijkheid als principaal verweer wordt aangevoerd, zie Ernste 2012, p. 45.

sing ervan in het procesreglement van e-Court al wel was opgenomen. De staatssecretaris gaf het volgende antwoord op Kamervraag 4 (zie *Handelingen II* 2013/2014, 292, p. 2).¹⁸⁹

“Vraag 4

“Wat is uw oordeel over de wijze waarop e-Court als enige de arbiters kan aanstellen? Denkt u dat de gedaagde partij hier vooraf voldoende over is geïnformeerd om te kunnen zeggen dat overeenstemming is bereikt? Zo ja, op welke wijze? Zo nee, welke maatregelen gaat u hiertegen nemen?”

“Antwoord 4

“Ingevolge art. 1027 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden de arbiter of arbiters benoemd op de wijze zoals partijen zijn overeengekomen. Partijen kunnen de benoeming onder meer overeenkomen door het van toepassing verklaren van een arbitragereglement. In dit arbitragereglement kan worden opgenomen dat de benoeming wordt overgelaten aan een derde, zoals het arbitrage-instituut. De wijze van benoeming bij arbitrages bij e-Court is geregeld in het reglement van e-Court. Een gedaagde kan via dit reglement (waarnaar in een overeenkomst moet zijn verwezen) bekend zijn met de wijze van benoeming door e-Court.

“Zoals bij het antwoord op vraag 3 aangegeven heeft de gedaagde blijkens het reglement van e-Court nog een maand de tijd om alsnog voor de overheidsrechter te kiezen wanneer deze geen arbitrage wil. (...)”

De staatssecretaris wijst in de laatste alinea expliciet op de mogelijkheid om te kiezen voor de overheidsrechter vanuit de wil van de gedaagde.

Het vorenstaande laat onverlet dat de procespartijen ook na het ongebruikt verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW de toegang tot de overheidsrechter behouden voor de eventuele vernietiging van de uitspraak of herroeping van een arbitraal vonnis (zie voor de rechterlijke toetsing § 2.6).

2.3.3 Het verstekvonnis in de plaats van de medewerking van de gedaagde

De wet bevat eveneens een rechtsgevolg voor de gedaagde die weigert, althans: nalaat, medewerking te verlenen gedurende het proces. Tegen de gedaagde die niet verschijnt, wordt verstek verleend. De publieke rechter is daartoe bevoegd ex artikel 111 lid 2 Rv jo artikel 139 Rv. Bij arbitrage geldt artikel 1043a lid 2 Rv. Voor een bindend adviesprocedure dient, bij gebreke van wettelijke bepalingen, het verstek te worden geregeld in het procesreglement.

Ook het verstekvonnis onderstreept het karakter van rechtsdwang verbonden aan het gehele proces van de rechtspraak.

Wij hebben met de voorbeelden (gegeven in § 2.3.1 tot en met § 2.3.4) willen illustreren dat de rechtsdwang verder gaat dan slechts de executoriale kracht die verbonden kan worden aan de einduitspraak. De dwang geldt (a) vanaf het moment van uitbrengen van de dagvaarding, door de

¹⁸⁹ *Handelingen II* 2013/14, 292, p. 2.

wettelijke fictie dat het exploit de gedaagde bereikt (§ 2.3.1), (b) in de aanloop naar de procedure door de objectivering van de partijwil bij de keuze voor een privaas gerecht via artikel 6:236 sub n BW (§ 2.3.2), en (c) tijdens de procedure voor de gedaagde die elke medewerking achterwege laat in de vorm van het verstekvonnis (§ 2.3.3).

2.4 DE WAARBORGEN VAN EEN BEHOORLIJK PROCES

In deze paragraaf gaan wij in op de waarborgen van een behoorlijk proces zoals die worden gesteld in artikel 6 EVRM. Wij noemen dit de waarborgen op dossierniveau, omdat deze waarborgen primair zien op de procesvoering in een concreet geval. In § 2.4.1 gaan wij in op de waarborgen op dossierniveau. In § 2.4.2 noemen wij de eisen die door de ADR-richtlijn worden gesteld aan een behoorlijk proces. Wij geven in § 2.4.3 onze eigen opvatting over het risico op dossierniveau.

2.4.1 *De inrichting van een behoorlijk proces*

Wij zullen in ons onderzoek uitgaan van de aanname dat de procesgang van een privaas gerecht zal bestaan uit twee schriftelijke rondes voor hoor en wederhoor, eventueel gevolgd door een zitting. Daarna wordt uitspraak gedaan en deze uitspraak wordt gemotiveerd. De gelijke behandeling van de procespartijen staat daarbij voorop. Hiermee moet in alle objectiviteit worden aangenomen dat de procesgang voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM van een eerlijke behandeling van de zaak, binnen een redelijke termijn, en van een gemotiveerde uitspraak (zie ook § 2.2.4).

2.4.2 *Eisen aan het proces in de ADR-richtlijn*

De ADR-richtlijn¹⁹⁰ bevat concrete handvatten voor de eisen die aan een proces mogen worden gesteld. Het doel van de richtlijn is door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen tot de goede werking van de interne markt, door te verzekeren dat consumenten op vrijwillige basis klachten tegen ondernemers kunnen voorleggen aan entiteiten die onafhankelijke, onpartijdige, transparante, doeltreffende, snelle en billijke procedures voor alternatieve geschillenbeslechting aanbieden (artikel 1). De richtlijn geeft daarmee een zekere mate van ‘comfort’ over de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de organisatie van een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting om te kunnen spreken van een hoog niveau van consumentenbescherming. De richtlijn is strikt genomen niet van toepassing op door een ondernemer tegen een consument ingeleide procedures (artikel 2 lid 2 sub g van de ADR-richtlijn), maar wij achten de eisen niettemin relevant zolang het gaat om private gerechten die consumentengeschillen behandelen. Wij zullen de eisen – die concreet zijn en in hoge mate voor zichzelf spreken – dan ook niet inhoudelijk behandelen, maar uitsluitend noemen. De richtlijn bevat instructies aan de lidstaten, maar wij zullen deze hieronder vertalen naar eisen die aan een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting met consumenten mogen worden gesteld.¹⁹¹

190 RICHTLIJN 2013/11/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG

191 Zie voor de ADR-richtlijn Velicogna, Errera en Derlange 2013, p. 38 e.v.; Barrot 2008; Cauffman, Faure en Hartlief 2010; Kallinikos 2009; Koop, Prins en Hijmans 2000; Krans 2010; Alternatieve geschillenbeslechting in de EU 2012; Ernste 2013, Verhage

Artikel 8 van de ADR-richtlijn vereist dat ADR-procedures doeltreffend zijn, en dienen te voldoen aan de volgende vereisten:

- a) de ADR-procedure is zowel online als offline beschikbaar en gemakkelijk toegankelijk voor beide partijen, ongeacht de plaats waar de partijen zich bevinden;
- b) de partijen hebben toegang tot de procedure zonder verplicht te zijn van een advocaat of een juridisch adviseur gebruik te maken, maar de procedure ontnemt de partijen niet het recht om in enig stadium van de procedure onafhankelijk advies in te winnen of zich door een derde te laten vertegenwoordigen of te laten bijstaan;
- c) de ADR-procedure is voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar;
- d) de ADR-entiteit die een klacht heeft ontvangen, brengt de partijen bij het geschil op de hoogte zodra zij alle documenten met de relevante informatie over de klacht heeft ontvangen;
- e) de uitkomst van de ADR-procedure wordt beschikbaar gesteld binnen een termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop de ADR-entiteit het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen. In het geval van zeer complexe geschillen kan de met de klacht belaste ADR-entiteit de termijn van 90 kalenderdagen naar eigen goeddunken verlengen. De partijen worden van elke verlenging van die termijn op de hoogte gesteld, alsmede van de tijd die nodig wordt geacht om het geschil te kunnen beëindigen.

Artikel 9 van de ADR-richtlijn bepaalt in lid 1 dat in ADR-procedures:

- a) de partijen de mogelijkheid hebben om, binnen een redelijke termijn, hun standpunt kenbaar te maken, door de ADR-entiteit in kennis te worden gesteld van alle argumenten, bewijsstukken, documenten en feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, alsmede van eventuele door deskundigen afgelegde verklaringen en ingenomen standpunten, en om daarop te reageren;
- b) de partijen ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn gebruik te maken van een advocaat of juridisch adviseur maar dat zij in elk stadium van de procedure onafhankelijk advies kunnen inwinnen of zich door een derde kunnen laten vertegenwoordigen of laten bijstaan;
- c) de partijen schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager van de uitkomst van de ADR-procedure in kennis worden gesteld, alsmede van de redenen waarop de uitkomst is gebaseerd.

In lid 2 is bepaald dat in ADR-procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing:

- a) de partijen de mogelijkheid hebben zich in elk stadium uit de procedure terug te trekken, indien zij ontevreden zijn over de wijze waarop de procedure verloopt of gevoerd wordt. Zij worden voor de aanvang van de procedure van dit recht in kennis gesteld. Indien bij nationale regels is bepaald dat de ondernemer verplicht is deel te nemen aan ADR-procedures, is dit punt alleen van toepassing op de consument;

- b) de partijen, alvorens met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven, erover worden geïnformeerd dat:
 - i) zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven;
 - ii) deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat;
 - iii) de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst;
- c) de partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen van het instemmen met of gevolg geven aan die voorgestelde oplossing;
- d) de partijen, alvorens met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking in te stemmen, voldoende tijd ter beschikking wordt gesteld om over het voorstel na te denken.

Artikel 9 lid 3 bepaalt dat indien ADR-procedures er overeenkomstig het nationale recht in voorzien dat de uitkomst ervan bindend is voor de ondernemer zodra de consument de voorgestelde oplossing heeft aanvaard, artikel 9, lid 2 geacht wordt alleen van toepassing te zijn op de consument.

In artikel 10 lid 1 van de ADR-richtlijn is bepaald dat een overeenkomst tussen een consument en een ondernemer om geschillen voor te leggen aan een ADR-entiteit niet bindend is voor de consument indien de overeenkomst vóór het ontstaan van het geschil is gesloten en tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich voor de beslechting van het geschil tot de rechter te wenden. In artikel 10 lid 2 is bepaald dat ADR-procedures die erop gericht zijn een geschil te beslechten door het opleggen van een oplossing, deze oplossing de partijen slechts kan binden indien zij vooraf op de hoogte zijn gesteld van het bindende karakter ervan en hiermee uitdrukkelijk hebben ingestemd. Specifieke aanvaarding door de ondernemer is niet noodzakelijk indien bij nationale regels is bepaald dat oplossingen bindend zijn voor ondernemers.

Artikel 11 lid 1 van de ADR-richtlijn vereist dat in ADR-procedures die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen:

- a) wanneer er geen collisie is, de opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben;
- b) wanneer er geen collisie is en het op de verkoop- of dienstenovereenkomst toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 6, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 593/2008, de door de ADR-entiteit opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft;

c) wanneer er geen collisie is en het op de verkoop- of dienstenovereenkomst toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 5, leden 1 tot en met 3, van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, de door de ADR-entiteit opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van de dwingende bepalingen betreffende contractuele verplichtingen van het recht van de lidstaat waarin hij zijn gewone verblijfplaats heeft.

Op grond van artikel 11 lid 2 moet voor de toepassing van dit artikel de „gewone verblijfplaats” worden bepaald.

2.4.3 Eigen opvatting over de waarborgen van een behoorlijk proces

Wij menen dat het op grond van de wet- en regelgeving – mede aan de hand van de concrete handvatten die in de ADR-richtlijn worden geboden – voor een notaris mogelijk is om vast te stellen in hoeverre er sprake is van een proces, dat voldoet aan de beginselen van een behoorlijk proces (zie ook § 2.2.4). Een eenvoudige, overzichtelijke procesgang in begrijpelijke taal werkt de gelijkwaardigheid van de procespartijen in de hand en bevordert gelijkheid in kennis. Het feit dat een bindend adviseur of een scheidsgerecht in elke plaats zittingen mag houden en daarbij rekening houdt met de woonplaats van partijen (en in het bijzonder van de gedaagde consument) draagt bij aan de laagdrempeligheid.

2.5 ONAFHANKELIJKHEID, ONPARTIJDIGHEID EN DESKUNDIGHEID

Naast de kwaliteit van de procesgang zijn er integriteits- en kwaliteitseisen te stellen aan het private gerecht op grond van artikel 6 EVRM. Wij noemen dit daarom de waarborgen op organisatieniveau, omdat dit aspect een individueel procesdossier overstijgt. Onder integriteitseisen verstaan wij eisen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Onder kwaliteitseisen verstaan wij eisen aan de deskundigheid. Hierna gaan wij in § 2.5.1 in op deze aspecten als waarborgen op organisatieniveau. Wij noemen in § 2.5.2 de eisen die in de ADR-richtlijn worden gesteld. In § 2.5.3 geven wij onze eigen opvatting over de eisen op organisatieniveau.

