

Arbiters en aansprakelijkheid

Drie aandachtspunten bij herziening arbitragerecht

Evert Dekker en Willem van Boom¹

De wettelijke regeling van arbitrage kent geen bepalingen voor eventuele aansprakelijkheid bij tekortschieten van het arbitrale tribunaal. Kan de arbiter of het arbitrage-instituut aansprakelijk worden gehouden volgens 'gewone' maatstaven, of bestaat er in ons recht zoiets als arbitrale immuniteit of een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel? Over deze vragen is weinig bekend. Toch is het onderwerp juist nu actueel vanwege het aankomende wetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht. Dit artikel onderzoekt daarom in rechtsvergelijkend perspectief de reikwijdte van de aansprakelijkheid van arbiters en arbitrage-instituten. Besloten wordt met drie suggesties voor de wetgever.

1. Inleiding

In onze arbitrage-wetgeving bestaan geen bijzondere regels voor de aansprakelijkheid van arbiters. De verhouding tussen de vernietigbaarheid van de arbitrale uitspraak en aansprakelijkstelling is ook ongeregeld. Omdat de regering binnenkort een wetsvoorstel ter herziening van het arbitragerecht zal indienen, is het dus relevant om te onderzoeken of en onder welke voorwaarden arbiters persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden en hoe een wettelijke regeling op dit punt zou kunnen luiden. Wij denken dat de wetgever op ten minste drie punten duidelijkheid moet verschaffen.

Onze bijdrage is als volgt ingedeeld. Eerst zal aan de hand van de uitspraak *Greenworld/Arbiters* worden uiteengezet welke aansprakelijkheidsmaatstaf voor arbiters in Nederland geldt (par. 2). Daarna besteden wij aandacht aan de leer van arbitrale immuniteit (par. 3). Ook zal worden geanalyseerd in hoeverre het mogelijk is in de Verenigde Staten, Engeland en Frankrijk arbiters aansprakelijk te stellen (par. 4). De wijze waarop in deze rechtssystemen wordt omgegaan met aansprakelijkheidsvragen kan namelijk inspiratie bieden bij het inrichten van het Nederlandse systeem. Om alles in perspectief te plaatsen, staan we vervolgens stil bij de vernietiging van arbitrale vonnissen en de relevantie daarvan bij aansprakelijkstelling (par. 5). Dit alles leidt ons tot de stellingname dat bij de aanstaande herziening van het arbitragerecht op drie punten een regeling moet worden getroffen ten aanzien van de aansprakelijkheid van arbiters (par.6).

2. De status quo in Nederland

In het arrest *Greenworld* heeft de Hoge Raad antwoord gegeven op de vraag in hoeverre arbiters aansprakelijk gehou-

den kunnen worden voor onzorgvuldig handelen.² Deze zaak betrof een arbitrale procedure waarin een van partijen de arbitrale bevoegdheid betwistte vanwege het ontbreken van een clause die tot arbitrage verplichtte. De arbiters verwierpen dit verweer, maar bij de burgerlijke rechter werd vervolgens met succes de vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd. Na deze vernietiging stelde de betreffende partij de arbiters en het arbitrage-instituut aansprakelijk voor de geleden schade. De arbiters zouden bewust bevoegdheid hebben aangenomen, waardoor inbreuk werd gemaakt op het recht van partijen het geschil te laten beslechten door de burgerlijke rechter, zo was de centrale stelling. De vorderingen werden in drie instanties afgewezen. De Hoge Raad oordeelt dat arbiters slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk gehouden kunnen worden. Een dergelijk uitzonderlijk geval kan zich na vernietiging van het arbitraal vonnis voordoen indien de arbiter, met betrekking tot de vernietigde uitspraak, opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijk grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling. De Hoge Raad verwijst in dat verband naar een vergelijkbare hoge drempel voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de overheidsrechter (art. 42 Wet rechtspositie rechtelijke ambtenaren). Ook wijst de Hoge Raad er op dat het enkele feit van vernietiging nog niet met zich brengt dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dus dat waar 'gewone' juridische dienstverleners zoals advocaten worden beoordeeld volgens de vergelijkingsmaatstaf van de 'redelijk bewame en redelijk handelende beroepsgenoot', voor arbiters net als voor overheidsrechters een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt.³ De rechtvaardiging voor deze hoge drempel is volgens de Hoge Raad gelegen in de wense-

lijkheid van 'angstvrije arbiters' die in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil oordelen.⁴ In *Greenworld* waren niet alleen de arbiters aansprakelijk gesteld maar ook het betreffende arbitrage-instituut. Om processuele redenen kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag of het arbitrage-instituut volgens dezelfde hoge drempel beoordeeld dient te worden. Wij denken dat *naar geldend recht* de verhouding tussen partijen en het arbitrage-instituut naar eigen inzicht kan worden ingericht en dat het dus een kwestie van uitleg is of het instituut zelfstandig verplichtingen op zich neemt, bijvoorbeeld om het arbitrale vonnis te doen wijzen door hulppersonen in de zin van art. 6:76 BW. De arbiters zelf zullen vermoedelijk als

