

## HOOFDSTUK 13

### **BINDT HET BEWIJSRECHT DE BINDEND ADVISEUR IN VERZEKERINGSRECHTELIJKE GESCHILLEN?**

**Een pleidooi voor een positivering van de bewijslastverdeling bij bindend advies**

*A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk*<sup>1</sup>

#### **13.1 Inleiding**

Bij procedures bij de overheidsrechter spelen de regels van bewijsrecht geregeld een beslissende rol bij de beslechting van een geschil. Vooral de verdeling van de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) is van doorslaggevende betekenis in procedures. In de rechtspraak zijn methoden tot ontwikkeling gekomen om aan de bewijslastverdeling te sleutelen. De ‘omkeringsregel’ die ziet op de bewijslastverdeling bij causaal verband in de zin van *condicio sine qua non*-verband, is er daar één van, net als het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.<sup>2</sup>

De vraag rijst of de bewijsregels zoals die voor de beslechting van een geschil door de overheidsrechter zijn ontwikkeld, ook gelden indien partijen hun geschil door middel van Alternative Dispute Resolution (ADR) laten beslechten. ADR omvat een veelheid aan methoden om een geschil buiten de overheidsrechter om tot een oplossing te brengen. Arbitrage, bindend advies en mediation zijn de meest bekende. Als één van de kenmerken van ADR, in het bijzonder bindend advies, wordt genoemd de snelheid van de procedure en het informeel karakter daarvan. Als voordeel van bindend advies boven een procedure bij de overheidsrechter wordt vaak genoemd dat de kans op een blijvende verstoring van de verhoudingen geringer is. Die kenmerken maken bindend advies zeer geschikt voor geschillen in de verzekeringsbranche, waar de betrokken partijen veelal ook na het geschil nog zaken met elkaar moeten doen. Dat geldt niet alleen voor de ‘echte’ verzekeringsrechtelijke geschillen tussen verzekeraar en verzeke-

---

1 Mr. A.J.J.G. Schijns en mr. Chr.H. van Dijk zijn beide advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

2 Onder andere Klaassen *JBP* 2012, p. 556-571; Akkermans & Van Dijk *AV&S* 2012, p. 157-177.

ringnemer (waar bijvoorbeeld vragen spelen over de uitleg van de polis en geschillen over polisdekking), maar ook voor de aansprakelijkheidszaken. Daarmee worden bedoeld de zaken tussen derden-slachtoffers tegen de verzekeraar van degene die de schade heeft veroorzaakt, en de zaken tussen verzekeraars onderling in het kader van regres. Vooral voor aansprakelijkheidszaken tussen 'repeat players' als verzekeraars is bindend advies erg geschikt, in het bijzonder als het een rechtsvraag is die partijen verdeeld houdt. In de verzekeringsbranche bestaat dus zeker behoefte aan een snelle en eenvoudige rechtsgang als bindend advies.

Het informeel karakter van bindend advies – we zullen zien dat wettelijk procesrecht (en bewijsrecht) ontbreekt – maakt tegelijkertijd de vraag relevant of de bindend adviseur de wettelijke bewijsregels niettemin toepast, of dat hij op het gebied van de bewijslastverdeling vaak "maar wat doet". Bij de overheidsrechter is in beginsel duidelijk welke bewijsregels er gelden en welke gevolgen deze regels voor partijen hebben. Partijen kunnen hun procespositie, -kansen, en -risico's aan de hand van het bewijsstelsel over het algemeen redelijk goed inschatten. Hoe zit dat bij bindend advies? Wat zijn vanuit bewijsrechtelijke optiek de gevolgen van de keuze voor bindend advies?

Na een korte inleiding over bindend advies (1) en de wettelijke en jurisprudentiële regels van bewijs en hun functie (2), komt in deze bijdrage achtereenvolgens aan de orde (3) of het bewijsrecht geldt bij bindend advies, en zo nee (4) of de ongebondenheid van de bindend adviseur aan het bewijsrecht een gemis is. Vervolgens wordt onderzocht of de regels van de bewijslastverdeling zoals die voor een procedure voor de overheidsrechter gelden, door de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) en bij ad hoc bindend advies door partijen van overeenkomstige toepassing zouden moeten worden verklaard en systematisch zouden moeten worden toegepast (5).

## 17.2 Het bindend advies

De overeenkomst tot bindend advies is een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst. De term bindend advies is niet in de wet gedefinieerd. Het wordt omschreven als een eenzijdige rechtshandeling afkomstig van de bindend adviseur die aangeeft wat de rechtstoestand tussen partijen zou moeten zijn.<sup>3</sup> In de regel worden twee vormen van

---

3 Ernste 2012, p. 59; Van Rossum 2001, p. 10.

bindend advies onderscheiden: het eigenlijk of zuiver bindend advies en het oneigenlijk of onzuiver bindend advies. Met 'zuiver bindend advies' wordt bedoeld op het bindend advies waar een derde een aanvulling of wijziging geeft op de tussen partijen bestaande overeenkomst, bijvoorbeeld de bepaling van de huurprijs, de erfpachtcanon en de waardering van aandelen. Onder 'onzuiver bindend advies' wordt begrepen bindend advies "ter beslechting van een bestaand of toekomstig rechtsgeschil door één of meer derden waarbij partijen zijn overeengekomen dat de beslissing tussen partijen als bindend geldt."<sup>4</sup> Bindend advies als wijze van geschillenbeslechting wordt als rechtspraak gekwalificeerd.<sup>5</sup>

Bij onzuiver bindend advies kan men verder onderscheid maken tussen zogenoemd institutioneel bindend advies en ad hoc bindend advies. De institutionele bindende adviezen berusten meestal op een bindend-adviesclausule in de algemene voorwaarden bij een overeenkomst. Daarbij kan worden gedacht aan bindend advies gegeven door vaste geschillencommissies met een eigen reglement, ter beslechting van consumentengeschillen. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om bindend adviezen onder de vlag van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening die onderdeel is van de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) en de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken door branchegeschillencommissies, zoals de Geschillencommissies Reizen en Woninginrichting.

Naast bindend advies door vaste geschillencommissies, vindt geschillenbeslechting ook plaats door een ad hoc aangewezen adviseur (ad hoc bindend advies). Bij deze vorm van bindend advies ontbreekt vaak een (uitgebreid) reglement, hoewel partijen op initiatief van de bindend adviseur wel enige procedureafspraken plegen te maken.<sup>6</sup>

In deze bijdrage staat het onzuiver bindend advies centraal, en daarbinnen voornamelijk het ad hoc bindend advies. In regreszaken tussen verzekeraars wordt het bindend advies als een aantrekkelijk alternatief beschouwd voor de geschillenbeslechting door de overheidsrechter. De vraag naar de toepasselijkheid van het bewijsrecht bij bindend advies, en meer in het bijzonder de bewijslastverdeling bij bindend advies, is dan ook voor dit soort geschillen van praktisch belang.

---

4 Ernste 2012, p. 1.

5 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 400.

6 Ernste 2012, p. 5.

### 17.3 Het bewijsrecht

#### 13.3.1 Algemeen

Met 'bewijsrecht' wordt meestal bedoeld op het wettelijk bewijsrecht dat is geregeld in titel 1.2 afdeling 9 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 149-207 Rv). Daarnaast zijn er regels van bewijsrecht te vinden in de zogenoemde rechtersregelingen, zoals de procesreglementen van rechtbanken en gerechtshoven en diverse handleidingen en leidraden, waaronder de Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord<sup>7</sup> en de Handleiding bewijslevering.<sup>8</sup> Naast de bepalingen van bewijsrecht in de wet zijn er in de jurisprudentie enkele bijzondere regels omtrent de bewijslast ontwikkeld. De meest bekende is de omkeringsregel. Hiermee wordt bedoeld op de regel dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. De omkeringsregel behelst aldus een vermoeden van causaal verband, in die zin dat "het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen een onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan."<sup>9</sup> De Hoge Raad vaart met betrekking tot de omkeringsregel overigens al enige tijd een terughoudende koers, die erop neerkomt dat deze regel, ook al is zijn toepassingsbereik formeel niet beperkt tot enige categorie, de facto alleen nog van toepassing lijkt te zijn op het oorspronkelijke terrein van verkeers- en veiligheidsnormen.<sup>10</sup> Zo is het ook de vraag of de omkeringsregel in verzekeringsrechtelijke geschillen (tussen verzekeraar en verzekerde) kan worden toegepast.<sup>11</sup>

---

7 Te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

8 Vooralsnog niet openbaar beschikbaar.

9 In de rechtspraak van de Hoge Raad is de omkeringsregel in de loop van de jaren ontwikkeld en verduidelijkt. Zie o.a. HR 29 november 2002, NJ 2004/304 en 305; HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264.

10 Akkermans & Van Dijk AV&S 2012, p. 157-177.

11 Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 29 en onder nr. 9.2.3.

Een ander mechanisme dat in het kader van de bewijslastverdeling in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen, en dat is bedoeld om een processueel evenwicht tussen partijen te bereiken, is de verzwaarde of aanvullende stel- en motiveringsplicht. Deze houdt in dat de wederpartij van degene op wie de bewijslast rust zijn stellingen extra moet motiveren, in die zin dat hij bij de betwisting van de stellingen voldoende feitelijke gegevens verstrekt. De verzwaarde motiveringsplicht keert de bewijslast niet om, maar helpt de partij op wie de bewijslast rust met de uit hoofde van die bewijslast te verrichten bewijslevering. Het instrument van de verzwaarde motiveringsplicht wordt bijvoorbeeld toegepast in zaken waarin het gaat om de beoordeling van medische aansprakelijkheid. Het is in die zaken in beginsel aan de patiënt te bewijzen dat sprake is van een beroepsfout. Van het ziekenhuis kan echter worden verlangd dat voldoende feitelijke gegevens worden verstrekt teneinde de patiënt voldoende aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.<sup>12</sup> De verzwaarde stel- en motiveringsplicht wordt bijvoorbeeld toegepast in gevallen waarin de gegevens zich in het domein van de aangesproken partij bevinden, of deze partij beter in staat is de gegevens te verschaffen, of in het geval dat een partij een feit uit een verleden dient te bewijzen terwijl dit lange tijdsverloop voor rekening van de wederpartij komt.<sup>13</sup>

Een ander 'leerstuk' dat (recent) in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen is dat van de proportionele aansprakelijkheid. Ook dit leerstuk is een instrument om de eiser in zijn bewijs van het csqn-verband tegemoet te komen. De leer van de proportionele aansprakelijkheid komt er kort gezegd op neer dat aansprakelijkheid wordt aangenomen naar rato van de waarschijnlijkheid dat de schade door de fout is veroorzaakt.<sup>14</sup> Strikt genomen grijpt dit leerstuk niet in de bewijslastverdeling tussen partijen in. Toepassing ervan heeft echter wel degelijk invloed op de bewijspositie van een partij. Aanvaarding van een beroep op proportionele aansprakelijkheid leidt er immers toe dat het bestaan van causaal verband (naar rato) wordt aangenomen, ook al is het bewijs daarvoor niet geleverd. De partij op wie de bewijslast (in de zin van bewijsleveringslast en bewijsrisico) rust van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad/toerekenbare tekortkoming en de schade, wordt het in zoverre gemakkelijk gemaakt dat hij wordt ontslagen van zijn verplichting dit verband aan te tonen.