2.5.1 De eisen aan onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid

Artikel 6 EVRM stelt de eis dat een gerecht onafhankelijk en onpartijdig is. In het algemeen wordt aangenomen dat ook private rechters aan deze kwaliteitseisen moeten voldoen (zie ook § 2.2.3-2.2.4).¹⁹²

Snijders meldt dat het beginsel van de onafhankelijkheid vele facetten kent, met name naar gelang de vraag ten opzichte van wie de rechter onafhankelijk dient te zijn.¹⁹³ Wij laten voor het onderzoek de onafhankelijkheid binnen de Trias Politica buiten beschouwing, omdat de private gerechten

¹⁹² Ernste 2012a, p. 105-179, Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 433.

¹⁹³ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 39-40.

niet rechtstreeks geraakt worden door deze dynamiek. Wij richten ons op de onafhankelijkheid ten opzichte van de procespartijen. Snijders vermeldt hierover, dat deze onafhankelijkheid ook geduid wordt als onpartijdigheid. Dit vergt objectiviteit, afwezigheid van vooringenomenheid en een zekere afstandelijkheid bij de behandelingen. Verder noemt Snijders dat rechters verplicht zijn zich te onthouden van handelingen waardoor die onpartijdigheid in gevaar kan komen. De rechter dient ook enige afstandelijkheid te hebben tot ongefundeerde stemmingmakerij en ongenueanceerde opvattingen die onder invloed van emoties in de maatschappij tot stand zijn gekomen.

In deze paragraaf bespreken wij welke maatregelen naar ons oordeel kunnen worden getroffen ter bevordering van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid (integriteit) en verder ten aanzien van de deskundigheid (de juridisch inhoudelijke kwaliteit), binnen de context van incassogeschillen.

Wat betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zullen de volgende maatregelen in positieve zin kunnen bijdragen aan hoogwaardige private rechtspraak. Ten eerste dient een privaats gerecht niet – direct of indirect – gefinancierd worden door degenen die belang hebben bij de vonnissen (grote opdrachtgevers uit het bedrijfsleven, brancheverenigingen of de incassobranche).¹⁹⁴ Ten tweede dienen de griffierechten als voorschot te worden betaald, zodat er door de private rechter in financiële vrijheid recht kan worden gesproken, evenals dit het geval is bij de publieke rechter.¹⁹⁵ Ten derde dient de model verwijzingsclausule voor algemene voorwaarden facultatief te zijn, en dus niet exclusief. Dit betekent dat geschillen *kunnen* worden voorgelegd, maar niet dat alle geschillen *moeten* worden voorgelegd aan het private gerecht. Hierdoor wordt de afstand tot de eisende partij bewaakt. Ten vierde dienen geen bedrijfsjuristen of experts uit de eigen organisatie of branche van de eisende partijen tot geschilbeslechter te worden benoemd, maar dienen geschilbeslechters juist van de procespartijen onafhankelijke beroepsbeoefenaren te zijn. Ten vijfde dienen geschilbeslechters aan een gedragscode gebonden te zijn vergelijkbaar met de “leidraad onafhankelijkheid” voor overheidsrechters.¹⁹⁶ Ten zesde dient het procesreglement te voorzien in de mogelijkheid tot wraking.¹⁹⁷

Door de gesprekken met de kandidaat in kwestie, endoor gerichte vragen aan referenten kan de geschiktheid van een kandidaat op integriteitsaspecten expliciet worden beoordeeld.¹⁹⁸ Daarbij kan met name worden onderzocht in hoeverre de kandidaat in staat kan worden geacht om

194 Overigens behoeft de financiering op zichzelf niet tot de conclusie te leiden dat een onafhankelijkheidsstatuut niet zou kunnen werken, zoals de Stichting geschillencommissie ook heeft bewezen. Zie verder Wefers Bettink 2013, Nakad 2014, Wefers Bettink 2014.

195 Anders dan in de advocatuur is het bij private rechtspraak niet relevant welke procespartij de zaak aanhangig maakt en de griffierechten betaalt. Het gerecht dient niet het belang van één van de partijen, maar wordt aangezocht om onafhankelijk en onpartijdig te oordelen. Het oordeel kan achteraf (marginaal) worden getoetst. Zie Wefers Bettink 2013 en 2014 en Nakad-Weststrate 2014.

196 De gedragscode voor geschilbeslechters bij e-Court is gepubliceerd op www.e-court.nl.

197 *Handelingen II* 2013/14, 292, p. 2.

198 Zie voor de werving- en selectieprocedure en –criteria: www.e-court.nl.

vroegtijdig belangenconflicten te signaleren en hiernaar te handelen, om zijn onpartijdigheid te bewaken.

Wat de deskundigheid betreft dienen eisen te worden gesteld aan de opleiding van geschilbeslechters. Aan de arbiter worden in de wet geen speciale opleidingseisen gesteld; hij hoeft ook geen jurist te zijn. Elke handelingsbekwame, natuurlijke persoon komt in aanmerking als arbiter (artikel 1023 Rv). Voor geïstitutionaliseerde private rechtspraak kan worden verlangd dat de arbiter de titel Master/meester in de rechten moet hebben behaald, eventueel in combinatie met een te stellen minimum aantal jaren relevante werkervaring. De werving en selectieprocedure dient gericht te zijn op een zorgvuldig onderzoek omtrent de geschiktheid van de kandidaat in juridisch inhoudelijke zin en naar zijn vermogen tot onafhankelijk en onpartijdig oordelen.

Met dergelijke maatregelen voldoet een privaat gerecht aan wat redelijkerwijs zou kunnen worden verlangd om de kwaliteit en integriteit van de organisatie te waarborgen.

Daarnaast heeft bijvoorbeeld e-Court van meet af aan (januari 2010) een onafhankelijke raad van toezicht ingesteld, welke raad statutair is verankerd (artikel 9 van de statuten). Ook op de website van het NAI staan per 1 januari 2015 de leden vermeld van een Raad van Advies en Toezicht. Dergelijke raden kunnen door steekproefsgewijze controles een repressief organisatie- en dossiertoezicht uitoefenen.

2.5.2 Eisen aan de organisatie in de ADR-richtlijn

De ADR-richtlijn¹⁹⁹ bevat concrete handvatten voor de organisatie van een privaat gerecht.

Wij benadrukken hetgeen wij hiervoor (zie § 2.4.2) hebben vermeld, namelijk dat het doel van de richtlijn is door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen tot de goede werking van de interne markt, door te verzekeren dat consumenten op vrijwillige basis klachten tegen ondernemers kunnen voorleggen aan entiteiten die onafhankelijke, onpartijdige, transparante, doeltreffende, snelle en billijke procedures voor alternatieve geschillenbeslechting aanbieden (artikel 1). De richtlijn geeft daarmee een zekere mate van ‘comfort’ over de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de organisatie van een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting om te kunnen spreken van een hoog niveau van consumentenbescherming. De richtlijn is strikt genomen niet van toepassing op door een ondernemer tegen een consument ingeleide procedures (artikel 2 lid 2 sub g van de ADR-richtlijn), maar wij achten de eisen niet-temin relevant zolang het gaat om private gerechten die consumentengeschillen behandelen. Wij zullen de eisen – die concreet zijn en in hoge mate voor zichzelf spreken – dan ook niet inhoudelijk behandelen, maar uitsluitend noemen. De richtlijn bevat instructies aan de lidstaten,

199 RICHTLIJN 2013/11/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG

maar wij zullen deze hieronder vertalen naar eisen die aan een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting met consumenten mogen worden gesteld.²⁰⁰

Artikel 6 van de ADR-richtlijn ziet op “Deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid”. In lid 1 wordt bepaald dat de met ADR belaste natuurlijke personen over de noodzakelijke deskundigheid dienen te beschikken en onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn. Dit moet worden gewaarborgd door ervoor te zorgen dat die personen:

- a) over de noodzakelijke kennis en vaardigheden op het gebied van alternatieve of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen beschikken, alsmede over een algemeen begrip van het recht;
- b) worden aangewezen voor een ambtstermijn die voldoende lang is om de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren en niet zonder geldige reden van hun taken kunnen worden ontheven;
- c) niet gehouden zijn instructies van een van beide partijen of hun vertegenwoordigers aan te nemen;
- d) een vergoeding ontvangen die niet met de uitkomst van de procedure verband houdt;
- e) de ADR-entiteit onverwijld in kennis stellen van alle omstandigheden die van invloed kunnen zijn, of kunnen worden gezien als zijnde van invloed, op hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid of aanleiding kunnen geven tot een belangenconflict met een van de partijen bij het geschil dat hun ter beslechting wordt voorgelegd. De verplichting tot openbaarmaking blijft gedurende de gehele ADR-procedure bestaan. De verplichting geldt niet indien de ADR-entiteit uit slechts één natuurlijke persoon bestaat.

In artikel 6 lid 2 van de ADR-richtlijn is opgenomen dat ADR-entiteiten dienen te beschikken over procedures om ervoor te zorgen dat, in de in lid 1, onder e), bedoelde omstandigheden:

- a) de betrokken natuurlijke persoon wordt vervangen door een andere natuurlijke persoon die met het voeren van de ADR-procedure wordt belast; of, als dat niet geschiedt;
- b) de betrokken natuurlijke persoon ervan afziet de ADR-procedure te voeren en dat, indien mogelijk, de ADR-entiteit de partijen voorstelt het geschil voor te leggen aan een andere ADR-entiteit die bevoegd is om het geschil te behandelen, of, als dat niet geschiedt;
- c) de omstandigheden ter kennis van de partijen worden gebracht en de betrokken natuurlijke persoon alleen toestemming heeft om de ADR-procedure voort te zetten indien de partijen, na in kennis te zijn gesteld van de omstandigheden en van hun recht bezwaar te maken, geen bezwaar hebben gemaakt.

Artikel 6 lid 3 van de ADR-richtlijn bepaalt dat de procedures, behalve aan de algemene vereisten van leden 1 en 5, dienen te voldoen aan de volgende specifieke vereisten:

- a) de met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen worden benoemd door, of maken deel uit van, een collegiaal orgaan waarin een gelijk aantal vertegenwoordigers van consumenten

200 Zie voor de ADR-richtlijn Velicogna, Errera en Derlange 2013, p. 38 e.v.; Barrot 2008; Cauffman, Faure en Hartlief 2010; Kallinikos 2009; Koop, Prins en Hijmans 2000; Krans 2010; Alternatieve geschillenbeslechting in de EU 2012; Ernste 2013, Verhage 2015; Brand 2015; M.W. Knigge 2015.

tenorganisaties en vertegenwoordigers van de ondernemer zitting heeft, en worden aangewezen ingevolge een transparante procedure;

- b) de met geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen worden benoemd voor een ambtstermijn van ten minste drie jaar teneinde de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren;
- c) de met geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen verbinden zich ertoe niet te werken voor de ondernemer noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan de ondernemer lid is gedurende drie jaar nadat hun ambt in de geschillenbeslechtingsentiteit een einde heeft genomen;
- d) de geschillenbeslechtingsentiteit heeft geen hiërarchische of functionele band met de ondernemer en is duidelijk onderscheiden van de operationele entiteiten van de ondernemer en beschikt voor de uitvoering van haar taken over een toereikend budget dat gescheiden is van het algemeen budget van de ondernemer.

Op grond van artikel 6 lid 4 van de ADR-richtlijn dienen de met ADR belaste natuurlijke personen die uitsluitend in dienst zijn van of uitsluitend een vergoeding ontvangen van een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan die ondernemer lid is, te voldoen aan de algemene vereisten van leden 1 en 5, en bovendien over een afzonderlijk, specifiek en voor de vervulling van hun taken toereikend budget te beschikken. Dit lid is niet van toepassing indien de betrokken natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan waarin een gelijk aantal vertegenwoordigers zitting heeft van de beroeps- of bedrijfsorganisatie waarbij zij in dienst zijn of waarvan zij een vergoeding ontvangen, enerzijds, en van consumentenorganisaties, anderzijds.

Artikel 6 lid 5 van de ADR-richtlijn bepaalt dat ADR-entiteiten waar de met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan, erin voorzien dat in dit orgaan een gelijk aantal vertegenwoordigers van consumentenbelangen en vertegenwoordigers van ondernemersbelangen zitting heeft.

In artikel 6 lid 6 van de ADR-richtlijn wordt bepaald dat voor de toepassing van lid 1, onder a), wordt aangemoedigd dat ADR-entiteiten voorzien in een opleiding voor de met de ADR belaste natuurlijke personen. Indien in die opleiding wordt voorzien, houden de bevoegde autoriteiten toezicht op de opleidingsprogramma's van de ADR-entiteiten op basis van de overeenkomstig artikel 19, lid 3, onder g), verstrekte informatie.

