



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aansprakelijkheid van arbiters (QNOW/B), repressie en preventie

Snijders, H.J.

Citation

Snijders, H. J. (2017). Aansprakelijkheid van arbiters (QNOW/B), repressie en preventie. *Tijdschrift Voor Arbitrage*, 2017(1), 1-6. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/48845>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/48845>

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

Aansprakelijkheid van arbiters (QNOW/B), repressie en preventie

TvA 2017/1



This contribution focuses on the doctrine of arbitrator liability under Dutch law by exploring and evaluating the two most important Dutch Supreme Court decisions to date in relation to this matter. The author discusses in light of these two decisions the conditions under which an arbitrator can be held liable and which practical possibilities exist for arbitrators to prevent as well as to limit their liability.

1. Inleiding

Een van de eerste aanbevelingen die een voorzitter van de NAI-basis cursus doet aan zijn cursisten/(kandidaat) arbiters vormt welhaast een opdracht: zorg dat uw arbitraal vonnis niet vernietigbaar is en dat het evenmin afstuit op de weigering van een exequatur. Een *understatement*? Kennelijk niet. Die 'opdracht' kan soms hoofdbreken geven. Zo kan redelijkerwijs verschil van mening bestaan over de vraag of partijen een geldige overeenkomst tot arbitrage hebben gesloten: achten arbiters dat op verdedigbare gronden wel het geval en wijzen zij op die basis vonnis, dan zal de overheidsrechter dat vonnis kunnen vernietigen indien hij uiteindelijk toch van oordeel is dat er geen geldige overeenkomst tot arbitrage aan ten grondslag ligt, zo blijkt uit art. 1065 lid 1 onder a Rv. Die 'opdracht' kan ook heel eenvoudig zijn, althans lijken te zijn. Zo bepaalt art. 1057 lid 2 Rv dat een arbitraal vonnis door alle arbiters ondertekend dient te worden; indien een minderheid weigert te tekenen of – kort gezegd – verhinderd is dit te doen, dienen de andere arbiters daarvan melding te maken in het door hen ondertekende vonnis (art. 1057 lid 3 Rv; art. 1057 lid 3 Rv (oud) stelde nog een nadere eis maar die kan hier terzijde blijven). Verzuimen een of meer arbiters het arbitraal vonnis te tekenen of verzuimen een of meer arbiters te tekenen met inachtneming van die melding van weigering of ontstentenis van de andere arbiter(s), dan is het arbitraal vonnis vernietigbaar op grond van art. 1065

lid 1 onder d Rv. Helaas gebeurt het nog steeds dat arbiters op dit punt de fout ingaan. Alleen al in zaken die de Hoge Raad hebben gehaald onder het regime van de Arbitragewet 1986,² was er minstens twee keer sprake van. In beide zaken diende het litigieuze arbitrale vonnis op die grond te worden vernietigd. Het gaat hier om de arresten *Bursa/Güris*³ en *QNOW/B*.⁴ In *Bursa/Güris* betrof het een *ICC Award*. Men zou denken dat een dergelijke ommissie bij de *scrutiny* overeenkomstig de *ICC Arbitration Rules* (waarover later meer) wel op voorhand zou zijn voorkomen, maar kennelijk lukte dat toen niet. In *Bursa/Güris* waren het immers twee arbiters die ondertekenden en daarbij geen melding maakten van de weigering van de derde arbiter om te ondertekenen (art. 1057 lid 3 Rv). In *QNOW/B* ging het zo te zien om een ad-hoc arbitrage, waarin de voorzitter van een driehoofdig scheidsrecht (B) het vonnis tekende zonder enige vermelding als bedoeld in art. 1057 lid 3 Rv. In beide gevallen ging het overigens om toepassing van de art. 1057 en 1065 Rv (oud), maar die bepalingen verschillen, voor zover thans relevant, niet van de huidige artikelen 1057 en 1065 Rv. Ik meld voorts nog dat een ondertekeningsgebrek als dat van art. 1057 lid 2-3 Rv niet vatbaar is voor rectificatie, zoals blijkt uit art. 1060 lid 2 Rv *a contrario*, en dat er op dit punt ook geen verschil bestaat tussen het oude en het nieuwe recht. Het gaat hier nog steeds om een van de essentialia van een arbitraal vonnis, waarmee de collegialiteit van de oordeelsvorming gewaarborgd wordt.⁵ Art. 1060 lid 2 Voorontwerp Arbitragerecht 2005, dat gedeeltelijk voorzag in de mogelijkheid van rectificatie namelijk voor zover het gaat om een gebrek met betrekking tot de mededeling als bedoeld in art. 1057 lid 3 Rv, is dan ook niet overgenomen door de wetgever. Een stuk dat door geen enkele arbiter is ondertekend, geldt overigens niet als een arbitraal vonnis. Dat kan als non-existent aangemerkt worden en blijft hier verder terzijde.⁶

Meer nu over *QNOW/B*, tevens in het licht van het arrest *Greenworld/A* waar het op voortbouwt; daarna enkele suggesties voor preventie en schadebeperking, want (zo veel mogelijk) voorkomen is ook hier natuurlijk beter dan genezen.

