

Enkele aspecten van de aansprakelijkheid van de bindend adviseur

Bart Punt 9 november 2016

Studiekring 'Normatieve Uitleg'

De wereld van het bindend advies is heel pluriform. We komen het overal tegen:

- B2B + B2C-contracten met ondernemers in detailhandel en ambacht resp.;
- met financiële dienstverleners en zorgverzekeraars en **o.m.**:
- bij waardering van aandelen;
- tussen verzekeraars;
- binnen gezondheidszorg en uitvaartwezen;
- bij organisaties van vrije beroepen (o.m. tuchtrecht);
- arbeidsrecht (cao / sociaal plan);
- medezeggenschap e.d.;
- woningcorporaties en verenigingen van huurders;
- bij inspraakorganen;
- bij de restitutie van in 1933-1945 ontnomen cultuurgoederen;
- bij echtscheiding en relatiebemiddeling;
- in de sport en binnen kerken (bij geschillen en tuchtzaken);
- bij veilingen (beslissing van de veilingnotaris);
- enz. enz. enz.

Bindend advies is zowel veelvormig als vormvrij: een bindend adviseur die vergeet een bindend advies te ondertekenen hoeft niet te vrezen voor aansprakelijkheid. Dat het bij bindend advies *altijd* 'vrijheid, blijheid' is, is natuurlijk ook niet waar.

De wet regelt het als onderdeel van de vaststellingsovereenkomst. Daarvoor zijn 7 artikelen ingeruimd (art. 7:900-906 BW). Harde definities voor specifiek het bindend advies zijn in feite afwezig. Het ontbreken van vaste definities betekent dat in het kader van het bindend advies bepaalde termen worden gebruikt waaronder de één iets anders verstaat dan de ander. Zuiver bindend advies is zo'n term.

Mijn hoofdstelling is die onder 3, dat het aansprakelijkheids criterium dat – anders dan in de literatuur wordt aangenomen¹ – de Hoge Raad in 2012 heeft gegeven in de zaak Pwc/Van Zanten² niet enkel betrekking heeft op zuivere bindende adviezen. Daaraan ligt wat mij betreft mede ten grondslag dat het begrip 'zuiver bindend advies' zonder nadere precisering ook niet voldoende houvast geeft.

¹ P.E. Ernste, 'Het bindend advies' p. 3 en 276 (zie ook haar in de volgende noot genoemde annotatie alsmede die van Vranken sub 14) en D.P.C.M. Hellegers, 'De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) anno 2015', p. 146.

² HR 15 juni 2012 NJ 2015, 155 m.nt. J. Vranken; Zie ook JOR 2012, 314 m. nt. P.E. Ernste.

In 1953 verscheen een artikel van Treurniet, getiteld “Tweeërlei bindend advies”³. Treurniet stelde daarin twee categorieën tegenover elkaar:

a) een bindend advies dat met een arbitraal vonnis vergelijkbaar is en dat daarom – naar de toenmaals geldende eisen voor arbitrage – betrekking moest hebben op een rechtsgeschil; we denken dan aan het onzuivere bindend advies;

en,

b) het geval dat een derde (C) enkel de rechtsbetrekking tussen A en B nader vaststelt, element van het zuivere bindend advies.

Als voorbeeld van deze tweede categorie noemt Treurniet dat de gevolgen bij uitreden van een firmant uit een v.o.f. wel contractueel geregeld zijn, maar op een nader te bepalen wijze nog dienen te worden uitgewerkt door partijen of – bij gebreke van overeenstemming – door een bindend adviseur. Vooruitlopend op wat komen gaat, wijs ik op de woorden “bij gebreke van overeenstemming”. Bij een dergelijke insteek is duidelijk dat de bindend adviseur gaat optreden in een geschil-situatie. Dat is in dit voorbeeld geen rechtsgeschil maar een feitelijk geschil. Arbiters konden van dit geschil destijds niet kennismaken, maar sinds 1986 wel (art. 1020, lid 4, Rv.). Rechter kunnen dat nog steeds niet.

Of de bindend adviseur al dan niet in een geschil-situatie moet opereren, is *niet altijd* even duidelijk. Soms is omtrent een specifiek punt simpelweg op voorhand slechts bepaald dat dit door één of meer bindend adviseurs moet worden vastgesteld. Dan zal het bindend advies normaliter *niet* in het kader van een geschil worden gegeven.

Van het zuivere bindend advies circuleren er overigens verschillende definities die alleen gemeen hebben dat zo’n advies enkel strekt tot vaststelling van de rechtsverhouding van partijen of van een onderdeel daarvan. Zo’n beslissing heeft een (louter) declaratoir karakter. Tot zover een algemene inleiding op de stellingen 1 tot en met 3.

