

**Aansprakelijkheid van de arbiter: ‘bewuste roekeloosheid’,
‘ernstig verwijt’ of ‘bekwame arbiter’ als maatstaf?
De balansopname na *Greenworld* (2009) en *Qnow* (2016)**

VOORWOORD

De aansprakelijkheid van de arbiter is een onderwerp dat vanwege de vele aspecten die het heeft aantrekkelijk is, althans dat geldt in elk geval voor deze schrijver. Hierin komen immers het arbitragerecht, de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid samen, met ook nog de rechtsvinding. Dit zijn onderdelen van het recht waarop ik mij al geruime tijd bewogen heb, in de arbitrage- en adviespraktijk, universitair onderwijs en in publicaties. Het kostte mij dan ook niet veel moeite om de uitnodiging van een lid van de boekenraad van Ars Aequi Libri, René Klomp, om aan dit onderwerp een Cahier te wijden te aanvaarden. Maar dat was, moet ik bekennen, lang geleden. Zoals dat vaker gaat, een toezegging is gemakkelijker gezegd dan gedaan; het heeft vele jaren geduurd voordat ik eindelijk die belofte kon inlossen. Ook voor een fervente aanhanger van de ‘Belofte maakt schuld’-leer (de vervanger van de consensus-leer bij tot standkoming van overeenkomsten, al eind 19^e eeuw) bleek dat moeilijk te zijn, met alle drukte van het emeritale bestaan.

Intussen heeft het tijdsverloop ook zijn voordelen gehad: de spraakmakende arresten van de Hoge Raad van 2009, *Greenworld*, en 2016, *Qnow*, bedoeld om een nieuwe maatstaf aan te reiken voor onrechtmatige rechtspraak van de (scheids)rechter die in dit Cahier centraal staan, konden nu beter op hun merites beoordeeld worden met alle tegenspraak die erover in de literatuur verschenen is de afgelopen jaren. Bovendien volgde eind 2018 de ontknoping van *Qnow* na verwijzing, met nog enkele belangrijke uitspraken van de laatste jaren die meegenomen konden worden.

Het onderwerp van dit boek is een kolfje naar mijn hand, omdat het vraagt om nader onderzoek in contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht wat wij met de criteria van ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ en ‘ernstige verwijtbaarheid’ nu eigenlijk aan moeten op het gebied van falende arbiters. Die discussie, die ons ook op het gebied van Boek 2, bestuurdersaansprakelijkheid, brengt is nog niet echt gevoerd. Dat geldt, in iets mindere mate, ook voor enkele andere raakvlakken: EVRM- en Unierechtelijke bepalingen en rechtspraak, ook al zijn die van dwingend recht.

Het is dus, in velerlei opzichten een aansprekende materie, in een samenleving die zich steeds meer op gebreken in de rechtspleging is gaan richten.

INHOUD

Inleiding tot het onderwerp. De opzet en indeling van dit werk

Hoofdstuk 1

De jurisprudentie van de Hoge Raad over aansprakelijkheid van de arbiter: van *Hotel Jan Luyken* (1971) naar *Greenworld* (2009). Het negatieve commentaar in de literatuur

- 1.1 De oude jurisprudentie over onrechtmatige rechtspraak: *Hotel Jan Luyken* (1971)
- 1.2 De aanloop naar het arrest van 4 december 2009, *Greenworld*: het eerste *Greenworld*-arrest van 20 januari 2006. De casus
- 1.3 Het arrest van 20 januari 2006, *Greenworld-I*. De behandeling van de bevoegdheidsvraag
- 1.4 Conclusies uit *Greenworld I* (2006)
- 1.5 Het vervolg op *Greenworld-I* (2006): de procedure eindigend met *Greenworld* (2009)

Hoofdstuk 2

Het vervolg op *Greenworld* (2009): de bevestiging met *Qnow* (2016). Wederom: negatief commentaar in de literatuur

- 2.1 De aanloop: de casus en de procedure voor rechtbank en hof
- 2.2 Cassatie: het arrest van 30 september 2016, *Qnow*
- 2.3 Een eerste analyse van het arrest van 30 september 2016 aan de hand van een vergelijking met het standpunt van het OM
- 2.4 De benadering van de Hoge Raad in het arrest van 30 september 2016, in afwijking van de conclusie OM, kritisch bezien
- 2.5 Het verdere verloop van *Qnow* na verwijzing: het arrest Hof Arnhem 16 oktober 2018
- 2.6 Overzicht van de reacties op *Qnow* (juncto *Greenworld*) in de literatuur. De verdere opzet van onze analyse van het arrest met de nieuwe norm
- 2.7 De verdere opzet van deze analyse van de jurisprudentie van 2009 en 2016: de normen onderzocht naar contractuele herkomst en de Unierechtelijke context

Hoofdstuk 3

Analyse van de *Greenworld-Qnow*-maatstaf (I): ‘opzet en bewuste roekeloosheid’, de oorsprong ervan in het contractenrecht, *liaisons dangereuses*?

- 3.1 Inleiding. De contouren van het onderzoek naar dit rechtsgebied
- 3.2 De contractuele herkomst van ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ - het eerste onderdeel van de *Greenworld*-maatstaf. De bakermat: exoneration in het vervoersrecht, *Codam/Merwede* (1954)
- 3.3 De verdere ontwikkeling van ‘bewuste roekeloosheid’ in de jurisprudentie: *Diepop* (1994) en *Gemeente Stein/Driessen* (1996)
- 3.4 Het karakter van ‘bewuste roekeloosheid’: subjectief of objectief criterium? Betekenis van *Scaramea/Telfort* (2008) en de resultaatsverbintenis
- 3.5 De toepassing van ‘bewuste roekeloosheid’ bij werkgeversaansprakelijkheid. Onderscheid met ‘opzet’ zinvol?, herformulering nodig? Betekenis van *Interplissé* (2012)
- 3.6 Afronding en conclusies. Resultaatsverplichting als onderscheidend kenmerk; de ‘kernprestatie’, niet-nakoming ervan als ‘kardinale fout’
- 3.7 De verzekeringsaspecten van aansprakelijkheid en exoneration. *Kuunders/Swinkels* (2004) en standaardarrest *Fokker vliegtuigvleugel* (1968)

Hoofdstuk 4

Analyse van de Greenworld-Qnow-maatstaf (II): de herkomst van de criteria ‘persoonlijk ernstig verwijt’ of ‘grof plichtsverzuim’. Aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en bestuurders van vennootschappen. Andermaal, *liaisons dangereuses*?

- 4.1 Inleiding. De Aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren. *Breeweg/Wijnkamp* (2015)
- 4.2 De norm van ‘persoonlijk ernstig verwijt’ zoals ontwikkeld in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid volgens Boek 2
- 4.3 Een analyse van het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf: is er een meerwaarde bij vaststelling van onzorgvuldig handelen? Het debat in de doctrine over deze ‘zware’ maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid. De betekenis ervan voor de *Qnow*-norm bij de aansprakelijkheid van arbiters
- 4.4 De ‘ernstig verwijt’-maatstaf nader onderzocht. Wat zijn de kenmerken ervan in de praktijk?
- 4.5 Conclusies over het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2. Welke lering biedt dit bij het zoeken naar een norm voor de aansprakelijkheid van arbiters?
 - 4.5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid uit Boek 2 de maat genomen: waar staan wij anno 2019?
 - 4.5.2 Lessen uit Boek 2 voor de aansprakelijkheid van arbiters
 - 4.5.3 De afronding van de geleerde lessen uit Boek 2

Hoofdstuk 5

Inventarisatie van soorten fouten van arbiters die tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Het onderscheid: ‘Bedrijfsfouten’ en ‘processuele (inhoudelijke) fouten’

- 5.1 Inleiding. Het belang van de soort fout die gemaakt is voor de aansprakelijkstelling
- 5.2. ‘Bedrijfsfouten’, administratieve misslagen
- 5.3 ‘Processuele fouten’: (1) fout die grond voor wraking kan zijn ex art. 1033 Rv
- 5.4 ‘Processuele fouten’: (2) fout die grond voor vernietiging van het vonnis kan zijn ex art. 1065 Rv, sub *e* juncto *b*: strijd met de openbare orde, samenstelling van het scheidsgerecht
- 5.5 Vervolg fout (2). Enkele resterende vernietigingsgronden van art. 1065: ontbreken van een overeenkomst tot arbitrage (sub *a*) en motiveringsplicht (sub *d*). *Nannini* (2004)
- 5.6 Het vervolg op *Nannini* (2004) als standaard arrest: *Kers/Rijpma* (2006), een *misleading case*
- 5.7 Commentaar op *Kers/Rijpma* (2006). De *NJ*-noot van Snijders geanalyseerd; het ontbreken van Straatsburgse jurisprudentie
- 5.8 EHRM-jurisprudentie, *Ruiz Torija/Spanje* (1994), door de Hoge Raad aanvaard in 1995, met *N/Mobius*
- 5.9 De jurisprudentie van het EHRM over aan een rechterlijke motivering te stellen eisen op grond van artikel 6 EVRM (*fair trial*) na *Ruiz Torija* (1994). *Helle/Finland* (1997) en *Hilvisaari/Finland* (2001)
- 5.10 Conclusies over motiveringsgebreken en de werking van artikel 6 EVRM

Hoofdstuk 6

Diverse onderwerpen: De motiveringseis bij bindend advies. Herstel van het vonnis en terugverwijzing (*remission*). Vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Medeaansprakelijkheid van de arbiter, en juridisering van arbitrage

6.1 Vergelijkingsmateriaal: de motiveringseis bij bindend advies. *Amsterdam/Honnebier* (2005)

6.2 Processuele fouten: (3) fout die grond kan zijn voor herstel van het vonnis ex art. 1060 Rv. Verhouding tot *remission*, art. 1065a Rv

6.3 Afrondende beschouwingen: vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Medeaansprakelijkheid van een arbiter voor fout van een collega-arbiter. De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting

6.3.1 Vernietiging van het vonnis als voorwaarde voor aansprakelijkstelling van de arbiter?

6.3.2 Medeaansprakelijkheid van een arbiter voor een fout gemaakt door een mede-arbiter

6.3.3 De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting

Hoofdstuk 7

Verzekering en arbitrage

7.1 Inleiding. Het standpunt van Snijders (en van de Hoge Raad?)

7.2 Commentaar. Overzicht van mogelijke verzekeringsdekking voor juridische dienstverleners; de rol van arbitrage-instituten

7.3 Exoneratie en verzekeringsdekking. Aansprakelijkheid van arbitrage-instituten? Afronding

Hoofdstuk 8

Kritiek op de leer van de Hoge Raad in *Greenworld* en *Qnow*: Aspecten van EU-recht: *Köbler* (2003) en het vervolge erop: *Traghetti* (2006) en *Tomášová* (2016). De miskenning van Unierecht inzake onrechtmatige rechtspraak in de jurisprudentie van de Hoge Raad. *KLM-piloten/Staat* (2018)

8.1 Inleiding. Het Hof van Justitie EU en zijn plaats naast het EHRM

8.2 Het begin met de *Köbler*-uitspraak van het Hof van Justitie EG in 2003

8.3 Het vervolg: *Traghetti* (2006). Nieuwe ontwikkelingen in EU-recht: *Milena Tomášová/Slowenië* (2016)

8.4 De motiveringsvereisten in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de verplichting van de nationale rechter om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. *KLM-piloten/Staat* (2018): *Köbler* (2003) gevolgd

8.5 Conclusies. De magere oogst van *KLM-piloten/Staat* (2018). Luxemburg en Straatsburg: *The Tale of two Cities* – en nog een lange weg te gaan

Hoofdstuk 9

Algemene conclusies. De balansopname: welke maatstaf zou moeten gelden voor de aansprakelijkheid van arbiters? De bekwame, zorgvuldig handelende arbiter

Inleiding tot het onderwerp. De opzet en indeling van dit werk*

De aansprakelijkheid van de arbiter is met het arrest van 4 december 2009, *Greenworld*, door de Hoge Raad op een manier op de kaart gezet die veel discussie losgemaakt heeft in de vakliteratuur. In een principiële uitspraak is bepaald dat een arbiter aansprakelijk kan zijn indien hij bij de uitoefening van zijn functie “opzettelijk of bewuste roekeloos heeft gehandeld”, dan wel met “kennelijk grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt”. Met het arrest van 16 december 2016, *Qnow*, werd de eerder uitgezette koers bevestigd door de hoogste rechter, hetgeen een goede aanleiding vormt om de stand van zaken op dit gebied te analyseren. Dat is eens te meer het geval, aangezien de algemene kritiek op het eerste arrest met het verschijnen van het arrest van 2016 niet verstomd is, maar eerder in kracht toegenomen. De Hoge Raad had in 1971 de aansprakelijkheid van de overheidsrechter zo goed als onmogelijk gemaakt met het arrest *Hotel Jan Luyken*, en nu lijkt vrijwel hetzelfde gedaan te zijn met de aansprakelijkheid van de arbiter. Dat valt echter nog te bezien. Opvallend is dat de Hoge Raad met het arrest van 2016 contrair gegaan is, met terzijdestelling van een sterke conclusie van A-G Rank-Berenschot die steun had gevonden in opvattingen in de doctrine, uit welke hoek zij naderhand veel bijval gekregen heeft.

Met de genoemde arresten als uitgangspunt zal in de hier volgende beschouwingen de positie van de arbiter onderzocht worden, geplaatst tussen die van de rechter en de bindend adviseur, geschilbeslechers met wie de arbiter in verschillende opzichten sterk verwant is. Met de rechter deelt hij een publieke taak: rechtspreken, een aan publiekrechtelijke normen onderworpen activiteit. Met de bindend adviseur is er overeenstemming in zijn privaatrechtelijke, contractuele aanstelling als arbiter, door middel van een door partijen aan hem daartoe verleende opdracht. Daarmee komen normen van privaatrechtelijke huize in beeld, evenals de mogelijkheid tot exoneration, de uitsluiting van aansprakelijkheid. In de arresten van 2009 en 2016 heeft de Hoge Raad expliciet aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheid van rechters, zoals deze door de wetgever geregeld is. De verhouding tot de bindend adviseur of professionele dienstverleners is daarbij echter onbelicht gebleven.

Op de positie van de arbiter optredend in een gebied tussen publiekrecht en privaatrecht kan rechtsvergelijking licht werpen. In de omringende landen zien wij voorbeelden van beide uitersten: in de U.K. is de arbiter gelijk gesteld aan de rechter en dus immuun voor aansprakelijkheid voor zijn optreden in arbitrage (met uitzondering van gevallen van *bad faith*), in Frankrijk wordt de arbiter vooral in zijn privaatrechtelijke rol gezien, hetgeen aansprakelijkheid mogelijk maakt (bij grove nalatigheid). In de V.S. gaat men nog verder dan de U.K. met immuniteit van de arbiter (gezien als rechter), al is daar de laatste tijd verzet tegen ontstaan.¹ De vraag is, waar de arbiter naar Nederlands recht staat in dit spectrum. Bij de beantwoording van die vraag zijn wij ook aan internationale normen gebonden, uit EVRM- en EU-verdragen, een thema waarop hieronder nog teruggekomen zal worden wanneer de mogelijkheid van vernietiging van vonnissen ter sprake komt.

*J.M. van Dunné is emeritus hoogleraar Privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam; voor zijn aangehaalde publicaties, zie: www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen/ (vandunne@ext.eur.nl).

¹ Voor een rechtsvergelijkend overzicht, zie: Evert Dekker en Willem van Boom, “Arbiters en aansprakelijkheid. Drie aandachtspunten bij de herziening arbitragerecht”, *NJB* 2013/26, op p.1704 e.v. In dit werk ga ik (grotendeels) voorbij aan de rechtsvergelijking over dit onderwerp.

Een andere vraag die zich hier voordoet wanneer in beginsel de aansprakelijkheid van de arbiter aanvaard wordt, zoals de Hoge Raad gedaan heeft, is welke grenzen daarbij getrokken zouden moeten worden. Dat is natuurlijk niet anders dan het geval is bij andere professionele dienstverleners, zoals: artsen, advocaten, technische adviseurs, maar hoe verhoudt zich dat tot de publiekrechtelijke kant van het optreden als arbiter? De door de Hoge Raad in 2016 aanvaarde norm: aansprakelijkheid bij “opzet, bewuste roekeloosheid” of “grof plichtsverzuim” doet vanzelf de behoefte ontstaan aan een vergelijking met de genoemde verwante beroepsuitoefenaars. Een opmerkelijk aspect is hierbij dat deze professionele dienstverleners een overeenkomst uitvoeren die algemeen als een inspanningsverbintenis omschreven wordt, met een grote marge bij de invulling daarvan die vaststelling van ernstige nalatigheid bemoeilijkt zo niet vrijwel onmogelijk maakt. Dat is met name het geval wanneer er grote risico’s op het spel staan die maatschappelijk aanvaard zijn. Daarentegen is hij wel voor uitvoeringsfouten in de zakelijke of logistieke sfeer aansprakelijk (termijn laten verlopen, te laat in de operatiezaal, materieel dat ondeugdelijk is, e.d.). Dat zijn geen ‘kunstfouten’ maar ‘bedrijfsfouten’. In de recente rechtspraak van de Hoge Raad is de arbiter voor geen van beide aansprakelijk (op een kleine uitzondering na), en de vraag is, of die zienswijze terecht zo aangenomen moet worden. Ik teken hierbij wel aan, dat de dienstverlener reeds aansprakelijk is wanneer sprake is van niet handelen als een redelijk handelende en redelijk bekwame dienstverlener. Waarom zou dit ook niet voor arbiters moeten gelden?

Bij de aanvaarding van het privaatrechtelijke, contractuele kader waarin de arbiter optreedt, komt ook de thematiek van exoneratie-mogelijkheden in beeld, en *last not least*: de verzekeringsvraag. “No liability without insurance” is het gevleugelde woord dat Lord Denning al weer enige tijd geleden in omloop gebracht heeft. Een in ons land nog steeds gevoelig onderwerp, al lijkt in de contractuele sfeer de laatste tijd meer instemming voor deze visie te vinden te zijn bij schrijvers, dan in de buiten-contractuele sfeer het geval is. Deze materie vraagt onze bijzondere aandacht, niet alleen vanwege het principiële aspect: “Wat komt eerst: aansprakelijkheid, of verzekeringsdekking?” – maar ook vanwege de praktische uitwerking van deze problematiek. Vaak blijft men steken in de observatie dat het moeilijk kunnen verkrijgen van verzekering voor deze aansprakelijkheid tot gevolg heeft dat die aansprakelijkheid afgewezen dient te worden. In die zin bijvoorbeeld recentelijk H.J. Snijders in zijn artikel in *TvA* over het *Qnow*-arrest van begin 2017 – een van de weinige schrijvers die het arrest ondersteunt - daarbij speculerend over de vermoedelijke argumenten die de Hoge Raad geleid zouden kunnen hebben bij zijn aanvaarding van een beperkte aansprakelijkheid van arbiters.

Het thema wordt door Snijders terecht aangesneden, maar er is natuurlijk veel meer te zeggen over de draagplicht van een arbiter op dit gebied. Als het om kleine arbitrages gaat, dat wil zeggen met een gering belang en daarom dito vergoeding voor de arbiter, is het voorstelbaar dat in geval van grote schadeclaims de dekkingsmogelijkheid van de arbiter niet realistisch is. Bij grote arbitrages, met mega-belangen, kunnen die claims alleen maar in omvang toenemen, en als het om miljoenen gaat, zelfs miljarden, zegt Snijders, dan kan men toch direct inzien dat geen dekking voor de arme arbiter te verkrijgen is, laat staan te betalen. Daar kan men echter een vraagteken bij zetten: bij grote arbitrages kan het honorarium van de arbiter enkele tonnen bedragen, soms zelfs miljoenen, in internationale arbitrages, en dan zou nog steeds dekking van aansprakelijkheid voor een arbiter een brug te ver zijn? In de jaren ’90 deed het verhaal de ronde van een arbitrage die Shell voor de ICC in Parijs voerde: de claim bedroeg ca. 80 miljoen USD, de kosten van arbitrage waren ca. 10 miljoen USD. Hoezo, geen dekking van aansprakelijkheid mogelijk? En waar staat het arbitrage-instituut eigenlijk in dit tableau

van aansprakelijkheid van een falende arbiter, en daarmee falende arbitrage? Wie bepaalt, betaalt, geldt hier toch?

Dit brengt ons op de vraag of het wettelijk stelsel van aansprakelijkheid van de overheidsrechter, waarbij de Staat in de plaats gesteld werd van een immuniteit genietende rechter, navolging zou verdienen bij toepassing op particuliere rechtspraak, namelijk door arbitrage-instituten een grotere rol te laten spelen bij het dragen van aansprakelijkheid. Deze instellingen zijn immers belast met de selectie en aanstelling van arbiters, houden toezicht op de gevolgde procedure en voeren een toetsing uit van het concept-vonnis op formele en processuele vereisten (de zogenaamde *scrutiny*). In het Franse recht is deze aansprakelijkheid reeds aanvaard, niet verwonderlijk gezien de grote plaats die daarin aan het private karakter van arbitrage gegeven wordt.

Een arbiter kan fouten maken, net zoals de rechter dat kan overkomen – het blijft mensenwerk. Sommige fouten kunnen aanleiding zijn voor een vernietiging van het vonnis, zowel bij overheidsrechtspraak als particulier rechtspraak, arbitrage. In mijn onderzoek naar de grenzen van aansprakelijkheid van de arbiter wil ik de nietigheidsgronden (art. 1065 Rv) betrekken; daaruit zou immers af te leiden moeten zijn welke fouten van ernstige aard zijn, zo ernstig dat een vernietigingsberoep kan slagen. De sfeer van ‘grof plichtsverzuim’ lijkt daarmee in beeld te kunnen komen, en aldus meer reliëf te kunnen krijgen. Anders gezegd, waarover praten wij eigenlijk bij aansprakelijkheid van arbiters? Het niet ondertekenen van het vonnis door alle drie arbiters, zoals in de *Qnow*-zaak, of het ontbreken van een arbitrageovereenkomst zoals in *Greenworld*, kan toch niet het hele spectrum zijn? Van groter gewicht en vaker ingezet in de praktijk zijn de resterende vernietigingsgronden: zich niet aan de opdracht houden (stellingen onbesproken laten), niet motiveren (niet op verweren ingaan), in strijd met de openbare orde oordelen (geen hoor en wederhoor verlenen).

Het aansnijden van de toetsing van rechtsgeldigheid van een arbitraal vonnis naar nationale normen, doet direct de vraag rijzen naar de rol van internationale normen op dit gebied: art. 6 EVRM komt dan in beeld met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Bij de toepassing van rechtsregels kan ook het EU-recht aan de orde komen; het Europese Hof van Justitie hecht zeer aan de juiste toepassing van Europees recht door nationale rechters en arbiters. In reactie op de recente rechtspraak van de Hoge Raad over arbiter-aansprakelijkheid werden deze aspecten – door de Hoge Raad niet bij zijn oordeel betrokken – door verscheidene annotatoren en schrijvers steeds sterker naar voren gebracht. Een internationaalrechtelijke context die geen vrijblijvend karakter heeft en om onze aandacht vraagt.

Tot slot nog een opmerking van algemene aard over ons onderwerp, de actualiteit ervan. De figuur van arbitrage als geschillenbeslechting staat evenals de rechtspraak van de overheidsrechter, niet meer in de luwte. Zij kan niet meer op vanzelfsprekende erkenning of aanvaarding in de samenleving rekenen, zeker niet van de zijde van de verliezende partij en belangengroepen op de achtergrond. Wraking van arbiters, vroeger vrij uitzonderlijk, is een gewoon fenomeen aan het worden, een van de middelen die een alerte partij ten dienste staan tijdens de procedure, maar ook na afloop. Dat geldt ook voor het instellen van vorderingen tot vernietiging van een arbitraal vonnis, een middel waar de verliezende partij steeds vaker naar grijpt om alsnog haar doel te bereiken. De internationale arbitrage-praktijk is hierbij voorbeeld gevend gebleken. De vertragingstactieken en processuele chicanes staan daar bekend als *guerilla tactics*, dat geeft het beeld aardig weer. Na het verkrijgen van een arbitraal vonnis is het dan afgelopen met de guerilla - letterlijk: ‘kleine oorlog’ - daar komt

tegenwoordig vaak de gewone oorlog voor in de plaats: de poging om het vonnis vernietigd te krijgen. *Open war*, dus. In die trend - hoezeer te betreuren, in toenemende mate een realiteit - ligt het aansprakelijk stellen van de arbiter in het verlengde van de gevoerde proces-tactiek. Al met al een reden om het onderwerp van dit Cahier serieus te nemen.

Hiermee is de opzet van dit boekje beschreven. Over de verdere indeling ervan, nog het volgende.

In de *Hoofdstukken 1 en 2* wordt uitvoerig aandacht gegeven aan de jurisprudentie waar het hier om te doen is, respectievelijk *Greenworld* (2009) en *Qnow* (2016). Aan het eerste arrest is een arrest uit 2006 voorafgegaan, door mij *Greenworld I*, genoemd dat heel instructief is voor een goed begrip van zowel de casus als de rechtsvraag in kwestie, de bevoegdheid van arbiters. Het blijkt allemaal anders te liggen dan men bij lezing van het arrest van 2009, de blikvanger, zou verwachten. De bespreking van deze rechtspraak is uitvoerig geworden, allereerst vanwege het contrair gaan van de Hoge Raad in het arrest van 2016, ondanks de uitstekende conclusie van A-G Rank-Berenschot, die zoals gezegd vrij algemeen bijval gevonden heeft in de literatuur. De schrijvers waren tevoren al vrijwel eenstemmig uiterst kritisch over het arrest van 2009, een kritiek die slechts in kracht toegenomen is en om bespreking vraagt. En dan is er nog na verwijzing, de ontknoping van *Qnow* met het arrest van het Hof Arnhem van 16 oktober 2018.

Na deze voorbereidende beschouwingen volgt het eigenlijke werk, een analyse van de nieuwe maatstaf die de Hoge Raad met beide arresten heeft aangedragen ter bepaling van aansprakelijkheid van arbiters. In *Hoofdstuk 3* wordt de nieuwe maatstaf onderzocht op het punt van het begrip ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, de herkomst ervan uit het contractenrecht, met name de exoneratie van aansprakelijkheid. De bakermat ligt in het vervoersrecht, *Codam/Merwede* (1954), waarop veel rechtspraak gevolgd is in een waaier van soorten overeenkomsten, maar met steeds als kenmerk een resultaatsverplichting. Bij deze analyse wordt de figuur van ‘opzet’ als ballast afgeworpen, en in de ‘kernprestatie’ een veel bruikbaar instrument gevonden om aansprakelijkheid te kunnen vaststellen. De ‘bewuste roekeloosheid’ was al in de jurisprudentie van de Hoge Raad sterk geobjectiveerd en had daarmee zijn onderscheidend kenmerk verloren. De verzekeringsaspecten, zoals in de jurisprudentie vorm gekregen, van *Fokker vliegtuigvleugel* (1968) tot *Kuunders/Swinkels* (2004), vormen hier een belangrijk sluitstuk.

In *Hoofdstuk 4* wordt de analyse van de nieuwe maatstaf van de Hoge Raad voortgezet, nu met een onderzoek naar het begrip ‘ernstig verwijt’: de herkomst ervan uit Boek 2, aansprakelijkheid van vennootschappen. Daarbij wordt ook de aansprakelijkheid van juridische beroepsbeoefenaren belicht, aan de hand van recente rechtspraak, *Breeweg/Wijnkamp* (2015). Ook op dit onderwerp is er rechtspraak van de Hoge Raad die op veel verzet in de literatuur stuit, een debat dat al een decennium voortwoedt. Bij veel schrijvers gaat de voorkeur hierbij uit aan de maatstaf van aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren: het zogenaamde ‘maatman’-criterium. Dat geeft te denken, het zou bij ons onderwerp, arbiters die fouten maken, niet misstaan.

In *Hoofdstuk 5* keren wij weer terug naar de bron, het in de maatstaf van de Hoge Raad in *Qnow* gebruikte onderscheid tussen ‘bedrijfsfouten’ en ‘procedurele (inhoudelijke) fouten’. Aan de door veel schrijvers aangedragen voorbeelden voeg ik er een aantal toe, ontleend aan de gronden voor wraking en vernietiging van vonnissen, op grond van respectievelijk artt. 1033 en 1065 Rv. Daarbij vraagt de motiveringsplicht de meeste aandacht: na het veelbelovende arrest *Nannini* (2004) werd het licht uitgedaan met het arrest *Kers/Rijpma* (2006). In mijn kritische beschouwing daarover, waarin ik met Snijders de degens kruis – die

ook dit arrest van de cassatierechter *con amore* ondersteunt – geef ik veel aandacht de werking van artikel 6 EVRM, *fair trial*, op dit gebied met jurisprudentie van het EHRM die sinds *Ruiz Torija/Spanje* (1994) alleen maar aan kracht toegenomen heeft. Deze rechtsnormen worden door de Hoge Raad, evenals in de commentaren van schrijvers erop, miskend, geheel ten onrechte. En dan te bedenken dat onze Hoge Raad het EHRM-arrest van 1994 al in 1995 overgenomen heeft, in het standaardarrest over motivering van rechterlijke beslissingen, *N/Mobius*. Werk aan de winkel, dus.

In *Hoofdstuk 6* komen diverse onderwerpen aan bod die relevantie hebben voor ons onderwerp: de motiveringseis bij bindend advies, *Amsterdam/Honnebier* (2005), de figuren van herstel van een arbitraal vonnis en de nieuwe figuur van terugverwijzing (*remission*), in 2015 ingevoerd (respectievelijk: artt. 1060 en 1065a Rv). Verder nog: de vraag of vernietiging van het vonnis een voorwaarde voor aansprakelijkheid is, de mede-aansprakelijkheid van arbiters en tenslotte een kanttekening bij de ‘juridisering’ van het arbitrageproces.

Aansprakelijkheid en verzekering, en de positie van de arbiter op dit terrein is het onderwerp van *Hoofdstuk 7*. De aanleiding daarvoor was de observatie van Snijders in zijn *NJ*-noot onder *Qnow* dat de Hoge Raad vermoedelijk tot zijn visie van de zo sterk beperkte aansprakelijkheid van arbiters gekomen is doordat zij nu eenmaal niet of moeilijk verzekeringsdekking kunnen vinden. Dat standpunt vroeg om een weerlegging in het feitelijke vlak, alsook ten principale. Daarbij wordt ook de plaats en functie van arbitrage-instituten in het beeld betrokken, vooral ook de mogelijkheden die hier nog liggen.

In *Hoofdstuk 8* wordt dieper ingegaan op een belangrijk punt van kritiek dat veel schrijvers ingebracht hebben tegen de arresten *Greenworld* en *Qnow*, namelijk dat daarin het EU-recht miskend werd, met name het *Köbler*-arrest van 2003. Bij mijn bespreking van die algemene kritiek heb ik ook de recentere rechtspraak van het Hof van Justitie EU erbij betrokken, zoals *Traghetti* (2006) en *Tomášová* (2016). Tenslotte komt nog een recent arrest van de Hoge Raad aan bod, *KLM-piloten/Staat* (2018), inzake het niet stellen van prejudiciële vragen aan het EU-Hof, en de vereiste motivering daarvan, waarin de cassatierechter het *Köbler*-arrest van 2003 aanhaalt. Eind goed, al goed?, nou neen, niet bepaald.

Tot slot zijn in *Hoofdstuk 9* enkele beschouwingen ter afronding van het onderwerp opgenomen., de balans opgemaakt.

HOOFDSTUK 1

1. De jurisprudentie van de Hoge Raad over aansprakelijkheid van de arbiter: van *Hotel Jan Luyken* (1971) naar *Greenworld* (2009). Het negatieve commentaar in de literatuur

1.1 De oude jurisprudentie over onrechtmatige rechtspraak: *Hotel Jan Luyken* (1971)

Tot 2009, met de komst van het arrest *Greenworld*, gold als standaardarrest op het terrein van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak het arrest *Hotel Jan Luyken* uit 1971.² Dat had betrekking op uitspraken van de overheidsrechter, maar werd ook op beslechting van geschillen in arbitrage toegepast. De Hoge Raad heeft in dat arrest twee cumulatieve voorwaarden voor aansprakelijkheid gesteld: de uitspraak moet in laatste instantie gedaan zijn zodat geen rechtsmiddel meer open stond, en de rechter moet bij de voorbereiding van de beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd hebben dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Daarbij stond voor de Hoge Raad voorop dat grote terughoudendheid bij de toepassing betracht moest worden; schending van bijvoorbeeld motiveringsbeginsel of de redelijke termijn betekende niet dat de civiele procedure niet eerlijk verlopen was. Meer kans bood de schending van het beginsel van hoor en wederhoor of een inbreuk op de onpartijdigheid van de rechter. De cassatierechter wilde voorkomen dat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen op deze wijze doorbroken zou kunnen worden, eenvoudiger gezegd: het moet ook een keer afgelopen zijn met het procederen.³

Aldus werd de aansprakelijkheid van rechters voor gebrekkige vonnissen effectief geblokkeerd. In de literatuur ontstond veel kritiek op deze benadering van de Hoge Raad, die veel te beperkt van opzet gevonden werd en dringend om verruiming vroeg.⁴ Ik ga hier aan die kritiek voorbij, die ten dele ook op rechtspraak van het Hof van Justitie EU gebaseerd was, wij zullen zien dat wanneer in 2009 het arrest *Greenworld* verschijnt, waarin de Hoge Raad de gelegenheid heeft aangegrepen om de bakens te verzetten, die kritiek nog niet verstomd is. Daarbij nam het beroep op de rol van het EU-recht op dit gebied speelt in kracht toe, met het standaardarrest *Köbler* dat het Europese Hof in 2003 uitgesproken had in een centrale plaats. Dat onze hoogste rechter de druk voelde om met vernieuwing van de oude jurisprudentie te komen, werd door veel commentatoren ontleend aan de bijzonderheid dat het in de *Greenworld*-zaak ging om aansprakelijkheid van arbiters, en de Hoge Raad de nieuwe maatstaf daarvoor ook van toepassing achtte op onrechtmatige rechtspraak van de overheidsrechter. Beide onderwerpen werden dus gezamenlijke behandeld, met de introductie van één, nieuwe standaard.

1.2 De aanloop naar het arrest van 4 december 2009, *Greenworld*: het eerste *Greenworld*-arrest van 20 januari 2006. De casus

² HR 3 december 1971, *NJ* 1972/137, m.nt. Scholten; *AA* 1973, p.156. m.nt. Stein.

³ Zie hierover: conclusie A-G Huydecoper voor *Greenworld* (2009), nrs. 13 e.v. Voor de jurisprudentie waarin het arrest van 1971 gevolgd werd, in een vaste rechtspraak, zie eveneens die conclusie, nt. 15.

⁴ Zie hiervoor conclusie A-G Huydecoper, 2009, de in noot 17 genoemde literatuur, o.a. S.C.J.J. Kortmann, in zijn Nijmeegse oratie van 1985 en artikelen van 1991 en 1993; H.J. Snijders, *NJ*-noot uit 1995. Een goed overzicht geeft V.V.R. Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, diss. Groningen 2005, Antwerpen: Maklu, op pp. 425 e.v.; 243 e.v., met literatuurverwijzingen en rechtsvergelijking. Zie ook nog: J.F.M. Janssen, "De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter", *NJB* 2008/20, p.1212 e.v.

Voor een goed begrip van de Greenworld-zaak, het arrest van 2009, is het nuttig om kennis te nemen van een minder bekende uitspraak in dit geschil van 20 januari 2006, door mij gemakshalve *Greenworld I* genoemd. Uit het arrest van 2006 wordt namelijk duidelijk wat precies de toedracht was bij de contractsluiting van partijen, hetgeen voor de vraag naar de bevoegdheid van arbiters - de kern in deze zaak - van essentieel belang is. In de commentaren op het bekende arrest van 2009 wordt deze achtergrond stevast uit het oog verloren, heb ik gemerkt.

De casus is als volgt. Twee partijen hebben een overeenkomst van aanneming van werk gesloten waarbij een derde partij nauw betrokken is. De twee partijen zijn: Sagro Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V. en de Duitse vennootschap ASB Grünland, de derde is ASB Greenworld B.V., in Vlissingen (verder te noemen, respectievelijk: Sagro, Grünland en Greenworld). Overeengekomen werd dat de facturen door Sagro aan Greenworld gezonden en door haar betaald zouden worden; Greenworld was met Grünland gelieerd (dochtermaatschappij) en zou het bouwwerk in gebruik zou nemen. Het had een drie partijen-overeenkomst kunnen zijn, maar dat was het niet, met zoals wij zullen zien, dramatische gevolgen. In de bouwovereenkomst stond namelijk een bepaling die enkel tussen de twee betrokken partijen, Sagro en Grünwald gelding had en die de bron van het geschil tussen partijen zou worden: het arbitragebeding. Deze contractsbepaling hield in dat eventuele geschillen in arbitrage beslecht zouden worden onder de regels van het NAI, het Nederlands Arbitrage Instituut in Rotterdam.

Er ontstaat een geschil dat aan een aantal rechterlijke instanties zou worden voorgelegd, waaronder tot tweemaal toe de Hoge Raad. Het heeft tenslotte in 2009 een standaardarrest opgeleverd dat als *Greenworld* bekend geworden is, een arrest dat veel pennen in beweging gezet heeft, in uiteenlopende richtingen.

Het begint allemaal met een geschil over de uitvoering van de overeenkomst en de betaling van desbetreffende facturen, waarover Sagro een arbitrage bij het NAI begint, zowel tegen Grünland als Greenworld. De laatste verweert zich met een beroep op de onbevoegdheid van arbiters omdat zij geen partij bij de aanneemovereenkomst is en derhalve niet gebonden aan het arbitragebeding. Het verdere verloop is, kortgezegd, als volgt.

Arbiters wijzen het beroep op onbevoegdheid af, verklaren zich bevoegd tegenover Greenworld (en uiteraard, Sagro) en wijzen vonnis, waarbij Grünfeld en Greenworld hoofdelijk veroordeeld worden om een bedrag van f. 260.000 aan Sagro te betalen. Greenworld accepteert dat niet en stelt een kort geding in om een verbod tegen uitvoering van het vonnis te verkrijgen. Wanneer dat vergeefs blijkt, begint zij een procedure tot vernietiging van het arbitrale vonnis voor de Rechtbank Middelburg, en na afwijzing, gaat zij in appel bij het Hof Den Haag. Het hof stelt haar in het gelijk en beslist tot vernietiging van het arbitrale vonnis, maar alléén voor het deel dat betrekking heeft op Greenworld, wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst van arbitrage. Het daartegen ingestelde cassatieberoep bij de Hoge Raad faalt.⁵ De Hoge Raad overwoog dat een gedeeltelijke vernietiging van een arbitraal vonnis mogelijk is, daarmee de klacht van Greenworld daaromtrent verwerpend.

Grünwald en dochter Greenworld hebben aldus het beoogde doel niet bereikt: het arbitrale vonnis met de hoofdelijke veroordeling van beide tot betaling van f. 260.000 aan aannemer Sagro ongedaan te maken. Immers, moeder Grünwald is nog steeds hoofdelijk schuldenaar voor dat bedrag ten opzichte van Sagro, ook al is dochter Greenworld daarvan vrijgesteld.

⁵ HR 20 januari 2006, NJ 2006/77; *Grünland en Greenworld / Sagro* ; Sagro had incidenteel cassatieberoep ingesteld. Vgl. ook *JBPr* 2006/43, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk, waarin de partiële nietigheid van een arbitraal vonnis besproken wordt. Zie thans ook: art. 1065 lid 5 Rv, ingevoerd met de wijziging van het Arbitragerecht van 2015.

Daar laten de partijen het niet bij zitten, Greenworld wil haar schade verhalen en stelt tegen de arbiters een vordering uit onrechtmatige daad in. Daarbij voert zij aan dat arbiters zich, niet tegenstaande het door haar ingestelde bevoegdheidsverweer, bevoegd hebben verklaard en daarmee inbreuk hebben gemaakt op het recht van Greenworld om het geschil aan de burgerlijke rechter voor te leggen. Ook werd het NAI aangesproken uit onrechtmatige daad omdat zij onvoldoende toezicht op de arbiters had gehouden en zij uit de processtukken had kunnen opmaken dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbrak.

Zowel rechtbank als hof hebben deze vorderingen afgewezen, waarop door Greenworld cassatie bij de Hoge Raad ingesteld werd, met het arrest van 4 december 2009 als resultaat. Ik noteer dat wij intussen bijna vier jaar verder zijn, terwijl er sinds het geschil in kwestie over betaling van resterende facturen die tot arbitrage geleid heeft, er ruim 10 jaar verstreken zijn. In het recht wordt de vis niet alleen duur betaald, maar vooral ook langzaam. Ook kan men zich afvragen of voor de eisende partijen hier het sop de kool wel waard was, om in de sfeer van vaderlandse gezegden te blijven.

De Hoge Raad neemt de klacht van Greenworld heel serieus – daarbij uitvoerig geadviseerd door AG Huydecoper - en maakt van de gelegenheid gebruik om tot een principiële uitspraak over de aansprakelijkheid van arbiters te komen, als vervolg op het arrest uit 1971, *Hotel Jan Luyken*, dat tot dusver op dit gebied de standaard vormde. Interessant is ook, dat hierbij aansluiting wordt gezocht bij de aansprakelijkheid van de overheidsrechter. Voor Greenworld (met moeder Grünwald op de achtergrond) biedt dat alles weinig troost, want haar klacht wordt ferm afgewezen. Ook al zouden arbiters het bevoegdheidsverweer ten onrechte miskend hebben, oordeelt de Hoge Raad, voor de kwalificeren van het handelen van arbiters als een onrechtmatige daad is vereist dat zij bij het nemen van de beslissing “opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt”. In casu was daarvan geen sprake, beslist de Hoge Raad.

Deze verstrekende uitspraak van de hoogste rechter zal hierna nog uitvoerig weergegeven en geanalyseerd worden, met het vele commentaar dat erop verschenen is (in par 1.3), maar op deze plaats vraagt het handelen in kwestie van de arbiters waarover geklaagd wordt nog nadere aandacht. Overigens ook in het licht van het arrest, en de nieuwe standaard die gezet is door de cassatierechter. Het soort fout dat arbiters gemaakt hebben dat geleid heeft tot een persoonlijke aansprakelijkheid stelling uit onrechtmatige da verdient nader onderzoek. De fouten die zich kunnen voordoen kunnen namelijk van velerlei aard zijn: vormfouten, inhoudelijke fouten (met betrekking op de inhoud van het vonnis, de grondslagen of de motivering) of fouten in het voeren van de arbitrageprocedure, ook wel ‘bedrijfsfouten’ genoemd. Hieronder komt die materie nog uitvoerig ter sprake, ook in vergelijking tot andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht waar dezelfde onderscheidingen gemaakt worden, bijvoorbeeld werkgeversaansprakelijkheid.

De indruk die bij de jurisprudentielezer kan ontstaan, met name wanneer deze slechts kennis genomen heeft van het arrest uit 2009, en niet ook dat van 2006 over Greenworld, is dat het hier om een fout van in wezen kleine omvang gaat: het over het hoofd gezien hebben dat de persoon in kwestie geen partij was bij de overeenkomst waarin het arbitragebeding opgenomen was. Dat kan gebeuren in een complexe zaak, waarin van verschillende personen en contracten sprake is onder verschillende benamingen, in een niet altijd duidelijke volgorde in de tijd. Een menselijke fout, dus, maar wel met heel grote gevolgen. Het feit dat door Greenworld ook het arbitrage-instituut, de NAI, aansprakelijk gesteld werd (voor het eveneens over het hoofd zien van dat punt bij de controle van het concept-vonnis) wekt dezelfde indruk. Meer een slordigheid of onachtzaamheid dan een onjuiste beslissing naar inhoudelijke, juridische maatstaven. Ik moet bekennen dat dat ook mijn insteek was als lezer

van het arrest van 2009, maar het ligt toch anders. Ik zal dat uiteenzetten, ook vanwege het belang voor het toepassen van de door de Hoge Raad aangereikte nieuwe norm voor persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters in de – als altijd – weerbarstige praktijk.

1.3 Het arrest van 20 januari 2006, *Greenworld-I*. De behandeling van de bevoegdheidsvraag

Waar ging het over, bij de bevoegdheidsvraag in de *Greenworld*-zaak? De casus is als volgt.⁶ Op 5 november 1997 wordt een aannemingsovereenkomst gesloten tussen het Duitse bedrijf ASB Grünland en Sagro Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V. voor de turn-key bouw van een productiehal met kantoor- en woonruimte (“Vertrag mit Schlüsselfertiger Übergabe September 1997”). De nieuwbouw is bestemd voor het dochterbedrijf van Grünland ASB Greenworld B.V. als gebruiker. De laatste werd eerst na het sluiten van de aannemingsovereenkomst opgericht, op 28 november 1997, met Grünland als enig aandeelhouder. Lübbert is directeur van Grünland en tevens mede-directeur van Greenworld. Tijdens de onderhandelingen over de bouwovereenkomst – het concept ervan dateert kennelijk van “September 1997”, aldus de titel van het contract – heeft Lübbert namens Grünland op 6 oktober aan Sagro bericht:

“bitte adressieren Sie die Auftragsbestätigungen und Rechnungen an die folgende Anschrift: ASB Greenworld BV [...]. Senden sie die Unterlagen jedoch an unseren Adresse in Deutschland: ASB Grünland [...]”.

Hierop heeft Sagro op 7 oktober 1997 bericht dat zij aan het verzoek zal meewerken, mits: “ASB Grünwald die pünktliche Bezahlung der Rechnungen von ASB Greenworld zusichert.” Daarmee is Lübbert vervolgens akkoord gegaan.

Wij zien hier een sterke vervlechting tussen de contractspartijen Sagro en Grünland met de derde partij, Greenworld. Wanneer men de bouwrechtelijke aspecten erbij betreft - en dat zullen arbiters die later het geschil voorgelegd krijgen zeker gedaan hebben, als deskundig op dat terrein - wordt die onderlinge verknoping nog sterker. Het is immers een turn-key contract, dat wil zeggen dat het werk kant en klaar opgeleverd wordt door de aannemer, maar ook dat de bouw gebeurt conform een zogenaamd ‘Programma van eisen’, dat tevoren door de opdrachtgever/gebruiker van het gebouw opgesteld werd. Daarin wordt aangegeven waaraan het te bouwen werk moet voldoen, in technisch opzicht, maar ook op allerlei andere punten, zoals: toegankelijkheid, gebruik (klimaatbeheersing, e.d.), veiligheid, onderhoud, duurzaamheid, soms zelfs: architectuur, maatschappelijke uitstraling. Het ging hier om een productiehal met kantoor- en woonruimte, daarin komt een aantal van die eisen bijeen. Het kan dus niet anders, dan dat de gebruiker en daadwerkelijke afnemer van het gebouw een beslissende invloed gehad heeft op de opstelling van het programma van eisen voor de bouw. Nu is dochterbedrijf Greenworld als rechtspersoon pas na sluiting van de bouwovereenkomst tot stand gekomen, zij heeft wel in haar oprichtingsfase een grote rol gesteld bij de totstandkoming van die overeenkomst. In dat licht bezien, is de tekst van het verzoek van moederbedrijf Grünland van 6 oktober 1997 (een maand voor het sluiten van de overeenkomst met Sagro) veelbetekenend: niet alleen de facturen moeten gericht worden aan Greenworld (toen nog i.o.) maar ook de “Auftragsbestätigungen” (en alles c.c. aan moeder Grünwald, die de vinger in de pap houdt). Met die laatste term zal bedoeld zijn – het is verder geen punt geweest in de erop volgende procedures, dus het is gissen – de bevestiging door de in gebruiknemer van het bouwwerk, Greenworld, dat een bepaalde invulling van het Programma

⁶ In het hieronder volgende zijn de feiten ontleend aan de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, zoals te kennen uit *JBPr* 2006/43 en merendeels overgenomen zijn door de Hoge Raad in het arrest van 20 januari 2006 (idem).

van eisen wat haar betreft akkoord is. Bijvoorbeeld de wijze waarop aan klimaatbeheersing in het gebouw, of het onderhoud van het gebouw (een belangrijke post in de tegenwoordige praktijk), uitvoering gegeven zal gaan worden. Dat kan vaak om ogenschijnlijk kleine details gaan, maar met grote gevolgen. Ik ken een geval waar ging over de plaatsing van aanhechtspunten op een glazen dak, bestemd voor de veiligheidslijnen van de glazenwassers. Wanneer die verkeerd aangebracht zijn, kan het grote kosten met zich brengen om het in orde te maken.⁷

De conclusie moet dus zijn, dat dochter Greenworld vóór het aangaan van de bouwovereenkomst en vervolgens bij de uitvoering ervan, zeer nauw bij het door haar moeder Grünwald met de aannemer Sagro gesloten overeenkomst is. In materiële zin, de bouwkundige uitvoering van de overeenkomst, en in economische zin, de betaling van de facturen voor de bouw. Die betrokkenheid is ook in fysieke zin aanwezig: Lübbert is directeur bij beide rechtspersonen, moeder en dochter.

Dan zijn wij nu toe aan het probleem in kwestie, namelijk dat het arbitragebeding in de overeenkomst tussen Sagro en Grünwald staat, waarbij Greenworld geen partij is. Volgens het boekje kan dat beding Greenworld dan ook niet binden. Maar op dit punt is er nog een eigenaardigheid in de onderhavige casus: de tekst van het arbitragebeding. Dat beding luidt als volgt:

“Alle Streitigkeiten, die auf der Grundlage des vorliegenden Vertrags beziehungsweise näherer sich gegebenenfalls daraus ergebender Vereinbarungen entstehen sollten, [...] werden ausschliesslich und in höchster Instanz durch ein Scheidsgericht [...] entschieden (art. 8.2 overeenkomst).

Wij zien hier dat in het arbitragebeding de bevoegdheid van arbiters uitdrukkelijk ook is vastgelegd met betrekking tot “overeenkomsten die naderhand uit deze (bouw-)overeenkomst kunnen voortvloeien”. Men zou aldus kunnen stellen dat de op 6 en 7 oktober 1997 tussen partijen gemaakte afspraken over het betrekken van Greenworld bij de uitvoering van de overeenkomst (in bouwtechnische en financiële zin: opdrachten geven en -bevestigingen ontvangen en rekeningen betalen) onder die uitbreiding van het arbitragebeding vallen. Dat wil zeggen, de gemaakte overeenkomst is tot stand gekomen, allereerst door de aanvaarding van het voorstel van Lübbert van Grünland door Sagro (gevolgd door aanvaarding van de door Sagro gestelde voorwaarde (betalingsgarantie) door Lübbert) en daarna de daadwerkelijke uitvoering ervan in de periode na het aangaan van de bouwovereenkomst op 5 november 1997. Greenworld heeft de rekeningen betaald, totdat er geschillen over de uitvoering van de overeenkomst zijn ontstaan in het jaar daarop en Sagro een arbitrageprocedure begint tegen Grünwald en Greenworld op 3 augustus 1998.

Arbiters hebben dit ook zo gezien. In hun overweging naar aanleiding van hun bevoegdheid in het geschil tussen Sagro en Greenworld stellen zij dat deze “voortvloeit uit de overeenkomst tussen ASB Grünwald en Sagro en de op grond daarvan gesloten nadere overeenkomst en de aanvaarding daarvan door Greenworld” (rov. 4.3). In de vernietigingsprocedure die volgde, heeft de Rb. Middelburg dit standpunt overgenomen en de vordering van Grünwald en Greenworld afgewezen (vonnis van 24 januari 2001). In appel denkt het Hof Den Haag hier echter anders over:

⁷ In het geval dat ik ken had de opdrachtgever de wijze van uitvoering door de aannemer goedgekeurd. Na oplevering bleek dat de veiligheidswetgeving veranderd was (strenger geworden), en de plaatsing van de aanhechtspunten afgekeurd zou worden. Wie had die wijziging van de veiligheidseisen moeten hebben voorzien, de aannemer of de opdrachtgever – en moet dus het risico daarvoor dragen?

6.5 “Het hof overweegt in dat verband dat het verzoek van Lübbert namens ASB Grünland van 6 oktober 1997, de reactie van Sagro van 7 oktober 1997 en de daaropvolgende akkoordverklaring van Lübbert zowel op zichzelf als in onderling verband bezien onvoldoende grond opleveren om ASB Greenworld gebonden te achten aan de arbitrageovereenkomst. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals hiervoor reeds overwogen, de keuze voor arbitrage duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn. Voor zover Sagro al op basis van de genoemde correspondentie erop heeft mogen vertrouwen dat ASB Greenworld toetrad tot de overeenkomst tussen haar en ASB Grünland, kan dat naar het oordeel van het hof niet gelden voor het daarin opgenomen arbitraal beding. De enkele bekendheid met de dubbele hoedanigheid van Lübbert is daartoe niet voldoende, waarbij zij opgemerkt dat uit de correspondentie tussen hem en Sagro niet blijkt dat hij ook namens ASB Greenworld optrad. Daarbij komt dat het hof van oordeel is dat de in het arbitraal beding opgenomen zinsnede ‘(...) näherer sich gegebenenfalls daraus ergebender Vereinbarungen (...)’ redelijkerwijze moet worden uitgelegd als betrekking hebbend op nadere afspraken tussen de contractspartijen over (de uitvoering van) de bouwwerkzaamheden en dat zonder nadere onderbouwing, die Sagro niet heeft gegeven, niet valt in te zien dat daarmee tevens is bedoeld een overeenkomst tussen een contractspartij en een derde, ASB Greenworld, waarbij het hof in het midden laat of een overeenkomst in die zin tot stand is gekomen.”

Deze zienswijze van het hof, met dramatische gevolgen voor het verdere verloop van de procedure die niet alleen tot het arrest van de Hoge Raad van 2006 maar tenslotte ook tot dat van 2009 geleid heeft, is zeer aanvechtbaar. Het hof concentreert zich hier op de vraag of Greenworld toegetreden is tot de overeenkomst Sagro – Grünwald en komt daarover tot een negatief oordeel, en wel op grond van “redelijkerwijze uitleg” van het tweede gedeelte van het arbitragebeding, met betrekking tot hetgeen nader overeengekomen is. Dat zou volgens het hof slechts betrekking hebben op contractspartijen Grünwald en Sagro, en niet op een overeenkomst tussen “een contractspartij en een derde” (Greenworld).

Dan volgt een heel curieuze overweging als sluitstuk: dat “het hof in het midden laat of een overeenkomst in die zin tot stand gekomen is”. Dat is een volstrekt onbegrijpelijke overweging, omdat dit nu net de taak van het hof was omdat na te gaan, en daarbij aan te geven waarom de rechtbank niet in andere zin had kunnen beslissen. Het hof spreekt hierbij zelf nota bene van “redelijke uitleg”; bij het hanteren van wat tegenwoordig ‘normatieve uitleg’ heet zijn alle feiten en omstandigheden van belang evenals een resultaat dat redelijk en ook billijk moet zijn.⁸ In dit verband is onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat “de dubbele hoedanigheid van Lübbert daartoe niet voldoende is”. Dat is misschien het geval als geïsoleerd feit, maar dat ligt anders in de gehele context: Lübbert treedt steeds met twee petten op, namens moeder Grünwald en namens dochter Greenworld, die speciaal met het oog op het aannemingscontract dat moeder met Sagro gesloten heeft, opgericht werd, en bovendien voor de contractsluiting al een rol had gespeeld. Dat gebeurde ook erna, met de instructie aan Sagro om de opdrachtbevestigingen en facturen aan dochter Greenworld te richten, als de bij de bouw betrokken partij en gebruiker na oplevering.

⁸ Zie over dit leerstuk mijn artikel: “‘Normatieve uitleg’ algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte?”, *WPNR* 7184-85 (2018). Op dezelfde lijn als die van het hof zit overigens enige tijd later A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het *Greenworld*-arrest van 2009, wanneer hij in het kader van de overeenkomst van opdracht die partijen aan arbiters geven, de ‘toestemming’ van een partij als een (subjectieve) wilsverklaring opvat, die naderhand ontkend kan worden te zijn gemaakt. Zie concl. sub nr. 9, met noot 12. Zo’n partij is dan “overeenkomstig de ‘gewone’ regels van contractenrecht, meestal geen partij geworden bij de overeenkomst(en) tussen de arbiters en de verdere betrokkenen”, zegt de A-G in nr. 10. De heersende leer, gebaseerd op normatieve uitleg van (wils-)verklaringen van partijen is echter al geruime tijd in andere zin gevestigd.

Het is opmerkelijk dat arbiters hier heel anders over geoordeeld hadden, uitgaande van hetzelfde feitenmateriaal - hetgeen het hof tot lering had kunnen strekken. In de overwegingen van arbiters over een andere bevoegdheidsgrond (naast de eerder aanvaarde overeenkomst waarbij Greenworld partij geworden was), namelijk *hoofdelijkheid* als zelfstandige bevoegdheidsgrond, stellen arbiters:

Arbiters concluderen dat de oorspronkelijke aannemingsovereenkomst is gesloten tussen Sagro en ASB Grünland en dat het dus voor de hand ligt, dat ASB Grünland opdrachtgever en betalingsdebiteur is. ASB Grünland heeft echter verzocht om de uit de aannemingsovereenkomst voortkomende opdrachten en rekeningen te stellen op naam van ASB Greenworld, waarmee Sagro heeft ingestemd mits ASB Grünland "pünktliche Bezahlung der Rechnungen von ASB Greenworld zusichert." ASB Greenworld is daarmee akkoord gegaan door de ondertekening "Zum Vergleich" van de terzake door Sagro uitgezonden brief, door Lübbert, zijnde een directeur in dubbelfunctie, en die tevens het debiteurschap van ASB Greenworld heeft aanvaard, door getrouwelijk de betalingen van die Sagro rekeningen (uiteraard behoudens de op andere gronden betwiste posten) te verrichten.

Arbiters zijn daarom van oordeel dat op verzoek van ASB Greenworld een nadere overeenkomst is gesloten en door partijen is geëffectueerd op grond waarvan de oorspronkelijk debiteur ASB Grünland een "Zusicherung" van betaling heeft gegeven en krachtens welke overeenkomst Greenworld door partijen als debiteur voor de in verband met de aannemingsovereenkomst door Sagro aan ASB Greenworld uitgezonden rekeningen is beschouwd. Arbiters stellen op grond van het bovenstaande vast dat ter zake van de door Sagro uitgezonden rekeningen sprake is van hoofdelijkheid; ontstaan uit overeenkomst." (rov. 6.1.3)

Zo kan het dus ook gezien worden, met behulp van een ander soort uitleg dan die het hof heeft gehanteerd, die het daarbij ten onrechte het epitheton: "redelijkerwijze uitleg" gaf. Deze overweging van arbiters had betrekking op de hoofdelijkheid als grond voor bevoegdheid in arbitrage, dat vraagt nog om enige uitleg. Arbitrage, met terzijdestelling van de burgerlijke rechter, kan door partijen bij overeenkomst vastgelegd worden. Van de gang naar de rechter, bewaakt door de Grondwet (art. 17) en het EVRM (art. 6), kan niet lichtvaardig afstand gedaan worden: bij betwisting moet de arbitrageovereenkomst met schriftelijke bewijs aangetoond worden leert artikel 1021 Rv. Dat neemt niet weg, dat de overeengekomen bevoegdheid van arbiters ook op andere wijze vastgesteld kan worden, namelijk door (onder meer): cessie, subrogatie, contracts- en schuldoverneming of een (aanvaard) derdenbeding.⁹ De hoofdelijkheid als grond kwam hier al eerder ter sprake. Hieruit blijkt reeds, hoe belangrijk de casus is, de feiten en omstandigheden van het geval in kwestie. In de Greenworld-zaak zijn van deze alternatieve gronden alleen schuldoverneming en hoofdelijkheid aan de orde geweest, al in de arbitrageprocedure. Arbiters zagen in de feiten, de brief van 6 oktober van Grünwald en de uitwerking en aanvaarding ervan door Greenworld behalve hoofdelijkheid ook een schuldoverneming door de laatste (rov. 4.4, een overweging "ten overvloede"). Deze rechtsfiguur raakt echter uit beeld, na ontkenning van het bestaan ervan door eisers in appel, hetgeen door Sagro erkend wordt. Aldus blijft de hoofdelijkheid over als aanvullende grond voor bevoegdheid van arbiters, maar die sneuvelt eveneens voor de het hof, dit keer door toedoen van het hof.

De manier waarop dit gebeurt is echter heel schimmig, maar omdat een klacht erover sterk feitelijk gekleurd is, faalt het incidenteel cassatiemiddel van Sagro dat daarop gericht is. De Hoge Raad leest de eerder aangehaalde rov. 6.5 van het hof, conform de conclusie van de A-G, als ook betrekking hebbend op hoofdelijkheid, al wordt die term daarin niet genoemd. Dat

⁹ Aldus ook het hof, in rov. 6.4.

is een mijns inziens een zeer aanvechtbare lezing van die overweging van het hof waarmee geen recht gedaan wordt aan een onderzoek naar het bestaan van hoofdelijkheid op grond van een overeenkomst tussen partijen, dat toch ingesteld moest worden. Het hof heeft immers alleen het oog gehad (in rov. 6.5) op de vraag of Greenworld geacht kan worden tot de overeenkomst van Sagro en Grünwald toegetreden te zijn op grond van de brief van 6 oktober 1997 en de aanvaarding en uitwerking ervan door Greenworld - quod non, meent het hof. Maar dat laatste kan ook een zelfstandige grondslag opleveren voor een overeenkomst van hoofdelijkheid – zoals nota bene door de rechtbank aanvaard werd. Wanneer het hof het daarmee oneens was, lag het op zijn weg om dat expliciet aan te geven, met een motivering van dat standpunt. Dat is niet gebeurd, terwijl bovendien de term ‘hoofdelijkheid’ niet eens is gevallen. Het hof heeft nota bene zelfs expliciet aangegeven dat het “in het midden laat of een overeenkomst in die zin tot stand gekomen is” (rov. 6.5, in fine). Bovendien heeft het hof in de voorgaande overweging (rov. 6.4) bij de opsomming van gevallen waarin een derde aan een arbitrageovereenkomst gebonden geacht kan worden de figuur van hoofdelijkheid *niet* genoemd. Dat maakt het nog onwaarschijnlijker dat het hof in rov. 6.5 de feiten en omstandigheden van het geval beoordeeld heeft om daadwerkelijk te onderzoeken of hoofdelijkheid overeengekomen was.¹⁰

De Hoge Raad wijst de klacht van Sagro daarover af, daarbij de overweging van het hof met de kennelijk”-constructie sauverend en gebruikmakend van de cassatiedrempel: de beoordeling van feiten door het hof als feitenrechter die in cassatie niet getoetst kan worden. Dat gebeurt als volgt. Het hof heeft “kennelijk” mede het oog gehad op hoofdelijkheid; het heeft daarbij acht geslagen op de feitenconstellatie waarvan arbiters ook zijn uitgegaan in hun rov. 6.1.3, maar het heeft “aan deze feiten een andere conclusie verbonden dan arbiters deden: het heeft geoordeeld dat zij geen grond opleverden om Greenworld gebonden te achten aan de arbitrageovereenkomst. De klacht kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden”.

Wat hiervan te denken? Het hof had zich van de uitlegvraag er gemakkelijk afgemaakt, en de cassatierechter zien wij hier niet anders doen, door de overweging van het hof met de mantel der liefde (in cassatiezaken) te bedekken. De motivering ontbrak bij de aangehaalde overweging van het hof, evenzo bij de Hoge Raad waarom dat hier door de beugel zou kunnen, met name nu de rechtbank een goed gemotiveerde beslissing in andere zin had gegeven.

Opvallend is nog, dat Grünwald en Greenworld in hun grieven voor het hof gesteld hadden dat zij nooit “de bedoeling hadden gehad om hoofdelijkheid te creëren” (bij overeenkomst). In het kader van normatieve uitleg van de briefwisseling van 6 en 7 oktober 1997, met tenslotte de ondertekening met “Zum Vergleich” door de directeur van Greenworld (Lübbert) dat de op naam van dat bedrijf gestelde rekeningen betaald zullen worden, valt zo’n stelling van “geen bedoeling van hoofdelijkheid gehad hebben” onder de categorie: ‘interessant, maar gaat u verder’. Bij het hof, dat heeft laten blijken “redelijkerwijze uitleggen” uiterst beperkt op te vatten, namelijk zonder de “bijzondere feiten en omstandigheden van het geval” uit de doeken te doen – die wel een lippendienst bewezen worden in de voorgaande overweging (6.4, slot) – en vooral zonder aandacht voor de feitelijke, bouwkundige en economische vervlechting van partijen, ligt dat kennelijk anders. Misschien vonrechtermatige daade dat wel de aanleiding voor het hof om “in het midden te laten of er een overeenkomst tot stand is gekomen” “tussen een contractspartij en een derde”. Ook dat gebeurde, hoe merkwaardig dit ook was voor een appelrechter, met de zegen van de cassatierechter.