Artikel 7 van de ADR-richtlijn vereist een mate van transparantie door begrijpelijke informatie die in een geschikte vorm wordt aangeboden. Het gaat hierbij (artikel 7 lid 1) om de volgende informatie.

- a) hun contactgegevens, waaronder postadres en e-mailadres;
- b) het feit dat ADR-entiteiten zijn opgenomen in de lijst volgens artikel 20, lid 2;
- c) welke natuurlijke personen belast zijn met ADR, hoe deze worden aangewezen en wat de duur van hun ambtstermijn is;

- d) de deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van met ADR belaste natuurlijke personen die uitsluitend in dienst zijn bij of een vergoeding ontvangen van de ondernemer;
- e) of zij, voor zover van toepassing, zijn aangesloten bij netwerken van ADR-entiteiten ter vergemakkelijking van de grensoverschrijdende geschillenbeslechting;
- f) voor de behandeling van welke soorten geschillen zij bevoegd zijn, inclusief elke toepasselijke drempel;
- g) welke procedurevoorschriften op de beslechting van een geschil van toepassing zijn en op welke gronden de ADR-entiteit mag weigeren een gegeven geschil te behandelen overeenkomstig artikel 5, lid 4;
- h) in welke talen klachten bij de ADR-entiteit kunnen worden ingediend en in welke talen de ADR-procedure wordt gevoerd;
- i) op welke soorten voorschriften de ADR-entiteit zich bij de geschillenbeslechting kan baseren (bv. wettelijke voorschriften, overwegingen van billijkheid, gedragscodes);
- j) welke stappen de partijen eventueel vooraf moeten doen voordat een ADR-procedure kan worden ingeleid, met inbegrip van een poging door de consument om met de ondernemer rechtstreeks tot een schikking van de zaak te komen;
- k) of de partijen zich uit de procedure kunnen terugtrekken;
- l) welke kosten in voorkomend geval voor rekening van partijen komen, met inbegrip van de regels inzake de verwijzing in de kosten aan het einde van de procedure;
- m) hoe lang de ADR-procedure gemiddeld duurt;
- n) welke rechtsgevolgen de uitkomst van de ADR-procedure heeft, met inbegrip van de sancties voor niet-naleving zijn in het geval van een beslissing met bindende werking voor de partijen, voor zover van toepassing;
- o) in hoeverre, voor zover ter zake doend, de ADR-beslissing uitvoerbaar is.

Op grond van artikel 7 lid 2 van de ADR-richtlijn dienen ADR-entiteiten jaarlijkse activiteitenverslagen voor het publiek toegankelijk maken. Deze verslagen bevatten de volgende informatie:

- a) het aantal voorgelegde geschillen en de soorten klachten waarop zij betrekking hebben;
- b) eventuele systematische of aanzienlijke, veelvuldig voorkomende problemen die leiden tot geschillen tussen consumenten en ondernemers; dergelijke informatie kan vergezeld gaan van aanbevelingen over de wijze waarop dergelijke problemen in de toekomst kunnen worden vermeden of opgelost, opdat ondernemers de lat steeds hoger leggen en de uitwisseling van informatie en beste praktijken wordt gefaciliteerd;
- c) het percentage geschillen dat de ADR-entiteit geweigerd heeft te behandelen en het procentuele aandeel van de soorten gronden voor weigering als bedoeld in artikel 5, lid 4;
- d) in het geval van de in artikel 2, lid 2, onder a), beschreven procedures, het aandeel in procent van oplossingen die ten gunste van de consument of van de ondernemer worden voorgesteld of opgelegd, dan wel van geschillen die de vorm aannemen van een minnelijke schikking;
- e) het aandeel in procent van de ADR-procedures die zijn stopgezet en, voor zover bekend, de redenen van stopzetting;

- f) de gemiddelde tijd die de beslechting van geschillen in beslag heeft genomen;
- g) voor zover bekend, het percentage van de gevallen waarin de uitkomsten van de ADR-procedures zijn nageleefd;
- h) of er, voor zover van toepassing, sprake was van samenwerking binnen netwerken van ADR-entiteiten ter vergemakkelijking van de beslechting van grensoverschrijdende geschillen.

2.5.3 Eigen opvatting over de eisen aan de organisatie

Wij menen dat het op grond van de wet- en regelgeving – mede aan de hand van het procesreglement, de informatie op de website en gesprekken met arbiters, en met de voorzitter en leden van het bestuur en de concrete handvatten die in de ADR-richtlijn worden geboden – voor een notaris mogelijk is om in relatie tot een specifiek privaats gerecht vast te stellen in hoeverre voldaan wordt aan de eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid.

Een additionele vorm van toezicht, zoals door een onafhankelijke raad van toezicht, kan bijdragen aan de kwaliteit en onafhankelijkheid van de geschilbeslechting en de organisatie. In geval van een raad van toezicht kan de notaris zijn onderzoek ook uitstrekken tot een reglement van de raad van toezicht en gesprekken met de voorzitter en leden ervan. Voor procedures die worden ingeleid door bedrijven, zou het aanbeveling verdienen om te kiezen voor geschilbeslechteurs die boven de partijen staan in plaats van afgevaardigden van partijen. Met andere woorden: in plaats van meervoudige tribunaal met vertegenwoordigers van bedrijfs- en consumentenbelangen zijn, zou – zeker voor eenvoudige geschillen over lage hoofdsommen – wellicht beter nog gekozen kunnen worden voor onafhankelijke juristen die (in een enkelvoudige of meervoudige kamer) recht doen en daarbij de partijen op voet van gelijkheid behandelen. Daarbij kan de tussenkomst van een onafhankelijke stichting die de bindend adviseurs of arbiters benoemt, zorgen voor verdere afstand tussen scheidsrecht en partijen.²⁰¹

2.6 DE TOETSING VAN PRIVATE UITSPRAKEN IN DE PRAKTIJK

In deze paragraaf bespreken wij kort de toetsing van private vonnissen door de publieke rechtspraak ofwel vanwege de tenuitvoerlegging ofwel vanwege de aantasting ervan. In § 2.6.1 bespreken wij de inhoud van de marginale toets van het bindend advies ex artikel 7:900 BW. In § 2.6.2 behandelen wij de inhoud van de marginale toets van het arbitrale vonnis ex artikel 1062 Rv. Wij behandelen in § 2.6.3 de vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 BW. In § 2.6.4 behandelen wij de vernietiging en de herroeping van het arbitrale vonnis. In § 2.6.5 gaan wij in op mogelijk foutieve uitspraken door een privaats gerecht. Wij gaan in § 2.6.6 in op de mogelijke aansprakelijkheid van de notaris bij waarneming en vastlegging van een procedure. In § 2.6.7

201 De suggestie van een onafhankelijke stichting (artikel 2:285 BW) doen wij naar analogie van de toepassingen in het recht, zoals in het financiële recht een stichting bewaarder voor een beleggingsfonds (artikel 4:37j Wft), een 'stak' (stichting administratiekantoor) voor certificering van aandelen, en een stichting derdengelden voor advocatuur (artikel 6:18 e.v. Verordening op de advocatuur) en notariaat (artikel 25 lid 1 Wna). Door een aparte rechtspersoon, met een eigen onafhankelijk bestuur wordt deze toepassing in het algemeen aanvaard als een 'risk remote' en 'bankruptcy remote' oplossing.

behandelen wij de ambtshalve toetsing bij arbitrage en in § 2.6.8 het (in potentie) nieuwe leerstuk van de barmhartigheid.

2.6.1 De marginale toets van artikel 7:900 BW

Bij de nakoming van het bindend advies ex artikel 3:296 BW j° artikel 7:900 BW, is de marginale toets van de publieke rechter beperkt. Hij zal met name dienen te beoordelen of het private gerecht redelijkerwijze tot het bindend advies heeft kunnen komen.²⁰² De Rechtbank Amsterdam overwoog daarbij: *“De rechtbank heeft bij de toetsing van het bindend advies niet de rol van appellinstantie. Zij beoordeelt slechts of de rijdende rechter in redelijkheid tot de door hem gegeven beslissing heeft kunnen komen.”*²⁰³ Deze maatstaf impliceert dat er niet slechts één juist vonnis kan worden gewezen in een concreet geval, maar dat verschillende bindend adviseurs mogelijk verschillend kunnen oordelen. Dit is op zichzelf toelaatbaar, mits de bindend adviseur redelijkerwijze tot het bindend advies heeft kunnen komen. Binnen de context van moderne professionele, geïnstitutionaliseerde geschilbeslechting (zie met name § 2.5) ligt het voor de hand dat het bindend advies deze toets normaliter zal doorstaan.

2.6.2 De marginale toets van artikel 1062 Rv

Bij een arbitraal vonnis kan op eenvoudige wijze een verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis worden verkregen door indiening van een daartoe strekkend verzoekschrift (artikel 1062 lid 1 Rv). Met het verlot kan het arbitrale vonnis ten uitvoer worden gelegd. De voorzieningenrechter van de rechtbank kan blijkens de tekst van artikel 1063 Rv, de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd op een van de gronden genoemd in artikel 1065 lid 1 Rv, of herroepen op een van de gronden genoemd in artikel 1068 lid 1 Rv, dan wel indien in strijd met artikel 1056 Rv een dwangsom is opgelegd.²⁰⁴

2.6.3 De vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 BW

Een procespartij kan zich ook tot de publieke rechter wenden voor een vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 lid 1 BW.²⁰⁵ De publieke rechter zal toetsen of gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Verdedigd kan worden de stelling dat de maatstaf van de toets van artikel 7:904 BW besloten ligt in artikel 6:248 lid 2 BW. In dat opzicht valt de maatstaf binnen de professionele verantwoordelijkheid van elke juridische beroepsbeoefenaar. Dit kan wellicht mede verklaren waarom een succesvol beroep op het vernietigen van het bindend advies zich niet snel zal voordoen.

202 Ernste 2012, p. 90.

203 Rechtbank Amsterdam 23 oktober 2013, ECLI, NL RBAMS:2013:7984, (r.o. 4.2).

204 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 450-451.

205 Ernste 2012a, p. 72-79.

2.6.4 De vernietiging en de herroeping van arbitrale vonnissen

Per 1 januari 2015 staan in artikel 1064 Rv twee rechtsmiddelen genoemd tegen een arbitraal vonnis, te weten de vernietiging en de herroeping. De bevoegdheid van het gerechtshof is in artikel 1064a lid 2 Rv neergelegd.²⁰⁶ In de Memorie van Toelichting is hierover opgemerkt: “*De procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis is teruggebracht tot een rechtsgang in één instantie, namelijk bij het gerechtshof. Dit voorkomt dat partijen na het doorlopen van een arbitrageprocedure nog veel extra tijd en kosten kwijt zijn.*”²⁰⁷ De bevoegdheid tot het instellen van een vordering tot vernietiging verstrijkt drie maanden na het verstrijken van de termijn voor het instellen van het arbitraal hoger beroep.

De vernietiging van een arbitraal vonnis kan alleen plaatsvinden op een of meer van de gronden als vermeld in artikel 1065 Rv.²⁰⁸ Dit zijn:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde.

De herroeping van een arbitraal vonnis kan alleen plaatsvinden op een of meer van de gronden als vermeld in artikel 1068 Rv.²⁰⁹ Dit zijn:

- a. het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
- b. het vonnis berust geheel of ten dele op bescheiden die na de uitspraak blijken vals te zijn;
- c. een partij heeft na de uitspraak bescheiden die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.

2.6.5 Mogelijk foutieve uitspraken van het private gerecht

Indien een procespartij meent dat de uitspraak van een privaat gerecht fouten bevat, is de weg naar herstel primair gelegen in het aanwenden van rechtsmiddelen. Indien het hoger beroep niet open staat of indien het niet slaagt, kan een procespartij bij bindend advies, indien hij meent dat zijn gebondenheid aan de beslissing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, een beroep doen op artikel 7:904 BW (§ 2.6.3). De publieke rechter kan in dat geval het bindend advies vernietigen. Dit beroep op vernietiging kan overigens ook als verweer naar voren worden gebracht indien de in het gelijk gestelde partij nakoming vordert bij de publieke rechter om een executoriale titel te verkrijgen.

206 Meijer en Van Mierlo 2014.

207 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1-2.

208 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 442-446.

209 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 446.

Bij arbitrage staat een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis open ex artikel 1064 Rv. Artikel 1065 Rv noemt de gronden voor vernietiging (§ 2.6.4). Als voorbeeld noemen wij (i) de constatering dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, of (ii) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde.

Daarnaast rijst de vraag onder welke voorwaarden de bindend adviseur of de arbiter aansprakelijk kan worden gesteld. In de praktijk zijn er weinig van zulke gevallen bekend.²¹⁰ Zowel in het geval van bindend advies als in het geval van arbitrage kan de aansprakelijkheid worden gesteld via artikel 6:74 BW (bij een geldige overeenkomst tot bindend advies of arbitrage) of artikel 6:162 BW (bij de afwezigheid van een geldige overeenkomst daartoe). Wij behandelen hierna de vraag onder welke omstandigheden een private rechter aansprakelijk kan worden gesteld voor een foutieve uitspraak. Hierbij houden wij een chronologische volgorde aan.