Stelling 1:

Het door Zonderland in 1965 gelanceerde, op de historie gebaseerde onderscheid tussen zuivere en onzuivere bindende adviezen is historisch onjuist.

Toen Zonderland in 1965⁴ de begrippen ‘zuiver’ en ‘onzuiver’ bindend advies lanceerde, bouwde hij in feite voort op het door Treurniet gemaakte onderscheid. Zonderland ging er van uit dat bindend advies bij geschillen pas was opgekomen aan het einde van de 19^e eeuw en dat wat hij het zuivere bindend advies noemde, ouder was.

Dát was in zijn ogen de zuivere vorm. Het beslissen in geschillen inclusief tucht-rechtspraak zag hij als een vorm van nieuwlichterij, waartegen hij bedenkingen had: dat was de onzuivere vorm. Onzuiver lijkt verdacht veel op ‘oneigenlijk’. Nu had Zonderland met zijn bedenkingen zeker niet helemaal ongelijk, want in het kader van door organisaties ingesteld

³ Arbitrale Rechtspraak (AR) 1953 p. 101.

⁴ 'Het bindend advies getoetst' in AR 1965, p. 225 e.v.

bindend advies leek en lijkt de wens om het beleid van die organisatie te handhaven soms de neutraliteit van de beslissers parten te spelen⁵.

Historisch gezien had Zonderland het echter bij het verkeerde eind. Het beslissen in geschillen door privé-personen, **niet zijnde arbiters**, bestond al in het Romeinse recht, heeft in de Nederlanden ook ten tijde van de Republiek gefunctioneerd én ook in de 19^e eeuw, zij het op een laag pitje. Men noemde die beslissers in het verre verleden “arbitratores” en de echte arbiters “arbitri”⁶.

Stelling 2:

De term ‘zuiver bindend advies’ is zonder nadere precisering onvoldoende nauwkeurig om daaraan conclusies te verbinden voor de toetsing op procedurele punten (eisen van ‘hoor en wederhoor’ alsmede motivering).

Deze stelling heeft betrekking op de vraag in hoeverre het voor de toetsing van een bindend advies doelmatig is om te onderscheiden of dit zuiver of onzuiver is. Daarbij zijn vooral het beginsel van ‘hoor en wederhoor’ van belang en de mate van motivering.

Tekortkomingen op dat vlak kunnen leiden tot vernietiging van een bindend advies mits degene die daarover klaagt, stelt en enigermate aannemelijk maakt dat die tekortkomingen voor hem tot een ongunstiger beslissing hebben geleid (in de rechtspraak kortweg aangeduid als “nadeel”).

Afgezien van procedurele eisen kan het onderscheid tussen zuiver en onzuiver advies ook van belang zijn in verband met de zwarte lijst van art. 6:236 sub n BW, dat ziet op *geschil*beslechting, maar dat laat ik rusten.

Stel dat de grens tussen twee naburige erven onbepaald is. Als de eigenaren van die erven geen idee hebben hoe die grens loopt en vaststelling van de grens vragen aan een derde, is dat dan een zuiver bindend advies? Het betreft enkel de vraag hoe een bepaalde verhouding tussen partijen **juridisch** in elkaar steekt. Maar stel nu dat die eigenaren over de loop van de grens van mening verschillen, m.a.w. als zij daarover een geschil hebben, is het dan ook een zuiver bindend advies?

Volgens Treurniet⁷ wel. Daarentegen volgens Zonderland⁸ niet, omdat de zaak – een rechtsgeschil – ook aan arbiters had kunnen worden voorgelegd (trouwens ook aan de rechter) en volgens A-G Wesseling-Van Gent (conclusie bij HR 20 mei 2007 NJ 2007, 114 inz. Amsterdam/Horneman) ook niet, omdat er sprake is van een geschil. Kortom: de nodige verdeeldheid. Overigens worden over de vraag hoe een bepaalde verhouding tussen partijen

⁵ Zie Rb. Rotterdam 13 april 1965 NJ 1965, 271 / AR 1965 p. 125 m.nt. W.N.; HR 11-06-1965 NJ 1965, 258 m.nt. G.J.S. onder nr. 259; hof Arnhem 12 mei 1998 NJ 1999, 29 en Rb. Utrecht 6 juni 2012 ECLI:NL:RBUTR:2012:BW7961.