¹⁰ Dat rov. 6.5 mede op hoofdelijkheid gericht was, wordt door A-G Wesseling-van Gent mbv een soepele interpretatie betoogd, zonder daarbij rov. 6.4 te betrekken, een zienswijze die de Hoge Raad overgenomen heeft.

1.4 Conclusies uit *Greenworld I* (2006)

De conclusie moet zijn dat het oordeel van de Hoge Raad in het eerste *Greenworld*-arrest van 2006, in aansluiting op de conclusie A-G, om de hier aangegeven redenen slecht gefundeerd is. Het incidenteel appel van Sagro had beter verdiend. Maar, dat is de keerzijde van de medaille – een beeldspraak die hier trouwens weinig passend is – als de beoordeling door hof en Hoge Raad beter afgelopen was, zou het *Greenworld*-arrest van 2009 nooit gewezen zijn, en zou rechtsgeleerd Nederland een standaardarrest over aansprakelijkheid van arbiters misgelopen zijn. “De vis wordt wel duur betaald”, zal Sagro mompelen, evenals de arbiters die door *Greenworld* in de vervolgprocedure aansprakelijk gesteld worden voor het debacle dat haar getroffen heeft.

Het arrest heeft overigens wel enige bekendheid gekregen vanwege de beslissing van de Hoge Raad inzake het principale middel - van Grünwald en *Greenworld* als eisers - met de klacht dat het hof ten onrechte het bestreden arbitrale vonnis slechts gedeeltelijke nietig had verklaard, namelijk voor het gedeelte dat op *Greenworld* betrekking had. Die mogelijkheid zou naar geldend recht niet bestaan. Die klacht werd door de Hoge Raad begrijpelijkerwijs verworpen; gebrek aan bevoegdheid ontbreekt in de wettelijke gronden voor partiële vernietiging genoemd in artikel 1065 Rv, maar dat is nu met deze aanvulling door de cassatierechter rechtgezet. Ik laat dit verder rusten, als niet van belang voor ons onderwerp.¹¹

De bespreking van het arrest van 2006 inzake *Greenworld* heeft enige ruimte in beslag genomen, terwijl toch eigenlijk het gelijknamige arrest van 2009 op de agenda stond. Dat is gerechtvaardigd, om een aantal redenen. Allereerst is deze casus heel instructief om in te zien hoe zaken fout kunnen gaan in een procedure, en waarom dat zo gegaan is. Dat geldt vooral de lezer die nog weinig stappen in de rechtspraktijk gezet heeft, de doorwinterde jurist kijkt nergens meer van op, denk ik – het blijft mensenwerk, recht zoeken en vinden. Belangrijker is een tweede argument, dat hiermee voor ons onderwerp, de maatstaven die gelden voor persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters –aangereikt door de Hoge Raad met *Greenworld* 2009 – inzicht gegeven wordt in de vraag of er fouten van arbiters van eenvoudige aard zijn, soms met ‘bedrijfsfouten’ aangeduid, die om een aparte benadering vragen. Het ten onrechte bevoegdheid aannemen door arbiters ten aanzien van een persoon die geen partij is bij de overeenkomst met het arbitragebeding, zal voor velen tot die categorie behoren. Dat moet wel een misslag of onoplettendheid van arbiters geweest zijn.¹² De casus van *Greenworld* uit 2006 leert, dat dit bepaald niet zo hoeft te zijn; het gaat om een vraag met een inhoudelijk zware lading, typisch een rechtsvraag die niet alleen om uitleg van feiten en omstandigheden vraagt, maar ook kennis van een aantal rechtsfiguren en leerstukken die in het geding zijn. Figuren die niet tot het ijzeren repertoire van het contractenrecht en verbintenissenrecht behoren (zoals aanbod en aanvaarding of betaling) maar schuldovernemings, hoofdelijkheid, derdenbeding, en dergelijke. Niet alleen op het terrein van die leerstukken bestaat verschil van opvatting tussen juristen, ook op het gebied van uitleg van documenten en gedragingen zijn verschillende stromingen te onderkennen. De Hoge Raad heeft onderhand de ‘normatieve uitleg’ van overeenkomsten in een vaste jurisprudentie aanvaard, maar dat leidt niet altijd tot een consensus bij de toepassing ervan. Het is nog steeds een bron voor publicaties in de

¹¹ Voor bijzonderheden verwijs ik naar de eerder genoemde noot van Van den Nieuwendijk in *JBPr* 2006/43. Sindsdien heeft de wetgever met de Arbitragewet 2015 de leemte aangevuld, door aanpassing van art. 1065 lid 5 Rv.

¹² Naar mijn indruk wordt deze visie op het punt van de bevoegdheid (aanvankelijke ook de mijne) algemeen ingenomen, zie schrijvers als Tjittes, noot *Greenworld*, *JBPr* 2010/6, nr. 11, *in fine*; Snijders *TvA* 2017/1, nr. 3, *in fine*.

vakpers, maar ook voor talloze procedures (vaak ook tot voor de Hoge Raad), die lang niet altijd gepubliceerd worden, al jaar en dag.

Dat verschil van inzicht op de uitlegvraag die aan de orde was in de Greenworld-zaak van 2006 kwam hierboven goed uit de verf. Die visie van arbiters en Rechtbank Middelburg enerzijds, stonden lijnrecht tegenover die van het Hof Den Haag anderzijds, dat daarin steun vond bij de Hoge Raad, zij het met de “kennelijk”-constructie en het toedekken van een feitelijk oordeel door de cassatierechter.

Dan wordt het nu hoog tijd om ons te richten op het vervolg van de Greenworld-zaak, met het arrest van 2009 als in het oog springend resultaat.

1.5 Het vervolg op *Greenworld-I* (2006): de procedure eindigend met *Greenworld* (2009)

Zoals wij zagen is de minder fortuinlijke afloop van de procedures die Greenworld sinds 2005 gevoerd heeft voor haar de aanleiding om een soort ‘paardensprong’ te maken en nu de arbiters uit onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen aangezien verhaal op haar contractpartijen zonder resultaat is gebleven, en de arbiters toch dit debacle veroorzaakt hebben met het uitspreken van een vonnis dat nietig verklaard is. Die aansprakelijkheid geldt ook het arbitrage-instituut, het NAI, dat tekort geschoten zou zijn in het “toezicht” op de arbiters. Maar die weg is niet van minder obstakels voorzien, zal blijken. Rechtbank en hof wijzen de vorderingen van Greenworld af, waarop zij in cassatie gaat. Het hof hanteert hierbij voor de aansprakelijkheid een restrictieve maatstaf, ontleend aan de norm die voor de rechtspraak aanvaard werd voor de aansprakelijkheid van rechters, dat wil zeggen van de Staat, voor de rechters wegens fouten gemaakt bij de uitoefening van hun rechterlijke taak. Het arrest *Hotel Jan Luyken* van 1971 werd daarbij door het hof gevolgd met als conclusie dat geen sprake is geweest van “veronachtzaming van zodanig fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken”. Over die benadering wordt door Greenworld in cassatie geklaagd.

De conclusie van A-G Huydecoper is heel instructief om inzicht te krijgen in de problematiek van onrechtmatige rechtspraak, van overheidsrechter en arbiter. Hij wijdt een beschouwing aan de punten van overeenkomst en verschil tussen beide vormen van geschillenbeslechting, waarnaar de Hoge Raad met instemming zal verwijzen. Aan arbitrage, als ‘particuliere rechtspraak’, heeft de wetgever een betekenis gegeven die verder gaat dan de zuiver particuliere geschillenbeslechting, met het bindend advies als bekendste voorbeeld. In de woorden van de A-G:

[8.] “Arbitrage is dus geen ‘officiële’ overheidsrechtspraak, maar is ook geen louter particuliere zaak: het instituut is wettelijk tot in details geregeld, het biedt een wezenlijk aantal aanknopingspunten voor ingrijpen van of ondersteuning dan wel controle door de Overheid (in de persoon van de overheidsrechter), en het leidt, als het goed is, tot een beslissing die meer dan halfweegs met een uitspraak van de ‘gewone’ rechter op één lijn wordt gesteld.

Ik zou arbitrage dan ook eerder betitelen als een tussenvorm waarin de waarborgen en het gezag (inclusief: de executoriale kracht) die met overheidsrechtspraak zijn verbonden, door een wettelijke regeling worden gecombineerd met een marge van vrijheid voor partijen om te kiezen voor de personen die hun geschil zullen beslechten, en ook voor een groot deel van de aan deze personen voorgeschreven (of overgelaten) regels van procesvoering, dan dat ik zou willen spreken van (louter) ‘particuliere rechtspraak’”

De wettelijke regels waarop hier bedoeld wordt, hebben enerzijds betrekking op waarborgen voor de kwaliteit van de arbitrale rechtsgang en bieden anderzijds de mogelijkheden die een rechterlijke procedure en tenslotte vonnis ook hebben. Op het eerste gebied is sprake van

minimum-eisen voor een behoorlijke en eerlijke procesgang (hoor en wederhoor, voortvarendheid, etc.) en zaken als assistentie door de overheidsrechter bij bewijslevering, samenvoeging van arbitrale procedures, e.d. Op het andere terrein gaat het om zaken als het kunnen opleggen van een dwangsom, de mogelijkheid van wraking van arbiters, het verkrijgen van gezag van gewijsde van het vonnis en de tenuitvoerlegging ervan. De mogelijkheden van vernietiging van een arbitraal vonnis zijn tenslotte aanzienlijk beperkt. In de conclusie van de A-G krijgen, naast deze ‘rechterlijke’ aspecten, ook de contractuele kenmerken van arbitrage aandacht. Omdat deze vorm van rechtspraak op een overeenkomst van arbitrage gebaseerd is, biedt die rechtsfiguur ook mogelijkheden voor de arbiter om aansprakelijkheid uit te sluiten door middel van een exoneratieclausule. Dat geldt ook voor het arbitrage-instituut dat de aanstelling van arbiters tot taak heeft en het begeleiden van arbitrale procedures.¹³

De Hoge Raad, ervan blijk gevend de conclusie van zijn A-G goed gelezen te hebben, komt tot het volgende oordeel, dat in de vorm van een (nieuw) standaardarrest gegoten is¹⁴:

3.5 “Mede gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6 nader omschreven punten van overeenstemming tussen overheidsrechtspraak en de in Boek 4 Rv. geregelde arbitrage, moet ten aanzien van beide vormen van rechtspraak worden aanvaard dat slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen. Een wettelijke regeling van tegen rechterlijke beslissingen aan te wenden rechtsmiddelen is niet gebaseerd op de gedachte dat slechts één uitspraak betreffende een tussen partijen gerezen geschil de juiste kan zijn. Dat na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, behoeft niet te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, maar kan het gevolg zijn van herstel van een processuele fout, of van een andere presentatie door partijen of beoordeling door de rechter van het voorgelegde geschil of het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex, of zelfs van een minder juiste beoordeling door de hogere rechter. De regeling van de rechtsmiddelen stelt weliswaar de laatst gedane uitspraak boven de eerdere uitspraak, maar dat is geen grond de eerdere (scheids)rechterlijke beoordeling in de vernietigde uitspraak in beginsel voor onrechtmatig te houden.

Ook de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen, waarbij over de beslissing van de zaak dikwijls in redelijkheid verschillend kan worden gedacht, noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten.

3.6 Het voorgaande neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat *de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt*. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan. Wat de overheidsrechter betreft, geldt hier art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke amet betrekking tot enaren. Daaruit

¹³ Over dat laatste, ook wel bekend als de *scrutiny* van het concept-vonnis (het controleren op vorm-fouten) heeft A-G Huydecoper in zijn conclusie, onder nr. 30, een onjuiste visie. De positie van arbitrage-instituten op dit terrein komt hieronder nog ter sprake, zie par. 7.3.

¹⁴ Niet iedereen was er meteen van overtuigd dat de Hoge Raad met dit arrest van 2009 de koers ingenomen met *Hotel Jan Luyken* van 1971 ingrijpend verlegd had. Vranken neemt in zijn noot in *NJ* 2011/131 dat standpunt in, evenals eerder Kortmann, noot *JOR* 2010/150, die daarin door velen gevolgd werden. Een tegengestelde visie, of een tussenstandpunt, hadden schrijvers als Barkhuysen en Van Emmerik, Meijer en Lindenbergh, aanvankelijk nog gevolgd door Ernste en Hartkamp & Sieburgh, maar recentelijk omgegaan. Voor een overzicht, zie Giesen, *O&A* 2017, p.74 e.v.

volgt, mede gelet op de bij de parlementaire behandeling gegeven toelichting, dat de betrokken rechterlijke amet betrekking totenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak, maar dat indien de Staat terzake met succes zou kunnen worden aangesproken en sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijke ambtenaar wel op hem regres kan worden genomen. Bij arbiters ligt dit in zoverre anders dat een wettelijke regeling ontbreekt, maar 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 kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

3.7 Onderdeel 1 van het middel neemt tot uitgangspunt dat niet valt in te zien dat voor arbiters, ook voor zover het de beslissing ten aanzien van hun eigen bevoegdheid betreft, een hogere drempel voor aansprakelijkheid moet gelden dan voor andersoortige dienstverleners of beroepsbeoefenaars. Het hof heeft volgens het onderdeel dan ook ten onrechte niet beoordeeld of de arbiters zich als redelijk bekwame en redelijk handelende arbiters van hun taak hebben gekweten. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.5 en 3.6 is overwogen, berust het onderdeel op een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de aan te leggen maatstaf. Dat de arbiters, naar inmiddels onherroepelijk door de burgerlijke rechter is geoordeeld, zich ondanks het verweer dat een arbitrageovereenkomst ontbrak ten onrechte bevoegd hebben geacht ook jegens Greenworld een veroordelend vonnis te wijzen, is geen toereikende grondslag voor toewijzing van de ingestelde vordering. Dat de arbiters "welbewust" - waaronder kennelijk moet worden begrepen: na kennisneming van het gevoerde verweer - hebben geoordeeld, spreekt voor zich en leidt dan ook niet tot een ander oordeel. Voor het overige laten de gedingstukken geen andere conclusie toe dan dat onvoldoende is gesteld om de slotsom te kunnen dragen dat de arbiters opzettelijk of bewust roekeloos dan wel met kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt tot hun beslissing zijn gekomen. Onderdeel 1 faalt.”
[cursief toegevoegd]

Daarmee valt het doek voor Greenworld, maar wordt het toneel geopend voor een nieuwe benadering van onrechtmatige rechtspraak van arbiter en overheidsrechter, die veel aandacht getrokken heeft en veel pennen in beweging gezet heeft, voor het merendeel in kritische zin.¹⁵ Ik laat mijn commentaar daarop nog even rusten, enige tijd later wordt deze rechtsvraag namelijk andermaal voor de Hoge Raad gebracht, met het *Qnow*-arrest tot gevolg, als bevestiging van *Greenworld*, met opnieuw commotie in de vakpers. Het stof is dan neergedaald en dat biedt meer mogelijkheden voor een analyse van deze jurisprudentie en de daaraan verbonden doctrine.

¹⁵ Voor de toepassing van de Greenworld-maatstaf, met afwijzing van vorderingen tegen arbiters, zie: A.A.H. Kalter, “Arbiteraansprakelijkheid”, *TvPr* 2015-2, p.43, die twee uitspraken bespreekt, van Rb. Oost-Brabant en Hof Den Bosch uit 2014.

HOOFDSTUK 2

Het vervolg op *Greenworld* (2009): de bevestiging in 2016 met *Qnow*. Wederom: negatief commentaar in de literatuur

2.1 De aanloop: de casus en de procedure voor rechtbank en hof

Dan nu de Qnow-zaak, die op de volgende casus berust.¹⁶ Qnow B.V. heeft in 1997 voor f. 30 miljoen een pakket aandelen verkocht aan twee kopers. Wanneer deze van de koopsom een bedrag van f. 10 miljoen betaald hebben, ontbinden zij de overeenkomst wegens bedrog, althans dwaling. Het geschil wordt in arbitrage beslist, arbiters bepalen dat de koopsom op ruim € 11 miljoen vastgesteld wordt en dat derhalve de kopers ieder nog een bedrag van ruim € 3,4 miljoen aan Qnow moeten betalen. Het arbitrale vonnis van 13 februari 2004 is ondertekend door de voorzitter, B., en de griffier, maar niet door de twee andere arbiters, en werd vervolgens bij de Rechtbank Amsterdam gedeponereerd. Op een vordering van de kopers van de aandelen wordt het arbitraal vonnis door de Rechtbank Amsterdam op 28 september 2005 vernietigd op de grond dat het niet door alle drie arbiters was ondertekend, zoals de wet vereist in art. 1057 lid 2 Rv. Het Hof Amsterdam bekrachtigt dit vonnis bij arrest van 29 maart 2007, waarvan geen beroep in cassatie is ingesteld.

Qnow laat het hier niet bij zitten en begint eerst een procedure voor de Rb. Maastricht om langs die weg verhaal te zoeken op de beide kopers. Deze bepaalt bij vonnis van 17 maart 2010 dat zij ieder een bedrag van ruim € 2,2 miljoen aan Qnow moeten betalen. Dat baat Qnow echter niet, want zij slaagt er niet in om die bedragen (met de wettelijke rente, de koop is van 1997!) op de kopers te verhalen, want deze hebben in de periode tussen de datum van het arbitraal vonnis, 13 februari 2004 en het veroordelend vonnis van de Maastrichtse rechter van 17 maart 2010 “hun vermogensbestanddelen aan de verhaalsmogelijkheden van Qnow onttrokken”.¹⁷ Qnow is dus met een kale kip blijven zitten waarvan geen veren te plukken zijn, en zoekt naar andere mogelijkheden. Die vindt zij in de persoon van de voorzitter (B.) van het college van arbiters dat het vonnis van 13 (!) februari 2014 had gewezen, die verzuimd had om dat vonnis deugdelijk door zijn mede-arbiters te laten tekenen, met nietigheid als gevolg. In de procedure die in maart 2011 voor de Rb. Maastricht tegen B. begonnen wordt, vordert Qnow van hem een vergoeding van geleden schade voor een bedrag van ruim € 14,6 miljoen, omdat zij door de beroepsfout van B. een groot deel van de verschuldigde restant koopsom, vermeerderd met de verschuldigde wettelijke rente, niet meer op de twee kopers had kunnen verhalen.

Bij de Rb. Maastricht krijgt Qnow dit keer nul op het rekest; de rechtbank wijst haar vordering af met het argument dat de schending van art. 1057 lid 2 Rv weliswaar een ernstige fout is, maar niet leidt tot de conclusie dat de arbiter heeft gehandeld met kennelijk grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

In appel past het Hof Den Bosch de Greenworld-maatstaf toe en bevestigt het vonnis van de rechtbank, als volgt:

¹⁶ HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, *NJ* 2017/141; m.nt. Vranken, *Qnow/B.*; *JOR* 2016/324, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en P.E. Ernste.

¹⁷ Zoals A-G Rank-Berenschot het in haar conclusie voor het arrest van de HR van 30 september 2016 formuleert, sub nr. 1.2. Aan die conclusie heb ik de weergave van de feiten hier ontleend.

3.5 “(...) Bij de beantwoording van de vraag of een arbiter aansprakelijk is staat voorop dat een scheidsrechterlijke beoordeling in een uitspraak die wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten is. Dat neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de arbiter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Arbiters kunnen slechts persoonlijk aansprakelijk zijn indien zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt (HR 4 december 2009, NJ 2011/131 (Greenworld)).

Naar het oordeel van het hof is aan laatstgenoemd criterium in dit geval niet voldaan. Dat bij het ontbreken van de handtekeningen van twee van de arbiters sprake is geweest van opzettelijk dan wel bewust roekeloos handelen bij arbiters kan uit de stellingen van Qnow niet worden afgeleid. Ook kan het feit dat door welke omstandigheden dan ook de handtekeningen van twee van de arbiters ontbreken onder het bij de rechtbank gedeponeerde arbitrale vonnis, hoe ongelukkig dat ook is, niet leiden tot de conclusie dat is gehandeld met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

Ook als het handtekeningengebrek na deponeren van het vonnis niet meer te repareren is leidt dat – anders dan Qnow heeft aangevoerd – niet tot een ander oordeel.”

2.2 Cassatie: het arrest van 30 september 2016, *Qnow*

In cassatie vindt Qnow bij A-G Rank-Berenschot een gewillig oor, zij deelt de kritiek van eiseres in cassatie dat de Greenworld-maatstaf op deze fout van de arbiter ten onrechte is toegepast, een fout die geen inhoudelijke beslissing met betrekking tot het geschil inhield, en concludeert tot vernietiging van het arrest van het hof. Ik laat een bespreking van haar argumenten nog even rusten tot na de weergave van het arrest van de Hoge Raad, die het met zijn A-G op dit punt principieel oneens is. Vanwege een geconstateerd motiveringsgebrek komt de cassatierechter overigens toch nog tot vernietiging van het arrest van het hof.

De Hoge Raad geeft eerst de cassatiemiddelen kort weer in een overweging die ik gemakshalve hier laat volgen:

3.4.1 “Onderdeel 1.1 van het middel betoogt kort gezegd dat het hof van een onjuiste maatstaf is uitgegaan voor de beantwoording van de vraag of verweerder B. aansprakelijk is. Volgens het onderdeel geldt de maatstaf van HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131 (Greenworld) alleen in geval van vernietiging van een inhoudelijke beslissing van een scheidsrecht, en niet bij een totstandkomingsgebrek als het onderhavige. Subsidiair klaagt onderdeel 1.2 dat het hof zijn oordeel dat het onderhavige gebrek op één lijn moet worden gesteld met de vernietiging van een inhoudelijke beslissing, onbegrijpelijk heeft gemotiveerd.”

Dan komt de Hoge Raad in deze zaak tot het volgende oordeel:

3.4.2 “Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. In rov. 3.5 van het hiervoor in 3.4.1 genoemde Greenworld-arrest is erop gewezen dat overheidsrechtspraak en de in Boek 4 Rv geregelde arbitrage op diverse punten met elkaar overeenstemmen. In dat arrest is geoordeeld dat arbiters voor de nadelige gevolgen van een vernietigde beslissing slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij met betrekking tot die beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld, dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.

3.4.3 Hoewel het Greenworld-arrest betrekking had op een geval van vernietiging van een arbitrale uitspraak op inhoudelijke gronden en de motivering van het arrest vooral daarop is

toegespitst, is er geen grond om de maatstaf van dat arrest te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden. In rov. 3.5 van het Greenworld-arrest is reeds gewezen op de mogelijkheid van vernietiging van een arbitrale uitspraak in verband met een processuele fout. Ook het niet (toezien op het) naleven van het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv is een zodanige fout. Er is geen grond om in dit verband een onderscheid te maken tussen enerzijds processuele fouten – of bepaalde processuele fouten – en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak. Ook bij de inhoudelijke beoordeling kunnen immers fouten worden gemaakt die geen verband houden met beoordelingsvrijheid, maar in meerdere of mindere mate kunnen worden gekwalificeerd als misslagen of omissies. De vraag naar de aansprakelijkheid voor dergelijke fouten dient steeds te worden beoordeeld naar de Greenworld-maatstaf, omdat die fouten samenhangen met de rechterlijke taak van arbiters. Ook de naleving van processuele voorschriften, inclusief die bij de afhandeling van een zaak, hangt met die taak samen.

Mede omwille van de rechtszekerheid dienen alle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf.

3.4.4 Opmerking verdient dat een fout als de onderhavige dient te worden onderscheiden van de ‘bedrijfsfouten’ vermeld in de toelichting op de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Kamerstukken II 1994-1995, 24 220, nr. 3, p. 3-4, geciteerd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.18.2). De laatstgenoemde fouten – zoals het zoekmaken van stukken – kunnen niet leiden tot vernietiging van een (arbitraal) vonnis en staan ook overigens in onvoldoende verband met de rechterlijke taak om daartoe te worden gerekend. Voor dergelijke fouten geldt de maatstaf van het Greenworld-arrest dan ook niet.

3.4.5 Gelet op het bovenstaande is het hof uitgegaan van de juiste maatstaf, zodat onderdeel 1.1 faalt. Onderdeel 1.2 faalt reeds op de grond dat een rechtsoordeel niet met succes met een motiveringsklacht kan worden bestreden.

3.5.1 Onderdeel 2 klaagt over de wijze waarop het hof de Greenworld-maatstaf heeft toegepast. Samengevat klaagt het dat het hof ten onrechte althans ontoereikend gemotiveerd heeft geoordeeld dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een (naar het hier nog van toepassing zijnde recht) onherstelbaar totstandkomingsgebrek, niet – dan wel niet in beginsel – is voldaan aan het criterium van ‘kennelijk grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’. Daarbij wijst het onderdeel onder meer op de omstandigheid dat sprake is van een van de essentialia van het vonnis, op de ernst van het gevolg van de fout – blootstelling van het vonnis aan vernietiging –, op het door Qnow gestelde feit dat B. is verzekerd (ook voor fouten als de onderhavige) en op de consequentie dat de arbitrale procedure zinledig is geweest, hetgeen volgens Qnow niet voor haar risico zou moeten komen.

3.5.2 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de maatstaf of is gehandeld met ‘kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ (hierna ook: grof plichtsverzuim) uitgaat van een lichtere graad van verwijtbaarheid dan de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, maar dat niettemin ook in eerstgenoemde maatstaf de nadruk erop ligt dat de betrokken arbiter een ernstig persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten kan worden gemaakt, zij het dat die verwijtbaarheid in zekere mate is geobjectiveerd. Of een arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval.

3.5.3 Het onderdeel slaagt. Zoals hiervoor in 3.5.2 is overwogen, is het antwoord op de vraag of een arbiter grof plichtsverzuim kan worden verweten, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De verantwoordelijkheid van de voorzitter van een scheidsgerecht om erop toe te zien dat het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv wordt nageleefd moet, mede gelet op de ernstige gevolgen van niet-inachtneming van dat voorschrift, worden aangemerkt als een wezenlijk onderdeel van diens taak. Een arbiter wordt geacht dit voorschrift te kennen. Tegen deze achtergrond kon het hof niet volstaan met de motivering dat aan de maatstaf voor aansprakelijkheid niet is voldaan indien ‘door welke omstandigheden dan ook’ de

handtekeningen van twee arbiters onder het bij de rechtbank gedeponeerde arbitrale vonnis ontbraken.

Indien het hof hiermee tot uitdrukking heeft willen brengen dat het ontbreken van de twee handtekeningen nimmer tot aansprakelijkheid van de voorzitter kan leiden (behoudens diens opzet of bewuste roekeloosheid), is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof is uitgegaan van de juiste rechtsopvatting, maar van oordeel was dat in de omstandigheden van dit geval geen sprake was van grof plichtsverzuim, heeft het onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, nu niet is vastgesteld wat de feitelijke gang van zaken is geweest rond de ondertekening en deponering ter griffie van het arbitrale vonnis.”

Op het eerste gezicht is dit een ferme en duidelijke uitspraak van de hoogste civiele rechter. Wanneer men geen kennis genomen heeft van de conclusie van A-G Rank-Berenschot zou men kunnen denken dat hier geen speld tussen te krijgen is wat de gehanteerde maatstaf betreft en dat bovendien dit standpunt in de doctrine wel algemeen aanvaard zal zijn. Dat is echter in het geheel niet het geval: de A-G was met een sterk opgezet betoog tot een tegengestelde conclusie gekomen, ondersteund door een keur van schrijvers die aangehaald werden. Dat is jammer, zeker wanneer het om een beoogd standaardarrest gaat waarmee de cassatierechter orde op zaken wil stellen – gedachtig de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling die dat college geacht wordt te bevorderen. Velen zullen hier volstaan met de verzuchting dat de Hoge Raad nu eenmaal niet in discussie gaat met zijn A-G, laat staan met rechtsgeleerd Nederland of met de lagere rechter. Dat is immers de erfenis die wij nog steeds aan Napoleon te danken hebben, toen hij begin van de 19^e eeuw het Franse rechtstelsel hier heeft ingevoerd. De uiterst cryptische, beknopte stijl met het “Overwegende dat, ... ” (“Attendu que, ...”) heeft de Hoge Raad een halve eeuw geleden laten varen, er wordt sindsdien ook spaarzaam naar jurisprudentie verwezen, maar het blijft nog steeds behelpen. In Engeland en Duitsland ligt dat een slag anders: de hoogste rechter geeft daar opening van zaken hoe en waarom hij tot zijn beslissing gekomen is, van uitvoerige literatuur- en rechtspraakverwijzingen voorzien, met welke opvattingen ook in debat gegaan wordt. Een Engelse of Duitse jurist die een arrest van onze Hoge Raad in de *NJ* leest, denkt dat de conclusie van het OM wel het arrest zal zijn, en de overwegingen van de Hoge Raad een commentaar of annotatie daarop. En dan hebben wij het nog niet over de figuur van de *dissenting opinion*, die de nuances – en daarmee rechtsontwikkeling – kan weergeven. Zoals bekend, heeft de Engelse wijze van rechtspreken (met het accent op ‘spreken’) grote invloed gehad op de gang van zaken bij hoogste Europese rechtscolleges als het EHRM en het Hof van Justitie EU. Maar dit ter zijde.¹⁸

2.3 Een eerste analyse van het arrest van 30 september 2016 aan de hand van een vergelijking met het standpunt van het OM

Ik zou nu de benadering van de Hoge Raad in deze zaak naast die van de A-G in haar conclusie willen leggen. Dat kan op een aantal punten verhelderend zijn; dat geldt ook voor de commentaren die naderhand op het arrest gegeven zijn en voor een groot deel voorspelbaar waren – veel van die schrijvers vindt men al door de A-G aangehaald ter ondersteuning van haar visie, die later zou blijken van die van de Hoge Raad af te wijken. Ik teken vast aan, dat

¹⁸ Ik heb mij vaker over deze gang van zaken in de cassatieprocedure verwonderd, en daarbij het negeren, niet naar waarde schatten van de conclusie van het OM een verspilling van belastinggeld genoemd. Het is immers niet alleen frustrerend voor de ambtenaar van het OM die dat overkomt – en overigens niet minder zo voor de verliezende partij in kwestie – er is veel tijd en energie in een conclusie gestoken, met meestal een betoog dat berust op gedegen onderzoek van jurisprudentie en doctrine, zonder dat daarvan door de cassatierechter gebruik wordt gemaakt. Dat wil zeggen, een gebruik dat niet alleen verhelderend kan zijn voor de rechtsoverwegingen in het arrest, maar ook voor rechtsontwikkeling en rechtswetenschap in het algemeen.

in de onderhavige conclusie, net als eerder in de conclusie voor *Greenworld* van A-G Huydecoper, de Europeesrechtelijke dimensie ontbreekt, ondanks dat daar sinds 2009 van verschillende zijden aandacht voor gevraagd was. Het standaardarrest op dat vlak, *Köbler*, dateert al van 2003 (!) en werd nadien meermalen bevestigd. Dat aspect - opmerkelijk nu de Hoge Raad de *rechtszekerheid*, het zusje van de *rechtseenheid*, zo'n grote rol toebedeeld heeft in *Qnow* - zal later nog in onze analyse aan de orde komen.

A-G Rank-Berenschot bespreekt het cassatiemiddel waarin de vraag opgeworpen wordt of de *Greenworld*-maatstaf “ook betrekking heeft op de aansprakelijkheid van arbiters voor handelingen die *niet* (rechtstreeks) hun ‘(scheids)rechtsprekende’ taak betreffen”.¹⁹ Een vraag die de A-G ontkennend beantwoordt, met een uitvoerige onderbouwing daarvan. Allereerst wordt de uitspraak in *Greenworld* geanalyseerd, hetgeen een dergelijke conclusie rechtvaardigt. De kern van het arrest is immers dat de argumenten voor de maatstaf voor een zeer beperkte aansprakelijkheid van (rechters) en arbiters, na vernietiging van de uitspraak die onjuist bevonden is, dat (i) vernietiging niet hoeft te betekenen dat de eerdere beoordeling onjuist/onrechtmatig was, en (ii) de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil moet kunnen oordelen, waarbij over de uitkomst in redelijkheid verschillend kan worden gedacht. Hieruit blijkt, stelt de A-G, dat de ratio voor deze restrictieve aansprakelijkheid vooral is gelegen in de *(scheids)rechterlijke beoordelingsvrijheid*. Ook indien het inhoudelijke oordeel later door een hogere of andere rechter verworpen wordt, moet een arbiter niet daarvoor kunnen worden aangesproken, tenzij – en dan volgt de bekende formule – hij “met betrekking tot de ‘vernietigde *beslissing*’ opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling. De *Greenworld*-maatstaf is aldus gegeven voor handelingen die een *inhoudelijke beoordeling* impliceren.” (*cursief* van de auteur).

Voor dit standpunt heeft de A-G steun gevonden bij enkele annotatoren van *Greenworld*, Vranken en Tjittes, en nog de schrijvers M.W. Scheltema, Giesen en Schutgens.²⁰ De argumentatie van de A-G wordt nader onderbouwd met drie punten.

Het eerste punt is een vergelijking met de aansprakelijkheid voor overheidsrechtspraak, in de literatuur wordt daarin onderscheid gemaakt tussen rechtsprekend en niet-rechtsprekend handelen, dat laatste opgevat “meer als administratief of (juist puur) feitelijk aan te merken handelen”. Het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak heeft alleen betrekking op het eerste type handelen.²¹ In de literatuur op het vergelijkbare gebied van aansprakelijkheid van arbiters wordt gewezen op de persoonlijke aansprakelijkheid voor vertraging in de ten uitvoerlegging van het vonnis, het niet voldoen aan de verplichting om het vonnis tijdig aan partijen te zenden of de plicht om het vonnis te deponeren.²²

Een tweede argument ter onderbouwing vindt de A-G in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot Staatsaansprakelijkheid vanwege het overschrijden door overheidsrechters van het ‘redelijke termijn’-voorschrift van art. 6 EVRM. Die rechtspraak kent niet de hantering van het terughoudende, zware *Greenworld*-kriterium. De ratio hiervan zal zijn, dat hier enkel sprake is van rechterlijk handelen en niet van een inhoudelijk onjuiste beoordeling door de rechter, stelt de A-G vast, en zoekt daarbij steun van een uitspraak van annotator Asser. Dat citaat laat ik hier volgen, niet alleen omdat het zo overtuigend is, maar ook vanwege een element dat aan het slot voorkomt: de *risico-grondslag* van de

¹⁹ Concl. onder nr. 2.13 e.v.

²⁰ Voor vindplaatsen, zie conclusie A-G, noot 31.

²¹ Idem, noten 29 en 32, met verwijzing naar o.a. T. Hoogenboom, 1984; V. van den Brink, 2000; A.J. Verhey, 2013 en V.V.R. van Bogaert, 2005.

²² In die zin H.J. Snijders, 2011, en A.J. van den Berg, 1992, zie conclusie A-G, noot 33.

aansprakelijkheid, een fenomeen dat tot nu toe steeds sterk onderbelicht gebleven is in alle beschouwingen en commentaren. Asser schrijft in 2014:

“Deze problematiek [de in nr. 1 van zijn annotatie besproken terughoudende norm; A-G] speelt niet bij de schending van art. 6 EVRM die bestaat in overschrijding van de redelijke termijn. Voor de aansprakelijkheid daarvoor behoeven niet die strenge aansprakelijkheidscriteria te worden aangelegd, want de aansprakelijkheidsgrond is, algemeen gesproken, niet zozeer gelegen in een juridische (beoordelings)fout van de rechter maar in de garantie die de Staat geeft dat het proces binnen redelijke termijn verloopt.”

Voor tenslotte het derde ondersteuningspunt doet de A-G een beroep op het stelsel van de aansprakelijkheid van rechterlijke ambtenaren op grond van art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), wetgeving waarop de Hoge Raad ook een beroep gedaan had in *Greenworld*.²³ Uit lid 1 van dat artikel zou afgeleid kunnen worden, stelt de A-G, dat ingeval een rechter schade uit onrechtmatige daad aan een derde veroorzaakt *die niet het gevolg is van een rechterlijke uitspraak* de Staat tegenover de derde aansprakelijkheid draagt. Het art. 42 Wrra dat hier aan de orde is, luidt als volgt:

“1. Voor schade die een rechterlijk ambtenaar of een rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, is jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk.

2. Voor schade als bedoeld in het eerste lid en voor schade die hij (...) de Staat toebrengt, is een rechterlijk ambtenaar of rechterlijk ambtenaar in opleiding jegens de Staat niet aansprakelijk, behalve voor zover de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

3. Voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak is een rechterlijk ambtenaar niet aansprakelijk.

(...)”

Bij de bespreking van dit wetsartikel gaat de A-G uitvoerig op de parlementaire stukken in, om opheldering te vinden wat precies bedoeld is met de ‘handelingen ter vervulling van het ambt’ van rechter. De wetgever spreekt van ‘bedrijfsfouten’, dus het gaat hier duidelijk over verhaal op de Staat uit onrechtmatige daad voor rechterlijke fouten die niet-rechtsprekende handelingen betreffen. In de parlementaire stukken worden als voorbeelden van ‘bedrijfsfouten’ gegeven: het zoek maken van stukken, het gevolg van een verkeersongeval op weg naar een descende of het werpen van een smeulende peuk in een papiermand waardoor brand in het gerechtsgebouw ontstaat. De toelichting hierop luidt:

“Uitgangspunt is dat, indien een rechterlijk ambtenaar of raio aan een derde schade berokkent door een daad die in de bedrijfssfeer ligt, daarvoor op de Staat als “werkgever” een risicoaansprakelijkheid dient te rusten. In de meeste gevallen zal de Staat reeds op grond van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk zijn, omdat de fout aan de Staat wordt toegerekend, ofwel als fout van zijn orgaan, ofwel omdat de desbetreffende handeling anderszins in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden (HR 6-4-1979, NJ 1980, 34). (...)”

Het eerste lid van artikel 42 beoogt nu, zonder inhoudelijk te willen afwijken van genoemde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, buiten twijfel te stellen dat de Staat altijd voor

²³ De Wrra werd in 1997 ingevoerd.

dergelijke bedrijfsrisico's jegens de derde aansprakelijk is, ook als hij dit op grond van de artikelen 6:162 en 6:170 (en eventueel 6:172) van het Burgerlijk Wetboek niet zou zijn." [37]

"De leden van de PvdA-fractie onderschrijven de gedachte dat, in geval door bedrijfsfouten van rechterlijke ambtenaren aan derden schade wordt toegebracht, voor de Staat een risicoaansprakelijkheid bestaat." [38]²⁴

De conclusie waartoe de A-G komt op grond van het bovenstaande is *loud and clear*:

[2.18.3] "Het zou naar mijn mening ongerijmd zijn indien arbiters, wanneer hen een fout wordt verweten die niet bestaat in een inhoudelijk onjuiste beoordeling, uitsluitend op grond van de strenge Greenworld-maatstaf zouden kunnen worden aangesproken. Er bestaat immers geen reden om de mogelijkheid tot aansprakelijkstelling van arbiters voor dergelijke fouten beperkter te doen zijn dan die tot aansprakelijkstelling van de Staat wegens (niet in onjuiste rechterlijke uitspraken bestaande) fouten van overheidsrechters. Niet valt in te zien dat degene die door een 'bedrijfsfout' van een arbiter wordt geschaad, over minder redresmogelijkheden zou moeten kunnen beschikken dan degene die onrechtmatig door een overheidsrechter wordt bejegend."

Deze conclusie heeft geen effect op de overwegingen van de Hoge Raad gehad, zoals wij weten. Hetgeen de A-G over het tweede middel geconcludeerd heeft, loopt meer in de pas met de visie van de cassatierechter. Dat middel hield in dat het hof de Greenworld-maatstaf verkeerd had toegepast, althans van onvoldoende motivering voorzien. Op dat laatste punt had de Hoge Raad zoals wij zagen ook een bezwaar, met name de frase van het hof dat de fout van de arbiter, "hoe ongelukkig ook", volgens de Greenworld-norm niet tot aansprakelijkheid kan leiden, achtte de Raad van onvoldoende motivering voorzien, waarop vernietiging volgde. De A-G komt in haar betoog op dit punt tot enkele behartenswaardige opmerkingen, die overigens evenmin gehoor vonden bij de cassatierechter. Het gaat hierbij vooral om het tweede onderdeel van de Greenworld-norm, de kennelijk grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, als (scheids)rechter. Allereerst wordt vastgesteld dat onduidelijk is wat voor handelingen de Hoge Raad daaronder precies verstaat in het *Greenworld*-arrest, door de A-G – in samengevat als 'grof plichtsverzuim', terwijl dat ook in de literatuur weinig aandacht gekregen heeft, behalve dan als uitbreiding van het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid'.²⁵ Zij ziet het onderscheid tussen beide categorieën hierin, dat opzet en bewuste roekeloosheid ruwweg overeenkomen met wat in de common law als *bad faith*, en bij ons als kwade trouw te boek staat, terwijl grof plichtsverzuim minder gericht is op de verwijtbaarheid van de handelende persoon maar op de aard en de objectieve ernst van de gedraging. Hierbij moet men wel bedenken, voegt de AG toe, dat kwade trouw – en dus ook verwijtbaarheid – een normatief begrip is, en geen subjectieve gezindheid aangeeft.²⁶

De manier waarop de A-G dit verder uitwerkt brengt een interessant aspect naar voren: wat eigenlijk de taak van een arbiter inhoudt en welke eisen daarmee aan de vervulling ervan gesteld kunnen worden, dit in aansluiting op hetgeen door Qnow in het tweede middel was

²⁴ De noten 37 en 38 verwijzen naar, resp.: TK 1994-1995, 24 220, nr. 3, p.3-4, en nr. 5, p.2.

²⁵ De conclusie verwijst hierbij in noot 42 naar de noot van Vranken onder *Greenworld*. De Hoge Raad heeft de term 'grof plichtsverzuim' van de A-G overgenomen, zie rov. 3.5.2 e.v., en boven: par. 2.2. Het is een merkwaardige term, die aan Militair recht doet denken: een soldaat die op wacht in slaap valt, of vergeet zijn geweer of pistool na een oefening niet langer op scherp te laten staan. Men kent de definitie van Militair recht: *Military Law state to Law, as military music state to music*.

²⁶ Deze materie komt hieronder nog ter sprake in Hoofdstuk 3; ik zie op deze plaats van af om hierbij kanttekeningen te plaatsen.

aangevoerd. De kern van de taak van een arbiter is het geven van een oordeel over een geschil dat voorgelegd is door partijen, neergelegd in een vonnis, en wel een vonnis dat niet gebrekkig is en dus uitvoerbaar is (dit afgezien van het bereiken van het alternatief van een minnelijke regeling, natuurlijk). Het produceren van een vonnis dat nietig is en daarmee niet uitvoerbaar, betekent dus dat de arbiter zijn *kerntaak* niet nagekomen is. Het gaat hier om “handelen dat – los van de intenties van de betrokken arbiters – in objectieve zin niet past bij een deugdelijke taakvervulling, en de gedraging dient bovendien voldoende ernstig te zijn”. Dat is dus het geval, vervolgt de A-G, wanneer de arbiter in een als werkelijk essentieel te karakteriseren verplichting is tekort geschoten. In dat verband haalt zij de NAI-instructies voor arbiters aan, die inhouden:

“Hoofdverplichting van arbiters is het medewerken aan het tot een definitief einde brengen van het geschil óf door een minnelijke schikking of door het wijzen van een vonnis”.²⁷

Dit leidt tot de conclusie dat wanneer een voor het vervullen van die kerntaak geldend voorschrift is geschonden, dit een heel sterke aanwijzing is dat “op kennelijk grove (want in dit geval onherstelbare) wijze is miskend hetgeen een behoorlijke taakvervulling vereist”.

Tenslotte gaat de A-G nog in op de mogelijkheid dat de fout waarvan hier sprake is – het ontbreken van de vereiste handtekeningen – veroorzaakt is door een menselijke, voorstelbare factor, een vergissing. Dat doet echter niet af aan het eerder betoogde, want bij grof plichtsverzuim is niet zozeer de goede trouw van de arbiter van belang, maar de vraag wat de “objectieve ernst” van zijn handelen is. Daar komt nog bij, dat aangenomen mag worden dat de arbiter verzekerd is. Ook een ‘kleine’ fout kan immers grote gevolgen hebben, zegt een ervaringsregel. De A-G sluit af, verwijzend naar een argument van eiser in cassatie, met een “enigszins retorische vraag”: in geval van dergelijk handelen dat zozeer tegengesteld is aan de taak van een arbiter, “waarom het risico daarvan nu juist op haar [Qnow], opdrachtgeefster, en niet op de arbiter zou moeten worden afgewenteld?”.

Wij zien hier het risico-aspect, evenals de verzekeringsdekking die daarvoor bestaat, op verkapte wijze aan de orde komen. Het cassatiemiddel was daarop veel explicieter ingegaan door te stellen dat de arbiter in kwestie (B.) verzekerd was, ook voor fouten als de onderhavige, met de belangrijke toevoeging dat dit een aanwijzing was voor de in het maatschappelijke verkeer levende opvatting over een behoorlijke taakvervulling van arbiters (subonderdeel 2.3). Hiermee wordt kennelijk verwezen de jurisprudentie van de Hoge Raad die al sinds de jaren '60 van de vorige eeuw gevestigd is en waarin een verband gelegd wordt tussen aansprakelijkheid en verzekeringsdekking.²⁸ Op deze materie zal hieronder nog worden ingegaan; hier volstaat de constatering dat dit belangrijke onderdeel van het middel in de conclusie van het OM slechts zijdelings aan de orde gesteld wordt, terwijl de Hoge Raad in het geheel niet erop is ingegaan.

Ik merk ook nog op dat van de taakvervulling van de arbiter in de cassatieprocedure door OM en Hoge Raad een eenzijdig beeld gegeven wordt, namelijk enkel de *judiciële* kant van arbitrage en het arbiter zijn: het wettelijk kader waarmee die figuren zoveel mogelijk op één lijn gezet wordt met overheidsrechtspraak, als ‘particuliere rechtspraak’. De *contractuele* kant

²⁷ Aldus: F.D. von Hombracht-Brinkman, “Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters”, *TvA* 1994/1, p.9. ontleend aan conclusie A-G, noot 47, waar ook nog verwezen wordt naar Snijders, 2011.

²⁸ Cassatiemiddel 2.3 haalt in dit verband geen jurisprudentie of doctrine aan. Het verzekeringsaspect werd al in eerste instantie naar voren gebracht, het middel verwijst hier naar de pleitnotities voor de rechtbank. Het kwam ook voor in de MvG in appel.

van arbitrage en het arbiter zijn, gebaseerd op de overeenkomst van opdracht die met partijen gesloten werd, is geheel buiten het blikveld gehouden, evenals de normen die op dat gebied gelden. Het niet-presteren, het niet leveren van het (bij opdracht) overeengekomen resultaat: de beslechting van het door partijen voorgelegde geschil met een vonnis dat rechtsgeldig en uitvoerbaar is, vormt een grove wanprestatie. Dit is een groot manco; op dit aspect van arbitrage en de betekenis ervan voor de normstelling voor aansprakelijkheid van arbiters - Greenworld-maatstaf, of niet? - zal hieronder nog uitvoerig ingegaan worden.

Intussen is er wel een processuele reden aan te wijzen voor het van tafel gevallen zijn van dit onderdeel van arbitrage en aansprakelijkheid, in cassatie. Eiser Qnow had bij haar inleidende dagvaarding voor de rechtbank zich nog wel, en uitsluitend, op de contractuele benadering van aansprakelijkheid gebaseerd, met de stelling dat B. als arbiter een opdracht in de zin van art. 7:400 BW had aanvaard, welke opdracht hij als ‘redelijk bekwame en redelijk handelende arbiter’ had moeten uitvoeren en daarin was hij volgens Qnow toerekenbaar tekortgeschoten. In zijn verweer heeft B. het debat verlegd naar de stelling dat hier de Greenworld-maatstaf moest gelden, waarop vervolgens de rechtsvraag zich concentreerde op de toepassing van die zware norm: ook op fouten als de onderhavige?²⁹ De verdere afloop is bekend.

Om een aantal redenen kan de contractuele dimensie van arbitrage echter niet gemist worden bij de aansprakelijkheidsvraag. Het meest bekend is de mogelijkheid van exoneratie die overeengekomen kan zijn door de arbiter (c.q. het arbitrage-instituut) met partijen, dat wil zeggen de vrijtekening tegen aansprakelijkheid wegens schending van een contractuele verplichting. Bijvoorbeeld het schenden van de verplichting om een vonnis te wijzen dat geldig en uitvoerbaar is. Het contractenrecht biedt op dat terrein veel inzicht in zowel de normen die hierbij gelden, als ook de wijze van kwalificatie van verplichtingen die op de arbiter als opdrachtnemer rusten, te onderscheiden in inspannings- en resultaatsverplichtingen. In jurisprudentie en doctrine is deze materie voor veel soorten dienstenverlening (advocaten, artsen, etc.) uitgewerkt. Daarmee kan men op het gebied van aansprakelijkheid van arbiters zijn voordeel doen; de schending van de verplichting tot het leveren van een geldig, uitvoerbaar vonnis lijkt een resultaatsverbintenis te zijn. Zoals gezegd komt dit onderwerp nog later ter sprake, maar ik noteer vast het volgende.³⁰

Het is opvallend dat de Hoge Raad bij de formulering van de nieuwe, al-omvattende norm voor aansprakelijkheid van (scheids-)rechters in het *Greenworld*-arrest normen gebruikt die aan het contractenrecht en verbintenissenrecht ontleend zijn. Weliswaar van de wetgever van de Wvra (1997) geleend, maar toch. De figuur van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ is bekend uit de beroepsaansprakelijkheid en werd ontwikkeld in jurisprudentie en doctrine met betrekking tot exoneratieclausules, met het onderliggende contract van dienstenverlening als grondslag. Dat heeft in de literatuur over de aansprakelijkheid van arbiters nog geen aandacht gekregen, laat staan doordenking; ik zal hieronder in dat manco trachten te voorzien. Daarnaast is die figuur bekend uit de werkgeversaansprakelijkheid van Boek 7, waarop Giesen heeft gewezen.³¹

Het door de Hoge Raad aan ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ gekoppelde begrip: ‘kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ – ook kortweg als ‘grof plichtsverzuim’ aangeduid, of wel ‘ernstig persoonlijk verwijt’ heeft een achtergrond die evenmin de aandacht getrokken heeft in de literatuur. Ook hier is het Giesen die, als enige, verband legt met de bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2, Rechtspersonen (t.a.p.).

²⁹ Zie hieromtrent het overzicht dat de A-G geeft, conclusie onder nr. 2.7

³⁰ Zie onder: Hoofdstuk 3, par. nr. 3.4 e.v.

³¹ Giesen, 2017, bespreking van *Qnow* en *Greenworld*; in het kader van art. 7:658 BW wordt door hem ook het arrest *Pollemans/Hoondert* (1996).

In zijn noot onder *Greenworld* ziet Vranken een overeenkomst met de aansprakelijkheid voor bestuursbesluiten op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad, waar hij een ontwikkeling naar risicoaansprakelijkheid signaleert.³²

Op de hier genoemde aspecten zal hieronder nog uitvoerig terug gekomen worden, in de Hoofdstukken 3 en 4.

2.4 De benadering van de Hoge Raad in het arrest van 30 september 2016, in afwijking van de conclusie OM, kritisch bezien

Alvorens een analyse te maken van het *Qnow*-arrest, in zijn relatie tot *Greenworld*, zal ik eerst onderzoeken op welke wijze de Hoge Raad is omgegaan met het betoog van het OM, waarin zoals wij zagen een andere visie op het vraagstuk gegeven werd, door gezaghebbende schrijvers gedeeld. De Hoge Raad pareert het genuanceerde betoog van de A-G met een ferm standpunt: al direct wordt gezegd dat “er geen grond is” om de zware *Greenworld*-maatstaf te beperken in door het OM bedoelde zin, om een onderscheid te maken tussen bepaalde ‘processuele fouten’ en fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak. Het argument dat de Hoge Raad hierbij gebruikt is heel ingenieus, maar niet meer dan dat. Het college overweegt namelijk: er worden “immers” ook bij de inhoudelijke beoordeling fouten gemaakt die “geen verband houden met de beoordelingsvrijheid” maar die als misslagen of omissies kunnen worden gekwalificeerd (rov. 3.4.3). Met dit argument gaat men echter aan de discussie voorbij: er worden immers altijd fouten gemaakt wanneer mensen ergens bij betrokken zijn, dus ook bij een inhoudelijke beoordeling van een zaak. Dat laatste mondt echter uit in een vonnis, waartegen rechtsmiddelen open staan volgens in een wettelijk stelsel (appel, cassatie). Dat voor het kunnen doorbreken van dat stelsel door middel van het persoonlijk aansprakelijk stellen van arbiters een zware norm gesteld moet worden, van het type *Greenworld*, ontmoet op zich weinig tegenspraak. Dat stond echter niet ter discussie in deze cassatieprocedure. Het is bovendien moeilijk voorstelbaar en evenmin een aantrekkelijke gedachte, dat een inhoudelijke beslissing (vonnis) onderzocht zou mogen worden op de aanwezigheid van misslagen en omissies, anders dan die welke voorwerp van een rechtsmiddel kunnen zijn.

Het vervolg van de redenering die de Hoge Raad gebruikt is eveneens weinig overtuigend: de noodzaak om de eerdergenoemde fouten (misslagen en omissies) onder de *Greenworld*-maatstaf te brengen is erin gelegen dat “die fouten samenhangen met de rechterlijke taak van arbiters”. “Ook de naleving van processuele voorschriften, inclusief de afhandeling van een zaak, hangt met die taak samen”, voegt de Raad nog toe. Kortom, ‘alles hangt met alles samen’, lijkt de cassatierechter hier te willen zeggen. En dan komt er nóg een uitspraak van hoog algemeen gehalte: “Mede omwille van de *rechtszekerheid* dienen alle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf” (rov. 3.4.3, slot; mijn *cursief*).

Direct hierop, bij het begin van rov. 3.4.4, blijkt de Hoge Raad echter al meteen af te dingen op de gedachte dat “alle fouten” die samenhangen met uitoefening van de rechterlijke taak onder de zware *Greenworld*-maatstaf horen te vallen. Er zijn namelijk ook zogenaamde “bedrijfsfouten”, zoals vermeld in de toelichting op de Wrra – door de A-G aangehaald. Deze worden door de Hoge Raad buitengesloten, want ze kunnen niet leiden tot vernietiging van een (arbitraal) vonnis en staan bovendien “in onvoldoende verband met de rechterlijke taak om daartoe te worden gerekend” - daarom geldt de *Greenworld*-norm hier dan ook niet. Hierbij is kennelijk geen rol weggelegd voor de rechtszekerheid, waarmee de ordening gediend kan worden, zoals wij eerder zagen.

³² Vranken, noot *NJ* 2011/131.

Ik laat deze kwestie verder nog even rusten, met de aantekening dat het type ‘bedrijfsfouten’ dat de Wrra-wetgever kon bedenken weinig inspiratie kan opwekken.³³ Het wordt echter anders wanneer men de discussie over aansprakelijkheid van de overheidsrechter voor de geest haalt, zoals deze al sinds de jaren ’70 van de vorige eeuw gevoerd wordt, met de voorbeelden van rechterlijke fouten in de managementsfeer (de wetgever sprak bij de Wrra van ‘bedrijfssfeer’). De rechter-commissaris die steken laat vallen bij het organiseren van getuigenverhoor, beslagen of de afwikkeling van een faillissement, surseance, e.d. (met het uitoefenen van toezicht op curatoren). Management, bedrijfsvoering, boekhouden, e.d., is niet iedere jurist op het lijf geschreven en dan liggen fouten om de hoek. De wetgever sprak hierbij ook van “bedrijfsrisico’s” waarvoor de Staat jegens derden aansprakelijk is - heel toepasselijk, lijkt mij.

In deze context wil ik vast wijzen op het probleem dat de Hoge Raad schept met zijn ogenschijnlijk heldere afgrenzing van fouten die ertoe doen – in de sfeer van de Greenworld-maatstaf toepassing – en fouten die daar buiten vallen. De gronden voor vernietiging van het vonnis worden hierbij door de cassatierechter als hulpmiddel aangegeven. Maar wat te doen met fouten in de persoonlijke sfeer van de arbiter die niet daartoe behoren, maar wel een beroep op *wraking* kunnen rechtvaardigen?³⁴ Zoals het contact opnemen met een partij in de arbitrage, diens advocaat of betrokken derden voor overleg, buiten medeweten of toestemming van de collega-arbiters? Een regelmatig voorkomend fenomeen, overigens niet altijd door een wrakingsprocedure tijdens of na tot standkoming van het vonnis gevolgd. Ook die materie zal hieronder nog nader uitgewerkt worden.³⁵

De hier aangesneden problemen zijn al eerder signaleerd. Vranken heeft in zijn noot onder dit arrest opgemerkt dat de categorie ‘bedrijfsfouten’ tot afbakeningsproblemen kan leiden.³⁶ Dat wordt door Ernste en Meijer beaamd, die nog een aantal voorbeelden van dergelijke fouten geven, zoals: het achterwege laten van (overeengekomen) deponering van het vonnis en schending van geheimhoudingsverplichting ná het wijzen van het vonnis.³⁷ Als een andersoortige fout zien zij schending van geheimhoudingsverplichting vóór het wijzen van het vonnis en verdragende handelingen die schending van een redelijke termijn (vgl. art. 1036 lid 3 Rv) teweeg brengen. Dergelijke fouten zijn geen ‘bedrijfsfouten’ in de optiek van de Hoge Raad omdat ze te zeer samenhangen met de (scheids)rechterlijke taak, terwijl deze fouten ook niet voorwerp van een vernietigingsprocedure kunnen zijn. Deze auteurs bepleiten dan ook het aannemen van een aparte (derde) categorie fouten waarop de Greenworld-maatstaf níet van toepassing is, maar de normen voor aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren in de dienstenverlening – de onbevangenheid tot het oordelen van de arbiter is immers hier niet aan de orde.

2.5 Het verdere verloop van *Qnow* na verwijzing: het arrest Hof Arnhem 16 oktober 2018

³³ Een meer realistische aanvulling wordt hierbij door sommige schrijvers aangedragen, zoals: ‘het in de trein laten liggen van een dossier door de rechter of arbiter, dat dan in verkeerde handen terecht is gekomen’ – aldus Ernste en Meijer, *AA* 2017, 685, ontleend aan Vranken, noot *NJ* 2017/141. Zie nog uitvoeriger over dit onderwerp hieronder, Hoofdstuk 5.

³⁴ De grond voor wraking is het bestaan van “gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid” van de arbiter, art. 1033 Rv.

³⁵ Ik teken hierbij vast aan, dat de rechter op dit punt in een andere positie verkeert dan de arbiter omdat veel (gedrags-)normen in de wet zijn vastgelegd: artt. 12, 13f RO, vgl. ook de Gedragscode Rechtspraak. Hieronder zal nog hierop worden ingegaan, met name ook op de aanvechtbare opmerking van Vranken in dit verband, dat “voor arbiters vergelijkbare normen niet altijd gelden”, noot *NJ* 2017/141, nr. 12.

³⁶ *NJ* 2017/141, onder nr. 11, e.v.

³⁷ *AA* 2017, p.685. Zie ook, met meer voorbeelden aan de jurisprudentie ontleend: Vranken, noot *NJ* 2017/141, nr. 12. Als gezegd, kom ik hieronder nog op deze materie terug, in Hoofdstuk 5.

De beoordeling van het geschil door het Hof Arnhem na verwijzing door de Hoge Raad is in een aantal opzichten leerzaam.³⁸ Allereerst gaat het hier om de toepassing van de nieuwe maatstaf op deze casus. Het hof geeft daartoe eerst de Greenworld-maatstaf weer en legt daarbij de nadruk op het “in navolging van de Conclusie OM te noemen: grof plichtsverzuim”. Bij de beoordeling daarvan had de Hoge Raad aangegeven dat het niet (toezien op het) naleven van het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv - ondertekening van het vonnis door alle arbiters - een “processuele fout” is en dat daarbij de nadruk erop ligt dat de arbiter een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ gemaakt moet kunnen worden. Een verwijtbaarheid die “in zekere mate geobjectiveerd is”, hetgeen afhangt van de omstandigheden van het geval. De verantwoordelijkheid van de voorzitter wordt, mede gezien de ernstige gevolgen van niet-inachtneming van het voorschrift, aangemerkt als een “wezenlijk onderdeel van diens taak”. Vandaar dat het verzuimen van die verantwoordelijkheid, afhankelijk van de omstandigheden, kan worden aangemerkt als grof plichtsverzuim. Aldus de samenvatting die het hof van het arrest van 2016 geeft, als voorbereiding op zijn oordeel.

Over de omstandigheden waaronder dit verzuim van de voorzitter plaats vond, de feitelijke gang van zaken rond ondertekening en deponering van het vonnis, was door partijen voor de procedure in cassatie niets gesteld. In de procedure na verwijzing kwam hierover het volgende aan het licht. Arbiters hadden “uit praktisch perspectief” de afspraak gemaakt dat het vonnis direct na gereedkomen door secretaris en voorzitter ondertekend aan de advocaten van partijen toegezonden zou worden. De arbiters woonden namelijk in verschillende delen van het land en het was in het belang van partijen dat zij zo spoedig mogelijk geïnformeerd zouden worden. Ook is afgesproken dat “als zulks vereist zou zijn, nadien ondertekening door de andere arbiters zou plaatsvinden”. De secretaris heeft het vonnis aan de rechtbank Amsterdam gezonden voor deponering, door haar en de voorzitter ondertekend, waarop depot gevolgd is. Later is nog een door alle arbiters ondertekend vonnis ter deponering aangeboden.³⁹

De aldus vastgestelde gang van zaken brengt het hof tot de volgende beoordeling:

(2.9) “Deze gang van zaken is door Qnow niet bestreden en staat dus vast. Het hof begrijpt daaruit dat B. en zijn mede-arbiters welbewust hebben gekozen voor ondertekening alleen door de voorzitter en de secretaris; de niet-ondertekening was geen ‘ongelukje’. Gelet op het belang van de naleving van het voorschrift van ondertekening door alle arbiters, het feit dat dat geldt als wezenlijk onderdeel van de taak van arbiters en de ernstige gevolgen van het verzuim doordat het vonnis is vernietigd, oordeelt het hof dat in deze omstandigheden sprake is geweest van grof plichtsverzuim als bedoeld in de Greenworld-maatstaf. Dat arbiters druk voelden om snel vonnis te wijzen, met hun handelwijze hebben beoogd om het belang te dienen dat partijen hadden bij spoedige toezending en zich niet hebben gerealiseerd welke ernstige en onherstelbare gevolgen die handelwijze kon hebben, maakt dat niet anders, nu een arbiter geacht wordt het voorschrift en de gevolgen van niet-naleving daarvan te kennen. Dat arbiters zich de ernstige gevolgen niet hebben gerealiseerd, dient dan ook voor hun rekening te blijven. Dit brengt mee dat B. aansprakelijk is voor de schade die Qnow heeft geleden doordat het arbitrale eindvonnis is vernietigd.

Daarmee is echter het doek nog niet gevallen in deze zaak, want de omvang van de schade, het causaal verband en mogelijk eigen schuld van Qnow waren onderwerpen die tot dusver nog niet aan de orde waren gekomen in de procedure. Dat gebeurt nu pas, na verwijzing, met verstrekkende gevolgen. Het vonnis was van 2004, de vernietiging in laatste instantie vond in

³⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9111, *Qnow/B*, rov. 2.7.

³⁹ Aldus rov. 2.8. Ik breng in herinnering dat in het arrest a quo de omstandigheden niet van belang gevonden werden voor de aansprakelijkheidsvraag, zie rov. 3.5.3 arrest Hoge Raad, en boven: par. 3.2.

2007 plaats en de tijd heeft niet stil gestaan, ook wat de mogelijkheden van verhaal van schade betreft.⁴⁰ Dat komt tot uitdrukking in de overwegingen die het hof aan het schadeverhaal wijdt, als voorbereiding op een te houden comparitie van partijen (rov. 2.10 e.v.). Het ziet er allemaal niet veelbelovend uit, voor Qnow.