---

12 HR 13 januari 1995, NJ 1997/175, m.nt. Brunner (*Val uit ziekenhuisbed*); HR 20 november 1987, NJ 1988/500 (*Timmer/Deutman*) en HR 18 februari 1994, NJ 1994/368 (*Schepers/De Bruijn*).

13 Tjittes *NJB* 1988, p. 1128-1130.

14 Akkermans 1997.

Het wettelijk bewijsrecht is een overkoepelende term voor een verzameling regels over de verdeling van bewijslast, over de (toelaatbaarheid van) bewijsmiddelen en over de bewijswaardering van de bewijsmiddelen. In het kader van deze bijdrage beperken wij ons tot de verdeling van de bewijslast.

### 13.3.2 De bewijslastverdeling

Het begrip bewijslast wordt in twee betekenissen gebruikt. In de eerste plaats wijst het op de last die op een partij rust om in het proces ten overstaan van de rechter bewijs te leveren (de bewijsleveringslast).<sup>15</sup> In de tweede plaats heeft het begrip bewijslast de betekenis van het 'bewijsrisico'.<sup>16</sup> Hieronder wordt verstaan wat aan het eind van de bewijslevering moet gelden als het bewijs door die partij (op wie het risico rust) niet is geleverd.<sup>17</sup> De vraag naar het bewijsrisico doet zich gelden indien de rechter op basis van de waardering van de stukken niet tot een vaststelling van de ware toedracht en de gestelde feiten kan komen zodat onduidelijk blijft of het gestelde feit zich al dan niet heeft voorgedaan ('non liquet'). Omdat de rechter ook in dat geval een beslissing over het geschil moet nemen, zal degene op wie de bewijslast (in de zin van bewijsrisico) van die feiten rust, het onderspit delven doordat hetzij de vordering niet wordt toegewezen (eiser), hetzij het zelfstandig verweer niet slaagt (gedaagde). Het lot van de vordering of het zelfstandig verweer hangt af van de vraag of is voldaan aan de stelplicht of de feiten zijn vast komen te staan waarvoor men de bewijslast (in de zin van het bewijsrisico) heeft.<sup>18</sup>

De twee betekenislagen van bewijslast (bewijsleveringslast en bewijsrisico) vallen in de praktijk vaak samen. Als de rechter een bewijsopdracht geeft aan een partij ligt aan die beslissing meestal ten grondslag dat die partij voor de te bewijzen feiten het bewijsrisico draagt. Maar dat is niet altijd zo. Indien de rechter de hiervoor omschreven omkeringsregel toepast, komt de *bewijsleveringslast* weliswaar bij de aangesproken partij te rusten, maar het *bewijsrisico* blijft bij de eisende partij rusten. Anders dan het woord doet vermoeden, vindt bij de omkeringsregel immers geen omkering van de bewijslast (in de zin van bewijsrisico) plaats. Het bewijsrisico blijft overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv op de eisende partij rusten, maar het bewijsrisico wordt wel verlicht door in te

---

15 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/270.

16 Er zijn ook auteurs die de begrippen bewijslast, bewijsrisico en zelfs bewijsvoeringslast expliciet onderscheiden. Zie Giesen 2001, p. 11-13.

17 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/272.

18 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/287.

grijpen in de bewijsleveringslast.<sup>19</sup> Zoals uit het voorgaande blijkt, komt bewijslastverdeling naar de kern genomen neer op verdeling (of beter: toedeling) van het bewijsrisico.<sup>20</sup>

In art. 150 Rv is de hoofdregel van de bewijslastverdeling neergelegd. De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten draagt daarvan de bewijslast, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Een beroep op het rechtsgevolg van bepaalde feiten brengt dus een stelplicht voor die feiten mee. Dat betekent dat niet alleen de eiser een stelplicht heeft, maar ook de aangesproken partij als hij zich beroept op een zelfstandig rechtsgevolg (het bevrijdend of zelfstandig verweer, zoals bijvoorbeeld het beroep op eigen schuld of overmacht). Volgens de hoofdregel van art. 150 Rv rust op de aangesproken partij niet de bewijslast van de betwiste feiten, voor zover het geen bevrijdend verweer betreft. Als de feiten waarvoor een partij stelplicht heeft voldoende gemotiveerd worden betwist, dan dient die partij die feiten te bewijzen. Deze partij heeft dan de bewijsleveringslast, maar draagt ook het risico dat zich verwezenlijkt als dat bewijs niet slaagt (het bewijsrisico).

De ratio (en de functie) van de regels over bewijslastverdeling is dat de rechter ook in het geval waarin onduidelijk blijft of het gestelde feit zich al dan niet heeft voorgedaan een beslissing moet geven.<sup>21</sup> De rechter zal immers ook bij onduidelijkheid van de feiten een beslissing moeten nemen, zo volgt uit art. 26 Rv. De regels omtrent de bewijslastverdeling dienen er dus toe de rechter in een dergelijk geval een beslissing te kunnen laten nemen op de vordering. Doel is dus niet zozeer de verdeling van de bewijsleveringslast (wie moet wat bewijzen?), maar de verdeling van het risico dat zich realiseert als de feiten niet komen vast te staan.<sup>22</sup> Die situatie zal ten laste van een van de partijen moeten worden gebracht. Dit zal de partij zijn op wie de bewijslast rust en zal leiden tot afwijzing van de eis of verwerping van het verweer. De verdeling van de bewijslast is daarmee sterk bepalend voor de uitkomst van het geding en geeft tegelijkertijd haar belang aan.<sup>23</sup>

---

19 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/302.

20 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/275.

21 Asser Procesrecht/Asser 3 2013/274.

22 Scheltema 1934-1940, p. 53-54.

23 Zie voor arbitrage: Fung Fen Chung 2004, p. 91.

### 13.4 Geldt het bewijsrecht ook bij bindend advies?

Hiervoor werd duidelijk dat de regels van bewijslastverdeling beslissend kunnen zijn voor de uitkomst van een geding. Op welke partij de bewijslast rust is derhalve ook bij bindend advies een vraag van evident belang. Voor de vraag of de bindend adviseur gebonden is aan het wettelijk bewijsrecht, waaronder de bewijslastverdeling, is het rechtskarakter van bindend advies van belang. Bindend advies is, evenals arbitrage, een vorm van particuliere geschilbeslechting die, anders dan overheidsrechtspraak, op een overeenkomst tussen partijen berust. De bindend-adviesovereenkomst is een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst die is geregeld in titel 7.15 BW (art. 7:900 BW e.v.). Buiten de bepalingen omtrent de vaststellingsovereenkomst, kent het bindend advies geen formele regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bindend advies wijkt daarmee in een belangrijk opzicht af van arbitrage, waarvan de procedure in Boek IV Rv een formeel wettelijke regeling heeft gekregen.

Uit het ontbreken van een wettelijke regeling met betrekking tot de procedure van bindend advies wordt afgeleid dat de bindend adviseur niet gebonden is aan de regels van bewijsrecht.<sup>24</sup> Op de vraag of dit ook geldt voor de regels van zogenoemd materieel bewijsrecht, komen wij hierna onder 13.4.3 e.v. terug. Niet alleen is de bindend adviseur dus niet gebonden aan de regels van stelplicht en bewijslast, maar ook de regels omtrent de te gebruiken bewijsmiddelen en de daaraan toe te kennen bewijskracht missen toepassing (art. 163-207 Rv). Dit betreft onder meer de bepalingen over de bewijskracht van akten en vonnissen en de beperkte bewijskracht van de partijgetuige. Het is aan de bindend adviseur overgelaten of en in welke mate het partijen is toegestaan bewijs te leveren, of bepaalde bewijsmiddelen toelaatbaar zijn en hoe het bewijs wordt gewaardeerd.<sup>25</sup> Dit is alleen dan anders als in een reglement of bij overeenkomst anders is bepaald. De bindend adviseur is dan gebonden aan de bewijsrechtelijke bepalingen in het toepasselijke reglement of de overeenkomst. Het staat de bindend adviseur vrij aansluiting te zoeken bij de regels van bewijsrecht.<sup>26</sup>

---

24 Ernste 2012, p. 257.

25 HR 25 mei 2007, NJ 2007/294, r.o. 3.7 (*Spaanderman/Anova Food*).

26 Ernste 2012, p. 257.



#### 13.4.1 *Bewijsrechtelijke bepalingen in reglementen*

Bij bindend advies bij geschillencommissies voor consumentenzaken zijn het de reglementen die regels over de procedure bevatten. Bestudering van die reglementen leert dat de bewijsrechtelijke bepalingen in deze reglementen, zo deze al aanwezig zijn, veeleer betrekking hebben op de bewijsmiddelen en de procesgang in het algemeen, dan dat wordt aangegeven op welke wijze de bindend adviseur de bewijslast behoort te verdelen.<sup>27</sup> Een voorbeeld van een bewijsrechtelijke bepaling over de toepassing van bewijsmiddelen is art. 39 lid 5 van het reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid). Daarin is bepaald dat bij een getuigenverhoor de relevante voorschriften in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering overeenkomstig worden toegepast. Kennelijk wordt daarmee gedoeld op art. 163 e.v. Rv. In het reglement van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening ontbreekt echter een bepaling over de bewijslastverdeling. Er is geopperd in het reglement van Kifid een bepaling op te nemen waarin wordt verwezen naar de bewijslastverdeling van art. 150 Rv,<sup>28</sup> maar (ook) in het huidige reglement komt een dergelijke bepaling (nog) niet voor.<sup>29</sup> Ook in de reglementen van andere geschillencommissies, voor zover in het kader van deze bijdrage bestudeerd, ontbreken bepalingen over de bewijslastverdeling.