⁶ Zie bij een en ander W.F. Lichtenauer ‘Burgerlijk en handelsrecht’, Rechtskundige opstellen op 2 november 1935 aangeboden aan prof. mr. E.M. Meijers, p. 354. Zie voorts Clavareau ‘Enige hulpovereenkomsten’ (1947) p. 139 e.v. en Meijers, ‘Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen’, WPNR 2421, V.P.O. III, p. 25-27.

⁷ Zie zijn eerder genoemd artikel

⁸ Idem.

juridisch in elkaar steekt sinds jaar en dag bindende adviezen uitgebracht, in en buiten geschil.

Zelf zou ik er dan ook veel voor voelen om ook bij *geschil* over de erfgrens wel van een zuiver bindend advies te spreken, omdat ook hier **alleen** ten aanzien van de rechtsverhouding iets wordt vastgesteld: 'zo zit het', een enkel declaratoire beslissing. Verder meen ik dat er in dit laatste geval voor wat procedurele punten of motivering geen verschil zal bestaan in de mate van toetsing vergeleken met die van een onzuiver bindend advies.

Tegenover het louter declaratoire element van het zuivere bindend advies zouden we bij het onzuivere advies als noodzakelijk element kunnen aannemen dat het tot onderwerp heeft een geschil over een betaling, doen of nalaten. Ik meen met dit korte betoog in ieder geval te hebben geadstrueerd dat de in de literatuur ontwikkelde begrippen 'zuiver' en 'onzuiver' bindend advies moeilijk grijpbaar zijn.

Ik denk dat we in plaats van tweeërlei beter drieërlei bindend advies kunnen onderscheiden:

- 1) geschillen over betalen, doen of nalaten (hiervoor ware m.i. de term 'onzuiver bindend advies' te reserveren);
- 2) geschillen enkel over het bestaan van een rechtsverhouding of over specifieke elementen daarvan, bijv. de uitleg ervan of een erfgrens, leidend tot een enkel declaratoire beslissing en
- 3) de vaststelling van het bestaan van een rechtsverhouding of elementen daarvan waarover tussen partijen wel onzekerheid bestaat maar *geen geschil*.

Verder meen ik dat het, gezien het moeilijk grijpbare karakter van de materie, niet zo voor de hand ligt om aan het enkele onderscheid tussen zuiver en bindend advies verschillende rechtsgevolgen te verbinden. Dat deze materie moeilijk grijpbaar is, komt ook naar voren uit het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad in de zaak Amsterdam/Horneman over de eis van motivering. De zaak had betrekking op een bindend advies over herziening van een erfpachtcanon, door deskundigen uitgebracht, zonder dat nog van een geschil sprake was. De Hoge Raad overwoog:

"In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd."

Deze passage geeft een glijdende schaal, maar m.i. niet de gewenste helderheid. Afgezien van het feit dat het bij rechtspraak om rechtsgeschillen gaat, zal in de praktijk erg moeilijk vast te stellen zijn op welk punt van deze glijdende schaal men zich bevindt.

Daarop volgt in het arrest:

"Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld."

Ik meen dat ook **deze** passage niet de gewenste duidelijkheid biedt, want ook voor de uitkomst van een onzuiver bindend advies kan een intuïtief oordeel beslissend zijn en ook dan zal met een zeer sobere motivering kunnen en moeten worden volstaan.

Dat 'hoor en wederhoor' moet worden toegepast in een *geschil*-situatie is niet omstreden. Maar onder omstandigheden kan ook bij een zuiver bindend advies dat *niet* in een *geschil*-situatie zal worden uitgebracht, van bindend adviseurs worden verlangd dat zij hoor en wederhoor toepassen.

Ook dit is uitgemaakt in erfpacht-zaken alsmede bij een opdracht aan bindend adviseurs om aandelen te waarderen, waarbij de Hoge Raad wees "*op de bij de uitvoering daarvan te maken keuzes tussen uiteenlopende waarderingsmaatstaven en feitelijke beoordelingen die tot een groot verschil in uitkomst kunnen leiden*".

Een dergelijke, op de concrete belangen toegesneden benadering geeft m.i. aanmerkelijk meer houvast dan die van Amsterdam/Horneman.

Afrondend ten aanzien van stelling 2: tussen een onzuiver en een zuiver bindend advies *in een geschil-situatie* bestaat qua procedurele eisen in wezen geen verschil. Ten opzichte van een zuiver bindend advies buiten een *geschil*-situatie, kan er in dat opzicht wel verschil bestaan, afhankelijk van de belangen en kwesties die spelen. Het begrip 'zuiver bindend advies' *sec*, dus zonder verdere precisering (*geschil* of *niet*) is aldus niet geschikt om daaruit harde conclusies te trekken over de mate van toetsing op procedurele punten.