In zijn beschouwingen hierover stelt hof voorop dat bij het verhaal van schade een vergelijking gemaakt dient te worden tussen de werkelijk bestaande situatie en de situatie zoals die geweest zou zijn zonder dat de fout zich voorgedaan had, dus het vonnis niet was vernietigd. Het is nog maar de vraag, of Qnow ook in dat geval haar gehele vordering betaald had gekregen. Het hof gaat dan na of Qnow verhaal voor haar schade gevonden zou hebben indien zij direct na het vonnis had kunnen executeren. Dat heeft zij toen getracht, dat is deels gelukt en de vraag rijst of de verhaalsmogelijkheden toen niet al uitgeput waren. Het hof vindt verder van belang dat Qnow na vernietiging van het vonnis nog tot 2006 heeft gewacht met het inzetten van een bodemprocedure en daarbij niet voortvarend heeft geprocedeerd, en bovendien geen maatregelen getroffen heeft om haar vordering met conservatoire maatregelen veilig te stellen. Bij dat laatste kan men zich trouwens afvragen of de beide betrokken partijen nog verhaal boden in 2010, aangezien Qnow in dat jaar nog executiemaatregelen had genomen. Het hof wil de stukken daarover (en over de opbrengsten daaruit) overgelegd hebben ten behoeve van de comparitie.⁴¹

Het is dus al met al een veelbewogen, lange reis die Qnow heeft afgelegd in haar procedure tegen een niet-presterende arbiter, met als grote vraag, of dat iets tastbaars heeft opgeleverd ter vergoeding van de schade die zij daardoor heeft opgelopen.

Tot welke lering kan deze zaak strekken voor ons onderwerp, de aansprakelijkheid van arbiters? Allereerst valt op dat een fout van arbiters die glashelder van aard is: niet een vonnis ondertekenen terwijl dat een wettelijk vereiste is met nietigheid van het vonnis tot gevolg, toch een feitelijke context heeft die zoals bepaald door de Hoge Raad onderzocht moet worden. Het bleek een feitenconstellatie te zijn die iets anders ligt dan een ‘ongelukje’, in de woorden van het hof. Het was niet het systeem, het apparaat dat gehaperd had, maar de fout was gebaseerd op een onderlinge afspraak (kan ook stilzwijgend geweest zijn, denk ik) met goede bedoelingen gemaakt: een poging om partijen tegemoet te komen met een zo spoedig mogelijke afhandeling van de zaak. Niettemin, een fatale fout in het arbitragerecht, met een zware, en bekende sanctie. Het hof had dit punt niet uitgewerkt en ook geen reactie gegeven op de uitleg van arbiter B. ‘hoe het gegaan was’, maar niet valt in te zien waarom die ‘spoedeisende’ wijze van afhandeling van het vonnis ook gevolgd zou moeten worden bij de depot-procedure, de toezending aan de rechtbank direct na voltooiing. Waarom zou dat vonnis toen niet door alle arbiters ondertekend kunnen zijn, voor verzending?

Ik heb zelf vaak als (enkelvoudig) arbiter de secretaris het vonnis direct na voltooiing naar partijen laten toezenden, als digitale versie en niet ondertekend, in de verwachting dat zij wel zouden begrijpen dat het stuk naderhand ondertekend gedeponneerd zou worden en ook nog als papieren versie (getekend) per post aan partijen toegezonden. Dat als *service maison*, partijen zij nu eenmaal uiterst benieuwd naar de uitkomst van het geschil, vaak is ook een datum (termijn) voor vonnis in het vooruitzicht gesteld. Een *deadline* heet niet voor niets zo, vaak zit de scribe de dood op de hielen, zo voelt dat in elk geval wel: een hele opluchting als de datum gehaald wordt. Waarvan liefst meteen akte gegeven wordt - niets menselijks is de arbiter vreemd.

⁴⁰ Zie boven, par. [3.1] voor de acties die Qnow ondernomen heeft om haar schade te verhalen sinds 2010.

⁴¹ De comparitie van partijen werd door het hof vastgesteld op 25 maart 2019. Bij het ter perse gaan van dit boek was hierover het volgende bekend. [CHECK: afloop comparitie bij Walter Hendriksen, Van Doorne]

Verder is opmerkelijk, teken ik aan, dat de wijze waarop het Hof Arnhem de zaak na verwijzing berecht heeft, met gebruikmaking van de instrumenten die A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie ontwikkeld had: ‘grof plichtsverzuim’ (geobjectiveerd) en daarbij de nadruk leggend op een ‘wezenlijk onderdeel van de taak’ van een arbiter, toereikend gebleken is om een dergelijke rechtsvraag te kunnen beslissen. De figuren van ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’ zijn daarbij geruisloos onder tafel gevallen. En terecht, zoals ik hieronder nog zal trachten aan te tonen.

Tot slot, als men die verwickelingen zo leest die het hof vermeldt over de acties (en gebrek daaraan) van Qnow om schadeverhaal te zoeken sinds 2006, de wijze van opereren en procederen brengt bij mij de gedachte boven dat het hier typisch om een ‘Limburgse zaak’ gaat. Een stukje Nederland waar de zaken vaak anders lopen dan in de rest van ons land, de Randstad voorop. Denk aan het archetypische geval van het *misverstand*-arrest, *Van de Bunde/Erckens* (1976) waarover 25 jaar geprocedeerd is door partijen, ook tot de Hoge Raad en terug, terwijl na verwijzing de oplossing eigenlijk heel simpel was, en ook al meteen gevolgd had kunnen worden.⁴² Zoals ik op colleges placht te zeggen: “De sappigste asperges en arresten komen uit Limburg!” Dat neemt niet weg dat de meerwaarde van zo’n onwaarschijnlijke casus kan zijn, dat er daardoor nieuw recht geschapen wordt: met het *misverstand*-arrest kreeg de vertrouwensleer voet aan de grond (al mocht dat woord nog niet uitgesproken worden vanwege het aanzien van de wilsleer, aldus bijvoorbeeld annotator Van Schilfgaarde). Het *Qnow*-arrest van 2016 gaat misschien ook als hefboom voor nieuw recht werken, maar dan wel – via een omweg – door de toepassing na verwijzing, van (wederom) het Hof Arnhem. Evenals door de discussie die hierop zal volgen.

2.6 Overzicht van de reacties op *Qnow* (juncto *Greenworld*) in de literatuur. De verdere opzet van onze analyse van het arrest met de nieuwe norm

Op de hier besproken arresten van de Hoge Raad van 4 december 2009 en 30 september 2016 is een vloed van commentaar gevolgd, de pennen staan nog steeds niet stil. Het valt op dat er maar heel weinig schrijvers zijn die de nieuwe benadering van de hoogste rechter op dit terrein ondersteunen, de kritiek overheerst. Steun biedt Snijders, die open staat voor het met een beroep op de rechtszekerheid op één lijn zetten van verschillende soorten fouten en zich daarnaast vooral laat leiden door de omstandigheid dat een arbiter zich niet of niet voldoende tegen een verdergaande aansprakelijkheid (zoals door A-G Rank-Berenschot bepleit) zou kunnen verzekeren.⁴³ Het is een “wijze beslissing” van de Hoge Raad, is Snijders’ slotsom. Ook Giesen is het met de koers van de Hoge Raad eens vanwege het dienen van de rechtszekerheid: het tezamen nemen van “alle fouten bij de uitoefening van de (scheids)rechterlijke taak” en naar dezelfde maatstaf beoordeeld, “biedt helderheid voor de toekomst, helderheid die door het belang van de rechtszekerheid is ingegeven”, schrijft Giesen.⁴⁴ Wel maakt hij enkele kanttekeningen bij het standpunt van de Hoge Raad ivm de Unierechtelijke dimensie van deze aansprakelijkheidsvraag, echter zonder dat dit voor hem tot problemen leidt.⁴⁵

⁴² HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, m.nt. Scholten; *AA* 1977, m.nt. Van Schilfgaarde, Zie daarover mijn *Verbintenissenrecht* 1, 2004, p.160-161. De overeenkomst is van 1961, de zaak is twee keer bij de Hoge Raad geweest, het laatst in 1986 (*NJ* 1987/382). Na verwijzing werd koper Erckens door het Hof Arnhem in het gelijk gesteld op grond van nieuwe, pikante feiten die (eindelijk) aan het licht gekomen waren, zie mijn boek, t.a.p. Dat laatste arrest werd op mijn verzoek in de *NJ* geplaatst: Hof Arnhem, 9 november 1982, *NJ* 1987/714.

⁴³ Snijders, *TvA* 2017, onder nr. 2.

⁴⁴ Giesen, *O&A* 2017, op p.78. Schr. signaleert wel dat de Hoge Raad de ‘bedrijfsfouten’ hiervan uitgezonderd heeft, maar hij “gaat daaraan voorbij” (nt. 61).

⁴⁵ T.a.p., onder nr. 2, p.76, n.a.v. *Greenworld*. Giesen acht het arrest “EU-proof” en “EVRM-proof”, in een heel wollige formulering. Hieronder wordt nog op deze materie teruggekomen, in Hoofdstuk 8.

Een klein dozijn overige schrijvers denkt hier echter heel anders over. In zijn noot onder *Greenworld* had Vranken al over de ‘drie schakels in de redenering’ van de Hoge Raad opgemerkt: “de derde is m.i. onjuist, de tweede speculatief, en alleen de eerste is sterk”.⁴⁶ In 2017 noteert Vranken in zijn noot onder *Qnow* dat na dit arrest “de brede onvrede in de literatuur over de maatstaf van *Greenworld* blijft”.⁴⁷ Het probleem dat hij signaleert, is dat een veelheid van standpunten is verdedigd over de aansprakelijkheid van arbiters, gebaseerd op *Greenworld*, hetgeen aangeeft “hoe multi-interpretabel het *Greenworld*-arrest volgens de literatuur is”. Het *Qnow*-arrest “maakt geen einde aan de onduidelijkheden van het *Greenworld*-arrest, zelfs niet over de kardinale vraag óf *Greenworld* wel een maatstaf voor de aansprakelijkheid van de Staat voor onjuiste rechterlijke uitspraken inhoudt.” Dat belooft dus niet veel goeds, voor de modale jurisprudentielezer.

De kern van de kritiek van de grote meerderheid van schrijvers is dat de benadering van de Hoge Raad te ongenueanceerd is in vergelijking tot een betoog als dat van A-G Rank-Berenschot: alle vormen van fouten worden in de arresten van 2009 en 2016 gelijkgeschakeld, terwijl intussen de problemen met afbakening niet opgelost worden (‘procedurele fouten’ tegenover ‘bedrijfsfouten’); de gevonden constructie is bovendien niet nodig. Daarnaast wordt een Unierechtelijk bezwaar met steeds meer nadruk naar voren gebracht: de jurisprudentie van het HvJ EU gebaseerd op het *Köbler*-arrest van 2003 is niet verwerkt door de Hoge Raad, waardoor de noodzakelijke eenheid van behandeling van nationaal recht en Unierecht miskend wordt.

Het kritische commentaar op de nieuwe koers in de jurisprudentie wordt vooral ook gevoed door de keuze van de Hoge Raad om aansprakelijkheid van arbiters op één lijn te stellen met die van de overheidsrechter en de vraag of dat wel gelukt is, dan wel duidelijk geworden is waar wij nu staan op dat gebied. Het beroep dat de cassatierechter daarbij op de regeling van de Wrra gedaan heeft, kan bij veel schrijvers niet door de beugel vanwege de ongelijksoortigheid van de aansprakelijkheid in kwestie, doordat de wetgever de Staat voor de rechters geschoven heeft om verhaal van schade door gemaakte fouten op te vangen terwijl daarbij het regres op die rechters beperkt gehouden is. Op die materie zal ik slechts zijdelings ingaan, als niet van wezenlijk belang voor het onderwerp van dit boekje, de aansprakelijkheid van arbiters.

Ik zie op deze plaats af van een overzicht van de hier kort weergegeven beschouwingen in de literatuur. Wanneer de onderscheiden onderwerpen hieronder aangesneden gaan worden, zal ik de diverse standpunten van schrijvers erbij betrekken.

2.7 De verdere opzet van deze analyse van de jurisprudentie van 2009 en 2016: de normen onderzocht naar contractuele herkomst en de Unierechtelijke context

Hierboven, in par. 3.3, laatste deel, kwam al aan de orde dat de Hoge Raad met de nieuwe maatstaf van *Greenworld*, bevestigd in *Qnow*, gebruik gemaakt heeft van aan het contracten- en verbintenissenrecht ontleende normen, ook al waren die expliciet aan de regeling van de Wrra uit 1997 ontleend. Zoals gezegd, bleef door dat laatste de eigenlijke herkomst van de normen in het ongewisse en werd er in de literatuur als gevolg daarvan vrijwel geen aandacht aan de oorsprong van die normen gegeven. Giesen gaf in 2017 wel een indicatie dat dit thema waarschijnlijk van belang zou kunnen zijn bij de verdere toepassing van de *Greenworld*-

⁴⁶ NJ 2011/131, nr. 12, conclusie uit nrs. 5-11. De 1^e schakel is de verruiming van de leer van 1971 met de maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid en grof plichtsverzuim, de 2^e het argument van bescherming van vrijheid en onbevangenheid van de oordeelsvorming van de (scheids)rechter en de 3^e het beroep op het stelsel van de Wrra.

⁴⁷ T.a.p., onder nr. 7; zie ook eerder: nrs. 1 en 2.

maatstaf in de praktijk. Wij zagen dat sommige schrijvers bij het tweede criterium van ‘grof plichtsverzuim’ op de analogie met andere vormen van aansprakelijkheid gewezen hebben.

Hieronder zal nu de achtergrond van de normen in de nieuwe leer van de Hoge Raad onderzocht worden: de contractuele herkomst ervan, in de Hoofdstukken 3 en 4. De resultaten zullen als materiaal dienen voor een voorstel om tot een betere maatstaf te komen voor de aansprakelijkheid van arbiters dan de Qnow-norm die de Hoge Raad ons aangereikt heeft. In dat kader zal door mij ook een inventarisatie gemaakt worden van de soorten fouten van arbiters die in het geding zijn bij eventuele aansprakelijkheid, en hoe deze fouten van elkaar onderscheiden kunnen worden, en vooral: of dat verschil voor de aansprakelijkstelling kan uitmaken. Dat gebeurt in Hoofdstuk 5, die materie kwam in grote lijnen al aan ter sprake, nu vindt een uitwerking daarvan plaats.

Na een aantal met de toepassing van de norm verwante onderwerpen besproken te hebben in Hoofdstuk 6 (is vernietiging van het vonnis een voorwaarde voor aansprakelijkstelling?, de plaats van herstel van het vonnis en van terugverwijzing, e.d.), komt in Hoofdstuk 7 de verzekeringsvraag aan de orde, die steeds op de achtergrond meegespeeld heeft. Tenslotte zal ik in Hoofdstuk 8 ingegaan op de Unierechtelijke context van dit onderwerp: hoe verhoudt de leer van de Hoge Raad zich met de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak bij schending van Unierecht door de nationale rechter? Kortom, de *Köbler*-rechtspraak, die volgens vrijwel alle schrijvers door Hoge Raad en OM miskend werd, en naar men stelt: volkomen ten onrechte. Wij zullen dan zien dat pas in een arrest van 21 december 2018 de Hoge Raad aandacht aan dat arrest van 1994 zal geven, in *KLM-piloten/Staat*, over het (niet) stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU en de motivering van zo’n beslissing.

HOOFDSTUK 3

Analyse van de Greenworld-Qnow-maatstaf (I): ‘opzet en bewuste roekeloosheid’, de oorsprong ervan in het contractenrecht, *liaisons dangereuses*?

3.1 Inleiding. De contouren van het onderzoek naar dit rechtsgebied

Dan is nu aan de orde, een onderzoek naar de herkomst van de Greenworld-criteria ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ (1) en persoonlijk ernstig verwijt/‘grof plichtsverzuim’ (2) en het belang daarvan voor de aansprakelijkheid van de arbiter. Hierbij gaat het mij allereerst om het verkrijgen van inzicht in de begrippen die de Hoge Raad hanteert, maar vooral ook lering trekken uit de toepassing ervan in het contractenrecht, te beseffen welke valkuilen hier liggen en hoe die het beste te vermijden. Daarmee zal een onderbouwing gegeven worden voor mijn conclusie dat bij de aansprakelijkheid van arbiters beter een andere maatstaf gehanteerd kan worden. Hetgeen geldt voor het verband dat de Hoge Raad legde met de regeling van de aansprakelijkheid van rechters op grond van de Wvra aanbracht - algemeen gekritiseerd vanwege de andersoortige karakter van die aansprakelijkheid - geldt nog sterker voor de normen zelf: het zullen *liaisons dangereuses* blijken te zijn. Anders gezegd, daar worden wij niet wijzer van, en wel omdat met die normen ook alle daarmee verbonden problemen bij de toepassing ervan overgenomen worden.

Om vast een indruk te geven van dergelijke problemen, de Hoge Raad sprak in *Qnow* bij ‘ernstig persoonlijk verwijt’ (het tweede criterium, alias ‘grof plichtsverzuim’) erover dat dit criterium “geobjectiveerd” van karakter is, kennelijk in tegenstelling tot het eerste criterium van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Dat valt moeilijk te rijmen met de toepassing van deze criteria in het contractenrecht, zoals wij hieronder nog zullen zien. Daarentegen had A-G Rank-Berenschot het in haar conclusie terecht over de noodzaak tot objectiveren van het begrip ‘bewuste roekeloosheid’, evenals eerder Tjittes in zijn noot onder *Greenworld* betoogd had.⁴⁸ Maar de tegengestelde visie wordt ook door enkele schrijvers ingenomen, dat gebeurt echter op aanvechtbare gronden. Hieronder komt dat nog uitvoeriger aan de orde, op deze plaats gaat het mij erom aan te geven dat de door de Hoge Raad gehanteerde begrippen geen vaste inhoud hebben, althans aanleiding kunnen geven tot verschil van opvatting welke lading door die vlaggen gedekt wordt. Voor een nieuwe maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters is dit geen aantrekkelijk vooruitzicht.

Het onderzoek naar de merites van de Qnow-maatstaf in de context van het land van herkomst, het contractenrecht, zal diepgaand moeten zijn vanwege alle complexe vragen die in rechtspraak en doctrine aan de orde gesteld worden. De moeite die daarvoor genomen moet worden heeft een bijkomend voordeel. De belangrijkste bron van informatie vormt de figuur van de exoneratieclausules en daarbij de vraag of een beroep erop de contractant vrij staat indien sprake is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Wel nu, bij de aansprakelijkheid van arbiters is een bekend thema of een arbiter die zijn aansprakelijkheid beperkt heeft door middel van een exoneratieclausule in de overeenkomst van opdracht, een beroep daarop kan doen ingeval van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ bij een uitvoeringshandeling. Het mes

⁴⁸ Concl. onder nr. 2.25; in noot 43 verwees naar Tjittes, noot *Greenworld*, *JBPr* 2010/6, in dezelfde zin.

snijdt hier dus aan twee kanten. Dat laatste onderwerp zal hieronder nog ter sprake komen, in par. 3.2.

Maar laten wij dan nu een blik op het contractenrecht werpen, hoe de genoemde criteria daar toegepast worden, welke inhoud ze hebben. Daartoe eerst een korte inleiding in de materie. Met het aanvaarden van aansprakelijkheid van de arbiter in beginsel, zoals de Hoge Raad gedaan heeft, dient zich vanzelf de vraag aan welke grenzen daarbij getrokken moeten worden. Dat is natuurlijk ook het geval bij de aansprakelijkheid van andere professionele dienstverleners met wie het werk van de arbiter verwantschap vertoont, zoals: advocaten, juridische en technische adviseurs en artsen, met de bijkomende vraag, hoe die werkzaamheden zich verhouden tot het optreden als arbiter. Op het belendende perceel van de bindend adviseur heeft de Hoge Raad in het arrest *PWC/Van Zanten* (2012) de grenzen aangegeven met een norm die ontleend is aan de aansprakelijkheid van professionele dienstverleners, namelijk dat de fout “in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar” moet zijn geweest.⁴⁹ Dat sluit aan bij het criterium van de redelijk handelende, bekwame dienstverlener. De figuur van bindend advies komt elders nog in dit verband aan de orde.⁵⁰

Voordat wij zullen ingaan op het karakter van de aansprakelijkheidsnormen voor de professionele dienstverleners, enkele opmerkingen over de aard van de uitvoering van hun overeenkomst. Een overeenkomst van dienstverlening wordt algemeen gezien als een *inspanningsverbintenis*, afgezet tegenover de zogenaamde *resultaatsverbintenis*. Voor dat laatste zijn de overeenkomsten van aanneming van werk en vervoer de archetypische voorbeelden. Bij de inspanningsverbintenis, met als archetype: de chirurg die een operatie verricht of de violist die een concert geeft, is veelal sprake van een grote marge bij de invulling van die verbintenis. Dat maakt vaststelling van ernstige nalatigheid moeilijk, zeker wanneer grote risico's genomen zijn die maatschappelijk aanvaard zijn, zoals bij medische ingrepen het geval kan zijn. Hierbij is de eerder genoemde norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame dienstverlener van toepassing bij de vaststelling van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of wanprestatie.

De dienstverlener is wel voor uitvoeringsfouten in de logistieke of zakelijke sfeer aansprakelijk, zoals: te laat of zelfs niet in de operatiezaal of concertzaal verschijnen (verslapen, files op de weg, vliegtuig gemist), apparaten die ondeugdelijk zijn, en dergelijk meer. Voor de advocaat: een termijn laten verlopen, een zitting missen.⁵¹ Dat zijn geen ‘kunstfouten’ maar ‘bedrijfsfouten’, die niet met vakbekwaamheid te maken hebben maar met logistiek en management en daarbij geldt een *resultaatsverplichting*.⁵²

Daarmee heeft het onderscheid overigens veel aantrekkingskracht verloren: het is niet óf het één, óf het ander: inspanning of resultaat leveren, maar een combinatie van beide. Al is het wel zo, dat één van die twee typen prestaties het meest karakteristiek is, de overhand heeft. Dat laatste is echter een waarneming op het eerste gezicht, een *first impression*, bij nader inzien kan het anders zijn. Zo is een blinde darmoperatie ooit wel als een enorme chirurgische inspanning begonnen, maar toch al geruime tijd een standaardoperatie, waarbij gewoon een

⁴⁹ HR 15 juni 2012, *NJ* 2012/155, m.nt. Vranken.

⁵⁰ Zie onder, Hoofdstuk 6, par. 6.1.

⁵¹ Er is vrij veel jurisprudentie op dit terrein, arresten in *NJ* 1997/263, 2001/639 en 2003/302, alsook veel lagere rechtspraak. In dezelfde sfeer, de advocaat die griffierechten te laat betaald heeft, zie: HR 8 juni 2000, *NJ* 2000/460.

⁵² Zie voor deze materie mijn *Verbintenissenrecht 1*, 2004, pp.733-748, waarbij figuren besproken worden als: risicosferen (p.741 e.v.) en garantieverplichtingen (p.747).

resultaat geleverd moet worden. Een fenomeen dat zich bij vele andere medische ingrepen ook voordoet, zelfs bij hartoperaties.

Daarbij kan men ook nog bedenken dat het onderscheid inspannings- versus resultaatsverbintenissen in de jaren '70 van de vorige eeuw door Houwing Jr. geïntroduceerd werd met het doel om een klinkklare oplossing voor de verdeling van de bewijslast te geven. Bij een inspanningsverbintenis moet aldus de opdrachtgever (de patiënt van de chirurg) de wanprestatie bewijzen, bij een resultaatsverbintenis dient de uitvoerder daarvan (de vervoerder) het tegendeel aan te tonen, het ontbreken van wanprestatie. Dat ligt intussen wel gecompliceerder, omdat eerst bepaald moet worden om welk onderdeel van de prestatie het gaat, omdat er immers steeds sprake is van *twee* karakteristieken naast elkaar: inspanning en resultaat leveren. Maar belangrijker is dat het bewijsrecht niet meer is waarvoor men het een halve eeuw geleden hield, althans in bepaalde kringen. Sindsdien is de bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid immers algemeen aanvaard en zelfs in de wet vastgelegd, in art. 150 Rv – al weer enige tijd trouwens, het oorspronkelijke artikel, art. 177 Rv, werd in 1988 ingevoerd en later vernummerd.

Kortom, bij de hantering van dit onderscheid geldt een *caveat*: men dient dit onderscheid met enige voorzichtigheid te hanteren. Het geldt enkel als *starting point for legal reasoning*, niets meer, niets minder - zoals zo vaak met rechtsregels het geval is. Of, zoals Eggens ooit eens zei: het is een 'beginssel', geen 'eindsel'.⁵³ Terug naar de aansprakelijkheid van arbiters.

Bij de beoordeling van de werkzaamheden van een arbiter is dit onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen heel bruikbaar. A-G Rank-Berenschot deed dat in haar conclusie voor *Qnow* op impliciete wijze door een onderscheid aan te brengen tussen "handelingen die een inhoudelijke beoordeling impliceren" en handelingen gericht zijn op het tot stand brengen van een vonnis dat rechtsgeldig is en dus: *uitvoerbaar*, met andere woorden: die op het resultaat van arbitrage gericht zijn. Arbitrage gaat immers om de beslechting van een geschil tussen partijen. Dat laatste zag de A-G als "kerntaak" van de arbiter. Dat lijkt mij weer ietwat doorgeschoten, het geven van een inhoudelijk deugdelijk vonnis is immers evengoed een 'kerntaak' van de arbiter. Maar goed, een vonnis dat niet geldig of uitvoerbaar door schending van formele eisen is natuurlijk een loze huls die partijen (opdrachtgevers) geboden wordt en geen effectieve beslechting van hun geschil.

3.2 De contractuele herkomst van 'opzet en bewuste roekeloosheid' - het eerste onderdeel van de *Greenworld*-maatstaf. De bakermat: exoneration in het vervoersrecht, *Codam/Merwede* (1954)

Het begrip 'opzet en bewuste roekeloosheid' kennen wij in het contractenrecht op het terrein van de exonerationclausules, de vraag wanneer een contractant daarop een beroep kan doen wanneer hij schade veroorzaakt heeft door een handeling waarop die kwalificatie van toepassing is. Het standaardarrest is hier *Codam – Merwede* uit 1954, over schade bij scheepsvervoer.⁵⁴ De kapitein had een navigatiefout gemaakt die het hof niet als een beoordelingsfout had aangemerkt ('error in judgement') maar als "in hoge mate roekeloos", waaraan de Hoge Raad de kwalificatie "in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld" verbindt. Deze term is ontleend aan 'grove schuld' uit het zeerecht, zoals daar door Molengraaff,

⁵³ NOOT: Zie ook 'vuistregels, artikel JvD

⁵⁴ HR 12 maart 1954 NJ 1955/386, m.nt. Hijmans van den Bergh; AA 1954, p.158, m.nt. Hijmans van den Bergh, *Kunst/NV Codam Scheepvaart Mij.* Zie over deze ontwikkeling, uitvoerig: mijn *Verbintenissenrecht I*, 2004, pp. 411-415, en Van Dunné, "Bewuste roekeloosheid en het beroep op exonerationclausules in het algemene contractenrecht", in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, 2004, Kluwer: Deventer, pp. 115-175; idem, "Beperking van aansprakelijkheid in contracten: exoneration en verzekering, zoals in geval van 'bewuste roekeloosheid'", *TMA* 2005, pp.89-104.

Cleveringa en Dorhout Mees inhoud aan gegeven werd. De laatste schrijver gaf de volgende omschrijving ervan:

“Grove schuld is hier op te vatten als niet als een fout van groot formaat, een grove domheid, doch er moet iets bijkomen van bewuste roekeloosheid of onverschilligheid, men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling”.⁵⁵

De term ‘bewuste roekeloosheid’ is blijven hangen, de Hoge Raad nam dat over in het arrest *Gem. Stein – Driessen* (1997), waarover dadelijk meer, evenals de wetgever gedaan heeft, bijvoorbeeld in art. 6:170 lid 3 BW, de aansprakelijkheid van een werkgever voor ondergeschikten.

In de *Codam/Merwede*-zaak waren de rechters op dit punt wel heel streng tegenover de kapitein, een schipper met de naam Kunst. De casus is als volgt, zeilers kennen de situatie wel op het Veerse Meer waar zich dit afspeelt.

Kunst is kapitein en eigenaar van de sleepboot ‘Merwede’ en heeft een contract gesloten voor 150 gld. om het sleepschip ‘Codam 75’ van Dordrecht naar Middelburg te slepen, dat gaat over het Veerse Meer, toen nog een zeearm. Bij vallende duisternis, in een sneeuwstorm die elk zicht ontnemt, kan Kunst na gasboei nr. 7 gepasseerd te zijn gasboei nr. 5 niet vinden die normalerwijze zichtbaar moet zijn, waar hij een scherpe bocht zou moeten maken. Hij maakt die bocht van 90 gr. stuurboord en loopt op een krib van de Goudplaat. Bij vallend water breekt het schip, met aan de lading boomstammen een schade van 25.000 gld. Kunst doet een beroep op de exoneratieclausule in de Sleepconditiën 1929, die van toepassing zijn op het sleepcontract. Achteraf bleek gasboei 5 die nacht niet te branden. Kunst had geen kaart van het gebied aan boord, noch een goed kompas.

Rechtbank en hof zijn van oordeel dat Kunst nooit het betonde vaarwater had mogen verlaten bij slecht zicht en het ontbreken van kaart en kompas, en aldus willens en wetens het grote risico met de koersafwijking genomen heeft. Dat gebeurde op de gis, de onzekerheid had hem van doorvaren moeten weerhouden, hetgeen als grove schuld aangemerkt met worden. Daarmee is het beroep van Kunst op het exoneratiebeding in strijd met de goede zeden en dus krachteloos.

De Hoge Raad onderschrijft de visie van het hof dat het hier niet om ging dat schipper Kunst onder moeilijke omstandigheden een minder juiste keuze had gemaakt uit de mogelijke handelingen, maar iets heeft gedaan dat nooit in aanmerking had mogen komen, dat “immers in de hoogste mate roekeloos ten aanzien van het sleepschip was”. De conclusie van de cassatierechter is dat het hof kon aannemen dat hier sprake was van “grove schuld, dat wil zeggen: een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld”.

De fout wordt de kapitein van de sleepboot dus zwaar aangerekend, niet zozeer vanwege een beoordelingsfout op een moeilijk moment maar eigenlijk vanwege het niet op orde hebben van zijn professionele (bedrijfs-)uitrusting waardoor op noodsituaties niet adequaat gereageerd kon worden. Een verkeerde professionele instelling, dus. Daarmee is de fout van schipper Kunst geen ‘bedrijfsfout’, maar een ‘kunstfout’, zoals dat later genoemd zou worden – hij had zijn naam niet mee. Intussen is verdedigbaar dat zijn fout in de omschrijving die Dorhout Mees van de maatstaf had gegeven ook als ‘een fout van groot formaat, een grove domheid’ aangemerkt zou kunnen worden. Dat is toch het geval indien men geen goede kaarten en kompas aan boord heeft bij vervoer onder winterse omstandigheden. Ook in de risicoleer betekent dat een onaanvaardbaar handelen van een professionele partij.

⁵⁵ Zie *NJ*-noot Hijmans van den Bergh, sub 8.

Dit alles heeft niet zoveel te maken met een ‘onverschilligheid’ ten aanzien van de gevolgen of een ‘verkeerde geestelijke instelling’ of ‘bewuste roekeloosheid’ van een contractspartij: men moet zijn zaken op orde hebben, op een professionele wijze. Dat wil zeggen, ook zónder die kwalificaties kan men oordelen dat een schipper onder die omstandigheden het schip had moeten stilleggen en beter weer en beter zicht had moeten afwachten. Ook al heeft men de pech dat een lichtboei is uitgevallen, bij een woedende sneeuwstorm. Dat is geen beoordelingsfout, ‘error of judgement’, waarvan men achteraf kan zeggen dat het ook anders gedaan had kunnen zijn.

Ook de omstandigheid dat er sprake was geweest van een toeval of een misverstand met betrekking tot de equipage van het schip, bijvoorbeeld: de tas met kaarten en kompas was achter gebleven door een fout van de bemanning, het kompas weigerde plotseling dienst, e.d., kan de schipper als professionele dienstverlener niet baten. Falend personeel, materieel of materiaal komt immers voor zijn rekening en risico en vormt geen grond voor overmacht.

Concluderend, er werd met het arrest *Codam/Merwede* door de Hoge Raad een nieuwe norm gesteld voor aansprakelijkheid van een contractant voor het niet nakomen van een resultaatsverbintenis in een vervoersovereenkomst, waarbij de vraag gesteld kan worden of de vlag (‘hoogst roekeloos’) hier de lading wel dekt (‘grove schuld’, ‘in laakbaarheid grenzend aan opzet’). Afgezien daarvan werd ook het aspect van de wanverhouding tussen beloning voor de prestatie en de uitstaande schade- en risico’s door de hoogste rechter niet bij zijn beoordeling betrokken – zoals korte tijd later wél zou gebeuren, zoals wij zullen zien. Ik sta bij deze materie vrij uitvoerig stil, omdat met dit eerste standaardarrest over ‘bewuste roekeloosheid’ al meteen de contouren van de problematiek aangegeven zijn die de Hoge Raad in de decennia die volgen zal uitwerken en waarbij dan expliciet op de economische en verzekeringsaspecten van de casus wordt ingegaan.

Een aspect dat in later tijd veelal uit het oog verloren wordt, is dat de herkomst van de met *Codam/Merwede* vastgestelde maatstaf voor grove schuld typisch uit het *vervoersrecht* stamt. De aard van de overeenkomst is hierbij van belang en bij toepassing van deze maatstaf op andere onderdelen van het contractenrecht

moet men daar rekening mee houden. In de context van vervoer heeft een subjectieve wetenschap van de genomen risico’s in samenhang met mogelijke grote schade voor de wederpartij als gevolg, namelijk wel degelijk een eigen plaats. Dat houdt verband met de economische en verzekeringsrechtelijke context: de vervoerder als kleine speler tussen heel grote partijen als afzenders en lading belanghebbenden. De aard van de overeenkomst bracht derhalve mee dat de vervoerder een ruim beroep op exonatie geboden werd, met een kleine marge voor door een vervoerder willens en wetens toegebrachte schade. Een ruimer beroep dat in het overige contractenrecht aangenomen wordt, daar ligt de situatie in beginsel anders, zoals wij aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad zullen zien.

Voor die economische achtergrond, die vervlochten blijkt te zijn met internationaalrechtelijke verplichtingen, en in die context, de betekenis van het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ voor de aansprakelijkheid bij vervoersovereenkomsten kan verwezen worden naar A-G Strikwerda, die dat op heldere wijze uiteengezet heeft in zijn conclusie voor *Van der Graaf - Philip Morris* (2001), daarbij A-G Koopmans citerend.⁵⁶ Ik laat die passage hier volgen:

(12.) ‘Een helder uitgangspunt voor het begrip bewuste roekeloosheid in de vervoerrechtelijke context biedt naar mijn oordeel de conclusie van A-G Koopmans voor HR 7 december 1990,

⁵⁶ HR 5 jan. 2001, *NJ* 2001/392, onder nrs. 12 en 14. Een passage die de noot van Hijmans van den Bergh uit 1955 in herinnering roept.

NJ 1991, 596. Onderstreept wordt dat het verschil tussen grove schuld en bewuste roekeloosheid schuilt in het toegevoegde subjectieve element. Van bewuste roekeloosheid is sprake "wanneer de dader de gevaren die zijn handelen oproept niet afweegt tegen datgene wat hij met dat handelen wil bereiken. Hij gaat niet over tot een verkeerde, of zelfs evident verkeerde afweging (dat kan grove schuld opleveren), maar hij verdisconteert de risico's eenvoudigweg niet in zijn oordeel. Bewuste roekeloosheid ontstaat wanneer de dader dat willens en wetens doet, dat wil zeggen wanneer hij, die risico's kennend, zijn handeling verricht in de wetenschap dat het mis kan gaan. Deze (subjectieve) wetenschap is een afzonderlijk bestanddeel van de bewuste roekeloosheid", aldus Koopmans.
(.....)

14. Waar het in art. 8:1108 BW neergelegde criterium is ontleend aan de jongste ontwikkelingen op het terrein van het vervoerrecht, verdient het aanbeveling bij de toepassing van dat criterium in het kader van art. 29 CMR, zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij die ontwikkelingen. Het criterium vindt zijn oorsprong, zoals gezegd, in het bij het Haagse Protocol van 28 september 1955 gewijzigde art. 25 van het Verdrag van Warschau, dat uitdrukkelijk het waarschijnlijkheidsbewustzijn als zelfstandig element naast roekeloosheid postuleert om aan te geven dat doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking van de vervoerder, die zijn diensten doorgaans verricht voor een vergoeding die in geen verhouding staat tot de waarde van de door hem vervoerde goederen, alleen in uiterste gevallen plaats mag vinden. Zie F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, 1990, blz. 165 e.v. Zie ook Haak, a.w., blz. 283/284. Met de objectiverende benadering van het "grote schuld"-begrip van het Codam/Merwede-arrest kan naar mijn mening dus niet meer worden volstaan. Aan het subjectieve element in het doorbraakcriterium ("roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien") zal zelfstandige betekenis moeten worden toegekend. Dit sluit overigens niet uit dat een handeling zo volstrekt roekeloos kan zijn, dat daaruit het vermoeden van wetenschap van de kans op schade mag worden afgeleid. Vgl. De Vries, a.w., blz. 172. Een beweerdelijk ontbreken van subjectieve wetenschap kan de vervoerder, die zijn zorgverplichtingen met voeten treedt, niet baten.

Men ziet dat A-G Strikwerda hier de wanverhouding tussen beloning en prestatie (en waarde van vervoerde zaken) de verzekeringsaspecten niet in zijn beschouwingen betrokken heeft, zoals eerder door Hijmans van den Bergh aan de orde gesteld. Bij vervoer hebben wij een situatie waarin de ladingbelanghebbende verzekerd is; het gaat hier weer om de eerder besproken afweging tussen een dergelijke schadeverzekering enerzijds, en de aansprakelijkheidsverzekering van de vervoerder, anderzijds. Hier komt nog bij, dat in het internationale vervoer de goederen door vele handen gaan voor zij hun eindbestemming bereikt hebben. Dit is voer voor rechtseconomen. Men hoeft echter geen groot econoom te zijn om te beseffen dat het economischer is om het risico te leggen bij de eigenaar van de vervoerde zaak, die voor dat risico op de meest goedkope en efficiënte manier (namelijk toegespitst op de aard en waarde van de lading) verzekeringsdekking kan verkrijgen voor de gehele vervoersketen (over land, water en lucht). Overigens geldt het ook voor overeenkomsten van dienstverlening of aanneming van werk dat het economischer is om het risico te leggen bij de eigenaar van de bewerkte zaken.

Ik laat de verzekeringsaspecten nog even rusten; hieronder zal ik nog uitvoerig daarop ingaan, naar aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad op dat gebied.

3.3 De verdere ontwikkeling van 'bewuste roekeloosheid' in de jurisprudentie: *Diepop* (1994) en *Gemeente Stein/Driessen* (1996)

Maar nu dan het vervolg van de geschiedenis van de term 'bewuste roekeloosheid', zijn ontwikkeling in de rechtspraak. In een arrest van 1994 over koelcellen voor fruit en groenten

die niet functioneerden doet de Hoge Raad daar weer een uitspraak over.⁵⁷ Diepop had in koelcellen peren en wortelen van Nouwens opgeslagen die grote schade hadden opgelopen als gevolg van te hoge CO₂-waarden en te lage temperaturen in die cellen. Voor het CO₂-gehalte bleek in de cel zelfs geen apparatuur aanwezig om dat meten; in een andere, nieuwe koelcel ontbrak de ventilatiemogelijkheid. Nouwens had bij herhaling gevraagd naar zowel CO₂-gehalte als temperatuur in de cellen, waarop Diepop steeds gezegd had dat alles “in orde” was. Anders dan het Bossche Hof oordeelt de Hoge Raad dat de professionele bewaarnemer heeft gehandeld “met een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld en derhalve grove schuld heeft aan het ontstaan van de schade”.

Wij zien hier dat de cassatierechter het begrip grove schuld hanteert, geflankeerd door de aan opzet grenzende laakbaarheid, maar zonder dat de term ‘bewuste roekeloosheid’ gevallen is. De kern lijkt hier te zijn, dat Diepop een resultaatsverbintenis op zich had genomen maar dat zij gezien de inrichting van de koelcellen niet in staat was om dat resultaat te leveren, zij had het bedrijf niet op orde om dat te kunnen doen. Aan die structurele laakbaarheid wordt toegevoegd dat Diepop zijn wederpartij informatie onthouden had over de bedrijfsvoering in de koelcellen en herhaaldelijk onjuiste, op niets gebaseerde informatie over het koelingsproces had gegeven. Het ter beschikking stellen van koelcellen die niet voldoende koelen (noch ventileren en bovendien een te hoog CO₂-gehalte opwekken) is niet overeenkomstig het toegezegde resultaat, voor een *professioneel* koelbedrijf.

Men zou een dergelijke, door een koelbedrijf te leveren prestatie een ‘kernprestatie’ kunnen noemen. Dat is precies hetgeen het Hof Den Bosch in een soortgelijke zaak gedaan heeft in 1998, *Koeltechnisch Bureau Brabant*: voor degene die als bewaarnemer landbouwproducten ter koeling heeft aangenomen heeft als ‘kernprestatie’ te gelden de verplichting dat deze op professionele wijze gekoeld moeten worden, zonder daarbij schade toe te brengen.⁵⁸ In het Duitse recht spreekt men hier van een ‘Kardinalpflicht’ of ‘Hauptpflicht’, dat zijn verplichtingen die gericht zijn op de realisatie van het *contractsdoel*.⁵⁹

De Hoge Raad is in 1996 in de gelegenheid om deze maatstaf van grove schuld verder te ontwikkelen, en wel in het meer bekende arrest *Gemeente Stein – Driessen*.⁶⁰ Een door de Gemeente Stein verhuurde havenkraan was aan de loop gegaan waardoor schade aan het gemeerde schip van Driessen toegebracht werd. Naderhand werd vastgesteld dat de lastbegrenzer van de kraan uitgeschakeld was en dat de wielbeveiliging verwijderd was. Het Hof Den Bosch had onderzocht wat de rol van leidinggevende personen bij de Gemeente Stein geweest was; daarbij is komen vast te staan dat behalve de directeur van het havenbedrijf ook een wethouder ervan op de hoogte was dat de kraan geen functionerende beveiliging had. Ook al behoorde de haven niet tot zijn portefeuille, de wethouder had de kwestie bij het college van B & W of de verantwoordelijke wethouder aan de orde moeten stellen. Het nalaten om maatregelen te treffen, oordeelt het hof, is een “zo grove vorm van onachtzaamheid” dat de gemeente geen beroep op de exoneration toekomt.

De Hoge Raad onderschrijft dit oordeel en scherpt het nog wat aan: het college ziet het achterwege laten van veiligheidsmaatregelen als “bewust roekeloos het gevaar scheppen dat – ook nadat die personen hun functie hebben neergelegd – schade als de onderhavige zou

⁵⁷ HR 30 september 1994, NJ 1995/45, *Diepop Bossche Vriesshuizen/Nouwens* (ook wel bekend als: *Van der Hoff/Nouwens*).

⁵⁸ Hof Den Bosch 15 juli 1998 (tussenarrest), te kennen uit: HR 12 juli 2002, NJ 2002/542. De casus is heel complex en gaat over de finesses van het koelwezen (de factor aanhangende klei bij groenten, bepalend voor de vochtigheidsgraad, e.d.), zie daarvoor mijn *Verbintenissenrecht I*, p.427, nt 71.

⁵⁹ Zie daarover mijn *Verbintenissenrecht I*, pp. 394; 455 e.v..

⁶⁰ HR 12 december 1997, NJ 1998/208.

ontstaan”.⁶¹ Wij zien hier dat de term ‘bewust roekeloos’ uitdrukkelijk een plaats gegeven wordt om de geschetste situatie onder woorden te brengen, anders dan in het arrest van 1994 over het koelbedrijf het geval was. Het is denkbaar dat het scheppen van gevaar door nalatigheid bij het handelen de term ‘roekeloos’ ingang gezet heeft, een gevaar dat men zich ‘bewust’ had moeten zijn. Het is intussen een interessante vorm van schending van een waarschuwingsplicht door een bestuurder van de gemeente, die voorgehouden wordt om verder te kijken dan de eigen portefeuille. Een vorm van normatieve toerekening waarbij weinig aandacht is voor daadwerkelijk ‘bewustzijn’ van de gevaarlijke gevolgen van het onzorgvuldig handelen bij de persoon in kwestie.

Het is goed om even polshoogte te nemen en na te gaan hoe deze casus en het hanteren van de maatstaf van ‘bewuste roekeloosheid’ (‘grove schuld’) zou uitvallen in de situatie van een rechter of arbiter die onzorgvuldig gehandeld heeft. Een bewust roekeloze arbiter is niet direct iets dat herkenbaar is, maar nodeloos risico’s nemen komt bij alle beroepsgroepen voor. Bij de rechtspleging en geschilbeslechting zal echter het scheppen van gevaar niet op mogelijke fysieke, materiële schade betrekking hebben zoals in het geval van de havenkraan in Stein of de sleepvaart op het Veerse Meer, maar op vermogensschade. Een fout als het vonnis niet laten tekenen door de mede-arbiters (*Qnow*) is meer als hoogst slordig, onachtzaam te kwalificeren dan (*bewust*) roekeloos. Die terminologie en zienswijze laat zich moeilijk daarop toepassen, het is eerder een tekortschieten in vakbekwaamheid, professionaliteit. Fouten gemaakt tegenover een partij, bijvoorbeeld door een bewijsmiddel niet toe te laten of een verzoek om pleidooi te houden af te wijzen, kan een processuele fout zijn, maar ook op een vooroordeel gebaseerd zijn: ‘die partij maakt toch geen kans meer; wij weten al genoeg’. Het grondrecht op hoor en wederhoor komt dan in beeld, en kennis van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dat gebied door de arbiter. Hij kan ook tekortschieten in het niet (willen) toepassen van Unierecht, uit onwil of onkunde (‘nooit op cursus geweest’, ‘op de universiteit in zijn tijd dat vak nooit gehad’).

Kortom, dergelijke fouten die schade kunnen veroorzaken voor een benadeelde partij zijn moeilijk met bewuste roekeloosheid te omschrijven, eerder met tekortschietend vakmanschap als professionele dienstverlener. Hieronder zal ik nog op deze kwestie terugkomen wanneer een analyse gemaakt wordt van het soort fouten dat bij aansprakelijkheid van arbiters in het geding is.⁶²

3.4 Het karakter van ‘bewuste roekeloosheid’: subjectief of objectief criterium? Betekenis van *Scaramea/Telfort* (2008) en de resultaatsverbintenis

Op deze plaats nog een opmerking over de vraag of met ‘grove schuld’ nu een *subjectief* of een *objectief* criterium bedoeld wordt. De karakterisering met “een verkeerde geestelijke instelling” en het “bewust” roekeloos handelen doet het eerste vermoeden; het zwaar aanrekenen van het niet aan boord hebben van kaarten en kompas – de uitrusting van de sleepboot – het tweede.

Ik keer hierbij even terug naar het *Qnow*-arrest waarin de Hoge Raad bij het begrip ‘ernstig persoonlijk verwijt’ (d.i. het tweede criterium, alias ‘grof plichtsverzuim’) overweegt dat dit “in zekere mate geobjectiveerd” moet worden, al is het een “ernstig persoonlijk verwijt”. Dat is bedoeld als tegenstelling tot het eerste criterium van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, dat daarmee als een *subjectief* criterium gezien wordt. Want, zegt de cassatierechter: “grof plichtsverzuim gaat uit van een lichtere graad van verwijtbaarheid” dan bij ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ het geval is.

⁶¹ Hierbij wordt een voorbehoud gemaakt voor het geval dat Driessen ook op de hoogte was van het ontbreken van beveiliging op de kraan; de bewijslast daaromtrent werd op de gemeente gelegd.

⁶² Zie onder, Hoofdstuk 5.

Dit is echter een aanvechtbare voorstelling van zaken die de Hoge Raad hier geeft, waarvoor ik bij de weerlegging niet alleen naar de bovenstaande bespreking van de jurisprudentie kan verwijzen, maar ook naar de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor dit arrest.⁶³ Zij benadrukt dat de Hoge Raad met de aangereikte maatstaf van *Greenworld* en *Qnow* ervoor gekozen heeft zich niet te beperken tot die van de Wrra-wetgever, dat wil zeggen, uitsluitend het criterium van opzet en bewuste roekeloosheid, maar geopteerd heeft voor “een ruimere variant” waarin ook de “kennelijk grove miskenning van hetgeen een behoorlijk taakvervulling meebrengt” (d.i. het tweede criterium van ‘grof plichtsverzuim’). De A-G ziet dat als een “betekenisvolle toevoeging” stelt dan:

“Opzet en bewuste roekeloosheid zijn grofweg te beschouwen als andere bewoordingen voor wat elders ook wel *bad faith* of kwade trouw wordt genoemd, terwijl ik zou menen dat categorie grof plichtsverzuim minder focust op de verwijtbaarheid van de laedens, maar meer op de aard en de objectieve ernst van de gedraging.”⁶⁴

Wij gaan het later nog over dat tweede criterium hebben, het ‘grof plichtsverzuim’, hierbij vast twee kanttekeningen. Allereerst onderstreept de visie van de A-G mijn betoog dat het eerste criterium, ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ eigenlijk geen recht van bestaan op dit terrein heeft, ook al omdat het “focussen op verwijtbaarheid” steeds een niet te vermijden kenmerk blijft dat in de verkeerde richting wijst. Ten tweede vormt het een aankondiging van hetgeen hier nog gaat volgen: het objectieve karakter van dat tweede criterium, ‘grof plichtsverzuim’, geeft een veel betere maatstaf, en beter bruikbaar. Kortom, de gehele maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters van de Hoge Raad kan ineen geschoven worden tot de kern: ‘grove schuld’, of liever: ‘ernstige onzorgvuldigheid/wanprestatie’.

De A-G heeft in dit verband gewezen op de overeenkomstige opvatting van Tjittes over ‘bewuste roekeloosheid’ als een “niet zuiver subjectief” op te vatten begrip. In diens noot onder *Greenworld* deed hij daarbij een beroep op een arrest uit 2008, *Scaramea/Telfort*, waarin dat begrip uitgelegd wordt als “*welbewust onzorgvuldig gedrag*”. Dat had betrekking op een partij (Telfort) die zich verbonden had tot levering op een vaste termijn van 5.000 poorten voor internetactiviteiten van Scaramea (dochter van Achmea) gericht op 100.000 internetgebruikers. Ondanks aanwijzingen voor twijfel over de haalbaarheid ervan, had Telfort de verificatie over beschikbaarheid van de poorten bij KPN nagelaten, evenals het nemen van eenvoudige maatregelen ter beperking van schade (capaciteit van elders betrekken). Het Hof Amsterdam had hierover overwogen:

“[...] dat het voor Telfort in een vroeg stadium betrekkelijk eenvoudig was de schade van Scaramea, waarvan Telfort wist dat die aanzienlijk kon worden, te voorkomen, en Telfort niettemin, bewust roekeloos handelend, heeft nagelaten die schade te voorkomen.”

De Hoge Raad onderschrijft dit oordeel van het hof dat sprake was van bewust roekeloos handelen van Telfort; het hof heeft daarmee tot uitdrukking gebracht dat Telfort zich “welbewust op zodanig onzorgvuldige wijze jegens Scaramea heeft gedragen” dat daarmee een beroep op de exonerationclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. en dan komt het:

“Het hof heeft tot zijn oordeel kunnen komen *ook zonder dat is komen vast te staan dat Telfort daadwerkelijk wist dat KPN de benodigde capaciteit niet tijdig zou kunnen leveren of dat*

⁶³ Sub 2.25.

⁶⁴ Zie: concl. A-G Rank-Berenschot voor *Qnow*, onder nr. 2.25, noten 42-44 niet opgenomen.

Telfort daaraan daadwerkelijk twijfelde. Het hof heeft toereikend kunnen achten dat zodanige aanwijzingen voor twijfel dienaangaande bestonden dat Telfort, ook met het oog op de grote belangen van Scarama, bij KPN behoorlijk had moeten verifiëren of KPN ondanks die aanwijzingen tot tijdige levering in staat was, zodat zij zo nodig Scarama nog tijdig had kunnen waarschuwen.” [cursief toegevoegd]

Kortom, het in hoge mate onzorgvuldige gedrag van Telfort wordt haar toegerekend, zonder dat de subjectieve bedoeling (‘bewust’) of gemoedstoestand (‘roekeloos’) van Telfort hoeft te worden bewezen. Een normatieve toerekening dus, een niet alleen bij wanprestatie maar ook in het onrechtmatige daadsrecht normaal verschijnsel.

Dat niet iedereen dat normaal vindt bleek uit een artikel dat Van Wechem aan dit arrest gewijd heeft.⁶⁵ In zijn zeer kritische bespreking van *Scarama/Telfort* bepleit hij een subjectieve en feitelijke benadering van ‘bewuste roekeloosheid’. Hij gaat er daarbij van uit dat de jurisprudentie van de Hoge Raad altijd inhield dat ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld’, het synoniem voor grove schuld, altijd “toch een daadwerkelijke wetenschap lijkt te impliceren”. Daaraan ontbreekt het in dit arrest omdat niet is komen vast te staan dat Telfort *daadwerkelijk wist* dat KPN de benodigde capaciteit niet tijdig zou leveren”. Het moet gaan om een “(subjectieve) bekendheid met het te verwachten eindresultaat, waarbij de bekendheid aanwezig moet zijn dat de kans van het ontstaan van schade aanzienlijk groter is dan de kans dat de schade zich niet zou voordoen.” De Hoge Raad, stelt Van Wechem, lijkt het begrip ‘bewuste’ op te vatten als betrekking hebbend op de ‘roekeloosheid’ en een bepaalde roekeloosheid leek wel eigen aan het gedrag van Telfort, en waarschijnlijk was zij zich *daarvan* wel bewust. Maar in het juridisch spraakgebruik gaat het bij ‘bewuste roekeloosheid’ om wat anders: “Telfort moet zich dan bewust (met een bepaalde subjectieve zekerheid) zijn geweest dat de schade zich bij Scarama zou openbaren.”

Van Wechem miskent hier echter dat Telfort een resultaatsverbintenis op zich genomen had, in de wetenschap van welk belang de correcte uitvoering ervan op de overeengekomen datum en met het overeengekomen aantal internetpoorten was, en welke schade zou kunnen ontstaan bij het niet voldoen aan die verbintenis. Dan mist men wel de essentie van dat arrest. Het is opvallend dat hij bij zijn bespreking van het *Diepop*-arrest (1994) diezelfde essentie eveneens mist, en zich enkel oriënteert op de *tekst* van de formule die de Hoge Raad toen hanteerde, die nu ook weer aan de orde is: de ‘bewuste roekeloosheid’ of ‘in laakbaarheid aan opzet grenzende grove schuld’. Ook Diepop had een resultaatsverbintenis op zich genomen bij het koelen van de groenten van Nouwens.

Een ander punt dat Van Wechem uit het oog verloren heeft, is dat de herkomst van de zonet aangehaalde term uit de jurisprudentie uit het vervoersrecht stamt, met *Codam/Merwede* als (verlicht) baken. In die context had een subjectieve wetenschap van de genomen risico’s in samenhang met mogelijke grote schade voor de wederpartij als gevolg, wel degelijk een plaats, zoals wij eerder zagen. Dat hield verband met de economische en verzekeringsrechtelijke context, de vervoerder als kleine speler tussen reuze-grote partijen als afzenders en lading belanghebbenden (die bovendien de lading steevast verzekerd hebben). De *aard van de overeenkomst* bracht mee dat de vervoerder een ruim beroep op exoneration geboden werd, met een kleine marge voor willens en wetens toegebrachte schade. In het overige contractenrecht ligt de situatie in beginsel anders.

⁶⁵ T.H.M. van Wechem, “Van bewuste roekeloosheid naar toerekenbare roekeloosheid? Trendbreuk met eerdere rechtspraak op het gebied van beoordeling van exonerationclausules in algemene voorwaarden (HR 5 september 2008, CO7/052HR)”. *Contracteren* 2008/4. In dezelfde zin: Edwin van Wechem en Coen Drion, “Kroniek van het vermogensrecht”, *NJB* 2009/14, op p.842; en “Naschrift”, idem, p.2024.

Ik sta hier met een reden zo uitvoerig bij de opvatting van Van Wechem stil. Niet alleen omdat het voorstelbaar is dan zijn visie ook door andere schrijvers gedeeld zou kunnen zijn, gezien publicaties uit het verleden⁶⁶. Er is ook een recent vonnis van de Rechtbank Rotterdam dat van eenzelfde opvatting lijkt uit te gaan.⁶⁷ Dat gebeurt op even aanvechtbare gronden, met miskenning van *Scaramea/Telfort*, zoals dat op de voorgaande jurisprudentie gebaseerd is, en van de werking van de aard van de overeenkomst en van de toezegging die gedaan werd.

In deze casus, die grote overeenkomst vertoont met *Scaramea/Telfort*, had Komar benzine (en additieven) ter opslag aangeboden aan Odjfell Terminals in het najaar van 2012 waarbij de laatste de toezegging had gedaan dat Komar per 1 april 2013 zou kunnen beginnen met het ‘butaniseren’ van de opgeslagen benzine, door de rechtbank als ‘harde toezegging’ gekwalificeerd. De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat Odjfell ten tijde van de toezegging (oktober/november 2012) in subjectieve zin wist dat zij niet zou kunnen voldoen aan de wens van Kolmar om per 1 april 2013 te gaan butaniseren. Uit Odjfells gedrag leidt de rechtbank af dat een dergelijke wetenschap niet bestond, Odjfell “heeft haar mogelijkheden om aan die wensen te voldoen echter overschat”. Het bedrijf verkeerde in een fase van reorganisatie na dramatisch gebeurtenissen (een volledige *shutdown* in juli 2012, die de landelijke pers gehaald heeft), krabbelde weer op en wilde nieuwe klanten aantrekken, zoals Kolmar. Volgens getuigen bestond er in het bedrijf wel een overtuiging dat die datum van 1 april 2013 haalbaar was, ook al was het voor Odjfell toen onzeker of dat zo was. De rechtbank stelt vast dat in het bedrijf niemand wist wat precies nodig was om butaniseren mogelijk te maken, en hoeveel tijd daarvoor nodig was, terwijl niemand op dat punt de daadwerkelijke leiding had en eindverantwoordelijkheid droeg. Volgens de rechtbank had Odjfell wel nalatig, maar niet “grof nalatig” gehandeld, zodat zij zich op exoneration uit de VOTOP-voorwaarden kon beroepen. De rechtbank had voor de uitleg van ‘grove schuld’ uit die Algemene voorwaarden een beroep gedaan op de arresten *Codam/Merwede* en *Diepop/Nouwens*: er moet sprake zijn geweest van een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld.

Het Rotterdamse vonnis kan niet overtuigen, met name niet wanneer men de aard van de overeenkomst, een bewaarnemingsovereenkomst gecombineerd met de harde toezegging dat butaniseren vanaf een bepaalde datum voor de bewaargever mogelijk was – een essentieel onderdeel van de overeenkomst en daarmee als resultaatsverbintenis aan te merken - in verband ziet met het gebrek aan bedrijfsmatige exploitatie van het bedrijf naar commerciële maatstaven. Het was een bedrijfsvoering die op geen enkele wijze ondersteuning bood aan het kunnen realiseren van het toegezegde resultaat, men deed maar wat, en liet het gebeuren. Het beeld van de koelcellen die niet kunnen koelen en bovendien geen informatie kunnen geven over het koelingsproces komt hier boven.

⁶⁶ Zie in dezelfde zin bijvoorbeeld: C.R. Christiaans, “Exoneratie- en overmachtsclausules:”, in: B. Wessels (red.), *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden*, 2002, p.97 e.v. (m,b,t, *Gem. Stein/Driessen*); T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, diss. Leiden, 2006, p.19; I. Haazen, “Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek (I)”, *WPNR* 2004/6569, p.195. In andere zin: V. van den Brink, *Opzet, grove schuld en exonerationbedingen*, *NbBW* 2000, p.96 e.v.; *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden*, diss. Amsterdam (UvA), 2002, p.69; en recenter: J.H. Duyvensz, “Exoneratie en bewuste roekeloosheid”, *WPNR* 2011/6878, pp.225-231; J.H.M. van Swaaij en A.A. Rassa, “Geen devaluatie van het begrip ‘bewuste roekeloosheid’”, *NJB* 2009/31, p.2023 e.v. (een reactie op het artikel van Van Wechem en Drion, eerder in dat blad); B.I. Kraaijpoel, “Bewuste roekeloosheid en ene beroep op een exonerationclausule”, *Bb* 2009, 24 (bespreking van *Scaramea*).

⁶⁷ Rb. Rotterdam 30 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4089, *Kolmar Group A.G./Odjfell Terminals (Rotterdam) B.V.*, waarover A.J. van Steenderen, Van Steenderen Mainport Lawyers blog van 10 juni 2016.

3.5 De toepassing van ‘bewuste roekeloosheid’ bij werkgeversaansprakelijkheid. Onderscheid met ‘opzet’ zinvol?, herformulering nodig? Betekenis van *Interplissé* (2012)

Het benadrukken van het subjectieve aspect van ‘bewuste roekeloosheid’ of ‘grove schuld’ in de zin van verwijtbaarheid, dat de Rechtbank Rotterdam als uitgangspunt had genomen voor haar oordeel in de Odjfell-zaak zou mogelijk ontleend kunnen zijn aan een ander onderdeel van het contractenrecht dan vervoersrecht, en wel de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW.⁶⁸ Ook daarvan kan men echter zeggen dat deze analogie ten onrechte gebruikt wordt gezien de aard van die overeenkomst, de arbeidsovereenkomst, en de aard van de aansprakelijkheid van de werknemer in die context. De laatste is hierbij de zwakke partij in economisch en bedrijfsmatig opzicht, dat laatste omdat hij geacht wordt opdrachten (dienstbevelen) uit te voeren, dat gebeurt in de praktijk ook wanneer de opgedragen handelingen of werkzaamheden een gevaar kunnen opleveren voor leven of gezondheid van de werknemer. In de rechtspraak van de Hoge Raad is hierbij de werknemer in bescherming genomen, naar het voorbeeld van de wetgever op dit gebied, die overigens reeds bestaande jurisprudentie gecodificeerd heeft. Zoals bekend, staat de werkgever in voor de veiligheid van werknemers op het werk en dient hij schade door hen op het werk opgelopen te vergoeden, tenzij bij de uitvoering van het werk sprake geweest is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Exemplarisch is het arrest *Pollemans/ Hoondert* (1996), vaak in deze context aangehaald.⁶⁹ Pollemans werkt als timmerman bij Hoondert en zakt bij het werk door een dak, met ernstig letsel tot gevolg. Er waren op het werk veiligheidsmaatregelen getroffen, er mocht alleen op een bepaald aangegeven deel van het dak gelopen worden, Pollemans had daar op een afstand van 2 meter naast gelopen en was toen door het dak gezakt. De werkgever moest nu bewijzen dat Pollemans dat ‘willens en wetens’ had gedaan (zoals de rechtbank het formuleert), daarbij de waarschuwing van zijn werkgever in de wind slaand - hij was namelijk herhaaldelijk voor het gevaar gewaarschuwd. Dat laatste was voor kantongerecht en rechtbank voldoende om de ‘bewuste roekeloosheid’ aan te nemen van Pollemans’ gedrag dat tot het ongeval geleid had. Zo niet de Hoge Raad, die oordeelde dat uit de vaststelling van de herhaalde waarschuwingen “immers niet noodzakelijkerwijs volgt dat ook op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval het roekeloze karakter van Pollemans’ gedrag in diens bewustzijn leefde”. De cassatierechter vervolgt dan:

“Bij het voorgaande moet worden bedacht dat art. 1638x lid 2 BW [thans: art. 7:658 BW] juist ertoe strekt de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kortgezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt (HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 en HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948)”.⁷⁰

De beschermingsfunctie van de uitleg van het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ wordt in dit arrest door de Hoge Raad op overtuigende wijze uit de doeken gedaan.⁷¹⁷²

⁶⁸ Dezelfde formule gebruikt de wetgever in art. 7:661 lid 1 BW, de regeling dat de werknemer tegenover de werkgever voor aan hem of derden toegebrachte schade niet aansprakelijk is, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad heeft bepaald dat de uitleg daarvan gelijk is aan die in het kader van art. 7:658 lid 2 BW, in : HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005/539, *City Tax*; zie de conclusie A-G Hartkamp voor rechtspraak en doctrine hierover.