#### 13.4.2 *Bewijsrechtelijke afspraken in de (bindend advies) overeenkomst*

Partijen hebben, conform het uitgangspunt van partijautonomie in bindend advies, de mogelijkheid om zelf te bepalen welke regels van bewijsrecht door de bindend adviseur moeten worden toegepast. Partijen kunnen daarover afspraken maken in de bindend-adviesovereenkomst, dan wel in de overeenkomst van opdracht met de bindend adviseur, of in een separate bewijsovereenkomst (art. 153 Rv).<sup>30</sup> Daarbij moet wel worden bedacht dat op de bewijsovereenkomst titel 6.5 BW van overeenkomstige toepassing is (art. 6:216 BW) zodat bepalingen over de

---

27 Hetzelfde geldt voor arbitrage: Fung Fen Chung 2004, p. 92.

28 Van Tiggele-van der Velde *AV&S* 2008, p. 296-303.

29 Zie hiervoor: [www.kifid.nl/fileupload/Reglement\\_Ombudsman\\_en\\_Geschillencommissie\\_Kifid.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/Reglement_Ombudsman_en_Geschillencommissie_Kifid.pdf).

30 Voor het bewijsrecht voor de gewone rechter biedt art. 153 Rv partijen de mogelijkheid bij overeenkomst van het wettelijk bewijsrecht af te wijken. Zie over art. 153 Rv: Van der Wiel, *WPNR* 2002, p. 221-229.

vernietigbaarheid van algemene voorwaarden van toepassing zijn.<sup>31</sup> Op de zwarte lijst van vernietigbare bedingen (art. 6:236 aanhef en sub k BW) wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt het beding waarbij de bevoegdheid van een 'consument' om bewijs te leveren wordt uitgesloten of beperkt of waarbij de uit de wet voortvloeiende bewijslastverdeling op bepaalde wijze ten nadele van de 'consument' wordt gewijzigd.

Het is onze ervaring dat partijen bij ad hoc bindend advies vaak geen afspraken maken over de bewijslastverdeling. De meeste partijen gaan er (impliciet) van uit dat zowel het formele als het – in de volgende paragraaf te behandelen – materiële Nederlandse bewijsrecht in beginsel toepasselijk is. Wel worden er vaak afspraken gemaakt die zien op de algemene gang van zaken tijdens de procedure van bindend advies of op de bewijsmiddelen: hoe vindt de uitwisseling van standpunten plaats, is er een mondelinge behandeling en hoe wordt omgegaan met getuigen en deskundigen. In de grotere zaken vindt er meestal een soort conclusiewisseling plaats waarin partijen op elkaars standpunten kunnen reageren en wordt er de mogelijkheid geboden om getuigen of deskundigen te horen. Het opnemen van getuigen- of deskundigen verklaringen komt naar onze ervaring nog nauwelijks voor. Zowel in een bindend adviesprocedure als bij de overheidsrechter, zou dat wel wenselijk zijn. De wijze waarop de vragen worden gesteld en de precieze wijze waarop antwoord wordt gegeven is immers relevant voor de weging ervan. De samenvatting van de rechter/bindend adviseur van het door getuigen en deskundigen verklaarde, welke samenvatting veelal in de eigen bewoordingen van de rechter geschiedt in plaats van in de woorden van de getuige of deskundige, is in een tijd waarin een digitale opname weinig kostbaar is niet meer goed te verdedigen.<sup>32</sup> In de wat kleinere zaken sturen partijen de stukken van hun dossier met een begeleidende brief en een cc aan de wederpartij veelal op ter beslissing van het geschil uitsluitend op basis van deze stukken, waaronder de zich in het dossier bevindende schriftelijke verklaringen.

#### 13.4.3 *Toepassing van materieel bewijsrecht in bindend advies?*

Naast de procesrechtelijke normen met betrekking tot bewijs (vervat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) waaraan de bindend adviseur

---

31 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 201.

32 Niet voor niets wordt in art. 77q lid 7 (nieuw) van het Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zie [nvvprocesrecht.nl](http://nvvprocesrecht.nl), (het zogenaamde KEI-project) dan ook voorgesteld om digitaal opnemen van getuigenverhoren mogelijk te maken.

bij gebreke van een wettelijke regeling dus niet gebonden is, bestaan er materiële normen in bepalingen van het BW waarin regels van bewijslastverdeling zijn vervat. Dit heeft ermee te maken dat vóór de inwerkingtreding van het huidige bewijsrecht delen van het bewijsrecht in het BW te vinden waren. Sinds 1 april 1988 is het bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geplaatst waardoor de meeste regels van bewijsrecht daarin te vinden zijn. Dit laat onverlet dat er nog steeds specifieke regels van bewijsrecht te vinden zijn in het materiële burgerlijke recht. Het gaat daarbij om regels waaruit expliciet een bepaalde bewijslastverdeling voortvloeit zoals art. 7:658 lid 2 BW (werkgeversaansprakelijkheid), waarin op de werkgever de bewijslast is gelegd van de omstandigheid dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Ook valt daarbij te denken aan de bepalingen die ingeleid worden door het woord “tenzij” (zoals art. 6:74 BW). Dat woord duidt op een uitzondering op de hoofdregel en degene die zich op die uitzondering beroept draagt voor de daarvoor vereiste feiten en omstandigheden stelplicht en bewijslast. Een ander voorbeeld van een materiële norm waarin een bewijsregeling is opgenomen is art. 6:195 BW (misleidende reclame). Lid 1 van dat artikel bepaalt dat de gedaagde moet bewijzen dat de feiten vervat in de mededeling/reclame, juist zijn. Ook valt te denken aan de bepalingen in het BW waarin een wettelijk bewijsvermoeden is neergelegd, zoals het vermoeden van bezit en houderschap (art. 3:109 BW). Ook het verzekeringsrecht kent dergelijke bepalingen. Zo bepaalde art. 294 WvK (oud):

“De verzekeraar is ontslagen van de verplichting tot voldoening der schade, indien hij bewijst dat de brand door merkelijke schuld of nalatigheid van den verzekerde zelve veroorzaakt is.”

Dit artikel geldt nog voor verzekeringen gesloten voor 1 januari 2006.

Het huidige art. 7:952 BW bepaalt:

“De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.”

De bewijslast van de opzet of roekeloosheid rust daarmee bij voldoende betwisting door de verzekerde, op de verzekeraar. Dit is ook in lijn met de hoofdregel van art. 150 Rv omdat het de verzekeraar is die zich beroept op een zelfstandig rechtsgevolg, namelijk de bevrijding van zijn betalingsverplichtingen. Deze regels van bewijsrecht in het materiële recht worden doorgaans aangeduid als ‘materieel bewijsrecht’, ter onderscheiding van het formele bewijsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Het verzekeringsrecht (art. 7:925 e.v. BW) geeft voldoende stof tot debat over de bewijsrechtelijke verhoudingen die uit het materiële recht voortvloeien.<sup>33</sup> Dat geldt ook voor regreszaken over aansprakelijkheid tussen verzekeraars onderling. De vraag dringt zich dan ook op of de bindend adviseur bij dat soort geschillen onderscheid moet maken tussen bewijsrecht in formele zin en bewijsrecht in materiële zin, in die zin dat de bindend adviseur niet aan het formele, maar wel aan het materiële bewijsrecht gebonden is?

#### 13.4.4 *Uitstap naar arbitrage*

Voor de beantwoording van die vraag kan wellicht aansluiting worden gezocht bij hetgeen voor het arbitragerecht geldt. Het arbitragerecht komt immers in zoverre overeen met het bindend advies dat ook arbiters vrij zijn in de toepassing van de regels van bewijsrecht (art. 1039 lid 5 Rv). Onder die regels wordt in ieder geval verstaan de regels van formeel bewijsrecht. Maar of daaronder ook de regels van materieel bewijsrecht vallen, is de vraag. In de Nederlandse doctrine over het arbitragerecht komt men twee opvattingen tegen met betrekking tot de vraag of arbiters bewijsrechtelijke bepalingen die in het materiële recht zijn opgenomen, moeten toepassen.<sup>34</sup> Sanders is van oordeel dat in het Nederlandse arbitragerecht geen onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen formeel en materieel procesrecht. Sanders merkt daarover op dat het materieel procesrecht

“(...) zo nauw [is] verbonden met de gedingvoering (het formele procesrecht), dat een scheiding van beide slechts krachtens uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, waarvan hier niets blijkt, kan worden aanvaard.”<sup>35</sup>

Snijders gaat daarentegen wel uit van een scheiding tussen formeel en materieel bewijsrecht in arbitrage. Over de reikwijdte van art. 1054 Rv heeft hij opgemerkt:

“Het materieel bewijsrecht dat ten nauwste samenhangt met het overige materiële recht, zou echter wel onder het bereik van art. 1054 kunnen vallen.”<sup>36</sup>

---

33 Van Tiggele-van der Velde 2008, p. 86.

34 Fung Fen Chung 2004, p. 82-83.

35 Sanders 1940, p. 127.

36 BRv (Snijders), art. 1054, aant. 1.

Art. 1054 Rv bepaalt:

1. “Het scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts.
2. Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.”