1 Hoogleraar Burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht Universiteit Leiden en hoofdredacteur van dit blad (www.hjsnijders.com). Dank zegt de auteur aan zijn collegae mrs. P.L.F. Ribbers en P. De Tavernier en zijn student-assistent Alejandro Gonzalez, voor hun documentatie en overige steun. Een voor Belgische juristen bewerkte versie van deze bijdrage verschijnt vermoedelijk dit jaar in een op de kopijdatum voor TvA nog geheime bundel.

2 Zie voor het tot 1 december 1986 geldende arbitragerecht ook HR 21 januari 1966, NJ 1966/214 (*Scheeuwe/vof James Smith en Zoonen*), waarbij het ging om de casus van weigering of ontstentenis van een arbiter om te tekenen als bedoeld in art. 638 Rv (oud); deze casus is sindsdien geregeld in art. 1057 lid 3 Rv, dat overigens ter gelegenheid van de Arbitragewet 2015 wel enigszins gewijzigd is op het specifieke punt waar de zaak om draaide.

3 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, NJ 2009/6, TvA 2009/33, JBPr 2009/2, m.nt. H.W. Wiersma (*Bursa/Güris*).

4 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, RvdW 2016/1005, JOR 2016/324, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en P.E. Ernste (*QNOW/B*).

5 Zie nader A-G Bakels in zijn conclusie voor en de NJ-annotator in zijn noot op HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4947, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders, TCR 2000, p. 90, m.nt. G.J. Meijer (*Benetton/Eco Swiss*); TPR 2005, p. 1352 e.v. (K. Teuben). Zie voorts GS BRv (H.J. Snijders), art. 1057, aant. 33.

6 Nader hierover GS BRv t.a.p. met verdere bronvermelding.

2. Van Greenworld/A naar QNOW/B; de contractueel-adjudicatieve leer

QNOW/B bouwt voort op het arrest Greenworld/A (hierna: Greenworld).⁷ In Greenworld ging het om een onterechte bevoegdverklaring van arbiters ten aanzien van een van de gedaagde partijen (Greenworld) in de arbitrageprocedure. De Hoge Raad oordeelde toen (r.o. 3.5) dat gezien de verwantschap van de in boek IV Rv geregelde arbitrage met de overheidsrechtspraak voor beide vormen van rechtspraak moet worden aangenomen, dat slechts in uitzonderlijke gevallen “een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheid)srechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen”. Vernietiging van een (scheid)srechterlijke uitspraak duidt er bepaald niet zonder meer op dat de vernietigde uitspraak onjuist en daarom in beginsel onrechtmatig is en bovendien moet de (scheid)srechter in vrijheid en onbevangenheid kunnen oordelen, aldus de Hoge Raad (nog steeds in r.o. 3.5). De Hoge Raad stelt vervolgens in Greenworld vast (r.o. 3.6) dat wat de overheidsrechtspraak betreft, art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (hierna: *Wrra 1997*) de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter uitsluit behoudens regres door de Staat op die rechter in geval van opzet of bewuste roekeloosheid zijnerzijds en dat een soortgelijke wettelijke regeling voor de arbitrage ontbreekt. Hij concludeert dan (nog steeds in r.o. 3.6):

“Het hiervoor in 3.5 overwogene rechtvaardigt, mede in het licht van de voor regres op rechterlijke ambtenaren geldende norm, de slotsom dat arbiters slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.”

De analogie die de Hoge Raad ter plaatse construeert met de regeling voor de persoonlijke aansprakelijkheid van overheidsrechters gaat echter niet geheel op. Vooreerst geeft de Hoge Raad er geen blijk van te verdisconteren dat ex art. 42 lid 1 *Wrra 1997* uitsluitend de Staat jegens derden aansprakelijk is voor fouten bij de rechterlijke taakvervulling en dat rechters voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak ex art. 42 lid 3 *Wrra 1997* nimmer persoonlijk aansprakelijk zijn jegens die derden.⁸ Persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter bestaat ex art. 42 lid 2 *Wrra 1997* slechts in de verhouding van de Staat als aansprakelijke persoon en de rechter als zijn werknemer (vgl. ook het verwante art. 6:170 BW inzake werkgeversaansprakelijkheid en regres op de werknemer in geval van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ zijnerzijds). Daarnaast is de driehoeksverhouding Staat – rechter – justitiabele een andere dan die van arbitrage-instituut⁹ (indien al aan de orde) – arbiter