Bovenstaand citaat ("*op de bij de uitvoering daarvan te maken keuzes ...*") komt uit het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad in de zaak Pwc/Van Zanten, die onderwerp is van de volgende stelling,

Stelling 3:

Hoewel dit arrest betrekking heeft op een zuiver bindend advies, is het in dat arrest geformuleerde criterium voor de aansprakelijkheid van bindend adviseurs niet beperkt tot zuivere bindend adviezen. Een onderscheid op dat punt is in de praktijk ook niet gerechtvaardigd.

Wat de Hoge Raad in genoemd arrest zegt over de aansprakelijkheid berust in de kern op het karakter van de opdracht van een bindend adviseur. Daarop wil ik eerst ingaan.

Zeker als moet worden beslist in een *geschil*-situatie verschilt de positie van de bindend adviseur – en ook die van de arbiter – volgens mij daadwerkelijk van die van andere opdrachtnemers. Niet alleen heeft de bindend adviseur meer opdrachtgevers die altijd tegengestelde *belangen* hebben, maar er zijn – als er sprake is van een *geschil* – ook tegengestelde standpunten; er is dan tevens een strijd of wedstrijd.

Ook in het kader van processuele strijd spreekt men van de eisen van 'fair play'. Dat houdt o.m. in dat een bindend adviseur in een *geschil*-situatie partijen gelijke kansen moet bieden én – tenzij partijen van die eis afstand zouden hebben gedaan – dat de bindend adviseur onpartijdig moet zijn en in onafhankelijkheid moet beslissen. Die laatste eis geldt in ieder geval ook als geen sprake is van een *geschil*. Dan is er weliswaar geen strijd, maar is er

nog altijd het element van de tegenstrijdige belangen, waarover neutraal dient te worden geoordeeld. Deze factoren stellen volgens mij extra eisen aan de zorgplicht van de bindend adviseur als opdrachtnemer in vergelijking met de modale opdrachtnemer.

Er komt nog een element bij, dat de Hoge Raad overigens niet met zoveel woorden heeft genoemd en dat ik alleen maar wil aanstippen. Dat is dat, als het relatief makkelijk zou zijn bindend adviseurs aan te spreken, dit ook afbreuk zou doen aan de animo om als bindend adviseur op te treden en daarmee aan de effectiviteit van het bindend advies als zodanig. Goede rechtspraak is een zeer wezenlijk voor het goed functioneren van de maatschappij en dat geldt ook voor de alternatieven die daarvoor worden geboden.

Het lijkt mij goed om de casus van Pwc/Van Zanten over het voetlicht te brengen. Die is tamelijk ingewikkeld. De inzet van de zaak was niet de vernietiging van het uitgebrachte bindend advies, maar een vordering van de bindend adviseurs jegens Van Zanten's B.V.⁹ tot betaling van hun honorarium. Van Zanten achtte zich door het advies zeer benadeeld en weigerde te betalen. Daarop werd hij namens de drie bindend adviseurs door Pwc gedagvaard tot betaling daarvan. Pwc had daarmee in zoverre succes bij de Amsterdamse rechtbank dat deze de vordering gedeeltelijk toewees (gedeeltelijk omdat de vordering het oorspronkelijk begrote bedrag verre overschreed). De rechtbank oordeelde o.m. dat een door de bindend adviseurs bedongen exoneratieclausule er mede toe strekte de salarisch vordering van de bindend adviseurs te vrijwaren voor verweren ontleend aan eventuele fouten van hen. In appèl werd die uitleg niet bestreden. Zij achtte het beroep van Pwc op de exoneratieclausule gegrond.

Het honorarium was voor een in 2001 door drie register-accountants uitgebracht 'zuiver' bindend advies. Hun opdracht hield in het taxeren van de waarde van het door Van Zanten resp. Vermeulen (elk) gehouden aandelenbelang in Brouwer Groep Beheer B.V. (een grafisch bedrijf). Die waardering was nodig met het oog op een aanstaande verwerving door ofwel Van Zanten ofwel Vermeulen van het door de ander gehouden aandelenbelang.

Degene die de aandelen van de ander zou overnemen, zou groot-aandeelhouder worden van de Brouwer Groep. Deze gang van zaken was een aantal jaren daarvoor afgesproken toen deze partijen een samenwerking aangingen, voor het geval zij later uit elkaar zouden gaan. In die samenwerkingsovereenkomst was ook reeds het bindend advies geregeld.