Fung Fen Chung zoekt in haar dissertatie aansluiting bij de opvatting van Snijders, in zoverre dat zij bepleit dat in ieder geval voor nationale arbitrages waarin Nederlands recht van toepassing is, de van toepassing zijnde Nederlandse bepalingen van materieel bewijsrecht door de arbiter moeten worden toegepast, tenzij partijen anders zijn overeengekomen en voor zover het materieel bewijsrecht daarbij niet-dwingend is.<sup>37</sup> Zij onderbouwt haar standpunt door te wijzen op art. 1054 Rv, dat bepaalt dat het arbitraal scheidsgerecht beslist naar de door partijen aangewezen “regelen des rechts”. In een nationale arbitrage, waarbij het scheidsgerecht dus beslist naar de Nederlandse regels van het recht, hebben partijen in haar opvatting stilzwijgend de bepalingen van materieel bewijsrecht van toepassing verklaard en zijn zij daaraan ook gebonden.<sup>38</sup> Daar waar het materiële Nederlandse recht voorziet in een specifieke bewijsrechtelijke bepaling zal het scheidsgerecht die moeten toepassen. Zijn er geen bijzondere regels van toepassing, dan kan het scheidsgerecht zelf de regels van bewijslast toepassen. De beslissingsmaatstaf lijkt doorslaggevend te zijn bij de vraag of de arbiter al dan niet gebonden is aan het materiële bewijsrecht. Is de beslissingsmaatstaf dat naar de regelen des rechts wordt beslist, dan is de arbiter – in de opvatting van Fung Fen Chung – gebonden aan de regels van materieel bewijsrecht.

#### 13.4.5 *Terug naar bindend advies*

Gaat eenzelfde redenering op voor het bindend advies? De beslissingsmaatstaf die de bindend adviseur moet hanteren is, anders dan bij arbitrage, waar art. 1054 Rv bepaalt dat de arbiter in beginsel beslist naar de “regelen des rechts”, niet wettelijk geregeld. In het Reglement Ombudsman en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) ontbreekt een beslissingsmaatstaf. In geval van ad hoc bindend advies zal de beslissingsmaatstaf zijn neergelegd in de bindend adviesovereenkomst tussen partijen of in de opdrachtovereenkomst tussen partijen

---

37 Fung Fen Chung 2004, p. 85.

38 Fung Fen Chung 2004, p. 84.

enerzijds en bindend adviseur anderzijds. Als er geen afspraken over zijn gemaakt, is de vraag welke maatstaf de bindend adviseur moet hanteren. Ernste is van mening dat, bij gebreke van een wettelijke bepaling als 1054 Rv, de bindend adviseur in overleg met partijen moet afstemmen volgens welke maatstaf hij moet beslissen. Komen partijen er niet uit, dan zal hij moeten beslissen volgens de "regelen des rechts."<sup>39</sup>

Het voorgaande toegepast op de hiervoor weergegeven opvatting bij arbitrage, kan ook bij bindend advies worden bepleit dat de bindend adviseur is gebonden aan het materiële bewijsrecht, in ieder geval indien en voor zover partijen hebben gekozen voor de beslissingsmaatstaf van de "regelen des rechts", of wanneer partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de beslissingsmaatstaf. Betoogd kan worden dat uit de verwevenheid tussen de materieelrechtelijke normen en de bewijslastverdeling volgt dat ook de bewijslastverdeling is aanvaard die aan de materiële norm is gekoppeld.<sup>40</sup>

Deze opvatting sluit aan bij hetgeen in de literatuur en rechtspraak over de bewijslastverdeling bij het kort geding is geschreven. Ook voor de procedure in kort geding geldt dat de voorzieningenrechter niet gebonden is aan de imperatieve voorschriften van art. 149-207 Rv. Uit de rechtspraak betreffende het kort geding volgt echter dat het voor de hand ligt dat de rechter in kort geding zich wel door de materiële regeling en de daarin neergelegde bewijslastverdeling laat leiden. Zo overwoog de Hoge Raad in een zaak over misleidende reclame dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat het in dit kort geding, gelet op art. 6:195 BW, op de weg van de producent lag om haar claim die zij in de reclame-uiting maakte, aannemelijk te maken.<sup>41</sup> Als de kortgedingrechter niet gebonden zou zijn aan de bewijslastverdeling van art. 6:195 lid 1 BW, dan zou, in de woorden van Giesen, de materiële norm in een kort gedingprocedure een andere inhoud krijgen nu die inhoud gevormd wordt door de bewijslastverdeling.<sup>42</sup>

Er kan over de gebondenheid aan de materieelrechtelijke bewijsregels ook anders worden gedacht. Die andere opvatting stoelt dan op het uitgangspunt dat het materiële bewijsrecht ook burgerlijk procesrecht is en daarnaast zodanig is vervlochten met het formele bewijsrecht dat het

---

39 Ernste 2012, p. 62.

40 Zie voor het kort geding: Giesen *NJB* 1998, p. 1632.

41 HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/665 (*Tweede luierarrest*).

42 Giesen *NJB* 1998, p. 1632.

maken van een onderscheid niet gerechtvaardigd is.<sup>43</sup> Indien er geen gebondenheid is aan de wettelijke bewijsregeling, is er ook geen gebondenheid aan de regels die zijn vervat in de materieelrechtelijke normen, zo zou de opvatting kunnen luiden.<sup>44</sup>

Wij zouden op dit punt evenwel Sniijders en Ernste willen volgen in hun opvatting dat het onderscheid tussen materieel en formeel bewijsrecht moet worden gehandhaafd. Dat sluit ook aan bij de heersende opinie in arbitrage, hetgeen de uniformiteit met betrekking tot de bewijslastverdeling bij de verschillende vormen van geschillenbeslechting ten goede komt. Dit brengt in onze opinie mee dat de bindend adviseur gebonden is aan de materieelrechtelijke bewijsbepalingen die op het tussen partijen bestaande geschil van toepassing zijn, indien en voor zover de bindend adviseur moet beslissen naar de 'regelen des rechts', en partijen niet anders zijn overeengekomen. Indien partijen een keuze hebben gemaakt voor een bepaald materieel recht, dan wel dat recht op een andere manier toepasselijk is, zal naar onze mening ook het daarin vervatte materieel bewijsrecht toegepast moeten worden, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.<sup>45</sup>

Vermelding verdient dat de bindend adviseur hoe dan ook gebonden is aan de in het materiële recht aanwezige *dwingendrechtelijke* bepalingen van openbare orde die de bewijskracht bepalen, bijvoorbeeld in geval van huwelijksvoorwaarden, testamenten en schenkingsakten. Bij niet-inachtneming van deze bepalingen is het bindend advies nietig op grond van art. 7:902 BW.<sup>46</sup>

Een vervolgvraag is of de bindend adviseur, als hij beslist naar de "regelen des rechts" ook de jurisprudentieel ontwikkelde regels die van invloed zijn op de bewijslastverdeling moet toepassen? Te denken valt daarbij in het bijzonder aan de omkeringsregel, de regel omtrent de verzwaarde stel- en motiveringsplicht en ook de rechtspraak omtrent de proportionele aansprakelijkheid.<sup>47</sup> Vallen deze jurisprudentieel ontwikkelde regels ook onder de "regelen des rechts"? Wij menen van wel, nu de beslissingsmaatstaf niet is beperkt tot "de wet" (het geschreven recht) en de rechtspraak ook één van de kenbronnen van het recht is. Wij menen dat

---

43 Die verwevenheid was één van de redenen om het materiële bewijsrecht van boek 5 (oud) BW over te hevelen naar boek 1 Rv waar het formele bewijsrecht geregeld was: Sniijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 200.

44 Vgl. voor het kort geding: Blaauw 2002, p. 156.

45 Vgl. voor dezelfde opvatting met betrekking tot arbitrage: Fung Fen Chung 2004, p. 88.

46 Ernste 2012, p. 256-257.

47 Hoewel deze laatste zuiver beschouwd niet behoort tot de regels die gaan over de verdeling van het bewijsrisico.

ook deze regels deel uitmaken van het (bewijs)recht, welke regels ook de overheidsrechter zal laten meewegen bij zijn oordeel. Indien de bindend adviseur moet beslissen naar de regelen des rechts, hetzij omdat partijen dat zijn overeengekomen hetzij omdat zij over de beslissingsmaatstaf niets zijn overeengekomen, dan is de bindend adviseur gebonden aan de specifieke regels van bewijslastverdeling die expliciet uit het materiële recht voortvloeien én bovendien aan de regels die in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen.

### 13.5 Is de ongebondenheid van de bindend adviseur aan het bewijsrecht bezwaarlijk?

#### 13.5.1 Ook bij andere geschilbeslechers komt ongebondenheid aan het bewijsrecht voor

Vooropgesteld moet worden dat de gebondenheid aan de regels van bewijsrecht niet alleen bij bindend advies ontbreekt. De regels van bewijsrecht gelden evenmin in kort geding. Ook ten aanzien van bepaalde soort beslissingen, zoals bij de begroting van de schade, is de rechter niet gehouden de regels van het wettelijk bewijsrecht toe te passen.<sup>48</sup> Verder gelden de regels van bewijslastverdeling niet in verzoekschriftprocedures voor zover de aard van de zaak zich daartegen verzet (art. 284 lid 1 Rv), en evenmin in een procedure tot homologatie van een akkoord in de surseance.<sup>49</sup> Ook voor arbitrage geldt dat, voorzover partijen niets anders zijn overeengekomen, de arbiter niet gebonden is aan de toepassing van het bewijsrecht.

Zie in dat verband art. 1039 lid 5 Rv:

“Voor zover de partijen niet anders zijn overeengekomen, is het scheidsgerecht vrij ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht.”

Uit deze tekst blijkt niet dat de wetgever de bepaling heeft willen beperken tot bepaalde onderdelen van het bewijsrecht. Uit de totstandkomingsgeschiedenis kan echter worden afgeleid dat de wetgever bij deze

---

48 HR 16 oktober 1998, NJ 1999/196 m.nt. ARB en HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. ARB. Aantekening verdient dat op dit gebied in de praktijk veel regels over bewijslastverdeling tot ontwikkeling zijn gekomen zodat de rechter niet formeel maar wel de facto de regels van bewijslast toepast.