– justitiabele. Arbiters ontlenen hun opdracht in de regel (uiteindelijk) aan partijen, niet (als het al gaat om institutionele arbitrage) aan een arbitrage-instituut dat anders op zichzelf aansprakelijk zou kunnen zijn voor fouten van door hen benoemde of voorgedragen arbiters op grond van art. 6:76 BW, dat in aansprakelijkheid voor ‘hulppersonen’ voorziet.¹⁰ Er ontbreekt dus een instantie zoals de Staat die (primaire) – kort gezegd – alle klappen kan opvangen; vgl. art. 42 lid 1 *Wrra 1997*. Anders dan bij falen van overheidsrechters, rijst bij arbiters dus de vraag of hun persoonlijke falen voor risico van henzelf moet komen of voor risico van de benadeelde partij. ‘Tertium non datur’. Dat geldt althans in het algemeen (men zou zich in geval van institutionele arbitrage onder bijzondere omstandigheden wel aansprakelijkheid van het instituut kunnen voorstellen, bijvoorbeeld in het geval het instituut willens en wetens notoire brokkenmakers als arbiter benoemt,¹¹ die er vervolgens in een bepaalde arbitrage inderdaad een potje van maken, maar dat kan hier terzijde blijven; menig arbitrage-instituut hanteert overigens ook een exoneratieclausule voor eigen aansprakelijkheid zoals het NAI in art. 61 NAI-arbitrage-reglement 2015). Dat ‘tertium non datur’ lijkt er op het eerste oog voor te pleiten om eerder aansprakelijkheid van arbiters aan te nemen dan voor overheidsrechters in persoon, omdat benadeelden anders hun schade niet kunnen verhalen. Dat ‘tertium non datur’ wijst echter ook in omgekeerde richting. Juist omdat een benadeelde partij in geval van aansprakelijkheid van arbiters in het algemeen geen andere keuze heeft dan hen persoonlijk aansprakelijk te stellen, omdat er niet een solide partij zoals een Staat is die de klappen kan opvangen, dienen zij daartegen beschermd te worden.

Blijft echter de vraag waarom arbiters überhaupt beschermd dienen te worden tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of uit – en op dit punt verschilt de positie van de arbiter ook ten opzichte van die van de overheidsrechter – een toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van hun verbintenis uit hoofde van hun overeenkomst van opdracht.¹² De zojuist samengevatte argumenten in r.o. 3.5 van de Hoge Raad in Greenworld, die zijn aangevoerd om slechts in uitzonderingsgevallen aansprakelijkheid voor onjuiste (arbitrale) rechtspraak aan te nemen, zien niet alleen op het opwerpen van een grens aan de omvang van de aansprakelijkheid maar duiden er ook op dat het probleem bij de wortel moet worden aangepakt door aansprakelijkheid in het geheel uit te sluiten. Het eerste argument van de Hoge Raad – vernietiging van een (scheid)srechterlijke uitspraak duidt er bepaald niet zonder meer op dat de vernietigende uitspraak onjuist en daarom in beginsel onrechtmatig is – ondergraaft de grondslag voor aansprakelijkheid. Het twee-

7 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken, *JBPr* 2010/6, m.nt. R.J.P.L. Tjittes, *JOR* 2010/175, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *MvV* 2010, p. 11, m.nt. R. Meijer (*Greenworld/A c.s.*).

8 Zie ook Vranken in zijn noot bij Greenworld sub 8-11 en R. Meijer n.a.v. dit arrest, *MvV* 2010, p. 11 e.v.

9 De Hoge Raad komt in Greenworld overigens niet aan de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van een arbitrage-instituut toe.

10 Vgl. ook de conclusie van A-G Huydecoper voor Greenworld sub 30, M.W. Scheltema, *TvA* 2011/15 en B. Van Zelst, *Contracteren* 2014, p. 96 e.v., de laatsten ook voor de in het algemeen door hen positief beantwoorde vraag of arbiters wel een overeenkomst van opdracht hebben met alle partijen bij de arbitrageprocedure.

11 Zie ook bijv. E. Dekker en W. van Boom, *NJB* 2013/1543 sub 2 en – veel verdergaand – Barbara Alicja Warwas, *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016.

12 Vgl. de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor QNOW/B sub 2.12 met verwijzing naar schrijver dezes.

de argument van de Hoge Raad – de (scheidings)rechter behoort in vrijheid en onbevangenheid te kunnen oordelen – pakt de aansprakelijkheid ook aan daar waar wel een grondslag daarvoor bestaat. Dat laatste argument speelt bij arbiters nog een belangrijker rol dan bij overheidsrechters. Bij overheidsrechters vangt de Staat immers de klappen op (art. 42 lid 1 Wvra 1997). Die uitsluiting van aansprakelijkheid sluit echter als gezegd regres onder bijzondere omstandigheden niet uit (art. 42 lid 2 Wvra 1997); bovendien zou onrechtmatige rechtspraak wellicht (impliciet) rechtspositionele gevolgen kunnen hebben voor overheidsrechters in persoon. In het licht van de in Greenworld (r.o. 3.5) vermelde argumenten voor beperkte aansprakelijkheid van arbiters die de Hoge Raad in dat arrest (r.o. 3.6) leiden tot het criterium van ‘opzettelijk of bewust roekeloos’ handelen dan wel ‘met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’, komt A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor QNOW/B (2.13-21) tot de bevinding dat dit criterium slechts geïndiceerd is als het gaat om ‘rechtsprekende handelingen in enge zin, die een inhoudelijke beoordeling behelzen’. Andere handelingen vallen in haar visie onder het gewone aansprakelijkheidsregime. Dat geldt in haar ogen dus voor: a) niet-rechtsprekende handelingen in enge zin, zoals het zoekmaken van stukken of een verkeersongeval op weg naar een descente. Het geldt in haar ogen dus ook voor: b) puur processuele handelingen, die geen inhoudelijke beoordeling behelzen, zoals, i.c., het niet voldoen aan de ondertekeningseisen van art. 1057 lid 2-3 Rv. De Hoge Raad lijkt haar in QNOW/B (r.o. 3.4.4) te volgen ten aanzien van categorie a), maar wijkt van haar af ten aanzien van categorie b) (r.o. 3.4.3). Ten aanzien van categorie a) zij opgemerkt dat de A-G spreekt van andere handelingen dan rechtsprekende handelingen ‘in enge zin’, terwijl de Hoge Raad overeenkomstig de memorie van toelichting op art. 42 Wvra 1997 spreekt van ‘bedrijfsfouten’. Ik denk dat hiermee hetzelfde bedoeld wordt (vgl. ook de conclusie A-G sub 2.18.2-3). De argumenten voor uiterst begrensde aansprakelijkheid die de Hoge Raad in Greenworld (r.o. 3.5) aanvoert, gaan inderdaad niet op voor de bedrijfsfouten van categorie a). Zij gaan echter ook niet op voor de processuele fouten van categorie b). Waarom zou het maken van puur processuele fouten, zoals het niet voldoen aan de ondertekeningseisen voor een vonnis, niet onjuist en daarmee in beginsel onrechtmatig zijn? En waarom zouden puur processuele fouten zoals het niet voldoen aan die ondertekeningseisen afgedekt moeten kunnen worden met het argument dat (scheidings)rechters ‘in vrijheid en onbevangenheid’ moeten kunnen oordelen?