De Hoge Raad heeft zich in het *Greenworld*-arrest van 2009²¹¹ uitgesproken over de aansprakelijkheid van een rechter (een publieke rechter of een scheidsrechter) voor de schade die ontstaat wegens een onjuiste uitspraak, na vernietiging ervan. De Hoge Raad oordeelt dat arbiters slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk gehouden kunnen worden. Een dergelijk uitzonderlijk geval kan zich na vernietiging van het arbitraal vonnis voordoen indien de arbiter, met betrekking tot de vernietigde uitspraak, opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, dan wel met kennelijk grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling. De Hoge Raad verwijst daarbij naar een vergelijkbare hoge drempel voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de overheidsrechter (art. 42 Wet rechtspositie rechtelijke ambtenaren). Ook brengt volgens de Hoge Raad het enkele feit van vernietiging nog niet met zich mee dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt derhalve dat waar ‘gewone’ juridische dienstverleners zoals advocaten worden beoordeeld volgens de vergelijkingsmaatstaf van de ‘redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot’, voor arbiters net als voor overheidsrechters een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt. Die drempel is zowel gelegen in de vernietiging van de uitspraak als voorwaarde voor aansprakelijkheid, als in de strengere maatstaf van aansprakelijkheid. De rechtvaardiging voor deze hoge drempel is volgens de Hoge Raad gelegen in de wenselijkheid van ‘angstvrije arbiters’ die in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil oordelen.

Op 15 juni 2012 heeft de Hoge Raad arrest gewezen, waarbij de rechtsvraag is behandeld onder welke omstandigheden gebreken in de inhoud of in de wijze van totstandkoming van een bindend advies voldoende reden vormen voor de opdrachtgever om het honorarium dat met de bindend adviseur is overeengekomen, niet te vergoeden. In dit kader heeft de Hoge Raad voor het eerst

210 Zie voor een overzicht Ernste 2012a, p. 270.

211 HR 4 december 2009, *LJN* BJ7834. Zie ook Dekker en Van Boom 2013, p. 1702-1707.

de vraag beantwoord aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of de bindend adviseur tekort is geschoten in de uitvoering van zijn opdracht.²¹²

De Hoge Raad overweegt:

“dat door de bindend adviseurs gemaakte fouten eerst tot hun aansprakelijkheid jegens (een der) opdrachtgevers kunnen leiden dan wel een gegrond verweer kunnen opleveren tegen hun vorderingen tot betaling van het overeengekomene, indien het in hun verhouding tot (een der) opdrachtgevers in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden.

“Een minder strikte maatstaf zou tot de onwenselijke gevolgen kunnen leiden dat bindend adviseurs niet in vrijheid en onbevangenheid kunnen oordelen, en dat een partij de nadelige gevolgen van een (naar inhoud of wijze van totstandkoming) onjuist bindend advies gemakkelijker op de bindend adviseurs zou kunnen afwentelen dan dat zij de bindende kracht daarvan langs de weg van art. 7:904 BW zou kunnen aantasten.”

In 2016 oordeelde de Hoge Raad²¹³ dat *alle* (materiële én processuele) fouten bij de uitoefening van de rechterlijke taak van arbiters dienen te worden beoordeeld naar de *Greenworld*-maatstaf (persoonlijke aansprakelijkheid in geval van opzet, bewuste roekeloosheid of grof plichtsverzuim). In hoger beroep spitste het geschil zich toe op de vraag of de voorzitter zich schuldig had gemaakt aan “grof plichtsverzuim”, door niet toe te zien op de voorgeschreven ondertekening van het vonnis. Het hof oordeelde van niet en overwoog daartoe (uitsluitend) dat het ontbreken van de twee handtekeningen, “door welke omstandigheden dan ook” en “hoe ongelukkig dat ook is”, niet kan leiden tot de conclusie dat is gehandeld met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. In cassatie klaagde Qnow allereerst dat het hof de verkeerde maatstaf heeft toegepast. De terughoudende maatstaf uit het *Greenworld*-arrest zou namelijk berusten op de notie van rechterlijke beoordelingsvrijheid en (daarom) alleen gelden voor inhoudelijke gebreken van het arbitrale vonnis. Voor processuele fouten zouden de gewone regels van wanprestatie of onrechtmatige daad gelden, met als (lichtere) maatstaf of de arbiter heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend arbiter betaamt. De Hoge Raad verwierp dit onderscheid en oordeelt dat, mede omwille van de rechtszekerheid, *alle* fouten bij de uitoefening van de rechterlijke taak van arbiters dienen te worden beoordeeld naar dezelfde maatstaf. Er is geen grond de *Greenworld*-maatstaf te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden (r.o. 3.4.3). De verantwoordelijkheid van de voorzitter van een scheidsgerecht om erop toe te zien dat het ondertekeningsvoorschrift van art. 1057 lid 2 Rv wordt nageleefd, moet volgens de Hoge Raad, mede gelet op de ernstige gevolgen van schending daarvan, worden aangemerkt als een “wezenlijk onderdeel van diens taak” (r.o. 3.5.3).²¹⁴

212 HR 15 juni 2012, *JOR* 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (*PwC/Van Zanten*); vgl. Dekkers 2012.

213 HR 4 HR 30 september 2016, ECLI, NL:HR:2016:2215 (*Qnow/Verweerder*).

214 Wij tekenen hierbij aan dat naar het hier toepasselijke, oude arbitragerecht het ondertekeningsgebrek onherstelbaar was. Echter, onder de huidige Arbitragewet 2015 voorziet art. 1065a Rv in de mogelijkheid van een zogeheten “rémission” (zie de conclusie

Met Dekkers achten wij de maatstaf van de Hoge Raad strikt.²¹⁵ Toch is in de literatuur voor wat betreft de invulling van de maatstaf voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur een onderscheid gemaakt tussen zuiver en onzuiver bindend advies.²¹⁶ Zo heeft Ernste in haar noot bij het arrest de vraag opgeworpen of, nu de Hoge Raad heeft geconstateerd dat er sprake was van een zuiver bindend advies, de geformuleerde maatstaf ook geldt voor de aansprakelijkheid van de bindend adviseur voor schade als gevolg van een onzuiver bindend advies. Volgens Ernste is dit onwenselijk gezien de bijzondere aard van de opdracht bij een onzuiver bindend advies en dient voor het onzuiver bindend advies aansluiting gezocht te worden bij de maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters.²¹⁷

Dit betekent dat de bijzondere aard van de opdracht in het geval van een zuiver bindend advies met zich zou moeten meebrengen dat het bindend advies moet zijn vernietigd op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, voordat wordt toegekomen aan de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bindend adviseur. Een partij kan de nadelige gevolgen van een bindend advies niet afwentelen op de bindend adviseur alvorens deze nadelige gevolgen eerst (voor een deel) weg te nemen door het bindend advies te vernietigen op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, waarna partijen hier niet meer aan gebonden zijn.

Wij menen met Ernste dat voor de praktijk van het onzuiver advies de aansluiting bij de maatstaf voor de aansprakelijkheid van arbiters wenselijk is. Wij achten het ook logisch. De rechtvaardiging is gelegen in de wenselijkheid van ‘angstvrije bindend adviseurs’ die in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil oordelen, op dezelfde wijze als arbiters, maar wel met voldoende waarborgen voor de procespartijen die het betreft.

2.6.6 Mogelijke aansprakelijkheid van de notaris binnen private gerecht

De vraag geldt welke betekenis de jurisprudentie heeft voor de rol van de notaris als waarnemer van gerechtelijke procedures ten overstaan van een privaats gerecht. Voor de rol van de notaris die waarneemt en de einduitspraak (bindend advies of arbitraal vonnis) vastlegt in een akte geldt in beginsel de maatstaf van een ‘redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot’. Van een redelijk bekwame en redelijk handelende notaris mogen wij verwachten dat hij de marginale toets van 7:904 BW en artikel 1062 Rv uitvoert, op de wijze als de overheidsrechter zich van die taak kwijt als hiervoor is beschreven. De notaris kan naar ons oordeel daarom niet snel aansprakelijk worden gehouden voor de vastlegging van een uitspraak die in hoger beroep wordt gewijzigd.

van A-G Rank-Berenschot, sub 2.26). Deze bepaling biedt de mogelijkheid om het scheidsrecht in staat te stellen de grond tot vernietiging ongedaan te maken door het heropenen van het arbitraal geding, dan wel door het nemen van een andere maatregel als het scheidsrecht geraden acht.

215 Dekkers 2012.

216 Van Marwijk Kooy 1977, p. 347-350; Ernste 2012a, p. 270.

217 HR 15 juni 2012, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (*PwC/Van Zanten*); vgl. Dekkers 2012 en Van Zeist 2014.

De notaris kan mogelijk wel aansprakelijk worden gesteld indien hij evidente onjuistheden niet heeft opgemerkt, zoals het feit dat de algemene voorwaarden geen verwijzing bevatten naar private rechtspraak, of dat de gedaagde niet is opgeroepen. Hij kan dan aansprakelijk worden geacht omdat hij dit had behoren te controleren en onvoldoende zorgvuldig is geweest bij de uitvoering van zijn opdracht, waardoor hij zijn zorgplicht heeft geschonden.

Het is vervolgens de vraag in hoeverre de notaris zijn aansprakelijkheid kan afwentelen op de geschilbeslechter, die immers kennelijk dezelfde evidente onjuistheden niet heeft opgemerkt en tot het wijzen van een einduitspraak is overgegaan. Wij menen dat voor het antwoord op die vraag in de praktijk aansluiting gezocht zal kunnen worden bij de aansprakelijkheid van de notaris voor schade die het gevolg is van een fout van de veilingmeester.²¹⁸ Dit betekent dat de notaris in dergelijke gevallen schadeplichtig zal zijn vanuit een eigen zorgplicht.

De notaris kan naar ons oordeel aansprakelijk worden gehouden voor de vastlegging van een uitspraak, die achteraf wordt vernietigd of herroepen, indien en voor zover hij de vernietiging of herroeping heeft kunnen voorzien. Bij herroeping zal dit niet snel het geval zijn, wanneer de omstandigheden pas bekend worden na afloop van het geding. Voor de gronden van vernietiging op formele gronden, zoals het ontbreken van een keuzebeding voor private rechtspraak, is dit anders, omdat de notaris terstond kan vaststellen – en dit bij wijze van marginale toets behoort te doen – waardoor van hem niet kan worden verlangd om over te gaan tot het passeren van de akte.

Wij menen dat de aansprakelijkheid van de notaris bij private rechtspraak zeer beperkt zal zijn. Hij dient weliswaar naar behoren het dossier te controleren en als procesbewaker vast te stellen dat de procedure is verlopen volgens het procesreglement, maar mede gelet op de vrije keuze van partijen voor private rechtspraak, de beperkte aansprakelijkheid van de bindend adviseur, de rechtsmiddelen die open staan tegen een uitspraak, en de mogelijkheid van een executiegeschil bij de burgerlijke rechter tegen de tenuitvoerlegging van een uitspraak, zijn wij van oordeel dat de aansprakelijkheid van de notaris in deze rol beperkt is, en restrictief moet worden uitgelegd, behoudens evidente formele gronden voor latere aantasting van de uitspraak.²¹⁹

2.6.7 Ambtshalve toetsing bij arbitrage

Hieronder behandelen wij twee relevante vragen in de relatie tussen arbitrage en publieke rechtspraak. De eerste vraag is of een procedure bij een privaats gerecht op grond van arbitrage een benadeling oplevert voor de gedaagde consument ten opzichte van de behandeling van het geschil door een publieke rechter. De tweede vraag die wij behandelen betreft de vraag of de publieke rechter altijd ambtshalve moet toetsen of (tot 1 januari 2015:) sprake is van oneerlijke arbitrage

218 Rechtbank Zwolle-Lelystad 3 juni 2009, ECLI, NL:RBZLY:2009:BK8018; Voor andere voorbeelden zie de uitspraken genoemd in Loonstein 2016, p. 36-38.

219 Er is op dit moment geen literatuur over de aansprakelijkheid van de notaris in deze specifieke rol. Zie over de algemene aansprakelijkheid van de notaris Melis/Waaijer 2012, p. 410 e.v.; Boks 2002.

of: in het geval van bindend advies en sinds 1 januari 2015 ook in het geval van arbitrage of sprake is van een onredelijk bezwarend beding.

Vraag 1. In 2011 stelde het Hof Leeuwarden²²⁰ in de relatie tussen een aannemer en zijn consument-opdrachtgever zich met een uitgebreide motivatie op het standpunt dat arbitrage in beginsel oneerlijk is voor consumenten, en dat de rechtspositie van consumenten *altijd* beter gewaarborgd zou zijn bij de publieke rechter.²²¹ Het hof overwoog in r.o. 3.8-3.10 als volgt.