⁶⁹ HR 20 september 1996, *NJ* 1997/198, m.nt. Stein; zie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2 Onrechtmatige daad*, 5^e dr. 2004, Deventer: Kluwer, p.888 e.v.

⁷⁰ De jurisprudentie waarnaar hier verwezen wordt is: *Heesters/Schenkelaars* (1975) en *Beijzelde loopkat* (1987) en gaat terug op het standaardarrest *De Bont/Zuid-Ooster* (*NJ* 1959/551). Zie voor dit onderwerp verder: mijn *Verbintenissenrecht 2*, 2004, p.877 e.v.

⁷¹ In dezelfde zin: HR 11 september 1998, *NJ* 1998/870, *Van der Wiel/Philips Lightning*. Het begrip wordt op dezelfde wijze toegepast op het gebied van eigen schuld in de zin van artt. 6:170 jo. 6:101 BW, zie HR 9 november 2001, *RvdW* 2001/175, inzake openstaande treklade in apotheek.

Nog een kanttekening bij de in de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ gekozen combinatie van die twee termen. Het begrip ‘opzet’, heeft in het contractenrecht een moeizame reputatie, en wel omdat het notoir moeilijk te bewijzen is. Vandaar zijn verschijning als *hendiadis* naast de meer hanteerbare term ‘bewuste roekeloosheid’ – hoewel het met die hanteerbaar eigenlijk ook behoorlijk tegenvalt, zoals wij zagen. De figuur van opzet kennen wij bijvoorbeeld als vereiste voor een actie tot vernietiging van een overeenkomst op grond van bedrog. Omdat die eis bij de dwalingsactie niet gesteld wordt – het opzettelijk in dwaling gebracht zijn door de tegenpartij – heeft deze vernietigingsactie in ons recht de bedrogsactie terzijde gesteld in de praktijk. Dat werd in de hand gewerkt doordat de Hoge Raad in een oud arrest bepaald had dat een enkele leugen nog geen opzet, en daarmee bedrog inhoudt – daarbij kennelijk geïnspireerd door bedrog in het strafrecht, met zijn ‘samenweefsel van verdichtels’. Dat kan ook anders: de Franse rechter heeft al jaar en dag opzet sterk geobjectiveerd, zo wordt aan de professionele verkoper als standaard de kennis van verborgen gebreken in de verkocht zaak toegerekend, waardoor bedrog (*dol*) vaak eenvoudig vast te stellen is. Aldus is de figuur van dwaling (*erreur*) als klassiek *wilsgebrek* in het Franse recht een winkeldochter gebleven, ten faveure van bedrog.⁷³

Al met al is dit voor mij een reden de aanbeveling te doen om bij de term: ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ *het eerste onderdeel, ‘opzet’ weg te laten*, als louter versiering, en bovendien misleidend omdat het subjectieve karakter daarmee beklemtoond wordt – zeker in de samenhang met ‘bewuste roekeloosheid’. Om in de taalkundige sfeer te blijven, het kan zelfs niet fungeren als een *epitheton ornans*, een versierend bijvoegsel, het kan de lezer slechts op het verkeerde been zetten.

En als wij toch aan het snoeien zijn in het dode hout, het zal niet verbazen dat naar mijn mening de term ‘bewuste roekeloosheid’ ook naar het ronde archief gebracht zou kunnen worden, en bijvoorbeeld door ‘grove schuld’ vervangen. Dat blijft dan ook nog wel iets uit de oude doos, met het bezwaar dat er nu eenmaal behoudende juristen bestaan die onder ‘schuld’ een subjectief begrip verstaan – gecombineerd met ‘verwijtbaarheid’ – en met geobjectiveerde schuld moeite zullen blijven houden. In het leerstuk van de onrechtmatige daad heeft men er ruim een halve eeuw over gedaan om op dit punt orde op zaken te stellen.⁷⁴ Ik zou daarom de voorkeur hebben om hier van ‘ernstige onzorgvuldigheid’ of ‘grove nalatigheid’ te spreken, of ‘grove wanprestatie’. Er zijn al genoeg misverstanden in de juridische wereld. Ik kom later nog op deze materie terug.

Een zwaarwegende reden om verouderde, misleidende begrippen te vervangen door modernere, meer transparante begrippen, is dat op die manier nodeloze procedures voorkomen kunnen worden. Dat is bij ‘bewuste roekeloosheid’ in het contractenrecht ook het geval, zoals dat eerder bij begrippen als: wil, bedoeling van partijen, schuld, e.d., eveneens was. Een instructief voorbeeld daarvan is een arrest uit 2012 inzake *Interplissé*.⁷⁵ Het hof had

⁷² Kritisch over dit arrest is T. Hartlief, *A&V* 1997 (1), p.1. zie voor dit onderwerp ook: I. Haazen, t.a.p., 2004, p.193 e.v.

⁷³ Voor deze materie verwijs ik naar mijn *Verbintenissenrecht* 1, 2004, p.572 e.v. In ons recht kan het dus dramatisch fout gaan wanneer een advocaat bij een vordering tot vernietiging van een overeenkomst enkel bedrog stelt, en niet ook subsidiair dwaling. Zie aldus: HR 2 mei 1969 *NJ* 1969/344, m.nt. Scholten, *Beukinga/Van der Linde* (pension in Zandvoort).

⁷⁴ Zie voor de ontwikkeling van de schuldleer naar de risicoleer (‘gevaarstelling’) sinds de 19^e eeuw, en na de jaren ‘60 van de vorige eeuw in de jurisprudentie van de Hoge Raad in die zin, mijn *Verbintenissenrecht*, *Deel 2*, 5^e dr., Deventer: Kluwer, 2004, resp. p.166 e.v.; 176 e.v.

⁷⁵ HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8442, *Interplissé* (art. 81 RO), concl. A.-G. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2012:BX8442, inzake ontbinding van huurovereenkomst met schadevergoeding vanwege een

gesproken van 'ernstige nalatigheid' en niet van 'bewuste roekeloosheid' als maatstaf of een beroep op exoneratieclausule open stond voor een verhuurder. De eiser in cassatie grijpt dat aan voor de klacht dat het hof een onjuiste maatstaf gehanteerd had bij de beoordeling van het beroep op exoneratie. A-G Langemeijer gaf eerst een exposé van de stand van zaken in rechtspraak, wetgeving en doctrine, waarin de onderdelen 'objectief' en 'subjectief' belicht worden en waarbij hij een rol voor het subjectieve aspect lijkt te aanvaarden. Dat gebeurt als volgt:

2.7. "In de jurisprudentie is grove schuld, welk begrip mede grove nalatigheid omvat, wel uitgelegd als in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld. Hoewel deze termen nog regelmatig in exoneratiebedingen worden gebruikt, heeft de Hoge Raad (en heeft ook de wetgever) deze woorden vervangen door het begrip bewuste roekeloosheid. Deze wijziging in terminologie heeft geen betekenisvolle verandering teweeggebracht: ook bij bewuste roekeloosheid gaat het om een ernstige mate van verwijtbaarheid. Met de toevoeging van het woord 'bewust', is een subjectief element geïntroduceerd. Bij bewuste roekeloosheid is de schadeveroorzaker zich bewust van de aanmerkelijke kans op letsel of schade; er is sprake van een gebrek aan zorg met betrekking tot de gevolgen van het handelen of nalaten. Bewuste roekeloosheid heeft dus een objectieve zijde (de roekeloosheid op zich) en een subjectieve zijde (het bewustzijn, de wetenschap)." *[noten niet opgenomen]*

In zijn beoordeling van het arrest a quo, stelt de A-G het volgende - hetgeen voor de Hoge Raad kennelijk voldoende grond bood om tot een uitspraak te komen waarin de art. 81 RO-formule gehanteerd werd:

2.8. "Aangenomen dat het begrippenpaar 'grove schuld of ernstige nalatigheid' in deze algemene voorwaarden in hun gangbare juridische betekenis is gebruikt, voert het middel terecht aan dat er geen rechtens relevant verschil bestaat met het begrippenpaar 'opzet of bewuste roekeloosheid'. De klacht dat het hof deze regel heeft miskend, is met name gebaseerd op de veronderstelling dat het hof, door te oordelen dat de in aanmerking genomen omstandigheden duiden op een zodanige ernstige nalatigheid aan de kant van [eiser] dat hem geen beroep toekomt op de door hem ingeroepen exoneratiebepalingen, op het punt van de mate van verwijtbaarheid een lichtere maatstaf heeft aangelegd.

2.9. Uit de enkele omstandigheid dat het hof van 'ernstige nalatigheid' spreekt en niet van 'bewuste roekeloosheid', kan m.i. niet worden afgeleid dat het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd: het hof heeft eenvoudigweg aansluiting gezocht bij de tekst van de bepaling in de algemene voorwaarden. Volgens het hof is de ernstige nalatigheid van [eiser] hierin gelegen dat hij, ook nadat Interplissé hem herhaaldelijk had gewezen op het gebrek en de schadelijke gevolgen die dit voor haar had, niets heeft gedaan, terwijl duidelijk had kunnen en moeten zijn dat de luchtvochtigheid met behulp van een relatief eenvoudige oplossing, bijvoorbeeld door de plaatsing van bouwdrogers, tot een aanvaardbaar niveau kon worden teruggebracht (rov. 4.9). Deze overweging kan bezwaarlijk anders worden verstaan dan dat het hof van oordeel is dat [eiser] een ernstig verwijt treft nu hij niet schadebeperkend heeft gehandeld, terwijl hij zich bewust was van het gebrek en de schade welke Interplissé daardoor leed en zou leiden, en dat alles in een situatie waarin de schade door het treffen van betrekkelijk eenvoudige maatregelen had kunnen worden voorkomen. De door het hof geconstateerde ernstige nalatigheid kan het oordeel dragen dat [eiser], welbewust, zich op zodanig onzorgvuldige wijze (bewust roekeloos) jegens Interplissé heeft gedragen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat hij zich op het exoneratiebeding zou

kunnen beroepen. Vergelijk de zaak *Telfort/Scaramea*, waarin bewust roekeloos handelen werd aangenomen omdat eenvoudige maatregelen ter voorkoming van dreigende aanzienlijke schade achterwege waren gelaten en een beroep op een exonerationbeding vervolgens om die reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht.

2.10. Uit het voorgaande volgt dat het hof, bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'ernstige nalatigheid' in de zin van artikel 11.9 van de toepasselijke algemene voorwaarden, een maatstaf heeft aangelegd die gelijk is aan de maatstaf, welke geldt voor de beoordeling of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wegens 'bewuste roekeloosheid' aan een succesvol beroep op het exonerationbeding in de weg staat. De klacht faalt." [noten niet opgenomen]

Eiser in cassatie had ook nog geklaagd dat het hof bij de gebruikte maatstaf van 'ernstige nalatigheid' geen rekening had gehouden met de omstandigheden, noch aangegeven hoe laakbaar de nalatigheid was en wat de gevolgen ervan waren. De A-G komt tot een afwijzing van de klacht aangezien het hof de *ernstige* nalatigheid wel degelijk onderbouwd had aan de hand van de genoemde factoren, in een uitvoerige uiteenzetting ervan.

Als gezegd, vindt deze procedure een einde met een op deze conclusie volgende art. 81 RO-beslissing van de Hoge Raad.

3.6 Afronding en conclusies. Resultaatsverplichting als onderscheidend kenmerk; de 'kernprestatie', niet-nakoming ervan als 'kardinale fout'

Het wordt onderhand tijd om dit onderdeel af te ronden. De hier besproken jurisprudentie leert ons dat de beslissingen in deze zaken niet zozeer gebouwd zijn op de toepassing van een uitgewerkt, gedetailleerd begrip 'bewuste roekeloosheid' of 'grove schuld' maar op een analyse van het type fouten dat in het geding is. De weging van de ernst van die fouten op de schaal van onzorgvuldigheid (nalatigheid) gebeurt aan de hand van een kwalificatie van de verbintenis die door de contractant uitgevoerd moet worden, en wel of deze inspanning- of resultaatgericht is. In dat laatste geval ligt het accent op de gemaakte fouten die de levering van de toegezegde prestatie (het bereiken van een resultaat) verhinderen. Er kan van begin af aan een essentieel onderdeel van de te leveren zaak of prestatie ontbreken, met grote schade als waarschijnlijk gevolg bij de uitvoering van het contract: meetapparatuur die niet aanwezig of defect is (*Codam/Merwede; Diepop*), beveiligingsapparatuur die defect is of zelfs verwijderd is (*Gem. Stein/Driessen*). Een essentiële handeling, nodig om het gewenste resultaat te bereiken werd nagelaten, zoals de stroomschakelaar weer aanzetten (*Kuunders/Swinkels*); het achterwege laten van maatregelen die noodzakelijk zijn om het toegezegde resultaat te kunnen realiseren, zoals het nagaan van de beschikbaarheid van bepaalde zaken bij de toeleverancier (*Scaramea/Telford*), het aanbrengen van apparatuur om schade te beperken (*Interplissé*).

Opvallend is hier bij deze handelingen, die uit een doen of nalaten bestaan, de simpelheid of vanzelfsprekendheid die eraan verbonden is. Bij een koelcel behoort toch, om koeling te kunnen leveren, apparatuur aanwezig te zijn om de temperatuur af te lezen? Na een reparatie moet de toevoer van elektriciteit toch hersteld worden, dat was toch het gebrek dat verholpen moest worden? Deze handelingen staan haaks op het doel van de overeenkomst, het gaat hier om een fenomeen dat ik eens 'structurele fouten' genoemd heb.⁷⁶ De hele structuur van de verbintenis valt weg wanneer aan een dergelijk onderdeel niet is voldaan.

Een ander element dat in het oog valt, is dat de handeling in kwestie in het geheel niet erg bezwarend, arbeidsintensief of kostbaar hoeft te zijn: controleren of men kaart en kompas aan boord heeft (sleepvaart), een schakelaar weer omzetten na afloop van de reparatie (zekering vervangen), ventilatoren (terug-)plaatsen (vochtige fabriekshal), toeleveranciers bellen of

⁷⁶ *Verbintenissenrecht 1*, 2004, p.426.

mailen (beschikbaarheid poorten voor internet). Hier is roekeloosheid, *bewust* nog wel, met een lantaarntje te zoeken, de contractant had zijn bedrijf gewoon niet op orde, het management ervan faalde of was zelfs niet aanwezig. Het *doel* van de overeenkomst zoals de wederpartij in het vooruitzicht gesteld was daarmee onbereikbaar geworden, en dat was vaak zelfs op voorhand al het geval.

De resultaatsverplichting die men hier kan ontwaren, gekoppeld aan het doel van de overeenkomst leidt eigenlijk vanzelf naar een begrip als ‘kernprestatie’, waarover het Hof Den Bosch in 1998 sprak in die andere koelcel-zaak. Wij zagen eerder dat men in het Duitse recht hierbij de figuren van *Kardinalpflicht*, en *Hauptpflicht* hanteert. Het verwondert ook niet om te zien dat op het terrein van de aansprakelijkheid van arbiters A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor *Qnow* sprak van de ‘kerntaak’ van de arbiter, namelijk een *geldig* vonnis leveren ter beslechting van het geschil van partijen. Het deugdelijk tekenen van het vonnis is dan een kleine, maar verstrekkende handeling van de (alle) arbiters, want een wettelijke voorwaarde voor geldigheid. Dat verzuim is dus een *kardinale* fout.

In het bouwrecht komen wij een soortgelijk gebruik van de figuur van kernverplichtingen tegen bij de beoordeling van het werk van technisch adviseurs in hun toezicht op onderaannemers of constructeurs, in verband met hun beroep op een exonerationbeding om aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een ondeugdelijk ontwerp in een bouwwerk te ontlopen. Van Gulijk en Klepper gaven onlangs een overzicht van arbitrale uitspraken op dit terrein met vele voorbeelden hiervan waarbij de adviseur tekortgeschoten was, zoals: het niet controleren van de hoofddraagconstructie van een bouwwerk (het ‘Maastrichtse balkon’), het nalaten om de opdrachtgever te waarschuwen voor een aanzienlijke kostenoverschrijding bij de uitvoering van een werk waarvoor de adviseur de kostenraming had gemaakt, het niet opmerken van constructiefouten in onderdelen van het werk die tot zijn specialisatie behoorde.⁷⁷ De auteurs spreken hierbij van schending van een ‘primaire prestatieplicht’ en het niet nakomen van ‘kernverplichtingen’ en nemen bij hun analyse het arrest *Gemeente Stein/Driessen* (1997) als uitgangspunt.

Het zijn dus steeds ‘ernstige fouten’ die hier in het spel zijn, niet zo zeer omdat zij hoogst laakbaar zijn, althans, ze hoeven dat niet te zijn – soms zijn ze eerder onbenullig dan verwerpelijk van aard – maar wel omdat het ‘essentiële’ fouten zijn. Zij tasten de overeenkomst in haar essentie, de kern, aan: het leveren van een toegezegd resultaat. Een professionele contractant moet wel de ‘ernst’ van zijn metier inzien, het is geen spel dat gespeeld kan worden.

De factor ‘verwijtbaarheid’ is hiermee ook naar de achtergrond gedrongen: er worden altijd fouten gemaakt, er zullen altijd fouten gemaakt worden, contracten sluiten en uitvoeren is immers mensenwerk. Maar fouten kunnen en moeten in rekening gebracht worden, daar dient de contractant voor instaan. Een ieder draagt het risico voor eigen handelen, ook wanneer slechts van een menselijk tekort sprake geweest is: een kleine onoplettendheid, onachtzaamheid of slordigheid. Daarop wordt een contractant afgerekend, meer juridisch gezegd: die tekortkomingen worden hem *toegerekend*.⁷⁸ De moderne term ter vervanging van het oude ‘wanprestatie’ waarmee de BW-wetgever van 1992 kwam: ‘toerekenbare

⁷⁷ S, van Gulijk en C.T. Klepper, “Grenzen aan de beperking van aansprakelijkheid bij problemen van constructieve veiligheid in bouwprojecten”, *TBR* 2017/71, p.440 e.v. De aangehaalde casus zijn ontleend aan rechtspraak van CvG KIVI (het College van Geschillen, Kon. Instituut van Ingenieurs), periode 2000-2011, zie pp. 446 e.v.

⁷⁸ In dit verband komt de uitspraak van P-G Langemeijer in beeld die over de vraag of in het geval van een chauffeur die in het verkeer uitviel door hartfalen of diabetes wel van verwijtbaar handelen sprake was, stelde dat hier geen verwijtbaarheid aan de orde was, maar dat een mens nu eenmaal wel het risico draagt voor het falen van zijn lichaam. Of zoals aanhangers van de risicoleer het een eeuw geleden al zeiden, in zo’n geval “is de dader onschuldig, maar is het slachtoffer is nog onschuldiger”.

tekortkoming’, is niet voor niets zo geformuleerd – al blijft het een mond vol, en is er niets mis met de term ‘wanprestatie’. *Wan* is een oud Germaans woord voor iets dat slecht of mis is, en dat is het hier ook, er heerste wanorde bij de contractant die een prestatie moest leveren.

Hiermee is intussen een voorschot genomen op het vervolg van mijn beschouwingen, wanneer wij de tweede Qnow-maatstaf gaan bespreken, de ‘persoonlijke ernstige verwijtbaarheid’ die door de Hoge Raad ontleend werd aan aansprakelijkheid van bestuurders volgens Boek 2, Rechtspersonen. De vraag is dan hoe dat in de praktijk toegepast wordt en of dat begrip ook anders, en beter geformuleerd zou kunnen worden, wanneer de vlag de lading niet goed lijkt te dekken.

Bij de inventarisatie van welke fouten door een arbiter gemaakt kunnen worden die mogelijk tot aansprakelijkheid kunnen leiden, die hieronder ook nog volgt, zal op de bovenstaande materie eveneens teruggekomen worden.

3.7 De verzekeringsaspecten van aansprakelijkheid en exoneration. *Kuunders/Swinkels* (2004) en standaardarrest *Fokker vliegtuigvleugel* (1968)

Ik zou nu een ander aspect van de aansprakelijkheid op het terrein van bewuste roekeloosheid en exoneration aan de orde willen stellen: de betekenis van een verzekeringsdekking in dit verband. Hierbij is het goed om eerst nog een kanttekening te maken bij de casus van het arrest van 1954, *Codam/Merwede*, en de aard van die overeenkomst, namelijk: een (natte) vervoersovereenkomst. Hijmans van den Bergh had in zijn noot in de *NJ* al meteen aandacht daarvoor gevraagd. De beloning van de kapitein van het sleepschip voor het vervoer, 150 gld., stond niet in verhouding tot de schade aan de lading, 25.000 gld. Wanneer men zich voor veroorzaakte schade wil verzekeren, is dat voor de kapitein veel duurder dan voor de lading belanghebbende. Redenerend als *homo economicus* zal duidelijk zijn dat de laatste in een veel betere positie verkeert om de lading tegen schade verzekerd te hebben, dan de vervoerder. Als deze bij de uitvoering van het vervoer een beoordelingsfout maakt – men stelt achteraf vast dat een verkeerde keuze werd gemaakt, die op het moment zelf niet volstrekt verwerpelijk was, zegt Hijmans – dan is het aanvaardbaar om de schade voor rekening van de (verzekerde) afzender te laten. Maar het moet natuurlijk niet te gek worden, de uitvoerder mag geen vrijbrief gegeven worden om er een potje van te maken, waarmee hij eenvoudig kan wegkomen als er schade van komt.

Dit thema blijft in de aandacht staan. In 2004 maakt de Hoge Raad van de gelegenheid gebruik om met het arrest *Kuunders/Swinkels* tot een echt standaardarrest te komen waarin aan de rol van de verzekering van aansprakelijkheid van de exonerant een centrale plaats gegeven wordt.⁷⁹ Het arrest gaat over technische werkzaamheden van een installateur bij een varkensmester, waarbij deze zich na een fatale fout (voor de varkens, dan) op een exonerationebeding beroept.

De casus komt, kort gezegd, hierop neer dat Swinkels Techniek in een varkensstal van Kuunders werkzaamheden heeft uitgevoerd, waarbij onder meer een defecte zekering vervangen werd. Aangezien de monteur niet de juiste zekering bij zich had, zette hij er voorlopig een zwaardere zekering in, met de mededeling dat hij nog een keer zou terugkomen wanneer hij in de buurt was om de zekering te vervangen. Dat laatste gebeurt enkele dagen later op een avond, echter zonder dat Kuunders daar weet van heeft. De monteur vertrekt weer en verzuimt het door hem tijdelijk uitgeschakeld alarm in weer werking te stellen (hij verklaart naderhand dat hij door een binnenkomend telefoontje op zijn mobiele telefoon afgeleid moet zijn geweest).

⁷⁹ HR 28 juni 2004, *NJ* 2004/385; *AA* 2004, p.874, m.nt. Van Dunné.

De volgende dag treft Kuunders het merendeel van de 900 varkens dood in de stal aan, wegens verstikking; de ventilatoren waren uitgevallen door een aardlek, en het alarm was niet afgegaan. Na enig onderzoek blijkt dat het alarm uitgeschakeld stond, zonder dat de varkensmester daar erg in had gehad.

Het Hof Den Bosch was oordeel dat het nalaten van het (wederom) inschakelen van het alarm door de monteur van Swinkels niet als grove schuld aangemerkt kan worden, en dat haar derhalve een beroep op de exoneratieclausule in de Algemene voorwaarden toekomt. Aansprakelijkheid derhalve voor 15% van het factuurbedrag, dat overigens berekend wordt uitsluitend over het onderdeel ‘zekering vervangen’, ad f. 200,-, zodat f. 30,- aan Kuunders als schadevergoeding betaald moet worden.

De laatste gaat in cassatie, met succes. Hier volgt de kernoverweging van de Hoge Raad:

3.6 “Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat een exoneratiebeding buiten toepassing dient te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen (HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 [d.i. *Gemeente Stein – Driessen*, JMvD]). Daarbij zal de rechter rekening moeten houden met alle omstandigheden waarop door de partij die het beding buiten toepassing gelaten wil zien, zich heeft beroepen. In het bijzonder zal in een geval als het onderhavige in aanmerking moeten worden genomen hoe laakbaar het verzuim dat tot aansprakelijkheid zou moeten leiden, is geweest, wat de gevolgen van dit verzuim zijn en in hoeverre de daardoor ontstane schade eventueel door verzekering is gedekt.”

In de volgende overweging onderzoekt de Hoge Raad de beoordeling van het hof en stelt vast dat deze niet had kunnen volstaan met beantwoording van de vraag of “sprake was van grove schuld” zonder de daarbij alle omstandigheden als bedoeld in rov. 3.6 in overweging te nemen. Tot die omstandigheden behoorde dat de monteur van Swinkels een bijzondere zorgplicht had - door de cassatierechter nader uitgewerkt - en “in het bijzonder” het feit dat Swinkels in beginsel door verzekering was gedekt.

De in dit arrest van 2004 genoemde omstandigheid van de aanwezigheid van *verzekeringsdekking* als factor bij het bepalen of van grove schuld sprake is, lijkt op het eerste gezicht een novum, maar dat is gezichtsbedrog. Het is een aspect dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad al sinds in de jaren zestig van de vorige eeuw gelding heeft. A-G Verkade had in deze zaak in dezelfde zin geconcludeerd, sprekend over de “overbekende problematiek van de invloed van verzekering/verzekeraarheid op de omvang van aansprakelijkheid”, en verwijst daarbij nota bene naar een arrest uit 1936: *Zwaantje van Delft* (*NJ* 1936/420). De meer recente rechtspraak van de jaren zestig is veelzeggender, vooral omdat het hierbij niet alleen om de omvang van de aansprakelijkheid gaat, maar om de aansprakelijkheid zélf. Het bestaan van een verzekeringsdekking bij een partij kan een aanwijzing zijn dat die partij naar maatschappelijke opvattingen het risico van schade dient te dragen tegenover een wederpartij. Dit werd door de Hoge Raad bepaald in de arresten *Bovag III* (1960) en *Fokker vliegtuigvleugel* (1968), waarvan het laatste het bekendst is, maar door bestrijding in de literatuur niet door iedereen als standaard is (h)erkend. Ik beperk mij hier tot een bespreking van het *Fokker*-arrest.⁸⁰

⁸⁰ HR 5 januari 1968, *NJ* 1968/102, m.nt. Scholten; *AA* 1968, m.nt. Köster. Het arrest *Bovag III* is: HR 26 februari 1960, *NJ* 1965/373, *Mozes/VOF Automobielfabriek Uijting en Smits*. Dit arrest is onbekend en onbemand, het is het vervolg op het bekendere *Bovag II*: HR 11 januari 1957, *NJ* 1959/37, m.nt. Hijmans van den Bergh. Zie voor die *Bovag*-arresten mijn *Verbindenissenrecht I*, 2004, p.396 e.v.

In dit bekende arrest was de rechtsvraag de aansprakelijkheid van de debiteur voor de deugdelijkheid van door hem bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt materieel. Die vraag moet volgens de hoogste rechter ‘beantwoord worden naar de *aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid*’. In casu had Zentveld, die een eenmanszaak met vier kraanwagens dreef, een opdracht aanvaard om voor *f* 17,50 per uur een vliegtuigvleugel van Fokker van een dekschuit naar een vrachtauto te verplaatsen. Door een verborgen gebrek aan de kraan viel de vleugel op de grond: schade *f* 120.000,-. Fokker was verzekerd, haar Italiaanse verzekeraar zoekt regres op Zentveld ex art. 284 K.⁸¹ Voor ons onderwerp zijn de volgende overwegingen van de hoge raad van belang, in toenemende mate, het komt op de laatste alinea aan:

“dat de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord;
 dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de *aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen* dat de schuldenaar die aantoon dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, *voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is*;
 dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, *gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen*;
 dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een *dergelijke schade door verzekering had gedekt*, een aanwijzing kan worden gevonden *dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was.*” [cursief toegevoegd]

De Hoge Raad stelt hier de invloed van het verzekerd zijn tegen het litigieuze risico in de context van de drie criteria, aard van de overeenkomst, de redelijkheid en de verkeersopvatting, welke ieder in de aangegeven volgorde in de drie geciteerde overwegingen aan bod komen. In dit onderling verband moet men naar mijn mening ook de betekenis van de verkeersopvattingen zien: die zijn niet los te denken van de aard van het contract en de redelijkheid. Voor een contract tot verrichting van enkele diensten geldt dit, maar evenzeer voor de bewaargevingsovereenkomst of het vervoerscontract, die wij hierboven tegenkwamen.

Het arrest *Fokker vliegtuigvleugel* heeft niet meteen de betekenis gekregen die het op dit punt verdient doordat schrijvers als Brunner en Nieuwenhuis er zware kritiek op naar voren gebracht hebben, met bestrijding van het andersluidende standpunt van Hartkamp in diens Asser-bewerking. Dat gebeurde vanwege het aspect dat door hen als *principiële* uitgangspunt genomen wordt, met bevestigend antwoord: “Wat komt eerst: aansprakelijkheid, of verzekeringsdekking?” Dat uitgangspunt leek de Hoge Raad in dit arrest om te draaien en dat leverde de tegenspraak op. Later zijn schrijvers op het verkeerde spoor van Brunner en Nieuwenhuis gezet, zoals Hartlief en Tjittes, die het arrest van 1968 in de jaren ’90 een ‘riskante redenering’ noemen. Hartkamp haalt in de druk van 2004 bakzeil, zwakt zijn

⁸¹ Zentveld was slechts tot het bedrag van 20.000 gld. verzekerd. Fokker had het regres van zijn assuradeuren op de dader niet contractueel uitgesloten, hetgeen voor de hand had gelegen en eenvoudig te doen was, zie de noot van Köster onder het arrest in *AA*.

standpunt sterk af en beperkt dat tot de matiging van schadevergoeding. Hartlief schrijft in 2000, met verwerping van de gedachte van *assurance oblige* – zijns inziens conform de algemeen aanvaarde zienswijze – “voor de aansprakelijkheidsvraag is derhalve niet van belang of gedaagde (“dader”) een aansprakelijkheidsverzekering heeft”. Neen dus, moet hierop de reactie zijn, dat is juist van essentieel belang.⁸²

Ook in het recht van omringende landen denkt men daar net zo over als onze Hoge Raad in 1968. “*No liability without insurance*” (Lord Denning), is het gevleugelde woord bij de exoneratie-problematiek en de aansprakelijkheid in het algemeen dat door de House of Lords (tegenwoordig: Supreme Court) in de jaren '80 aanvaard werd. Het is ook in het Duitse recht de gangbare opvatting.⁸³

De door mij voorgestane opvatting over aansprakelijkheid en verzekering, zoals wij zagen in 2004 door de Hoge Raad in *Kuunders/Swinkels* in 2004 andermaal aanvaard, begon daarvoor al bredere aanhang te krijgen. A-G Spier heeft in 2001 de verzekeringsaspecten in zijn beschouwingen betrokken bij toetsing van een exoneratiebeding in een koopovereenkomst, in de conclusie voor het arrest *Océ-Technologies/ABB*. Zijn betoog zou, mutatis mutandis, ook goed op andere overeenkomsten passen:

‘Maatschappelijk – en vooral ook rechtseconomisch – beschouwd, zou het m.i. het beste (want goedkoopste) zijn wanneer de afnemer zich voor dit soort gevallen adequaat zou verzekeren en de leverancier een sluitende exoneratie zou hanteren. De schade wordt dan gedekt en de leverancier loopt bij massaschades geen risico op een deconfiture. Bovendien worden de kosten van dit soort – nogal bewerkelijke – procedures bespaard’.⁸⁴

Concluderend kan vastgesteld worden dat de factor verzekeringsdekking in rechtspraak en doctrine tegenwoordig een aanvaard onderdeel van de aansprakelijkstelling is. Bij de bespreking van de aansprakelijkheid van arbiters zullen wij daarmee ons voordeel kunnen doen.

⁸² Zie voor deze stroming in de doctrine, en de bestrijding ervan, mijn *Verbintenissenrecht I*, 2004, p.402 e.v.

⁸³ Zie voor rechtsvergelijking mijn *Verbintenissenrecht I*, 2004, p.405 e.v.; Van Dunné, *TMA* 2005, p.101 e.v.

⁸⁴ HR 30 nov 2001, *JOL* 710, concl. onder nr. 3.10.

HOOFDSTUK 4

Analyse van de Greenworld-Qnow-maatstaf (II): de herkomst van de criteria ‘persoonlijk ernstig verwijt’ of ‘grof plichtsverzuim’. Aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en bestuurders van vennootschappen. Andermaal, *liaisons dangereuses*?

4.1 Inleiding. De Aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren. Breeweg/Wijnkamp (2015)

De Hoge Raad heeft met de arresten van 2009 en 2016 als maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters naast het criterium ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ een tweede criterium gesteld: ‘persoonlijk ernstig verwijt’ of ‘grof plichtsverzuim’. Dan is het nu zaak om na te gaan wat de herkomst van dat laatste criterium is en vooral ook: hoe die norm elders in het verbintenissenrecht gehanteerd wordt. Door enkele schrijvers werd in noten en eerste commentaren er al op gewezen dat deze norm afkomstig is uit de *bestuurdersaansprakelijkheid*, zoals in Boek 2 geregeld. Wij zien op dat terrein dat er in een symbiose tussen de artikelen 2:11 en 6:162 BW in de afgelopen decennia een vaste jurisprudentie is ontstaan over het begrip ‘persoonlijk ernstig verwijt’, met arresten uit 2006, 2014, 2017 en 2018 als baken. De uitspraken hebben betrekking op paulianeus handelen van een bestuurder in een schilderachtige reeks van casus in een frauduleus kader, variërend van het verlenen van een tweede pandrecht en allerlei vormen van het wegsluizen van gelden naar het moederbedrijf of derden, tot dubieuze handelingen bij fruitexport en bemiddeling bij de koop van een Spaanse villa. Die jurisprudentie levert vergelijkingsmateriaal op voor ons onderwerp bij de toepassing van de genoemde norm op de feiten in het concrete geval, en wel vanwege de manier waarop bij het handelen van een bestuurder het ‘weten’ gelijkgesteld met ‘behoren te begrijpen’, de vele vormen van nalaten om toezicht houden of in te grijpen en de rol die formele wettelijke vereisten hierbij spelen, zoals de deponeringsplicht van Jaarstukken. De term ‘verwijten’ wordt hier gebruikt in de zin van de bestuurder zijn handeling toerekenen, dat gebeurt ‘persoonlijk’, dat wil zeggen apart van het bedrijf dat eveneens aansprakelijk kan zijn.

Alvorens dat aan de orde te stellen, is het nuttig om de positie van beroepsbeoefenaren in het algemeen in kaart te brengen, wat de daarbij gangbare aansprakelijkheidsnormen betreft. In de rechtspraak over aansprakelijkheid van bestuurders wordt regelmatig diezelfde vergelijking gemaakt. Bij de aansprakelijkheid voor *beroepsfouten* van artsen, juristen, ingenieurs, e.d. wordt in een vaste jurisprudentie het criterium aangenomen van “redelijk bekwaam en redelijk handelend” vakgenoot, onder de gegeven omstandigheden. Dit staat in de praktijk ook wel bekend als de ‘maatman’-norm.

Als sprekend voorbeeld van die rechtspraak volgt hier een arrest uit 2015, *Breeweg/Wijnkamp*, dat ook instructief is omdat daarin de vraag aan de orde komt of voor de aansprakelijkheid van de advocaat niet beter gebruikt gemaakt kan worden van het criterium ‘persoonlijk ernstig verwijtbaar’.⁸⁵ Een norm die volgens enkele schrijvers voorkeur zou verdienen omdat daarmee aansluiting gevonden zou worden bij de aansprakelijkheid van

⁸⁵ HR 18 september 2015, *NJ* 2018/66, m.nt. Van Schilfgaarde. Zie hierover: V.C. Hofman, “Ernstig verwijt als criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid van advocaten”, *WPNR* 2018/7186.

officiëren van justitie, rechterlijk ambtenaren, arbiters (!) en curatoren.⁸⁶ Het Hof Den Bosch had dat standpunt ook ingenomen in het arrest a quo en had de vordering uit onrechtmatige daad tegen de advocaat en zijn kantoor afgewezen omdat geen feiten gesteld waren die een persoonlijk ernstig verwijt kunnen opleveren.

De cliënt van de advocaat gaat in cassatie, met de klacht dat een dergelijke drempel alléén bij bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2 geldt, en vindt daarbij A-G Spier op zijn weg die dat standpunt verwerpt. In een uitvoerige conclusie waarin de jurisprudentie besproken wordt (met name *Spaanse villa* (2012) en alle commentaar erop in de literatuur), bepleit hij het gebruik van die drempel bij de aansprakelijkheid van advocaten. De Hoge Raad beslist echter anders, en zoekt aansluiting bij de algemene aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaars, als volgt:

3.4.1 “Bij de beoordeling van de klacht is uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt onder meer mee dat een advocaat die een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (vgl. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, *NJ* 2015/267).

3.4.2 Als de cliënt de advocaat aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, kan aansprakelijkheid slechts worden aangenomen met inachtneming van de daarvoor in art. 6:162 BW gestelde eisen. Een dergelijk geval doet zich bijvoorbeeld voor als de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door een werknemer van die maatschap of door een advocaat die feitelijk aan de maatschap deelneemt door tussenkomst van een praktijkvennootschap. Ook in een zodanig geval is de hiervoor in 3.4.1 omschreven maatstaf mede bepalend voor de beoordeling van de gegrondheid van de vordering.”

De cassatierechter vernietigt de beslissing van het hof en bepaalt dat voor de vordering tegen de advocaat niet vereist dat aan hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn advieswerkzaamheden voor zijn cliënt. Hier gelden de in het algemeen door art. 6:162 BW gestelde eisen, zoals nader bepaald in het aangehaalde arrest van 29 mei 2015.

Een aantal schrijvers heeft zich kritisch over dit arrest uitgelaten en zich uitgesproken voor het standpunt dat door het Hof Den Bosch en A-G Spier ingenomen werd: wél de hogere drempel van Boek 2 hanteren bij aansprakelijkheid van advocaten.⁸⁷ De reden hiervoor is allereerst het wegnemen van het gevaar van het verlies van onbevangenheid van advocaten bij advieswerk, zoals dat ook bij de aansprakelijkheid van bestuurders aanvaard is.⁸⁸ Een tweede reden is de omstandigheid dat hier sprake is van een *secundaire* aansprakelijkheid van de advocaat, naast de contractuele aansprakelijkheid van het advocatenkantoor (tegenover de cliënt), de *primaire* aansprakelijkheid. Dit is analoog aan de situatie die bij de bestuurdersaansprakelijkheid bestaat.

Hofman heeft bij zijn verdediging van zijn standpunt een beroep gedaan op de doctrine in het vennootschapsrecht, het betoog van Kortmann in zijn Asser-bewerking, die het volgende stelt:

“Wij zouden de verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf willen laten gelden voor alle gevallen waarin de onrechtmatige gedraging van de persoon die in de uitoefening van zijn functie handelt, die in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als een gedraging van een ander (al dan niet rechtspersoon). De persoonlijke aansprakelijkheid van de handelende persoon is in

⁸⁶ Zie Hofman, t.a.p., p.252; genoemd worden: Meijer, Rupert & Schweers, en ‘kritisch’: Westenbroek.

⁸⁷ Aldus Meijer, Rupert en Schweers, Hofman; zie de laatste, p. 252, met verwijzingen.

⁸⁸ Zie op dit punt voor bestuurdersaansprakelijkheid: HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, *Willemsen/NOM*.

deze gevallen een secundaire. Hieraan moge hogere eisen worden gesteld dan aan de primaire aansprakelijkheid.⁸⁹

Het ging mij erom de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaars te belichten, maar wij zien dat op dat gebied de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in beeld gekomen is. Het beeld dat hier door Hofman gegeven wordt is echter sterk vertekend: in de doctrine neemt een grote meerderheid van schrijvers namelijk een tegengesteld standpunt in. De verzwaarde vorm van aansprakelijkheid van bestuurders met de maatstaf van ‘persoonlijk ernstig verwijt’ zoals door de Hoge Raad aanvaard, is met toenemende kracht bestreden in de laatste jaren. Ik zal dat hieronder nog uit de doeken doen, nu moet eerst aandacht gegeven worden aan de wijze waarop de jurisprudentie aan die norm van ‘ernstig verwijt’ in het kader van Boek 2 inhoud gegeven wordt. Ook hier is de lading belangrijker dan de vlag waarmee die gedekt wordt. Dat is met name van betekenis omdat deze excursie in het vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsrecht ondernomen werd om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop die norm toegepast zou kunnen worden bij de aansprakelijkheid van arbiters.

4.2 De norm van ‘persoonlijk ernstig verwijt’ zoals ontwikkeld in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid volgens Boek 2

Deze norm werd door de Hoge Raad in 1997 geïntroduceerd in het vennootschapsrecht en vervolgens door de wetgever met een wijziging in art. 2:9 BW overgenomen, in 2013, bij de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de rechtspersoon voor onbehoorlijk bestuur.⁹⁰ In de jurisprudentie die zich in de afgelopen decennia ontwikkelde werd deze maatstaf behalve op deze *interne* aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon ook toegepast op de *externe* aansprakelijkheid tegenover derden, met inbegrip van de ‘tweedegraads bestuurder’, wanneer men bestuurder is van een rechtspersoon die het bestuur over een andere rechtspersoon uitoefent. Dat laatste is gebaseerd op art. 2:11 BW, waarbij evenals in art. 2:9 hoofdelijke aansprakelijkheid aangenomen wordt. Hierbij kwam ook het verband met de algemene aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW aan de orde. Op een aangrenzend gebied speelt zich een soortgelijke ontwikkeling af, bij de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de boedel (-crediteuren) ingeval van faillissement van de rechtspersoon (art. 2:248 BW).⁹¹ Om de zaak te compliceren, is er ook nog de situatie onderkend dat een bestuurder onrechtmatig gehandeld kan hebben tegenover derden, maar *niet* in zijn hoedanigheid van bestuurder (de *Spaanse villa*-zaak, uit 2012). Een samenloop van handelingen en van normen dus. Er is een vloed van rechtspraak over ontstaan en uitbundige literatuur waarbij dit rechtersrecht in een kritisch licht geplaatst wordt, in al zijn details.

Een arrest uit 2006, *Ontvanger/Roelofsen*, wordt algemeen als beginpunt van deze jurisprudentie gezien.⁹² Daarin omschrijft de Hoge Raad een “voldoende ernstig verwijt” (ex art. 2:9 BW) als volgt:

⁸⁹ Asser-Kortmann 3-III 2017/155 e.v.

⁹⁰ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer, *Staleman/Van de Ven*. De wetgever nam de wijziging in art. 2:9 BW op zonder noemenswaardige toelichting op de ratio ervan, zie hierover, in kritische zin: Westbroek, *RmThemis* 2016/4, p.175 e.v.

⁹¹ Op dat terrein geldt het criterium of “de redelijk denkende bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben”, ontleend aan het *Panmo*-arrest, 2001. Zie daarover, en de relatie tot de ernstig verwijtbaar-maatstaf: conclusie A-G Timmerman ECLI:NL:PHR:2018:1139, onder nr.3.3 e.v., voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR: 2370, *Geocopter*.

⁹² HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659, met als voorloper: HR 10 januari 1997 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer, *Staleman/Van de Ven*.

“Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder *wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen* dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.” (rov. 3.5) [mijn cursief]

Het arrest werd verder verduidelijkt in 2008, als volgt:

“Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”.⁹³

In 2014, wanneer het over de externe aansprakelijkheid van bestuurders gaat, wordt de ratio voor toepassing van de ernstig verwijt-norm nader toegelicht door de Hoge Raad en aangevuld met een tweede reden (zoals hierboven al ter sprake kwam):

“Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen”.⁹⁴

De kritiek op deze verzwaarde maatstaf of ‘hoge drempel’ in de doctrine laat ik nog even rusten, om eerst aandacht te geven aan de toepassing ervan in de praktijk. Daarin zijn enkele lijnen te ontdekken, gevormd door clusters uitspraken van de cassatierechter. Een *eerste thema*, en een kernthema, is dat bij de vaststelling of van onzorgvuldig handelen sprake is (alias: schuld, verwijtbaarheid) niet van subjectieve, maar van *objectieve* wetenschap van de bestuurder uitgegaan moet worden: weten wordt met *behoren* te begrijpen gelijkgesteld.⁹⁵ Dit wordt aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald. In die zin arresten uit 2009, 2014 (3) en 2017 (2).⁹⁶ Een paar voorbeelden:

Casus: Na overdracht van activa aan zustermaatschappij biedt de vennootschap geen verhaal voor onbetaald gelaten vordering met betrekking tot uitgevoerde vlieguren. Beroep op verrekening gedaan, na verrekening resteert echter aanzienlijke schuld.

‘Voor ernstig verwijt is voldoende dat een bestuurder ten tijde van hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resteren’.

[HR 4 april 2014 ECLI:NL:HR:2014:829]

Casus: Bouwbedrijf doet als dochtervennootschap substantiële betalingen aan moeder-vennootschap Beheer, vlak voor faillissement van Bouwbedrijf, betalingen die zijn bevorderd door enig bestuurder van Beheer, die tevens enig bestuurder was van Bouwbedrijf. Deze

⁹³ HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, *Willemsen/NOM*, rov. 5.3.

⁹⁴ HR 5 september 2014, *Hezemans Air*, rov. 3.5.2, met verwijzing naar *Willemsen/NOM*.

⁹⁵ A-G Drijber, conclusie voor *TMF Management-arrest (Caraïbisch vastgoedproject)* van 30 maart 2018, spreekt van de “objectieve wetenschap-maatstaf” die al in 1997 zou zijn aangenomen (*Henkel-arrest*). Zie: ECLI:NL:PHR:2017:1419, onder nr. 2.2.6.

⁹⁶ Een overzicht is te vinden op de site van Stadermann Luiten Advocaten, jurisprudentie Bestuurdersaansprakelijkheid, waarvan hier gebruik is gemaakt.

indirect bestuurder wordt aansprakelijk gesteld door gezamenlijke crediteuren van Bouwbedrijf.

‘Aansluiting moet worden gezocht bij HR 8 december 2006, NJ 2006/659 [Ontvanger/Roelofsen]. Gelet op concrete feiten en omstandigheden wist bestuurder of moest redelijkerwijs begrijpen dat betalingen door het Bouwbedrijf tot gevolg zouden hebben dat Bouwbedrijf andere verplichtingen niet zou kunnen nakomen en of geen verhaal zou bieden voor als gevolg daarvan optredende schade. De bestuurder valt van het bevorderen van die betalingen een persoonlijk ernstig verwijt te maken en heeft onrechtmatig gehandeld.’ [HR 23 mei 2014 ECLI:NL:HR:2014:1204]

In dezelfde zin:

Casus: Bestuurder verstrekt tweede pandrecht aan financiële instelling in plaats van het overeengekomen eerste pandrecht. Na uitwinning pandrechten resteert een vordering van die instelling, waarvoor bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld.

[maatstaf is dat ...] ‘De bestuurder moet bij het aangaan verbintenissen hebben geweten of redelijkerwijze hebben behoren te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van dat handelen schade zou lijden’.

Enkele omstandigheid dat, anders dan overeengekomen, een tweede pandrecht was verleend, is onvoldoende; voorzienbaarheid schade onvoldoende gesteld door schuldeiser. Geen aansprakelijkheid aangenomen.

HR 5 september 2014 ECLI:NL:HR:2014:2627; NJ 2015/21, m.nt. PvS, *RCI/Kastrop*

Verder nog, in dezelfde zin:

HR 24 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:484, inzake projectontwikkeling voetbalstadion.

HR 21 april 2017 ECLI:NL:HR:2017:754, inzake herstructurering vennootschap na aandelentransactie.

Een *tweede thema* is, de hantering van de *bewijslast*. Wij zien hier dat de Hoge Raad ten aanzien van de vaststelling van ernstig verwijt dat een bestuurder gemaakt kan worden soepel met het bewijs omgaat en vaak een vermoeden hanteert, de figuur die als ‘sprekende feiten’ bekend staat.⁹⁷ Dat gebeurt als volgt:

Casus: Gevolmachtigde die jegens volmachtgever-verkoper gehandeld heeft als bestuurder en niet in persoon, laat koopsom niet aan verkoper overmaken maar aan vennootschap waarvan hij bestuurder is. Volmachtgever vordert betaling van dat bedrag van gevolmachtigde.

[Als niet gehandeld is bij taakvervulling als bestuurder van vennootschap, geldt niet de verzwaarde maatstaf van bestuurdersaansprakelijkheid (HR geeft verduidelijking van HR 23 november 2012, *Spaanse villa*). Gevolmachtigde heeft in casu als bestuurder gehandeld.]

‘De bestuurder kan veronderstellenderwijze persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt van het in strijd met instructie overmaken van verkoopprijs naar eigen vennootschap’.

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/22, m.nt. PvS, *Hezemans Air*.

Een stap verder wordt genomen bij de aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder, die via een rechtspersoon het bestuur uitoefent in een andere rechtspersoon, de situatie van art.

⁹⁷ Zie voor die figuur, en zijn herkomst, mijn artikel in *AA* 2018: “De omkering van bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht. De ‘omkeringsregel’: regel of uitzondering, spookbeeld of vertrouwd gereedschap?”, p.840 e.v., op p.841 e.v.

2:11. De Hoge Raad besliste in 2017, *Fruitexport*, dat de eiser (schuldeiser) hier *niet hoeft te stellen, en zo nodig bewijzen*, dat de bestuurder persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wel geldt, uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW dat:

de aangesproken bestuurder “aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW”.⁹⁸

Van Schilfgaarde heeft betoogd dat eenzelfde bewijslast geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, interne aansprakelijkheid, met ook daar tot gevolg dat de ernstig verwijt-maatstaf alleen bij het door de bestuurder gevoerde verweer aan de orde kan komen.⁹⁹

Er bestaat ook vergelijkbare rechtspraak in het kader van art. 2:248 BW (aansprakelijkheid bestuurders bij faillissement) dat een wettelijk vermoeden inhoudt van ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ van een bestuurder (lid 1), een vermoeden dat ook geldt indien de verplichtingen van art. 2:10 (boekhouding rechtspersoon) of art. 2:394 (openbaarmaking jaarrekening, etc.) geschonden zijn (lid 2).¹⁰⁰ Voorbeelden daarvan zijn:

Casus: Curator vordert faillissementstekort van bestuurder van tussenpersoon in rijwielbranche.

Bestuurder wist, althans behoorde te begrijpen op basis van toelichting op balans bij jaarrekening in periode van drie jaar voorafgaand aan faillissement dat verzekeraar geen schades meer uitbetaalde aan tussenpersoon. Bestuurder gaf feitelijk leiding aan verzekeraar en had daarmee in de hand of verzekeraar tot betaling zou overgaan; hij heeft nagelaten om dat laatste te bewerkstelligen. Tussenpersoon heeft voorafgaand aan faillissement nieuwe verzekeringen afgesloten bij verzekeraar, terwijl bestuurder wist, althans behoorde te begrijpen dat verzekeraar geen uitkeringen meer zou doen. Sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:248 lid 1. Hoge Raad doet af op grond van art. 81 RO.
HR 10 februari 2017 ECLI:NL:HR:2017:216.

Casus: Faillissement groothandel in kantoorartikelen, vordering van curator op bestuurder.

Jaarrekening is niet tijdig gepubliceerd, waarmee onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:248 lid 2 BW vaststaat. Gelet op betwisting door curator en feit dat agioutkering is gedaan en met rekening-courant is verrekend, slaagt bestuurder naar het oordeel van het hof er niet in om (weerlegbare) bewijsvermoeden te ontzenuwen. Hoge Raad doet af op grond van art. 81 RO.
HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:215.

In een recent arrest was incassatie geklaagd dat voor vaststelling van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder ex art. 2:248 lid 1 BW sprake moet zijn van de *objectieve*

⁹⁸ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275; *NJ* 2017/215, m.nt. Van Schilfgaarde, *Fruitexport*.

⁹⁹ Van.Schilfgaarde, in: *De vele gezichten van Maarten Kroeze's bange bestuurders*, (*Kroeze-bundel*), IVO Deel 104, Deventer: Kluwer, 2017, p. 490.

¹⁰⁰ De gangbare opvatting is dat hierbij de ‘maatman-norm’ geldt, de ‘redelijk denkende bestuurder’ (*Panmo*-arrest, 2001, zie boven, **noot 91. [check nummering??]**)

wetenschap dat schuldeisers van de vennootschap zullen worden benadeeld, hetgeen het hof miskend had. De Hoge Raad wijst de klacht toe, overwegend dat:

... uit het oordeel van het hof dat schending van art. 2:246 BW (voor aanvraag van faillissement is toestemming AV vereist) heeft te gelden als onbehoorlijke taakvervulling “blijkt niet of, en zo ja op welke wijze, het aanvragen van het faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers heeft geschaad. Voorts blijkt daaruit niet dat eiser wist of behoorde te weten dat zijn handelen de gezamenlijke schuldeisers zou benadelen.” [rov. 3.5.2] HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR: 2370, *Geocopter*.

Een *derde thema*, ten aanzien van *nalatigheid bij het houden van toezicht* op mede-bestuurders, in de zin van het arrest *Gemeente Stein/Driessen* (1997) bij aansprakelijkheid van de overheid, is een arrest uit 2018 van belang, *TMF Management (Caraïbisch vastgoedproject)*. De cassatierechter overwoog daarin:

“Op zichzelf is juist dat ook het houden van onvoldoende toezicht op de uitoefening van een taak door een mede-bestuurder onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder kan meebrengen. Het hof heeft dit evenwel niet miskend. Het heeft het daarop betrekking hebbende verwijt van eisers immers onderzocht en is tot het oordeel gekomen dat eisers geen feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit blijkt dat TMF Management heeft geweten of redelijkerwijs heeft behoren te weten (waarmee het hof kennelijk heeft bedoeld: wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen) dat TMF Netherlands B.V. c.s. in strijd met de Nederlandse regelgeving hebben gehandeld”.

De Hoge Raad vervolgt dan dat het hof in aanmerking heeft genomen dat TMF Management op de British Virgin Islands gevestigd was en dat een belangrijke reden om haar in te schakelen was geweest het verlenen van management- en administratieve diensten en dat niet gebleken is dat zij andere dan administratieve werkzaamheden heeft verricht. Daarmee kon het hof oordelen dat TMF Management onder de omstandigheden niet persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat zij niet actief erop heeft toegezien dat de vennootschappen de artt. 3 en 7 (oud) Wte 1995 naleefden.¹⁰¹

4.3 Een analyse van het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf: is er een meerwaarde bij vaststelling van onzorgvuldig handelen? Het debat in de doctrine over deze ‘zware’ maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid. De betekenis ervan voor de *Onow*-norm bij de aansprakelijkheid van arbiters

Indien wij het tableau overzien van de wijze van toepassing van dit criterium op de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen, springt de verzwaring van de norm, de verhoging van de drempel ten opzichte van de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – toch het hier beoogde doel, zegt men – niet direct in het oog. Integendeel, indien men vertrouwd is met de rechtspraak op het gebied van art. 6:162 BW, valt niet in te zien dat hier van een *zwaardere* maatstaf sprake is die aangelegd zou zijn als *hogere* drempel. Het objectiveren van bij de dader aanwezige wetenschap, het voorop stellen van het behoren te weten (of te begrijpen) onder de omstandigheden, is toch een algemeen fenomeen van het aannemen van onrechtmatig handelen? Het ‘zijn broeders hoeder zijn’¹⁰² kan ook inhouden

¹⁰¹ HR 30 maart 2018, NJ 2018/470, m.nt. Van Schilfgaarde; AA 2018, p.502, m.nt. Assink, *TMF (Caraïbisch vastgoedproject)*, rov.3.5.2. Annotator Van Schilfgaarde kan weinig met het criterium van het ‘houden van toezicht’, een begrip dat hij echter letterlijk neemt, in de zin zoals gebruikt door de wetgever van vennootschapsrecht. Vgl. ook nog: Westbroek, *WPNR* 2018, p.25 e.v.

¹⁰² Met excuses aan de zusters, die in het Oude Testament niet altijd voor vol aangezien worden – het Nieuwe Testament spreekt moderner over: ‘de naaste liefhebben’ – hetgeen tot de *good neighbour doctrine* geleid heeft in common law landen, alias de *duty of care*. Dit werd in 1932 ingevoerd door het House of Lords met het arrest

dat men het handelen (of nalaten!) van een collega-bestuurder in het oog moet houden. Het arrest *Gemeente Stein/Driessen* komt dan in beeld. Het bewijs van onrechtmatig handelen wordt al jaar en dag vergemakkelijkt door toepassing van een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid, het al in 1988 door de wetgever vastgelegde rechtensrecht.¹⁰³ Dus ook hier, *business as usual*. Met andere woorden, het criterium ‘ernstig verwijt’ mankeert aan onderscheidende kenmerken ten opzichte van het gewone ‘verwijt’ bij aansprakelijkstelling uit onrechtmatige daad, in meer gangbaar jargon als ‘onzorgvuldig’ of ‘nalatig’ te omschrijven.

Het geeft in dit verband te denken wanneer men de omschrijving leest die voorstanders van het onderscheid - dus wel degelijk een zwaardere maatstaf – aan het begrip: ‘ernstig verwijt’ geven. A-G Drijber is een goed recent voorbeeld daarvan, stelling nemend in het debat hierover – door hem veelbetekenend slechts met “enig debat” aangegeven, tot woede van opposanten¹⁰⁴ - in zijn conclusie in de zaak *TMF Management (Caraïbisch vastgoedproject)*. Na gesteld te hebben dat hij geen reden ziet om de verzwaarde maatstaf bij te stellen tot het niveau van de “‘gewone’ schuld-maatstaf”, zegt de A-G:

“De ernstig verwijt-maatstaf is bovendien flexibel. Daardoor is de rechter in staat aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot een billijke uitkomst te komen. Daarbij moet rekening worden gehouden met onder meer de aard, de ernst en de frequentie van de normschending door de bestuurder, en de mate van schuld. Een belangrijke vuistregel is ook of voor de bestuurder voorzienbaar was (of had moeten zijn) dat zijn handelen of nalaten tot benadeling van crediteuren van de vennootschap zou leiden: de ‘*objectieve wetenschap-maatstaf*’. Als daar niet van blijkt, is het moeilijk voorstelbaar dat de bestuurder een ernstig verwijt treft.”¹⁰⁵

Ik zou willen stellen, dat het aan de hand van deze omschrijving het moeilijk voorstelbaar is dat hier niet van gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad sprake zou zijn. Waarom zo moeilijk gedaan hierover? Daarmee komen wij op het debat zoals dat over deze materie in de afgelopen jaren losgebroken is. De “soms turbulente ontwikkeling” van het leerstuk, zoals Van Schilfgaarde in 2017 noteert.

Het eerder genoemde debat van de laatste jaren strekt zich onderhand over enige dozijnen publicaties uit: noten, artikelen, en zelfs proefschriften. Het is een debat, vaak van polemisch aard, niet alleen in de doctrine tussen de schrijvers onderling maar vooral ook met de cassatierechter - en zijn A-G's - waarvan het einde nog niet in zicht is. De door de Hoge Raad aanvaarde norm kreeg het epitheton ‘bange bestuurders’-norm, en zoals altijd, is er op de achtergrond meer aan de hand: het belang van de verhaalsmogelijkheden op bestuurders, naast die op de rechtspersoon zelf. Dat ‘bang maken’ heeft overigens betrekking op het argument van het nadelig beïnvloeden van de vrijheid van handelen van bestuurders, het zwaard van Damocles dat aangebracht wordt met het besef dat aansprakelijkheid om de hoek ligt, hetgeen een verlamme werking kan hebben, volgens de cassatierechter en zijn medestanders.

De analyse van deze controverse leert mijns inziens twee dingen die de algemene civilist opvallen: het gaat meer over de vlag, dan over de lading die ermee gedekt wordt – dat wil

Donoghue vs. Stevens (vgl. ons *Lindenbaum/Cohen* van 1919). Amerikanen spreken hier ook wel van de “New testament doctrine”.

¹⁰³ Met art. 177 Rv, later vernummerd tot: 150 Rv. Zie mijn genoemde artikel in *AA* 2018, p.840, over omkering bewijslast, en uitvoeriger mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 2004, p.485-510.

¹⁰⁴ Zie Westbroek, *O&F* 2018, op p.18, nt. 30, waarover hieronder meer.

¹⁰⁵ Conclusie A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2017:1419, onder nr. 2.2.6, *cursivering* toegevoegd; noten weggelaten.

zeggen, de concrete resultaten waartoe de rechter met behulp van deze ‘verzwaarde’ maatstaf komt bij de vaststelling van aansprakelijkheid van bestuurders. Wat badinerend gezegd: *Much to do about nothing!* Ten tweede, en belangrijker, kennisname van deze Hoeksche en Kabeljauwse twisten in vennootschapsland zou een waarschuwing moeten zijn om het begrip waar het hier om gaat: ‘persoonlijk ernstig verwijt’, over te nemen bij de aansprakelijkheid van arbiters, zoals de Hoge Raad gedaan heeft met *Greenworld* en *Qnow*. Om op mijn conclusie vooruit te open, de meerwaarde daarvan valt niet in te zien. Sterker nog, aanvaarding ervan zou een soortgelijk heftig debat kunnen doen ontstaan bij de arbitersaansprakelijkheid. Dat is geen wenkend perspectief, en dat kan voorkomen worden door de terminologie aan te passen. A-G Rank-Berenschot gaf in haar conclusie voor *Qnow* al een voorschot hierop, dat hierboven uitvoerig besproken werd. Dat betoog zal nog uitgewerkt gaan worden wanneer wij nader ingaan op aard en soort van fouten die arbiters bij de uitvoering van hun opdracht maken.

Dan nu dat debat van de vennootschapsjuristen, ik volsta met een weergave van de hoofdlijnen. Een goed en recent overzicht van het strijdtoneel geeft Westenbroek in een artikel uit 2018, het laatste van een lange reeks geschriften van zijn hand, waaronder een Rotterdamse dissertatie.¹⁰⁶ Het is een polemisch stuk – uit mijn pen kan dat, zoals men begrijpt, niet in pejoratieve zin bedoeld zijn, eerder integendeel – met name gericht tegen de laatste uitspraak van de Hoge Raad in een lange rij, het arrest van 30 maart 2018 over *TMF Management of Caraïbisch vastgoed project*, vooral tegen de conclusie van A-G Drijber voor dat arrest. Wat is er aan de hand?

De nieuwe leer van de Hoge Raad, de introductie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf - als gezegd, door de wetgever in 2013 zonder commentaar overgenomen in art. 2:9 BW¹⁰⁷ - die verder uitgewerkt werd in de jurisprudentie sinds 2006, heeft tot een in kracht en omvang toenemende oppositie in de doctrine geleid. Westbroek noemt als medestanders in de strijd tegen de ernstig verwijt-maatstaf, zijn ‘bestaansgrond’: Strik, Verstijlen, Tjittes, Bartman, Karapetian, Tuil, Van Veen en Van Schilfgaarde, uit de periode 2010-2017.¹⁰⁸ In dit debat neemt Kroeze een bijzondere plaats in; hij had in zijn Rotterdamse oratie van 2005, met de omineuze titel: *Bange bestuurders*, de aanzet gegeven voor een tweede grond voor de rechtvaardiging van de nieuwe maatstaf, namelijk het argument dat defensief gedrag van bestuurders vanwege mogelijke aansprakelijkheid voorkomen moest worden. Een opvatting die enkele jaren later door de Hoge Raad werd overgenomen, met name in 2008 met *Willemsen/NOM*, later uitgewerkt in de arresten van 5 september 2014, *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*. Het is echter maar de vraag of dat Kroeze vreugde gebracht heeft, zoals ook Van Schilfgaarde (zijn promotor) later zal opmerken, want in dezelfde oratie bepleitte Kroeze een ander stelsel dan het hanteren van de ernstig verwijt-maatstaf, namelijk de Amerikaanse figuur van de *business judgement rule*.¹⁰⁹ De door de cassatierechter gebruikte nieuwe

¹⁰⁶ W.A. Westbroek, “Het trustkantoor als bestuurder en ‘omgaan’ in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470)”, *O&F* 2018, p.14 e.v. zie ook Westbroeks stellingname tegen een medestander van A-G Drijber, diens collega A-G Timmerman (door Drijber in zijn conclusie aangehaald): “Reactie op ‘Wat wil deze advocaat-generaal?’ van prof.mr. L. Timmerman in *WPNR* 2017/7140. Over een pragmatische benadering van het ondernemingsrecht, een terughoudende toetsing en aansluiting op de economische realiteit.”, *WPNR* 2018/7189.