De Hoge Raad oordeelt dat arbiters slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk gehouden kunnen worden

opdrachtnemer in contractuele verhouding tot de partijen staan.⁵ Hoe de relatie tussen partijen en het instituut valt te kwalificeren, hangt er van af of het instituut rechtstreeks verbintenissen op zich heeft genomen tegenover de partijen bij de arbitrage. Ook dat zal een kwestie van uitleg zijn. Voor de inhoud van de zorg die het instituut heeft te betrachten, lijkt ons de grondslag minder belangrijk. Als het instituut bijvoorbeeld de verantwoordelijkheid heeft voor het bijhouden van een lijst van toegelaten arbiters, dan vloeit daaruit mogelijkerwijs de verplichting voort om zorgvuldigheid te betrachten bij het samenstellen van die lijst. Onzorgvuldigheid leidt dan tot zelfstandige aansprakelijkheid van het instituut, via art. 6:162 of art. 6:74 BW. Lastiger zijn natuurlijk de gevallen waarin de arbiters zelf (grove) fouten maken. Als de gangbare uitleg-criteria er op wijzen dat het instituut niet meer of anders doet dan het arbitrale werk faciliteren, dan zal een fout van arbiters niet zonder meer aan het instituut worden toegerekend in de zin van art. 6:76 BW.⁶ We zouden hier willen volstaan met de vaststelling dat het bovendien kan afhangen van de concrete fout die is gemaakt en of die fout gelegen is geweest

in een handeling die in de sfeer van de arbitrale werkzaamheden zelf moet worden gezocht of juist tot de kernverantwoordelijkheden van het instituut behoort.

3. Rechtsopvattingen over arbitrale immuniteit

In *Greenworld* maakt de Hoge Raad een vergelijking met overheidsrechtspraak om tot een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel te komen. Een dergelijke vergelijking is niet nieuw. Door de jaren heen zijn in binnen- en buitenland verschillende opvattingen ontwikkeld over de grondslag van aansprakelijkheid en de hoogte van de aansprakelijkheidsdrempel voor arbiters, waarbij die vergelijking een rol speelt.

In de eerste plaats is er de 'contract-theorie' die men in continentale rechtssystemen wel tegenkomt. Deze theorie gaat er vanuit dat een arbiter een dienst verleent op grond van een contract dat is overeengekomen tussen de arbiter zelf en de partijen die een geschil hebben.⁷ In het contract bepalen de partijen de rechten en plichten van de arbiter. Zo kan worden overeengekomen dat de arbiter zich onder bepaalde omstandigheden mag terugtrekken of dat een arbitragevonnis binnen een zekere termijn moet worden uitgesproken.⁸ Het tekortschieten in dergelijke verplichtingen kan tot aansprakelijkheid leiden.⁹ De grondslag is aldus te vinden in de zelfbinding door het aangaan van de dienstverleningsrelatie.¹⁰

In de tweede plaats is er de 'status-theorie', die men wel ziet in common law jurisdicties. Deze theorie gaat er vanuit dat een arbiter in de maatschappij een juridische functie vervult die vergelijkbaar is met de functie van een burgerlijke rechter.¹¹ Het zou daarom gepast zijn een arbiter bescherming te bieden tegen mogelijke aansprakelijkstelling. In de regel resulteert dit in arbitrale immuniteit.¹² De verlening van een dergelijke bescherming zou nodig zijn om de functie van arbitrage te behouden.¹³ Arbiters zouden zonder deze bescherming kunnen worden beïnvloed door het aansprakelijkheidsrisico. Alleen met deze bescherming zou onafhankelijkheid verzekerd zijn.¹⁴

Op beide theorieën is kritiek denkbaar. Zo zullen tegenstanders van de contract-theorie stellen dat immuniteit noodzakelijk is om de integriteit van het arbitrageproces te waarborgen – het is precies dat argument dat de Hoge Raad ook gebruikt. Tegenstanders van de status-theorie zullen stellen dat immuniteit vrijwel alle prikkels tot goede dienstverlening wegneemt en tot schrijnende situaties kan leiden. In de praktijk hebben de beide theorieën verschillende uitwerkingen gekregen. Interessant is dan ook

Auteurs

1. E. Dekker en prof. mr. W.H. van Boom zijn respectievelijk student en hoogleraar aan de Erasmus School of Law, Rotterdam.