Andere argumenten zullen de Hoge Raad toch genoopt moeten hebben om voor processuele fouten ook het milde aansprakelijkheidsregime van Greenworld te hanteren. Ik noem enkele mogelijke argumenten.

Het ‘lites finiri oportet’-argument dat ook wel voor begrenzing van de Staatsaansprakelijkheid voor overheidsrechtsspraak is aangevoerd, kan hier een rol spelen. Ook in geval van vernietiging op grond van processuele fouten, kan het in geval van een aansprakelijkheidsclaim nodig zijn om te bezien of het arbitrale vonnis niet anders had dienen te lui-

den, dit met name ter vaststelling van de eventuele schade ten gevolge van het vernietigde vonnis.

Daarnaast speelt speciaal bij arbitrage het argument dat arbiters zich dikwijls niet of niet voldoende kunnen verzekeren voor hun eventuele aansprakelijkheid als arbiter en zich ook dikwijls niet kunnen exonereren. Voor zover dat het geval is, zouden deze personen er bij gebreke van een criterium als dat van Greenworld goed aan kunnen doen, een opdracht tot arbitrage te weigeren althans voor zover het gaat om belangen en schaderisico's die zij privé niet aan kunnen. Deze twee punten zal ik nog kort uitwerken.¹³

Voor zover advocaten en sommige professionals van andere huize arbitrerende, is dikwijls wel een beroepsaansprakelijkheidsverzekering van toepassing. Voor zover dat al zo is, biedt deze echter vaak onvoldoende dekking voor de arbitrages met grote financiële belangen, die tientallen miljoenen en zelfs miljarden euro's kunnen belopen. Vele andere als arbiter optredende personen – en dat zijn altijd natuurlijke personen (art. 1023 Rv) – kunnen zelfs geen aansprakelijkheidsverzekering afsluiten, omdat er geen verzekeraar voor te vinden valt. Dit verzekeringsprobleem is aangevoerd ten gunste van een uitsluiting van aansprakelijkheid van arbiters in art. 1069B lid 1 Voorontwerp Arbitragewet 2005 (geen aansprakelijkheid behoudens opzet of bewuste roekeloosheid), dat aansluit bij de aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 29 van de *English Arbitration Act 1996* (geen aansprakelijkheid behoudens “bad faith”).¹⁴ Het zou er ook op kunnen duiden dat men minder geschikte personen als arbiter zou kan krijgen, indien zij forse aansprakelijkheidsrisico's lopen.¹⁵ Exoneratie is ook lang niet altijd mogelijk of effectief. Wie bijvoorbeeld arbitreert onder het NAI-Arbitragereglement, de *ICC Arbitration Rules* of de *UNCITRAL Arbitration Rules* is wel verzekerd van een exoneratie. Art. 61 NAI-arbitragereglement 2015 sluit aansprakelijkheid uit behoudens voor zover dwingend Nederlands recht aan exoneratie in de weg zou staan. Voor art. 40 *ICC Arbitration Rules 2012* geldt min of meer hetzelfde (geen aansprakelijkheid ‘except to the extent such limitation is prohibited by applicable law’). Art. 16 *UNCITRAL Arbitration Rules* sluit elke aansprakelijkheid uit behoudens voor het geval van “intentional wrongdoing”. Ook op andere institutionele en reglementaire arbitrages kan een exoneratieclausule van toepassing zijn, maar dat hoeft niet zo te zijn.¹⁶ Bij non-reglementaire ad-hocarbitrage

13 Mede in reactie op B. van Schaick, in: *Cirkels, Een terugblik op een vooruitziende blik* (red. Gijs van Dijk c.s.), Deventer: Kluwer 2013, p. 107 e.v., i.h.b. p. 115.