¹⁰⁷ Voor de geschiedenis van art. 2:9 BW in het licht van de ernstig verwijt-maatstaf, zie: Westbroek, *RmThemis* 2016/4, p.175 e.v.

¹⁰⁸ Westbroek, *O&F* 2018, p. 15 e.v., waar de vindplaatsen vermeld zijn. Voorstanders zijn, naast (A-G) Timmerman, o.a. J. van Bakkum. In 2018 heeft B.F. Assink – in 2010 nog criticus – zich bij hen aangesloten, zie nog onder.

¹⁰⁹ Van Schilfgaarde, in de aan Kroeze aangeboden bundel tgv zijn toetreden tot de Hoge Raad, *Kroeze-bundel*, 2017, p.485 e.v. Hij sprak de hoop uit dat Kroeze als raadsheer in de Hoge Raad het schip weer de goede kant uit zou sturen, gezien zijn aard als iemand “die de beweging niet schuwt”, “vanwege zijn betrokkenheid bij het

maatstaf vond Kroeze maar vaag en niet functioneel¹¹⁰, terwijl hij ook een beroep deed op de figuur die bekend staat als de *hindsight bias*: achteraf is een verkeerde beslissing van een bestuurder heel gemakkelijk als een slechte beslissing te kwalificeren, en dus voor onzorgvuldig, onrechtmatig te houden. Het gaat hierbij om het verschil, zoals dat heet, tussen een *wrong decision* en een *bad decision*.¹¹¹ De eerste is verkeerd, maar had ook bij een ander kunnen gebeuren in die situatie, onder die omstandigheden (bijvoorbeeld een risico dat verkeerd gewaardeerd werd), de tweede is echt fout, een slecht besluit, want had nooit zo mogen gebeuren. Zoals dat door Hammerstein een keer verwoord is:

“Een bestuurder die altijd foutloos handelt, bestaat niet. Fouten maken en behoorlijk handelen sluiten elkaar dus niet uit. Onbehoorlijk wordt het pas bij ernstige en vermijdbare fouten en daarom bestaat de wettelijke kwalificatie van kennelijk onbehoorlijk bestuur: dat wil zeggen dat geen twijfel meer erover kan bestaan dat het handelen onbehoorlijk is geweest. Er is ook geen divergentie tussen art. 2:9 en art. 2:138”.¹¹²

De strekking is hier hetzelfde als die van de net besproken (Amerikaanse) visie, maar de woordkeuze is minder gelukkig, althans kan misverstanden oproepen. Het woord ‘fout’ kan verschillende dingen betekenen; zoals gebruikt in een uitdrukking bekend uit milieukringen: ‘fout hout’, dat is iets dat echt, fout, in de zin van onaanvaardbaar is (tropisch hardhout, na ontbossing in verkeerde handen gekomen). In het citaat van Hammerstein geldt ‘fout’ hier echter als iets vergefelijks, in de trant van: ‘ieder maakt fouten’.

Dan nog een andere kritiek die Van Schilfgaarde op de leer van de Hoge Raad heeft, namelijk dat niet duidelijk is geworden waarom die leer, die van ‘maatschappelijk belang’ zou zijn, enkel op de commerciële NV en BV van toepassing zou zijn. Zou deze dan niet ook moeten gelden voor bestuurders van niet-commerciële NV’s en BV’s, en voor ondernemingsvormen die geen rechtspersoon zijn (eenmanszaak, vof, CV)?¹¹³ Vragen te over. Het wekt geen verbazing dat dat deze schrijver oproept om af te wachten of de Hoge Raad niet op zijn schreden zal terugkeren. Dat is in elk geval nog niet gebeurd met het arrest van 30 maart 2018, *TMF Management*.¹¹⁴ Als annotator van dat arrest schrijft Van Schilfgaarde: “De toekomst moet leren in hoeverre de Hoge Raad in zijn exclusieve benadering volhardt”.

Die stellingname is bepaald anders bij een auteur als Assink, die zijn kritische houding verlaten heeft en na het arrest van 30 maart 2018 verklaart dat hij de leer van de cassatierechter met de ernstig verwijt-maatstaf voor de externe aansprakelijkheid nu “als een gegeven” aanneemt.¹¹⁵ Hij is vermoedelijk niet de enige die de handdoek in ring gooit. Dat is

juridische bedrijf’. Kroeze zat in de kamer die het arrest van 30 maart 2018, *Caraïbisch vastgoed project*, gewezen heeft, maar dat heeft op het oog geen invloed op de uitkomst van het arrest gehad. De Hoge Raad volhardde toen in zijn leer, *n’en déplaie* de grote, breed gedragen en aanwassende kritiek ertegen. Die ‘business judgement rule’ zou overigens volgens Van Schilfgaarde wetgeving vereisen, en zou in de V.S. enkel gelden voor interne bestuurdersaansprakelijkheid.

¹¹⁰ Kroeze, *Bange bestuurders*, oratie Rotterdam, 2005, pp.4; 16.

¹¹¹ Zie hierover: Westenbroek, *WPNR* 2018, p.306, met verwijzing naar de analoge situatie bij aansprakelijkheid van artsen en naar bestuurdersaansprakelijkheid naar Amerikaans recht: het boek van Eisenberg uit 1993 over “standards of review in corporate law”.

¹¹² A. Hammerstein, “Inleiding op het symposium”, in: B.F. Assink e.a., *Evolutie in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, IVO Deel 76, Deventer: Kluwer 2011, p.110. 2011 (aangehaald in concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1139, voor: HR 21 december 2018, *Geocopter*, in nt. 16).

¹¹³ *Kroeze-bundel*, 2017, p.491.

¹¹⁴ In zijn noot onder dat arrest spreekt Van Schilfgaarde zijn teleurstelling hierover uit, zijn argumenten samenvattend.

¹¹⁵ Noot bij het arrest van 30 maart 2018: “Externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW en de eis van een persoonlijk ernstig verwijt. De Hoge Raad trekt lijnen (door)”, *AA* 2018, p.502, op p. 504. Assink dacht hier vroeger: anders over, zie: *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v. (citaat: zie Westenbroek, *WPNR* 2018, nt. 4).

duidelijk niet het geval bij Westbroek, die strijdbaar gebleven is en in zijn betoog paradigmavorming tegenover de juridische werkelijkheid en pragmatisme stelt.¹¹⁶

4.4 De ‘ernstig verwijt’-maatstaf nader onderzocht. Wat zijn de kenmerken ervan in de praktijk?

Sinds het de term ‘ernstig verwijt’ in omloop kwam bij de bestuurdersaansprakelijkheid, al of niet voorafgegaan door het woord ‘persoonlijk’, was er commentaar dat het een weinig omlijnd begrip voorstelde. Kroeze had zoals gezegd in 2005 al bezwaren naar voren gebracht over de ‘vaagheid’ van het begrip, in zijn Rotterdamse oratie. Assink schrijft in 2010:

“Dit begrip, dat sinds 1997 aan een gestage opmars bezig is in het Nederlandse ondernemingsrecht en door de Hoge Raad vereist wordt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid, is notoir onduidelijk” [...] “Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet”.¹¹⁷

Van Bakkum doet even later hiervoor niet onder; in 2013 schrijft hij:

“... [dat] het werken met gradaties van verwijtbaarheid, zoals ‘ernstig’ of ‘voldoende ernstig’ verwijtbaar, weinig houvast biedt aan de praktijk en dat beter zou zijn om concrete normen te stellen die bestuurders (onder meer) jegens wederpartijen van de rechtspersoon in acht moeten nemen.”¹¹⁸

Voor Van Schilfgaarde leidt dergelijke kritiek tot de conclusie dat zo’n ‘vage’ maatstaf weinig zekerheid biedt en dat daarmee de beoogde vermindering van ‘defensief gedrag’ van bestuurders niet bereikt zal worden. Hij schrijft dat in de aan Kroeze gewijde bundel van 2017 en bepleit daarbij het schrappen van de ernstig verwijt-maatstaf, zowel voor interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid.¹¹⁹ Alles kan “bij het oude blijven”, stelt hij voor, de rechter moet gewoon aan de hand van de omstandigheden, bepalen of een bestuurder onrechtmatig gehandeld heeft. Het hanteren van de term ‘ernstig’ als de gangbare kwalificatie “kan bij dit alles geen kwaad”, maar wel te lezen als: “voldoende ernstig”. Dat had de Hoge Raad trouwens in 2006, in *Ontvanger/Roelofsen*, ook al zo geformuleerd. Deze kwalificatie hoort niet in de stelplicht van de eiser thuis, stelt Van Schilfgaarde, noch bij diens bewijslevering; zij kan aan de orde komen wanneer de gedaagde bestuurder zijn verweer daarop baseert.

De hier weergegeven kritiek op de leer van de Hoge Raad doet de vraag rijzen op welke wijze de rechter eigenlijk met de omstandigheden van het geval omgaat bij het vaststellen of er van onrechtmatig bestuurlijk handelen sprake is geweest. De vraag laat zich immers stellen wat de praktische implicaties zijn van het toepassen van de ernstig verwijt-maatstaf. Hierbij wordt door schrijvers veelal gewezen op het arrest van 1997 waarbij die maatstaf geïntroduceerd werd. Hoe ging de cassatierechter toen tewerk?

In dat arrest van 1997, *Staleman/Van de Ven*, werd met de introductie van de nieuwe maatstaf al meteen duidelijk gemaakt dat het begrip ‘ernstig verwijt’ slechts een kapstok was voor de rechterlijke rechtsvinding aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het loont de

¹¹⁶ Zie zijn genoemde artikel uit 2018 in *O&F* over het arrest van 30 maart 2018, en eerder dat jaar het eveneens reeds genoemde *WPNR*-artikel als reactie op een artikel van (A-G) Timmerman in dat blad uit 2017.

¹¹⁷ *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v. (geciteerd door Westbroek, *WPNR* 2018, nt. 4, met instemming).

¹¹⁸ J. van Bakkum, *TvI* 2013/17.

¹¹⁹ *Kroeze-bundel*, 2017, p. 492 e.v.

moeite om na te gaan welke omstandigheden in de opvatting van de cassatierechter hierbij ‘onder andere’ – enumeratief gesteld, dus - van belang zijn.¹²⁰ Hier volgt de kernoverweging:

3.3.1 (...) voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 [is] vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

De omstandigheden die hier opvallen zijn vooral:

- (1) de aard van de vennootschap en de risico's waarmee zij te maken heeft,
- (2) de kennis die de bestuurder had of behoorde te hebben, en
- (3) kennis en zorgvuldigheid van een redelijk en bekwaam bestuurder.

In de jurisprudentie van de afgelopen decennia zien wij al deze elementen terug, in een wat andere formulering. Omstandigheid (1) lijkt aan te sluiten bij de discussie over het verschil tussen een verkeerde (*wrong*) beslissing en een foute (*bad*) beslissing (zie hierboven), want ondernemen is immers risico's nemen – daar is op zich niets mis mee en dat staat al van oudsher zo bekend.¹²¹ In omstandigheid (2) herkennen wij het ‘weten of behoren te begrijpen’ van de aansprakelijk gestelde bestuurder. Interessant is ook factor (3), waarin men de ‘maatman’-norm kan herkennen: *bien étonné de se trouver ensemble!*¹²² Dit laatste thema zal ik hieronder nog uitwerken.¹²³

4.5 Conclusies over het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2. Welke lering biedt dit bij het zoeken naar een norm voor de aansprakelijkheid van arbiters?

4.5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid uit Boek 2 de maat genomen: waar staan wij anno 2019?

¹²⁰ Er zijn schrijvers die erop wijzen dat de Hoge Raad al veel eerder de ernstig-verwijt-maatstaf ingevoerd heeft. Van Schilfgaarde en Westbroek noemen hierbij het arrest HR 4 februari 1983, *NJ* 1983/543, m.nt. Stein, *Debrot*. Zie, resp.: *Kroeze-bundel*, p.486; *WPNR* 2018, t.a.p. Dit lijkt mij onjuist, dat arrest ging namelijk over aansprakelijkheid van werknemers tegenover hun werkgever, en is dus *out of bounds*. Het begrip komt immers ook op andere terreinen voor.

¹²¹ Het is goed te beseffen dat het woord ‘risico’ (risk, risque, rischio) uit het oud-Grieks komt: *rhizikó(n)*, en oorspronkelijk ‘rots’ in zee (onder water) betekent, een in de oudheid al bekend gevaar in de zeevaart. Een risico dat wel genomen moet worden, als men zeevaart wil bedrijven. In het latijn werd dat *resicum* en in de 16^e eeuw werd dat in het Duits

‘Rysigo’, met de betekenis: durven te ondernemen, hoop op economisch succes. Dit is mogelijk ontleend aan het Arabische *risk* of *rizq*, ‘het zoeken van opportuniteit, voordeel of geluk’. Tenslotte het Chinees: het woord risico bestaat hier uit twee symbolen, gevaar en opportuniteit.

¹²² Dit doet denken aan de opvatting die A-G Rank-Berenschot in *Qnow* verdedigde voor de aansprakelijkheid van arbiters.

¹²³ Het is opvallend dat in de literatuur in het debat over de ernstig verwijt-maatstaf wanneer men het arrest *Staleman/Van de Ven* aanhaalt, enkel de verwijzing naar omstandigheden door de Hoge Raad vermeld wordt, maar niet (al) die omstandigheden weergeeft, laat staan daar nader op ingaat. Gemiste kansen, zou ik denken. Westbroek wijst wel op het belang van de factor wetenschap waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken, die hij echter los van de maatstaf ziet, zie: *WPNR* 2018, nt. 41.

Bij een terugblik op de hierboven gegeven bespreking van stand van zaken in het vennootschapsrecht op het punt van aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, is een *caveat* op zijn plaats, waarmee door een auteur meestal een bescheiden opstelling bedoeld wordt. Bescheidenheid past hier, allereerst omdat in het kader van ons onderwerp, de aansprakelijkheid van arbiters, het slechts om een excursie in het vennootschapsrecht ging waarbij in een uitgestrekt gebied voornamelijk hoofdpaden bewandeld werden. Ten tweede, omdat de gids die hierbij optrad geen typische ondernemingsrechtjurist is, maar een algemeen civilist. Weliswaar van het oude stempel, nog met de *Godfathers* van dat rechtsgebied opgevoed, maar toch. Dit heeft tot gevolg dat aan vele finesses voorbijgegaan is, en moest worden. Besturen is een veelzijdig métier, rechtspersonen zijn er in soorten en maten en *last not least*, het bedrijfsleven is een leven apart. Hoewel, ik teken hierbij aan dat de Rotterdamse jurist, of hij nu rechter, notaris, advocaat of hoogleraar is, veelal met een zakenman gelijk gesteld wordt (en werd, in een lange traditie, ik noem slechts de legendarische President Rechtbank Rotterdam, Reuder). Ik weet het, een ‘zakenman’ heet tegenwoordig een ‘ondernemer’, maar zaken zijn zaken (het ondernemer zijn geeft overigens het risico-nemen beter aan, bedenk ik me).

Ik denk dat het dus allemaal wel meevalt, mijn over de schutting kijken, in ondernemingsland. In elk geval ziet de civilist-arbiter (weer zo’n zakenman of ondernemer?) bij het kennisnemen van de jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid en de beoordeling van mogelijk onrechtmatig handelen van bestuurders, veel thema’s langs komen die raakvlakken vormen met de beoordeling van handelingen van arbiters. Op beide terreinen gaat het zowel om inhoudelijke beslissingen die genomen moeten worden met betrekking tot een feitenconstellatie in een juridische en economische context, alsook om processuele, meer formele beslissingen, zoals: het oproepen van personen, deponeren van stukken, verantwoording afleggen aan derden, e.d. Een bedrijf moet, net als een arbitrage, enerzijds tot een succes gebracht worden door er leiding aan te geven, anderzijds ook ‘gerund’ worden, aan de gang gehouden worden op een efficiënte wijze. Op beide gebieden is zorgvuldigheid vereist, op beide kunnen ook fouten, of zelfs brokken gemaakt worden, die wel of niet door de vingers gezien kunnen worden, dat wil zeggen, maatschappelijk aanvaardbaar geacht worden. Het menselijk tekort ligt immers overal om de hoek, zowel wanneer het over de inhoud gaat, als over de vorm. In het intermenselijk, maatschappelijk verkeer is dat niet anders.

Om deze redenen is het eigenlijk heel fortuinlijk dat bij het zoeken naar de beste weg, de meest bruikbare norm voor het aansprakelijk stellen van arbiters voor onrechtmatig handelen, er zo’n breed aanpalend terrein ter beschikking staat van de bestuurdersaansprakelijkheid in vennootschapsland. Waar nota bene al enkele decennia ervaring is met de nieuwe maatstaf die de Hoge Raad in 2009 en 2016 aangereikt heeft voor de arbitragewereld. Dat is niet alleen heel leerzaam om inzicht te krijgen in de merites van de nieuwe maatstaf, het geeft bovendien de mogelijkheid om te leren van de ervaring die de burens ermee hebben. Dat betekent aan de ene kant dat het wiel niet opnieuw uitgevonden hoeft te worden, aan de andere kant dat opgeroepen misverstanden, spraakverwarring, met bijbehorende valkuilen, vermeden zouden kunnen worden. Het is een kwestie van rechtseconomie, eigenlijk.

Wat hebben wij nu kunnen leren van deze uitstap naar vennootschapsland? Om met de conclusie te beginnen, het vormt een aansporing om de ernstig verwijt-maatstaf vooral *niet* te hanteren bij aansprakelijkheid van arbiters. Het biedt namelijk geen meerwaarde boven gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, met bijvoorbeeld de maatman-norm van beroepsbeoefenaren als criterium (het voorstel A-G Rank-Berenschot), gezien de rechterlijke praktijk van de afgelopen decennia op dit gebied. Bovendien ontloopt men aldus een ‘turbulent’ debat in de doctrine (tegen)over rechtspraak, dat zich jaren kan voortslepen. Met het gevaar, dat ook dan de Hoge Raad geen leiding geeft aan dit onderdeel van de

rechtsontwikkeling en volstaat met het herhalen van het eigen standpunt, een ‘exclusieve visie’, zonder te willen ingaan op een brede, welbespraakte en gedocumenteerde oppositie daartegen in de doctrine. Dat wil zeggen, daarmee in een discussie treden. In zo’n situatie helpt het natuurlijk niet wanneer het OM in zijn conclusie geen daadwerkelijk en realistisch beeld geeft van de stand van zaken in de doctrine op het onderwerp van debat - zoals het geval was met A-G Drijber in *TMF Management*, het arrest van 30 maart 2018. Maar wij zagen dat ook wanneer het OM zich beter van zijn taak kwijt, de Hoge Raad daaraan toch voorbij kan gaan, zonder deugdelijke weerlegging van de conclusie te bieden – zoals gebeurde in *Qnow* met Rank-Berenschot als A-G. Ook het rechtsbedrijf is mensenwerk, ziet men hier weer.

4.5.2 Lessen uit Boek 2 voor de aansprakelijkheid van arbiters

Er zijn drie redenen aan te voeren om de ernstig verwijt-maatstaf *niet over te nemen* bij de aansprakelijkheid van arbiters:

- (1) Deze maatstaf biedt in de praktijk geen meerwaarde boven de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad met zijn maatschappelijke onzorgvuldigheid;
- (2) er is geen reden om af te wijken van de gangbare bewijslastverdeling bij onrechtmatige daad, zoals de praktijk leert;
- (3) de maatman-toets van de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren is een goed bruikbare norm gebleken.

Een korte toelichting hierop.

Ad 1. Meerwaarde van de maatstaf ontbreekt

De analyse van de jurisprudentie sinds 2006 over bestuurdersaansprakelijkheid en de toepassing daarbij van de ernstig verwijt-maatstaf die hierboven, in **par. ...**, gedaan werd, leverde op dat deze rechtspraak weinig of geen onderscheid met die over de algemene aansprakelijkheid uit art. 6:162 vertoonde. Wel konden drie thema’s gevonden worden: als kern, het gebruik maken van de objectieve wetenschap-toets (‘weten’ = ‘behoren te begrijpen’), het kunnen aannemen van een vermoeden van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur (‘sprekende feiten’) en het nalatig zijn bij het toezicht houden op mede-bestuurders.

Het arrest van 1997 waarmee de nieuwe maatstaf geïntroduceerd werd, *Staleman/Van de Ven*, had zijn schaduw al vooruit geworpen, dat wil zeggen, een goed verstaander had daarin veel van zijn gading kunnen vinden, aan omstandigheden die voor de vaststelling van onrechtmatig handelen van een bestuurder van belang zijn. Ik noemde hierboven als de belangrijkste omstandigheden:

- (i) de aard van de vennootschap en de risico’s waarmee zij te maken heeft,
- (ii) de kennis die de bestuurder had of behoorde te hebben, en
- (iii) kennis en zorgvuldigheid van een redelijk en bekwaam bestuurder.

Ik gaf eerder aan hoe dit spoort met de jurisprudentie van de afgelopen decennia, in een wat andere formulering, en dat aansluiting gevonden kan worden met de discussie over het onderscheid tussen een verkeerde (*wrong*) beslissing en een foute (*bad*) beslissing, in een wereld waar ondernemen risico’s nemen is en waarin kennis geobjectiveerd moet worden. In factor (iii) kwamen wij toen de maatman-norm al tegen.

De objectieve wetenschap-toets is bij de rechtsvinding het zwaartepunt; de toerekening van kennis heeft enerzijds een normatief element, anderzijds een bewijsrechtelijk aspect.

Zorgvuldig gedrag houdt in dat voorgehouden wordt dat men als goed bestuurder moet begrijpen wat men bij de vervulling van die taak aan het doen is, in het kader van rekening houden met anderen. Als uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de handelende persoon wel geweten moest hebben waar hij mee bezig was – ‘sprekende feiten’ – zijn wij op bewijsrechtelijk terrein beland, waarover dadelijk meer.

Timmerman heeft een opvallende uitspraak gedaan in dit verband: wetenschap van een bestuurder van de te verwachten benadeling is een “logisch aanknopingspunt” voor de invulling van het begrip ernstig verwijt.¹²⁴ Ook Westbroek benadrukt het belang van de kennis van een bestuurder voor aansprakelijkheid, maar niet anders dan bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren het geval is, of bij contractuele aansprakelijkheid.¹²⁵ Beide kampen zijn het dus op dit punt eens, en dat geeft te denken.

Ad 2. Bewijsaspecten

Hierboven kwam al aan de orde dat dit een vast onderdeel lijkt te zijn van de jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid, culminerend in het *Fruitexport*-arrest van 2017. De rechter liet altijd al de feiten en omstandigheden voor zich spreken op dit gebied, met als archetype een bestuurder die een betaling bestemd voor de bestuurde rechtspersoon naar zijn eigen rechtspersoon laat overmaken. De uitspraak van 2017 rondt deze ontwikkeling af door te bepalen dat de eiser op dit punt geen stelplicht of bewijslast heeft, het is aan de bestuurder om bij verweer te stellen en te bewijzen dat hem geen ernstig verwijt treft voor zijn handelwijze. De wetgever had hetzelfde bepaald voor onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement, art. 2:248 BW.

Dit sluit aan bij de algemene praktijk bij vorderingen uit onrechtmatige daad in de situatie dat sprake is van het scheppen van risico's, de figuur van de *gevaarzetting*. Een oude, nog steeds door behoudende juristen ondergewaardeerde rechtsfiguur die vanaf het begin van de vorige eeuw een opmars gemaakt heeft en door de wetgever van het Nieuw BW overgenomen werd. Dat gebeurde vooral bij de bijzondere aansprakelijkheden, de artikelen 6:173 en volgende, met de kenmerkende frase: “wanneer het gevaar zich verwezenlijkt”. In het hoofdartikel, 6:162, werd die opvatting enigszins verdekt opgenomen in het derde lid met de aansprakelijkheid die krachtens in het verkeer geldende opvattingen toegerekend wordt. Dat laatste wordt vaak aangenomen wanneer er sprake is van risicovol handelen of een risicosfeer bestaat waarbinnen de schade ontstaan is - ‘wie breekt betaalt’ (*qui casse, paie*), zegt de volksmond.¹²⁶

Ik sta bij deze ontwikkeling in het algemene aansprakelijkheidsrecht stil, omdat ook bij bestuurdersaansprakelijkheid het nemen van risico's een centraal element is, evenals toerekening van aansprakelijkheid naar verkeersopvattingen. Bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, waaronder de arbiter, is dat in wezen niet anders, eigenlijk bij alle menselijke activiteiten, met deelnemen aan het gemotoriseerde verkeer als het meest in het oog springend. Een tweede reden is, dat in de vennootschapsrechtelijke literatuur dit thema ook naar boven komt. Soms blijkt dat het aanhangen van schuldaansprakelijkheid bij onrechtmatige daad als vanzelfsprekendheid aangenomen wordt, in meest klassieke zin:

¹²⁴ L. Timmerman, “Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid”, *WPNR* 2016/7105, p.327; aangehaald door A-G Drijber, concl. *TMF Management*, nt. 28, als voorstander van de ernstig-verwijt-maatstaf.

¹²⁵ Zie: *WPNR* 2018, nt. 41.

¹²⁶ Zie voor dit onderwerp, mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 2004, p. 173 e.v. (voor art. 162 lid 3: de ‘verkeersopvatting’, zie: p.150 e.v.). De risicoleer (‘gevaarzetting’), in ons land begonnen met de dissertatie van Paul Scholten van 1899, kreeg vooral na het pleidooi ervoor in de NJV in 1913 veel aanhang. In de Asser-serie werd zij in drukken van na de oorlog echter doodgezwegen, in tegenstelling tot het handboek van Pitlo. Overigens liet de Ontwerper NBW in art. 6:162 lid 3 BW het begrip ‘schuld’ piëtitshalve staan - Boek 6 werd van zoveel nieuwlichterij beticht nadat J. Drion de pen van Meijers had overgenomen, in het Driemanschap.

‘schuld’ als subjectieve, morele verwijtbaarheid. Zo geeft Assink te kennen dat voor hem het gebruik van de term ‘verwijt’ (bij de gelijknamige maatstaf) door de Hoge Raad betekent dat “de Hoge Raad hier redeneert vanuit schuld aansprakelijkheid”.¹²⁷ Het verbaast niet dat hij een auteur als Strik, die toerekening naar verkeersopvattingen verdedigd heeft, naar een voetnoot verwijst, en daarbij als diens critici Timmerman en Kroeze noemt.¹²⁸ Een vorm van toerekening die eigenlijk op een natuurlijke wijze uit de figuur van *maatschappelijke* onzorgvuldigheid is voortgekomen, de in de maatschappij heersende opvattingen, ook al is de wetgever nog niet wakker geschud – zoals in 1919 met oneerlijke concurrentie het geval was in het *Epochemachende* arrest uit dat jaar.

Kortom, indien men met het begrip ‘ernstig verwijt’ gaat opereren om aansprakelijkheid vast te stellen is dat op zijn minst een anachronisme, het roeien tegen de tijdgeest en rechtsontwikkeling in. Daarnaast – en belangrijker – ontstaat aldus het risico dat men het risico-denken kan verwaarlozen, de figuur van gevaarstelling die niet meer uit de toerekening van onrechtmatig handelen is weg te denken naar geldend recht. Dat geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid, maar even goed voor de aansprakelijkheid van arbiters.

De wetgever kwam daarnet ter sprake, bij bestuurdersaansprakelijkheid heeft hij zoals wij zagen bij nalatigheid van een bestuurder om aan formele vereisten te voldoen, het deponeren van jaarrekening, bestuursverslag, e.d. voorafgaand aan faillissement in de artt. 2:248 juncto 394 BW bepaald dat in zo’n geval onbehoorlijk bestuur voorondersteld wordt. Een wettelijk vermoeden dus.

Ad 3. De maatman-toets

De norm van de kennis en zorgvuldigheid van een redelijk en bekwaam bestuurder bij toerekening van onrechtmatig handelen, de ‘behoorlijke taakvervulling’ van artt. 2:9 (interne aansprakelijkheid) en 248 BW (aansprakelijkheid voor faillissement), kennen wij uit de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, zoals eerder gezegd. Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid geldt slechts art. 6:162 BW, al zagen wij dat de Hoge Raad ook op dat gebied de ernstig verwijt-maatstaf hanteert (soms via art. 2:11, de tweedegraadsbestuurder, via een rechtspersoon besturend). De voordelen die de maatman-toets biedt boven die van de Hoge Raad worden door Westbroek aangetoond, in zijn bestrijding van Timmerman die zoals wij zagen de kant van de cassatierechter op dit punt kiest.¹²⁹ Westbroek vindt steun bij de woorden van de Boek 2-wetgever uit 1983 over dit onderwerp, die verwacht dat de bestuurder dient in te staan voor zijn kwaliteiten als zodanig en de rechter de instructie heeft gegeven om:

“te letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde en aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als onbehoorlijk moet worden aangemerkt.”

In zijn discussie met Timmerman laat Westbroek zien dat ook bij de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaars hantering van de norm ‘zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou gaan’ wel degelijk op *zwaarwegende fouten* gericht zijn, met voorbeelden uit de medische aansprakelijkheid, dus selectief is. Een hoge drempel is daarmee overbodig.

¹²⁷ Noot AA, 2018, op p.509; zie echter ook p.508, waar naast ‘louter schuldgradatie’, ook een plaats ingeruimd wordt voor ‘de aard en ernst van de normschending’ en de overige omstandigheden van het geval.

¹²⁸ Idem, noot 40. Vgl. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam, 2010, p.15 e.v.

¹²⁹ Westbroek, *WPNR* 2018, p.304, e.v.

Nog een opmerking over de herkomst van de maatman-toets. Die is, wanneer er van een opdracht sprake is, gelegen in art. 7:401 BW, de verplichting om als een ‘goed opdrachtgever’ te handelen. In de boven besproken discussie werd daarnaast ook gewezen op art. 7:404 BW, wanneer de uitvoerder een ander persoon is dan de rechtspersoon-opdrachtnemer. Bij verlening van diensten, zoals hulpverlening, geldt hier art. 7:453 BW, met de ‘zorg van een goed hulpverlener’.

Het belang hiervan voor ons onderwerp is, dat een arbiter als opdrachtnemer optreedt, op grond van zijn overeenkomst met partijen in geschil. Met andere woorden, een norm voor zijn handelen als arbiter is al aanwezig, ‘ligt voor toewijzing gereed’, zou de advocaat zeggen. Maar dat is het halve verhaal, er zijn ook derden die schade kunnen ondervonden als gevolg van een arbiter die gefaald heeft in zijn werk als geschilbeslechter. Een onderwerp dat nu hoog nodig aan de orde moet komen, eerst nog even dit.

4.5.3 De afronding van de geleerde lessen uit Boek 2

Wij gaan het terrein van Boek 2 weer verlaten. Ik heb de stand van zaken daar met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid in rechtspraak en doctrine zo uitvoerig weergegeven, omdat wij bij de aansprakelijkheid van arbiters daar ons voordeel mee kunnen doen. Er is in het vennootschapsrecht al veel discussie gevoerd, in een debat waarbij de argumenten pro en contra het werken met de ernstig verwijt-maatstaf heen en weer gingen. Dat biedt een meerwaarde bij het afwegen van de voor- en nadelen van het hanteren van de *Qnow*-maatstaf bij de aansprakelijkheid van arbiters. Anderzijds vormt het een waarschuwing wat ons allemaal te wachten staat indien wij op dat laatste terrein met de norm van de Hoge Raad verder zouden willen gaan. Een bestaat onderhand een kloof tussen rechtspraak en doctrine die vanwege het veel beperktere toepassingsgebied (falende arbiters) zich over een lange tijdsperiode kan uitstrekken, met veel spraakverwarring en rechtsonzekerheid als gevolg. Dan is er ook nog de relatie van deze strenge leer van de Hoge Raad bij arbitrage tot de figuur van aansprakelijkheid van de overheidsrechter, die nog in nevelen gehuld is. Dat alles is geen wenkend perspectief, lijkt mij. Ik kom hier aan het eind van dit boek nog op terug. Dan zal ook aan de orde komen, de vraag – die de lezer wellicht al bekropen heeft – of het in dit debat niet om een kwestie van ‘lood om oud ijzer’ gaat. Maakt het in werkelijkheid wel zo’n verschil, de ene of de andere norm, uit de twee verschillende kampen? Ik denk zeker van wel, met de aantekening dat dit een oude vraag is wanneer men begrippen als ‘wil’ (‘weten’), ‘schuld’, en het verlengde hiervan: schuldaansprakelijkheid versus risicoaansprakelijkheid, ter discussie stelt. Het wiel hoeft niet nog een keer worden uitgevonden. Hoewel, *l’histoire se repète*, zeker in een behoudende gemeenschap zoals de juridische wereld dat is.

HOOFDSTUK 5

Inventarisatie van soorten fouten van arbiters die tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Het onderscheid: ‘Bedrijfsfouten’ en ‘processuele of inhoudelijke fouten’

5.1 Inleiding. Het belang van de soort fout die gemaakt is voor de aansprakelijkstelling

Wij keren nu weer terug naar het thema van dit boekje: arbiters en hun aansprakelijkheid bij een tekort schietende uitvoering van de hun opgedragen taak. In de *Greenworld*-rechtspraak, bevestigd met *Qnow* in 2016, wordt zoals wij zagen in Hoofdstuk 2 de arbiter niet voor fouten aansprakelijk gesteld die omschreven worden als: ‘processuele’, dat wil zeggen: ‘inhoudelijke’ fouten. De reden die door de cassatierechter daarvoor gegeven wordt, is dat deze fouten “samen hangen met de rechterlijke taak van arbiter”. Omdat het stelsel van aansprakelijkheid van rechters van dat standpunt uitgaat in art. 42 Wvra, “eist de rechtszekerheid beoordeling naar dezelfde maatstaf”, overwoog de Hoge Raad. Wél wordt door het college een uitzondering gemaakt voor - verwarrend genoeg - ‘bedrijfsfouten’ in de zin van art. 42 Wvra. Volgens de Toelichting van de wetgever zijn dat fouten zoals:

- het zoek gemaakt hebben van stukken uit het dossier;
- het veroorzaken van een verkeersongeval bij een descente;
- het werpen van een smeulende peuk in een papermand waardoor brand is ontstaan (*sic!*).¹³⁰

Wat de wetgevingsambtenaren hier bedacht hebben als (arche-)typische fouten van arbiters in de bedrijfsvoering van de arbitrage blinkt niet uit in veel affiniteit met dat metier. Hieronder zullen wij dit tableau uitbreiden, met de gebruikmaking van hetgeen in de literatuur al op dit punt naar voren gebracht is, en ook puttend uit eigen ervaring als arbiter.

Hierboven werd door mij betoogd dat de opvatting van de Hoge Raad, in de schaduw van de wetgever op een belendend terrein van de rechterlijke aansprakelijkheid, met de gekozen afbakening, de getrokken grenzen voor aansprakelijkheid problematisch is en bovendien zonder deugdelijke grond werd aangenomen. Deze zienswijze van de cassatierechter, die afwijkt van de conclusie voor *Qnow* van A-G Rank-Berenschot, werd eerder terecht door de overgrote meerderheid van schrijvers verworpen, naar aanleiding van *Greenworld*. De A-G verwees in haar conclusie hierbij naar de beschouwingen van Vranken, Tjittes, Scheltema, Giesen en Schutgens. Wij zagen dat de Hoge Raad op de argumenten van die auteurs, noch op het sterke betoog van het OM inhoudelijk is ingegaan en een weerlegging ervan gegeven heeft. Het was dus niet anders dan hetgeen wij daarnet op het gebied van Boek 2 bij de bestuurdersaansprakelijkheid zijn tegengekomen, dat zich over een periode van ongeveer een decennium heeft afgespeeld. Geen dialoog met de doctrine, met gezaghebbende auteurs op dit gebied, waarmee de rechtsontwikkeling en rechtsvorming gediend zou zijn geweest, maar rechtspraak als een vorm van: *Roma locuta*, of *ex cathedra* rechtspraak. Voor de jongere lezer: het gaat hier om een *top-down* beslissing, en niet: *bottom-up*.

Maar laten wij hier niet op een nabeschuiving vooruit lopen. Wij gaan nu eerst na welke (scheids)rechterlijke fouten eigenlijk hier in het geding zijn en of het mogelijk is om een inventarisatie van soorten fouten te kunnen opstellen. Het onderscheiden van typen of categorieën van fouten kan nuttig zijn bij de vaststelling van een eventuele aansprakelijkheid van de arbiter (of rechter).

¹³⁰ Zie de weergave hiervan in de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor *Qnow*, nr. 2.18.2.

5.2. ‘Bedrijfsfouten’, administratieve misslagen

In de literatuur zijn meer realistische voorbeelden ingebracht van ‘*bedrijfsfouten*’ in de zin van de Wrra, zoals net genoemd (het ‘zoekmaken van stukken’). In de opvatting van de Hoge Raad die zich hierbij heeft aangesloten zijn dit fouten in het management van de voorgelegde zaak door de arbiter (rechter), zou men kunnen zeggen. Door schrijvers zijn gevallen genoemd als:

- dossier in trein laten liggen, dat in handen van derden of partijen gekomen is;
- vertraging in de tenuitvoerlegging van een vonnis;
- schending van de verplichting een vonnis tijdig aan partijen toe te zenden;
- schending van de (overeengekomen) verplichting tot deponering een vonnis;
- schending van de geheimhoudingsplicht nà wijzen van een vonnis.¹³¹

In zijn noot onder *Qnow* stelt Vranken vraagtekens bij de volgende gevallen:

- “het niet-bezorgen van ter deponering per post verstuurd vonnissen;
- het niet toevoegen van bepaalde stukken in het dossier (HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/118, *W./Slough Estates Mainland*);
- (andere) apparaatsfouten (HR 25 september 2015, *NJ* 2015/389, *Hamans/Hamans*, en recent HR 19 november 2016, ECLI:NL:HR: 2016:2642, telkens met verdere verwijzingen;
- het hoorbaar voor derden in het openbaar afgeven op de kwaliteit van de advocaten in de zaak;
- twitteren over een zaak” (t.a.p., onder nr. 12).

Tot zover de ‘bedrijfsfouten’, een lijst die met enig gemak uitgebreid kan worden wanneer men de praktijk van organisatie en management van een arbitrageprocedure nader bekijkt. Dan nu de andere fouten.

7.3. ‘Processuele fouten’, niet naar de vorm, maar naar de inhoud. Ook: fouten die grond zijn voor wraking, vernietiging of herstel

Een ander type fouten valt in de categorie ‘*processuele*’ fouten in kader van Greenworld-maatstaf. Dat zijn fouten die het arbitrale besluitvorming naar de inhoud raken, die worden natuurlijk ook gemaakt. In de literatuur werden genoemd:

- schending van de geheimhoudingsplicht vóór wijzen van een vonnis;
- vertragende handelingen, waardoor schending van een redelijke termijn-verplichting plaatsvindt, ex art. 6 EVRM.¹³²

Deze fouten hangen samen met de rechterlijke taak van de arbiter maar zijn geen grond voor vernietiging van het vonnis. Ernste en Meijer noemen dit een derde categorie fouten, waarop Greenworld-maatstaf niet van toepassing zou zijn.

Op deze laatste lijst van fouten zou ik een aanvulling willen geven. Er zijn namelijk nog andere ‘processuele’, inhoudelijke fouten waarvoor rechtsmiddelen open staan die door partijen *niet benut* hoeven te zijn, dat wil zeggen fouten die:

¹³¹ Het eerste voorbeeld werd genoemd door Vranken in zijn noot onder *Qnow*, *NJ* 2017/141, nr. 12, en veel aangehaald door andere schrijvers (een schrikbeeld?). Het laatste voorbeeld is van Ernste en Meijer, *AA* 2017, p.685. Zie ook nog conclusie A-G Rank-Berenschot over deze voorbeelden.

¹³² Aldus Ernste en Meijer, idem.

1. grond voor *wraking* van een arbiter zijn: gebrek aan onafhankelijkheid, onpartijdigheid - contact opnemen met partijen of experts tijdens arbitrage, e.d. (art. 1033 Rv);
2. grond voor *vernietiging* van het vonnis zijn, zoals: zich niet aan de opdracht houden (stellingen onbesproken laten), niet motiveren van de uitspraak (niet op verweren ingaan), in strijd met de openbare orde oordelen (art. 1065 Rv).
3. grond zijn voor *herstel* van een vonnis: rekenfouten, verschrijvingen, e.d. die plaatsgevonden hebben (art. 1060 Rv).

Men zou zich kunnen afvragen waarom er door een partij niet eerder een rechtsmiddel tegen de arbiter of zijn vonnis (*wraking*, *vernietiging* of *herstel*) is ingesteld, en waarom *coulance* getoond zou moeten worden voor een partij die nagelaten heeft om van dat middel gebruik te maken. Geldt hier niet: ‘Al te goed is buurmans gek’? Het antwoord hierop is dat er veel redenen kunnen zijn waarom een partij stilgezeten heeft op dit punt, zonder dat zij daarvoor redelijkerwijze het risico zou hoeven te dragen, dat haar toegerekend zou moeten worden. De termijn voor het rechtsmiddel in kwestie kan verlopen zijn terwijl de gedupeerde partij eerst daarna informatie ter beschikking krijgt die de grond voor *wraking*, *vernietiging* of *herstel* van reken- en schrijffouten vormen.¹³³ Dat kan het gevolg zijn van tegenwerking door de wederpartij of een misverstand dat ontstaan is, waardoor die informatie lange tijd niet (voldoende) toegankelijk is gebleven. De oorzaak kan ook bij het arbitrage-instituut gelegen zijn dat fouten gemaakt heeft en daarbij al of niet op onzorgvuldig gehandeld heeft. De hier door mij genoemde ‘processuele fouten’, in drie onderdelen, vragen om een nadere bespreking.

5.3 Processuele fouten: (1) fout die grond voor *wraking* kan zijn ex art. 1033 Rv

Hierbij volgen enkele voorbeelden hoe dit type fouten in de praktijk kan spelen. *Wraking* van een arbiter is een fenomeen dat een enorme vlucht heeft genomen in de afgelopen jaren, waarbij internationale arbitrages de toon gezet hebben. Wanneer grote zakelijke en financiële belangen geraakt worden, grijpt een verliezende partij graag naar het *wrakings*middel, tijdens de procedure, maar ook wel na afloop ervan. Het is tegenwoordig dus geen uitzonderlijke mogelijkheid meer die partijen ter beschikking staat. Het gaat ook niet om klachten die uitsluitend betrekking hebben op de onbekwaamheid of onpartijdigheid van een arbiter in strikte zin, de verdenking dat dubbel spel gespeeld kan worden. Het is veel meer zo, dat een arbiter tot een advocatenkantoor of een bedrijf behoort en voor zijn benoeming volkomen te goeder trouw is nagegaan of hij in de hem voorgelegde zaak ‘vrij staat’, dat wil zeggen geen zaken ooit heeft gedaan (procedures, adviezen) voor een van de partijen in geschil.¹³⁴ Het kan hierbij ook om een kantoorgenoot van de te benoemen arbiter gaan. Dat lijkt een redelijk eenvoudige opgave voor iemand met een goed geheugen, ondersteund door een betrouwbare administratie, maar dat kan ook fout gaan wanneer het kantoor of bedrijf groot van omvang is. Een bekend euvel is hier dat zo’n bedrijf een of meer fusies achter de rug heeft, soms van

¹³³ De termijnen zijn vrij kort. Voor *wraking*: 4 weken na disclosure of anders na bekend geworden te zijn met de reden voor *wraking* (art. 1035 Rv); voor *vernietiging*: 3 maanden na verzending, deponering of betekening van het vonnis (art. 1064a Rv; vgl. ook art. 1065, lid 7 Rv); voor *herstel*: 3 maanden na verzending vonnis, tenzij anders overeengekomen (art. 1060 Rv).

¹³⁴ Dit is de figuur van *disclosure*, geregeld in art. 1034 Rv: de arbiter doet indien hij “het vermoeden heeft dat hij zou kunnen worden gewraakt” daarvan mededeling aan degene die hem heeft aangezocht, met vermelding van de vermoedelijke redenen tot *wraking*. Na benoeming richt hij die mededeling aan partijen; ook tijdens de arbitrage kan een arbiter zo’n mededeling doen. Een arbiter doet er verstandig aan om niet te toetsen of twijfel aan onafhankelijkheid ‘gerechtvaardigd’ is, maar moet alle mogelijke redenen te melden, “in de huid van een wantrouwende partij kruipend”, zegt Sanders ergens.

geruime tijd geleden. Een spoor kan dan doodgelopen zijn, met gevolg dat groen licht gegeven werd over onafhankelijkheid van de arbiter. Naderhand kan er toch een lijk uit de kast komen, er blijkt dat er in die organisatie wel degelijk zaken gedaan zijn met een partij in de arbitrage door een kantoorgenoot. Bij leken-arbiters, vaak afkomstig uit de accountancy of technische bedrijven, kan hetzelfde probleem zich voordoen.

Een verdere complicatie kan zijn, met betrekking tot de verplichting van een arbiter om een disclosure te doen gedurende de loop van een arbitrage dat in die periode, die vaak vele jaren kan duren, er nieuwe omstandigheden zijn ontstaan die gemeld hadden moeten worden.¹³⁵ Sanders noemt als voorbeelden hiervan dat de arbiter tot de ontdekking komt dat een kantoorgenoot van hem voor één van de partijen als raadsman optreedt (in een andere zaak), of dat de vennootschap waarin de arbiter commissaris is, in één van de partijen een aanzienlijk belang heeft verkregen.¹³⁶ De mogelijkheid van *conflicting interests* kan onverwacht ontstaan, fusies als factor werden eerder al genoemd. Het nalaten van een mededeling kan een arbiter opbreken wanneer later wraking volgt om redenen die hij eerder had kunnen mededelen, de verzwijging kan hem worden aangerekend, schrijft Sanders. Het kan dus zijn dat de informatie hierover pas na wijzen van het vonnis aan het licht gekomen is voor de verliezende partij, en dat biedt haar dan de mogelijkheid voor het aansprakelijk stellen van de arbiter.

Het schenden van de verplichting tot disclosure is een complexe materie met veel grijstinten. Men kan hierbij inspiratie putten uit nationale en internationale lijsten die door beroepsorganisaties opgesteld zijn. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak – de beroepsorganisatie van de Rechterlijke macht – heeft de ‘Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak 2014’ opgesteld, weliswaar niet voor arbiters bedoeld, maar kan toch houvast bieden.¹³⁷ Voor internationale arbitrages, waarbij art. 11 van de ICC Rules of Arbitration (versie 1 maart 2017) de disclosure-verplichting inhoudt, zijn er de IBA-Guidelines (versie 2014). Het doel van die verplichting wordt als volgt omschreven:

“The purpose of disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore further in order to determine whether objectively – that is, from a point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances – there are justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence”.¹³⁸

De *IBA-Guidelines* kennen de ‘Application Lists’ die bestaan uit een Green List, Orange List en Red List (‘Non-Waivable’ en Waivable’ list), met in toenemende mate een verplichting tot disclosure voor een arbiter.

Zie ook nog: EHRM, *Guide on Article 6 of the Convention*, Ch. 3, An impartial tribunal, sub a. Criteria for assessing impartiality, nrs. 217 e.v. (up-date 31.12.2018).

¹³⁵ Over de lange duur van arbitrages gesproken, mijn langste arbitrage duurde 6 jaar, een internationale ICC-arbitrage. Mijn (Zwitserse) voorzitter had toen geen tijd vanwege andere lopende arbitrages. Ik zou als enkelvoudig arbiter (en niet-lijdelijk) de arbitrage in 1 tot 1,5 jaar hebben kunnen doen. De vraag kan gesteld worden of hier niet alleen de voorzitter-arbiter, maar ook het arbitrage-instituut nalatigheid verweten kan worden, de laatste door een voorzitter aan te stellen die kennelijk geen tijd heeft om de arbitrage voortvarend af te handelen. Dit is een veel voorkomend probleem waarover op congressen regelmatig geklaagd wordt door advocaten (“een voorzitter die na zijn benoeming partijen mededeelt het eerst komende jaar geen tijd te hebben”).

¹³⁶ P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer, 4^e dr., 2001, III C 2, p.73. Dat laatste kan natuurlijk ook vice versa het geval zijn.

¹³⁷ Te vinden op: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments, etc.

¹³⁸ Op p. 18, sub 4. Te vinden op: www.ibanet.org/publications, etc. IBA staat voor: International Bar Association, in Londen; ICC voor: International Chamber of Commerce, in Parijs.

Dat probleem van tegenstrijdige belangen is ook aanwezig bij het benoemen van deskundigen, in een bepaalde bedrijfstak is het vaak een kleine wereld, waar veel lijnen kunnen lopen. En hoe groter het bedrijf is dat als partij in een arbitrage betrokken is, hoe meer connecties er kunnen bestaan met de zakelijke, financiële en technische werelden. Men heeft dan bijvoorbeeld meer dan één firma als accountant, of in het verleden gehad, en dat maal twee, want er zijn twee partijen in arbitrage gekomen. Zo heb ik zelf eens als arbiter/voorzitter grote moeite gehad om een onafhankelijke, bekwame accountant te vinden in een arbitrage waarbij bedrijven als ECT, Sealand en (op de achtergrond) Maersk betrokken waren.¹³⁹ Want grote Nederlandse accountantsbedrijven zijn internationaal gelieerd, hetgeen het plaatje nog complexer maakt. Ook kan het gebeuren dat men pas in de loop van een arbitrage ontdekt dat er een moeder-bedrijf uit een ander land betrokken is bij het geschil. In een arbitrage die ik eens deed waarbij het Braziliaanse bedrijf Petrobras partij was, bleek op een hearing ineens dat het Zweedse bedrijf Saab eigenlijk degene was die aan de touwtjes trok in het geschil (de CEO zat in de zaal, en greep in). Van die dingen.

Kortom, in zo'n situatie kan het heel goed gebeuren dat eerst veel later, zowel voor de arbiter die zich bij zijn benoeming als onafhankelijke scheidsman beschikbaar heeft gesteld, als voor een partij die daarop is afgegaan, informatie boven water komt die alles in een heel ander licht kan zetten. Hierbij gaat het, zoals men weet, niet alleen om echte afhankelijkheid en partijdigheid, de schijn ervan is al voldoende, en dat is vaak een minimale relatie die er (ooit) geweest is. Bij de toetsing hiervan zijn Presidenten van rechtbanken geneigd de 'gerechtvaardigde twijfel' heel ruim uit te leggen. Ook ligt, zoals men eveneens zal weten, het door creatieve partijen zoeken naar spijkers op laag water om de hoek, zo niet chicanes die gevoerd worden.¹⁴⁰ De belangen zijn immers groot.

Nog een ander voorbeeld van de eerstgenoemde fout, het contact met partijen dat een arbiter gehad heeft als grond voor wraking, een kwestie die regelmatig voor komt. Ook dit punt zou heel goed pas na het verstrijken van de wrakingstermijn aan het licht kunnen komen. Wij hebben het hier over een merkwaardige fout, want iedere arbiter zal toch wel weten dat dit *not done* is? Dat ligt toch iets ingewikkelder, internationaal wordt hier namelijk verschillend over gedacht, waarbij ook meespeelt dat de praktijk sterker is dan de leer. In sommige landen wordt een arbiter toch vooral gezien als een *partij*-arbiter, iemand die de belangen van de partij die hem benoemd heeft hoort te dienen. Contact over die belangen ligt dan in het verlengde van die zienswijze. Ook binnen een bepaald land kunnen de meningen hierover verschillen. Zo hoorde ik eens van een collega-arbiter uit Groningen dat hij gemerkt had dat in het Noorden van ons land men contacten tussen arbiters en partijen vrij normaal vindt, anders dan in de rest van het land het geval is.

¹³⁹ Ik zocht toen een accountant als toezichthouder in een zgn. *data-room*, een ruimte waar documenten van financieel-commercieel gevoelige aard door een partij aan de wederpartij ter beschikking gesteld worden om ter plekke kennis van te nemen. Indien de laatste de indruk had dat er door de tegenpartij gegevens achtergehouden werden, kon hij dat voorleggen aan de toezichthouder, die dan moet beslissen of dat materiaal alsnog overgelegd moest worden. Dit gebeurde in het kader van een *request for documents* dat gedaan was en dat door de wederpartij geweigerd werd vanwege de vertrouwelijkheid van de gevraagde documenten. Op dat verweer was het instellen van een *data-room* het antwoord van arbiters.

¹⁴⁰ Een arbiter doet er verstandig aan om een wraking heel serieus te nemen; dat werd mij ook door ervaren vrienden geadviseerd toen het mij als arbiter overkwam. In een ICC-arbitrage had mijn optreden in een hearing, het stellen van heel gedetailleerde technisch vragen, wantrouwen opgewekt bij de Oost-Europese partij, als blijk van samenspel met de Nederlandse partij. Voor mijn verweer had ik zo'n 25 blz. uitgetrokken – zelfs mijn grappen uitgelegd die niet begrepen waren, ook al was dat gebruikelijk, zeker in een hearing die een week duurt, aan het eind van lange dagen – even wat dollen met de advocaten. Goed afgelopen, overigens. Het liep wel fout in een kleine, nationale arbitrage waar ik een advocaat in een brief wat raillerend had toegesproken. Die voelde zich bejegend dat hij 'dom zou zijn', en had daarop wraking verkregen van de President van de rechtbank. Het bewijst weer mijn stelling dat "Iedereen altijd gelijk heeft" (afhankelijk uit welke hoek men het bekijkt).

Enkele voorbeelden uit de praktijk. Amerikaanse arbiters zien zich nog al eens als pure partij-arbiter. De botsing met het Oude Europa kwam dat een keer tot uiting op een ICC-congres lang geleden in Parijs, toen een Amerikaan met nadruk het recht op contact met de partijen bepleitte, waarop de ICC-secretaris, Stephen Bond, hem vurig van repliek diende. Verontwaardiging alom. Hoewel, wij kennen het ook in Europa, weet ik uit ervaring, en niet alleen in de voormalige Oost-blok-landen. Van een Belgische collega hoorde ik eens het verhaal dat hij als arbiter-voorzitter met zijn Noorse mede-arbiter telefonisch contact zocht. Diens secretaresse in Oslo melde dat hij niet op kantoor was, vanwege een afspraak bij bedrijf X – dat was een partij in de arbitrage ...

In de wat minder ontwikkelde en autoritair geregeerde landen is partijdigheid en afhankelijkheid van de lokale arbiters eerder regel dan uitzondering. Westerse bedrijven steken er dan ook veel energie in om bij contracten met partijen uit landen in het Midden-Oosten of Azië de arbitrage niet plaatselijk, maar bij een internationaal instituut als de ICC onder te brengen. Een arbitrage ter plaatse betekent meestal een thuiswedstrijd voor de partij uit dat land, met voorspelbare afloop dus.

In een internationale arbitrage blijft het oppassen op dit gebied. Ik heb eens meegemaakt dat de inhoud van een tussenvonnis over bevoegdheid van arbiters door de Egyptische mede-arbiter gelekt werd kort voor het gepubliceerd zou worden, waarop de partijen snel een schikking overeengekomen zijn met het Egyptische overheidsbedrijf. Aldus werd de publicatie van het tussenvonnis voorkomen, dat had namelijk precedentwerking kunnen hebben in een aantal andere zaken die toen in dat land tegen de overheid liepen. Dit gebeurde overigens in de jaren '80. In die zaak was de andere, Amerikaanse arbiter vaak opvallend goed geïnformeerd over de gang van zaken in het land waar het geschil plaats vond. Daar zat ik dan als voorzitter tussen in.

Vreemde gewoonten en gebruiken hoeven niet altijd van juridisch bedenkelijke aard te zijn. Ik herinner mij een anekdote die Piet Sanders mij eens vertelde, van een arbitrage waarbij een Jordaans (of was het Syrisch?) bedrijf als partij betrokken was, in de jaren '80 meen ik. Het arbitrage-panel was klaar met het vonnis waarin de Jordaanse partij in het ongelijk werd gesteld en toen begon de Jordaanse arbiter te piepen: "Daarmee kan ik echt niet thuiskomen, en ik heb nog studerende kinderen!" De mede-arbiters leefden met hem mee en waren behulpzaam om tot een oplossing te komen: gezamenlijk werd een *dissenting opinion* voor de Jordaanse arbiter geschreven – die kon nu met opgeheven hoofd naar huis gaan: hij had er alles aan gedaan om dit vonnis te voorkomen!

Een belangrijke oorzaak van het verschil van opvatting op dit punt is dat een leken-arbiter als niet-jurist soms geen idee heeft van de basisregels van arbitrage, waartoe de gedragslijn behoort dat rechtstreeks contact opnemen met partijen, hun raadslieden of deskundigen uit den boze is. Ik heb dat zelf enkele keren meegemaakt in arbitrages met een ingenieur als mede-arbiter. Toen hij interessante bouw-tekeningen onder ogen kreeg in het dossier, belde hij meteen de expert van een partij op om met hem erover van gedachten te wisselen, en nog meer tekeningen op te vragen, uit professionele gedrevenheid, die wederzijds was. In de wraking die volgde liep dat overigens met een sisser af, met name omdat de partij die wraking ingesteld had daar geen belang bij had. Wel kantje-boord.

Bij dit soort fouten komt ook het Arbitrage-instituut in beeld: in zo'n geval is duidelijk iets fout gegaan met het instrueren van (leken)arbiters, het informatie geven over de basisregels waaraan arbiters zich te houden hebben. Een A4'tje met *Do's and Dont's* voor arbiters zou al voldoende kunnen zijn.¹⁴¹ De verplichting tot het ondertekenen van het vonnis zou daarbij niet mogen ontbreken.

¹⁴¹ Ik heb daar het NAI lang geleden, herhaaldelijk op geattendeerd, na enkele negatieve ervaringen op dit gebied. Enkele jaren geleden kreeg ik bij navraag niet de indruk dat zo'n DD-lijstje er intussen gekomen is.

Het gaat bij die basis-regels niet alleen om puur formele, meer ambtelijke eisen, al kan het op het eerste gezicht zo overkomen. Het verplicht ondertekenen van een vonnis door alle arbiters is een goed voorbeeld daarvan. Het kan er in een arbitrage soms wild aan toegaan, met arbiter-cowboys, dan moet men als mede-arbiter wel opletten hoe de eindtekst van het vonnis (na vele amendementen?) er tenslotte uitziet, het plaatsten van de eigen handtekening is dan een goed ijkpunt. In internationale arbitrages wordt tegenwoordig op elke bladzij van een vonnis een paraaf van alle arbiters gezet, alsof het een partijcontract is - een vorm van georganiseerd wantrouwen.

De handtekening kan ook nog een andere sterke rol spelen: een arbiter kan weigeren om het vonnis te ondertekenen, daarvan wordt dan op het document melding gedaan.¹⁴² Dat gaat natuurlijk om de inhoud of de wijze van totstandkoming van het vonnis die voor zo'n weigerende arbiter niet te verteren was. Dat is niet prettig voor het arbitrage-panel als dat naar buiten komt. Ik heb zelf een keer van dat middel gebruik moeten maken, omdat de gang van zaken echt de spuigaten uitgelopen was. Daarop werd door de overige arbiters ingebonden en kwam alsnog een gezamenlijk vonnis tot stand.¹⁴³ Wanneer het zuiver om de juridische inhoud van het vonnis gaat waarover verschil van inzicht bestaat in het panel, is in internationale arbitrages het schrijven van een *dissenting opinion* door een arbiter met een afwijkende mening de oplossing.

Ik wil hiermee niet de suggestie wekken dat het in de arbitragewereld vaak wild aan toegaat - dat zijn de uitzonderingen - noch dat het in het belendende perceel van de rechterlijke geschilbeslechting altijd pais en vree is. Conflictueuze taferelen komen daar ook voor, al komt dat zelden naar buiten. Maar wanneer men geen vreemde in dit Jeruzalem is, kent men dergelijke verhalen, die zich niet alleen op het niveau van lagere rechters maar ook in de kamers van de Hoge Raad afspelen. Zo ging er in de jaren '70 het verhaal dat er bij de cassatierechter over de problematiek van consumentenrecht een 'veldslag' gaande was (ooit gehoord van een promovendus van een raadsheer in de Hoge Raad die hem dat verteld had; op de afdeling Wetgeving van het ministerie van Justitie was dat overigens toen niet veel anders). Het is een fenomeen dat bij het werken in kleine groepen natuurlijk vaker voorkomt, niet alleen bij arbiters en rechters, ook elders, bij besturen van bedrijven, raden van commissarissen, e.d. Op het rechtsgebied is dit voer voor rechtspsychologen, al in de jaren '70 was in de V.S. een bekend boek getiteld: *The Courts as a small group*. Kortom, het is groepsdynamiek, en dat kan zoals bij alle dynamische zaken, ook een keer uit de hand lopen. Om binnen een college consensus over een vonnis of arrest te bereiken is soms ook enige dynamiek nodig, weinig anders dan in andere gremia het geval is. Ik gaf eens in de jaren '80 een cursus Rechtspsychologie samen met de vice-president van de Rechtbank Rotterdam, mr. Boot, voor de Rechterlijke macht in hun studiecentrum in Zutphen. Deze had in zijn inleiding een aantal praktische aanwijzingen hoe te bewerkstelligen dat er overeenstemming tot stand kwam met een dwarsliggende mede-rechter in het panel. De president van de kamer belt die rechter dan rond borreltijd, dan heeft hij geen zin om nog lang dwars te liggen en geeft dan gemakkelijker toe aan het standpunt van de meerderheid in de kamer. Punt gemaakt. Een andere suggestie was ontleend aan het studentenleven: huisgenoten willen die avond naar de film, en er ligt er één dwars. Maar als hij tenslotte overgehaald is om toch mee te gaan, wat is dan het effect: dan mag *hij* de film uitkiezen waar zij heen zullen gaan. Met andere woorden, als dissenter kun je ook macht uitoefenen. Ook hier weer een wijsheid die op allerlei terreinen gelding heeft, van het opstellen van Jaarstukken tot een Regeerakkoord.

¹⁴² Voor de procedure, zie art. 1057 lid 3 Rv.

¹⁴³ Ik hoorde pas later dat de arbiter waarmee het conflict ontstond in zijn stad bij advocaten bekend stond als iemand 'die in elke zak een mes heeft'. Dat had ik graag eerder gehoord - een gewaarschuwd man telt voor twee. De voorzitter van het panel was overigens een oud-rechtbank president, dan kan het toch nog (bijna) mis gaan.

Dat laatste effect, macht uitoefenen op de uitkomst van de beslissing, ziet wij vaak terug in de weerslag ervan, *in iudicis* is dat het vonnis of arrest dat geschreven moet worden: de minderheidsopvatting komt men dan tegen in de overwegingen waarin de uitspraak neergelegd is. Dat kan zijn voordelen hebben, het is zo eigenlijk een verkapte dissenting opinion of althans een nuancering van het steile oordeel van de meerderheid van de kamer die zo aan de oppervlakte komt. Een even vaak voorkomend nadeel is echter dat de uitspraak, per definitie niet uit één stuk, minder begrijpelijk is geworden of soms zelfs tegenstrijdigheden bevat die niet opgelost werden. Met Cato zeg ik: *Ceterum censeo, dissenting opinion ferendam esse!* (in potjeslatijn: het is betreurenswaardig dat de dissenting opinion in ons recht nog steeds niet is ingevoerd!).¹⁴⁴

De onpartijdigheid en onafhankelijkheid die in het geding kunnen zijn, zoals bij het ongeoorloofd contact opnemen met een van de partijen komt in de rechterlijke macht ook voor, de Westenberg-affaire aan de Haagse rechtbank in de Schiphol-zaak (telefonisch contact tussen rechter en advocaat) werd de laatste jaren in de media breed uitgemeten. Een minder bekend geval in die sfeer dat ik eens meegemaakt heb heeft te maken met de invoering van een vergoeding voor auteursrechten over publicaties die door universiteiten in readers voor het onderwijs gebruikt werden, in de jaren '80. De juridische uitgevers begonnen een kort geding tegen de Erasmus Universiteit, midden in de zomer, toen de docenten met vakantie waren, evenals de president van de Rotterdamse rechtbank (geen detail, want de dienstdoende vice-president was meer een law-and-order type – zo'n rechterskeuze gebeurt vaker). De uitgevers winnen het kort geding, met als *casus belli* een reader uit de Sociale Faculteit waarin een heel boek van 400 blz. was gekopieerd. Rotterdam liep landelijk voorop in het gebruik van readers, vooral in de Juridische Faculteit met zijn tientallen keuzevakken die semi-verplicht waren. Ik had toen zelf met Kluwer een afspraak gemaakt dat wij dat mochten doen, mits wij daarnaast voldoende studieboeken zouden voorschrijven, dus iedereen blij.