Noten

2. HR 4 december 2009, L/JN BJ7834, NJ 2011, 131.

3. Vergelijk ook de verhoogde drempel zoals die bij curatoren en Officieren van Justitie gelden (HR 19 april 1996, L/JN ZC2047, NJ 1996, 727 respectievelijk HR 11 oktober 1993, L/JN ZC0360, NJ 1993, 165).

4. Zie voor de literatuur over de aansprakelijkheidsmaatstaf de verwijzingen in de concl. OM bij het arrest *Greenworld*. Zie ook nog M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TVA* 2011, p. 51 e.v.

5. Vergelijk voor bindend advies HR 15 juni 2012, L/JN BW0727, *RvdW* 2012, 852.

6. Overigens lijkt ons de buitencontractuele toerekening via art. 6:171 BW niet snel aan de orde. Wij denken dat een non-profit arbitrage-instituut niet snel een bedrijf is in de zin van art. 6:171 BW, nog daargelaten dat de arbiter vermoedelijk geen werkzaam-

heden verricht die dienen ter ondersteuning van het werk van het instituut (het zal eerder andersom zijn). Zie voor het werkbereik van art. 6:171 BW, HR 18 juni 2010, L/JN BL 9596, NJ 2010, 389 (*Sijm Agro*).

7. A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell 2009, p. 329.

8. E. Gaillard & J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 600.

9. P.B. Rutledge, 'Toward a Contractual

Approach for Arbitral Immunity', *Georgia Law Review* 2005, p. 151.

10. A. Tsakatoura, 'The Immunity of Arbitrators', *Inter-lawyer. Law firms directories* 2002.

11. Redfern & Hunter 2009, p. 330; Rutledge 2005, p. 166.

12. Gaillard & Savage 1999, p. 560 e.v.

13. M.A. Weston, 'Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration', *Minnesota Law Review* 2004, p. 484.

14. Redfern & Hunter 2009, p. 330.



om te kijken hoe zij op verschillende manieren uitwerking hebben gekregen in andere rechtsstelsels. Hierna zal worden beschreven hoe de eerder genoemde theorieën zijn toegepast in de Verenigde Staten, Engeland en Frankrijk. Voor deze drie landen is gekozen omdat de grootste arbitrage-instituten in deze landen zijn gevestigd en deze dus als *forum arbitri* toonaangevend zijn.

4. Vergelijking met enkele andere landen

4.1 De Verenigde Staten

Arbitrale immuniteit

Al geruime tijd voorziet federaal recht (federal law) en deelstatelijk recht (state law) in de Verenigde Staten in immuniteit voor arbiters.¹⁵ Zo is in 1925 de Federal Arbitration Act (FAA) ingevoerd. In deze wet is geen regeling opgenomen over de mogelijkheid een arbiter aansprakelijk te stellen. Daaruit wordt *a contrario* afgeleid dat arbiters immuniteit

an arbitration organization acting in that capacity is immune from civil liability to the same extent as a judge of a court of this State acting in a judicial capacity.²⁰

Dit alles duidt erop dat men in de VS de status-theorie aangaat. Toch is arbitrale immuniteit in de Verenigde Staten niet absoluut. Zo kunnen arbiters wel aansprakelijk worden gehouden voor schade die voortvloeit uit het te laat of niet uitspreken van een arbitraal vonnis²¹ of uit het zonder goede redenen terugtrekken uit de procedure.²²

Verantwoordelijkheid arbitrage-instituten

De vraag of de aansprakelijkheidsmaatstaven met betrekking tot arbitrale immuniteit ook van toepassing zouden zijn op institutionele arbitrage is een aantal keer aan de orde gesteld. Rechters oordelen over het algemeen dat arbitrale immuniteit zich tevens uitstrekt tot instituten die arbitrage faciliteren.²³

4.2 Engeland

Arbitrale immuniteit

Ook in Engeland is er sprake van arbitrale immuniteit, maar er zijn wel duidelijk aanwijsbare verschillen met de VS. Art. 29 lid 1 Arbitration Act 1996 stelt dat een arbiter niet aansprakelijk kan worden gesteld voor handelingen die hij verricht in de uitvoering van zijn taakvervulling, tenzij de handeling is verricht in *bad faith*. Er is geen definitie opgenomen van *bad faith*.²⁴ Verdedigd is dat onder *bad faith* handelingen kunnen vallen die frauduleus of met opzet zijn gepleegd.²⁵ Voorts kan een arbiter op grond van art. 29 lid 3 Arbitration Act aansprakelijk worden gehouden ingeval van terugtreden zonder geldige reden.²⁶