14 Vgl. de Toelichting op dit voorontwerp, *TvA special 2005*, p. 175-176.

15 Vgl. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2015, nr. 5.57 onder verwijzing naar U.S. District Court for the Northern District of California 10 maart 1992, 795 F. Supp. 970, N.D. Cal. 1992, (<http://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/795/970/2596407/>).

16 Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5154 vormt een voorbeeld van aansprakelijkheid van arbiters, die zich echter op een exoneratieclausule kunnen beroepen, te weten die van een arbitragereglement van een kamer van koophandel (de kamers van koophandel zijn inmiddels opgegaan in dé Kamer van Koophandel en deze voorziet niet meer in benoeming van arbiters; hiervoor verwijst de Kamer van Koophandel nu naar het NAI (zie *V-N 2014/7.26*). Vgl. voor de fusie de Wet op de Kamer van Koophandel d.d. 25 november 2013, *Stb.* 2013, 507, i.w.t. 1 januari 2014, *Stb.* 2013, 508).

is er überhaupt geen standaardexoneratie van toepassing. Verstandige kandidaat-arbiters vullen de leemten wel voor zover mogelijk op door expliciet bij hun opdracht die exoneratie te stipuleren, maar voor zover zij aansprakelijk worden gesteld door een persoon met wie zij geen overeenkomst van opdracht hebben afgesloten, noch rechtstreeks noch via een gevolmachtigde zoals zijn wederpartij, is die exonera-tieclausule niet effectief.

Al met al moet gezegd worden dat de Hoge Raad in QNOW/B een wijze beslissing heeft genomen door het aansprakelijkheid beperkende Greenworld-criterium ook op processuele fouten van arbiters toe te passen.

Daarmee is niet gezegd dat arbiters nooit aansprakelijk zouden kunnen zijn voor hun processuele fouten. Ook op dit punt is QNOW/B instructief. Opzet of bewuste roekeloosheid moge bij een ondertekeningsgebrek als bedoeld in art. 1057 lid 2 Rv in het algemeen niet aan de orde zijn, maar er kan wel sprake zijn van 'kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt' of (zoals de Hoge Raad het zelf in r.o. 3.5.2 samenvat) 'grof plichtsverzuim'. Of dat in facto het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad (r.o. 3.5.3). Het hof heeft, aldus de Hoge Raad in QNOW/B (t.a.p.), in het arrest a quo onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang op dit punt 'nu niet is vastgesteld wat de feitelijke gang van zaken is geweest rond de ondertekening en deponering ter griffie van het arbitrale vonnis'. Wat de referte aan de deponering hier precies betekent, weet ik niet (onder de Arbitragewet 2015 is deze overigens niet meer verplicht behoudens een afwijkende arbitrageovereenkomst (art. 1058 lid 1 sub b Rv)). Ten aanzien van die omstandigheden rond de ondertekening kan ik mij wel voorstellen dat deze ertoe nopen geen grof plichtsverzuim van de aangesproken arbiter aan te nemen. Men denke aan een voorzitter die zelf tekent en het stuk vervolgens ter ondertekening doorstuurt naar de tweede arbiter, die het zou moeten ondertekenen en ter ondertekening zou hebben moeten doorsturen aan de derde arbiter. Stel de tweede arbiter tekent niet en stuurt het stuk ook niet door aan de derde, maar stuurt het dadelijk aan partijen met de mededeling dat dit het arbitrale vonnis is. Naar het zich laat aanzien, kan aan de voorzitter in dat geval geen grof plichtsverzuim verweten worden, maar aan de tweede arbiter wel. Wij zullen moeten afwachten hoe de (feitelijke) rechtspraak die eis van grof plichtsverzuim nader gaat invullen.

Zekerheidshalve merk ik bij deze analyse nog op de Staatsaansprakelijkheid voor overheidsrechtspraak slechts behandeld te hebben voor zover dat voor de vergelijking met de aansprakelijkheid van arbiters nodig was. De sprong die de Hoge Raad in Greenworld maakt ten opzichte van eerdere rechterlijke uitspraken zoals het standaardarrest Hotel Luyken van 1971,¹⁷ waarbij de aansprakelijkheid van de Staat alleen werd opengesteld voor het geval van schending van fundamentele beginselen van art. 6 EVRM, heb ik dan ook terzijde gelaten.