Enfin, er komt ineens een afdracht aan uitgevers van 10 cent per bladzijde voor overgenomen publicaties over de vaderlandse faculteiten heen. Korte tijd later heb ik een etentje met een uitgever met de redactie van een serie en ik vroeg hem hoe dat zat met dat kort geding, hoe hadden zij dat aangelegd, hoe tevoren hun kansen geschat? Hij vertelde mij dat zij natuurlijk niet over één nacht ijs gegaan waren, en voor het geval het kort geding verloren zou worden hun kansen in appel onderzocht hadden. Namelijk door een raadsheer in het Hof Den Haag te vragen hoe het hof tegen hun zaak zou aankijken, en dat bleek gunstig te zijn, waarop het kort geding in gang gezet werd. Op mijn verwonderde vraag hoe zij dat contact gekregen hadden kwam het zelfverzekerde antwoord: "Oh, wij hebben overal in de rechterlijke macht onze auteurs zitten!" Zo hoor je nog eens wat.

5.4 Processuele fouten: (2) fout die grond voor vernietiging van het vonnis kan zijn ex art. 1065 Rv, sub *e* juncto *b*: strijd met de openbare orde, samenstelling van het scheidsgerecht

De gronden voor vernietiging die art. 1065 Rv biedt zouden in beginsel binnen de daarvoor gestelde termijn door een partij aan gevoerd moeten kunnen worden, aangezien de informatie daarvoor stevast in het vonnis zelf gelegen zal zijn. Dat geldt in elk geval voor het zich niet aan de opdracht houden door arbiters (sub *c*) en het niet of onvoldoende motiveren van hun beslissing (sub *d*). Maar bij de eerder door mij als derde genoemde grond kan het anders liggen, het in strijd met de *openbare orde* gehandeld hebben (sub *e*). Vroeger stond daar in één adem bij: "in strijd met de goede zeden", maar dat is in onze qua normen vervagende maatschappij geen courant artikel meer gebleken: 'hoezo, goede *Zeden*?'¹⁴⁵ Toch is die

¹⁴⁴ Over de mogelijkheid van het gebruikmaken van een dissenting opinion - door de wetgever niet verboden, hij zwijgt erover in art. 1057 Rv - zie Sanders, t.a.p., V C 2, p.138 e.v. Zie ook, recentelijk: Peter Ingelse, "Afwijkende opvattingen", in: *Motiveren. Over het motiveren van rechterlijke uitspraken*, Marion Beckers e.a., Red., Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2017, *Prinsengrachtreeks*, p.83 e.v..

¹⁴⁵ Een belangrijk terrein van toepassing van de openbare orde-toets van art. 1065 is de schending van het recht op gelijke behandeling van partijen en van de fundamentele beginselen van procesrecht, waaronder het recht van

figuur niet geheel van het toneel verdwenen. Het gaat bij lid 1 sub *e* van art. 1065 namelijk niet alleen om de inhoud van het arbitrale vonnis maar ook om “de wijze waarop dit tot stand kwam” en dat biedt meer mogelijkheden. Er is allereerst een samenhang met sub *b*, het scheidsgerecht dat “in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld”. Daarbij komen de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters en de daar bijgevoerde procedure aan de orde, met name het verzuim van een arbiter om *disclosure* te plegen, mededeling te doen van mogelijke tegenstrijdige belangen aan zijn kant, breed opgevat. Een dergelijke nalatigheid kan zoals wij zagen niet alleen voorafgaand aan de benoeming als arbiter spelen, maar ook tijdens de duur van de arbitrage, en dat kan een lange duur zijn. Voor ons onderwerp is hier van belang dat een partij pas na het verstrijken van de vernietigingstermijn (3 maanden) de informatie ter beschikking gekregen kan hebben die als grond voor zijn actie kan dienen.

Sanders behandelt deze figuur en stelt dat in zo’n situatie een partij een vordering tot vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde kan instellen.¹⁴⁶ Hij beroept zich daarbij op een arrest van 1994, *Nordström/Nicogo*, waarin de Hoge Raad het volgende overwogen heeft:

“Nadat het arbitrale vonnis is gewezen, is wraking of verschoning niet meer mogelijk. In de dan ontstane situatie, waarin partijen de arbitrale procedure ten einde hebben gevoerd en arbiters hun opdracht hebben voltooid, moet mede gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging, bij de beantwoording van de vraag of het arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde een *strengere maatstaf* worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschoning.

Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel onafhankelijk was, hetzij omtrent die toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.”¹⁴⁷

De klacht van twijfel over onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter werd in casu onvoldoende zwaar gevonden, hij had voor en na aanvang van de arbitrage als advocaat gewerkt voor een grootaandeelhouder van de tegenpartij. Sanders merkt nog op, dat men deze ‘strengere maatstaf’ in het kader van de openbare orde-toets die de Hoge Raad hier aangelegd heeft, moet plaatsen naast de heel lichte maatstaf die de rechtbank-president pleegt te hanteren bij zijn toetsing in een wrakingsactie. De toets van de cassatierechter doet hier denken aan de marginale toetsing van een bindend advies door de rechter.¹⁴⁸

hoor en wederhoor. Arbiters hebben grote vrijheid bij het toelaten van bewijsmiddelen en de waardering van bewijs aangezien zij niet gebonden zijn aan de voor de rechter geldende algemene bepalingen van bewijsrecht (art. 1039 Rv, vgl. HR 24 april 2009, *NJ* 2010/171, *International Military Services/Iran*).

¹⁴⁶ T.a.p., III D 5, p.79 e.v., met verdere literatuur over dit arrest.

¹⁴⁷ HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765, m.nt. Sniijders; *TvA* 1994, p.187, *Nordström/Nicogo*, mijn *cursief*. Eiser in cassatie heeft een klacht ingediend bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, eveneens zonder succes: ECRM 27 november 1996, *NJ* 1997/505. *Nordström/Nederland*.

¹⁴⁸ Een recent arrest over deze materie is HR 15 juni 2018, *NJ* 2018/278, *Bursa/Güris c.s.*, met heel instructieve conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:263. Zie aldaar voor een gecompliceerd geval van mogelijke twijfel aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een arbiter, gekenmerkt door langdurig tijdsverloop met verschillende arbitrages en advieswerk door de arbiter in kwestie uitgevoerd voor een partij in de arbitrage of aan haar gelieerde ondernemingen. In casu werd door de feitelijke rechter in dit kader sprake geacht van onvoldoende ernstige twijfel.

De in dit kader optredende figuur van onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter kan ook in de *persoonlijke sfeer* liggen, betrekking hebben op het bestaan van een relatie tot personen van partijen of hun raadslieden. Uit de wat oudere rechtspraak zijn hier veel voorbeelden van, die naar huidige maatstaven soms verbazing oproepen. Sanders geeft daar een overzicht van, waaruit ik enkele sprekende gevallen licht. Een rabbi, optredend als enig arbiter, die een oud-leraar van de raadsman van een partij geweest was waarmee nog steeds een leraar-leerling band bestond, en die bovendien zijn schoonzoon was. In een bouw-arbitrage, een arbiter wiens zuster getrouwd was met de opzichter van de aannemer die het werk uitvoerde.¹⁴⁹ Deze voorbeelden kunnen met enig gemak uitgebreid worden, op een schaal met twee uitersten. Een dergelijk schaal zou ook bij advocatenkantoren en bedrijven gehanteerd kunnen worden, waarbij verre en nauwe banden in de werksfeer relevant kunnen zijn. Daarnaast zal tijdsfactor hierbij een rol kunnen spelen.

Bij de familiebanden lijkt een schoonzoon (-dochter) een geheide grond voor wraking, maar geldt dat ook altijd voor de ex? Een opmerkelijk geval hoorde ik eens van een bevriende Engelse arbiter, die peetoom was van een kind van een advocaat in een arbitrage. Hij liep erover te twifelen, en besloot het aan zijn voorzitter van het panel voor te leggen, die zag er geen probleem in. Zou dat waterdicht geweest zijn? De verantwoordelijkheid was in elk geval (ook) bij de voorzitter gelegd aan wie opening van zaken gegeven was door de bezwaarde arbiter.

Het kan ook zijn dat er inderdaad van een nauw verband sprake is tussen arbiter en partijen maar dat dit niet bezwaarlijk geacht wordt bij toetsing door de rechter. Sanders geeft een voorbeeld van de afkomst uit een ‘kleine wereld’ die wel door de beugel kan bij benoeming van arbiters. In het geval beslist in 1988 ging het om twee leden van de Arbitragecommissie van ‘De Haagse Comedie’, waarbij de President overwoog, het verzoek tot wraking afwijzend: “dat de Nederlandse toneelwereld sinds jaar en dag een betrekkelijk klein aantal mensen omvat die (dan ook) goed met elkaar bekend zijn.”¹⁵⁰ In een noot heeft Sanders dat als een geval van ‘ons kent ons’ gekarakteriseerd waarmee te leven valt.

5.5 Vervolg fout (2). Enkele resterende vernietigingsgronden van art. 1065: ontbreken van een overeenkomst tot arbitrage (sub a) en motiveringsplicht (sub d). Nannini (2004)

Er zijn nog enkele andere vernietigingsgronden van art. 1065 Rv die hier onze aandacht vragen. Allereerst het in lid 1 sub a genoemde *ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage* - de inzet van *Greenworld*, zoals wij eerder zagen. En wel de situatie dat er nieuwe feitelijke of juridische stellingen ontstaan zijn, niet na afloop van een voor de vernietigingsprocedure gestelde termijn, maar binnen die termijn. Dat wil zeggen, zonder dat die stellingen tijdens de arbitrage, op het door de wet gestelde moment naar voren gebracht waren: het beroep op onbevoegdheid van arbiters moet immers vóór alle weren gedaan worden. Te laat is (ook hier) niet altijd te altijd, naar het oordeel van de Hoge Raad in het arrest van 27 maart 2009.¹⁵¹ Tijdens de arbitrageprocedure kunnen zich namelijk nieuwe feiten of juridische gezichtspunten voorgedaan hebben die een rechtvaardiging kunnen zijn om een partij een beroep op een dergelijk novum toe te staan in de vernietigingsprocedure nadat het vonnis gewezen is. Het gaat hier om het concrete geval, overweegt de Hoge Raad, waarbij in het kader van de eisen van een goede procesorde onder meer van belang kan zijn

¹⁴⁹ Resp.: Pres. Rb. Amsterdam 29 december 1988, *TvA* 1989, p.103; Hof Arnhem 16 december 1997, *BR* 1998, p.412, m.nt. Stein. Zie: Sanders, t.a.p., III C 3, p.74.

¹⁵⁰ Pres. Rb. Amsterdam 3 juni 1988, *TvA* 1989, p.103; Sanders, t.a.p., p.74. Zie ook, voor de complexe situatie in de Turkse bouwwereld: HR 15 juni 2018, *NJ* 2018/278, *Bursa/Güris*, hiervoor aangehaald.

¹⁵¹ HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170, m.nt. Snijders, *Smit Bloembollen c.s./Ruwa Bulbs*. In casu werd het bestaan van een bepaalde overeenkomst waarop het aanvankelijke verweer gegrond was, door arbiters afgewezen, en de bevoegdheid vervolgens op een ‘koopbriefje’ gebaseerd.

“in welke mate de nieuwe stellingen aansluiten bij de eerdere (in het arbitraal geding ingenomen) stellingen, wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stellingen, en of de desbetreffende partij in het arbitraal geding al dan niet werd bijgestaan door een advocaat” (rov. 3.4.2, in fine). Deze maatstaven hebben een algemeen karakter en zijn daarom het vermelden hier waard.

Dan is er nog een andere vernietigingsgrond, het in art. 1065 lid sub *d* naast het ‘niet ondertekenen van het vonnis’ genoemde ‘niet met redenen omkleed zijn’ van het vonnis, de motiveringsplicht dus.¹⁵² Normaal gesproken zal deze in grond van vernietiging aanleiding voor een vernietigingsactie gevonden kunnen worden binnen de daarvoor door de wet gestelde termijn van 3 maanden. Het valt immers moeilijk in te zien dat eerst na verstrijken van die termijn voor een partij een motiveringsgebrek aan het licht gekomen is – al legt, als eerder gezegd, de fantasie het vaak af tegen de werkelijkheid, een fenomeen dat behalve weerbarstig, vaak ook grillig kan zijn. Maar waar het mij hier om te doen is, is te noteren dat hier sprake is van een situatie vergelijkbaar met die in *Qnow*, dat het schenden van de ondertekeningplicht een aansprakelijkheid van een arbiter uit onrechtmatige daad doet ontstaan, de motiveringsplicht kan immers ook geschonden worden. Die vraagstelling brengt ons op een onderwerp dat veel pennen in beweging heeft gezet, vooral in verband met de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof, waardoor de oude leer van de Hoge Raad op dit punt in een kritisch licht gesteld werd, waarop – via *Benetton* (2000) – met het arrest *Nannini* uit 2004 een nieuw baken opgericht werd, een ontwikkeling die nog niet afgesloten is. Hieronder wordt daarop ingegaan vanwege het belang van deze materie voor ons onderwerp.

Deze klacht over een ontbrekende (of onvoldoende) motivering mist de eenvoud van de nevenklacht over een ontbrekende ondertekening van het vonnis: dat staat er of staat er niet. Bij motivering is het een geheel andere chose, er staat wel altijd wat over de gronden voor de beslissing maar de vraag is, of dat voldoende is qua motivering.¹⁵³ Hoever moet een arbiter (of rechter) eigenlijk gaan, in het uitleggen van zijn redenen om tot het resultaat te komen zoals in het vonnis neergelegd? En loopt de jurisprudentie van de Hoge Raad wel in de pas met die van het EHRM in het licht van *fair trial*, art. 6 EVRM? Al met al een materie waarover het laatste woord nog niet gezegd is.

Alvorens de meer recente ontwikkeling in de jurisprudentie van de Hoge Raad en de doctrine te belichten, geef ik eerst een overzicht van de stand van zaken op dit terrein van voor de eeuwwisseling, te beginnen met de motiveringseis in de rechterlijke procedure. Een goede leidsman is hier Smits in zijn Rotterdams proefschrift uit 1996.¹⁵⁴ Hij haalt het arrest HR 7 april 1995, *N/Mobius*, aan, waarin de Hoge Raad de motiveringsplicht voor verzoekschriftprocedures aangenomen heeft.¹⁵⁵ Daar ging het om een verweer dat gevoerd werd door een failliet, dat relevant en gemotiveerd was, maar hij niettemin failliet verklaard werd. De failliet moet met een redelijke mate van zekerheid uit het vonnis kunnen opmaken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de uitspraak van het EHRM in *Ruiz Torija/Spanje* (1994) en het eigen arrest van 4 juni 1993.¹⁵⁶ De cassatierechter komt tot de conclusie dat art. 6 EVRM

¹⁵² Een dergelijke klacht kan ook op grond van art. 1064 lid 1 sub *e*, de openbare orde, gebracht worden.

¹⁵³ Wij aanvaarden in ons recht eigenlijk geen ongemotiveerd vonnis, zoals in het buitenland wel voor komt, ook al stelt art. 1057 lid 5, sub *c* dat partijen schriftelijk kunnen overeenkomen dat geen gronden voor een beslissing hoeven te worden gegeven. Zie hierover: Sanders, t.a.p., V B4 c, p.137.

¹⁵⁴ P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam 1996, p. 127 e.v.

¹⁵⁵ HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, m.nt. Alkema, *N/Mobius*. Smits, t.a.p., p.130, nt. 182.

¹⁵⁶ EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-a; zie: Lawson, *TvA* 1996, p.165, die ook nog wijst op *Balani/Spanje* (9 december 1994; *NJ* 1997, 20, m.nt. Alkema onder nr. 21, in dezelfde zin) en een artikel van Brenninkmeijer, *NJB* 1995, p.520 v.

geschonden is indien de rechter geheel heeft nagelaten om op bepaalde argumenten van klagers in te gaan.

Smits vat de leer van de Hoge Raad inzake motivering als volgt samen, gebruik makend van beschouwingen van Korthals Altes en Asser.¹⁵⁷ Als hoofdmotieven ziet hij:

1. De rechter mag essentiële stellingen niet onbesproken laten, doch hoeft anderzijds niet op al het door partijen aangedragene in te gaan indien dat niet van direct belang is voor de beslissing (dat laatste is overigens ook neergelegd in het *Van de Hurk*-arrest, EHRM 1982).
2. De aard van de beslissing is van invloed op de motiveringsplicht: de motiveringseisen zijn zwaarder naar mate de beslissing ingrijpender is voor (een der) partijen.
3. Een belangrijke factor voor een gedifferentieerde motiveringsplicht is de stand van de discussie in literatuur en rechtspraak (aldus ook: Vranken).

In de rechtspraak had de Hoge Raad al sinds 1977 drie categorieën motiveringsgebreken onderscheiden:

- de onbegrijpelijke motivering;
- het verzuim om essentiële stellingen van partijen te behandelen;
- de kennelijke vergissing bij de vaststelling van feiten.

Interessant is nog dat Smits het niet ingaan op stellingen van een partij door arbiters in het vonnis onder strijdigheid met het beginsel van hoor en wederhoor brengt, in navolging van Asser, hetgeen strijd met de *openbare orde* oplevert (art. 1065 lid 1, sub *e* Rv).

Dan nu een overzicht van de situatie bij de toetsing van arbitrale vonnissen op het deugdelijke gehalte van de motivering van de uitspraak.¹⁵⁸ In de tijd die Smits beschreef had Sanders ten aanzien van arbitrale vonnissen het standpunt ingenomen dat alleen indien motivering *geheel* ontbreekt, vernietiging open staat. Dat gebeurde in de eerste drukken van zijn boek *Het nieuwe arbitragerecht*, gehandhaafd in de 4^e druk van 2001, met vermelding van de groeiende kritiek in de literatuur op de leer van de Hoge Raad.¹⁵⁹ Tot de tegenstanders van die opvatting, later ook wel de ‘leer-Sanders’ genoemd, behoort van het eerste uur Snijders, daarin gevolgd door Meijer.¹⁶⁰ Snijders stelt in 1988: “Conform uitspraken van de Hoge Raad inzake motiveringseisen voor uitspraken van de overheidsrechter meen ik dat *een ondeugdelijke motivering au fond geen motivering is*” (mijn cursief). En: “Ik hoop, dat die overheidsrechter een apert ontoereikende tegenstrijdige of anderszins onbegrijpelijke motivering van een Nederlands arbitraal vonnis, welke van substantiële betekenis kan zijn voor de uiteindelijke beslissing, niet zal accepteren”.¹⁶¹ Met de kwalificatie ‘onbegrijpelijk’ sluit Snijders aan bij de opvatting van Hardenberg die van invloed is geweest bij de arbitragewetgeving in de jaren ’80 en opgemerkt heeft dat een motivering dwingend moet zijn, “in die zin dat uit haar de beslissing logisch en begrijpelijk voortvloeit: een onbegrijpelijk vonnis kan niet geacht

¹⁵⁷ T.a.p., p.130.

¹⁵⁸ Zie voor een uitvoerige bespreking van de ontwikkeling op dit gebied ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 22 december 2006, NJ 2008/4, m.nt. Snijders, *Kers/Rijppma* (asbestschade), ECLI:NJ:PHR:2996:AZ1593, nrs. 2.6-2.43.

¹⁵⁹ 1^e druk 1987, Deventer: Kluwer; de 2^e druk verscheen in 1991. De 4^e druk, met een nieuwe titel, is uit 2001 en werd eerder aangehaald, zie daar op p.136 e.v..

¹⁶⁰ H.J. Snijders: *Arbitragerecht*, 1988, p.15 (idem, 2^e dr. 1992); noot NJ 2000/508, *Benetton*; G.J. Meijer, *TCR* 2000, p.92.

¹⁶¹ T.a.p., p.17, met verwijzing naar, in zelfde zin: Stein, Heemskerk, en Hardenberg.

worden de gronden in te houden waarop het berust”.¹⁶² Wij zullen hieronder nog zien dat dit element in de jurisprudentie van het EHRM over art. 6 EVRM een centrale plaats inneemt, anders dan in onze recente rechtspraak het geval is.

De Hoge Raad koos in 2000 met het *Benetton*-arrest voor het standpunt van Sanders, als volgt:

"Onderdeel 2 richt motiveringsklachten tegen rov. 9.2 en 9.3, waarin het Hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zijn door het Hof vermelde oordelen van voldoende motivering heeft voorzien. Volgens art. 1065 lid 1, aanhef en onder *d*, Rv. kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed. Vernietiging op deze grond is *slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt*, en is dus *niet mogelijk in gevallen van ondeugdelijke motivering*. Aan de rechter komt niet de bevoegdheid toe om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. Hierop stuiten de klachten af, nu het Hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zijn oordelen heeft gemotiveerd. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.”¹⁶³

Snijders spreekt in zijn noot uit dat hij nog ‘enige hoop [heeft] dat de Hoge Raad arbitrale vonnissen vernietigbaar acht als zij *apert ondeugdelijk* zijn gemotiveerd’. In deze zin overigens ook A-G Bakels in zijn conclusie voor *Benetton*, die daarvoor bijval in de literatuur gekregen heeft. In zijn conclusie noemt Bakels enkele medestanders van Snijders.¹⁶⁴ De formulering van Bakels luidt:

‘In dit licht zou ik onder het ontbreken van een motivering willen verstaan een motivering die zó gebrekkig is, dat zij naar informatief gehalte en overtuigingskracht, met een geheel ontbrekende motivering op één lijn is te stellen’ (nr 3.18, in fine).

A-G Bakels kreeg de Hoge Raad niet mee in deze visie, enkele jaren later keerde echter het tij. In een arrest van 17 januari 2003 had de Hoge Raad nog overwogen dat vanwege het effectief functioneren van de arbitrale rechtspleging “de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen”, er mocht geen sprake zijn van een verkapte vorm van appel.¹⁶⁵ Maar dat werd anders met het arrest van 9 januari 2004, *Nannini*, dat veel weg had van een omgaan door de cassatierechter.¹⁶⁶ De Hoge Raad overweegt daarin, eerst met betrekking tot *Benetton*:

‘Dit oordeel behoeft nadere precisering aldus, dat met het ontbreken van een motivering op één lijn te gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat *daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt*’. [mijn cursief].

Bij de toepassing van het nieuwe criterium, later ook wel de ‘leer-Snijders’ genoemd, op de zaak van *Nannini* gaat de Hoge Raad vrij ver. De vraag was hier of het verweer van SFT Bank

¹⁶² L. Hardenberg, “De overeenkomst van arbitrage. Enige kanttekeningen bij de ontwerp-arbitragewet”, *NJB* 1985, p.520.

¹⁶³ HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/508, m.nt. Snijders, *Benetton/Eco Swiss en Bulova*, mijn cursief.

¹⁶⁴ Snijders/Ynzonides/Meijer, *Arbitragerecht*, 1997, p.329; De Ly, *TvA* 1997, p.85, en verder nog Hardenberg en Van Bavel.

¹⁶⁵ HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384, m.nt. Snijders, *IMS – Iran*.

¹⁶⁶ HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190, m.nt. Snijders; *TvA* 2004, 47, m.nt. De Ly, *Nannini – SFT Bank*.

dat er geen sprake was van causaal verband bij het ontstaan van de schade door arbiters voldoende gemotiveerd behandeld was. Het scheidsgerecht had òf niet geoordeeld over het causaliteitsverweer, òf dat verweer “wel, maar impliciet behandeld en verworpen”, waarbij was uitgegaan van een bepaald vonnis waarin zou vaststaan dat causaal verband aanwezig was, terwijl onbestreden vaststond dat dit vonnis niets daaromtrent inhield. Het ging, aldus de Hoge Raad, om:

‘een bezien van een in het geheel van de rechtsstrijd tussen partijen wezenlijke kwestie, waarover arbiters een gemotiveerde beslissing dienden te geven. Arbiters hebben voor hun bevestigende antwoord op de vraag een motivering gegeven. In aanmerking genomen dat deze *in haar geheel berust op een uitgangspunt dat, naar ’s hofs in cassatie tevergeefs bestreden oordeel, iedere grond mist*, heeft het hof echter terecht geoordeeld dat de vereiste motivering ontbreekt’. [mijn cursief]

In zijn noot onder *Nannini* geeft Snijders andermaal blijk van zijn visie op de motiveringstoets. De lagere rechter was de Hoge Raad overigens al voorgegaan, stelt hij; “rechterlijke toetsing van arbitrale beslissingen aan de motiveringseis bij aanwezigheid van enige, hoe knullig ook gemotiveerde motivering is niet uit den boze”. “Zelf meen ik dat de arbitrage juist gebaat is met enige, zij het beperkte motiveringscontrole. De ruimte die ons recht aan arbitrage geeft, is afhankelijk van haar kwaliteitsniveau en dat vraagt om bewaking.” Het gaat om arbitrage als vorm van rechtspraak “waarvoor wettelijke kwaliteitswaarborgen dienen te bestaan”. De strekking van het door de Hoge Raad (en eerder A-G Bakels) aangelegde criterium is: “slechts een motivering die zo zwak is dat zij met non-motivering gelijk gesteld dient te worden, vormt een grond voor vernietiging”.¹⁶⁷

W. ten Cate (kantonrechter Den Haag) is ook voorstander van de lijn-Snijders op dit punt; hij ziet de norm van het *Nannini*-arrest als “een algemene regel”, die “een grotere reikwijdte heeft dan de *Nannini*-zaak zelf”; “apert onjuiste motiveringen moeten nu eenmaal – hoe dan ook – bestreden kunnen worden”.¹⁶⁸

Snijders had indertijd ook een beroep gedaan op art. 31, lid 2 UNCITRAL Model Law, dat spreekt van: ‘the award shall *state the reasons upon which it is based*’ (t.a.p., 1988, p.16). Opmerkelijk is dat in diezelfde tijd de minister in de Tweede Kamer ook bij dat artikel steun gezocht had om een amendement tegen te houden dat in geest van de opvatting van Snijders gesteld was.

Sanders had overigens in dat verband gewezen op het arrest van Supreme Court of Quebec van 16 april 1987: “The Court held that reasons must be ‘appropriate, relevant and comprehensible’. In order to make such a determination, the whole of the award must be examined.” (*The Work of Uncitral on Arbitration and Conciliation*, 2e dr. 2004, p.124).

In deze tijd werd ook al gedacht aan de werking van art. 6 EVRM waardoor eisen aan motivering worden gesteld; het werd onwaarschijnlijk geacht dat arbitrale vonnissen daarbuiten zouden vallen. Over art. 6 EVRM en arbitrage schreef Snijders in zijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van 1995, op p.72 v.; vgl. ook *TvA* 1997, p.29. In dezelfde zin: Lawson, *TvA* 1997, p.28. Zie ook de conclusie A-G Huydecoper voor HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190, m.nt. Snijders, *Nannini*.

¹⁶⁷ Zie de noot, sub nrs 4 en 5, met verwijzing naar Losbl. bundel *Burg. Rv.* (H.J. Snijders), art. 1057, aant. 5. Zie ook in dit verband zijn bijdrage aan de Vergadering Ver.v. Bouwrecht van 1995, *BR* 1996, pp. 293 e.v.; 297 e.v.

¹⁶⁸ *TvA* 2005, p.55; dit n.a.v. het voorstel van De Ly om dat via de openbare orde-norm te doen, zoals in Zweden gebeurt. Dat is ook het stelsel van de UNCITRAL Model Law, art. 34 lid 2, *b ii*, waarin *public policy* in de Explanatory Note omschreven wordt als: “serious departures from fundamental notions of procedural justice” en waarbij het gaat om: “fundamental principles of law, without differentiation between substantive and procedural law”.

In diezelfde tijd verscheen het eerder genoemde proefschrift van P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, diss. Rotterdam 1996. Zie in dit verband ook: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, diss. Nijmegen 2004.

Een voorbeeld van die lagere rechtspraak waar Snijders op wees, als vooruitlopend op *Nannini*, is een Utrechts vonnis uit 2001, door Asser van een noot voorzien die ook dateert van vòòr het omgaan van de Hoge Raad in dat arrest van 2004.¹⁶⁹ Het vonnis verdient bespreking als een instructief geval.

Arbiters hadden de stelling van eiser verworpen dat er bij koop van aandelen uit een aantal BV's sprake was geweest van wanprestatie of bedrog en hadden de daarop gebaseerde vordering afgewezen. In het vonnis werd de waarde van de aandelen vastgesteld op f 220.000 per 1 januari 2000 en werd bepaald dat verweerder J. aan eiser V. een bedrag van f 110.000 moest betalen.

Eiser V. vordert vernietiging van het vonnis aangezien het op verschillende punten niet met redenen omkleed is en krijgt daarin de rechtbank mee. Arbiters hadden overwogen dat partijen zich door deskundigen hadden doen bijstaan bij de onderhandelingen (externe accountants), maar de rechtbank oordeelt dat "dit de mogelijkheid openlaat dat J. ten aanzien van die overeenkomst wanprestatie en/of bedrog heeft gepleegd zoals door V. gesteld". De rechtbank vervolgt:

"Hetzelfde geldt voor de overweging van de arbiters dat partijen bij hun onderhandelingen 'voldoende mogelijkheden hebben gehad om zich van die informatie te voorzien die iedere partij noodzakelijk achtte'. Het een noch het ander sluit immers uit dat J. jegens V. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst en aldus 'wanprestatie' heeft begaan, dan wel voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst opzettelijk een of meer onjuiste mededelingen heeft gedaan of opzettelijk feiten heeft verzwegen of zich heeft bediend van enige andere kunstgreep en V. aldus door 'bedrog' heeft bewogen tot het aangaan van de overeenkomst."

De rechtbank concludeert dan dat hetgeen in het arbitrale vonnis overwogen is in verband met de verwerping van de stelling van eiser (inzake wanprestatie/bedrog) "geen motivering van die beslissing inhoudt". "Nu de gronden daarvan ook anderszins niet kenbaar zijn uit het arbitraal vonnis, is de desbetreffende beslissing derhalve niet met redenen omkleed als door de wet vereist". De rechtbank komt tot eenzelfde conclusie met betrekking tot de vaststelling van de waarde van de aandelen en de omvang van de betalingsverplichting van J.

In zijn noot is Asser verdeeld in zijn beoordeling van het vonnis, daarbij nog geleid door het *Benetton*-arrest, van voor *Nannini*. Hij erkent dat het vonnis "in een bepaalde traditie van motiveringscontrole door de overheidsrechter staat" (die afweek van de visie van de Hoge Raad in die tijd). Asser is voorstander van 'enige controle' door de rechter en stelt voorop dat "arbiters zich behoren in te spannen om hun beslissing zodanig te motiveren dat die motivering, naar het voor de overheidsrechtspraak ontwikkelde criterium, voldoende inzicht geeft in de aan de beslissing ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar te maken" [...] "De Hoge Raad noemt dit nota

¹⁶⁹ Rb. Utrecht 21 nov. 2001, *TvA* 2002, p.82, m.nt. Asser (mr. Cortenraad). Vgl. ook, in dezelfde zin: Rb. Utrecht 16 oktober 2002, *TvA* 2004/15, m.nt. Ten Cate, vernietiging wanneer motivering ontbreekt of "als hoogst ondeugdelijk moet worden aangemerkt".

bene een ‘grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging’ en dan valt niet in te zien waarom dit niet ook zou gelden voor arbitrale vonnissen.”¹⁷⁰

Asser wijst erop dat zelfs wanneer de rechter grote waarderings- en beoordelingsvrijheid heeft bij zijn beslissing hij toch de verplichting heeft om zijn beslissing “te motiveren, om inzicht te verschaffen, om te verantwoorden. Wij nemen zelfs daar geen genoeg meer met apodicta”. Hij vervolgt dan:

“En ik zou zelfs menen dat die ontwikkeling ook voor arbiters zou moeten gelden, temeer daar zij een nog veel directere verantwoordelijkheid hebben voor de deugdelijkheid van hun werk ten opzichte van de partijen die hen hebben aangesteld. Maar daarmee is nog geen definitief antwoord gegeven op de vraag wat de grenzen moeten zijn van de controle daarop door de overheidsrechter.”

Goed gesproken, maar tegelijk wordt ook aangegeven welke obstakels er nog op de weg liggen om tot een zinnige toetsing van motivering van arbitrale uitspraken te komen – met een voorspellende blik. Dat gaan wij nu nader bezien.

5.6 Het vervolg op *Nannini* (2004) als standaard arrest: *Kers/Rijpma* (2006), een *misleading case*

Hoe is het nu verder gegaan met dit onderwerp, na het nieuwe baken dat in 2004 met *Nannini* werd geplaatst? Is het een helder licht gebleken, het nieuwe criterium van het ontbreken van ‘een steekhoudende verklaring’? Het werd bij de herziening van de Arbitragewet in 2015 niet overgenomen in enigerlei vorm, tot spijt van Van Mierlo.¹⁷¹ Het beeld van de jurisprudentie van de afgelopen jaren is niet helder, meer een tableau met enige tinten grijs. De Hoge Raad heeft volstaan met het herhalen van de in 2004 met *Nannini* gegeven correctie (‘precisering’) op *Benetton* en gaf geen blijk van een soepele uitleg van het nieuwe criterium, althans een hof dat meende op grond van *Nannini* een arbitraal vonnis te kunnen vernietigen werden terug gefloten en tot de orde geroepen: van een ‘volle toetsing’ mocht geen sprake zijn, er mag geen vorm van ‘verkapt appel’ plaatsvinden. Aldus het arrest van 22 december 2006, *Kers/Rijpma*, dat door veel hoven daarna als richtsnoer genomen lijkt te worden, in een observatie van Klomp.¹⁷² Daarmee werd de leer-Sanders min of meer gerestaureerd. Interessant is dat de tijd van vóór *Nannini* teruggekeerd lijkt te zijn in die zin dat er ook lagere rechters zijn dat arrest uitleggen als een bevestiging van de ruime opvatting, de leer-Snijders dus.¹⁷³ Dat vraagt om een nadere analyse.

In *Nannini* geeft de Hoge Raad bij de norm van het voldoende ‘steekhoudend’ zijn van de motivering bij nader inzien ook een begrenzing aan: namelijk dat het arbitraal vonnis een motivering heeft die “in haar geheel berust op een uitgangspunt waarvan [door het hof] is vastgesteld dat deze iedere grond mist” (mijn *cursief*). Dat kan dus inhouden dat, wanneer arbiters in hun motivering een groot aantal argumenten als gronden aanvoert waarvan er één (of wellicht twee) niet deugen, want aantoonbaar een uitgangspunt hebben dat op niets gebaseerd is (‘iedere grond mist’), dat nog niet wil zeggen dat een klacht wegens een

¹⁷⁰ Asser verwijst daarbij naar: HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, *Vredo/Veenhuis*; HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21, *N/Mobius* en HR 16 okt. 1998, *NJ* 1999, 7.

¹⁷¹ A.I.M. van Mierlo, *TvA* 2005, p.113..

¹⁷² HR 22 december 2006, *NJ* 2008/4, m.nt. Snijders, inzake asbestschade. Voor een goed overzicht van de stand van zaken op dit gebied, zie: R. Klomp, “Niet met redenen omkleed: de vernietiging van arbitrale vonnissen”, in: *Motiveren. Over het motiveren van rechterlijke uitspraken*. Bundel ter gelegenheid van het afscheid van mr. Gemme van der Reep als senior raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam, Nijmegen 2017. Ook geplaatst op CPO Nijmegen blog, 7 juni 2018.

¹⁷³ Klomp, t.a.p., 2017, wijst - na een summier onderzoek - op: Rb. Amsterdam, 7 december 2011, *Ballast Nedam/Bauunternehmung*, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV3821.

motiveringsgebrek kan slagen. Dat zal afhangen van de zwaarte van de gebrekkige onderdelen in de motivering, in relatie tot de overige onderdelen waarover niet geklaagd wordt. Dat is niet enkel een numeriek gegeven, maar ook een kwestie van soortelijk gewicht. Twee arresten om deze stelling te illustreren, dat van het Hof Den Haag 10 mei 2016, *Minera Santa Fe/Qisheng Resources*, en het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 december 2006, *Kers/Rijpma*, inzake de asbestschade, in beide werd de motiveringsklacht afgewezen.¹⁷⁴

In de eerste zaak ging het voor de waardebepaling van erts om het feit of die erts in China toen verhandelbaar was of niet, waaraan de arbiter in zijn vonnis de overwegingen 87 t/m 167 (80 dus!) had gewijd. De klacht was gericht één argument dat niet zou deugen, en die klacht faalt, oordeelt het hof, wat er zij van de juistheid ervan. Zij is onvoldoende om te oordelen dat de motivering van het arbitraal vonnis zodanig is “dat daarin niet enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing valt te onderkennen”. Men zou dit zo kunnen parafraseren, als men de motivering van het arbitraal vonnis - de gronden voor de beslissing - ziet als een mand met appels, gaat het (in beginsel) niet aan om er één rotte appel uit te halen om daarmee de hele mand in een kwaad daglicht te stellen. Dat strookt allereerst niet met de terughoudendheid die hier geboden is voor de toetsende rechter. Bovendien wordt aldus niet aangetoond (nemen wij gemakshalve aan – als *first impression*) dat de beslissing ‘in haar geheel’ op de rotte appel-grond als ‘uitgangspunt’ rust. Dat hoeft niet altijd het geval te zijn, in de volgende zaak ligt dit geheel anders.

In het arrest van de Hoge Raad van 2006 ging het om de vaststelling of er in woonruimte van het huis van Rijpma na bouwwerkzaamheden door aannemer Kers (sloop van een schoorsteen) sprake was van in de lucht vrij gekomen asbestvezels die schadelijk zijn voor de gezondheid van de bewoners. In arbitrage wordt Rijpma in eerste instantie in het gelijk gesteld op dit punt, maar in de appel-arbitrage loopt dat anders, en dan stelt Rijpma een vernietigingsprocedure in. Zijn klacht was gericht tegen het oordeel van (appel)arbiters dat niet van een schadelijke concentratie asbestvezels sprake was, waarbij zij echter op een verkeerde NEN-norm waren afgegaan, namelijk de norm voor werkplaatsen en niet voor woningen. De arbiters hadden daar niet moeilijk over gedaan want het is immers een feit van algemene bekendheid dat asbest vrij in de natuur voorkomt en er is door de overheid een norm vastgesteld voor in de lucht voorkomende vezels in een concentratie die gevaar voor de volksgezondheid kan opleveren, en wel als enige norm: de NEN-norm.¹⁷⁵ Door arbiters was bovendien niet ingegaan op een essentiële stelling van Rijpma dat er een risico van re-emissie aanwezig was in het pand: het in de lucht komen van op de vloer neergeslagen asbeststof (door Rijpma met veegmonsters aangetoond). Zij meenden dat niet te hoeven doen omdat de gehanteerde (enige) NEN-norm geen onderzoek door middel van veegmonsters kent. De rechtbank had de vordering van Rijpma afgewezen, het Hof Amsterdam besliste in tegenstelde zin en vernietigde het arbitrale vonnis. Daarvan is Kers in cassatie gegaan.

Een complicatie in deze casus was dat de verbouwing van het huis van Rijpma in Bunnik door aannemer Kers plaatsvond aan het begin van 2000 en er toen nog geen wettelijke normen bestonden over de toelaatbaarheid van bij sloop vrijkomende asbestvezels, noch daartoe voorgeschreven meetmethoden. Er waren in die tijd wel regels voor toepassing van asbesthoudende bouwmaterialen en verder bestond er Arbeidsomstandigheden-regelgeving.

¹⁷⁴ Het eerste arrest is: Hof Den Haag 10 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3324. Klomp, t.a.p., geeft een korte bespreking van deze uitspraken, en noemt ook nog, in dezelfde zin enkele arresten van Hof Den Bosch, Hof Amsterdam en Hof Den Haag, uit 2016 en 2017, en in andere zin, het al genoemde vonnis Rb. Amsterdam 7 december 2011 (motivering is “innerlijk tegenstrijdig”). Ik heb het ‘niet uitputtende onderzoek’ dat Klomp ondernam hier niet voortgezet.

¹⁷⁵ Zie conclusie A-G Wesseling –van Gent, nr. 3.12, samenvatting in nr. 3.18. De A-G geeft een uitvoerig overzicht van de asbestwetgeving en -normen onder nrs. 2.44-2.71.

Het Asbestverwijderingsbesluit dateert van 2005 (in 2006 in werking getreden). Zie hierover uitvoerig de conclusie OM. Als gezegd was de door arbiters gebruikte norm NEN 2939 – bedoeld was: ‘voornorm NVN 2939’, noteert de A-G – geschreven voor *werkplaatsen*; de meetmethode was dan ook daarop toegesneden: ‘actieve monsterneming op een membraanfilter en lichtmicroscopie’, typisch bestemd voor ‘werkpleklucht’ en niet voor woonruimten. Hetgeen leidt tot het oordeel van arbiters dat het rapport van Rijpma dat op veegmonsters berustte niet relevant was, als gebaseerd op een onder die voornorm NVN 2939 niet erkende meetmethode. Maar, teken ik aan, in een woonhuis staan natuurlijk geen membraanfilters of lichtmicroscopen opgesteld die de wetgever had voorgeschreven voor het (permanent) meten in bedrijfsruimten.

Het is echter nog vreemder met die norm gesteld, zij geeft alleen de *werkwijze* aan voor het bepalen van de concentratie asbestvezels in de lucht, maar *zegt niets over het gevaar voor de gezondheid*, aldus het hof in rov. 4.6:

(4.6) “De Nederlandse voornorm NVN 2939 heeft blijkens paragraaf 1 tot onderwerp ‘een werkwijze voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in werkpleklucht, gebruik makend van actieve monsterbeneming op een membraanfilter en lichtmicroscopie’. Volgens paragraaf 2 is de voornorm van toepassing op ‘de bepaling van concentratie aan asbestvezels in lucht waaraan werknemers bij uitvoering van werkzaamheden worden of kunnen worden blootgesteld’. De voornorm geeft niet aan bij welke gevonden concentratie aan asbestvezels in de lucht gevaar bestaat voor de gezondheid.”

Kortom, het voldoen aan die (verkeerde) norm zegt in het geheel niets over het effect van de asbest-emissie op de gezondheid van mensen die de lucht inademen, anders dan arbiters hadden gesteld, zoals door het hof in rov. 4.5 aangehaald.

In cassatie is dit aspect van het karakter van de door arbiters gehanteerde norm geheel onder tafel gevallen, mede doordat het in de conclusie OM geen aandacht had gekregen, met verstrekkende gevolgen. Hoe verliep de cassatieprocedure? Het hof had met het criterium van *Nannini*, dat “in de door arbiters gegeven motivering op dit punt geen steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te ontwaren”, het arbitrale vonnis vernietigd. Zo niet de Hoge Raad, daarin de conclusie OM volgend. Na een exposé van de jurisprudentie van *Benetton* tot *Nannini* die tot het genoemde criterium had geleid (in rov. 3.3) volgt een vermaning van de cassatierechter:

“Dit criterium moet door de rechter met terughoudendheid worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in art. 1065 lid 1 aanhef en onder *d*, Rv. vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.” (rov. 3.3, in fine)

De cassatierechter geeft dan eerst een samenvatting van de uitspraak van het Hof Amsterdam, maar dat gebeurt op een ongelukkige wijze: het eerste deel van die samenvatting geeft het oordeel van het hof slechts gedeeltelijk weer en mist een essentieel punt, het tweede onderdeel is zo ingekort dat daardoor de essentie van de beoordeling door het hof is weggevallen. Daarmee heeft de hoogste rechter het zich wel erg gemakkelijk gemaakt met de vernietiging ervan. Voor een goed begrip van wat in cassatie is fout gegaan, laat ik hier eerst de samenvatting van de Hoge Raad volgen, en daarop de woorden van het hof zelf, waaruit de niet correcte samenvatting die de cassatierechter ervan gegeven heeft duidelijk wordt:

[HR] (3.4) [...] “Volgens Rijpma zijn deze overwegingen en de op basis daarvan gegeven beslissing onjuist. Het gaat in dit geding immers niet om een bedrijfsruimte, maar om een woonhuis. De in hoger beroep oordelende arbiters hebben dus een niet op het onderhavige geval toegesneden norm toegepast en essentiële stellingen niet in hun beoordeling betrokken.

Daarom is hun vonnis vernietigbaar op de in art. 1065 lid 1, aanhef en onder *d*, Rv. vermelde grond.

Het hof heeft deze klacht gegrond geacht. Verkort weergegeven heeft het hof daartoe als volgt overwogen. De door arbiters tot uitgangspunt genomen norm NEN 2939 heeft tot onderwerp een werkwijze voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in werkpleklucht. Het is onbegrijpelijk dat de arbiters die norm tot uitgangspunt hebben genomen bij de beoordeling van de vraag of de in het huis, dat geen werkplek is, voorkomende concentratie aan asbestvezels een gevaar voor de gezondheid van [verweerder] en zijn gezin kon opleveren en dat zij vervolgens aan de hand van die norm tot het oordeel zijn gekomen dat dit niet het geval was. Bovendien heeft Rijpma de mogelijkheid van reëmissie van asbestvezels tot essentieel onderdeel van zijn vordering gemaakt. Arbiters hebben deze stelling niet in hun oordeel betrokken, hoewel daarvoor aanleiding was gelet op de feitelijke situatie en de stellingen van Rijpma. De conclusie is dat in het arbitraal vonnis op essentiële onderdelen een motivering ontbreekt, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de op die onderdelen gegeven beslissingen (rov. 4-7-4.9)."

[Hof] (4.7) "in aanmerking nemend dat de voornorm slechts een werkwijze beschrijft voor de bepaling van de concentratie aan asbestvezels in lucht op werkplekken, is het onbegrijpelijk dat de arbiters in hoger beroep die voornorm tot uitgangspunt hebben genomen bij de beoordeling van de vraag of de in de woning van Rijpma, daargelaten dat dit geen werkplek is, voorkomende concentratie aan asbestvezels een gevaar voor zijn gezondheid en die van zijn gezin kon opleveren en dat zij vervolgens aan de hand van die voornorm tot het oordeel zijn gekomen dat dit niet het geval was. In zoverre valt in de door de arbiters gegeven motivering op dit punt geen steekhoudende verklaring voor de gegeven beslissing te ontwaren".

(4.8) "Daarbij komt dat Rijpma de mogelijkheid van reëmissie van asbestvezels tot een essentieel onderdeel had gemaakt van zijn stelling dat de woning door het wegbreken van de schoorsteenpijp (in onaanvaardbare mate) met asbest was besmet. Uit de door de arbiters gegeven motivering valt echter niet op te maken dat zij de mogelijkheid van reëmissie in hun oordeel hebben betrokken. Voorzover de arbiters hebben gemeend dat zij daarop niet (verder) behoefden in te gaan omdat de voornorm NVN 2939 geen onderzoek van veegmonsters kent, bevat hun motivering daarvoor geen steekhoudende verklaring. Daargelaten dat die voornorm niet ziet op onderzoek in woningen als de onderhavige, sluit de voornorm immers niet uit dat reëmissie van asbestvezels mogelijk is en evenmin dat het onderzoek op zodanige wijze wordt ingericht en uitgevoerd dat daarmee rekening wordt gehouden, indien daartoe aanleiding is. Dat daarvoor in dit geval geen aanleiding bestond, behoefde gelet op de feitelijke situatie en de stellingen van Rijpma motivering, die echter in het vonnis van de arbiters niet kan worden gevonden."

(4.9) "In het licht van het voorgaande is de conclusie dat in het arbitraal appèlvonnis op essentiële onderdelen een motivering ontbreekt, althans dat daarin niet enige steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de op die onderdelen gegeven beslissingen. Het hof zal de tot vernietiging strekkende vordering van Rijpma daarom toewijzen [...]."

Wij zien hier dat in de door de Hoge Raad gegeven samenvatting van het arrest à quo enkele elementaire onderdelen ontbreken in de beoordeling van het hof, namelijk dat de NEN-voornorm enkel een werkwijze van bemonstering aangaf en geen norm inhield welke concentratie schadelijk voor de gezondheid was. De cassatierechter laat op zijn samenvatting als oordeel volgen, zonder aan een motivering ervan veel woorden te besteden:

"Aldus heeft het hof blijk gegeven van een andere opvatting over het hier aan te leggen criterium dan hiervoor in 3.3 als juist is aanvaard. Immers, ook al zou, met het hof, moeten worden aangenomen dat arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt van hun beoordeling

hebben genomen, dan nog brengt zulks niet mee dat in de motivering van hun vonnis enige steekhoudende verklaring voor hun beslissing niet valt te onderkennen.” (rov. 3.5)

Deze overweging van de Hoge Raad is, moet ik bekennen, ook voor een geharde jurisprudentie-lezer onbegrijpelijk, niet alleen de tekst, maar ook de motivering ervan, die ontbreekt - anders dan in het arrest a quo het geval was. Men mag dus als arbiter (of rechter) een verkeerde norm toepassen zonder dat dit gevolgen heeft voor een vernietigingsactie die daarover ingesteld wordt? Ja, want op zich betekent dat nog niet dat er “enige steekhoudende verklaring” aan zo’n beslissing ontbreekt, legt de Hoge Raad uit.¹⁷⁶ Maar ook wanneer het hof in de vernietigingsprocedure gezocht heeft naar motivering van arbiters voor hun beslissing om (uitsluitend) die norm te gebruiken, en geconstateerd heeft dat die ontbreekt, althans niet steekhoudend is? Moeten wij, justitiabelen, deze uitspraak van de hoogste rechter geloven, en vervolgens accepteren? Over het – zonder motivering – voorbijgaan aan een essentiële stelling van Rijkman wordt door de cassatierechter zelfs met geen woord gerept – andermaal aan voorbijgegaan dus - hoewel dat zoals wij eerder zagen sinds 1977 naar vaste jurisprudentie een grond voor vernietiging is, in later tijd ook door het EHRM op grond van artikel 6 Verdrag zo bepaald.

In het Nederlandse juridische landschap moet men voor een motivering van een uitspraak van de Hoge Raad vaak te rade gaan bij de conclusie van het OM, ook indien de cassatieklacht niet door de valbijl van art. 81 RO getroffen wordt en door de cassatierechter volstaan wordt met een verwijzing naar het OM. Daarover dadelijk meer, eerst nog een korte samenvatting van het voorafgaande. Arbiters hadden hun oordeel op een verkeerde norm gebaseerd, waarvan de onjuistheid door Rijkman gemotiveerd was bestreden, met als argumenten dat de norm geen gelding had voor woonruimte (dat is immers geen werkplaats van 9 tot 5 uur, en zonder permanente bemeting), bovendien slechts een werkwijze voor bemonstering aan gaf en geen norm gericht op gezondheid inhield. Een essentieel onderdeel van de schadetoedracht, asbestvezels op de grond die door re-emissie in de lucht kwamen, waarvan de concentratie slechts met veegmonsters te bepalen is. Dat was een monsternamen waar de door arbiters gebruikte (NEN-)norm niet in voorzag.¹⁷⁷

Wat werd er in de conclusie OM gesteld, als voedsel voor de cassatierechter? A-G Wesseling-van Gent had met haar conclusie al de toon gezet en was daarbij wel uitvoeriger geweest dan de cassatierechter, maar minstens zo onbegrijpelijk. Zij stelt het volgende, lees en verwonder: eerst een beschouwing over de feiten en toepasselijke meetmethode, en vervolgens over de motiveringstoets:

(2.71) “Hier doet zich de situatie voor dat juist de particuliere opdrachtgever bevreesd is dat hij door de werkzaamheden is blootgesteld aan een te hoge concentratie asbestvezels en daarom schade vordert als gevolg van verspreiding van asbest.

Toch acht ik er veel voor te zeggen om de NVN-norm/methode uit de Arbeidsomstandighedenregeling als methode ook verplicht te achten in een geval waarin moest worden beoordeeld of er in de binnenlucht als gevolg van werkzaamheden aan een

¹⁷⁶ Voor de goede orde, de kernoverwegingen in het arbitrale (appel)vonnis bestonden uit een drietal korte, merendeels weinig zeggende overwegingen, zie conclusie A-G, nr. 3.12. Dit ter *distinguishing* met het eerder besproken *Minera Santa Fe/Qisheng Resources* (2016) van het Hof Amsterdam waar in de motivering van het vonnis sprake was van 80 overwegingen, waarvan er 1 niet gedeugd zou hebben.

¹⁷⁷ Een curieus aspect van de monsternamen was dat arbiters over 2 rapporten gesproken hadden, nrs. B 001 en A 001 (in rov. 25, zie: HR rov. 3.4), het hof spreekt ook over die 2 rapporten, maar met een andere nummering (in rov. 4.5) terwijl er wordt gezweven over een derde rapport met (microscopische) monsternamen van Rijkman, met betrekking tot afzetting van asbestvezels op meubilair. In zijn claim (in totaal: ca. 60.000 Euro) vormde de vervanging van bekleding van meubilair een belangrijk onderdeel. Vermoedelijk heeft het hof dat laten rusten, omdat de genoemde 2 rapporten al niet deugden voor de bewijsvoering.

(onderdeel van een) bouwwerk asbest was vrijgekomen, omdat deze norm in de periode 1999-2000 al algemeen werd gehanteerd (nt.104) en deze meetmethode ook thans is voorgeschreven bij incidenten als bedoeld in het Asbestverwijderingsbesluit 2005.”

(3.21) “Bij zijn oordeel dat uit de door de arbiters gegeven motivering niet valt op te maken dat zij de mogelijkheid van reëmissie in hun oordeel hebben betrokken, heeft het hof een in het licht van de Nannini-beschikking te streng criterium aangelegd voor de motivering en gaat het over tot een volle toetsing van het oordeel van de appellarbiters over de mogelijkheid dat als gevolg van reëmissie een overschrijding plaatsvindt van de (in de binnenlucht) maximaal toelaatbare vezeldichtheid.

Het hof beschouwt de stelling van Rijpma dienaangaande als essentiële stelling, waarop appellarbiters niet zouden hebben gerespondeerd.

Zelfs indien zou vaststaan dat appellarbiters verzuimd hebben in te gaan op een essentiële stelling van een der beide partijen(108), hetgeen eventueel zou hebben kunnen leiden tot vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1 sub *c* Rv. (en niet op grond van art. 1065 lid onder *d* Rv.), brengt dit niet noodzakelijkerwijs mee dat in de motivering geen steekhoudende verklaring kan worden gevonden voor de beslissing(en) die in het vonnis zijn vervat. In dit geval hebben appellarbiters onder 25 tot uitdrukking gebracht dat slechts de gegevens die voortvloeien uit het onderzoek dat conform de norm NVN 2939 is verricht, relevant is. Appellarbiters hoefden dan ook niet afzonderlijk in te gaan op (niet conform deze norm vergaarde) gegevens over reëmissie.”¹⁷⁸

5.7 Commentaar op *Kers/Rijpma* (2006). De *NJ*-noot van Snijders geanalyseerd; het ontbreken van Straatsburgse jurisprudentie

Ik ben vrij lang bij dit arrest van de Hoge Raad uit 2006 stilgestaan, omdat voor het merendeel van de lagere rechters hiermee een nieuwe standaard gezet is die naderhand gevolgd werd. In zijn *NJ*-noot heeft Snijders dit arrest gekarakteriseerd – als een precisering van *Nannini* – dat de niet ‘steekhoudende verklaring’ van de beslissing opgevat moet worden als ‘apert ondeugdelijk gemotiveerd’. Dit lijkt mij slechts een semantisch verband dat aangelegd wordt, als doekje voor het bloeden. Want het bloedt hier mijn inziens wel degelijk. Behalve dat het oordeel van de cassatierechter niet te volgen is, als consistent en begrijpelijk betoog, kan op goede gronden gesteld worden dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad in strijd is met het recht zoals in de EVRM neergelegd en door het EHRM verder ontwikkeld in zijn jurisprudentie over artikel 6 van dat Verdrag. Daarin wordt in klare taal verwoord waaraan een motivering van een nationale rechter (ook de hoogste rechter! – dat wordt nog weleens vergeten, te beginnen door dat college zelf) moet voldoen. Niet alleen wordt het begrip ‘begrijpelijk’ zijn van een vonnis daarin nader uitgelegd en voorgehouden dat niet voorbijgegaan mag worden aan een “essentiële stelling” of grond van een klacht – anders dan de A-G in haar conclusie gesteld heeft - maar ook gezegd dat een partij bij lezing van de motivering niet “in a certain state of confusion” mag geraken. Daarvan lijkt mij in hoge mate sprake als men als rechtzoekende (nog wel de commerciële, oplossings-gerichte weg van arbitrage kiezend – hier bouw-arbitrage!) de uitspraak van de Hoge Raad van 2006 leest,

¹⁷⁸ Noot 104 verwijst naar Informatiecentrum Milieuvergunningen, 242 vragen over asbest, 1997, par. 4.8. Noot 108 noemt jurisprudentie waarin bepaald is dat arbiters bij het verwerpen van stellingen niet aan elke stelling een afzonderlijke overweging behoeven te wijden, HR 1973 en 1977. De A-G verzuimt erop te wijzen dat dit niet voor *essentiële* stellingen geldt, in vaste jurisprudentie van Hoge Raad en EHRM, zie tekst hier boven, en eerder, par. 5.5 (over diss. Smits, 1996). Het is onjuist, zoals de A-G stelt, dat het voorbijgaan aan essentiële stellingen niet onder sub *d* van art. 1065 Rv zou vallen, maar hoogstens onder sub *c*, niet aan opdracht houden door arbiters.

waarin het toepassen van een ‘verkeerde norm’ eenvoudigweg als een ‘steekhoudende verklaring’ van de beslissing wordt gezien, het is althans zo – concludeert de cassatierechter – dat het gebrek daaraan “niet valt te onderkennen”.

Aan het toepassen van Verdragsrecht door de Hoge Raad heeft de conclusie OM niet bijgedragen: daarin wordt in alle talen over het belang van dat onderwerp voor de motiveringseisen gezwezen, de cassatierechter kon daar in elk geval geen inspiratie vinden om dat (dwingend) recht te volgen. De A-G wijst slechts erop dat de geboden terughoudendheid bij de motiveringstoets ook door de Commissie voor de Rechten van de Mens wordt voorgehouden in haar uitspraak van 27 november 1997, *Nordström/Nederland* – dat moest de raadsheren als muziek in de oren geklonken hebben, maar dat geeft wel een volkomen vertekend beeld van de jurisprudentie van de EHRM, die al in 1994 de standaard zette met *Ruiz Torija/Spanje*. Al eerder kwam ter sprake dat de Hoge Raad zich in 1995 bij die uitspraak aangesloten heeft, in het arrest *N/Mobius*.

Het is dus hoog nodig om polshoogte in Straatsburg te gaan nemen, ter onderbouwing van mijn stelling dat voor een goed begrip van de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van toetsen van motivering in arbitrale vonnissen, met *Nannini* (2004) als standaard, het arrest van 2006, *Kers/Rijpma*, het beste genegeerd kan worden, als een *misleading case*. Anders dan tegenwoordig – helaas – de praktijk bij de meeste hoven en rechtbanken lijkt te zijn. maar laten wij, alvorens naar Straatsburg af te reizen, eens nagaan hoe het arrest van 2006 in de literatuur ontvangen is, te beginnen bij annotator in de *NJ*, Snijders. Wij zullen overigens zien dat in die commentaren, steeds in positieve zin, een bespreking van het EVRM-verdragsrecht merkwaardigerwijze ontbreekt terwijl dat kort tevoren in de literatuur nog veel aandacht kreeg.

In het commentaar op *Kers/Rijpma* neemt de *NJ*-noot van Snijders natuurlijk een centrale plaats in, maar wel een heel merkwaardige plaats. Men zou verwachten dat zijn reactie op het arrest, waarbij de ‘leer-Snijders’ die met het twee jaar tevoren gewezen arrest *Nannini* overgenomen was nu eigenlijk weer verlaten werd, heel zuinig zou zijn. Niets is minder waar, Snijders juicht het arrest van 2006 toe, hij is blij dat zowel A-G als Hoge Raad “het hoofd koel gehouden hebben” en niet voor de verleiding zijn bezweken om de deur naar vernietiging van arbitrale vonnissen wegens motiveringsgebreken wijder open te zetten. “Nog pregnanter dan bij *Nannini* wordt duidelijk gemaakt dat de rechter slechts in geval van een apert ondeugdelijke motivering mag ingrijpen”, noteert de annotator tevreden. Hoe ondeugdelijk moet het vonnis dan wel zijn?, dat is slechts het geval “indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig gemotiveerd is dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden geplaatst”, citeert hij de Hoge Raad. Waarmee de cassatierechter zich “aansluit bij het standpunt van anderen” die in de conclusie OM besproken waren. Tot die anderen behoorde overigens ook Snijders zelf, maar vooral ook Bakels, en verder nog Ten Cate en Asser, zoals wij boven zagen. Snijders laat echter na om te noteren dat er door de ‘anderen’ ook veel andere, behartenswaardige opmerkingen gemaakt werden – ook door hemzelf – die de weg wezen naar een meer soepele visie op de vernietigingsmogelijkheden (zie eveneens boven). Het beroep dat in die tijd op artikel 6 EVRM gedaan werd valt eveneens buiten het beeld dat gegeven wordt van die episode. Belangrijker is echter, dat in het commentaar op het onderhavige arrest de *betekenis van artikel 6 geen enkele rol speelt*, laat staan het negeren van de vaste jurisprudentie van het EHRM op dit gebied door de Hoge Raad.

Ook ten aanzien van de inhoud van de controle die de cassatierechter op de toetsing door het hof uitvoert ontbreekt bij Snijders elk kritisch commentaar. Hij geeft casus en stellingen van *Rijpma* en de bespreking ervan door het hof sterk vertekend weer, met dezelfde omissies die wij eerder bij OM en Hoge Raad tegen gekomen zijn, en constateert neutraal dat de Hoge Raad “geen enkel onderzoek terzake verricht en dit, dunkt mij, welbewust”. Waarom dit zo

gebeurt? Sniijders noteert, met kennelijke instemming: “Aldus geeft hij een duidelijk signaal ten aanzien van de grenzen van het optreden van de overheidsrechter”, waarop een citaat volgt van de kernoverweging van de Hoge Raad dat ook al zou moeten worden aangenomen dat arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dat nog niet hoeft te betekenen dat een ‘steekhoudende verklaring’ voor hun beslissing ontbreekt. Vervolgens geeft Sniijders nog wat tips hoe een niet-motivering of apert ondeugdelijke motivering “nog wel te redden zijn door technieken als de aanname van een impliciete motivering of een oordeel als dat het scheidsgerecht kennelijk iets anders heeft bedoeld” (nr. 3, in fine). Zo zou het niet ingaan door arbiters op het verweer van Rijpma over het later opstuiven van asbestvezels gesauveerd kunnen worden door aan te nemen dat arbiters dat verweer kennelijk verdisconteerd hebben in hun oordeel dat geen sprake was van asbestbesmetting. Dat dit laatste oordeel, zoals het hof aangetoond heeft, nergens op gebaseerd is noch deugdelijk gemotiveerd is, kan dus niet deren, in de visie van de annotator.

Ik sta hier even bij stil, omdat dit een punt is waarbij Sniijders het karakter van cassatierechtspraak en de scheiding tussen cassatierechter en feitelijke rechter geheel uit het oog verliest. De Hoge Raad kan niet op het terrein van motivering het handwerk van de feitelijke rechter overnemen, principieel al niet, maar ook omdat hij op te grote afstand van de procedure staat en het dan fout kan gaan. Niemand heeft dat beter verwoord dan indertijd P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 1 november 1964, *NJ* 1964, 150, door A-G Vranken met instemming aangehaald in diens conclusie voor het arrest van 7 april 1995, *N/Mobius*, het standaardarrest over motivering:

“Wanneer echter de beslissing, zoals in casu, zelfs niet een onduidelijke verwijzing naar de motieven van de rechter omvat, dan schijnt het mij te ver te gaan, dat de cassatierechter zou constateren, dat mededelingen van feiten die hij in de stukken aantreft, naar zijn oordeel voldoende motieven voor het niet gemotiveerde oordeel van de rechter a quo zouden zijn geweest. Immers door dat te doen zou de cassatierechter gaan oordelen over de motiverende kracht van mededelingen, waarvan hij dan eerst de geloofwaardigheid zou moeten vaststellen en waaraan hij bij eventuele dubbelzinnigheid een uitlegging zou moeten geven, terwijl de mogelijkheid niet is uitgesloten dat de rechter a quo die mededelingen niet geloofwaardig heeft geacht ...”.¹⁷⁹

Kortom, Sniijders heeft met zijn suggesties hoe een ondeugdelijk gemotiveerde beslissing in cassatie te redden een procesrechtelijke *faux pas* gemaakt. Maar er is nog meer fout gegaan in diens noot.