Het probleem met het bindend advies betrof maar voor een zeer klein deel de waardering van de aandelen als zodanig. Het probleem zat vooral in het feit dat ten tijde van de waardering een derde aandeelhouder (het toenmalige beursfonds Wegener) zijn cumulatief preferente aandelen wilde afstoten. Die stukken zouden na conversie in gewone aandelen aan de zittende aandeelhouders, dus Van Zanten en Vermeulen c.q. degene van hen die inmiddels de overblijvende groot-aandeelhouder zou zijn geworden. De conversie en het afstoten van de aandelen van Wegener zou leiden tot een voordeel voor Van Zanten en/of Vermeulen van ruim f 6 miljoen (kennelijk omdat Wegener van haar stukken af wilde en met een mindere prijs genoeg moest nemen).

⁹ Die B.V. en de B.V. van zijn tegenstrever Vermeulen worden hierna niet meer expliciet genoemd.

Omdat Van Zanten of Vermeulen bij de Brouwer Groep het veld zou gaan ruimen, zou in verband met het afstoten van de stukken door Wegener tussen hen beiden een naverrekening dienen plaats te vinden in het voordeel van degene die zijn aandelen aan de ander zou moeten afstaan. Zonder een dergelijke naverrekening zou een bevoordeling plaats vinden van de toekomstige groot-aandeelhouder (hetzij Van Zanten hetzij Vermeulen).

Tijdens een aandeelhoudersvergadering van de Brouwer Groep werd door de commissarissen van die B.V. medegedeeld dat Van Zanten zijn aandelen aan Vermeulen zou moeten overdragen. Krap veertien dagen later kwam het bindend advies af. Daarin stelden de bindend adviseurs onder meer dat hun niet bekend was wanneer de omzetting en overdracht van de aandelen van Wegener zou plaats vinden. Op die grond stelden zij een naverrekeningsclausule vast voor een periode van vier jaren, waarbij in het derde jaar een reductie van 25% en in het vierde jaar een van 50% diende te worden toegepast. Ik heb begrepen dat zij daartoe overgingen op basis van enkele onderlinge telefoongesprekken. Partijen werden over deze naverrekening niet gehoord.

Van Zanten voelde zich te dien aanzien door het bindend advies zwaar benadeeld. Hij voerde in de procedure aan dat voor een gefaseerde naverrekening geen reden was, omdat de afstoting door Wegener aanstaande was. Zoals vermeld werd de vordering van Pwc door de rechtbank gedeeltelijk toegewezen. Wel had een door de rechtbank benoemde deskundige de benadeling van Van Zanten berekend op ruim 1,6 miljoen gulden en de gemaakte fout als “matig ernstig” aangemerkt.

Van Zanten had echter succes met zijn appèl bij het Amsterdamse hof. Voor zover ik kon nagaan is deze fout door de bindend adviseurs in appèl verder niet bestreden. Mij is door een register-accountant verteld dat de gemaakte fout – het ‘uitsmeren’ van de naverrekening over vier jaren – vermoedelijk hiermee te maken heeft dat Wegener destijds een beursfonds was en dat, als een beursfonds eenmaal bekend heeft gemaakt dat het een bepaalde deelneming wenst af te stoten, dit ook betrekkelijk snel zal moeten gebeuren.

Verder oordeelden hof en Hoge Raad dat de bindend adviseurs het beginsel van ‘hoor en wederhoor’ bij hun opdracht hadden geschonden. Dit kwam al ter sprake. Het hof oordeelde ook dat de voorzitter van het bindend adviseurs-panel – dat was de accountant van de Brouwer Groep – niet meer onpartijdig was om over de naverrekening te beslissen zodra hij in de al genoemde aandeelhoudersvergadering had vernomen dat Vermeulen de groot-aandeelhouder van de Brouwer Groep zou worden. Daarmee werd Vermeulen – aldus het hof – “de broodheer” van deze accountant.

Persoonlijk vind ik dit oordeel erg streng en voel ik meer voor het andersluidend oordeel van de rechtbank hierover. Van Zanten en Vermeulen hadden elk hun eigen accountant aangewezen (A. resp. B.) en A. en B. samen hadden C., de accountant van de Brouwer-groep, werkzaam bij PriceWaterhouseCoopers Accountants ('Pwc'), als derde bindend adviseur aangewezen. Zowel Van Zanten als Vermeulen hadden zelf een voorkeur voor C. uitgesproken. M.a.w. het was voor partijen duidelijk dat de drie bindend adviseurs alle drie een insider waren en kennelijk hadden partijen er vertrouwen in dat deze drie bindend adviseurs de zaak objectief en neutraal zouden beoordelen. Ik zie daarin een

element van afstand van de eisen van onpartijdigheid/onafhankelijkheid. Wat daarvan zij, het hof achtte de bindend adviseurs aansprakelijk en wees hun salaris-vordering af.