49 HR 26 augustus 2003, RvdW 2003/1355.



bepaling in het bijzonder aan de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de waardering van het bewijs heeft gedacht.<sup>50</sup> Over het onderdeel van de bewijslastverdeling wordt in de memorie van toelichting niet gesproken. In de Kamerstukken bij de totstandkoming van de bepalingen over arbitrage valt te lezen:

“Naar algemeen aanvaarde rechtsopvattingen is het bewijsrecht zoals geregeld in BW en Rv niet van toepassing bij arbitrage. Dit brengt mee dat de vrijheid de dezen van arbiters zo mogelijk nog groter is dan die van de gewone rechter, hetgeen betekent dat de arbiters ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en de waardering van het bewijs naar eigen goeddunken kunnen oordelen voorzover partijen niet in de overeenkomst tot arbitrage (bewijsovereenkomsten) die[n]aangaande regelen hebben gesteld.”<sup>51</sup>

Of de bewijslastverdeling daardoor buiten de reikwijdte van art. 1039 lid 5 Rv valt, en de arbiter wel gebonden is aan de wettelijke regels omtrent bewijslastverdeling, is niet duidelijk. Fung Fen Chung meent dat de bewijslastverdeling ook onder de reikwijdte van art. 1039 lid 5 Rv valt nu de bewijslastverdeling binnen de huidige opvattingen ook tot het procesrecht behoort.<sup>52</sup> Ook de arbiter is naar de algemene opvatting niet gebonden aan de bewijslastverdeling zoals die voortvloeit uit art. 150 Rv. Eenzelfde redenering gaat op voor het bindend advies. Ook met betrekking tot de bewijslastverdeling heeft de bindend adviseur aldus een grote vrijheid.

Daarmee keren we terug bij de vraag of het bezwaarlijk is dat de bindend adviseur zo'n grote vrijheid heeft bij de beslissing over de verdeling van de bewijslast? Om deze vraag in het juiste perspectief te krijgen, komt eerst een voorvraag aan bod, namelijk of de vrijheid van de bindend adviseur inzake de beslissing over de bewijslastverdeling daadwerkelijk onbegrensd is en of de fundamentele beginselen van procesrecht – indien geconcludeerd moet worden dat deze doorwerken bij bindend advies – de vrijheid van de bindend adviseur op het punt van de bewijslastverdeling kunnen begrenzen.

---

50 Fung Fen Chung 2004, p. 80; zie ook Sanders 1996, art. 1039, aant. 5.1.

51 *Kamerstukken II*, 1983-1984, 18 464, A-C, p. 13.

52 Fung Fen Chung 2004, p. 84.

### 13.5.2 Doorwerking fundamentele beginselen van procesrecht bij bindend advies

De overheidsrechter is gebonden aan de hoofdbeginselen van rechtspraak, in het bijzonder die van behoorlijk procesrecht. Als minimumvereisten voor behoorlijke rechtspraak worden onderscheiden: de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, hoor en wederhoor, motivering, openbaarheid en berechting binnen een redelijke termijn.<sup>53</sup> Van deze beginselen wordt het beginsel van hoor en wederhoor (ook wel het 'contradictoire beginsel') beschouwd als het meest fundamentele beginsel in ons procesrecht.<sup>54</sup> Het beginsel houdt in dat partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld om kennis te nemen van de stukken en het bewijs dat de andere partij naar voren heeft gebracht, en voldoende gelegenheid krijgen om op die stukken te reageren. In de woorden van het EHRM: "the opportunity for the parties to have knowledge and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party."<sup>55</sup> Verwant aan het beginsel van hoor en wederhoor is het gelijkheidsbeginsel (ook wel 'equality of arms'). Daaronder wordt verstaan dat er een 'fair balance' tussen partijen moet zijn in die zin dat zij beiden in de gelegenheid moeten worden gesteld om hun standpunten naar voren te brengen, daarbij inbegrepen het *bewijs* omtrent die standpunten. Zoals geformuleerd in het arrest van het EHRM inzake *Dombo Beheer*: "each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent."<sup>56</sup>

De mogelijkheid om bewijs voor ingenomen standpunten naar voren te brengen en de mogelijkheid voor de andere partij om daarop te mogen reageren, kan dus worden gerekend tot één van de fundamentele beginselen van procesrecht. Uit het beginsel van hoor en wederhoor, dat voor de civiele procedure voor de overheidsrechter is neergelegd in art. 19 Rv, vloeit voort dat partijen in gelijke mate worden gehoord en in gelijke mate de gelegenheid krijgen om te reageren.<sup>57</sup>

Zijn deze fundamentele beginselen, die zo essentieel zijn voor de overheidsrechtspraak, ook elementen voor de alternatieve wijzen van

---

53 Wesseling-van Gent 1987.

54 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 31-35; Hugenholtz/Heemskerk 2006, p. 7-8.

55 EHRM 23 juni 1993, Series A, no. 262, NJ 1995/397, m.nt. E.J. Dommering (*Ruiz-Mateos*).

56 EHRM 27 oktober 1993, Series A, no. 274, NJ 1994/534, m.nt. H.J. Snijders en E.J. Dommering (*Dombo*).

57 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 32.

geschilbeslechting waaronder bindend advies? De meningen daarover verschillen. Er zijn auteurs die menen dat met de keuze voor alternatieve geschillenbeslechting partijen in beginsel afstand doen van de waarborgen van art. 6 EVRM.<sup>58</sup> Anderen menen dat de vraag of de fundamentele beginselen van procesrecht bij ADR gelden, afhankelijk is van de soort geschillenbeslechting. De fundamentele beginselen zouden bij op consensus gerichte vormen van ADR, waartoe ook mediation behoort, een andere kleur hebben dan in de gevallen waarin een derde beslist.<sup>59</sup>

Voor de arbitrale procedure is het beginsel van de equality of arms en het beginsel van hoor en wederhoor verankerd in art. 1039 Rv. Ook in de voorziene wijzigingen voor de arbitragetitel komen deze beginselen terug, zie art. 1036 van het wetsontwerp:

“Het scheidsgerecht behandelt de partijen op voet van gelijkheid. Het scheidsgerecht stelt de partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in het geding ter kennis van het scheidsgerecht zijn gebracht. Bij zijn beslissing hanteert het scheidsgerecht zijn oordeel ten nadele van een der partijen niet op bescheiden en andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.”<sup>60</sup>

Het recht op een eerlijke, behoorlijke procedure, is verder in alle arbitragelementen opgenomen.<sup>61</sup> Ook de bewijsregels die de arbiters hantieren dienen aan dit beginsel te voldoen.

Schending van het beginsel van art. 1039 lid 1 Rv kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis (art. 1065 lid 1 onder e Rv).<sup>62</sup> De arbiter wordt dus in zijn vrijheid omtrent bewijsbeslissingen beperkt daar waar strijd met de goede procesorde of andere fundamentele regels van procesrecht ontstaat.<sup>63</sup>

Hoewel ook voor mediation, evenals voor bindend advies, een wettelijke regeling over de procedure van mediation ontbreekt,<sup>64</sup> keren

58 Onder andere Santing-Wubs 2007, p. 68.

59 Sterk 1998, p. 26.

60 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 1-2.

61 Fung Fen Chung 2004, p. 46.

62 Een voorbeeld waarin de arbiter bij de bewijshantering binnen de grenzen van zijn vrijheid is gebleven: HR 24 april 2009, *TvA* 2010, 4, r.o. 4.3.3-4.4.1. Zie ook: HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294 (*Spaanderman/Anova*).

63 Vgl. Asser *TvA* 2013, p. 161-168.

64 Wel geldt de Wet Implementatie Richtlijn nr. 2008/52 EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Stb.* 2012, 570. Ook zij gewezen op het wetsvoorstel mediation: “Wet bevordering mediation in het burgerlijk recht”, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33723, nr. 2.

in de verschillende gedragsregels enkele fundamentele beginselen van procesrecht terug. Zo is in de gedragsregels voor NMI-mediators een bepaling opgenomen dat de mediator zorgt voor een evenwichtige behandeling van het geschil en dat hij dient te bevorderen dat partijen zoveel mogelijk op gelijke wijze aan bod komen.<sup>65</sup> De gedragsregels van de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators vermelden dat de advocaat-scheidingsbemiddelaar er tijdens de bemiddeling voortdurend voor zorgt dat beide partijen in voldoende mate op de hoogte zijn van de informatie die voor het overleg en de onderhandelingen van belang kunnen zijn.<sup>66</sup>

Bij gebreke van een wettelijke regeling met betrekking tot de procedure van bindend advies kan de vraag rijzen hoe de beginselen van behoorlijk procesrecht zich verhouden tot het bindend advies. Anders dan bij arbitrage is het beginsel van hoor en wederhoor (en het daarmee samenhangende gelijkheidsbeginsel) voor bindend advies niet in de wet neergelegd. Wij menen dat een zodanig fundamenteel beginsel als het recht op wederhoor, daaronder dus begrepen het recht om bewijs naar voren te brengen, ook bij bindend advies in acht moet worden genomen.<sup>67</sup> Niet valt in te zien waarom partijen bij bindend advies het recht op een eerlijke, behoorlijke procedure zouden moeten ontberen.<sup>68</sup> Deze opvatting sluit ook aan bij rechtspraak van de Hoge Raad vóór de periode waarin op het gebied van het bewijsrecht de dagvaardings- en de verzoekschrift-procedure gelijkgeschakeld waren. Die jurisprudentie ging ervan uit dat de beginselen van een behoorlijke rechtspleging die voortvloeien uit art. 6 EVRM doorwerken in procedures waar het wettelijk bewijsrecht niet van toepassing is.<sup>69</sup> Ook uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat schending van het beginsel van hoor en wederhoor kan meebrengen dat het bindend advies vernietigd moet worden op grond van art. 7:904 lid 1 BW.<sup>70</sup> Dat brengt mee dat de fundamentele beginselen van procesrecht de grenzen afbakenen waarbinnen de bindend adviseur zich mag begeven.

Met Ernste zijn wij van mening dat juist vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling met betrekking tot de procedure van bindend

---

65 Art. 4 lid 3 Gedragsregels NMI mediators.

66 Zie [www.vfas.nl](http://www.vfas.nl).

67 Wij volgen dus niet de opvatting dat partijen met de keuze voor ADR afstand doen van de waarborgen die art. 6 EVRM hen toekent: Santing-Wubs 2007, p. 68.

68 Zie ook Ernste 2012, p. 147; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 401.

69 Smits 2008, p. 132. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp vóór HR 14 januari 1994, NJ 1994/333, waarin hij het recht op tegenbewijs wél van toepassing achtte in een rekestprocedure.