Na een beschouwing over de vraag of de ‘kier’ van *Nannini* nog kleiner is geworden, zoals Roelvink in een noot had betoogd, of dat het een ‘spleetje’ geworden is, geeft Sniijders aan wat zijn beweegreden is om deze vernauwing toe te juichen, namelijk te voorkomen dat de “effectiviteit van de arbitrale rechtspleging in gevaar gebracht wordt”.¹⁸⁰ Misprijzend stelt hij vast dat er altijd lager rechters zullen blijven – evenals vóór *Benetton* en vóór *Nannini* het geval was – die “te hoge motiveringseisen stellen aan arbitrale vonnissen” en daarmee de arbitrage in gevaar brengen. Hij spreekt daarbij de hoop uit dat die nu al beperkte groep van

¹⁷⁹ Conclusie A-G Vranken, *NJ* 1997/21, onder nr. 18.

¹⁸⁰ Vgl. H.L.J. Roelvink, noot onder *Kers/Rijpma*, *TvA* 2007, p.65 e.v. In die zin ook: I.P.M. van den Nieuwendijk in haar noot in *JBPr* 2007/35, onder nr. 14: “de kier is dichter getrokken”. Zij verwijst naar overzichten van post-*Nannini* vernietigingsacties die toegenomen zijn, echter zonder dat succes daarbij is vergroot. Ook in deze noten wordt artikel 6 EVRM niet genoemd.

feitelijke rechters verder zal slinken. Hiermee heeft hij, wat ooit bekend stond als de ‘leer-Snijders’ wel ten grave gedragen, al gebeurde dit voor een door hem gesteld ‘hogere doel’.¹⁸¹

Zo kan men er natuurlijk ook tegenaan kijken, als de *NJ*-annotator doet. Daarmee wordt het hoog tijd om bij de Straatsburger rechter te biecht te gaan die op grond van Verdragsrecht hier het laatste woord heeft, maar helaas niet aan het woord is gelaten door OM en Hoge Raad, noch door de commentatoren op het arrest van 2006. Dit is mijns inziens het echt ‘hogere doel’ dat hier aan de orde zou moeten zijn: het bevorderen van een *fair trial* in de (scheids)rechtelijke procedure. En ook nog dwingend opgelegd aan de rechter.

5.8 EHRM-jurisprudentie, *Ruiz Torija/Spanje* (1994), door de Hoge Raad aanvaard in 1995, met *N/Mobius*

De weg naar Staatsburg loopt hier echter via Den Haag. Wat is namelijk het geval? de Hoge Raad had in 1995 al zijn huiswerk gedaan en zijn eigen jurisprudentie over motivering van vonnissen geënt op het EVRM en de jurispr over artikel 6. Het is nog sterker, die eigen jurispr, met name het nog steeds breed aangehaalde standaardarrest van 4 juni 1993, *Vredo/Veenhuis*, was al in lijn met de rechtspraak van het EHRM.¹⁸² Ik laat de kernoverweging uit het arrest van 1995 hier volgen, waarin dat van 1993 door de cassatierechter geciteerd wordt – twee vliegen in één klap dus:

(3.3) “Uitgangspunt bij de beoordeling van deze klacht moet zijn dat de omvang van de te dezen geldende motiveringsplicht niet alleen daardoor wordt bepaald dat het hier gaat om een beslissing die diep ingrijpt, ook in fundamentele rechten (zoals die ingevolge art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)), maar evenzeer door de specifieke aard van de op een spoedige beslissing gerichte procedure waarin, nu slechts "summierlijk" van het vervuld zijn van de wettelijke eisen voor faillietverklaring behoeft te blijken, aan de rechter grote vrijheid toekomt. Niettemin behoort óók in een dergelijke procedure de beslissing tenminste zodanig te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang opdat zij zowel voor partijen als voor derden - in geval van openstaan van een hogere voorziening: de hogere rechter daaronder begrepen - controleerbaar en aanvaardbaar is (HR 4 juni 1993, [NJ 1993, 659](#)). Dit laatste brengt mede dat, indien en voor zover degene wiens faillissement wordt aangevraagd, gemotiveerd en relevant verweer heeft gevoerd, maar niettemin in staat van faillissement wordt verklaard, uit het vonnis dan wel het dat vonnis ondanks zijn hoger beroep bevestigende arrest, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, *ten minste met een redelijke mate van zekerheid moet zijn op te maken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen* (vgl. EHRM 9 december 1994, Serie A, n° 303-A ([NJ 1997, 20](#); red. *NJ*; d.i. *Ruiz Torija/Spanje*, JvD)).”¹⁸³ [*cursief toegevoegd*]

Opvallend is dat de Hoge Raad deze motiveringseisen hier stelt voor de verzoekschriftprocedure, in casu een faillietverklaring, waarbij de rechter heel veel vrijheid van handelen en oordelen heeft. In een vaste jurisprudentie vindt men deze benadering van het motiveringvereiste ook op het gebied van kort geding, waar de vrijheid van de rechter

¹⁸¹ Het is een plotselinge bekering van Snijders tot dit standpunt, zie zijn noot onder *Nannini* van een jaar eerder (boven besproken), in geheel andere zin – evenals eerdere publicaties. Werd hier een huik naar de wind gehangen?, of een achterban in de luwte gehouden?

¹⁸² Voor recente toepassingen van *Vredo/Veenhuis* (1993), zie bijvoorbeeld: HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, *Ned. Ver. v. Makelaars/Telegraaf*; HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, *Stokker c.s./H3 Products c.s.*

¹⁸³ Beide arresten vindt men ook besproken bij Smit, diss. 1995, p.130. In het arrest van 4 juni 1993 verwijst de Hoge Raad als grondslag voor de motiveringsplicht naar de artt. 121 Gw, 20 Wet RO en 59, 429k Rv. Overigens is de door Red. *NJ* gegeven vindplaats *NJ* 1997, 20 niet het arrest *Ruiz Torija*, maar *Hiro Balani*, van dezelfde datum, 9 december 1994.

spreekwoordelijk is.¹⁸⁴ Dat betekent dus dat in gewone civiele procedures de (scheids)rechter *a fortiori* gehouden is om zich aan die motiveringseisen te houden. Het is daarmee nog verwonderlijker dat deze regel van dwingend recht in alle commentaren op het arrest van 22 december 2006 door de schrijvers uit het oog verloren is, evenals dat bij OM en Hoge Raad zelf het geval was. Mijn advies om *Kers/Rijpma* verder maar liever te negeren is dus ook op de vaste eigen jurisprudentie gebaseerd en niet enkel op die afkomstig van het EHRM. Maar het loont toch de moeite om ook de weg naar Straatsburg in te slaan, er is sinds *Ruiz Torija* (1994) nog veel meer aan de hand op motiveringsgebied dat kennelijk ook uit het collectieve vaderlandse geheugen is verdwenen. Maar, als vertrekpunt, waar ging het eigenlijk over in dat arrest uit 1994 dat door de Hoge Raad overgenomen werd?

Ruiz Torija had een klacht tegen Spanje wegens schending van artikel 6 ingediend bij het EHRM die inhield dat de appelrechter (Audiencia Provincial te Madrid) niet was ingegaan op een stelling die hij voor de rechtbank had ingebracht: een beroep op verjaring van de uitzettingsactie door zijn verhuurder, goed onderbouwd en met bewijs onderlegd. Het hof had het vonnis van de rechtbank vernietigd maar was niet ingegaan op Ruiz' beroep op verjaring. Naar Spaans procesrecht moet de appelrechter ingaan op alle stellingen die in eerste instantie zijn ingebracht, ook wanneer deze in appel niet uitdrukkelijk herhaald zijn, mits er sprake van was dat ze onderwerp van debat geweest waren. Het EHRM zet dit uiteen, en vervolgt dan:

(30). [...] “The Court notes that it is not its task to examine whether the limitation plea was well-founded; it falls to the national courts to determine questions of that nature. It confines itself to observing that it is not necessary to conduct such an examination in order to conclude that the submission was in any event relevant. If the Audiencia Provincial had held the submission to be well-founded, it would of necessity have had to dismiss the plaintiff's action.

Moreover, the Court is not persuaded by the Government's argument that the submission based on limitation was so clearly unfounded that it was unnecessary for the appeal court to refer to it. The fact that the first-instance court allowed evidence to be adduced in support of this submission suggests the contrary. Accordingly, since the issue of limitation would have been decisive in this instance, the Audiencia Provincial should have addressed the submission in its judgment.

It is therefore necessary to establish whether in the present case the silence of the appeal court can reasonably be construed as an implied rejection. The court was under no obligation to examine the question of limitation before considering the arguments on the merits (see paragraph 15 above). In addition, the question whether the action was time-barred fell within a completely different legal category from that of the grounds for termination of the lease; it therefore required a specific and express reply. *In the absence of such a reply, it is impossible to ascertain whether the Audiencia Provincial simply neglected to deal with the submission that the action was out of time or whether it intended to dismiss it and, if that were its intention, what its reasons were for so deciding. There has therefore been a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1).*” [cursief toegevoegd]

Men ziet dat het slot van deze overweging door de Hoge Raad vrijwel letterlijk overgenomen werd in het arrest van 1995, *N/Mobius*. Dit vormt een mooie opmaat naar een bespreking van de jurisprudentie uit Straatsburg van na 1994.

¹⁸⁴ Zie bijvoorbeeld het zojuist genoemde arrest van 22 maart 2013 waarin het arrest van 4 juni 1993, *Vredo/Veenhuis*, uitvoerig geciteerd wordt in rov. 3.4, sub *f*, met de toevoeging dat “niet steeds vereist is dat alle stellingen van een partij door de rechter uitdrukkelijk in de motivering worden betrokken”. Dit is vaste rechtspraak, in overeenstemming met *Van der Hurk/Nederland*, EHRM 19 april 1994, serie A, vol 288, par. 61.

5.9 De jurisprudentie van het EHRM over aan een rechterlijke motivering te stellen eisen op grond van artikel 6 EVRM (fair trial) na Ruiz Torija (1994). Helle/Finland (1997) en Hilvisaari/Finland (2001)

Hier volgt een beknopt overzicht van de EHRM-rechtspraak die op *Ruiz Torija* (1994) is gevolgd, iets dat eigenlijk tot het standaardpakket van iedere civilist zou moeten behoren. Er bestaat een handzame (wel erg beknopte) *Guide on Article 6 of the Convention*, uitgegeven door het Secretariaat van het Hof en regelmatig bijgewerkt.¹⁸⁵ Ik zal er hier en daar naar verwijzen in het volgende eigen overzicht. Aan twee arresten zal ik meer aandacht besteden vanwege de centrale plaats die ze innemen in het geheel: *Helle/Finland* (1997) en *Hirvisaari/Finland* (2001). Deze uitspraken worden in de *Guide* van het EHRM genoemd onder respectievelijk de nrs. 342 en 335.

In de eerste zaak is klager Helle een kerkelijk medewerker die een salarisgeschil heeft met zijn kerk, de Finse Evangelisch-Lutherse Kerk; er is een CAO voor kerkelijk werknemers van toepassing. Helle gaat van een besluit van de ‘Parish Board’ over zijn salaris in beroep bij het ‘Parish Council’, en vervolgens bij de ‘Cathedral Chapter’. Deze instanties zijn geregeld in the ‘Church Act’. Helle is tenslotte van een negatieve beslissing van de Cathedral Chapter in beroep gegaan bij de hoogste Finse bestuursrechter, de Supreme Administrative Court, wederom zonder succes en dan legt hij zijn zaak aan de rechter in Straatsburg voor.

De volgende overwegingen van het EHRM in *Helle/Finland* zijn hier van belang:

(59) [A national court should] “address the essence of the points submitted by the applicant for its consideration”.

(60) [It] “requires that a national court which has given sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction and did not merely endorse without further ado the findings reached by a lower court”.

Deze formulering dat het om de ‘essentie’ van de aangevoerde gronden moet gaan, de ‘essentiële onderdelen’ ervan, is in wezen een nieuwe formulering van wat in de uitspraken van 1994, *Ruiz Torija* en *Balani* (beide tegen Spanje), als ‘beslissend voor de uitkomst van de procedure’ omschreven werd.¹⁸⁶ Later werd het ook als ‘de hoofdargumenten van een partij’ omschreven, in *Buzescu/Roemenië* en *Donadze/Georgië*.¹⁸⁷

In de tweede uitspraak, de Hilvisaari-zaak, is een pensioengeschil tussen een werknemer en het pensioenfonds van zijn werkgever aan de orde. De Employee’s Pension Act houdt in dat van een beslissing van een pensioenfonds in beroep gegaan kan worden bij de ‘Pension Board’, met de ‘Insurance Court’ als hoogste beroepsinstantie. Het EHRM geeft allereerst zijn visie op de materie en gaat vervolgens op de zaak zelf in:

(30) “The court reiterates that, according to its established case law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based.” [.....]

¹⁸⁵ Op de EHRM site te raadplegen, par. 7, Reasoning of judicial decisions”, nrs. 333-344, pp.66-67. De laatste versie is van 31 december 2018.

¹⁸⁶ Zie *Guide on Article 6*, nr. 338, resp. overwegingen § 30 en § 28 in de uitspraken. *Ruiz Torija/ Spanje* (1994) werd zoals gezegd door de Hoge Raad als gezaghebbende bron aangehaald in zijn arrest van 7 april 1995, *N/Mobius* zie boven, par. 5.5, noot 155. [CHECK nr. noot]

¹⁸⁷ Idem, nr. 339, resp. overwegingen § 67 en § 35.

(31) “In the present case, the Court observes that the first part of the reasons given by the Pension Board merely referred to the relevant provisions of law, indicating the general conditions under which an employee is entitled to receive pension. While this brevity of the reasoning would not necessarily as such be incompatible with Article 6, in the circumstances of the present case the decision of the Board failed to satisfy the requirements of a fair trial. In view of the fact that the applicant had earlier received full invalidity pension, the reference to his deteriorating state of health in a decision confirming his right to only a partial pension must have left the applicant with a certain sensation of confusion. In these circumstances the reasoning cannot be regarded as adequate”. [.....]

(33) “Taking into account what was at stake for the applicant, the Court considers that the *prima facie* contradictory reasoning by the Pension Board and the subsequent approval of such inadequate reasoning by the Insurance Court as an appellate body failed to fulfil one of the requirements of a fair trial. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

De kern-onderdelen van de negatieve beoordeling van de motivering van een rechterlijke instantie zijn dus dat sprake is van ‘a *prima facie* contradictory reasoning’, een redenering die ‘must have left the applicant with a certain sensation of confusion’.

Beide arresten belichten dus een bepaald aspect van de vereiste motivering van een (scheids)rechterlijke beslissing: het eerste inzake Helle geeft aan dat de motivering mankeert aan *gerichtheid*: het mist de essentie waarom het in de procedure gaat, de kern van de gronden die voorgelegd waren. De tweede uitspraak, inzake Hilvisaari, geeft aan dat de motivering *inhoudelijk* niet deugt, want tegenstrijdig of onbegrijpelijk is - een normale procespartij kan de gebruikte redenering niet volgen.

Dat laatste berust op een lange traditie in de jurisprudentie van het EHRM. Voorafgaand aan en volgend op de eerder genoemde standaardarresten *Ruiz Torija/Spanje* en *Balani/Spanje* uit 1994 is er een reeks uitspraken waarbij de schending van artikel 6 aangenomen wordt die berust op een *lack of precision* bij de waardering van de feiten in het geschil door het nationale gerecht. Het gaat daarbij veelal om de toepassing door de nationale rechter van rechtsbegrippen die een zekere vaagheid kennen, zoals: onrechtmatigheid, grove schuld, misbruik van recht, en dergelijke. Hierbij een overzicht:

In *H./België*, 30 november 1987, oordeelde het EHRM met betrekking tot het begrip ‘uitzonderlijke omstandigheden’:

‘this very lack of precision made it all the more necessary to give sufficient reasons for the two impugned decisions on the issue in question. Yet in the event the decisions merely noted that there were no such circumstances, without explaining why the circumstances relied on by the applicant were not to be regarded as exceptional’.

In *De Moor/België*, 23 juni 1994, ging het om omstandigheden met betrekking tot de ‘unfitness or his professional incompetence’ van de klager, in het volgende oordeel:

“as no mention was made of any such circumstances, the contested decision had no legal justification”; “the Bar Council did not give the applicant’s case a fair hearing inasmuch as the reason it gave was not a legally valid one”.

In *Georgiadis/Griekenland*, 29 mei 1997, overwoog het Hof ten aanzien van ‘gross negligence’:

‘The lack of precision of this concept, which involves an assessment of questions of fact, required that the courts give more detailed reasons, particularly since their finding was decisive for the applicant’s right to compensation’.

Vergelijk ook nog:

Fouquet/Frankrijk, 31 januari 1996, waarin het Hof oordeelde dat het over het hoofd zien van een grond voor de klacht van de klager beschouwd moest worden als: “a failure in stating reasons for the judgment, and as a consequence, there was no a fair trial” (de zaak werd geschikt).

Higgins/Frankrijk, 19 februari 1998, het Hof nam schending van artikel 6 aan want de uitspraak van het Cour de Cassation:

[was not] “express and specific on the consequences to be drawn from the judgment of 22 March 1990. As a result, it is impossible to know whether the Court of Cassation simply neglected to make an order in respect of the third set of proceedings or whether it decided not to order transfer and, if so, why”.

5.10 Conclusies over motiveringsgebreken en de werking van artikel 6 EVRM

Aan de jurisprudentie van het EHRM over de eisen die aan de motivering van een beslissing van de nationale rechter - en daarmee ook: arbiter - gesteld moeten worden, zou zoals uit het hier gegeven overzicht blijkt, gewicht in de schaal toegekend moeten worden bij alle discussie in ons rechtsgebied over de betekenis van arresten als *Nannini* en *Kers/Rijpma* als precedents. Het gaat bij hetgeen door artikel 6 EVRM wordt voorgeschreven immers over dwingend Verdragsrecht, in de uitleg die het hoogste gerecht daarover heeft gegeven. Ook bindend voor onze nationale hoogste rechter, de Hoge Raad, zoals deze dat al in 1995 bevestigd had in zijn arrest van 7 april 1995, *N/Mobius*. In dat licht kan het niet zo zijn dat de Hoge Raad met het arrest van 2006, *Kers/Rijpma* op zijn schreden van *Nannini* (indertijd opgevat als een bevestiging van de ‘leer-Snijders’) zou kunnen terugkeren zonder in strijd met het Verdragsrecht te komen. In de commentaren op deze recente ontwikkeling in de jurisprudentie heb ik deze kritiek niet gehoord. Het werd dus hoog tijd om daar aandacht voor te vragen, wij verkeren met ons recht niet op een eiland, maar zijn onderdeel van het recht van alle Verdragstaten en de normen die daar gelden.

Wij zagen dat het nog vreemder gesteld is met onze de rechtspraak van de hoogste rechter. In de jaren '90 was deze al *grosso modo* conform aan die van het EHRM over artikel 6 EVRM, *fair trial*. Het standaardarrest van 4 juni 1993 evenals dat van 7 april 1995 - waarin de Hoge Raad bij de onderbouwing van de beslissing nota bene naar de standaarduitspraak uit Straatsburg van een jaar tevoren, *Ruiz Torija*, had verwezen – bleef gevolgd worden bij het toetsen van de motivering door de overheidsrechter in de afgelopen decennia. Deze rechtspraak, die in wezen EVRM-conform was, werd echter verlaten wanneer het om vonnissen van scheidsrechters ging met het arrest van 22 december 2006, *Kers/Rijpma* als *moment suprême*. Geen kers op de taart, dus.

Dit gebrek aan internationale oriëntatie in onze cassatierechtspraak staat niet op zich. Hieronder zal nog aan de orde komen dat er een ander probleem is met de jurisprudentie van de Hoge Raad, op het terrein van de aansprakelijkheid van arbiters in het algemeen, namelijk dat deze in strijd is met Unierecht zoals door het EU Hof van Justitie vorm gegeven in een reeks van uitspraken, met het *Köbler*-arrest (2003) voorop.¹⁸⁸ Daarvoor is meteen al de aandacht gevraagd in de literatuur, met een in de loop van jaren aanzwellende kracht. Dat zou

¹⁸⁸ Zie: Hoofdstuk 8.

ook een reden voor onze hoogste nationale rechter moeten zijn om de bakens op dat punt te verzetten.

Bij het afronden van dit onderdeel, breng ik nog even in herinnering hoe wij in deze excursie in EVRM-land terecht zijn gekomen - wat de aanleiding daartoe was. De vraag is ook, wat het ons opgeleverd heeft. Deze démarches vonden plaats in het kader van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder *d* Rv, het niet ‘met redenen omkleed zijn’ van het vonnis, zoals de wetgever het kuis uitdrukt, en de daarbij te stellen vraag of een arbiter indien dat het geval is van onrechtmatige rechtspraak beticht kan worden. Wij zagen hier, als de uitkomst van deze paragraaf, dat die vraag in beginsel positief beantwoord kan worden – net zoals het geval is met de sub *d* gestelde nevenverplichting van het ondertekenen van een arbitraal vonnis (*Qnow calling*). Maar het werd ook duidelijk dat dit een weg niet zonder hindernissen is, gezien de gebrekkige toepassing van Verdragsrecht (EVRM) in de jurisprudentie, die van de Hoge Raad voorop. De heersende onzekerheid op dit gebied maakt dat een regres-zoekende partij over veel tijd en een gevulde geldbuidel moet beschikken, want er zal vermoedelijk in meer dan één instantie geprocedeerd moeten worden om het doel te behalen. Ook al zou men aanvankelijk door een eigenzinnige, zelfstandig denkende rechtbank in het gelijk gesteld worden (archetype: Rechtbank Amsterdam, zie vonnis van 7 april 2011), dan nog is het afwachten wat in appel een hof gaat doen, dat wellicht de mis-leidende uitspraak *Kers/Rijppma* als standaard zal nemen. *At face value* neemt, zouden de Angel-saksen zeggen. En dat terwijl hier dwingend Verdragsrecht in het spel is, dat bovendien al geruime tijd geleden in onze nationale jurisprudentie overgenomen was, in aanvulling op de eigen rechtspraak op dit gebied.

Nu eerst nog een verwant onderwerp dat ons lering kan bieden bij het onderzoek naar de aansprakelijkheid van arbiters voor gebrekkige motivering van het vonnis. Hoe zit dat bij de bindend adviseur?

HOOFDSTUK 6

Diverse onderwerpen: De motiveringseis bij bindend advies. Herstel van het vonnis en terugverwijzing (*remission*). Vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Medeaansprakelijkheid van de arbiter, en juridisering van arbitrage

6.1 Vergelijkingsmateriaal: de motiveringseis bij bindend advies, *Amsterdam/Honnebier* (2005)

Hierboven werd al gewezen op de punten van overeenstemming tussen arbitrage en bindend advies, beide gebaseerd op een overeenkomst met partijen om een geschil tot een oplossing te brengen, met daarbij een grotere vrijheid van handelen dan de rechter heeft. Welke eisen kunnen aan de motivering van een bindend advies gesteld worden?

De Hoge Raad heeft met het arrest van 20 mei 2005, *Amsterdam/Honnebier*, ook bij het bindend advies de motiveringstoets aanvaard.¹⁸⁹ De casus is als volgt. De Gemeente Amsterdam had de canon die zou moeten gelden voor een nieuwe erfpachttermijn van 50 jaar door deskundigen in bindend advies laten vaststellen, waarbij nogal wat was fout gegaan wat beginselen van procesrecht betreft. Erfpachter Honnebier accepteert dat niet en krijgt het Hof Amsterdam mee, aangezien volgens het hof in het bindend advies “nagenoeg elk inzicht in de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven ontbreekt”, zodat Honnebier daaraan naar redelijkheid en billijkheid niet gebonden is.

De Hoge Raad overweegt met betrekking tot de motiveringsplicht als volgt:

“Onderdeel 2 betoogt dat het hof, met zijn oordeel in rov. 4.5 dat de motivering van het oorspronkelijk advies zozeer tekortschiet dat gebondenheid van Honnebier daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft miskend dat dit advies het karakter heeft van een "zuiver" bindend advies waarop de regels van een goede procesorde, waaronder het motiveringsvereiste, in beginsel niet van toepassing zijn. Partijen, de hiervoor in 3.1 onder (iv) bedoelde erfpachters en de Gemeente, hebben aan de deskundigen als bindend adviseurs opgedragen de canon te herzien die is verschuldigd door de erfpachters van het bouwblok waarvan het perceel van Honnebier deel uitmaakt.

Op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, valt geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld. In het onderhavige geval hield de opdracht aan de deskundigen in dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Op zichzelf wijst dit erop dat aan hun oordeel weinig of geen motiveringseisen behoeften te worden gesteld. Anderzijds mochten zij bij de vaststelling van de gewijzigde canon niet louter intuïtief te werk gaan. Art. 6 lid 2 van de AB 1915 luidt immers als volgt:

‘De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen (...); door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden.’

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de eis dat sprake moet zijn van "een gemotiveerd proces-verbaal" aldus uitgelegd, dat het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) in belangrijke mate diende te berusten op een vergelijking met andere in Amsterdam gelegen percelen/bouwblokken die in erfpacht waren uitgegeven, welke zich voor een zodanige vergelijking leenden. Bij dit uitgangspunt mogen in zoverre wel degelijk motiveringseisen aan het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) worden gesteld.

¹⁸⁹ HR 20 mei 2005, *RvdW* nr 76.

Tegen deze achtergrond berust het onderdeel, dat verdedigt dat aan het oordeel van de deskundigen in beginsel geen motiveringseisen mogen worden gesteld, op een onjuiste rechtsopvatting, zodat het faalt.”

Opvallend is hier dat de Hoge Raad het onderscheid ‘zuiver’ en ‘onzuiver’ bindend advies hanterend, voor de eerste categorie, die nog het minste met overheidsrechtspraak te vergelijken is, ook een motiveringstoets opgelegd heeft. Dat heeft dus betrekking op een beslissing waarbij geen rechtsvragen in het geding zijn, maar feitelijke vragen van financiële of technische aard. Daarmee is tevens aangegeven dat voor het ‘onzuiver’ bindend advies – een op rechtspraak (arbitrage) gelijkend oordeel – zeker een motiveringstoets geldt, niet anders dan in de zojuist genoemde vergelijkbare vormen van geschilbeslechting voorgeschreven is. Een opmerkelijk standpunt van de Hoge Raad, dat in lijn is met het *Nannini*-arrest van een jaar tevoren op het terrein van toetsing van arbitrale vonnissen op hun motiveringsgehalte. Het is overigens een punt van discussie in de doctrine of het onderscheid tussen ‘zuiver’ en ‘onzuiver’ bindend advies nog zinvol is. Het wordt door B.C. Punt bijvoorbeeld verworpen, terwijl P.E. Ernste er voorstander van is.¹⁹⁰

Voor deze jurisprudentie van de Hoge Raad over de motiveringseisen voor het bindend advies kan steun gevonden worden in de doctrine van die tijd.

Zie bijvoorbeeld het artikel van A.H. Santing-Wubs, “Beginselen van procesrecht en ‘bijzondere’ rechtspraak”, in: *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, red. G.T. de Jong en W. Kolkman, CRBS-reeks deel 7, Den Haag, 2003, p.205, op p.214. Zij stelt daarin dat het bindend advies gemotiveerd moet worden; in een noot wordt daarbij verwezen naar het arrest Hof Arnhem 13 nov. 2001, *NJ* 2002/248, *Sutton/MDS*, en naar: I. van Creveld, *Opstellen P. Scholten*, 1932, p.84 v.; W.L. Valk, *Contractenrecht* IV, nr. 609. Haar betoog luidt:

“Ik zou ervoor willen pleiten dat voor bindend advies in beginsel dezelfde fundamentele beginselen – t.w. een eerlijke behandeling (hoor en wederhoor, gelijkheidsbeginsel en motiveringsvereiste, ...) - hebben te gelden als voor arbitrage” (p.214).

In een noot worden als medestanders aangehaald: B.J. Broekema-Engelen, *BW, T & C Boeken* 6, 7 en 8, red. J.H. Nieuwenhuis e.a., 2001, aant. 2 bij art. 7:904 BW; A.A. van Rossum, *De vaststellingsovereenkomst*, 2001, p.28; Snijders, Ynzonides en Meijer, *Ned. burg. procesrecht*, 2002, nr 401, “die daarbij opmerken dat de regels die in de wet bij arbitrage uitvoerig zijn uitgewerkt analoog kunnen worden toegepast bij bindend advies”.

De Hoge Raad heeft aldus met het arrest van 20 mei 2005 het bindend advies motiveringseisen opgelegd. Het was geen gelegenheidsarrest want in een arrest van 24 maart 2006 heeft de cassatierechter zijn standpunt bevestigd en dat geldt nu als vaste jurisprudentie.¹⁹¹

De manier waarop dat is gebeurd in deze rechtspraak is ook van belang voor het motiveringsvraagstuk bij arbitrage.

¹⁹⁰ Zie, resp.: B.C. Punt, “Enkele aspecten van de aansprakelijkheid van de bindend adviseur”, en Pauline E. Ernste, “De aansprakelijkheid van de bindend adviseur: de betekenis van de *Greenworld*-maatstaf bij zuiver en onzuiver bindend advies”, papers voor het Symposium van de Studiekring Normatieve uitleg over dit onderwerp, op 9 november 2018 in Rotterdam; geplaatst op de website van de Studiekring. Zie ook van Ernste haar dissertatie *Bindend advies*, Nijmegen 2012.

¹⁹¹ HR 24 maart 2006, *RvdW* 2006/311, *Ned. Woningfinanciering Mij.* A-G Wesseling-van Gent noemt beide arresten bij het weergeven van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt, concl. voor HR 22 december 2006, *Kers/Rijpm*a, onder nr. 2.42 e.v.

Ik teken hierbij nog aan, dat deze benadering van de cassatierechter niet bepaald verrassend is. Immers, wij zagen hierboven dat hij de motiveringseisen die voor de overheidsrechter in de reguliere procedures gelden ook voor de verzoekschriftprocedures (faillietverklaring) en kort geding-zaken geldend verklaard heeft. Een gebied waar de rechter grote vrijheid van handelen en oordelen heeft, te vergelijken met dat van de bindend adviseur, zeker wanneer sprake is van een ‘zuiver’ bindend advies, als in de zaak-Honnebier. Kortom, er zit een systeem in, zou men denken.

6.2 Processuele fouten: (3) fout die grond kan zijn voor herstel van het vonnis ex art. 1060 Rv. Verhouding tot remission, art. 1065a Rv

Deze categorie, de mogelijkheid van rectificatie of herstel, wordt hier volledigheidshalve genoemd, het geval dat er in het vonnis sprake is van rekenfouten of verschrijvingen (art. 1060 Rv). Hier geldt nog sterker dan bij de eerder besproken vernietigingsgronden van art. 1065 Rv dat in de regel dergelijke fouten binnen de daarvoor gestelde termijn aan het licht kunnen komen en het niet voor de hand ligt dat dit eerst ná die termijn gebeurd is. Maar zoals wel vaker, kan de werkelijkheid grilliger zijn dan elke theorie. Daarbij blijft natuurlijk de hoofdregel gelden dat het verstrijken van de tijd niet aan de partij in kwestie toegerekend moet kunnen worden.¹⁹²

Overigens is het voorwerp van herstel beperkt, algemeen wordt aangenomen dat het ontbreken van een handtekening onder een arbitraal vonnis niet daartoe in aanmerking komt, de casus van *Qnow* dus.¹⁹³ Maar met de wijziging van het Arbitragerecht in 2015 werd als art. 1065a Rv een nieuwe figuur geïntroduceerd, de *remission*, ontleend aan art. 34 lid 4 UNCITRAL Model Law on International Arbitration, de mogelijkheid van terugverwijzing van een vonnis naar arbiters om een geconstateerde fout die grond voor vernietiging oplevert, te verbeteren.¹⁹⁴ Door enkele schrijvers wordt aangenomen wordt dat dit middel toepast kan worden op het ontbreken van een handtekening onder een vonnis, maar dat is dan wel te laat gekomen voor toepassing bij *Qnow*.¹⁹⁵ Herstel door terugverwijzing kan niet gebruikt worden bij het ontbreken van een overeenkomst van arbitrage of een schending van de openbare orde (bijvoorbeeld hoor en wederhoor of strijd met EU-recht). Dat is weer wél mogelijk indien er sprake is van motiveringsgebreken, leert de Memorie van toelichting.¹⁹⁶

Ik verwijs voor een discussie van de mogelijkheden die dit nieuwe rechtsmiddel kan bieden in geval van nietigheid van een arbitraal vonnis verder naar de hier genoemde schrijvers.

6.3 Afrondende beschouwingen: vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Medeaansprakelijkheid van een arbiter voor fout van een collega-arbiter. De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting

6.3.1 Vernietiging van het vonnis als voorwaarde voor aansprakelijkstelling van de arbiter?

¹⁹² Ik noem in dit verband ook nog de mogelijkheid om bij gebreken in het vonnis (niet ingaan op vorderingen of tegenvorderingen) een aanvullend vonnis te vragen, ex art. 1061 Rv. Dit geldt als voorwaarde voor het instellen van een actie tot vernietiging van een vonnis wegens het ‘zich niet aan zijn opdracht houden’ door het scheidsrecht, zie art. 1065 lid 6, juncto lid 1 sub c Rv.

¹⁹³ Zie in die zin: Snijders, *TvA* 2017, onder nr. 1; Ernste en Meijer, *AA* 2017, p.685, met verdere verwijzingen. Meijer ziet wel een mogelijkheid in een uitzonderingsgeval wanneer de niet-tekende arbiters daartoe wel bereid waren geweest, maar niet de kans daarvoor gekregen hadden, *Kroeze-bundel*, 2017, p.360. Overigens zou Snijders voor wetwijziging op dit punt zijn.

¹⁹⁴ Dit gebeurt op verzoek van één van partijen of ambtshalve door het hof.

¹⁹⁵ Zie in die zin bijvoorbeeld Snijders, t.a.p., nr. 3 en Ernste en Meijer, t.a.p., p.685, met verwijzingen. In andere zin: Ernste en Kortmann, *JOR* 2016/324.

¹⁹⁶ Waarover Meijer en Van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer, 2015, p.161.

Komend tot een afronding van dit onderwerp, nog een opmerking bij de eerder genoemde vernietigingsgronden. Ik teken hierbij aan dat de Hoge Raad wel de eis van vernietiging van het vonnis gesteld heeft als voorwaarde voor aansprakelijkheid van de arbiter. De cassatierechter heeft echter daarvoor geen steun in de literatuur gekregen, met als belangrijk argument dat die voorwaarde niet geldt voor bindend advies, zoals beslist in het arrest *PWC/Van Zanten* (2012).¹⁹⁷ Tot die stroming in de doctrine behoort Punt¹⁹⁸; een tegenstander van die opvatting is Ernste.¹⁹⁹

Het standpunt van de Hoge Raad is bovendien in strijd met Unierecht, zoals blijkt uit de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak *Da Silva* (2015): de nietigheid van een rechterlijk uitspraak is niet vereist, want ook die van een hoogste nationale rechter kan een vorm van onrechtmatige rechtspraak inhouden vanwege schending van Unierecht die getoetst kan worden.²⁰⁰ Het belang van het Unierecht evenals de verhouding ervan tot nationaal recht komt nog uitvoerig ter sprake in een volgende paragraaf, ik laat die materie hier verder rusten.

6.3.2 Mede-aansprakelijkheid van een arbiter voor een fout gemaakt door een mede-arbiter

Hierboven kwamen wij bij de bespreking van de bestuurdersaansprakelijkheid in Boek 2 de figuur tegen dat er van collectieve aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap sprake is, op grond van art. 2:9 BW, de interne bestuurdersaansprakelijkheid (tegenover de rechtspersoon). De taakvervulling heeft volgens lid 1 betrekking op “alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld”. In lid 2 wordt gesteld dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt “voor de algemene gang van zaken”; hij is “voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur” tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij “niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden”.

Verder kent men op dat terrein de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders ingeval van art. 2:11 BW (bestuur door een rechtspersoon uitgevoerd, ten aanzien van de bestuurders van die laatste) en art. 2:248 BW (bij faillissement). Deze regeling van Boek 2, met bijbehorende jurisprudentie, kan inspiratie geven voor de situatie van aansprakelijkheid van arbiters. Ook daar kan een aansprakelijkheid voor de algemene gang van zaken aangenomen worden, naast een bijzondere aansprakelijkheid afhankelijk van de interne taakverdeling. Hier ontbreken wet of statuten, maar er wordt bijvoorbeeld altijd een penvoerder benoemd die het contact met de raadslieden van partijen onderhoudt namens het arbitraal panel. Ook kan de voorzitter zich rechtstreeks tot laatstgenoemden wenden, bij voorbeeld bij het stellen van vragen. Hij kan ook zelfstandig “procedurele zaken van ondergeschikt belang” beslissen, zegt de wetgever.²⁰¹ Verder is denkbaar dat een lid van het arbitrale panel de taak toebedeeld heeft gekregen om overleg met een onafhankelijke deskundige te plegen voor het verkrijgen van informatie of in het kader van een selectie van experts. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer partijen met betrekking tot een kostenraming in een bepaalde branche lijnrecht tegenover elkaar staan,

¹⁹⁷ HR 15 juni 2012, *NJ* 2012/155, m.nt. Vranken.

¹⁹⁸ Zie voor Punt zijn eerder genoemde paper voor het Symposium Studiekring Normatieve uitleg van 9 november 2018 in Rotterdam. Zie ook zijn boek over Bindend advies dat medio 2019 verschijnt in de *Serie Recht en Praktijk*.

¹⁹⁹ Pauline E. Ernste, *Bindend advies*, diss. Nijmegen, 2012.

²⁰⁰ HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565, m.nt. Ortlep, *Ferreira da Silva c.s./Portugal*. Een voorbeeld van een uitspraak van de hoogste nationale rechter in ons land, de Hoge Raad, waarover geklaagd is vanwege onrechtmatige rechtspraak, is HR 13 juli 2012, *KLM-piloten/Staat*, inzake het niet stellen van prejudiciële vragen door de Hoge Raad aan het HvJ EU. Beslist met het arrest HR 21 december 2018, dat hieronder nog ter sprake zal komen, zie: Hoofdstuk 8, par. 8.5.

²⁰¹ Art. 1057 lid 1 Rv, met de toevoeging: “indien daartoe door de mede-arbiters bevoegdheid is verleend, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen”. Hier kan natuurlijk ook gewoonterecht van betekenis zijn, of een stilzwijgende volmacht die de voorzitter verleend werd door zijn mede-arbiters.

ieders betoog door eigen deskundigen ondersteund. Een onpartijdige derde expert kan hier belangrijke informatie geven waarop arbiters hun verdere koers kunnen uitzetten in de procedure.²⁰² In al deze geval kan er iets fout gaan bij de handelwijze van de optredende arbiter, met gevolgen voor het verloop van de arbitrage. Een fout die al of niet kenbaar geweest is voor de mede-arbiters, en waarop zij in het eerste geval mogelijk hadden kunnen reageren om nadelige gevolgen te voorkomen. Het ‘treffen van maatregelen’ als genoemd in art. 2:9 lid 2 BW. Dat kan ook over de portefeuille van een andere arbiter gaan, denk aan de wethouder in de zaak van *Gemeente Stein/Driessen* (1997), een vorm van toezicht die eerder ter sprake is gekomen. Kortom men mag niet zitten slapen met de gedachte dat het iemand anders zaak is.²⁰³

Maar wat is het geval indien de mede-arbiter geen kennis van zaken heeft, niet kan beoordelen of zijn collega zich goed van zijn taak gekwetend heeft? Een activiteit die op een vakgebied ligt dat hij niet beheerst, zoals techniek, accountancy, e.d. ? Of neem het geval van de leken-arbiter indien een regel van arbitragerecht door een collega-arbiter geschonden wordt. Indien het over basis-regels gaat – denk aan de eerdergenoemde verplichting tot ondertekenen - kan dat anders liggen, maar wanneer bij voorbeeld een te vrije omgang met het bewijsrecht heeft plaatsgevonden: het niet toelaten van bewijsmiddelen en daarmee het schenden van het beginsel van hoor en wederhoor, of andere complexe juridische zaken, kan de leken-arbiter op de toelaatbaarheid daarvan geen zicht op hebben.²⁰⁴ Indien het om een internationale arbitrage gaat, is het denkbaar dat een jurist-arbiter niet op de hoogte is van de finesses van het recht van een ander land dat verkeerd toegepast werd. Dat geldt met name ook voor het procesrecht van dat land als recht van het land van de zetel van arbitrage dat toegepast wordt door de arbiter (of voorzitter) uit dat land. Dat procesrecht kan ook via een verdrag in een derde land gelegen zijn als zetel van het verdrag, recht waarmee arbiters niet vertrouwd zijn. Bij investeringen in andere landen volgens een Bilateral Investment Treaty (BIT), met arbitrages gevoerd onder het ICSID in Washington D.C., kan bijvoorbeeld Nederlands procesrecht van toepassing zijn als het recht van de zetel van het verdrag, Den Haag. Dat is dan een uitwedstrijd voor internationale arbiters in zo’n arbitrage, die moeten afgaan op wat door de raadslieden of experts over dat vreemde recht gesteld wordt. Het tussenvonnissen als ‘bindende eindbeslissing’ naar Nederlands procesrecht, om maar iets te noemen.²⁰⁵

Het maken van een procesrechtelijke fout door een arbiter kan in een klein hoekje zitten. Ik moest eens in een Amerikaanse arbitrage een *expert opinion* over Nederlands contractenrecht geven. Bij de voorbereiding van de hearing in New York had de Amerikaanse advocaat die ik moest instrueren grote moeite om mijn advies in zijn pleidooi te verwerken. Hij stelde voor, dat ik op de zitting maar als advocaat moest optreden om dat ‘vreemde’ recht bij pleidooi uiteen te zetten. Op de hearing werd hiervoor toestemming gevraagd aan de voorzitter van het

²⁰² Zo herinner ik mij een geval waarin ik als voorzitter van het panel met een maritiem deskundige in Londen ben gaan praten over het belang en de kostenfactor van een vloot met verouderde schepen die door een van de partijen voor internationaal transport ingezet werden.

²⁰³ Dit is een algemene figuur op het terrein van meedaderschap, zoals het optreden van commissarissen van een NV of, in het bouwrecht, het deel uitmaken van een zgn. bouwteam. Zie hierover mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, p.317 e.v.

²⁰⁴ Het kan verwarrend zijn voor een leek, zelfs voor een jurist met weinig arbitrale ervaring, dat arbiters niet aan de algemeen geldende regels van bewijs voor gerechtelijke procedures gebonden zijn ex art. 1039 Rv. Dat kan ook problemen geven bij het horen van getuigen, deskundigen of bij een descende, wanneer partijen daarover onvoldoende geïnformeerd werden.

²⁰⁵ Dat mocht ik eens in Washington D.C. een panel van arbiters uit de V.S., U.K. en Ecuador uitleggen, in 2014 (in *Chevron III*).

arbitraal panel. Deze had daar geen bezwaar tegen, maar vroeg wel uitdrukkelijk of de advocaat van de tegenpartij er ook mee akkoord ging, en dat was na enig overleg het geval. Ik begreep later het belang hiervan: het is in strijd met de procesregels dat een *expert* van rol verwisselt en als *counsel* optreedt. Voor zo'n overtreding kan het vonnis naderhand vernietigd worden door de verliezende partij. Dat was voorkomen doordat de (ervaren) voorzitter ter zitting uitdrukkelijk toestemming aan die partij gevraagd had. Je moet steeds op de kleine regels letten in een arbitrage, zo blijkt weer.

6.3.3 De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting

Tot slot nog een kanttekening over de bredere context van het hier besproken onderwerp. De kans op het maken van fouten door arbiters op procesrechtelijk terrein is in de loop der jaren groter geworden als gevolg van de 'juridisering' van het arbitrageproces. Het was ooit bedoeld als alternatief voor de gerechtelijke procedure en aantrekkelijk omdat het minder formele eisen kende in de procesvoering, *low profile* en resultaat gericht was: de beslechting van een commercieel geschil met oog voor de economische en technische context, zakelijk en voortvarend, geen plaats bieden voor processuele fijnslijperij. Op een congres in Londen in de jaren '90 ter gelegenheid van een lustrum van het Chartered Institute of Arbitrators hield een bekende arbiter en rechter, Lord Mustill, een toespraak waarin hij de veranderingen die plaatsgevonden hebben treffend weergaf. Toen hij als jong advocaat begon in arbitrages voldeed die vorm van geschilbeslechting aan de zojuist gegeven omschrijving: snel, efficiënt, gericht op een commercieel wenselijk resultaat, als alternatief voor de rechtbankprocedure, die als uiterst traag, formalistisch en kostbaar te boek stond. Na vijftientig jaar is de situatie in het tegenovergestelde veranderd: arbitrages duren jaren, worden heel formalistisch gevoerd met ruimte voor veel procesrechtelijke klachten, en zijn heel kostbaar. In een tijdperk dat de rechterlijke procedures veel soepeler, efficiënter, sneller en resultaatgericht zijn geworden.²⁰⁶ Deze observatie is niet alleen op de Engelse arbitragewereld van toepassing maar vooral ook op de internationale arbitrage. De internationale opkomst van ADR (Alternative Dispute Resolution, met de Wereldbank als instigator), mediation en *adjudication* is geen toeval.

Nu geldt dit in ons land in veel mindere mate, maar de internationale ontwikkelingen werpen ook hun schaduw op ons rechtsgebied. De rechter is hier veel minder lijdelijk geworden vergeleken met enkele decennia geleden – in Rotterdam kende men al generaties het 'Rotterdams procesrecht', typisch voor een handelsstad – en de wetgever heeft hem meer mogelijkheden geboden om initiatieven te nemen om op actieve wijze aan de bewijsvoering deel te nemen. Bij internationale arbitrages maakte ik soms mee dat de voorzitter een meer lijdelijk regime voerde in vergelijking tot de burgerlijke rechter.²⁰⁷

²⁰⁶ Zie: Civil Procedure Rules 1998, die gelden voor o.a. de High Court in Londen (d.i. de Rechtbank). Deze werden ingevoerd met de Civil Procedure Act 1997, die weer het gevolg was van het baanbrekende rapport van Lord Woolf, *Access to Justice Report*, 1996. Een opvallende vernieuwing waren de Pre-action Protocols, het organiseren en stroomlijnen van een proces door de rechter in overleg met partijen voordat dit daadwerkelijk begint.

²⁰⁷ In een ICC-arbitrage, met een Zwitser als voorzitter. Dus geen informatie opvragen aan partijen, bijvoorbeeld, en wanneer een advocaat de figuur van *request for documents* niet kent en hanteert, is dat frustrerend.

HOOFDSTUK 7

Verzekering en arbitrage

7.1 Inleiding. Het standpunt van Snijders (en van de Hoge Raad?)

Hierboven kwam de relatie van verzekering van aansprakelijkheid tot de vaststelling van aansprakelijkheid al enkele keren aan de orde, ook in verband met de positie van de arbiter op dit vlak. Over Mr. B. in de *Qnow*-zaak werd uitdrukkelijk vermeld door eiseres dat hij verzekerd was tegen aansprakelijkheid en dat gebeurde niet zonder reden. Hoe staat het met die verzekeringsaspecten op dit terrein, hoe wordt daarover gedacht in de doctrine? In sommige kringen bestaat er verzet tegen het aanvaarden van aansprakelijkstelling van arbiters en wel vanwege de praktische uitwerking hiervan: het moeilijk of niet kunnen verkrijgen van (voldoende) verzekering voor arbiters. In die zin recentelijk Snijders in zijn artikel in *TvA* 2017 over het *Qnow*-arrest, in het kader van een speculatie over de vermoedelijke argumenten van de Hoge Raad voor aanvaarding van een beperkte aansprakelijkheid van arbiters in dat arrest. Annotatoren zijn vaak goed op de hoogte van wat er in de boezem van de Hoge Raad leeft, niet alleen vanwege korte lijnen die nu eenmaal in die kringen bestaan – de anekdotes die in Haagse cassatiekringen bestaan over wat zich aan de andere kant van de schutting afspeelt laat ik hier rusten, ze zijn trouwens toch al gedateerd – maar er is ook nog zoiets als intuïtie, wat Bregstein ooit noemde: ‘geschoolde intuïtie’. Daar kan de jurist niet genoeg van hebben trouwens, maar dat terzijde. Wel echt *Amsterdamse School*.²⁰⁸ Het vervelende aan intuïtie, een nadeel eigenlijk, is dat zij doorgaans niet uitgesproken wordt, dat is in elk geval bij de uitspraak van de Hoge Raad het geval. Nu Snijders daar uiting van gegeven heeft, kan die opvatting besproken, en vooral weerlegd worden. Er is namelijk weinig steun voor te vinden in de juridische werkelijkheid, de arbitrale praktijk. Daarvan geef ik hier een beeld, een overzicht van de wijze waarop in die wereld met verzekering van aansprakelijkheid omgegaan wordt. Maar eerst een weergave van het betoog van Snijders op dit punt.²⁰⁹

Snijders stelt, zoekend naar mogelijke argumenten van de Hoge Raad voor zijn beslissing in *Qnow* dat “arbiters zich dikwijls niet of niet voldoende kunnen verzekeren voor hun eventuele aansprakelijkheid als arbiter”. Dat geldt voor zelfstandig optredende arbiters, voor advocaten en andere professionals is vaak een beroepsaansprakelijkheidsverzekering van toepassing. Maar die biedt vaak onvoldoende dekking, merkt Snijders op, wanneer grote financiële belangen in het spel zijn, dat kunnen wel tientallen miljoenen en zelfs miljarden euro’s zijn. Arbiters die buiten die groep vallen, natuurlijke personen, kunnen zelfs geen aansprakelijkheidsverzekering sluiten, omdat er geen verzekeraar voor te vinden valt, constateert Snijders. Dat laatste is zelfs aangevoerd als argument voor uitsluiting van aansprakelijkheid van arbiters in het Voorontwerp Arbitragewet 2005 (van de Commissie-A.J. van den Berg).²¹⁰ Snijders komt op grond hiervan tot de conclusie dat de Hoge Raad met de uitspraak in *Qnow*, de aanvaarding van een hoge drempel voor aansprakelijkheid van arbiters, oftewel het “milde aansprakelijkheidsregime van *Greenworld*” ook voor processuele (inhoudelijke) fouten, een “wijze beslissing” genomen heeft.²¹¹ Maar zoals altijd: ‘Wat is hier wijsheid’?, vraag ik mij af.

²⁰⁸ Dit is zoals bekend, een School van denken (Scholten, Eggens, etc.) die volgens sommigen, met name de *Leidse School*, niet bestaat.

²⁰⁹ H.J. Snijders, “Aansprakelijkheid van arbiters (QNOW/B), repressie en preventie”, *TvA* 2017/1, onder nr. 2.

²¹⁰ In art. 1069B lid 1 Voorontwerp, geen aansprakelijkheid behoudens opzet of bewuste roekeloosheid; hierbij wordt aangesloten bij art. 29 English Arbitration Act 1996, geen aansprakelijkheid behoudens *bad faith*. Deze bepaling van het Voorontwerp is niet overgenomen bij de wetwijziging arbitragerecht in 2015.

²¹¹ Een tweede argument was voor Snijders het *lites finiri oportet* beginsel dat ook voor de Staatsaansprakelijkheid voor overheidsrechtspraak geldt: het moet een keer afgelopen zijn met procederen. Hij is

7.2 Commentaar. Overzicht van mogelijke verzekeringsdekking voor juridische dienstverleners; de rol van arbitrage-instituten

Bij dit exposé van Snijders, waarmee vermoedelijk ook de gedachtegang van de Hoge Raad bij het aanvaarden van een hoge drempel voor aansprakelijkheid van arbiters weergegeven wordt, zijn de nodige kritische kanttekeningen te plaatsen. Snijders maakt allereerst geen onderscheid tussen kleine en grote arbitrages en geeft geen aandacht aan de relatie tussen omvang van het risico en de honorering van arbiters. Ook ontbreekt in het tableau de plaats van een arbitrage-instituut, zoals het NAI, in dit verband. Verder is een vergelijking met de positie van de juridische dienstverleners, zoals advocaten en notarissen, zinvol. Ik zal daar hieronder op ingaan.²¹²

Allereerst de positie van advocaten en notarissen die als arbiter optreden. Deze personen zijn op grond van hun beroeps- en gedragsregels verplicht verzekerd. De Orde van Advocaten heeft bepaald dat ten minste voor een bedrag van 500.000 Euro dekking verkregen moet zijn voor beroepsaansprakelijkheid en dat geen exoneration lager dan dat bedrag overeengekomen mag worden. De gebruikelijke dekking voor advocaten is in de praktijk echter minimaal 10 miljoen Euro. Grote kantoren plegen zelfs voor enkele honderden miljoenen verzekerd te zijn, waaraan een overnamepraktijk niet vreemd zal zijn. De meeste verzekeringen voor advocatenkantoren bieden de mogelijkheid om nevenfuncties mee te verzekeren, zoals het optreden als arbiter (of commissaris); dat gebeurt gewoon door de verzekeraar opgave te doen van de aanvaarding van de functie in kwestie.

Notarissen hebben een veel uitgebreidere regeling, zij zijn verplicht collectief verzekerd tot een bedrag van 25 miljoen Euro. Het eigen risico voor notarissen en advocaten varieert tussen 5.000 en 100.000 Euro. Bij accountants ligt het gecompliceerder, zij kunnen zich voor vele miljoenen verzekeren maar dragen een hoog eigen risico. Er is een zogenaamde ‘captive’ die hoger kan zijn dan de claim zelf.

Dan is er het punt van het verschil dat gemaakt kan worden tussen kleine en grote arbitrages en de navenante risico's die kunnen ontstaan, afgezet tegen de omvang van de honorering van de arbiters voor de werkzaamheden. Het gaat mijns inziens niet aan om de kleine arbitrages met een belang van enkele duizenden of tienduizenden Euro's - de overgrote meerderheid - op één lijn te zetten met de grote arbitrages, met een belang van tonnen of miljoenen Euro's, met een uitloop in de mega-arbitrages, waarbij miljarden op het spel kunnen staan. Het valt licht in te zien dat de risico's waarmee een falende arbiter geconfronteerd kan worden in overeenstemming zijn aan de belangen die spelen, maar dan telt ook het verschil in honorering hier mee. Dat kan variëren tussen enkele duizenden of tienduizenden Euro's tot enkele tonnen, of zelfs meer als het *Premier League*-werk is. In die context zijn dat dan toch risico's die een arbiter zou moeten kunnen dragen, ook als hij geen verzekeringsdekking hiervoor kan (of wil) krijgen? Het gaat hierbij ook om een kosten-baten analyse. Vaak zal een arbiter die als privaat persoon optreedt wanneer hij dat op enigszins commerciële basis doet dat in de vorm van een B.V. doen, dat biedt ook de mogelijkheid om zijn privé-vermogen af

tenslotte wel voorstander van gebruik van het ‘grof plichtsverzuim’-criterium van de cassatierechter. Snijders verwijst overigens naar A.C.. van Schaick, bijdrage aan *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Vranken-bundel, red. G. van Dijk e.a., Deventer: Kluwer, 2013, p.107 e.v., i.h.b. p. 115, waarop hij hierbij reageert.

²¹² Hierbij maak ik dankbaar gebruik van de paper van Walter Hendriksen voor het Symposium studiekring Normatieve uitleg, 9 november 2018, Rotterdam, “Aansprakelijkheid van de bindend adviseur en de arbiter”, getiteld “Was getekend”, p.5 e.v., ook op de website van de Studiekring te vinden.

te schermen – het schrikbeeld dat in dit verband nog als eens geschilderd wordt in *worst case* scenario's dat dit vermogen vogel-vrij is, kan zo tot ware proporties teruggedraaid worden.²¹³ Ook moet men bedenken dat de 'belangen' van partijen die op het spel staan niet gelijk hoeven te zijn aan de claims die ingediend zijn. Van advocaten is niet alleen het bekende verhaal dat zij hun declaraties 'met een vork' schrijven (gezien het aantal nullen), dat geldt evenzeer voor de claims die opgesteld worden. Ik heb zelf eens meegemaakt dat de advocaten van partijen in het berekenen van de ondervonden schade (opzegging van een groot container opslag-contract dat nog 14 jaar looptijd had) een miljard Euro uit elkaar zaten. De ene partij claimde namelijk een *schade* van een half miljard, de andere berekende daarentegen geen schade, maar juist een *voordeel* van een half miljard door de opzegging. Dat kan gemakkelijk het geval zijn als de berekeningsfactoren onzeker zijn, en bovendien voorwerp van diametraal verschillende zienswijzen van partijen.²¹⁴ Een uiteindelijke beslissing over een schade in het vonnis laat meestal een ontvondend beeld zien waar het in werkelijkheid over ging. In een arbitrage waarin ik eens als expert optrad was de geclaimde schade aanvankelijk door een nationale rechter op 18 miljard USD bepaald, en in een latere beslissing op 9 miljard USD, de internationale arbitrage loopt nog.²¹⁵

Dan hebben wij het ook nog niet gehad over het vast te stellen causale verband tussen de fout van de arbiter en de door een partij (eventueel: een derde) ondervonden schade, een terrein vol voetangels en klemmen. Bovendien een rechtsfiguur die al jaar en dag door toerekening naar redelijkheid beheerst wordt, die tot een vorm van matiging kan leiden. Verder geldt dat advocaten ook op dit punt gewend om hoog van de toren te blazen, maar dat de uiteindelijke vaststelling van de causaliteit een ander verhaal kan blijken te zijn.²¹⁶ De afloop van de Qnow-zaak, die nog loopt, lijkt een goed voorbeeld hiervan te gaan worden: een kruising tussen blijdschap om een dode mus of de ontvangst van een geplukte kip.²¹⁷

Arbiters worden meestal benoemd door tussenkomst van een arbitrage-instituut, zoals bijvoorbeeld het NAI. Dat kan rechtstreeks gebeuren, als een van de arbiters die op een lijst staan en door partijen gekozen werd, of – wat ook gebeurt – indirect, als buitenstaander bij het instituut door een partij wordt voorgedragen ter benoeming als arbiter. Dan is er ook nog de figuur van een adhoc-arbitrage, waarbij partijen zelf de arbiters benoemen en overeenkomen om de arbitrage volgens de regels van het NAI te houden, soms gecombineerd met een door dat instituut te voeren administratie. Welke rol kan zo'n instituut spelen op het gebied van aansprakelijkheid en verzekering?

²¹³ In zijn genoemde paper meldt Hendriksen dat in de Qnow-zaak de voorzitter (B.) en de secretaris als verbonden aan een groot kantoor een ruime verzekeringsdekking hebben maar dat één van de arbiters in veel mindere mate verzekerd is. Dat zal, indien voorzitter B. te zijner tijd regres zou zoeken op zijn mede-arbiters nog wel "de nodige discussie opleveren - los van de vraag naar de individuele verantwoordelijkheid van elk der arbiters", noteert Hendriksen.

²¹⁴ In casu zaken als: vervoers- en opslagtarieven, afschrijving op schepen, de positie van de haven Rotterdam en bovenal, de ontwikkeling van de wereldeconomie en daarmee verbonden intercontinentale vervoerstromen in de toekomst. Als arbiters hoefden wij hier niet onze tanden op stuk te bijten: de zaak werd geschikt. Saillant detail: dat gebeurde een half jaar voordat de reuzen India en China ontwaakten, en de (vervoers)wereld er geheel anders kwam uit te zien.

²¹⁵ Het doet denken aan de anekdote die ik eens van oud-minister van VROM (ook intussen als ministerie exit) Pieter Winsemius hoorde, over subsidie-aanvragen die steeds meer de pan uitrezen. Hij liet de aanvraag bij de portier inleveren, die het gevraagde bedrag eerst door 3 moest delen voordat de aanvraag verder het ministerie in ging.

²¹⁶ Hendriksen, t.a.p., p.2 e.v., geeft een overzicht van de casus en van het weinig professionele optreden van Qnow in deze zaak om verhaal voor zijn vorderingen te verkrijgen en noemt de factor eigen schuld als van belang voor vaststelling van causaliteit.

²¹⁷ Zie hierover boven: Hoofdstuk 2, par. 2.1.

Een arbitrage-instituut kan een collectieve verzekering afsluiten voor de arbiters die door hem benoemd worden. De NAI heeft bijvoorbeeld een ‘paraplu-verzekering’ gesloten van die strekking met een dekking tot een bedrag van NLG 5 miljoen. Verder kunnen instituten in de reglementen bepalen dat er een exoneration van kracht is voor aansprakelijkheid van arbiters, aldus ook het NAI-reglement.²¹⁸ Maar hierbij gelden natuurlijk de regels van contractueel aansprakelijkheidsrecht dat op een dergelijke clause geen beroep gedaan kan worden in geval van opzet of grove schuld – waarbij op het onderhavige terrein begrippen als bewuste roekeloosheid en grof plichtsverzuim aan kunnen worden toegevoegd. Internationale arbitrage-instituten kennen een soortgelijke regeling.²¹⁹

7.3 Exoneration en verzekeringsdekking. Aansprakelijkheid van arbitrage-instituten? Afronding

Het onderwerp exoneration van aansprakelijkheid kwam hierboven vrij uitvoerig ter sprake, in Hoofdstuk 3. Ik stip hier nog enkele markante punten aan. Allereerst de gedachte van ‘*assurance oblige*’ die de moderne aansprakelijkstelling bepaalt, hoewel al geruime tijd modern qua opvatting. De term werd in roulatie gebracht door de Amerikaanse rechtsgeleerde van Duitse afkomst, Ehrenzweig, in de jaren zestig van de vorige eeuw. Dat het woord ‘noblesse’ vervangen werd door ‘assurance’ is vermoedelijk iets dat in deze tijd uitleg vraagt, met het terugwijkend beeld van fatsoen en beschaving. Hierboven kwamen als standaardarresten op dit gebied *Fokker vliegtuigvleugel* (1968) en *Kuunders/Swinkels* (2004) voorbij. Daarnaast geldt, voor de niet of onvoldoende verzekerde partij geconfronteerd met een door haar veroorzaakte aanzienlijke schade, dat aansprakelijkheid altijd beoordeeld wordt met in achtneming van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid, wederom: *Fokker vliegtuigvleugel*. De aard van de overeenkomst is hier de arbitrage die gevoerd wordt voor de benoemende partij in het geschil met haar wederpartij, en dan kan sprake zijn – zeker bij kleine of middelgrote arbitrages – dat prestatie en contra-prestatie in verhouding gezien moeten worden. Zoals de Hoge Raad het in 1968 formuleerde: de debiteur kan voor de schade niet aansprakelijk zijn, en

“dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen”.

Er zullen nog steeds juristen zijn die hier wat onwennig tegen aankijken, is dit geen nieuwlichterij? Het kan dan troost bieden dat wij met deze rechtsontwikkeling in ons land al geruime tijd in de pas lopen met die in landen om ons heen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland.²²⁰

Er valt nog een interessant aspect te noemen van deze ontwikkeling in ons aansprakelijkheidsrecht, en wel in verband met de kwestie dat zelfstandig optredende arbiters niet verzekerd kunnen zijn omdat dat zo’n verzekering moeilijk of niet te verkrijgen is. In onze jurisprudentie zijn de *BOVAG*-arresten uit de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw een beginpunt van het nieuwe recht. In het *BOVAG II*-arrest van 1957 had de Hoge Raad bepaald dat de exonerationclause die BOVAG-garages hanteerden om aansprakelijkheid uit te sluiten onredelijk was tegenover automobilisten en daarom in strijd met de goede zeden, als

²¹⁸ Art. 61 NAI-arbitragereglement 2015. Zo’n exoneration biedt natuurlijk geen bescherming tegen een vordering door een derde, die geen partij bij de arbitrageovereenkomst was.