Dus doende ging het hof voorbij aan de exoneratie-clausule van de bindend adviseurs op grond van zowel de gemaakte fout als het gebrek aan onpartijdigheid van bindend adviseur C en het niet-horen. Volgens het hof heeft een exoneratie naar zijn aard geen betrekking op de onpartijdigheid van bindend adviseurs en leent ook de verplichting om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen zich niet voor exoneratie. Dat het hof deze beide punten mede in aanmerking nam, zou kunnen zijn omdat het de eerder genoemde kwalificatie van de inhoudelijke fout (“matig ernstig”) wat te mager achtte om enkel daarop de exoneratie te doorbreken.

De beslissing van het hof dat het exoneratie-beding geen effect had voor het gemis aan onpartijdigheid en het niet-horen, werd echter in cassatie vernietigd: of een dergelijk beding al dan niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet volgens de Hoge Raad naar alle omstandigheden worden beoordeeld. Op dat punt werd het hof-arrest vernietigd en werd de zaak verwezen naar het Haagse hof, dat de vordering van Pwc vervolgens eveneens afwees. Het beroep van de bindend adviseurs op de exoneratie-clausule werd opnieuw verworpen. Een tweede cassatieberoep van Pwc had geen succes. Het werd met toepassing van art. 81 R.O. verworpen.¹⁰

Ik keer terug naar de kern van de zaak in de eerste cassatie: de aansprakelijkheid, waarop Pwc het arrest van het Amsterdamse hof uiteraard had aangevallen. Naar aanleiding van de cassatiemiddelen formuleerde de Hoge Raad een criterium voor aansprakelijkheid van bindend adviseurs. In stelling 3 betoog ik dat dit criterium ziet op aansprakelijkheid voor fouten of gebreken ten aanzien van bindende adviezen in het algemeen en niet slechts in geval een zuiver bindend advies is uitgebracht, zoals in deze zaak aan de orde was. De argumenten voor mijn stelling vind ik in de wijze waarop de tekst van de betreffende overweging van de Hoge Raad is geformuleerd (de 4^e alinea van rov. 3.5.3). De punten waarop het aankomt, heb ik met ** en onderstreping aangegeven.

Voor wat de aansprakelijkheid van bindend adviseurs betreft acht het college terughoudendheid geboden:

“De bijzondere aard van een opdracht tot het geven van een* bindend advies noopt ertoe dat terughoudendheid dient te worden betracht als het gaat om het aannemen van aansprakelijkheid *van bindend adviseurs* voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht.”*

Daartoe legt de Hoge Raad een drempel, zie de woorden ‘eerst’ en ‘kunnen’ in de op de vorige aansluitende passage:

*“Mede in het licht van de tussen de opdrachtgevers onderling ingevolge art. 7:904 lid 1 BW geldende strikte maatstaf, moet ervan worden uitgegaan dat door *bindend adviseurs* gemaakte fouten *eerst* tot hun aansprakelijkheid jegens (een der) opdrachtgevers *kunnen* leiden ..., indien het in hun verhouding tot (een der) opdrachtgevers in de gegeven om-*

¹⁰ HR 18 september 2015 ECLI:NL:HR:2015:2742.

standigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden.”

Hiermee is **niet** gezegd dat het bindend advies moet zijn vernietigd, zoals in de literatuur wel wordt aangenomen¹¹: het moet voor vernietiging *in aanmerking komen*. Procedureel kon het in deze zaak ook niet worden vernietigd, omdat de zaak alleen ging tussen Van Zanten en de bindend adviseurs. Vermeulen was in de procedure geen partij. Hiermee heb ik tussendoor een toelichting gegeven op

Stelling 4:

Op basis van het arrest Pwc/Van Zanten is een voorwaarde voor aansprakelijkheid van een bindend adviseur dat diens bindend advies voor vernietiging *in aanmerking komt*. Het is niet nodig dat het reeds is of wordt vernietigd.

Ik keer terug naar stelling 3 en naar de eerder genoemde terughoudendheid. Die wordt in het onderwerpelijke arrest als volgt toegelicht:

*“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 zou kunnen aantasten.”*

Ik merk ook nog op dat art. 7:904 BW, in de hier weergegeven passages twee keer wordt genoemd. Dit artikel geldt zowel voor het zuiver als voor het onzuiver bindend advies. Mijn conclusie: het aansprakelijkheids criterium en de grondslag daarvoor zijn *hier* zodanig algemeen geformuleerd dat zij zien op ieder soort bindend advies, ook al wordt op andere plaatsen in het arrest expliciet overwogen dat in concreto van een zuiver bindend advies sprake is.