70 HR 1 juli 1988, NJ 1988/1034, r.o. 3.2; HR 24 maart 2006, NJ 2007/115, r.o. 3.4.4, m.nt. Snijders (*Meurs/Newomij*).

advies, de beginselen van behoorlijk proces een belangrijke rol spelen bij het waarborgen van de kwaliteit van bindend advies en de acceptatie van het bindend advies door partijen.<sup>71</sup> Deze beginselen geven de partijen en de bindend adviseur enig houvast bij bewijsbeslissingen. Het gelijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangende beginsel van hoor en wederhoor brengen mee dat partijen de mogelijkheid moeten hebben bewijs van hun stellingen aan te dragen én dat zij op elkaars bewijsverrichtingen mogen reageren. De vrijheid van de bindend adviseur is door de toepasselijkheid van deze fundamentele beginselen in ieder geval beperkt als het gaat om beslissingen omtrent de (toelaatbaarheid van) bewijsmiddelen en de reactie van de andere partij daarop.

Laten we thans, mét de wetenschap dat de bindend adviseur gehouden is de fundamentele beginselen van procesrecht toe te passen, de vraag proberen te beantwoorden of het bezwaarlijk is dat de bindend adviseur niet gebonden is aan de regels van bewijslastverdeling.

### *13.5.3 Bezwaarlijk voor de bewijslastverdeling?*

Men zou uit het voorgaande kunnen concluderen dat het wel meevalt met de “ongebondenheid” van de bindend adviseur. Deze is, in onze visie, immers wél gebonden aan Nederlands materieel bewijsrecht indien en voor zover hij beslist naar de “regelen des rechts” en partijen niet anders zijn overeengekomen. De bindend adviseur zal bijvoorbeeld bij een geschil over de aansprakelijkheid van de werkgever voor een bedrijfsongeval, de bewijslast omtrent de zorgplicht in afwijking van art. 7:658 BW niet bij de werknemer kunnen leggen. Ook is de bindend adviseur gebonden aan de in het materiële recht aanwezige *dwingendrechtelijke* bepalingen van openbare orde die de bewijskracht bepalen.<sup>72</sup> Bovendien is de bindend adviseur die beslist naar de “regelen des rechts” in onze opinie gebonden aan de regels omtrent bewijslastverdeling die uit de rechtspraak voortvloeien, zoals de omkeringsregel. De beslissingsmaatstaf “regelen des rechts” is immers niet beperkt tot “de wet” (het geschreven recht). Ook de rechtspraak is een kenbron van het recht.

Daarbij valt echter te bedenken (i) dat er (nog) geen consensus bestaat over de vraag of de bindend adviseur daadwerkelijk is gebonden aan bewijsregels die voortvloeien uit het materiële recht en de rechtspraak; (ii) het aantal expliciete regels dat daaruit voortvloeit beperkt is en de adviseur in de overige gevallen een grote vrijheid heeft en (iii) de bindend

---

71 Ernste 2012, p. 74 en p. 147-148.

72 Ernste 2012, p. 256-257.

adviseur daaraan in ieder geval niet gebonden is als hij moet beslissen overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid.

Daarbij komt nog dat de fundamentele beginselen van procesrecht, die zoals we zagen op zichzelf wel van toepassing zijn bij bindend advies, naar het zich laat aanzien niet doorwerken bij de bewijslastverdeling. Voor zover valt na te gaan is er geen Straatsburgse rechtspraak bekend over de vraag welke (methode van) bewijslastverdeling in overeenstemming is met de eisen van een 'fair trial' in art. 6 EVRM.<sup>73</sup> De bindend adviseur lijkt op dat punt een grote vrijheid te hebben, die alleen achteraf in heel evidente gevallen van willekeur kan worden bijgesteld door de vernietiging van het bindend advies.<sup>74</sup>

De vrijheid brengt met zich dat de bindend adviseur de bewijslast naar eigen goeddunken kan verdelen. Hij kan bijvoorbeeld aansluiting zoeken bij de procesrechtelijke of billijkheidstheorie. De bewijslast wordt in die theorie verdeeld op basis van gelijkheid van partijen of op grond van de billijkheid per geval. Toepassing van deze regel leidt ertoe dat de eiser de bewijslast draagt van zijn stellingen en dat de gedaagde, als hij verweer voert, gelijk wordt aan eiser en de bewijslast draagt van de feiten die ten grondslag liggen aan zijn weren. Deze bewijsregel vloeit voort uit het Romeinse recht waar de eiser het bewijs moest leveren van de in zijn 'actio' vervatte stellingen, en de gedaagde bewijs moest leveren van de door hem opgeworpen verweren ('actio incumbit probatio, reus excipiendo fit actor').<sup>75</sup> Was de rechter van oordeel dat de feiten die aan de eis ten grondslag lagen bewezen waren, dan veroordeelde hij verweerder. Indien hij de in de exceptio aangehaalde feiten bewezen achtte of indien de eiser er niet in slaagde de feiten te bewijzen waarop hij zijn vordering baseerde, dan werd de vordering afgewezen. In de procesrechtelijke theorie kan de bindend adviseur het ook aan de toepassing van de billijkheid overlaten hoe de bewijslast in bepaalde soort gevallen moet worden verdeeld. Hij kan er dan rekening mee houden welke partij het gemakkelijkst de benodigde gegevens kan achterhalen. Deze theorie laat ook de mogelijkheid open dat er geen algemene regel voor bepaalde gevallen is te geven en dat per geval moet worden beslist.<sup>76</sup>

---

73 Smits 2008, p. 138.

74 Zie art. 7:904 BW: "Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar." Zie voor een voorbeeld waaruit blijkt dat een bindend advies slechts bij ernstige gevallen kan worden vernietigd: HR 12 september 1997, NJ 1998/328 (*Confood/Zurich*).

75 Fung Fen Chung 2004, p. 93, noot 119.

76 Asser Procesrecht/ Asser 3 2013/278.

In de praktijk blijkt het geregeld voor te komen dat de bindend adviseur in afwijking van art. 150 Rv de bewijslast bij de andere partij legt, omdat deze partij redelijkerwijs wel in staat zal zijn een bepaald feit te bewijzen.<sup>77</sup> Als deze beslissing impliceert dat de bindend adviseur niet alleen de bewijsleveringslast, maar ook het bewijsrisico bij die andere partij heeft gelegd, dan betekent dat een omkering van de bewijslast die in het regime van art. 150 Rv hoogst zelden wordt toegepast. Nu in de regel bewijslast ook bewijsrisico impliceert, kan een dergelijke van art. 150 Rv afwijkende verdeling, structureel nadelig uitpakken voor een van beide partijen.

De bewijslastverdeling op basis van de procesrechtelijke of billijkheidstheorie wijkt wezenlijk af van de verdeling die uit art. 150 Rv voortvloeit. Art. 150 Rv berust op de gematigd objectiefrechtelijke theorie, die ervan uitgaat dat elke procespartij de bewijslast draagt van die (gestelde) feiten waarvan het materiële recht het door haar ingeroepen rechtsgevolg afhankelijk heeft gesteld. Eiser draagt de stelplicht en de bewijslast van die feiten waarvan het vaststaan voor de toepasselijke regel van materieel recht noodzakelijk is voor toewijzing van de vordering. Gedaagde draagt de stelplicht en bewijslast van al die feiten met rechtsgevolgen die de toewijzing van de vordering van eiser blokkeren (zelfstandig of bevrijdend verweer).<sup>78</sup> Op grond van art. 150 Rv rust op de gedaagde alleen de bewijslast (en het bewijsrisico) ten aanzien van een zelfstandig of bevrijdend verweer en niet ten aanzien van een gemotiveerde betwisting van de door eiser gestelde feiten.<sup>79</sup>

De conclusie is dat de ongebondenheid van de bindend adviseur aan het wettelijk bewijsrecht voor de bewijslastverdeling bezwaarlijk is, terwijl die ongebondenheid bovendien niet door de doorwerking van de fundamentele beginselen van procesrecht wordt gecorrigeerd.

#### *13.5.4 Bezwaarlijk voor de bewijslevering en bewijswaardering?*

Wij gaan binnen het bestek van deze bijdrage niet uitvoerig in op de vraag of de ongebondenheid van de bindend adviseur ook een gemis is bij de andere aspecten van het bewijsrecht: de bewijslevering en de bewijswaardering. Wij zijn van mening dat ten aanzien van deze twee aspecten, anders dan ten aanzien van de bewijslastverdeling, de ongebondenheid van de bindend adviseur niet op substantiële bezwaren stuit. Wat de

---

<sup>77</sup> Ernste 2012, p. 227.

<sup>78</sup> Beenders 2012, (T&C Rv), art. 150 Rv, aant. 2.

<sup>79</sup> O.a. HR 2 mei 2003, NJ 2003/468.

bewijsmiddelen betreft (vrije bewijsleer, tijdstip overleggen stukken en reactie daarop) zullen zuiver willekeurige beslissingen (de ene partij mag een bewijsstuk wel inbrengen en de andere partij een soortgelijk bewijsstuk niet), waardoor een partij onvoldoende gelegenheid heeft gekregen haar standpunt naar voren te brengen en te onderbouwen, worden gecorrigeerd door de mogelijkheid van vernietiging van het bindend advies wegens schending van de beginselen van behoorlijk procesrecht (art. 7:904 BW).<sup>80</sup> Ook het ontbreken van de bevoegdheid van de bindend adviseur getuigen onder ede te horen en de ongebondenheid van de bindend adviseur aan art. 166 lid 1 Rv, op grond waarvan de overheidsrechter verplicht is een adequaat aanbod tot getuigenbewijs te honoreren, leveren geen onoverkomelijke bezwaren op. In procedures bij de overheidsrechter wordt dit artikel veelal als een doorn in het oog beschouwd. Het zou leiden tot vertraging van de procedure door het 'rondje' van enquête, contra-enquête en eventuele conclusies na enquête, terwijl getuigenbewijs weinig oplevert in het kader van de waarheidsvinding. Om die reden bepleitte het driemanschap Asser, Groen en Vranken in het kader van de fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht al in 2003 tot het verruimen van de mogelijkheid van de rechter om een getuigenaanbod te weigeren en het laten vallen van het onderscheid tussen de verplichting ex art. 166 Rv een deugdelijk bewijsaanbod te honoreren, en de discretionaire bevoegdheden ten aanzien van andere bewijsverrichtingen.<sup>81</sup>

Het ontbreken van de bevoegdheid getuigen onder ede te horen is wel een gemis ten opzichte van de procedure bij de overheidsrechter, maar dit is vooral van praktische aard. Bovendien is het de vraag of, als de bindend adviseur deze bevoegdheid wel zou hebben, er veel gebruik van zou worden gemaakt. Uit de praktijk blijkt dat arbiters, die getuigen wél onder ede kunnen horen, het laten afleggen van de eed of belofte vaak achterwege laten.<sup>82</sup> Ook is het de vraag of het onder ede horen van getuigen een meerwaarde heeft als het gaat om het waarheidsgehalte van de verklaring. In de literatuur is gesuggereerd dat een informeel gesprek vaak meer werkelijkheidswaarde heeft dan een verhoor van een getuige onder ede.<sup>83</sup>

Het gelijkheidsbeginsel en het recht op hoor en wederhoor komt door het ontbreken van deze bevoegdheid niet in het gedrang. Partijen

---

80 Vgl. Smits 2008, p. 132.

81 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 91.