“De vraag of het om een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn gaat, vergt, naar volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie een beoordeling die door de nationale rechter moet worden gemaakt (HvJEU 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005/75, Freiburger Kommunalbauten). De bijlage waarnaar art. 3 lid 3 van de Richtlijn verwijst bevat slechts een indicatieve en niet-uitputtende opsomming van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een beding dat erin voorkomt behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd en omgekeerd kan een beding dat er niet op voorkomt niettemin oneerlijk worden bevonden (rov. 3.8).

“Op de bijlage bij de Richtlijn is onder q) genoemd het beding dat tot doel heeft “het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden” (rov. 3.9).

“Het onderhavige arbitragebeding is een beding als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn onder q), omdat de consument zich bij een geschil dat niet behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter uitsluitend tot arbitrage kan wenden. Daarmee wordt de consument afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, zonder dat hij zich daarvan in de regel bij het sluiten van de overeenkomst bewust zal zijn geweest en zonder dat dit onderwerp van onderhandeling zal zijn geweest. Het druist in tegen het in art. 17 van de Grondwet en in de Europese verdragen (in het bijzonder art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) neergelegde recht op toegang tot de rechter, dat de consument op deze wijze de toegang tot de overheidsrechter wordt ontnomen.

“Daar komt bij dat aan arbitrage nadelen voor de consument zijn verbonden in vergelijking met de procedure voor de overheidsrechter. Als zodanige nadelen ziet het hof (a) dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze is gewaarborgd als die van de overheidsrechter, (b) dat de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden is tot toepassing van de wettelijke regels, (c) dat de consument voor hogere kosten kan worden geplaagd dan in een procedure voor de overheidsrechter, (d) terwijl ook in de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd een belemmering voor de consument kan liggen om een vordering in te stellen, dan wel zich tegen een vordering van zijn wederpartij te verweren. Voor die wederpartij daarentegen

220 Gerechtshof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI, NL:GHLEE:2011:BR2500.

221 Opgemerkt zij dat er een ambivalente houding lijkt te bestaan die ten grondslag ligt aan nationale en Europese regelgeving over private rechtspraak in het geval van consumenten. Indien de consument eisende partij is in een procedure, wordt het gebruik van private rechtspraak vooropgesteld en gestimuleerd. Indien de consument gedaagde is, wordt gevreesd voor de inbreuk op fundamentele grondrechten.

kan concentratie bij één instantie (kosten-)voordelen bieden.

“Tot slot is van belang dat in het voorontwerp herziening Arbitragewet tot uitgangspunt is genomen dat het arbitragebeding vernietigbaar is voor zover de consument geen keuze wordt gelaten tussen de overheidsrechter of arbitrage.

“Al deze omstandigheden tezamen brengen het hof tot het oordeel dat het arbitragebeding van art. 21 AVA 1992 oneerlijk is in de zin van de Richtlijn en onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW (rov. 3.10).”

Het arrest werd daarop voorgelegd aan de Hoge Raad, die de opvatting van het hof van de hand wees.²²²

“Daar komt bij dat aan arbitrage nadelen voor de consument zijn verbonden in vergelijking met de procedure voor de overheidsrechter. Als zodanige nadelen ziet het hof:

- dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze is gewaarborgd als die van de overheidsrechter;*
- dat de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden is tot toepassing van de wettelijke regels,*
- dat de consument voor hogere kosten kan worden geplaatst dan in een procedure voor de overheidsrechter;*
- terwijl ook in de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd een belemmering voor de consument kan liggen om een vordering in te stellen, dan wel zich tegen een vordering van zijn wederpartij te verweren.*

“Voor die wederpartij daarentegen kan concentratie bij één instantie (kosten-) voordelen bieden.

“Het bestreden oordeel van het hof steunt niet op een waardering van de concrete omstandigheden van het geval maar plaatst als het ware het arbitrale beding op de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, en geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Richtlijn schrijft niet voor dat arbitragebedingen in algemene voorwaarden steeds als oneerlijk moeten worden aangemerkt.”

De Hoge Raad heeft derhalve bepaald dat arbitrage niet per definitie oneerlijk is voor consumenten, en wijst daarbij op een eerdere uitspraak van het Europese Hof van Justitie uit 2004.²²³ Hooguit kan de publieke rechter – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – concluderen dat in een concreet geval sprake is van oneerlijke arbitrage. Een dergelijk oordeel moet dan wel zijn onderbouwd. De Hoge Raad geeft criteria op grond waarvan een dergelijke conclusie zou kunnen worden getrokken, zoals de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, waarbij de stelplicht en bewijslast volgens de Hoge Raad op de gebruikelijke wijze in beginsel op de consument rusten, die een beroep doet op het oneerlijke karakter van arbitrage.

²²² Hoge Raad 21 september 2012, LJN BW6135.

²²³ HvJ EG d.d. 1 april 2004, nr. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*).

Wij concluderen dat de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM (§ 2.2), in hoge mate relevant zijn voor de vraag of de private rechtspraak als definitieve beëindiging van het conflict kan worden beschouwd (§ 1.2.3).

In ons onderzoek naar private rechtspraak hebben wij binnen de publieke rechtspraak geen aanwijzing gevonden voor steun voor de opvatting dat private rechtspraak onder omstandigheden “beter” en “eerlijker” kan zijn voor de rechtspositie van de consument. Het is duidelijk dat hier verschillende standpunten mogelijk zijn.

Vraag 2. De tweede vraag die wij behandelen betreft de vraag of de publieke rechter altijd ambtshalve moet toetsen of sprake is van een onredelijk bezwarend beding.²²⁴ De belangrijkste arresten van het Europese Hof van Justitie in relatie tot arbitragebedingen zijn de arresten Mostaza Claro,²²⁵ Asturcom²²⁶ en Banco Español de Crédito.²²⁷ Samenvattend stellen wij vast dat in het Mostaza Claro arrest het Hof heeft bepaald, dat een arbitragebeding ambtshalve getoetst dient te worden, ook als de consument hierop geen beroep heeft gedaan in de voorgaande arbitrageprocedure. In het Asturcom arrest heeft het Hof de eerdere rechtspraak bevestigd. Voorts heeft het HvJ EU een kwalificatie gegeven van artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten in Europees en nationaal perspectief.²²⁸ De rechter dient volgens het Hof op basis van de nationale regels te onderzoeken of een arbitragebeding in strijd is met de openbare orde. In Banco Español de Crédito heeft het HvJ EU op grond van de eerdere jurisprudentie verklaard dat de rol die aan de nationale rechter op het betrokken gebied wordt toebedeeld, niet alleen de bevoegdheid bevat om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting inhoudt om die kwestie ambtshalve te onderzoeken, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.

Wij wijzen erop dat de Hoge Raad nog in 2007 heeft geoordeeld, dat het Hof Leeuwarden een verweer dat een exonerationbeding oneerlijk zou zijn, mocht passeren omdat het niet tijdig was gevoerd.²²⁹ Echter, sinds het Pannon arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2009²³⁰ wordt er in het algemeen van uitgegaan dat rechters in de lidstaten van de Europese Unie verplicht zijn om voorwaarden in consumentenovereenkomsten te toetsen en te beoordelen, zelfs als de betrokken consument zich daar niet (of te laat) op beroept, zoals bij verstekzaken.²³¹ In 2013 heeft de Hoge Raad op dit punt rechtszekerheid verschaft toen hij zich opnieuw over de kwestie mocht uitlaten.²³² De Hoge Raad heeft daarbij een overzicht gegeven van de rechtspraak van het HvJ EU over de ambtshalve toepassing van

224 Keessen 2006; Krans en Wissink 2008.

225 HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05 (Montaza Claro/Centro Móvil Milenium SL).

226 HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira).

227 HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10 (Banco Español de Crédito).

228 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publ.EU L 095 van 21/04/1993 Annex I, sub q, p. 29 – 34.

229 Hoge Raad 22 juni 2007, LJN: BA 3032.

230 HvJ EU, 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon GSM/ Erzsébet Sustikné Györfi).

231 Loos 2007; Vermeij 2011.

232 HR 13 september 2013, NJ 2014, 274 (Heesakkers/Voets); Van Boom 2014.

de Richtlijn oneerlijke bedingen. Daaruit heeft de Hoge Raad vervolgens bevestigd, dat de rechter in hoger beroep is gehouden ambtshalve na te gaan of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is in de zin van de richtlijn. Dit geldt ook in het geval dat hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. De appelrechter is niet tot dit ambtshalve onderzoek gehouden indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen, en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering te beslissen.

Wij mogen derhalve concluderen dat sinds 2009 geldt dat de voorzieningenrechter in het kader van de beschikking ex artikel 1062 Rv gehouden is tot ambtshalve toetsing van het beding waarmee is gekozen voor het betreffende private gerecht.

Inmiddels is sinds 1 januari 2015 arbitrage opgenomen in artikel 6:236 BW. Wij mogen samenvattend concluderen dat de notaris voldoende feiten en omstandigheden kan meewegen in zijn beoordeling of er sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Op grond van de uitkomst van die toetsing kan hij al dan niet overgaan tot het passeren van de akte.

Volledigheidshalve vermelden wij nog de volgende context aangaande de ambtshalve toetsing in de praktijk. Ancery en Krans wijzen erop dat de praktijk bij verstekzaken uitwijst dat er weinig ambtshalve wordt getoetst:²³³

“Of in de praktijk in verstekzaken veel ambtshalve wordt getoetst, is overigens een andere vraag. Volgens het rapport Ambtshalve toetsing II hanteren veel kantonrechters in verstekzaken de lijn: ongeregelheden niet actief opsporen, maar wel potentiële ‘verdachte’ situaties signaleren. Ontstaat bij de ‘reguliere controle’ het beeld dat er waarschijnlijk een consumentenbeschermende bepaling van toepassing is, dan dient de hiervoor vermelde benadering te worden gevolgd. Ontstaat dat beeld niet, dan wordt de kwestie als reguliere incassozaak afgedaan.”

Bij verstekzaken dient de rechter volgens hen te blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

“Partijen leveren immers het feitelijk kader aan, waarop de rechter het recht toepast. Dat feitelijk kader kan ook wel worden aangeduid als de rechtsstrijd. Alleen de feiten die binnen deze rechtsstrijd vallen, mogen door de rechter worden gebruikt.”

In aanvulling op het vorenstaande vermelden wij de regeling die is neergelegd in artikel 6:240-242 BW, artikel 62 en 1003-1006 Rv, op grond waarvan een beding uit algemene voorwaarden onredelijk bezwarend kan worden verklaard.²³⁴ Deze regeling voorziet erin dat de rechter een beding in algemene voorwaarden op vordering van onder meer consumentenorganisaties (artikel 6:240 lid 3 BW) onredelijk bezwarend kan verklaren. Het Hof te 's-Gravenhage is exclusief bevoegd om in

²³³ Ancery en Krans 2016, p. 830; Rapport Ambtshalve toetsing II 2014, hoofdstuk 3.7, p. 46 e.v.

²³⁴ Snijders, Klaassen en Meijer, nr. 361, p. 397-398.

eerste (en enige) instantie van een dergelijke vordering kennis te nemen (artikel 6:241 lid 1 BW). Ook van deze mogelijkheid wordt in de praktijk niet of nauwelijks gebruik gemaakt.

2.6.8 Barmhartigheid in het burgerlijk procesrecht

Op 8 december 2017 verscheen van de hand van Biemans en Castermans een pre-advies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht onder de titel “Barmhartigheid in het burgerlijk recht”.²³⁵ Daarin werd met goede argumenten een nieuw leerstuk geïntroduceerd in het domein van het burgerlijk recht: het leerstuk van de barmhartigheid. Om het belang van dit pre-advies voor ons onderzoek te duiden, behoeven wij slechts de subtitel te citeren: *“Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid”*. De twee centrale vragen die werden opgeworpen, zijn: (1) *“Moet er ruimte zijn voor barmhartigheid in het burgerlijk recht?”*, en (2) *“Is die ruimte er?”* Een kleine samenvatting is als volgt. In de bijdrage wordt een verkenning gegeven van het begrip barmhartigheid en haar betekenis voor het burgerlijk recht.²³⁶ Daarna spitst Biemans zijn bijdrage toe op de kredietverlening, en heeft Castermans onderzocht of het burgerlijk recht een bijdrage kan leveren aan de armoedebestrijding. In hun gezamenlijke conclusies hebben zij bijvoorbeeld op de mogelijkheid gewezen om de opeisbaarheid van vorderingen uit te stellen. Voorts dringen zij aan op een meer precieze implementatie van het Europees recht en de normalisering van de positie van de overheid als schuldeiser. De auteurs geven het eerste hoofdstuk de titel: *“Tot hier en niet verder”*. Vervolgens openen zij het hoofdstuk met de zin: *“Barmhartigheid en burgerlijk recht hebben op het oog niets met elkaar te maken, en tegelijk alles.”*

De auteurs menen in relatie tot het Europese consumentenrecht, dat het Burgerlijk Wetboek te weinig toegesneden oplossingen biedt voor de bescherming van de kwetsbare consument. Zij menen dat de implementatie in het privaatrecht “concreter” mag. Er is volgens hen behoefte aan concrete regelingen voor de privaatrechtelijke sanctie op de schending van in Europese richtlijnen genoemde normen. In de context van het pre-advies gaat het daarbij met name om de Europese bescherming tegen overkreditering (Richtlijn 2014/17/EU van het Europees parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60/34). Het naleven van de normen kan volgens de auteurs niet zonder meer worden overgelaten aan algemene leerstukken in het burgerlijk recht zoals schadevergoeding, met alle complexe vervolgvragen van dien. Dit blijkt onder meer uit de rechtspraak inzake effectenlease. De auteurs menen verder dat de wetgever burgers aan hun lot overlaat wegens een gemis aan duidelijkheid, indien hij niet voorziet in een adequate vertaling. Dit getuigt naar hun mening niet van barmhartigheid.²³⁷ De bespiegelingen hierover staan vermeld in het laatste hoofdstuk, getiteld: *“Tot hier en verder”*.