Verantwoordelijkheid arbitrage-instituten

De Arbitration Act 1996 regelt ook institutionele arbitrage. Art. 74 stelt dat instituten die zijn gecontracteerd om arbiters aan te stellen, niet aansprakelijk zijn voor handelingen die zijn verricht ter uitvoering van deze taak, tenzij deze

Common law landen brengen duidelijke beperkingen aan in de aansprakelijkheid van arbiters

genieten.¹⁶ Arbitrale immuniteit werd op statenniveau voor het eerst erkend in *Jones vs. Brown* (1880),¹⁷ waarin werd geoordeeld dat arbiters *'are in a certain sense a court'* en zij mede daarom dezelfde rechtsbescherming behoren te genieten als rechters.¹⁸ Immuniteit van rechters wordt al geruime tijd erkend in de VS met als ratio dat rechterlijke immuniteit onafhankelijkheid en onpartijdigheid garandeert.¹⁹ De gelijkstelling met rechters ziet men terug in de modelwet Uniform Arbitration Act (UAA): *"An arbitrator or*

handeling is verricht in *bad faith*. Opmerkelijk is dat immuniteit alleen kan worden verleend bij handelingen die betrekking hebben op het *aanstellen* van arbiters. Verdedigd is dan ook dat dit de consequentie zou kunnen hebben dat arbitrale instituten *wel* aansprakelijk kunnen worden gehouden wanneer zij bijvoorbeeld onvoldoende supervisie voeren of in het geheel geen arbiters aanstellen.²⁷

4.3 Frankrijk

Arbitrale immuniteit

De eerder besproken *common law* landen brengen duidelijke beperkingen aan in de aansprakelijkheid van arbiters. Frankrijk benadrukt meer de *contractuele* basis van de relatie tussen partijen en minder de 'quasi-rechterlijke' functie van het arbiterschap.²⁸ Dit verschil valt goed te plaatsen indien men bedenkt dat het gezag van de overheidsrechter en de rechtvaardiging voor overheidsinmenging met alternatieve geschilbeslechting zoals arbitrage in Frankrijk anders worden 'beleefd' dan in de VS en Engeland.²⁹ Het idee dat een overheidsrechter een dienstverlener is en vergelijkbaar zou zijn met een arbiter, komt vermoedelijk niet zo snel op bij een Franse jurist. Wellicht verklaart dit dat arbitrage 'slechts' als contractuele dienstverlening wordt gezien.³⁰ Dit heeft het resultaat dat een ruimere aansprakelijkheidsmaatstaf mogelijk is dan die welke voor de over-

heidsrechter zou gelden. Toch komt in de praktijk de maatstaf dicht in de buurt bij die welke we zagen in de VS en Engeland. Zo kan een arbiter aansprakelijk worden gehouden ingeval van opzet of grove nalatigheid (*faute lourde*).³¹ Onvoldoende voor aansprakelijkstelling is dat een partij het slechts inhoudelijk oneens is met de beslissing of ontevreden is over de kwaliteit van de arbitrale dienstverlening.³² Grove nalatigheid is in deze context gedefinieerd als een fout die zo groot is dat een redelijk denkend mens deze niet had kunnen maken.³³

Verantwoordelijkheid arbitrage-instituten

Nu de functie van arbiters in Frankrijk volgens de 'contracttheorie' wordt beoordeeld, rijst de vraag in hoeverre instituten die arbitrage faciliteren aansprakelijk kunnen worden gehouden. Zo kwam in de rechtspraak de vraag aan de orde of de ICC aansprakelijk kon worden gehouden voor schade die voortvloeide uit het feit dat zij haar eigen arbitragereglement niet had nageleefd. Deze vraag werd bevestigend beantwoord.³⁴ De rechter oordeelde dat er een contractuele relatie bestond tussen de partijen en de ICC.³⁵ Een verplichting die op het instituut rustte, was het verzorgen van een efficiënte en effectieve arbitrageprocedure.³⁶ Verder moest er voldoende toezicht worden gehouden en diende het instituut zorg te dragen voor de selectie van onpartijdige arbiters. Nu deze verplichtingen verzaakt waren, kon het instituut aansprakelijk worden gehouden.³⁷ Het moge dui-

15. Federal Arbitration Act 1947, 9 U.S.C. Ch.1, sections 10-12, Uniform Arbitration Act 1956, Revised UAA 2000.

16. *Corey v. N.Y. Stock Exch., Inc.*, 691 F.2d 1205, 1211 (6th Cir 1982); *International Medical Group Inc. vs. American Arbitration Association*, 312 F.3d 833, 844 (7th Cir 2002); *Hawkings v. National Association of Securities Dealers Inc.*, 149 F.3d 330, 332 (5th Cir 1998).