82 Ernste 2012, p. 237.

83 Fung Fen Chung 2004, p. 197.



kunnen immers ook bij bindend advies, net als bij de overheidsrechter, de getuigen vragen stellen en reageren op de door de getuigen afgelegde verklaringen.

## **17.6 Verplichte toepassing van art. 150 Rv bij bindend advies?**

### *13.6.1 Argumenten voor een 'positivering' van de bewijslastverdeling bij bindend advies*

Er is een aantal overtuigende argumenten te noemen voor een systeem waarin de bindend adviseur gebonden is aan de regels van bewijslastverdeling, en dan in het bijzonder aan de hoofdregel van art. 150 Rv.<sup>84</sup>

Een van de belangrijkste argumenten is de rechtszekerheid. Art. 150 Rv brengt mee dat de posities van de procespartijen redelijk scherp afgebakend zijn. Partijen kunnen zich op voorhand inzicht verschaffen in de procesrisico's die zij lopen als zij hun geschil door middel van bindend advies laten beslechten. Evenals het voor procedures bij de overheidsrechter wenselijk (en misschien zelfs noodzakelijk) is dat partijen van tevoren hun proceskansen kunnen beoordelen aan de hand van een vaststaande verdeling van de bewijslast, is dat voor alternatieve geschillenbeslechting ook van belang.<sup>85</sup> Daar komt bij dat het de fair balance tussen partijen vergroot indien van tevoren vaststaat dat de bindend adviseur de bewijslast conform art. 150 Rv zal toepassen.<sup>86</sup> Beide partijen weten dan op voorhand waar zij aan toe zijn. Bijkomend effect van ~~van~~ tevoren vaststaande regels over bewijslastverdeling is dat zij, in de woorden van Asser, hun schaduw vooruit werpen en door de anticipatie van partijen op de afloop van een eventueel proces, een preventieve werking kunnen hebben.<sup>87</sup>

Een tweede belangrijk argument is meer principieel van aard. We zagen hiervoor dat de bewijslastverdeling bepalend kan zijn voor de uitkomst van een geschil. Bewijslast impliceert bewijsrisico. Degene op wie de bewijslast rust, zal het onderspit delven als hij het bewijs niet rond krijgt. In de woorden van Asser "(...) gaat het niet aan om op een zo cruciaal onderdeel van het proces alles aan het vrije oordeel van de rechter

---

84 Zie voor een vergelijkbaar pleidooi voor verplichte toepasselijkheid van de regels van bewijslastverdeling bij het kort geding: Giesen *NJB* 1998, p. 1632-1633.

85 Zo ook Van Tiggele-van der Velde *AV&S* 2008, p. 296-303.

86 Vgl. Smits, 2008, p. 139.

87 Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013/285.

over te laten.”<sup>88</sup> Datzelfde geldt in onze visie ook voor de bindend adviseur. In het verlengde van dit principiële argument geldt immers dat ook de bindend adviseur zich zo nu en dan geconfronteerd zal zien met de vraag hoe hij moet beslissen bij onduidelijkheid van de feiten (non liquet). Hij kan immers in een dergelijk geval partijen niet naar huis sturen zonder een knoop te hebben doorgesneden. Dat de bindend adviseur, net als de rechter, actief kan zijn bij de procesvoering en bij het opsporen van de feiten die de grondslag voor zijn beslissing vormen, doet niet af aan het gegeven dat hij zal moeten beoordelen wie het risico loopt bij het onbewezen blijven van de feiten en welke gevolgen daaraan verbonden zijn voor zijn beslissing. Om daarover te beslissen heeft ook de bindend adviseur regels nodig.

Een derde argument heeft te maken met het karakter van bindend advies. Het uitgangspunt van bindend advies is dat partijen in beginsel aan dat advies gebonden zijn. Hoger beroep tegen het bindend advies is niet mogelijk, tenzij partijen de mogelijkheid van hoger beroep zijn overeengekomen. Wel bestaat de mogelijkheid het bindend advies door de overheidsrechter te laten vernietigen. De vernietigingsgronden zijn echter beperkt (art. 7:904 lid 1 BW). Het bindend advies kan worden vernietigd indien gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit kan het geval zijn wanneer de bindend adviseur buiten zijn opdracht is getreden of wanneer bij de totstandkoming ervan de beginselen van behoorlijk procesrecht, bijvoorbeeld het beginsel van onafhankelijkheid of hoor en wederhoor, niet in acht zijn genomen. Vernietiging vanwege formele gebreken is echter alleen mogelijk indien een bindend advies door die gebreken nadelig is uitgevallen voor de belanghebbende.<sup>89</sup> Dit nadeelsvereiste kan tot gevolg hebben dat schending van beginselen van behoorlijk procesrecht alleen gevolg heeft als de belanghebbende bij de overheidsrechter aannemelijk kan maken dat de bindend adviseur anders zou hebben beslist als de beginselen van behoorlijk procesrecht wel in acht zouden zijn genomen. Naast de beperkte vernietigingsgronden (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) en het nadeelsvereiste geldt bovendien dat een bindend advies alleen bij ernstige gebreken kan worden vernietigd.<sup>90</sup> Partijen hebben er dan ook belang bij dat het bindend advies, ook (en: juist) op het gebied van de beslissing

---

88 Asser Procesrecht/ Asser 3 2013/275.

89 HR 20 mei 2005, NJ 2005/114, r.o. 3.3 (*Amsterdam/Honnebier*).

90 HR 12 september 1997, NJ 1998/382 m.nt. Mendel (*Confood/Zurich*).

over het bewijsrisico goed in elkaar zit. Gebondenheid van de bindend adviseur aan de regels van bewijslastverdeling bevordert de kwaliteit van het bindend advies.

Gebondenheid aan de regels van bewijslastverdeling bevordert bovendien, en dat brengt ons bij het vierde argument, de voorspelbaarheid en controleerbaarheid van het bindend advies. Door de positivering van het bewijsrecht in bindend advies, althans door de bewijslastverdeling bij bindend advies aan regels te binden, wordt de verdeling meer geobjectiveerd en daarmee onttrokken aan de willekeur van de bindend adviseur. En dat kan weer bijdragen aan de aanvaardbaarheid van het bindend advies door partijen, omdat zij de procedure als rechtvaardig beschouwen. Over de invloed van aspecten van procedurele rechtvaardigheid (ook wel 'procedural justice') voor de legitimatie van rechtspraak, is de wetenschap het nog niet eens.<sup>91</sup> Wel kan worden vastgesteld dat de mate waarin de procesvoering naar bepaalde (fundamentele) regels heeft plaatsgevonden van invloed is op de mate waarin partijen de uitkomst van een procedure aanvaarden.<sup>92</sup> Dat partijen de uitkomst van het bindend advies aanvaarden en beschouwen als rechtvaardig, draagt ten slotte bij aan het vertrouwen in bindend advies als alternatieve wijze van geschillenbeslechting.<sup>93</sup>

Naast de genoemde argumenten, die vooral zien op de voordelen voor partijen als er van tevoren duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de bindend adviseur met de bewijslast omgaat, kan gebondenheid aan art. 150 Rv ten slotte ook voor de bindend adviseur een plezierig houvast bieden, vooral als de bindend adviseur een leek is op juridisch gebied.

De voorgaande argumenten gelden zowel voor ad hoc bindend advies als voor institutioneel bindend advies. Ernste wijst er op dat de procedure bij institutioneel bindend advies (zoals die bij het Kifid) in de weg kan staan aan verplichte toepassing van de bewijslastverdeling van art. 150 Rv. In dat verband noemt zij dat deze procedure voor de verzoekende partij veelal via gestandaardiseerde formulieren verloopt, waarbij weinig ruimte is voor een daadwerkelijke invulling van stelplicht en bewijslast overeenkomstig art. 150 Rv. Het feit dat de procedure op een bepaalde manier is vormgegeven, behoeft onzes inziens echter niet in de weg te staan aan de positivering van de bewijslastverdeling. Uiteraard zal

---

91 Van Velthoven *RMThemis* 2012, p. 182.

92 Akkermans & Van Wees *TvP* 2007, p. 103-118; Klaming & Bethlehem *TvP* 2007, p. 119.

93 Vgl. Ernste 2012, p. 210.

de wijze waarop de procedure bij institutioneel bindend advies is vormgegeven, partijen wel voldoende in staat moet stellen te voldoen aan hun verplichtingen die voortvloeien uit art. 150 Rv.