235 Biemans en Castermans 2017.

236 Zie <https://www.universiteitiden.nl/nieuws/2017/12/preadvies-barmhartigheid-in-het-burgerlijk-recht-door-prof.-mr.-j.w.a.-biemans-en-prof.-mr.-a.g.-castermans>.

237 Biemans en Castermans 2017, p. 195.

De publicatie heeft ons aangezet om het leerstuk van de barmhartigheid eveneens te noemen in relatie tot het burgerlijk procesrecht. Het is zonder meer een interessante gedachte. In relatie tot ons onderzoek zouden toekomstige onderzoekers vanuit het leerstuk van de barmhartigheid kunnen veronderstellen dat er bijzondere aandacht vereist is in relatie tot “ongeleterde, murwe burgers” met veel schulden versus de rol van incassobureaus. De wet vereist inderdaad waarborgen voor deze groep. Hierdoor zal een actieve rol van de notaris, in het model van private rechtspraak dat wij in ons onderzoek voorstaan, vereist zijn.

In relatie tot ons onderzoek, noemen wij twee richtinggevende gedachten.

Ten eerste stellen wij vast dat niet alle consumenten bij incassoprocedures tot de kwetsbare groep behoren. Er zijn ook geschoolde consumenten die door tijdsdruk een betaling over het hoofd hebben gezien, of die het op een zitting willen laten aankomen om een principieel punt ter verdediging aan te voeren. Daarnaast zijn er consumenten die willens en wetens aan hun betalingsverplichtingen willen ontsnappen. In die groep zijn er voorts consumenten die daarbij alle mazen in de wet (en daarbuiten) zullen aanwenden. Er zijn ten slotte consumenten die verschillende kenmerken vertonen. Met andere woorden: in de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om een scherpe grens te trekken.

Ten tweede zijn de meningen nog niet uitgekristalliseerd. Wij menen dat in de praktijk de contouren reeds zichtbaar zijn geworden van twee stromingen die van elkaar kunnen worden onderscheiden. De eerste stroming zal op basis van het leerstuk van de barmhartigheid menen dat de overheidsrechter de enige instantie is, die op onafhankelijke en onpartijdige wijze de rechtspositie van de kwetsbare consument kan beschermen. De tweede stroming zal erop wijzen dat de overheid per definitief onbarmhartig is, althans dat het systeem waarbinnen de kantonrechter vonnis wijst, als zodanig onbarmhartige kenmerken vertoont.

Het vorenstaande wijst op een actieve rol van de notaris in het model dat wij voorstaan in dit proefschrift. Deze actieve rol ligt al besloten in het wettelijke kader door de gelding artikel 17 lid 1 Wna, dat bepaalt: *“De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.”*

De tweede stroming baseert zich onder meer op de outputfinanciering van de publieke rechtspraak. De Raad van de Rechtspraak vermeldt hierover op de website (www.rechtspraak.nl): *“De Rechtspraak krijgt per vonnis een bedrag. Dus meer vonnissen, meer geld, minder vonnissen, minder geld. Hoeveel geld de Rechtspraak voor een vonnis krijgt, hangt af van het type zaak. Deze methode van financiering heet outputfinanciering. Circa 95% van de Rechtspraak wordt via outputfinanciering gefinancierd.”* De kostprijs van een verstekzaak bij de kantonrechter is niet meer dan € 11 (tarief 2014), terwijl de griffierechten € 115 of meer bedragen.²³⁸ De marge bestaat uit

238 Kramer, Tillema en Tuil 2014, p. 4.

onverklaarbare kosten (geen kosten of ‘spookkosten’). Dit betekent dat de consument – kwetsbaar of niet – verplicht wordt om een bijdrage te leveren aan de financiering van de rechtspraak, zonder dat hij hier weet van heeft en zonder dat hem iets gevraagd wordt (zie ook § 2.2.5).

Concluderend stellen wij dat aan het concept van barmhartigheid in het burgerlijk procesrecht op twee zeer uiteenlopende manieren vorm gegeven kan worden. Sommigen achten het enkele gebruik van de procedure bij de overheidsrechter een instrument van rechtsbescherming bij incassozaken. Anderen daarentegen achten het enkele gebruik van de procedure bij een privaatrechtelijk gerecht als instrument van rechtsbescherming bij incassozaken. In dit proefschrift (zie § 2.2.5) hebben wij uiteengezet dat de kostenefficiëntie in combinatie met het terugdringen van het aantal incassoprocedures een belangrijk instrument van rechtsbescherming is. Hierbij houden wij trouwens de eisen die de wet aan hen stelt (zie § 2.2.3 – 2.2.4) in het oog. Aangezien het gaat om ontluikende richtinggevend gedachten binnen het domein van het burgerlijk procesrecht naar aanleiding van de publicatie van Biemans en Castermans en wij niet de intentie hebben om daar diepgaand onderzoek naar te doen, zullen wij het hierbij laten.

2.7 DE POSITIE VAN GEÏNSTITUTIONALISEERD BINDEND ADVIES EN ARBITRAGE BINNEN DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf vergelijken wij de procedures van bindend advies en arbitrage. Wij kijken daarbij ten eerste in § 2.7.1 naar de praktijk, door een korte inventarisatie te geven van de reglementen van gevestigde instituten. In § 2.7.2 analyseren wij de mogelijkheden om te komen tot een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage. Tenslotte trekken wij in § 2.7.3 conclusies over de overeenkomsten en verschillen tussen bindend advies en arbitrage in de praktijk.

2.7.1 Inventarisatie van bindend advies en arbitrage bij verschillende private gerechten

Wij schetsen hieronder een beeld van de benadering van bindend advies en arbitrage bij verschillende gevestigde gerechten.

Tot 1 januari 2015 was de regeling voor het bindend advies opgenomen in het arbitragereglement van het NAI. In de toelichting voorafgaande aan het reglement van het NAI (2010) werd onder punt 10 van de inleidende opmerkingen benadrukt dat bij het bindend advies, in tegenstelling tot arbitrage, geen eenvoudig verloop tot tenuitvoerlegging mogelijk was. Het NAI had een duidelijke voorkeur voor arbitrage en zag het bindend advies als instrument voor een rest-categorie, blijkens lid 6 van dit artikel:

“10.6 Er zullen ook nog gevallen overblijven, die niet door arbitrage kunnen worden opgelost, omdat toepasselijke wetgeving dat niet toestaat. Met het oog op deze gevallen is in het Arbitragereglement de bepaling gehandhaafd, dat indien partijen arbitrage zijn overeengekomen doch naar het oordeel van het scheidsrecht een geschil geheel of ten dele niet vatbaar is voor arbitrage, het scheidsrecht bevoegd is de uitspraak geheel of ten dele in de vorm van een bindend advies te geven (artikel 3(2)).”

Voor het overige treffen wij geen bijzondere procedurevoorschriften aan voor bindend advies in het reglement. Op grond van het vorenstaande leiden wij af dat de procedure op dezelfde wijze wordt gevoerd als bij arbitrage, maar dat de nadruk in het reglement wordt gelegd op de verschillen tussen beide grondslagen. Wij tekenen hierbij aan dat de procespartijen een grote mate van vrijheid hebben om af te wijken van de bepalingen van het reglement. De wijze waarop een proces verloopt kan daarom van geval tot geval verschillen. Sinds 1 januari 2015 hanteert het NAI een afzonderlijk reglement voor bindend advies. Van een andere visie op bindend advies is ons niet gebleken. Kenmerkend voor het NAI is de grote mate van vrijheid van partijen om zelf hun procedure in te richten.

Bij de verklarende woordenlijst op de website van de Raad van Arbitrage voor de Bouw staat eveneens vermeld dat recht gesproken wordt op de grondslag van arbitrage, tenzij partijen hebben gekozen voor bindend advies. Artikel 12 van het arbitragereglement 2015 is ongewijzigd ten opzichte van het arbitragereglement 2012 en bepaalt dat geschillen worden beslecht op de grondslag van arbitrage, tenzij partijen bindend advies zijn overeengekomen. Verder wijzen wij op artikel 3 lid 14 (ongewijzigd), dat als volgt luidt:

“De woorden ‘arbitrer(s)’, ‘scheidsgerecht’ enz. worden in dit reglement, tenzij uit de tekst anders blijkt, niet alleen gebruikt voor de wettelijke arbitrage maar ook voor het bindend advies, dus in de betekenis van ‘bindend adviseur(s)’, ‘commissie van advies’ enz.”

Op grond van het vorenstaande leiden wij af dat de procedure op dezelfde wijze wordt gevoerd als bij arbitrage, maar dat de nadruk in het reglement wordt gelegd op de verschillen tussen beide grondslagen.

De afkorting TAMARA staat voor Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam. Op de website staat het volgende vermeld.

“Stichting Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (TAMARA) biedt een platform voor het voeren van professionele arbitrages op de terreinen scheepvaart, scheepsbouw, transport, opslag, logistiek en internationale handel. Met TAMARA arbitrage kiest u voor een kwalitatieve en snelle oplossing van geschillen tegen redelijke kosten.”

Bij de Stichting TAMARA worden derhalve uitsluitend arbitrale procedures gevoerd. De figuur van het bindend advies komt alleen voor bij een geschil tussen één of meer partijen enerzijds en/of één of meer arbiters anderzijds. Het gaat dan bijvoorbeeld over de door arbiters in rekening gebrachte kosten. De keuze voor arbitrage kan samenhangen met het internationale karakter. Impliciet valt uit de tekst af te leiden dat binnen het instituut het bindend advies gezien wordt als niet geheel gelijkwaardig aan arbitrage.

De SGC behandelt zaken op grondslag van bindend advies. De klachtencommissies hanteren een reglement met procedurele voorschriften. Uit het jurisprudentieregister blijkt dat de klachtencommissies in de beslissingen veroordelingen uitspreken, alsof het om vonnissen gaat. Wij geven hiervan slechts een voorbeeld.

“Stichting Geschillencommissies, Procedure ADV11-0031

“Beslissing

“De commissie bepaalt dat de cliënt aan de advocaat nog een bedrag is verschuldigd van € 947,62 (inclusief BTW en verschotten). Met inachtneming van het vorenstaande wordt het depotbedrag van € 956,73 als volgt verrekend. Aan de advocaat wordt een bedrag van € 947,62 overgemaakt. Aan de cliënt wordt een bedrag van € 9,11 gerestitueerd.

“De commissie wijst het meer of anders verzochte af.

“Aldus beslist door de Geschillencommissie Advocatuur op 11 april 2011.”

Dezelfde benadering wordt gevolgd door Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KIFID).²³⁹ Als voorbeeld noemen wij opnieuw een uitspraak.

“Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-340 d.d. 1 december 2011

“Samenvatting

“Advies. De consument stelt dat hij ontoereikend is voorgelicht over het achtergestelde karakter en de rentegevoeligheid van perpetuums. Voor de beoordeling van de voorlichting gaat de Commissie af op transcripties van een telefoongesprek tussen consument en zijn beleggingsadviseur. De inhoud van dit gesprek geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de consument, als hij indringender op de risico's was gewezen, van aankoop van de perpetuums zou hebben afgezien. De vordering wordt afgewezen.

(...)

“4.13 Gezien het voorgaande dient de vordering van Consument te worden afgewezen.

“5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering af.”

e-Court behandelde tot juni 2011 zaken op grondslag van bindend advies, en de jaren erna op grondslag van arbitrage (zie § 1.3.1). Het procesreglement van e-Court voorziet nog steeds in beide vormen van geschilbeslechting. Daarbij is sprake van een dwingend karakter van de bepalingen uit het procesreglement. Partijen hebben daardoor geen vrijheid om via hun onderlinge overeenkomst de procedure naar eigen inzicht (nader) in te richten.