17. *Jones vs. Brown*, 6 N.W. 140 (Iowa 1880); C. Hausmaninger, 'Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform', *Journal of International Arbitration* 1990, p. 15; G.B. Bom, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 1655.

18. S. Roitman, 'Beyond Repeach: Has the Doctrine of Arbitral Immunity Been Extended Too Far for Arbitration Sponsoring Firms?', *Boston College Law Review* 2010, p. 562.

19. *Stump vs. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978). J. Randolph Block, 'Stump vs. Sparkman and the History of Judicial Immunity', *Duke Law Journal* 1980, p. 879-925.

20. Art. 14 (a) Revised Uniform Arbitration Act 2000.

21. *E.C. Ernst v. Manhattan Construction Co.*, 551 F.2d 1026, 1033 (5th Cir. 1977); *Baar vs. Tigerman*, 189 Cal. Rptr. 834, 836 (1983); E. J. Olesen, 'Baar vs. Tigerman: An Attack on Absolute Immunity for

Arbitrators!', *California Western Law Review* 1985, p. 564-589; D.R. Nolan & R.I. Abrams, 'Arbitral Immunity', *Industrial Relations Law Journal* 1989, p. 251-252.

22. *Morgan Phillips, Inc. vs. JAMS/Endispute, L.L.C.* (2006) 140 Cal.App. 4th 795. M. Zimmerman, 'Beware the Dangers of Arbitrators Morphing Into Mediators', *World Arbitration and Mediation Report* 2006, Vol. 17:10, p. 318.

23. *Austern vs. Chicago Board Options Exchange Inc.*, 898 F.2d 882, 884 (2nd Cir. 1990); *Cort vs. American Arbitration Association*, 795 F. Supp. 970, 972-73 (N.D. Cal 1993); *Boraks vs. American Arbitration Association*, 517 N.W.2d 771, 773 (Mich. App. 1994); *Olson vs. National Association of Securities Dealers*, 85 F.3d 381, 382 (8th Cir. 1996).

24. T. Carbonneau, 'Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act', *Tulane Maritime Law Journal* 2005, p. 142.

25. Gaillard & Savage 1999, p. 598; B. Harris, R. Planterose & J. Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, Cornwall: Blackwell Publishing 2003, p. 163-164; M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 359.

26. Harris, Planterose & Tecks 2003, p. 164; Gaillard & Savage 1999, p. 611. Overigens kunnen partijen aansprakelijkheid ex ante

uitsluiten; zie art. 25 lid 1 sub b Arbitration Act 1996.

27. R. Lord & S. Salzedo, *Guide to the Arbitration Act 1996*, London: Cavendish Publishing Limited 1996, p. 60.

28. Y. Derains & L. Kiffer, *National Report for France (2010)*, in: J. Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration* (losbladige), Kluwer Law International 2010, p. 34; J.L. Devolve, J. Rouche & G. Pointon, *French Arbitration Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 96.

29. Gaillard & Savage 1999, p. 592.

30. Gaillard & Savage 1999, p. 590.

31. J.L. Devolve, J. Rouche & G. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 81-96; L. Kiffer, 'Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF vs. International Chamber of Commerce', *Journal of International Arbitration* 2009, p. 579-589. Daarnaast leidt ook *déni de justice* van de arbiter (niet binnen de afgesproken termijn beslissen of weigering te beslissen) tot aansprakelijkheid. Zie Devolve, J. Rouche & Pointon 2009, p. 100.

32. TGI Reims 27 September 1978, 482/77 (*Florange vs. Brissart et Corgie*), zoals geciteerd door E. Gaillard & J. Savage 1999, p. 590-591 en Devolve, Rouche & Pointon

2009, p. 35. Vergelijk A. W. Rovine, *Contemporary issues in international arbitration and mediation: The Fordham Papers* 2007, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 242.

33. W. Tetley, 'Good Faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering', *Journal of Maritime Law and Commerce* 2004, p. 561-616; Cour de Cassation Civ. 1^{ère}, 13 oktober 1953, Bull. n° 224.

34. *Société Cubic Defense System vs. Chambre de Commerce Internationale*, Tribunal de Grande Instance de Paris 21 mei 1997, *Revue de l'Arbitrage*, p. 417. N. Blackaby e.a., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 333.

35. J.M. Lew, L.A. Mistelis & S.M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Deventer: Kluwer Law International 2003, p. 298; Y. Derains & L. Kiffer 2010, p. 34.