Hierboven werd voor de vraag naar de delictuele of contractuele aansprakelijkheid van arbiters steeds verondersteld dat Nederlands recht van toepassing is, zoals ook het geval is bij de besproken arresten. Dat hoeft natuurlijk niet zo te zijn, zelfs niet in geval van arbitrage in Nederland. Ik laat de conflictenrechtelijke vraag naar het toepasselijke aansprakelijkheidsrecht hier en ook hieronder terzijde. Die vraag is natuurlijk wel relevant, nu het recht inzake de aansprakelijkheid van arbiters, voor zover al duidelijk, van land tot land verschilt; dat recht varieert van immuniteit voor aansprakelijkheid (al of niet op basis van de *status theory*, die de adjudicatieve functie van arbiters vooropstelt) tot aansprakelijkheid op dezelfde grond als voor dienstverleners in het algemeen (al of niet op basis van de *contract theory*, die de contractuele verplichtingen van arbiters jegens hun opdrachtgevers tot uitgangspunt neemt).¹⁸ Nederland bekleedt op dit punt min of meer een middenpositie.¹⁹ Dat kan overigens gesteld worden voor de meeste landen. Daar waar men uitgaat van de contract theory wordt dikwijls toch ook wel de adjudicatieve functie van arbiters onderkend, wat dan leidt tot een voor arbiters milder aansprakelijkheidsregime dan dat voor andere beroepsbeoefenaars. Gerefereerd kan in dit verband worden aan Born, die schrijft dat 'in most jurisdictions, civil liability will only exist in cases of very grave or deliberate breaches of the arbitrator's obligations'.²⁰ Dogmatisch gezien zou men dan ook kunnen stellen dat in de wereld van de arbitrage in het algemeen noch de contractleer noch de statusleer het primaat heeft, maar dat – wat men zou kunnen noemen – de adjudicatief-contractuele leer overheersend is. De opvatting van der Hoge Raad over arbitersaansprakelijkheid laat zich ook in deze sleutel plaatsen. Dat geldt overigens tevens voor de vraag naar de aansprakelijkheid van bindend adviseurs, waarvoor de Hoge Raad eveneens een milder regime hanteert dan voor beroepsbeoefenaars in het algemeen.²¹

Dat voor schending van EU-recht door arbiters mogelijk een ander dan het 'nationale' aansprakelijkheids criterium zou kunnen gelden op grond van het Köbler-arrest,²² zij hier nog

17 HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6788, NJ 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (*Hotel Jan Luyken*).

18 Vgl. recent bijv. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, tweede druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, par. 13.5 en N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2015, nr. 5.47 e.v. Een uitgesproken en omstandig voorstander van de *contract theory* is D. Alessi, *Journal of International Arbitration* 2014, Vol. 31, Issue 6, p. 735 e.v., die (inderdaad) geen begrip toont voor de speciale positie en status van arbiters, die om een zekere bescherming vraagt, willen zij hun werk goed kunnen doen.

19 Zie naast de zojuist aangehaalde bronnen bijv. Vranken t.a.p. sub 2-3 met vermelding van oudere bronnen.

20 T.a.p. Ook daar waar in beginsel de contracttheorie wordt aangehangen, wordt wel een middenpositie ingenomen. Zie bijv. R.O. Dalq en A. Van Oevelen, 'La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter', in G.A. Dal (red), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel: Bruylant 2003, 24, p. 191 e.v. en i.h.b. p. 198 e.v., die het contractuele karakter van arbitrage onderkennen maar tegelijkertijd voor 'fautes commises dans le contenu de la sentence' aansluiten bij de beperkte aansprakelijkheid voor overheidsrechtspraak. In dezelfde geest naar Belgisch recht M. De Ruysscher, 'De aansprakelijkheid van arbiters in België', *TBH* 2010/9, p. 834. e.v.

21 Zie voor die speciale positie en status van bindend adviseurs HR 15 juni 2012, ECLI:NL:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2012/314, m.nt. P.E. Ernste (*PriceWaterhouseCoopers/Veldhuysen van Zanten Beheer*).

22 Vgl. HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, Jur. 2003, p. I-10239, NJ 2004/160, m.nt. M.R. Mok (*Köbler/Oostenrijk*), waarover bijv. R. Meijer t.a.p.

wel genoteerd. Ik zie echter geen aanleiding om dit Europese 'buitenbeentje' door te trekken naar schendingen van puur nationaal recht.²³

3. Preventie en beperking van de schade

Nu vastgesteld is dat fouten van arbiters kunnen worden gesanctioneerd met aansprakelijkheid en veroordeling tot schadevergoeding en die sancties ondanks het milde aansprakelijkheidsregime niet ondenkbeeldig zijn, rijst de vraag hoe die aansprakelijkheid kan worden voorkomen of de eventueel verschuldigde schadevergoeding kan worden beperkt. Ik noem enige mogelijkheden.

Hoewel het nog steeds een *understatement* blijft, herhaal ik de aanbeveling waar ik mee begon: zorg, arbiters, dat uw arbitraal vonnis niet vernietigbaar is en dat het evenmin afstuit op de weigering van een exequatur. Arbiters dienen dus te anticiperen op de vernietigingsmogelijkheden van art. 1065 Rv (de herroepingsgronden van art. 1068 Rv kunnen hier terzijde blijven, nu die naar hun aard niet zien op scheidsrechterlijke fouten); zij dienen tegelijkertijd dus te anticiperen op de gronden voor weigering van een exequatur althans in Nederland, wat op zichzelf beschouwd niet zo moeilijk is, nu die gronden ex art. 1063 Rv grotendeels overeenkomen met de gronden voor vernietiging. Misschien is het goed, die aanbeveling, hoe zeer zij voor zichzelf mag spreken, hier heel kort in te vullen.