Dit laatste, een dwingende toepassing van het procesverloop, geldt overigens eveneens voor de SGC. Echter, bij de SGC staan de processtappen niet volledig vast en hangt de doorlooptijd soms af van de interne verwerking en de snelheid van de betreffende commissie. Als voorbeeld behandelen wij twee artikelen uit het Reglement Geschillencommissie Kinderopvang en Peuterspeelza-

²³⁹ Hellegers 2015. KIFID biedt ook de mogelijkheid van een niet-bindend advies, zie Ernste 2015.

len. (1) In artikel 12 is bepaald dat de commissie de ondernemer schriftelijk in kennis stelt van het in behandeling nemen van het geschil, en stelt hem gedurende één maand in de gelegenheid zijn standpunt over het geschil schriftelijk aan de commissie kenbaar te maken. Wij leiden uit de bepaling af dat het moment van in kennis stellen af zal hangen van de interne verwerkingstijd die de commissie nodig heeft na binnenkomst van de klacht. Wij stellen vast dat er geen specifieke tijdsindicatie opgenomen. (2) In artikel 13 lid 1 is bepaald dat indien de commissie dit nodig acht of indien één partij of beide partijen hiertoe de wens te kennen geeft of geven, beide partijen worden opgeroepen teneinde mondeling te worden gehoord. De commissie stelt in dat geval plaats, dag en uur vast en stelt partijen daarvan op de hoogte. Wij leiden uit het artikel af dat van tevoren niet kenbaar is of een zitting zal worden gelast, hetgeen op zichzelf een gebruikelijke gang van zaken is. Verder leiden wij af, dat indien en voor zover een zitting zal worden gelast, eerst op dat moment gezocht zal worden naar een datum en tijdstip voor de mondelinge behandeling. Deze benadering kan een vertragend effect hebben op de doorlooptijd van de procedure van enkele weken tot enkele maanden.

Wij concluderen dat de arbitrage-instituten stellig menen dat een bindend advies niet gelijk gesteld kan worden aan een arbitraal vonnis, en dat zij het onderscheid vooral maken doordat het verkrijgen van de executoriale titel voor een bindend advies door rechterlijke tussenkomst (nakoming) als omslachtiger wordt gezien dan de verkrijging van de executoriale titel voor een arbitraal vonnis door rechterlijke tussenkomst (exequatur). Daarentegen worden bij de geschillencommissies zaken op de grondslag van bindend advies juist op eenzelfde manier behandeld als (scheids)rechterlijke procedures en vonnissen. De tenuitvoerlegging van uitspraken is via een garantieregeling geëffectueerd. Dit is ook mogelijk doordat de veroordeelde partijen bedrijven zijn die aan de daarvoor geldende regels moeten voldoen. Sinds 2010 heeft e-Court het onderscheid tussen bindend advies en arbitrage genuanceerd, en lijkt het juist te streven naar een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage.

2.7.2 Gelijkstelling van bindend advies en arbitrage

In § 1.1.1 stelden wij vast, dat arbitrage door de wetgever wordt gezien als een van de belangrijkste vormen van geschilbeslechting naast de overheidsrechter, die berust op de wet. Voorts acht de wetgever arbitrage een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen.²⁴⁰ In § 2.6.7 hebben wij geconcludeerd, dat de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM (§ 2.2), in hoge mate relevant zijn voor de vraag of de private rechtspraak als definitieve beëindiging van het conflict kan worden beschouwd (§ 1.2.3). Wij menen dat het vorenstaande een nader onderzoek indiceert naar de mogelijkheid tot een vergaande gelijkstelling van bindend advies en arbitrage. Immers, indien een gelijkstelling gerealiseerd kan worden, kan ook van bindend advies worden gezegd dat het een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak is.

²⁴⁰ *Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.*

Wij zien op grond van de wet dat er twee methoden zijn om bindend advies en arbitrage aan elkaar gelijk te stellen, althans zoveel mogelijk aan elkaar gelijk te stellen.

De eerste methode is door gebruik te maken van de contractsvrijheid bij arbitrage, en wel zodanig dat de wettelijke procedurele voorschriften contractueel zoveel mogelijk buiten werking worden gesteld. Hierdoor kan arbitrage nagenoeg gelijk gemaakt worden aan het (*ad hoc*) bindend advies, op een enkele dwingende wettelijke bepaling na. Deze methode laten wij buiten beschouwing, omdat wij voor incassogeschillen de kenbaarheid van de procedurele voorschriften en de rechtsbescherming van consumenten als onderdeel daarvan, van groot belang achten.

De tweede methode is door gebruik te maken van een procesreglement bij bindend advies, waarbij zoveel mogelijk de procedurele waarborgen van de wettelijke regeling van arbitrage van toepassing worden verklaard op de bindend adviesprocedure. De betekenis van het procesreglement voor dat doel, is naar ons oordeel in de literatuur onvoldoende onderkend. Dit is jammer, omdat met een procesreglement het nadeel van het gemis van een procedurele voorschriften in artikel 7:900 BW kan worden ondervangen. Wij menen dat dit door de praktijk van de SGC voldoende is aangetoond. De SGC heeft daarbij zelfs voorzien in een nakomingsgarantie, zodat de consument erop kan vertrouwen dat in geval van een toegewezen vordering deze wordt voldaan. Professionele geschilbeslechting op basis van een reglement heeft als voordeel dat op elk moment – door belanghebbenden en door derden – kan worden beoordeeld in hoeverre de procedure voldoet aan de beginselen van behoorlijk procesrecht, en aan de wettelijke bepalingen zoals die gelden voor arbitrage. Hierdoor wordt de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van consumenten gediend. Wij brengen in deze context de formulering van art. 1374, lid 1 oud BW in herinnering: *“Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.”*

Gelet op de twee methoden van gelijkstelling zouden wij het belang dat in de literatuur wordt gehecht aan het feit dat de wet wel (uitvoerige) procedurele voorschriften bevat voor arbitrage en geen (althans: nauwelijks) procedurele voorschriften bevat voor het bindend advies, enigszins willen nuanceren.

Wij zullen de tweede methode volgen.

Aan de hand van verschillende elementen proberen wij te komen tot een gelijkstelling van de procedure op grondslag van bindend advies en arbitrage. Dit levert het volgende beeld op.

1. Er moet een overeenkomst zijn gesloten tussen partijen voor de vorm van de private rechtspraak (bindend advies of arbitrage). Om de geschilbeslechter of arbiter in staat te stellen het bestaan van de overeenkomst te constateren, zal het een schriftelijke overeenkomst dienen te zijn (vgl.

artikel 1021 Rv voor arbitrage).²⁴¹ Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

2. De oproeping van gedaagden kan voor bindend advies en arbitrage op dezelfde manier geschieden: schriftelijk, per mail of – relevant voor ons onderzoek – per deurwaardersexploot. De inhoud van het exploot kan daarbij op hoofdlijnen gelijk zijn, te weten een uitleg van de procesgang, met inbegrip van informatie over artikel 6:236 sub n BW (zie § 2.3.1). Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
3. De procesgang kan op dezelfde manier worden ingericht, te weten twee schriftelijke rondes van hoor en wederhoor gedurende vier weken, gevolgd door eventueel een zitting in week 5 en daarna uitspraak vanaf week 6. De beginselen van een behoorlijk proces zijn daarbij van toepassing, kenbaar en controleerbaar, zoals het uitgangspunt van een gelijke behandeling van partijen, en de mogelijkheid tot wraking.²⁴² Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op deze punten mogelijk is.
4. De wijze waarop de beslissing wordt genomen en gemotiveerd, is bij bindend advies en arbitrage gelijk. Een subtiel verschil is te vinden in de terminologie (boven de uitspraak in een bindend adviesprocedure zal “bindend advies” staan vermeld en bij arbitrage “arbitraal vonnis”). Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
5. Het bindend advies en het arbitrale vonnis zijn beide van rechtswege bindend, maar niet afdwingbaar (zie § 1.1.3). De wettelijke regeling maakt op dit punt geen onderscheid.
6. Bij de herziening van het arbitragerecht van 1 januari 2015 kwam de verplichting tot depot bij de griffie van de rechtbank voor arbitrage te vervallen. Hierdoor kan worden gezegd dat de wettelijke regelingen van arbitrage en bindend advies op dit punt gelijkgesteld kunnen worden, en de vraag in hoeverre dit het geval is, hangt af van de (contractuele) inrichting van het scheidsgerecht en de geschillencommissie via het procesreglement.²⁴³ Het deponeren van een arbitraal vonnis kan geschieden bij de griffie van de rechtbank (artikel 1058 Rv). Voor de deponering van een bindend advies geldt dit niet. Evenwel wijzen wij erop dat een bindend adviseur evenals een scheidsgerecht de deponering van een bindend advies kan gelasten onder de notaris. Uit een oogpunt van rechtszekerheid zien wij daarin een gelijkwaardige oplossing. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
7. De mogelijkheid van hoger beroep en de daarvoor bepaalde termijn kunnen bij bindend advies en arbitrage aan elkaar gelijk gesteld worden, waarbij de wettelijke termijnen van arbitrage kun-

241 HR 17 januari 2003, NJ 2004/280 (*ABN AMRO/Teisman*).

242 Ernste 2012a, p. 179; Krans 2010, p. 153; G.J. Meijer 2011, p. 33 e.v.

243 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611; zie voor reacties op de herziening uit de praktijk Van Almelo 2014.

nen worden gevolgd. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

8. De mogelijkheden voor de crediteur om via de publieke rechtspraak een afdwingbare einduitspraak te verkrijgen, lijken sterk op elkaar, te weten na een marginale toets door de overheidsrechter (zie § 2.6). Wij menen dat op grond van het vorenstaande weliswaar niet gesproken kan worden van een volledige gelijkstelling, maar wel van een mate van wettelijke bescherming bij zowel bindend advies als arbitrage.
9. De debiteur heeft de mogelijkheid om een bindend advies of een arbitraal vonnis door de publieke rechter te laten vernietigen (zie § 2.6). De debiteur heeft bij arbitrage daarenboven de mogelijkheid van herroeping ex artikel 1068 Rv. Voor bindend advies kunnen de verschillen via het procesreglement worden opgeheven door dezelfde gronden op te nemen voor bindend advies. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
10. De overeenkomst tot bindend advies of arbitrage kan worden aangetast door een beroep op vernietigbaarheid van de overeenkomst op grond van dwaling (artikel 6:228 BW), bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW) of strijd met de openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW) of omdat de overeenkomst van rechtswege nietig is, in geval van strijd met een dwingende wetbepaling (artikel 3:40 lid 2 BW). De wettelijke regeling maakt op dit punt geen onderscheid.
11. De termijn om de vernietiging of herroeping in te roepen bij arbitrage is drie maanden (artikel 1064 e.v. Rv). Op grond van artikel 3:55 lid 2 BW kan ook voor bindend advies een termijn van drie maanden worden toegevoegd. Daarmee zal de gelijkstelling van bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk zijn.
12. De beoordeling van het geschil vindt plaats door geschilbeslechers danwel arbiters, die zijn geselecteerd op grond van opleiding en werkervaring. Hun verplichting tot onpartijdige behandeling en onafhankelijk optreden, ongeacht de grondslag van bindend advies of arbitrage, is neergelegd in een gedragscode. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

Hiervoor hebben wij aangetoond dat een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage mogelijk is. Wij merken op dat bij de hiervoor genoemde punten subtiele verschillen kunnen bestaan. Zo is bij punt 1 een onderscheid te maken tussen een overeenkomst tot bindend advies en een overeenkomst tot arbitrage. Bij punt 9 gaat het om onderling vergelijkbare rechtsmiddelen, hoewel deze niet volledig identiek zijn. Wij constateren echter geen wezenlijke verschillen. Daarom hebben wij deze punten als overeenkomsten beschouwd, in de zin dat procedures juist vergelijkbaar zijn en

zelfs nagenoeg gelijk aan elkaar zijn. Indien wij materiële verschillen als uitgangspunt nemen voor de vergelijking tussen bindend advies en arbitrage, blijken deze er niet te zijn.

2.7.3 Conclusies over de gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage in de praktijk

Op grond van het vorenstaande komen wij tot twee conclusies over de mogelijkheid van een gelijkstelling van de bindend adviesprocedure en de arbitrale procedure.

Onze eerste conclusie is dat in de benadering van een gelijkstelling voor de procespartijen geen materieel onderscheid bestaat tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting.²⁴⁴ Hun rechtspositie is immers vergelijkbaar en het procesverloop is identiek.