36. M.L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York: Cambridge University Press 2012, p. 155.

37. A. Redfern e.a., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell Limited 2005, p. 244; Rovine 2008, p. 234.

delijk zijn dat de Franse benadering op dit punt afwijkt van die welke in de VS en Engeland wordt gevolgd.³⁸

5. Vernietiging en aansprakelijkheid

5.1 Aard en werking van vernietiging

Wat leert het voorgaande nu voor een eventuele wettelijke regeling in ons land? In de drie jurisdicties worden arbiters volgens een bijzondere aansprakelijkheidsmaatstaf beoordeeld, die ofwel immuniteit inhoudt of daaraan grenst via opzet of grove nalatigheid. Voor de aansprakelijkheid van arbitrage-instituten geldt niet altijd deze maatstaf. Voordat we de gevondene resultaten kunnen beoordelen tegen de Nederlandse achtergrond, staan we stil bij het rechtsmiddel van vernietiging van de arbitrale uitspraak. Het immuniteitsvraagstuk kan naar onze mening namelijk niet los worden gezien van het gangbare rechtsmiddel van vernietiging.

Over het algemeen bestaat in de verschillende jurisdicties een beperkt aantal gronden voor het vernietigen van een arbitraal vonnis. Deze gronden vallen grofweg uiteen in drie categorieën: bevoegdheidsgronden, procedurele gronden en feitelijke gronden. Vernietiging wegens onbevoegdheid kennisnemen van het geschil kan zich voordoen indien een geldig arbitragebeding ontbreekt of de arbiter buiten de bevoegdheidsgrenzen gaat.³⁹ Procedurele gronden omvatten bijvoorbeeld schending van fundamentele beginselen als hoor en wederhoor, motiveringsplicht of aantoonbare partijdigheid.⁴⁰ Feitelijke gronden zullen niet spoedig tot vernietiging aanleiding geven omdat vaststelling en waardering van feiten nu juist aan de burgerlijke rechter zijn onttrokken.⁴¹

Opgemerkt moet nog worden dat het in sommige landen mogelijk is van tevoren afwijkende afspraken te maken over vernietigbaarheid. In de VS is dit mogelijk maar niet in Engeland.⁴² In Frankrijk is het mogelijk de vernietigingsbevoegdheid contractueel uit te sluiten.⁴³ In ons land lijken vernietigingsgronden van dwingend recht.⁴⁴ Dat betekent dus in het licht van *Greenworld* vermoedelijk dat een aansprakelijkstelling van arbiters naar huidig recht niet een alternatief voor vernietiging kan zijn maar hooguit een 'follow on'-actie. Wij schrijven hier uitdrukkelijk 'vermoedelijk' omdat de Hoge Raad zich in *Greenworld* alleen uitlaat over de aansprakelijkstelling die volgt op vernietiging. Wij sluiten niet uit dat er uitzonderingen denkbaar zijn (waarover hierna), maar als hoofdregel denken wij dat naar geldend recht vernietiging de eerste horende is die men moet nemen. Zou dat anders zijn, dan zou de situatie ontstaan dat het voor een teleurgestelde partij eenvoudiger kan zijn de arbiters aansprakelijk te stellen dan het arbitrale vonnis vernietigd te krijgen. Dat zou vermoedelijk geen recht doen aan de gedachte achter de hoge drempels voor vernietiging.⁴⁵

In de Nederlandse context verdient aandacht dat er termijnen zijn waarbinnen vernietiging moet worden ingeroepen. Als we aannemen dat naar geldend recht eerst vernietiging moet plaatsvinden voordat men aansprakelijk kan stellen, dan moet de benadeelde én de vernietigingstermijn én de verjaringstermijn voor de aansprakelijkstelling (art. 3:310 BW) in acht nemen. Art. 1064 Rv geeft twee termijnen voor het instellen van een vordering tot vernietiging. De eerste termijn geeft drie maanden

na griffiedepot van het arbitrale vonnis voor het instellen van een vordering. De tweede termijn geeft drie maanden na betekening van het arbitrale vonnis met exequatur aan de veroordeelde partij.⁴⁶ Kan het nu zo zijn dat wanneer een partij, na de genoemde termijnen van drie maanden, niet-ontvankelijk is in de vordering tot vernietiging, zelfs indien (bijvoorbeeld) omkoping van de arbiters aan het licht is gekomen? Het is een vraag die nog niet beantwoord is in de rechtspraak.

In de literatuur bestaan uiteenlopende standpunten over termijndoorbreking bij arbitrale uitspraken in strijd met openbare orde en fundamentele beginselen.⁴⁷ Deze doorbrekingsvraag is in het licht van *Greenworld* van groot belang voor eventuele vervolgstapen tegen arbiters. Duide-

Het wetsvoorstel beperkt de mogelijkheden voor het instellen van een vordering tot vernietiging

lijkheid over de vraag of aansprakelijkstelling altijd voorafgegaan moet worden door vernietiging – en zo ja, of overschrijding van de vernietigingstermijn onder omstandigheden verschoonbaar kan zijn – is daarom gewenst.