Er is volgens mij ook geen goede reden om ten aanzien van de aansprakelijkheid tussen zuivere en onzuivere bindende adviezen onderscheid te maken. De aard van de opdracht van een bindend adviseur onderscheidt zich bij beide types van de modale opdracht-overeenkomst, gegeven de tegengestelde belangen van de twee of meer opdrachtgevers van de bindend adviseur.

Stelling 5:

De door de Hoge Raad in het arrest Pwc/Van Zanten genoemde onbevangenheid is een valide argument voor een terughoudende beoordeling van de aansprakelijkheid van een bindend adviseur.

Vranken, die dit argument in zijn noot onder het arrest¹² heeft bestreden, vindt dat een arbiter of bindend adviseur op de zelfde voet aansprakelijk moet zijn als iedere andere

¹¹ Vranken in zijn noot, P.E. Ernste, 'Bindend Advies' p. 275.

¹² Zie sub 17. Met verwijzing naar zijn noot onder het arrest Greenworld/Arbiters (NJ 2011, 131) sub 7.

opdrachtnemer: d.w.z. als niet is gehandeld als de *redelijk bekwame en redelijk handelende beroeps-of vakgenoot*. Die kritiek gaat m.i. iets te gemakkelijk voorbij aan de aard van de opdracht van een bindend adviseur (of arbiter) en de daaraan inherente extra zorgplicht, eerder besproken.

Verder is m.i. een algemeen punt dat, als aansprakelijkheid snel wordt aanvaard, dit kan leiden tot defensief gedrag (bijv. bij medici en politiemensen). Bij een bindend adviseur kan de vrees voor aansprakelijkheid druk opleveren die aan diens onafhankelijkheid afbreuk doet. Hiervóór noemde ik ook een eventueel teruglopende animo om als bindend adviseur op te treden. Van Schaick¹³ heeft in dit verband terecht aangevoerd dat een rechter – en dat geldt behoudens kwade trouw ook voor een bindend adviseur – er geen belang bij heeft dat één van de partijen de procedure wint, ongeacht de argumenten die deze partij heeft aangedragen. Dat belang dreigt wel te ontstaan – aldus Van Schaick – als een partij de rechter in persoon voor de gevolgen van zijn uitspraak aansprakelijk zou kunnen stellen en de rechter dus rekening moet gaan houden met een procedure jegens hem, beslag of zelfs een aanvraag van zijn faillissement¹⁴.

Vranken geeft ook een tegenargument: als eerder aansprakelijkheid wordt aangenomen, leidt dat tot extra zorgvuldigheid. Ook dat spreekt mij niet erg aan. Mijn o.m. als rechter opgedane ervaring is dat je probeert de optimale beslissing te geven en dat je niet wilt dat jouw beslissing naderhand wordt vernietigd, een kwestie van professionele trots. Ik ga er van uit dat iedere bona fide bindend adviseur er net zo over zal denken en in ieder geval zal proberen tot een optimale beslissing te komen. De druk van een reële kans om aansprakelijk te worden gesteld, zal daaraan normaliter niets toevoegen en zal als negatief worden ervaren.

Kwade trouw, spanning met één van de partijen kan tot een ander oordeel leiden. In 1955 oordeelde de Hoge Raad¹⁵ reeds in een overweging ten overvloede over de aansprakelijkheid van een bindend adviseur (de “derde”):

“dat zodanig geval zich niet enkel zal kunnen voordoen, indien dezen derde kwade trouw mocht zijn te verwijten, maar mede indien het advies naar zijn inhoud mocht blijken op een redelijk oordeel niet te kunnen rusten”.

Het tweede deel van dit citaat stemt aardig overeen met het verband dat de Hoge Raad in de zaak Pwc/Van Zanten heeft gelegd tussen aansprakelijkheid en het voor vernietiging in aanmerking komen van het gegeven bindend advies.

Als het om een inhoudelijk oordeel gaat, is een error of judgement op zich niet toereikend voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur. Daarvoor moet het gaan om een beslissing die kennelijk onredelijk is. Tot zover stelling 5.

¹³ ‘Aansprakelijkheid voor scheids)rechterlijke fouten’, zijn bijdrage aan de aan Vranken opgedragen bundel ‘Cirkels 2’, 2013 (p. 112/113).

¹⁴ Op grond van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren zal in voorkomend geval de Staat aansprakelijk zijn, behoudens regres in uitzonderlijke gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid. Voor arbiters en bindend adviseurs is de redenering van Van Schaick m.i. echter zonder meer ter zake dienend.