Onze tweede conclusie is dat in het geval van een gelijkstelling moeilijk gezegd kan worden dat bindend advies een niet geheel gelijkwaardige vorm van rechtspraak zou zijn. Onze redenering is als volgt. (i) De bindend adviesprocedure is gelijkwaardig aan die van arbitrage, indien er sprake is van een procesreglement dat vergelijkbare waarborgen biedt als de wettelijke waarborgen van arbitrage. (ii) De beide vormen van rechtspraak berusten op formele wetgeving (bindend advies ex artikel 7:900 e.v. BW respectievelijk arbitrage ex artikel 1020 e.v. Rv). Wij merken op dat de wetgever geen rangregeling tussen deze beide wetten heeft aangebracht. De wetten zijn derhalve onderling gelijkwaardig. (iii) De regeling van arbitrage bevat vooral bepalingen van aanvullend recht. Hiervan mag in de praktijk worden afgeweken, en mogen bepalingen buiten werking worden gesteld. Dit gebeurt ook. Op grond van de bovenstaande redenering is de brief van de staatssecretaris van 23 juni 2011 op dit punt juridisch en feitelijk onjuist.

De vorenstaande eerste conclusie dat voor de procespartijen geen materieel onderscheid hoeft te bestaan tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting heeft nog een verdere betekenis voor ons onderzoek. De conclusie brengt namelijk drie interessante punten mee die in de afgelopen jaren niet of nauwelijks in de belangstelling hebben gestaan. De drie punten zijn: (i) de arbitrale procedure leent zich op dezelfde wijze als de bindend adviesprocedure voor waarneming door de notaris (zie hoofdstuk 4), (ii) de notaris kan bij de arbitrage op dezelfde wijze als bij bindend advies vaststellen dat de verkrijging van de executoriale titel via een procedure bij een privaat gerecht door de partijen is gewild (zie hoofdstuk 5), en (iii) de notaris kan bij arbitrage op dezelfde wijze als bij bindend advies invulling geven aan zijn zorgplicht (zie hoofdstuk 6). Voor ons onderzoek zullen wij ons daarom op de gelijkstelling concentreren als hiervoor bedoeld.

2.7.4 De voorvraag voor de notaris bij een keuze voor private rechtspraak

Alvorens zich over het vraagstuk te kunnen buigen van zijn wettelijke bevoegdheid om een akte te passeren (zie § 3.1), zal de notaris, die wordt aangezocht om een juridische procedure waar te nemen en zijn bevindingen vast te leggen in een proces-verbaalakte, zich binnen de context van

²⁴⁴ Voor de arbiter in kwestie maakt het wel verschil of hij in hoedanigheid van bindend adviseur of van arbiter optreedt. In het strafrecht wordt in artikel 84 lid 2 Sr bepaald dat arbiters onder het begrip ambtenaren en rechters worden geschaard: "Onder ambtenaren en onder rechters worden begrepen scheidsrechters; onder rechters zij die administratieve rechtsmacht oefenen." Dit verschil blijft verder buiten beschouwing, omdat het de procespartijen niet raakt.

private rechtspraak ten eerste een oordeel moeten vormen over de vraag (i) of partijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter, en (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige waarborgen van artikel 6 EVRM (§ 2.2).

Van de notaris wordt immers verwacht dat hij zijn ambt onafhankelijk uitoefent en daarbij de belangen van alle betrokkenen behartigt (zie artikel 17 Wna). Deze voorvraag impliceert naar ons oordeel een eigen onderzoek van de notaris; in het model dat wij voorstaan in dit proefschrift is een positieve uitkomst daarbij vereist. In zoverre kwalificeren wij het onderzoek als een eerste pro-actieve toetsing. De notaris kan dit onderzoek vormgeven op drie niveaus. Het eerste niveau noemen wij het systeemniveau (zie § 2.1-2.3). Hiermee bedoelen wij de wetgeving, literatuur en jurisprudentie waarin de publieke gerechten en de private gerechten opereren en waardoor de rechtspositie van de consument in grote mate wordt bepaald. Het tweede niveau noemen wij het organisatieniveau (zie § 2.5). Hieronder vatten wij de wijze waarop een individueel gerecht is georganiseerd, zoals de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van gerechten en de deskundigheid van de arbiters of geschilbeslechtters. De mate van transparantie en de kosten van de dienstverlening. Het derde niveau noemen wij het dossierniveau (zie § 2.4). Hiermee doelen wij op de waarborgen van een behoorlijk proces, waaronder begrepen de begrijpelijkheid van de procedure (processtappen, eventuele uitstellen en processuele complicaties, begrijpelijke taal), en een redelijke termijn waarbinnen uitspraak wordt gedaan.

Wij stelden in § 2.2.3 bij de behandeling van artikel 6 EVRM en artikel 17 Gw, dat wij in de wettelijke regeling een impliciete veronderstelling menen te lezen, namelijk dat de publieke rechtspraak de hoogste graad van kwaliteit en/of bescherming biedt aan de procespartijen, en met name aan de kwetsbare procespartij. Daarop voortbouwend lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat de notaris (geabstraheerd van de feiten en omstandigheden van het geval), een keuze voor een privaat gerecht in beginsel zal willen behandelen als een mogelijke risico voor de rechtspositie voor de kwetsbare procespartij (zie § 2.6). De bevoegdheid van een privaat gerecht, welk gerecht dan ook, zal hij in dat geval hebben te beoordelen als een potentieel nadelig rechtsgevolg voor de consument.

De notaris kan het onderzoek ten aanzien van de bovengenoemde vraag naar de vrijwillige en ondubbelzinnige afstand van de overheidsrechter (i) uitvoeren aan de hand van (a) de formulering van de letterlijke tekst van het forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden, (b) de informatievoorziening en de nadere wilsafvraging door middel van het oproepingsexploit waarin de eisende partij zich beroept op het beding (de toepassing van artikel 6:236 sub n BW), en (c) de naleving van de wettelijke termijn (van artikel 6:236 sub n BW), waarbinnen aan de gedaagde gelegenheid wordt geboden om alsnog te kiezen voor behandeling van het geschil door de overheidsrechter.

De notaris kan in het onderzoek ten aanzien van de bovengenoemde vraag naar de vrijwillige en ondubbelzinnige afstand van de overheidsrechter tevens betrekken (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige eisen die ex artikel 6 EVRM mogen worden gesteld en waarvan zij geen afstand hebben gedaan. Dit onderzoek kan hij uitvoeren aan de hand van de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM.²⁴⁵ Hij zal zich daarbij derhalve een oordeel vormen op dossierniveau en organisatieniveau om vast te kunnen stellen in hoeverre de rechtspositie van beide procespartijen met voldoende waarborgen is omkleed. De notaris kan op deze wijze de toetsingscriteria van Hof Leeuwarden²⁴⁶ (zie (§ 2.6.7) aan de hand van concrete feiten en omstandigheden beoordelen. De notaris zal derhalve de concrete omstandigheden van het geval dienen te toetsen, die wij als volgt formuleren:

- *is de onafhankelijkheid van de arbiter gewaarborgd?*
- *is de arbiter gehouden tot toepassing van de wettelijke regels?*
- *Wordt de consument niet voor hogere kosten geplaatst dan in een procedure voor de overheidsrechter?*
- *is de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats van een zitting geen belemmering voor de consument?*

Op grond van de uitkomsten van het onderzoek zal de notaris mitsdien tot een positief eindoordeel dienen te komen op dossierniveau en op organisatieniveau in relatie tot een gegeven privaat gerecht.

De notaris die wordt aangezocht voor incassoprocedures zal zich naar ons oordeel eveneens dienen te verdiepen in de ontwikkeling van de moderne bulkincasso, na de vercommercialisering van het ambt van de gerechtsdeurwaarder. Dit is een onderzoek op systeemniveau. De notaris zal daarbij onder andere de inhoud van het rapport *Noblesse Oblige* kunnen (en naar ons oordeel: behoren te) betrekken om zich een beeld te vormen van de rechtspositie van de consument binnen de publieke rechtspraak.²⁴⁷

De notaris zal zijn bevindingen op systeemniveau, alsmede op organisatie- en dossierniveau, dienen te vatten in een eindoordeel over de voorvraag in hoeverre de procespartijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de overheidsrechter en in hoeverre het private gerecht voldoet aan de (overige) waarborgen van artikel 6 EVRM. Indien en voor zover zijn eindoordeel niet positief is, zal de notaris bij voorbaat de opdracht niet in behandeling willen nemen, en dit ook niet mogen doen.

245 Meijer 2011, p. 35 e.v. en p. 73 e.v.; Ernste 2012, p. 105 e.v.

246 Gerechtshof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI, NL:GHLEE:2011:BR2500.

247 Rapport *Noblesse Oblige* 2008

2.8 VIJF RELEVANTE BEVINDINGEN UIT HOOFDSTUK 2

Hieronder herhalen wij vijf voor ons onderzoek relevante bevindingen uit hoofdstuk 2 aangaande de verhouding tussen bindend advies en arbitrage.

(1) Bindend advies is evenals arbitrage verankerd in formele wetgeving. Het bindend advies is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het Burgerlijk Wetboek is een wet van dezelfde rang of orde als het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Als zodanig is deze constatering voldoende om beide vormen van rechtspraak aan elkaar gelijk te stellen. Dit geldt zeker bij geïnstitutionaliseerd bindend advies, waarbij waarborgen vergelijkbaar met die van arbitrage kunnen worden opgenomen in een procesreglement dat wordt gepubliceerd.

(2) Het bindend advies steunt, evenals het arbitrale vonnis, op een obligatoire overeenkomst, omdat partijen met elkaar dienen overeen te komen om gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheid van private rechtspraak. Daardoor spreken wij van het obligatoire karakter van het bindend advies. Niettemin heeft het bindend advies zelf, evenals het arbitrale vonnis, daarnaast het karakter van rechtspraak. Anders dan bij arbitrage bevat de wettelijke regeling van het bindend advies geen procedurele regels.

(3) Rechtspraak en rechtsdwang behoren van elkaar te worden onderscheiden. De afdwingbaarheid van een uitspraak is daarbij slechts een uiting van de rechtsdwang. Het gehele proces van rechtspraak bevindt zich op het domein van overheidswang. De grens tussen vrijheid (overeenkomstenrecht) en dwang (rechtsvordering) wordt gemarkeerd door het deurwaardersexploot dat het rechtsgeding inleidt, indien en voor zover deze kwalificeert als het moment waarop de eisende partij een beroep doet op het forumkeuzebeding in algemene voorwaarden ex artikel 6:236 sub n BW. De wettelijke termijn van een maand biedt de gedaagde een laatste gelegenheid om zijn subjectieve wil kenbaar te maken om het geschil te laten behandelen door de overheidsrechter. Als zodanig vatten wij dit op als een nadere wilsafvaging.

(4) Voor adequate private rechtspraak die voldoet aan de eisen die ex artikel 6 EVRM gesteld mogen worden, zijn eisen op dossierniveau en op organisatieniveau van belang. Wij hebben vastgesteld dat voor geïnstitutionaliseerde private gerechten de inrichting van het proces en van de organisatie kenbaar is door het procesreglement, en dat elk in Nederland gevestigd gerecht om goede redenen aan hoge eisen zal willen voldoen. Voor ons onderzoek gaan wij uit van een privaat gerecht dat aan deze eisen voldoet. Het wettelijke kader waarbinnen wij de eisen hebben geformuleerd, noemen wij het systeemniveau. Ook daarin zal de notaris zich hebben te verdiepen. De notaris zal zich al met al een oordeel moeten vormen over de context van private rechtspraak (systeemniveau), de kwaliteit van de organisatie (organisatieniveau) en van de procesvoering (dossierniveau) voordat hij zich kan buigen over zijn bevoegdheid om de procedure waar te

nemen en zijn bevindingen vast te leggen in een proces-verbaalakte. Het onderzoek hiernaar geschiedt mitsdien als een aanvraag.

(5) Bindend advies en arbitrage zijn aan elkaar gelijk te stellen via een procesreglement. Wij hebben aangetoond, dat de procedurevoorschriften voor arbitrage kunnen worden toegepast op bindend adviesprocedures. Indien dit wordt gerealiseerd, behoeft er voor de procespartijen geen materieel onderscheid meer te bestaan tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting. Voor ons onderzoek concentreren wij ons op de situatie van gelijkstelling van beide soorten procedures.

De relevantie van de bevindingen is daarin gelegen, dat arbitrage door de wetgever wordt gezien als een van de belangrijkste vormen van geschilbeslechting naast de overheidsrechter, die berust op de wet. Voorts acht de wetgever arbitrage een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen.²⁴⁸ De inrichting van het proces (zie § 2.4) en de organisatie van het instituut (zie § 2.5) voldoen aan de eisen, zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM zie (§ 2.2), zodat private rechtspraak als instrument voor de definitieve beëindiging van het conflict worden beschouwd (§ 1.2.3). Nu de wet de mogelijkheid biedt om, bijvoorbeeld via een procesreglement, tot een vergaande gelijkstelling van bindend advies en arbitrage te komen, kan ook van bindend advies worden gezegd dat het een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak is.

248 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.