5.2 Het ontwerp-wetsvoorstel

De vraag naar de verhouding tussen vernietiging en aansprakelijkstelling klemmt temeer omdat in het in 2012 verspreide ontwerp-wetsvoorstel voor de herziening van het arbitragerecht in een aantal opzichten verandering van de vernietigingsprocedure wordt voorgesteld. De vernietigingstermijn van drie maanden na griffiedepot van het arbitraal vonnis zal blijven bestaan. Neerlegging van het vonnis bij de griffie, ex art. 1058 lid 1 sub b, zal in de toekomst een optie worden onder art. 1064a lid 2 Rv (nieuw). De vernietigingsmogelijkheid tot drie maanden na afgifte van een exequatur zal vervallen. Indien partijen geen gebruik maken van de neerlegging zal de vernietigingstermijn vervallen drie maanden na verzending van het vonnis. Het wetsvoorstel beperkt dus de mogelijkheden voor het instellen van een vordering tot vernietiging. Voorts wordt voorgesteld om de vernietigingsgronden in te perken. Aan art. 1065 lid 4 Rv zal worden toegevoegd dat *het niet houden aan de opdracht* alleen tot vernietiging kan leiden indien dit van ernstige aard is. De ontwerp MvT laat verder weten dat hier alleen sprake van zal zijn indien de schending van substantiële betekenis is. Ook met deze wijziging lijkt de wetgever aan te willen sturen op een verdere begrenzing van de vernietigingsmogelijkheden. Het beperken van de vernietigingstermijn en de vernietigingsgronden zal ook gevolgen hebben voor partijen die de arbiter aansprakelijk willen houden. Als we ervan uitgaan dat vernietiging van het arbitrale vonnis ingangsvereiste is voor aansprakelijkstelling, dan wordt de aansprakelijkheidsdrempel naar

komend recht hoger. De vraag is of dat strookt met de bedoelingen van de wetgever.

6. Conclusie: drie suggesties voor het nieuwe arbitragerecht

Op grond van het voorgaande menen wij dat het aankomende wetsvoorstel op drie punten duidelijkheid moet verschaffen en een voorziening zou moeten treffen: op het punt van de maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters, de aansprakelijkheid van het arbitrage-instituut en op het punt van de verhouding tussen vernietiging en aansprakelijkheid.

Allereerst de *maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid*. Op dat punt laat de rechtsvergelijkende analyse zien dat de onderzochte rechtsstelsels verschillende uitgangspunten hanteren ('contract-theorie' vs. 'status-theorie'). Ondanks dat verschil in uitgangspunt lijkt een hoge c.q. verhoogde drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid gedeeld te worden. De verhoogde drempel in *Greenworld* lijkt dus goed aan te sluiten bij de 'grote' arbitrage-jurisdicties. Omwille van de rechtszekerheid in internationaal verband zouden wij willen aanraden om – als de wetgever de beslissing van de Hoge Raad onderschrijft – deze *Greenworld* maatstaf te codificeren.⁴⁸ Het is bovendien aan te raden direct te regelen in hoeverre partijen een afwijkende regeling mogen treffen. De rechtsvergelijkende analyse laat namelijk uiteenlopende standpunten zien en het zou goed zijn als de wetgever uitsluitel zou bieden over zowel de vraag of en in hoeverre uitsluiting van vernietiging mogelijk is, als over de vraag of afspraken gemaakt kunnen worden over aansprakelijkheid en de omvang daarvan.

In de tweede plaats de *aansprakelijkheid van het instituut*. Rechtsvergelijking met Engeland en de Verenigde Staten leert dat arbitrage-instituten in dergelijke landen soms dezelfde rechten genieten als arbiters, terwijl de Franse benadering kennelijk meer aansprakelijkheidsrisico's laat bestaan. Hoewel het om zeer uiteenlopende casus kan gaan – variërend van een instituut dat de post niet op tijd verstuurt tot het niet adequaat reageren op serieuze signalen over apert disfunctionerende arbiters – zou het goed zijn als de wetgever ook hier duidelijkheid schept.

Juist ook omdat internationaal gezien de toerekening van fouten van hulppersonen (art. 6:76 BW) en niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW) in bepaalde opzichten uit de pas loopt, kan het voor de aantrekkelijkheid van Nederlands recht als *lex arbitri* goed zijn om in elk geval duidelijkheid te scheppen over de grenzen van die toerekening (alsmede over de contracteervrijheid op dit punt).