Arbiters die bijvoorbeeld niet zeker zijn van het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst (art. 1065 lid 1 sub a Rv) in het geval dat een partij de ongeldigheid daarvan inroept (vgl. art. 1065 lid 2 Rv jo. art. 1052 lid 2 Rv) of een partij op grond van EU-consumentenrecht zonder meer beschermd dient te worden tegen een oneerlijk arbitraal beding,²⁴ vragen die partij alsnog te bewilligen in arbitrage en verklaren zich anders onbevoegd. Wie als arbiter constateert dat een partij terecht een beroep op onbevoegdheid doet wegens ongeldige samenstelling van het scheidsgerecht, laat zich van zijn opdracht ontheffen overeenkomstig art. 1029 Rv (vgl. art. 1065 lid 1 sub b Rv jo. art. 1065 lid 3 Rv jo. art. 1052 lid 3 Rv). Arbiters houden zich voorts steeds aan hun opdracht ook qua toepassing van de wettelijke en contractuele arbitrageprocedureregels of wijken daar, voor zover wettelijk toegestaan, in overleg met partijen van af (vgl. art. 1065 lid 1 sub c Rv jo. art. 1065 lid 4 Rv). Alle arbiters ondertekenen het vonnis of maken althans melding van de weigering of ontstentenis van een niet tekenende arbiter (art. 1065 lid 1 sub d Rv jo. art. 1057 lid 2-3 Rv). Arbiters zorgen ook voor een enigszins adequate motivering van het arbitrale vonnis (art. 1065 lid 1 sub d Rv jo. art. 1057 lid 4 sub e Rv, afgezien van de in art. 1057 lid 5 Rv gegeven uitzonderingen). Arbiters wijzen tenslotte een arbitraal vonnis dat niet in strijd is met de openbare orde (art. 1065 lid 1 sub e Rv). Dat laatste lijkt niet zo moeilijk maar op één punt blijkt het keer op

keer mis te gaan en wel ten aanzien van de eisen van hoor en wederhoor. Alle partijen dienen gehoord te worden met inbegrip van de gelegenheid tot bewijslevering en dat gelijkelijk; eenzijdig horen van een partij is verboden; arbiters mogen ook geen stelling of weer van een partij aan hun beslissing ten grondslag leggen waarover de andere partij zich niet heeft kunnen uitlaten (vgl. art. 1036 lid 2 Rv).

Ook afgezien van de vernietigingsmogelijkheden verdient het overigens meer dan aanbeveling om het conceptvonnis te toetsen aan de eisen van art. 1057 Rv, waarin alle in een vonnis verplicht op te nemen elementen worden genoemd, waaronder ook de eis van collectieve ondertekening in het tweede en derde lid.

In dit verband valt tevens te wijzen op de mogelijkheid dat een arbitraal conceptvonnis in geval van institutionele arbitrage van commentaar wordt voorzien door het betrokken instituut. Het NAI is altijd bereid om dat commentaar te geven als het een NAI-vonnis betreft. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de LCIA.²⁵ Bij ICC is de *scrutiny* zelfs geformaliseerd en ook vrij uitgebreid; vgl. art. 33 ICC *Arbitration Rules*, zie ook art. 6 van Appendix II bij de regels. Daarmee is niet gezegd dat er zonder meer een smetteloos vonnis uitkomt, zoals hierboven reeds bleek, maar het kan bepaald behulpzaam zijn.

Zondigt het scheidsgerecht toch nog tegen de vermelde eisen dan kan het afhankelijk van de fout nog baat hebben bij rectificatie van zijn vonnis overeenkomstig art. 1060 lid 1-2 Rv. Het moet dan gaan om een 'kennelijke fout' of het ontbreken van een der gegevens van art. 1057 lid 4 sub a-d Rv. Van belang is hierbij dat een scheidsgerecht zijn vonnis ingevolge art. 1060 lid 4 Rv ook uit eigen beweging kan rectificeren op de in art. 1060 lid 1-2 Rv aangegeven gronden.

Denkbaar is voorts dat een aanvullend arbitraal vonnis overeenkomstig art. 1061 Rv soelaas biedt, daar waar een scheidsgerecht heeft nagelaten te beslissen op een of meer aan zijn oordeel onderworpen (tegen)vorderingen. De wet voorziet niet in de mogelijkheid dat een scheidsgerecht uit eigen beweging een aanvullend vonnis wijst, maar het zou wel een verzoek daartoe van een partij kunnen uitlokken, al moet gesteld worden dat een dergelijke uitlokking op gespannen voet staat met het beginsel van de partijautonomie dat zo kenmerkend is voor arbitrage (vgl. art. 1060 Rv jo. art. 1065 lid 6 Rv).

Gesteld nu dat het toch op een vernietigingsprocedure uitloopt en de overheidsrechter is van oordeel dat er zich inderdaad een grond voor vernietiging voordoet, dan kan hij in plaats van die vernietiging de zaak terugverwijzen naar het scheidsgerecht dat vervolgens de onvolkomenheid kan wegnemen. Deze mogelijkheid voor terugverwijzing, die in het buitenland bekend staat als *remission* is ingevoerd bij de Arbitragewet 2015. Zie art. 1065a Rv. Deze bepaling is met name geïnspireerd door art. 34 lid 4 *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Art. 1065a Rv gaat echter verder nu de Nederlandse overheidsrechter ook ambtshalve kan terugverwijzen. Volgens de memorie van toelichting op art. 1065a Rv kan geen terugverwijzing

23 Vranken is daar t.a.p. sub 13-15 gevoeliger voor mede gezien de 'toenemende Europeanisering'. Zie ook Fokke Fernhout, *NJB* 2010/2191 sub 3.