¹⁵ HR 18 maart 1955 NJ 1956, 356.

Stelling 6:

Een rechtspersoon kan aansprakelijk zijn voor een bindend advies van een door haar bij of krachtens de statuten ingestelde commissie voor geschillen tussen haar en haar leden c.q. voor tuchtrechtspraak, ook als die commissie niet als orgaan zou zijn aan te merken.

Deze stelling heeft betrekking op situaties die ver af staan van grote financiële belangen als zojuist besproken en die zich in het bijzonder kunnen voordoen in het verenigingsleven. Zij is geïnspireerd door een vonnis van de Utrechtse rechtbank¹⁶ tot vernietiging van een uitspraak inzake verenigingstuchtrecht bij wijze van bindend advies gegeven door het Beroepscollege van de Nederlandse Postduiven Organisatie (N.P.O.). Deze vernietiging geschiedde op formele en inhoudelijke gronden. Genoemde organisatie ben ik overigens meermalen tegengekomen in rechterlijke uitspraken over bindende adviezen¹⁷. De twee leden om wie het ging, spraken de N.P.O. tevens aan tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van deze uitspraak hadden geleden, doch de N.P.O. deed met succes een beroep op een in haar Huishoudelijk Reglement opgenomen exoneratiebepaling. De rechtbank overwoog:

“... in het onderhavige geval kan niet worden geoordeeld dat van opzettelijk handelen dan wel grove schuld van de N.P.O. sprake is geweest bij de beslissing om [eisers] te houden aan de beslissing van het <d.w.z. haar, B.P.> Beroepscollege. In beginsel mag de N.P.O. immers uitgaan van de rechtsgeldigheid van een beslissing van het Beroepscollege.”

Hier werkte de rechtbank o.m. met ‘grove schuld’. Dat deed ook het Haagse hof na verwijzing in de zaak Pwc/Van Zanten. Daarover werd in de tweede cassatie wel geklaagd, maar zonder succes. Ik teken hierbij aan dat bewuste roekeloosheid een geschikt criterium kan zijn bij verkeersfouten van o.m. automobilisten of schippers maar dat dit bij bindend adviseurs zelden zal kunnen worden gebruikt.

Mijn stelling naar aanleiding van dit Utrechtse vonnis is erop gebaseerd dat het Beroepscollege een orgaan was van de N.P.O. Als bij of krachtens de statuten van de rechtspersoon aan een entiteit de bevoegdheid is toegekend om over nader omschreven kwesties een bindende beslissing te nemen, wordt naar huidige inzichten namelijk van een orgaan gesproken¹⁸. Aan die eis voldoen de vanwege een rechtspersoon ingestelde geschillen- of tuchtcommissies en zo’n commissie zal m.i. dan ook als orgaan moeten worden aangemerkt. Derhalve had de rechtbank volgens mij moeten onderzoeken of de fouten die het **Beroepscollege** had gemaakt al dan niet grove schuld opleverden. Zo ja, dan zou de N.P.O. volgens mij aansprakelijk zijn.

Soms bepalen de statuten van een vereniging expliciet dat de daarin vermelde geschillencommissie **geen** orgaan is. Dat doet mij denken aan het schilderij van Magritte van

¹⁶ Rb. Utrecht 21 maart 2007 ECLI:NL:RBUTR:2007:BA1595.

¹⁷ Zie ook HR 18 november 1955 NJ 1956, 10, m.nt. L.E.H.R. en Rb. Midden-Nederland 10 juni 2015 ECLI:NL:RBMNE: 2015:3437.

¹⁸ Aldus Asser-Rensen, ‘Rechtspersonenrecht, overige rechtspersonen’, II-3*, 2017 nr. 159, en – in afwijking van eerdere drukken – thans ook Dijk/Van der Ploeg, ‘Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij’, 6^e druk 2013, p. 152.

een pijp (voor tabak) met als onderschrift: “Ceci n’est pas une pipe”. Als een dergelijke clause niettemin effect zou hebben, is dat volgens mij nog steeds geen beletsel voor aansprakelijkheid van de vereniging, want de uitspraak van een dergelijke, door de rechtspersoon ingestelde commissie moet in het maatschappelijk verkeer naar mijn mening worden aangemerkt als een gedraging van die rechtspersoon¹⁹.

¹⁹ Vgl. HR 6 april 1979 NJ 1980, 34 m.nt. C.J.H.B. (kleuterschool Babbel). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, 2014, 328 en de noot van Mendel bij HR 4 oktober 1991 NJ 1992, 410.