In de derde plaats is er het vraagstuk van de *verhouding tussen vernietiging en aansprakelijkstelling*. De teneur van het ontwerp-wetsvoorstel lijkt te zijn dat napleiten zoveel als mogelijk moet worden voorkomen. Door zowel de termijnen voor vernietiging als de gronden voor vernietiging in te perken, wil de wetgever kennelijk het finale karakter van de arbitrale uitspraak verstevigen. In het verlengde daarvan is het dan logisch dat aansprakelijkstelling van de arbiter(s) in beginsel alleen kan volgen ná vernietiging van het arbitraal vonnis. Zou het namelijk mogelijk zijn om in plaats van vernietiging te vorderen, te grijpen naar het middel van aansprakelijkstelling, dan bestaat de kans op 'concurrentie' tussen rechtsmiddelen. Dat lijkt ons gezien de teneur van het ontwerp niet de bedoeling van de wetgever. Anderzijds moet ook worden onderkend dat als de verplichte vernietigingsroute tot een 'valkuil' verwordt die in de weg staat aan succesvolle aansprakelijkstelling, de regeling dan haar doel voorbij schiet. Het lijkt ons daarom aangewezen om de verhouding tussen vernietiging en aansprakelijkstelling te verduidelijken in de vorm van hoofdregel en uitzondering. Hoofdregel zou dan zijn dat eerst vernietiging moet plaatsvinden, en dat een uitzondering kan worden gemaakt voor gevallen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de afwezigheid van vernietiging tegen te werpen (bijvoorbeeld bij ernstig wangedrag van de arbiter dat pas later aan het licht komt).

Als de herziene arbitragewet op deze drie punten regels bevat, verduidelijkt dat de aansprakelijkheidspositie van arbiters, arbitrage-instituten en de verhouding tussen vernietiging en aansprakelijkstelling. Die duidelijkheid kan bijdragen aan de verdere verbetering van de aantrekkelijkheid van Nederlands arbitragerecht in de internationale concurrentie. En dat is precies een van de doelen van de herzieningsoperatie. •

38. Opmerking verdient dat de Art. 40 ICC Reglement 2001 (vergelijk art. 34 ICC Reglement 1998) weliswaar een exoneration-clausule bevat ten behoeve van ICC, het personeel en de arbiters, maar dat in de literatuur wordt aangenomen dat deze clausule niet effectief is (Redfern e.a. 2005, p. 244; Moses 2008, p. 148) of geen rechtsgevolg toekomt voorzover de exoneration verder gaat dan wettelijk is toegestaan (Lew, Mistelis & Kroll 2003, p. 291).

39. Moses 2012, p. 205. Zie bijv. art. 1065 lid 1 sub a Rv. en art. 68 lid 2 sub b Arbitration Act 1996.

40. Zie hierover Rubino-Sammartano 2001, p. 870; S. Luttrell, *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need*

for a Real 'Danger Test', Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 40. Voor Nederland bijv.: HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 449 (*Van der Lely/VDH*); HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (*Spaanderman/Anova Food*).

41. Rubino-Sammartano 2001, p. 869.

42. M. McIlwrath & J. Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 331; D. Baizeau, 'Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties', *International Arbitration Law Review* 2005, p. 69. Opmerking verdient dat de U.S. Supreme Court niet heeft toe-

gestaan dat in de arbitrageovereenkomst verruiming van vernietigingsgronden en zodoende verruiming van de rechterlijke toetsingsmogelijkheden plaatsvindt (*Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008)). Zie ook A. W. Rovine 2008, p. 19.

43. Art. 1522 Code de procédure civile.

44. F.J.M. De Ly, 'Kroniek Internationale arbitrage', *TvA* 2008, 46; GS Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 1064 Rv, aant. 1. Wij sluiten niet uit dat een nadere overeenkomst, gesloten ná het opkomen van de vernietigingsgrond, die vernietigingsbevoegdheid kan uitsluiten, maar hier wordt vooral bedoeld de contractuele uitsluiting op voorhand.

45. Voor eenzelfde redenering bij bindend advies, zie HR 15 juni 2012, *LJN* BW0727, *RvdW* 2012, 852 (r.o. 3.5.3).

46. Zie nader GS Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 1064 Rv, aant. 2; T&C Burgerlijke Rechtsvordering, commentaar op artikel 1064 Rv.

47. Bijv. Sanders 2001, p. 189; F.D. Von Hombracht-Brinkman, *De rechter en Arbitrage 1997-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 153; GS Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 1064 Rv, aant. 2.

48. We laten daarbij overigens in het midden of de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor arbiters wenselijk is. Die vraag staat in deze bijdrage niet centraal.