13.6.2 *Karakter bindend advies verzet zich niet tegen gebondenheid aan de regels van bewijslastverdeling*

De aard van de bindend-adviesprocedure staat onzes inziens niet op gespannen voet met de gebondenheid aan de regels van bewijslastverdeling. Het snelle, eenvoudige en informele karakter van bindend advies blijft behouden en zelfs word(t)(en) de snelheid (en eenvoud) waarschijnlijk alleen maar bevorderd doordat partijen vooraf reeds kunnen weten wat er op het gebied van bewijs van de feiten van ieder van hen wordt verwacht. Dat kan partijen stimuleren al aan het begin van het traject met de relevante informatie te komen. Het kan bovendien de waarheidsvinding bevorderen als partijen zich vooraf realiseren dat de bindend adviseur volgens bepaalde bewijsregels zijn beslissing neemt.<sup>94</sup>

Ook het feit dat de bewijsmaatstaf bij bindend advies een andere is dan in een procedure bij de overheidsrechter, staat niet in de weg aan de verplichte toepassing van art. 150 Rv. Evenals bij het kort geding geldt bij bindend advies de lichtere bewijsmaatstaf dat een feit als vaststaand wordt aangenomen als dit feit de bindend adviseur aannemelijk voorkomt.<sup>95</sup> Ook bij bindend advies zal degene die iets te vorderen heeft van de ander in enige mate zijn stelling aannemelijk moeten maken. Het enkele stellen van een feit is daarvoor onvoldoende. Enige mate van bewijslevering is ook bij bindend advies nodig en ook daar hebben partijen belang bij duidelijke regels over de vraag op wie de bewijslast rust.

Ten slotte wordt de vrijheid van de bindend adviseur door de verplichte toepasselijkheid van art. 150 Rv niet wezenlijk beknot. Hij blijft zijn discretionaire bevoegdheid houden bij de andere aspecten van het bewijsrecht: de bewijslevering en de bewijswaardering. Hij neemt zijn beslissing nog altijd op basis van zijn eigen waardering van het door partijen aangeleverde feitenmateriaal, en hij is ook nog steeds vrij bij de beoordeling of de feiten die hij nodig heeft om tot het al of niet toewijzen van het verzochte te komen voldoende zijn gesteld en voldoende zijn komen vast te staan. Alleen als zijn conclusie is dat dit niet het geval is dan

---

94 In zoverre gaan wij niet mee met Ernste, die als potentieel risico van art. 150 Rv noemt dat de beslissing niet op waarheid berust: Ernste 2012, p. 227.

95 Ernste 2012, p. 217.

zal hij de regels van bewijslastverdeling moeten toepassen.<sup>96</sup> In zoverre kan de bindend adviseur zich door de verplichte toepasselijkheid van art. 150 Rv beknot voelen ten opzichte van de situatie zonder die verplichting, waarin hij vrij is de bewijslast naar eigen goeddunken te verdelen.

### **17.7 Conclusie**

Bindend advies kan voor verzekeraars een aantrekkelijk alternatief zijn voor een procedure bij de overheidsrechter. Zowel voor verzekeringsrechtelijke geschillen tussen verzekeraar en verzekeringnemer, als voor geschillen over aansprakelijkheid tussen derden-slachtoffers en de verzekeraar van de schadeveroorzaker, als voor zaken tussen verzekeraars onderling in het kader van regres bestaat de behoefte aan een snelle en eenvoudige rechtsgang als bindend advies. Partijen doen er wel goed aan zich bij hun keuze voor bindend advies te realiseren wat vanuit bewijsrechtelijke optiek de gevolgen zijn van de keuze voor bindend advies. De bindend adviseur is immers niet gebonden aan de bepalingen van bewijsrecht als bedoeld in art. 149-207 Rv, waaronder art. 150 Rv over de bewijslastverdeling, tenzij in een reglement anders is bepaald of als partijen voorafgaand aan het bindend advies anders zijn overeengekomen.

Het reglement van de geschillencommissie in de verzekeringsbranche, de geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) (institutioneel bindend advies) bevat geen bepaling over de bewijslastverdeling. Uit de praktijk blijkt dat partijen ook bij ad hoc bindend advies vaak geen afspraken maken over de bewijslastverdeling, met als gevolg dat de bindend adviseur geheel vrij is de bewijslast naar eigen goeddunken te verdelen. Uit de praktijk blijkt bovendien dat bindend adviseurs geregeld "maar wat doen", in die zin dat zij wezenlijk afwijken van de regel van art. 150 Rv en de bewijslast leggen bij de partij die het best in staat wordt geacht het bewijs te leveren. Vaak zal dit de "grotere" partij zijn. In verzekeringsrechtelijke geschillen en in aansprakelijkheidszaken tussen verzekeraar en benadeelde, zal dit doorgaans de verzekeraar zijn. De bewijslastverdeling is een cruciaal onderdeel van zowel een procedure bij de overheidsrechter, als bij bindend advies. Omdat het hebben van de bewijslast veelal impliceert dat het bewijsrisico op die partij rust, is de bewijslastverdeling bepalend voor de uitkomst van een geschil. Juist bij

---

<sup>96</sup> Vgl. voor het kort geding: Giesen *NJB* 1998, p. 1635.

verzekerings- en aansprakelijkheidsgeschillen kan dit ertoe leiden dat eenzelfde geschil bij beslechting door middel van bindend advies tot een andere uitkomst leidt dan bij beslechting door de overheidsrechter, die wel gebonden is aan art. 150 Rv.

Het is wonderlijk dat over zo'n belangrijk aspect als de bewijslastverdeling de reglementen bij geschillencommissies zwijgen en dat ook partijen bij ad hoc bindend advies geen afspraken maken over de bewijslastverdeling die de bindend adviseur moet toepassen. Partijen zijn door het ontbreken van een vantevoren vastgestelde verdeling van de bewijslast ook niet goed in staat hun procesrisico aan de hand van die verdeling in te schatten. Duidelijkheid over de bewijslastverdeling is des te belangrijker nu er, behoudens andersluidende afspraak, geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen een bindend advies. Een bindend advies kan alleen bij ernstige gebreken en op basis van beperkte gronden worden vernietigd.

Bij gebreke van een wettelijke regeling waaruit de verplichte toepasselijkheid van art. 150 Rv volgt, verdient het aanbeveling de reglementen van de geschillencommissies, in ieder geval van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) op dit punt aan te scherpen en een bepaling op te nemen die verwijst naar de bewijslastverdeling van art. 150 Rv.<sup>97</sup> Bij ad hoc bindend advies doen partijen er goed aan zich te realiseren dat zij op het cruciale punt van de bewijslastverdeling bij gebreke van enige afspraak overgeleverd zijn aan de vrijheid van de bindend adviseur en dat zij desgewenst zelf, hetzij bij de bindend-adviesovereenkomst, hetzij bij de overeenkomst van opdracht, dan wel bij een separate bewijsovereenkomst afspraken kunnen maken over de wijze waarop de bindend adviseur moet omgaan met de bewijslastverdeling. Zo kunnen partijen afspreken dat de bindend adviseur gebonden is aan art. 150 Rv. Toepasselijkheid van art. 150 Rv (i) bevordert de kwaliteit van het bindend advies, (ii) bevordert de rechtszekerheid en de 'fair balance' tussen partijen doordat zij van tevoren hun procesrisico's kunnen inschatten en daarop kunnen anticiperen, (iii) beperkt willekeur

---

97 Een aanscherping op dit punt is al eerder bepleit: Van Tiggele-van der Velde *AV&S* 2008, p. 296-303.

en draagt daardoor bij aan het vertrouwen in bindend advies als alternatieve wijze van geschillenbeslechting.

## Literatuur

### **Akkermans 1997**

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

### **Akkermans & Van Wees TvP 2007**

A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TvP* 2007/4, p. 103-118

### **Akkermans & Van Dijk AV&S 2012**

A.J. Akkermans en Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17, p. 157-177

### **Asser, Groen & Vranken 2003**

W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

### **Asser TvA 2013**

W.D.H. Asser, 'Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging', *TvA* 2013/40, p. 161-168

### **Blaauw 2002**

J.H. Blaauw, *Het kort geding. A. Algemeen deel* (Serie Recht en Praktijk, deel 10a), Deventer: Kluwer 2002

### **Ernste 2012**

P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht, deel 74) Deventer: Kluwer 2012

**Fung Fen Chung 2004**

C.S.K. Fung Fen Chung, *Bewijsmiddelen in het arbitraal geding* (diss. Rotterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004

**Giesen 1998 NJB 1998**

I. Giesen, 'Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling', *NJB* 1998, p. 1619-1635

**Giesen 2001**

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001

**Hugenholtz & Heemskerk 2006**

W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2006

**Klaassen, JBPr 2012**

C.J.M. Klaassen 'Bewijs van causaal verband in aansprakelijkheidszaken', *JBPr* 2012, p. 556-571

**Klaming & Bethlehem TvP 2007**

L. Klaming en B. Bethlehem, 'Procedurele rechtvaardigheid. Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?', *TvP* 2007/4, p. 119-124

**Van Rossem 2001**

A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst* (Monografieën Nieuw BW, deel 80), Deventer: Kluwer 2001

**Sanders 1940**

P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940

**Sanders 1996**

P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996



**Santing-Wubs 2007**

A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2007

**Scheltema 1934-1940**

F.G. Scheltema (voltooid door H.J. Scheltema), *Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934-1940

**Snijders, Klaassen & Meijer 2011**

Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011

**Smits 2008**

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008

**Sterk 1998**

T.A.W. Sterk, 'Algemene beginselen en alternatieve geschillenbeslechting', in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren*, Deventer: Kluwer 1998, p. 23-26

**Van Tiggele-van der Velde 2008**

N. van Tiggele-van der Velde, *Bewijsrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam, Serie Verzekeringsrecht), Deventer: Kluwer 2008

**Van Tiggele-van der Velde AV&S 2008**

N. van Tiggele-van der Velde, 'Aspecten van bewijs bij verzekeringsrechtelijke geschillenbeslechting. Een bespreking van de middelen tot het verkrijgen van een redelijke mate van zekerheid bij verzekeringsrechtelijke geschillenbeslechting en de op basis daarvan te nemen beslissing', *AV&S* 2008/6, p. 296-303

**Tjittes NJB 1988**

R.P.J.L. Tjittes, 'Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij', *NJB* 1988, p. 1128-1130

**Van Velthoven *RMThemis* 2012**

B.C.J. van Velthoven, 'Empirische kennis over de effecten van procedurele rechtvaardigheid geeft vooralsnog weinig houvast voor justitiële beleidsvorming', *RMThemis* 2012/4, p. 182-184

**Wesseling-van Gendt 1987**

E.M. Wesseling-van Gendt, *Het civiele geding in de toekomst* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987

**Van der Wiel *WPNR* 2002**

B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 6480 (2002), p. 221-229