24 Vgl. bijv. HvJ EG 26 oktober 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ3959, C-168/5, *NJ* 2007/201, m.nt. M.R. Mok, *TvA* 2007/55, m.nt. E.R. Meerdink (*Mostaza Claro/Centro Movil*).

25 Zie www.lcia.org/frequently_asked_questions.aspx.

plaatsvinden als de vernietigingsgrond gelegen is in het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage en evenmin als het arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde.²⁶ Het eerste ligt voor de hand: na de terugverwijzing zou het scheidsgerecht immers slechts alsnog tot een onbevoegdheidsverklaring kunnen geraken; voor een zaak als die van Greenworld zou de terugverwijzing dus geen oplossing hebben geboden. Het tweede ligt niet steeds voor de hand. Ik zie bijvoorbeeld voor mij dat arbiters in hun arbitrale vonnis een bepaalde stelling of weer aan hun vonnis ten grondslag hebben gelegd zonder de belanghebbende wederpartij daarover te hebben gehoord. Het kan dan praktisch voorkomen om arbiters in de gelegenheid te stellen die partij alsnog te horen en naar aanleiding daarvan hun arbitrale vonnis zo nodig aan te passen. Dikwijls blijkt voor aanpassing van het arbitrale vonnis dan geen aanleiding te bestaan, hetzij omdat die stelling of weer niet echt dragend is voor het oordeel, hetzij omdat die niet met vrucht wordt betwist.

In geval van ondertekeningsgebreken lijkt mij de terugverwijzing vaak bij uitstek aangewezen; ook de zaken *Bursa/Güris* en *QNOW/B* hadden hiervoor dus in aanmerking kunnen komen, zou de Arbitragewet 2015 al van toepassing zijn geweest. Dikwijls zal immers het ondertekeningsgebrek puur op een abuis berusten, dat zich eenvoudig door een nadere uitspraak van het scheidsgerecht laat wegnemen. Gaat het niet om een abuis maar om een poging om een of meer arbiters buiten spel te zetten bij de besluitvorming, dan zullen die arbiters na de terugverwijzing alsnog aan de beoogde collegiale besluitvorming moeten meewerken hetgeen tot een inhoudelijk substantieel ander arbitraal vonnis aanleiding zou kunnen geven en misschien zelfs tot een nadere procesgang bij die arbiters voordat zij een nader eindvonnis kunnen wijzen.²⁷ Het ware overigens te overwegen, met het oog op de mogelijkheid dat abusievelijk niet aan de ondertekenings-eisen is voldaan, de rectificatieprocedure ook voor ondertekeningsgebreken open te stellen; voor gevallen waarin het gebrek niet op een abuis blijkt te berusten, zou het scheidsgerecht dan een verzoek tot rectificatie kunnen afwijzen. Te bedenken valt hierbij dat op een rectificerende beslissing op zichzelf beschouwd weer de ondertekenings-eisen van art. 1057 lid 2-3 Rv van (overeenkomstige) toepassing zijn.

Mocht het arbitrale vonnis uiteindelijk toch vernietigd worden, dan herleeft de bevoegdheid van de overheidsrechter als het gaat om vernietiging wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage; mocht het gaan om een vernietiging op een andere grond dan blijft de overeenkomst tot arbitrage van kracht, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Aldus art. 1067 Rv, zoals het luidt sinds de inwerkingtreding van de Arbitragewet 2015. In het laatste geval dient het scheidsgerecht opnieuw te worden samengesteld, maar kan er op praktische gronden wel voor gekozen worden dat de nieuwe arbitrageprocedure sterk bekort

wordt door inbreng van stukken uit de eerder gewezen arbitrageprocedure. Aldus kan de eventueel te vergoeden schade beperkt worden (gelaedeerden hebben tenslotte ook een verplichting tot schadebeperking; art. 6:101 lid 1 BW). Al met al zijn er voldoende mogelijkheden voor arbiters om geen fouten te maken, aansprakelijkheid te vermijden en voor het geval zij toch aansprakelijk mochten zijn, de te vergoeden schade te (doen) beperken.

Het komt overigens tot dusverre gelukkig slechts bij hoge uitzondering voor dat arbiters met succes aansprakelijk gesteld worden voor hun arbitrale handelen en nalaten.²⁸ De *caveats* en suggesties voor arbiters in dit artikel beogen er een bijdrage aan te leveren dat dit zo blijft.

26 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3, p. 40 (MVT).

27 Zie ook N. Peters en B. van Zelst, *TCR* 2013, p. 117 e.v. en i.h.b. p. 124. S.C.J.J. Kortmann en P.E. Ernste lijken daar in hun noot onder *QNOW* in *JOR* 2016/324 anders over te denken.

28 Een voorbeeld daarvan vormt nog Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6276, gedeeltelijk in appel afgedaan door Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5154.