²¹⁹ Snijders wees in dit verband op Article 40 ICC Arbitration Rules: geen aansprakelijkheid “except to the extent such limitation is prohibited by applicable law” en Article 16 UNCITRAL Arbitration Rules: geen aansprakelijkheid behalve in geval van “intentional wrongdoing”.

²²⁰ Voor een bespreking daarvan, zie mijn *Verbintenissenrecht I*, 2004, p.455 e.v.

een vorm van misbruik van omstandigheden. De BOVAG had zich verweerd met de stelling dat uitsluiting van aansprakelijkheid geboden was aangezien zij zich niet tegen dergelijke risico's kon verzekeren. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad werden nieuwe onderhandelingen tussen de BOVAG en de verzekeringsbranche gevoerd, met het gevolg dat een dekking gevonden werd, en vervolgens de gewraakte clause uit de algemene voorwaarden verdween.²²¹

Ik haal deze geschiedenis aan, omdat zij wellicht tot lering kan strekken voor ons onderwerp, de situatie van onverzekerde arbiters. Zij zouden de handen ineen kunnen slaan door de verzekeringsmarkt te benaderen en om een dekking vragen, in een aparte, of een aangepaste polis. Ook zou denkbaar zijn dat een arbitrage-instelling, zoals bijvoorbeeld het NAI het initiatief hiertoe neemt en zelfstandige arbiters zou aanbieden om gebruik te mogen maken van hun collectieve, 'paraplu-verzekering' voor de eigen, benoemde arbiters. Uiteraard in goed overleg met hun assuradeuren.

Over exoneration gesproken, een zelfstandig arbiter kan natuurlijk ook zelf een vrijtekening bedingen in zijn overeenkomst van opdracht met de partij die hem benoemt, met een limiet van zijn eventuele aansprakelijkheid. Dat laatste kan een bepaald bedrag zijn, afgestemd zijn op de te verkrijgen honorering voor de werkzaamheden, of een combinatie van beide. Dat laatste is een gebruikelijke limiet in kringen van architecten en technisch adviseurs, doorgaans door de verzekeraars in die vorm opgelegd.²²²

Het is een kwestie van appreciatie hoe ernstig men de zorg voor verzekeringsdekking moet nemen, met name als zelfstandig arbiter. De vraag is natuurlijk dezelfde wanneer zo'n persoon als adviseur optreedt en deskundigenadviezen, *legal opinions* schrijft. Ik heb mij zelf altijd voldoende veilig gevoeld achter de muren van een rechtspersoon, een B.V. en in de gedachte dat zorgvuldig opereren hier het devies is. Zoals de Romeinen al zeiden: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* - 'leef eerlijk, breng niemand schade toe en geef ieder het zijne' - het stond vroeger op de gevel van de Rechtbank Breda. Het leven is niet zo ingewikkeld als het er uit ziet, en het recht ook niet, als afspiegeling ervan. Dit moet men wel zien in de - hegeliaanse - zin dat 'zijn' met 'behoren te zijn' gelijkgesteld dient te worden.

De plaats van arbitrage-instituten als dienstenverlener in dit veld werd genoemd, maar zo'n instituut kan ook zelf doelwit zijn in een aansprakelijkheidsvraag en een daarover gevoerde procedure. Bij het verlenen van diensten kan immers ook gefaald zijn, met schade als gevolg. Al eerder bracht ik ter sprake dat in de selectie voor benoeming en bij de voorbereiding van arbiters op hun werkzaamheden fouten gemaakt kunnen worden, zoals het onvoldoende informeren van leken-arbiters over het ABC van arbitrerende en de procedureregels.²²³ Ook bij de afwerking van het eindvonnis door het instituut kunnen dingen fout gaan. Veel instituten kennen de dienstverlening - in de vorm van een service of als opgelegde verplichting - dat het concept-vonnis voor publicatie door het bureau van het instituut nagelopen wordt op

²²¹ Zie voor die episode, mijn *Verbintenissenrecht I*, 2004, p.398. In het te weinig gekende arrest *BOVAG III* (1960) werd een voorschot genomen op *Fokker vliegtuigvleugel* (1968): de uitkomst na verwijzing was geweest dat klant Mozes verzekerd was tegen het schaderisico, waardoor de BOVAG-garage met de exonerationclausule tegenover hem geen 'onevenredig zware verplichting had gelegd'. de garage kam dus met de schrik vrij, maar BOVAG ondernam toch de stappen die tot een eigen verzekering geleid hebben.

²²² Doorgaans staat op aansprakelijkheid een limiet (*cap*) van een bepaald bedrag, bijv. 100.000 Euro met als alternatief het bedrag van het overeengekomen honorarium, indien dat hoger is.

²²³ Zie boven, par. 5.3, noot 141 [CHECK: nr. noot]

eventuele procedurele of formele fouten, de zogenaamde *scrutiny*.²²⁴ Dit gebeurt om ongelukken te voorkomen, de nietigheid van het arbitrale vonnis wegens strijd met eisen van procesrecht, het arbitragereglement, en dergelijk. Fouten in het vonnis kunnen bijvoorbeeld ontstaan doordat buitenlandse arbiters niet vertrouwd zijn met het procesrecht van het land van de zetel van het arbitrage-instituut.

Loopt een arbitrage-instituut risico om aansprakelijk gesteld te worden indien door dergelijk onzorgvuldig handelen schade ontstaat voor een van de partijen in arbitrage, of voor derden? Dat is heel wel denkbaar. In de Greenworld-zaak, waar arbiters zich ten onrechte bevoegd hadden verklaard, werd ook het NAI gedagvaard vanwege falend toezicht op dat punt. In cassatie was die vordering niet meer aan de orde. De complexe casus, en daarmee een gecompliceerde vraag of hier bevoegdheid aangenomen kon worden, had tot rechtsvragen geleid die beantwoord moesten worden, zoals wij eerder zagen in par. 1.2 e.v. In zo'n context bestaat er voor het toezichthoudend en controlerend arbitrage-instituut geen taak. Daarmee was dit geen sterke zaak tegen het instituut, maar dat kan ook wel anders liggen, in geval van administratieve misslagen of bijvoorbeeld het niet adequaat reageren op berichten over arbiters die onbekwaam zijn en desondanks benoemd werden op voordracht van het instituut. In Frankrijk werd al weer enige tijd geleden het ICC in Parijs aansprakelijk gehouden voor het niet naleven van het eigen reglement, in de zaak van *Société Cubic Defense Systems* uit 1997.²²⁵ Ik heb dat niet verder uitgezocht, maar het zou mij niet verbazen dat hier van een trend sprake kan zijn.²²⁶ Zeker als er twijfels bestaan of de arbiter(s) in kwestie voldoende verhaal kunnen bieden voor de ondervonden schade, als gevolg van geen of onvoldoende verzekeringsdekking.

Arbitrage-instituten hebben dus belang bij een goede verzekeringsdekking tegen claims wegens falend toezicht en ondersteuning van arbitrages. Het verdient aanbeveling dat een instituut met zijn assuradeuren overeenkomt dat regres op nalatige arbiters uitgesloten wordt, die namelijk (voorlopig nog) niet of onvoldoende verzekerd kunnen zijn.. Een instrument dat bij verdeling van risico's en in het licht van de benodigde verzekering daarvoor veel problemen en onnodige procedures kan voorkomen. Met als archetype: de Fokker vliegtuigvleugel-zaak van 1968, zoals Köster dat in zijn *AA*-noot indertijd uitgelegd heeft.²²⁷

Ik kom tot een afronding. Het is geen goed argument voor een beslissing als die in *Qnow* om voor de aansprakelijkheid van arbiters een hoge drempel op te werpen omdat zij "zich dikwijls niet of niet voldoende kunnen verzekeren voor hun eventuele aansprakelijkheid als arbiter", zoals Snijders betoogd heeft. De positie die een arbiter inneemt wijkt niet wezenlijk af van die van andere juridische dienstverleners, waaraan verzekeringsdekking geboden wordt en kan worden in een breed spectrum. Ook is het zo dat op het gebied van arbitrages waarbij relatief kleine belangen op het spel staan het risico voor gemaakte fouten in de arbitrage voldoende afgedekt kan worden. Dat geldt ook voor de zelfstandig, niet kantoor-gebonden optredende arbiter, die zich afdoende van het middel van exoneration zou kunnen bedienen. Er wat de risico's betreft, de soep wordt meestal niet zo heet gegeten als ze wordt opgediend.

²²⁴ Dit wordt miskend door A-G Huydecoper: in zijn conclusie voor *Greenworld* kan hij zich niet voorstellen dat een arbitrage-instituut ooit aansprakelijkheid kan dragen voor een gebrekkig vonnis. In andere zin: Tjittes in zijn noot, *JBPr* 2010/6, nr. 11.

²²⁵ Tribunal Paris 21 mei 1997, *Société Cubic Defense Systems vs. Chambre de Commerce Internationale*, *Revue de l'Arbitrage* 1997, p.417. Ontleend aan: Evert Dekker en Willem van Boom, *NJB* 2013/26, op p.1705, waar verdere internationale literatuur over dit onderwerp.

²²⁶ Hendriksen, t.a.p., meldt dat hij geen aansprakelijkstelling kent van instituten als het NAI of de ICC, hetgeen tekenend is voor de stand van zaken.

²²⁷ Zie boven, par. 3.7, in fine. Zentveld, een bedrijfje met 2 hijskranen, veroorzaakte een schade van NLG 120.000 aan 1 vleugel van Fokker die bij het transport "uit de broek gevallen was", zijn verzekering had een limiet van NLG 20.000. Hij verdiende NLG 17,- p/u met het werk, op afroep gedaan.

Bij de afweging of aansprakelijkstelling van de arbiter gerechtvaardigd is heb ik getracht om het belang van verzekeringsdekking van diens risico's in beeld te brengen, zoals dat ook elders in het aansprakelijkheidsrecht aangenomen wordt, in aansluiting op mijn eerdere bespreking ervan. Arbitrage is een bijzonder rechtsgebied, maar ook weer niet zó bijzonder dat dit een apart aansprakelijkheidsregime zou rechtvaardige, zeker niet vanwege de verzekeringsaspecten.

HOOFDSTUK 8

Kritiek op de leer van de Hoge Raad in *Greenworld* en *Qnow*: Aspecten van EU-recht: *Köbler* (2003) en het vervolg erop: *Traghetti* (2006) en *Tomášová* (2016). De miskenning van Unierecht inzake onrechtmatige rechtspraak in de jurisprudentie van de Hoge Raad. *KLM-piloten/Staat* (2018)

8.1 Inleiding. Het Hof van Justitie EU en zijn plaats naast het EHRM

Hierboven kwam aan de orde dat bij de toetsing van rechtsgeldigheid van een arbitraal vonnis naar nationale normen ook internationale normen in beeld komen, met name artikel 6 EVRM zoals dat in de jurisprudentie van het EHRM tot ontwikkeling is gebracht. Dat geldt ook normen ontleend aan EU-recht, het Hof van Justitie in Luxemburg hecht zeer aan de juiste toepassing van Europees recht door nationale rechters (en arbiters). Indien deze daarin tekort schieten is sprake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de lidstaat voor het handelen van de overheidsrechter in kwestie. In de rechtspraak van het Hof van Justitie EU is bepaald dat het hierbij moet gaan om een ‘kennelijke schending’ van Unierecht en daarbij mag het nationale recht de aansprakelijkheid van de rechter niet beperken tot kwade trouw of grove schuld. Hieronder zal dat nader besproken gaan worden, maar eerst nog een opmerking over het verband dat bestaat tussen dit onderwerp en hetgeen zojuist aan de orde is gekomen, schending van artikel 6 EVRM. Dat artikel is namelijk via het Handvest Grondrechten EU (artt. 47, juncto 52 lid 3) onderdeel van het Unierecht geworden. De in dat Verdrag opgenomen mensenrechten maken namelijk als algemene beginselen deel uit van het Unierecht, dat geldt bijvoorbeeld voor het motiveringsvereiste voor een rechterlijke beslissing. De vraag kan gesteld worden of het Hof van Justitie het Handvestrecht dient uit te leggen in het licht van het corresponderende EVRM-recht en de rechtspraak van het EHRM daarover.²²⁸ In het arrest *Toma* (2016) gaf het Hof daarop een bevestigend antwoord:

“voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door dat Verdrag aan worden toegekend”, en wordt die inhoud volgens de toelichting op artikel 52, derde lid, Handvest Grondrechten EU, “met name ook bepaald door de rechtspraak van het EHRM”.²²⁹

De Hoge Raad heeft bij het aannemen van zijn *Greenworld*-leer, later met *Qnow* (2016) bevestigd, geen aandacht voor deze Unie-rechtelijke aspecten gehad, met als gevolg zeer kritisch commentaar van vrijwel alle annotatoren en schrijvers. Hierbij nam het *Köbler*-arrest (2003) van het HvJ EU een centrale plaats in, aangevuld met de rechtspraak die daarop gevolgd is, zoals: *Traghetti* (2006) en *Milena Tomášová/Slowenië* (2016). In *Köbler* ging het om de “kennelijke schending” van Unierecht, in *Traghetti* werd bepaald dat het nationale recht de aansprakelijkstelling niet mag beperken tot kwade trouw of grove schuld van de rechter, in *Milena Tomášová/Slowenië* wordt het “kennelijk voorbij gaan aan toepasselijk recht” aangevuld met: wanneer de rechter “die schending begaat hoewel dienaangaande vaste rechtspraak van het Hof bestaat”. Het zoeken van aansluiting bij Unierecht door een groot aantal schrijvers, met vervanging van de *Greenworld*-maatstaf door die van *Köbler* is dan ook weinig verrassend.²³⁰ Dit gebeurt vanuit een behoefte aan eenheid van behandeling van nationaal en Unierecht, en anderzijds een versterking van de aansprakelijkheid van de rechter

²²⁸ Zie daaromtrent: Ortleb & Widdershoven, 2017, p. 5, ook voor het hier volgende citaat uit *Toma* (2016).

²²⁹ HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:209; AB 2017/140, m.nt. Widdershoven, *Toma*.

²³⁰ Zie o.a.: Barkhuysen & Van Emmerik, Ortleb & Widdershoven, in 2017, en eerder in 2012, 2015.

en arbiter. In de benadering van de Hoge Raad werd een dergelijke aansprakelijkheid in de afgelopen halve eeuw immers zelden of nooit aangenomen. In de benadering van de Hoge Raad werd een dergelijke aansprakelijkheid in de afgelopen halve eeuw immers zelden of nooit aangenomen. Hier volgt een korte bespreking van die ontwikkeling van het Unierecht en het belang ervan voor ons onderwerp.

8.2 Het begin met de *Köbler*-uitspraak van het Hof van Justitie EG in 2003

Met het arrest van 30 september 2003, *Köbler/Oostenrijk* heeft het HvJ EG de aansprakelijkheid van lidstaten voor onrechtmatige rechtspraak op een nieuwe leest geschoeid.²³¹ Met het arrest werd door het Hof voortgebouwd op de uitspraken in *Francovich* (1991) en *Dillenkofer* (1996) waarbij aansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van EG-recht aangenomen werd in geval sprake was van een “voldoende gekwalificeerde schending” van een regel van gemeenschapsrecht.²³² In *Köbler* is de norm echter geworden dat sprake geweest moet zijn van “kennelijke schending” van gemeenschapsrecht, waarmee een drempel werd ingebouwd in vergelijking tot de oude, algemene norm.²³³ Het Hof geeft in rov. 55 aan, op niet-limitatieve wijze, welke factoren van belang zijn om tot een dergelijke beoordeling te kunnen komen:

- de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel;
- de vraag of de schending opzettelijk gedaan is;
- of er sprake is van al of niet verschoonbare rechtsdwaling;
- het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt;
- of er sprake is van schending van de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen door de rechter, ex art. 234 lid 3 EG-Verdrag.

Het was duidelijk dat dit nog maar een eerste aanzet was voor de behandeling van onrechtmatige rechtspraak, maar het belang van dit arrest werd meteen ingezien, ook in ons land, en met name in het debat over ons onderwerp, de aansprakelijkheid van arbiters dat met de arresten *Greenworld* en *Qnow* echt op gang gekomen was.

In de commentaren op *Greenworld* werd het belang van *Köbler* onderstreept: in de noten van Vranken, *NJ* 2011/131, nrs. 13-14, en Kortmann, *JOR* 2010/175 (*Köbler* “gemist door A-G Huydecoper?”), en in artikelen over het arrest van R. Meijer, *MvV* 2010/2, op p.13, en Barkhuysen, *NJB* 2012/26, p.1777.

Na *Qnow* nam de aandacht voor *Köbler* verder toe, zie de noten van Vranken, *NJ* 2017/141, nr. 7, en Kortmann/Ernste, *JOR* 2016/324, en de artikelen van Giesen, *O&A* 2017, nt. 6; 13; Ortlep en Widdershoven, *O&A* 2017/35, nr. 4; Barkhuysen en Van Emmerik, *O&A* 2017/34, nr. 3.

Het *Köbler*-arrest heeft al toepassing gevonden in onze jurisprudentie. Het Hof Den Haag heeft in 2016 in de procedure *KLM-piloten/Staat* een beroep op dat arrest door eisers overgenomen.²³⁴ In het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2018 in deze zaak wordt

²³¹ HvJ 30 september 2003, *NJ* 2004/160, rov. 34, m.nt. Mok, *Köbler/Oostenrijk*. Zie over dit arrest: E. Steyger, “De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht”, *NTER* 2004, p. 18 e.v. Het arrest van 2003 werd door het EHRM bevestigd in EHRM 6 oktober 2015, *Társia*, EHRM:EU:C:2015:662, in rov. 40, in combinatie met *Traghetti* (2006).

²³² Met als andere voorwaarden, dat de geschonden norm rechten aan particulieren toekent en dat er een voldoende nauw causaal verband bestaat tussen de normschending en de geleden schade.

²³³ In rov. 53. Vranken, noot onder *Qnow*, nr. 7, heeft die nieuwe formulering van het Hof gemist in zijn weergave van *Köbler*, en spreekt van ten onrechte nog van ‘voldoende gekwalificeerde schending’.

²³⁴ Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2984; *AB* 2017/71, m.nt. Widdershoven.

eveneens aandacht aan *Köbler* gegeven.²³⁵ In het geding was de vraag of de Hoge Raad voorafgaand aan zijn arrest van 2012, waarbij de klacht van de KLM-piloten afgewezen werd dat met hun vroegtijdige pensionering (leeftijd-discriminatie) Unierecht geschonden was, aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag had moeten stellen over het toepasselijke Unierecht.²³⁶ Bij een bevestigend antwoord zou sprake zijn van onrechtmatige rechtspraak, waarvoor de Staat aansprakelijkheid zou moeten dragen. Hierbij was ook artikel 6 EVRM aan de orde, dat volgens het Hof Den Haag “correspondeert met art. 47 Handvest EU”. Een belangrijk onderdeel van deze vraagstelling is de mate van motivering door de nationale rechter die vereist is bij afwijzing van een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen, een kwestie waaraan A-G Wissink in zijn conclusie veel aandacht had besteed.²³⁷ Ik kom daar hieronder nog op terug, vanwege het belang voor ons onderwerp.

8.3 Het vervolg: *Traghetti* (2006). Nieuwe ontwikkelingen in EU-recht: *Milena Tomášová/Slowenië* (2016)

Met het arrest van 13 juni 2006, *Traghetti/Italië*, werd door het Hof van Justitie een belangrijk vervolg op *Köbler* (2003) gegeven.²³⁸ Het Spaanse procesrecht kende een wettelijke regeling van staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, die aansprakelijkheid was echter beperkt. Zij was uitgesloten voor “oordelen omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften of omtrent bewijs”, terwijl ook bepaald was dat voor andere rechtshandelingen de staat slechts aansprakelijk is in geval van opzet of grove schuld. Dat laatste doet sterk denken aan de norm die onze Hoge Raad gesteld heeft met *Qnow* in 2016 en daarmee wordt de uitspraak van het Hof van Justitie des te interessanter. Het Hof oordeelde namelijk:

“Het gemeenschapsrecht verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling die algemeen uitsluit dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die aan particulieren is toegebracht door een schending van het gemeenschapsrecht die kan worden toegerekend aan een nationale rechterlijke instantie die uitspraak doet in laatste aanleg, op grond dat de betrokken schending voortvloeit uit een uitlegging van rechtsvoorschriften of uit een beoordeling van feiten en bewijs door deze rechterlijke instantie.

Het gemeenschapsrecht verzet zich tevens tegen een nationale wettelijke regeling die de mogelijkheid van deze aansprakelijkstelling beperkt tot de gevallen van handelen te kwader trouw of grove schuld van de rechter, indien een dergelijke beperking ertoe leidt dat de betrokken lidstaat niet aansprakelijk kan worden gesteld in andere gevallen waarin een kennelijke schending van het toepasselijke recht, zoals geëxpliciteerd in de punten 53 tot en met 56 van het arrest van 30 september 2003, *Köbler* (C-224/01), heeft plaatsgevonden.”

[*cursief toegevoegd*]

Wij zien hier dat het criterium van kwade trouw of grove schuld, dat veel weg heeft van de Greenworld-Qnow-maatstaf van de Hoge Raad, Unierechtelijk niet door de beugel kan volgens het Europese Hof.

Een volgende stap werd door het Hof van Justitie gezet met het arrest van 28 juli 2016, *Milena Tomášová/Slowenië*, namelijk bij de omschrijving van het Unierecht dat geschonden kan worden door de nationale rechter. Aan het geschreven recht werd nu *de vaste jurisprudentie* toegevoegd, op de volgende wijze:

²³⁵ HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR: 2018:2396, in rov.3.3.4.

²³⁶ In deze zaak stond Richtlijn 2000/78/EG, instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep centraal en de jurisprudentie van het Hof daarover.

²³⁷ ECLI:NL:PHR:2018:54, 19 januari 2018.

²³⁸ HvJ EU 13 juni 2006, C-173/3, ECLI:EU:C: 2006:391; AB 2006/248, m.nt. Steyger, *Traghetti/Italië*.

“Een lidstaat kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor schade die particulieren lijden ten gevolge van het feit dat een beslissing van een nationale rechterlijke instantie het Unierecht schendt, wanneer die beslissing is gewezen door een rechterlijke instantie van die lidstaat die uitspraak doet in laatste aanleg. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of dat in het hoofdgeding het geval is. Zo ja, dan kan een beslissing van die in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie slechts een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht opleveren, die tot die aansprakelijkheid kan leiden, wanneer de rechterlijke instantie in kwestie met die beslissing kennelijk is voorbijgegaan aan het toepasselijke recht of wanneer zij die schending begaat hoewel dienaangaande vaste rechtspraak van het Hof bestaat.” (rov. 42, sub 1)

In dit geval werd aansprakelijkheid door het Hof afgewezen. De nationale rechter had in zijn beslissing van vóór het arrest *Pannon GSM* (2009) bij de gedwongen tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis met betrekking tot betaling van vorderingen op grond van een contractueel beding nagelaten om ambtshalve te beoordelen of dat beding oneerlijk was. Die beslissing hield niet in een kennelijk voorbijgaan aan de desbetreffende rechtspraak en daarmee schuldig zijn aan een voldoende schending van Unierecht. Het Hof voegt hieraan nog toe dat de regels voor vergoeding van schade als gevolg van schending van Unierecht, zoals omtrent de vaststelling van die schade of de verhouding tot andere rechtsmiddelen, worden bepaald door het nationale recht van de lidstaten “met eerbiediging van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid” (rov. 2, sub 2).

8.4 De motiveringsvereisten in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de verplichting van de nationale rechter om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. *KLM-piloten/Staat* (2018): *Köbler* (2003) gevolgd

Hierboven werd uitvoerig aandacht gegeven aan de motivering van een rechterlijke beslissing in het licht van artikel 6 EVRM, *fair trial*. In dat verband is het leerzaam om kennis te nemen van de wijze waarop het EHRM met die motiveringseisen omgaat wanneer mogelijke schending van Unierecht in het geding is, met name bij afwijzing van een verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU. Dit is een actueel onderwerp, in de eerder genoemde procedure *KLM-piloten/Staat* (2018) is die motivering van zo’n afwijzing van het verzoek om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen een centraal thema. Eisers in cassatie, de KLM-piloten, hadden een uitvoerig beroep gedaan op de jurisprudentie van het EU-Hof op dit gebied, even uitvoerig besproken in de conclusie van het OM. Een weigering van de nationale rechter om prejudicieel te verwijzen kan in strijd zijn met artikel 6 EVRM indien de weigering arbitrair overkomt, hetgeen het geval zal zijn wanneer deze niet behoorlijk gemotiveerd is. De Hoge Raad wees op 21 december 2018 arrest in deze zaak, en zoals wel vaker het geval is werd in het arrest a quo (Hof Den Haag, 25 oktober 2016) en in de conclusie van A-G Wissink van 19 januari 2018 meer aandacht aan deze materie gegeven dan de cassatierechter gedaan had. Aan de conclusie ontleen ik het hier volgende, twee arresten van het EHRM die een goed beeld geven van de visie van het Hof op de motiveringsplicht op dit terrein op grond van artikel 6 EVRM: *Ullens de Schooten en Rezabek/België* (2011) en *Dhabi/Italië* (2014).²³⁹ In de eerste zaak werd geen schending van artikel 6 aangenomen, in de tweede was dat wel het geval, maar het gaat mij hier om de omschrijving die het EHRM geeft van de vereiste motivering van een rechterlijke beslissing. Hier volgen de overwegingen in deze arresten.

In de zaak *Ullens de Schooten en Rezabek/België* (2011) overwoog het EHRM:

²³⁹ Conclusie OM, t.a.p., nr. 16.15 e.v.

“(59). It should further be observed that the Court does not rule out the possibility that, where a preliminary reference mechanism exists, refusal by a domestic court to grant a request for such a referral may, in certain circumstances, infringe the fairness of proceedings (...). The same is true where the refusal proves arbitrary (...), that is to say where there has been a refusal even though the applicable rules allow no exception to the principle of preliminary reference or no alternative thereto, where the refusal is based on reasons other than those provided for by the rules, and where the refusal has not been duly reasoned in accordance with those rules.

(60). Article 6 § 1 thus imposes, in this context, an obligation on domestic courts to give reasons, in the light of the applicable law, for any decisions in which they refuse to refer a preliminary question, especially where the applicable law allows for such a refusal only on an exceptional basis.

(61). Consequently, when the Court hears a complaint alleging a violation of Article 6 § 1 on this basis, its task consists in ensuring that the impugned refusal has been duly accompanied by such reasoning. That being said, whilst this verification has to be made thoroughly, it is not for the Court to examine any errors that might have been committed by the domestic courts in interpreting or applying the relevant law.

(62). In the specific context of the third paragraph of Article 234 of the Treaty establishing the European Community (Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union), this means that national courts against whose decisions there is no remedy under national law, which refuse to refer to the Court of Justice a preliminary question on the interpretation of Community law that has been raised before them, are obliged to give reasons for their refusal in the light of the exceptions provided for in the case-law of the Court of Justice. They will thus be required, in accordance with the above-mentioned *Cilfit* case-law, to indicate the reasons why they have found that the question is irrelevant, that the European Union law provision in question has already been interpreted by the Court of Justice, or that the correct application of Community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt.”²⁴⁰

In de zaak *Dhahbi/Italië* (2014) overwoog het Hof::

“(33). The Court has examined the Court of Cassation judgment of 15 April 2008 and found no reference to the applicant’s request for a preliminary ruling to be sought or to the reasons why the court considered that the question raised did not warrant referral to the CJEU. It is therefore not clear from the reasoning of the impugned judgment whether that question was considered not to be relevant or to relate to a provision which was clear or had already been interpreted by the CJEU, or whether it was simply ignored (see, conversely, Vergauwen and Others, cited above, § 91, where the Court found that the Belgian Constitutional Court had duly provided reasons for refusing to refer questions for a preliminary ruling). The Court observes in this connection that the reasoning of the Court of Cassation contains no reference to the case-law of the CJEU.”²⁴¹

Het OM concludeerde overigens voor afwijzing van het cassatieberoep van de KLM-piloten, op gronden die ik laat rusten, als buiten ons onderwerp vallend. De Hoge Raad volgt het OM

²⁴⁰ Het Hof stelt geen schending van art. 6 lid 1 EVRM vast, aangezien de nationale rechters voldoende duidelijk hadden gemaakt dat zij zich baseerden op een van de uitzonderingen uit het *Cilfit*-arrest. Het Belgische Hof van Cassatie had namelijk met verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU gemotiveerd dat sprake was van een *acte éclairé* (§ 22 en 64 van het arrest).

²⁴¹ Het Italiaanse Hof van Cassatie had, ondanks een uitdrukkelijk verzoek daartoe, geen prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU over de uitleg van de ‘Euro-Mediterranean Agreement’. De motivering daarvan was naar het oordeel van het EHRM onvoldoende.

en verwerpt het cassatieberoep op gronden waar ik om dezelfde reden aan voorbij ga; er is veel discussie over deze rechtsvraag en er zal nog het nodige op volgen naar aanleiding van dit arrest, naar het zich laat aanzien.²⁴² Het goede nieuws is dat de Hoge Raad het *Köbler*-arrest (HvJ EU 2003) op het netvlies gekregen heeft: in rov. 3.3.4 wordt die uitspraak vrij uitvoerig weergegeven. Toch is er geen sprake van ‘kennelijke’ schending van toepasselijk Unierecht, oordeelt het college: de Richtlijn Gelijke behandeling en de rechtspraak erover van het Hof werden in het arrest van 2012 bij de beoordeling van het geschil betrokken (zoals uiteengezet in rov. 3.3.2). De Hoge Raad heeft geen verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen, en “de enkele omstandigheid dat eisers [in cassatie] een andere opvatting hebben over de uitkomst van die toepassing van het EU-recht in dit door hen aan de rechter voorgelegde geval, doet daaraan niet af” (rov. 3.3.4, in fine). Maar dan is er nog de kwestie van de gegeven motivering, die niet zou deugen volgens eisers.

Ik geef hier de overweging van de Hoge Raad weer over de motiveringsklacht, die te denken geeft. Enerzijds valt er genoeg aan *distinguishing* te doen met de zonet genoemde arresten van het Hof van Justitie van 2011 en 2014 – het Unierechtelijke aspect - anderzijds kan men vraagtekens zetten bij het voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM - het *fair trial* aspect. Dit zegt de Hoge Raad over zijn eigen motivering in het arrest van 2012, in de KLM-pilotenzaak:

(3.3.5) “Ook voor zover de onderdelen, met name onder VI, zich keren tegen het oordeel van het hof over de tweede grondslag van de vordering, te weten dat de Hoge Raad in zijn arrest van 2012 ten onrechte heeft nagelaten zijn (impliciete) beslissing om geen prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU te motiveren, zijn zij tevergeefs voorgesteld. Aangezien de Hoge Raad in zijn arrest van 2012 aan de hand van hetgeen door partijen hieromtrent is aangevoerd, uitvoerig is ingegaan op het aan de orde zijnde EU-recht en de uitleg die daaraan door het HvJ EU is gegeven, was hij niet gehouden de argumenten van partijen met betrekking tot die uitleg uitdrukkelijk te weerleggen alvorens te komen tot het toereikend gemotiveerde oordeel dat hij geen redelijke twijfel had over die interpretatie van dat recht.”²⁴³

Ik heb de indruk dat de Hoge Raad zich uitsluitend geconcentreerd heeft op het Unierechtelijke aspect van de cassatieklacht, namelijk of de bij arrest van 2012 door het college gevolgde uitleg van de Richtlijn 2000/78/EG en de jurisprudentie van het Hof daarover deugdelijk was. Het voert hier te ver om na te gaan of dat standpunt van de Hoge Raad juist is, in het licht van de eerder aangehaalde arresten van 2011 en 2014 van het Hof van Justitie: is het beroep dat de cassatierechter gedaan heeft op de interpretatie van het Hof terecht en kan daarmee aangenomen worden dat er ‘geen redelijke twijfel’ over het toepasselijke Unierecht bestond, en was dat op voldoende wijze gemotiveerd? Ik laat dat aan de specialisten op dit gebied over. Maar de motivering van de Hoge Raad waarom hij tot afwijzing van het verzoek om prejudiciële vragen te stellen is overgegaan kent ook nog een *fair trial*-aspect: is daarmee tegelijkertijd voldoende ingegaan op de stellingen van eisers, dat wil zeggen, zijn die op voldoende gemotiveerde wijze weerlegd? Bij die vraag komt artikel 6 EVRM, juncto art. 47 Handvest in beeld, een materie die in de overwegingen van de Hoge Raad echter geheel uit het beeld is geraakt. A-G Wissink had die kwestie besproken in zijn

²⁴² Voor die discussie, zie concl. A-G Wissink, nr. 6.19 en noten 76, 77. Zie over dit arrest de noot van Bruyninckx, *JAR* 2019/35, het eerste commentaar op de uitspraak.

²⁴³ Met dat laatste, het ontbreken van ‘redelijke twijfel’ verwijst de Hoge Raad naar het *Cilfit*-arrest (1982), eerder in rov. 3.3.3 behandeld, het is één van de drie gronden voor afwijzing van het verzoek om prejudiciële vragen te stellen. De andere gronden zijn: een vraag die niet relevant is, of dat de Unierechtelijke bepaling reeds door het HvJ EU is uitgelegd. Zie hierover ook de noot van Bruyninckx.

conclusie, maar tenslotte afgedaan met het argument dat dit geen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie rechtvaardigde, aangezien het Hof Den Haag in het arrest a quo dat punt behandeld had en beoordeeld op grond van de *Köbler*-maatstaf, waartegen geen cassatieberoep was ingesteld.²⁴⁴ De A-G liet zich hierbij leiden door zijn stelling dat het HvJ EU zich nog niet expliciet heeft uitgesproken of de motiveringsplicht voor hoogste rechters in geval van een weigering om prejudiciële vragen te stellen ook geldt op grond van het Unierecht (onder nr. 6.20 e.v.). Interessant is dat hij een ‘mogelijke verklaring’ daarvoor ziet in het verschillend perspectief dat HvJ EU en het EHRM hebben op de prejudiciële procedure: “Het HvJ EU beschouwt deze procedure als een samenwerkingsinstrument van rechter tot rechter. Het EHRM beoordeelt de prejudiciële vraag in de sleutel van de waarborgen voor een eerlijk proces” (nr. 6.22). Dit lijkt mij een juiste observatie, die echter niet – jammer genoeg – teneinde gedacht wordt. Daarmee wordt immers geen verklaring, laat staan rechtvaardiging gegeven waarom de nationale hoogste rechter, tot een oordeel geroepen zich niet aan *beide aspecten* te houden heeft: een beslissing geeft die zowel Unierecht-conform is, als waarborgen voor een eerlijk proces inhoudt. Op dat laatste zal ik nu nader ingaan.

8.5 Conclusies. De magere oogst van *KLM-piloten/Staat* (2018). Luxemburg en Straatsburg: *The Tale of two Cities* – en nog een lange weg te gaan

Wat hiervan te denken? Het is allereerst verheugend dat de cassatierechter het *Köbler*-arrest (2003) aanvaard heeft, waartoe een koor (en keur) van schrijvers al bijna twee decennia een oproep gedaan had, aangezien de cassatierechter dat in de arresten *Greenworld* (2009) en *Qnow* (2016) verzuimd had te doen, zoals eerder besproken. Maar voor het overige kan het arrest van 21 december 2018 niet overtuigen; al werd het vlak voor de Kerst gewezen, van hogere sferen is echter niets te merken. De Hoge Raad kan met zijn hier weergegeven rov 3.3.5 best het gelijk aan zijn zijde hebben, dat hij in het arrest van 2012 een deugdelijke oordeel, op grond van een deugdelijk interpretatie van Unierecht gegeven had. Bijvoorbeeld ook door middel van een impliciet gegeven oordeel. Maar de vraag is nu juist, of dat uit de gegeven motivering van dat oordeel voldoende af te leiden is, met name voor de eisers die hun stellingen op dat punt aan de cassatierechter voorgelegd hadden. Daaromtrent overweegt de Hoge Raad dat hij “niet gehouden was de argumenten van partijen uitdrukkelijk te weerleggen alvorens te komen tot het toereikend gemotiveerde oordeel dat hij geen redelijke twijfel had over die interpretatie van dat recht”. Dat laatste, de gepretendeerde ‘toereikendheid’ van de motivering houdt echter een *petitio principii* (alias: *begging the question*) in, want dat kan naar de maatstaven van het Unierecht (en -rechtspraak) over de verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen door de nationale rechter weliswaar volstrekt juist zijn, maar hoeft dat niet per se zo te zijn op het vlak van het waarborgen van een *fair trial* voor eisers.²⁴⁵ Daar gaat namelijk niet uitsluitend het HvJ EU over, maar het EHRM. Luxemburg en Straatsburg: *A Tale of two Cities*, met elk een eigen invalshoek, en eigen gezag als uiteindelijk de hoogste rechter, op het internationale, verdragsrechtelijke vlak. Indien wij de beslissing van de Hoge Raad in de KLM-piloten-zaak bezien tegen de achtergrond van de EHRM-rechtspraak zoals boven besproken, in combinatie met de zojuist aangehaalde arresten uit 2011 en 2014 over het onderhavige thema, de verplichting tot prejudicieel vragen stellen, valt het volgende op te merken.

²⁴⁴ Conclusie, nrs. 6.15 e.v., de motiveringsplicht op grond van art. 6 EVRM, en nr. 6.20 e.v., motiveringsplicht op grond van Unierecht?

²⁴⁵ Voor dat eerste aspect, zie Bruyninckx’ noot onder het arrest, die de beslissing van de Hoge Raad op dit punt onderschrijft. Hij gaat echter niet in op het tweede aspect, motivering als vereist door artikel 6 voor het waarborgen van een eerlijk proces.

De maatstaf die de Hoge Raad in 1995 aanvaarde, in navolging van de rechtspraak van het EHRM en die nog steeds maatgevend is in de rechtspraak met betrekking tot motiveringsgebreken in rechterlijke uitspraken luidt:

“[...] uit het vonnis dan wel [...] arrest, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, *ten minste met een redelijke mate van zekerheid moet zijn op te maken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen*”.²⁴⁶

Het EHRM heeft in latere rechtspraak deze maatstaf uitgewerkt:

(59) [A national court should] “address the essence of the points submitted by the applicant for its consideration”. (*Helle/Finland*, 1997)

De Hoge Raad hoefde in de KLM-piloten-zaak niet op alle stellingen van partijen in te gaan (dat had het EHRM trouwens al in 1994 bepaald in *Van der Hurk/Nederland* en is dus al geruime tijd een uitgemaakte zaak) maar hij behoorde wel de *essentiële* stellingen te beantwoorden. Met een gemotiveerd antwoord, voorzien van de benodigde logica, want de partijen mogen op dat punt niet in “a certain state of confusion” achterblijven: is nu wel of niet op mijn stellingen ingegaan? (aldus: *Hilvisaari/Finland*, 2001). Daarbij komen de rov. 3.3.6 en 3.3.7 van het arrest in beeld, en dat is geen goed beeld.

Hetgeen in rov. 3.3.6 en 3.3.7 door de Hoge Raad wordt gesteld lijkt een hoge graad van ‘confusion’ bij eisers te kunnen oproepen – dat is althans bij mij als jurisprudentie-lezer al het geval. In 3.3.6 wordt eerst gesproken van onderdelen van het middel waarin eisers zich keren tegen het oordeel van het hof dat er geen sprake zou zijn van een voldoende toereikende schending van Unierecht, terwijl aan het slot van de overweging eisers verweten wordt dat zij niet ‘met een *enkele stelling* dat de verplichting uit art. 267 lid 2 [het stellen van prejudiciële vragen] niet is nagekomen kunnen volstaan” om aansprakelijkheid te vestigen (mijn *cursief*). In het middenstuk van deze overweging legt de cassatierechter er de nadruk op dat de verplichting uit art. 267 lid 3 VWEU “zich primair richt tot de rechter voor wie een vraag over de uitleg van EU-recht wordt opgeworpen” en dat aanspraken die aan een schending van Unierecht worden ontleend “niet los kunnen worden gezien van de onderliggende inhoud van het uit te leggen EU-recht”. Het ‘open deur’-gehalte van deze redenering springt hier in het oog, maar belangrijker is dat hiermee slechts het *Unierechtelijke aspect* gedekt wordt en gene rekening wordt gehouden met motiveringseisen onder de noemer van een eerlijk proces - het *EVRM-aspect*.

In 3.3.7 komt ter sprake dat eisers in twee onderdelen van het middel betoogd hebben dat het hof “nog andere grondslagen voor hun vorderingen had moeten onderkennen” en dat deze falen omdat deze stellingen over het (materiële) EU-recht en de betekenis van art. 21 Handvest “uiteindelijk slechts strekken ter onderbouwing van het – hiervoor reeds besproken - betoog dat de Hoge Raad in zijn arrest van 2012 vragen van uitleg als bedoeld in art. 267 VWEU had moeten stellen”.

Ik moet bekennen dat mijn denkraam tekort schiet om deze vorm van logica in deze beide rechtsoverwegingen te doorgronden; ik wacht de commentaren van de *EU-Rechtler* dan ook met belangstelling af. Ik zal er hier niet verder op ingaan, in de zin dat ik de stellingen van eisers (KLM-piloten) tegen het licht zou kunnen houden in relatie tot de zojuist besproken motivering die de Hoge Raad ten beste gaf, maar ik geef hen wel vast het voordeel van de twijfel. Zij zullen immers niet in 2012 een tweede, lange procedure begonnen zijn gewapend met argumenten die op los zand berusten, of op een *enkele* boude stelling gebaseerd zijn.²⁴⁷

²⁴⁶ Respectievelijk: HR 7 april 1995, *N/Mobius*, met daarin verwijzing naar EHRM 9 december 1994, *Ruiz Torija*. Het arrest *Vredo/Veenhuis* (1993) liep hier al op vooruit, zie boven, par. 5.9.

²⁴⁷ Inmiddels heb ik de processtukken onder ogen gekregen, en mijn eerdere indruk werd slechts bevestigd.

Bij een motivering ‘in de tweede macht’, in de onderhavige procedure wegens schending van Unierecht door de hoogste nationale rechter, zou moeten gelden dat motivering *a fortiori* duidelijk en voldoende moet zijn. Het kan niet zo zijn dat de beslissing slechts een weergave is van de redenering: “U kunt erop vertrouwen dat wij als cassatierechter ons werk doen, en dat goed doen”. Hier geldt eens te meer, zoals de Engelsen het zo mooi zeggen: “*Justice must be done, but it must be seen to be done*”. Daar hebben we nu het Verdragsrecht voor.

Nog een opmerking tot slot, van meer algemene aard. De Hoge Raad was in 2006, *Kers/Rijppma*, niet bereid om motivering van arbiters te beoordelen op grond van artikel 6 EVRM, het gaat hier in de KLM-piloten-zaak om het beoordelen van een rechterlijke motivering, nog wel in een *eigen* eerdere beslissing. Eenzelfde drempel lijkt aanwezig te zijn voor de (her)beoordeling van dat laatste. De eisers in cassatie hadden een onderdeel van hun middel aan dit punt gewijd. De Hoge Raad volstaat bij de verwerping ervan met een laconieke overweging dat de wet nu eenmaal geen andere cassatierechter kent en wijst er verder op dat het arrest gewezen is door raadsleden die ten tijde van het arrest van 2012, noch van het huidige arrest, deel uitmaakten van de civiele kamer van de Hoge Raad: “reeds om die redenen” faalt de klacht.²⁴⁸ De laatstgenoemde reden is natuurlijk een basis-voorwaarde voor een eerlijke procedure en geen bijzonder element van de beoordeling in het onderhavige arrest. Hetgeen wel een echte bijdrage geweest zou zijn voor het wekken van vertrouwen in onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de cassatierechter geroepen om eigen eerder werk te beoordelen, zou zijn het geven van een uitvoerige, goed onderbouwde motivering van de beoordeling. In ieder geval uitvoeriger dan bij de eerste uitspraak, van 2012, gedaan was. Dat was, zoals wij zagen, helaas niet het geval.

²⁴⁸ In rov. 3.3.9. Het arrest van 21 december 2018 is gewezen door W.A.M. van Schendel (voorz.), M.A. Fierstra, V. van den Brink, A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.T. Boerlage.

HOOFDSTUK 9

Algemene conclusies. De balansopname: welke maatstaf zou moeten gelden voor de aansprakelijkheid van arbiters? De bekwame, zorgvuldig handelende arbiter

Wij zijn hiermee aan het eind gekomen van mijn bespreking van de aansprakelijkheid van de arbiter, naar aanleiding van de spraakmakende arresten van 4 december 2009, *Greenworld*, en van 16 december 2016, *Qnow*, en de stevige discussie die over beide uitspraken in de vakliteratuur is ontstaan. Het is niet mijn bedoeling om hier een samenvatting te geven van dit werk, maar ik zou wel enkele punten willen aanstippen, die de kern van mijn betoog weergeven.

In aansluiting op de vrijwel algemene kritiek op de door de Hoge Raad opgestelde nieuwe maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters, heb ik de onderdelen daarvan aan een analyse onderworpen. Dat geldt zowel de criteria ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ (alias: ‘grof plichtsverzuim’) en ‘ernstige verwijtbaarheid’, als de aangebrachte begrenzing met begrippen als ‘bedrijfsfouten’ en ‘processuele fouten’. Bij die grenzen werden de processuele fouten door de Hoge Raad in *Qnow* op één lijn gesteld met ‘inhoudelijke fouten’, die betrekking hebben op de beoordeling van het geschil. Dat gebeurt in ruime zin: inclusief misslagen op het processuele vlak (zoals: niet ondertekenen van een vonnis). Wat de criteria betreft, een onderzoek naar de herkomst uit het contractenrecht van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, met name de exoneration van aansprakelijkheid, bracht het volgende aan het licht.

Het onderdeel ‘opzet’ bleek te kunnen vervallen omdat dit in de rechtspraktijk geen rol speelt. Verder werd duidelijk dat de onderzochte jurisprudentie niet gebaseerd is op de toepassing van een uitgewerkt, gedetailleerd begrip ‘bewuste roekeloosheid’ of ‘grove schuld’ maar op een analyse van het type fouten dat in het geding is. De beoordeling van de ernst van die fouten op de schaal van onzorgvuldigheid (nalatigheid) gebeurt aan de hand van een kwalificatie van de verbintenis die door de contractant uitgevoerd moet worden, en wel of deze inspanning- of resultaatgericht is. In dat laatste geval ligt het accent op de gemaakte fouten die de levering van de *toegezegde prestatie* (het bereiken van een *resultaat*) verhinderen. Er kan van begin af aan een essentieel onderdeel van de te leveren zaak of prestatie ontbreken, met grote schade als waarschijnlijk gevolg bij de uitvoering van het contract. Sprekende voorbeelden zijn hier: meetapparatuur die niet aanwezig of defect is (*Codam/Merwede; Diepop*), beveiligingsapparatuur die defect is of zelfs verwijderd is (*Gemeente Stein/Driessen*). Of het gaat om een essentiële handeling, nodig om het gewenste resultaat te bereiken, die werd nagelaten, zoals het weer aanzetten van de stroomschakelaar (*Kuunders/Swinkels*), dan wel maatregelen noodzakelijk voor het realiseren van het toegezegde resultaat achterwege laten, zoals het nagaan of bepaalde zaken bij de toeleverancier beschikbaar zijn (*Scaramea/Telford*) of het aanbrengen van apparatuur om schade te beperken (*Interplissé*).

Bij deze handelingen die uit een doen of nalaten bestaan, is de simpelheid of vanzelfsprekendheid ervan opvallend: ze hoeven zelfs niet erg arbeidsintensief of kostbaar geweest te zijn. Bij een koelcel behoort, om koeling te kunnen leveren, apparatuur aanwezig te zijn om de temperatuur af te lezen. Na een reparatie moet de toevoer van elektriciteit toch hersteld worden, dat was immers het gebrek dat verholpen moest worden. Het doel van de overeenkomst staat centraal, het gaat hier om een fenomeen dat ik eens ‘structurele fouten’ genoemd heb: de gehele structuur van de verbintenis valt weg wanneer aan een dergelijk onderdeel niet is voldaan.

Het element ‘roekeloosheid’, *bewust* nog wel, is in de jurisprudentie aldus geen aandachtspunt: de contractant had zijn bedrijf gewoon niet op orde, het management ervan

faalde of was zelfs niet aanwezig. Het *doel* van de overeenkomst, het resultaat zoals de wederpartij in het vooruitzicht gesteld, was daarmee onbereikbaar geworden, en dat was vaak zelfs op voorhand al het geval.

Voor het andere criterium uit de Greenworld/Qnow-maatstaf, de ‘ernstige verwijtbaarheid’, heb ik een onderzoek naar de herkomst uit Boek 2 gedaan, de bestuurdersaansprakelijkheid. De analyse van de wijze van toepassing van dit criterium bij aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen toont aan dat de beoogde verzwaring van de norm, de verhoging van de drempel ten opzichte van de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet bereikt werd. Integendeel, indien men vertrouwd is met de rechtspraak op het gebied van art. 6:162 BW valt niet in te zien dat hier van een *zwaardere* maatstaf sprake is, aangelegd als *hogere* drempel. Het objectiveren van bij de dader aanwezige wetenschap zoals dat in de rechtspraak gebeurt: het voorop stellen van het *behoren* te weten (of te begrijpen) onder de omstandigheden, is toch een algemeen fenomeen van het vaststellen van onrechtmatig handelen? Dat kan ook inhouden dat men het handelen (of nalaten!) van een collega-bestuurder in het oog moet houden. Het arrest *Gemeente Stein/Driessen* komt dan in beeld. Voor veel schrijvers vormt de conclusie dat de ‘ernstig verwijt-maatstaf in de praktijk geen meerwaarde biedt boven de gewone aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad met zijn maatschappelijke onzorgvuldigheid de aanleiding om als alternatief criterium de maatman-toets van aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren te bepleiten (de “bekwame, redelijk handelende arts”).

Onze excursie op het gebied van Boek 2 heeft dus geleerd dat er goede redenen zijn om de ernstig verwijt-maatstaf *niet over te nemen* bij de aansprakelijkheid van arbiters. Een tweede inzicht dat wij hieraan kunnen ontleen is het fenomeen van een discussie zoals die in het vennootschapsrecht ontstaan is: een heftige debat pro en contra het werken met de ernstig verwijt-maatstaf. Dit vormt een waarschuwing wat ons te wachten staat bij het zoeken van een maatstaf voor de aansprakelijkheid van arbiters indien wij hier met die norm van de Hoge Raad verder zouden willen gaan. De kloof tussen rechtspraak en doctrine op dit onderwerp van Boek 2, al ruim een decennium gaande, is immers geen wenkend perspectief. Vanwege het veel beperktere toepassingsgebied (falende arbiters) zal een dergelijk debat zich bovendien over een nog langere tijdperiode kunnen uitstrekken, met veel spraakverwarring en rechtsonzekerheid als gevolg.

De balans opmakend ten aanzien het criterium dat het meest geschikt zou zijn bij de beoordeling van fouten van arbiters die grond voor aansprakelijkheid kunnen zijn, kom ik tot de volgende conclusie. Het uitgangspunt uit het algemene contractenrecht, de resultaatsverplichting, gekoppeld aan het doel van de overeenkomst, leidt eigenlijk vanzelf naar een begrip als ‘kernprestatie’. Wij zagen dat men in het Duitse recht hierbij de figuren van *Kardinalpflicht* en *Hauptpflicht* hanteert. Het verwondert dan ook niet om te zien dat op het terrein van de aansprakelijkheid van arbiters A-G Rank-Berenschot in haar sterke conclusie voor *Qnow* sprak van de ‘kerntaak’ van de arbiter, namelijk een *geldig* vonnis leveren ter beslechting van het geschil van partijen. Het deugdelijk tekenen van het vonnis is dan een kleine, maar verstrekkende handeling van de (alle) arbiters, want een wettelijke voorwaarde voor geldigheid. Dat verzuim is dus een *kardinale* fout en zou tot aansprakelijkheid van de maker moeten leiden.

Het zijn dus steeds ‘ernstige fouten’ die hier in het spel zijn, niet zo zeer omdat zij hoogst laakbaar zijn, althans, ze hoeven dat niet te zijn – soms zijn ze eerder onbenullig dan verwerpelijk van aard – maar wel omdat het ‘essentiële’ fouten zijn. Zij tasten de overeenkomst in haar essentie, de kern, aan: het leveren van een toegezegd resultaat. Een professionele contractant moet wel de ‘ernst’ van zijn metier inzien, het is geen spel dat

gespeeld kan worden. De contractant (arbiter) wordt op zijn *professionaliteit* aangesproken. Dat brengt de aansprakelijkheid van (juridische) beroepsbeoefenaren in beeld: het optreden als een bekwame, redelijk handelende dienstverlener, in dit geval: arbiter.²⁴⁹

De factor ‘verwijtbaarheid’ is hiermee ook naar de achtergrond gedrongen: er worden altijd fouten gemaakt, er zullen altijd fouten gemaakt worden, contracten sluiten en uitvoeren is immers mensenwerk. Maar fouten kunnen en moeten in rekening gebracht worden, een ieder draagt het risico voor eigen handelen, ook wanneer slechts van een menselijk tekort sprake geweest is: die tekortkomingen worden hem *toegerekend*. Het maken van van ‘verwijten’, in de sfeer van ‘schuld en boete’, heeft in het moderne recht afgedaan; in de negentiende eeuw heeft dat goede diensten bewezen.²⁵⁰

De door de Hoge Raad aangebrachte afgrenzing bij toepassing van de nieuwe maatstaf, het in *Qnow* gebruikte onderscheid tussen ‘bedrijfsfouten’ en ‘procedurele (inhoudelijke) fouten’, al zeer kritisch ontvangen in de literatuur, kon evenmin nader onderzoek doorstaan. Aan de door veel schrijvers aangedragen voorbeelden, waarbij dat onderscheid onderuit gehaald werd, heb ik er een aantal toegevoegd, ontleend aan de gronden voor wraking en vernietiging van vonnissen, de artikelen 1033 en 1065 Rv. Daarbij kan, anders dan in de opvatting van de Hoge Raad het geval is, de vraag of vernietiging van het vonnis een voorwaarde voor aansprakelijkheid is negatief beantwoord worden, met goede redenen.

Bij dit onderdeel vroeg de motiveringsplicht de meeste aandacht: na het veelbelovende arrest *Nannini* (2004) werd de ontwikkeling weer terug gedraaid met het arrest *Kers/Rijpma* (2006). In mijn kritische beschouwing daarover bestreed ik van opvatting van Snijders, die sinds 2004 een *volte face* gemaakt had en het arrest van 2006 volmondig steunde. Daarbij ging veel aandacht uit naar de werking van artikel 6 EVRM, *fair trial*, op dit gebied met jurisprudentie van het EHRM die sinds *Ruiz Torija/Spanje* (1994) alleen maar aan kracht toegenomen heeft, met arresten als *Helle/Finland* (1997) en *Hirvisaari/Finland* (2001) waarin het EHRM de vaste jurisprudentie aan de te handhaven normen heeft toegevoegd. Deze internationaalrechtelijke normen worden door de Hoge Raad, evenals in de commentaren van schrijvers, miskend, geheel ten onrechte. Opmerkelijk is ook dat onze Hoge Raad het EHRM-arrest van 1994 al in 1995 overgenomen heeft, in het standaardarrest over motivering van rechterlijke beslissingen, *N/Mobius*. Voor deze, Unierechtelijk gekleurde benadering van de motiveringseis van (scheids)rechtelijke beslissingen, pleit ook de rechtspraak van onze Hoge Raad op het gebied van bindend advies: *Amsterdam/Honnebier* (2005). Daar wordt de motiveringseis ook gesteld voor zuiver bindend advies (vaststellen van een marktconforme canon voor erfpacht), des te opmerkelijker omdat het rechterlijke aspect hier zwakker is dan bij onzuiver bindend advies, de beoordeling van een rechtsgeschil.

De Hoge Raad is tot zijn merkwaaardige leer van uiterst beperkte aansprakelijkheid van arbiters voor onzorgvuldige arbitrale rechtspraak in *Greenworld* en *Qnow* gekomen, van uit het gezichtspunt dat deze op één lijn gesteld moest worden met onrechtmatige rechtspraak van overheidsrechters zoals wettelijk geregeld (Wrra) en bovendien ter wille van de *rechtszekerheid*. De aansprakelijkheid van de overheidsrechter is de facto onmogelijk

²⁴⁹ J.F.M. Janssen heeft in 2008 bepleit om voor onrechtmatige rechtspraak van overheidsrechters in plaats van opzet of grove schuld de ‘taakuitoefening’ van de rechter centraal te stellen en als norm te nemen dat hij “in redelijkheid niet tot die vervulling had kunnen komen”, *NJB* 2008/20, op p.1218. In die zin ook: A.C. van Schaick, “Aansprakelijkheid voor (scheids)rechtelijke fouten”, *Vranken-bundel*, 2015, in zijn conclusie, geldend zowel voor rechter, arbiter en bindend adviseur.

²⁵⁰ In dit verband: het geeft te denken dat *Schuld en boete* van Dostojevski tegenwoordig de titel draagt: *Misdaad en straf*.

gemaakt, al sinds het arrest van 1971 (*Hotel Jan Luyken*) en dat lijkt nu ook de bedoeling te zijn op het gebied van de scheidsrechter. De ‘rechtszekerheid’ is al jaar en dag een instrument gehanteerd tegen het beroep op gelding van de ‘billijkheid’ bij veel civielrechtelijke leerstukken. Op dit punt sluit ik mij aan bij de wijsheid die J.C. van Oven – de ‘Oude van Oven’, tijdgenoot van Meijers en Scholten – uitsprak: “Liever onzekerheid van recht, dan zekerheid van onrecht”. Zo zit dat.

Ten aanzien van aansprakelijkheidsvragen kan vastgesteld worden dat de factor verzekeringsdekking in rechtspraak en doctrine tegenwoordig een aanvaard onderdeel van de aansprakelijkstelling is. Bij de bespreking van de aansprakelijkheid van arbiters is dat een factor die gewicht in de schaal legt. Daartoe heb ik eerst onderzocht wat de jurisprudentie in het contractenrecht ons op dit punt voorhoudt. De Hoge Raad heeft in het standaardarrest *Fokker vliegtuigvleugel* al in 1968 bepaald hoe het gesteld is met de invloed van het verzekerd zijn tegen contractuele risico’s op de aansprakelijkheid daarvoor. Dat werd in verband gebracht met drie criteria: de aard van de overeenkomst, de redelijkheid en de verkeersopvatting. Tot de verkeersopvatting behoort volgens de Hoge Raad ook dat het bestaan van verzekeringsdekking een aanwijzing kan zijn dat die partij redelijkerwijze aansprakelijkheid toegerekend moet worden. Daaruit blijkt ook dat de betekenis van de verkeersopvatting over aansprakelijkheid niet los te denken is van de aard van het contract en de redelijkheid. Dit geldt voor een contract tot verrichting van enkele diensten, maar evenzeer voor de bewaargevingsovereenkomst of het vervoerscontract, die wij in de rechtspraak tegenkwamen. Dus moet het ook gelden voor de overeenkomst van opdracht, het op zich nemen om een geschil tussen partijen te beslechten, het werk van de arbiter.

Het arrest van 1968 levert nog een belangrijk inzicht op. De gedachte dat een arbiter voor mega-risico’s gesteld kan worden wanneer hij fouten maakt, gezien de grote belangen van partijen die spelen – zoals ook door Snijders met verve aangevoerd werd - kan getemperd worden indien men laat meewegen dat sprake is van een geringe contraprestatie voor de diensten van de arbiter, in verhouding tot de mogelijk enorme schade. De verkeersopvatting brengt hier mee dat de aansprakelijkheid van een dergelijke contractant voor zijn wanprestatie in verhouding gebracht wordt met de verkregen honorering voor de verleende diensten. Een vorm van matiging van de schadevordering die bij een onrechtmatige daadsactie van derden ook van toepassing kan zijn, als onderdeel van de toerekening naar redelijkheid als norm voor causaal verband.

Dat laatste is een aspect dat nog vermelding verdient: de schade voor de aansprakelijk gestelde onzorgvuldige arbiter kan blijken mee te vallen, want de vaststelling van het causaal verband kan ik zijn voordeel uitvallen. Degene die schade op een arbiter wil verhalen moet wel de verplichting tot beperking van schade nagekomen zijn, en dan kunnen nog de gebruikelijke bewijsperikelen spelen. De afloop van *Qnow*, na het arrest na verwijzing van het Hof Arnhem van 16 oktober 2018 kan hierbij als illustratie dienen, zagen wij.

Daarmee is het thema: ‘aansprakelijkheid en verzekering’ ook voor de positie van de arbiter op de kaart gezet. Een aanleiding hiervoor vormde de observatie van Snijders in zijn *NJ*-noot onder *Qnow* dat de Hoge Raad vermoedelijk tot zijn visie van de zo sterk beperkte aansprakelijkheid van arbiters gekomen is doordat zij nu eenmaal niet of moeilijk verzekeringsdekking kunnen vinden. Dat standpunt vroeg om een weerlegging, behalve ten principale, ook in het feitelijke vlak. Wat dat laatste betreft, het onderbrengen van risico’s afkomstig van het optreden als arbiter bij assuradeuren is een vrij algemene praktijk: bij arbiters verbonden aan advocatenkantoren een vast patroon, en voor zelfstandige arbiters biedt een ingeschakeld arbitrage-instituut (zoals het NAI) een collectieve dekking. Arbitrage-instituten zijn dus in het beeld betrokken en er liggen nog meer mogelijkheden op dit gebied

om dekking van risico's te verkrijgen. Te denken valt aan het, in overleg met assuradeuren, open stellen van de collectieve verzekering van een instituut voor andere, zelfstandig optredende arbiters. Daarbij lijkt mij het uitsluiten van regres in de polis, tussen arbiters onderling en tussen instituut en arbiters, een verstandige maatregel. Het lijkt voor arbitrage-instituten ook raadzaam om de eigen aansprakelijkheidsverzekering goed op orde te hebben; wij kwamen ook fouten van instituten tegen en er zijn al procedures tegen die instellingen gevoerd.

Zelfstandig optredende arbiters zijn, indien onverzekerd en risico's mijdend, aangewezen op het opnemen van een exoneratieclausule in hun overeenkomst van opdracht met de benoemende partij. Een voorziening die overigens standaard in de arbitrage-reglementen van instituten staat.

Nog een observatie op dit terrein. Het is denkbaar, dat indien de Hoge Raad een ruimere maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters voor onrechtmatige arbitrale rechtspraak zou aanvaarden, dit een 'BOVAG-effect' zou kunnen genereren. Het arrest van die naam uit 1957 heeft tot gevolg gehad dat de BOVAG opnieuw met assuradeuren ging onderhandelen en er een verzekeringsdekking voor garagehouders tot standgekomen is, die tevoren ontbrak. Een markt kan bestaan, maar kan ook gemaakt worden, de jurisprudentie volgend.

De nieuwe leer van de Hoge Raad over aansprakelijkheid van arbiters is ook nog op een ander vlak zeer aanvechtbaar. Een belangrijk punt van kritiek dat veel schrijvers ingebracht hebben tegen de arresten *Greenworld* en *Qnow* was dat daarin het EU-recht miskend werd, met name het *Köbler*-arrest van 2003. Daarin werd de 'kennelijke schending' van Unierecht als norm aangenomen. Ik heb mij aangesloten bij die kritiek en heb daarbij ook recentere rechtspraak van het Hof van Justitie EU betrokken, zoals *Traghetti* (2006) en *Tomášová* (2016). Het arrest van 2006, *Traghetti*, sprak klare taal; volgens het Europese Hof kan het criterium van kwade trouw of grove schuld naar nationaal recht voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak - dat veel weg heeft van de *Greenworld-Qnow*-maatstaf van de Hoge Raad - Unierechtelijk niet door de beugel. Met het arrest van 2016 werd duidelijk dat tot normen van Unierecht die geschonden kunnen zijn ook de vaste jurisprudentie van het Hof behoort. Het lijkt mij moeilijk te verdedigen dat bij aansprakelijkheid voor rechterlijke beslissingen de normen voor schending van nationaal recht verschillen van die voor schending van Unierecht. Een motivering voor een dergelijk verschil heeft in elk geval in de rechtspraak van de Hoge Raad ontbroken.

Het schenden van Unierecht, met name het motiveringsvereiste is tenslotte nog aan de orde gekomen bij mijn bespreking van een recent arrest van de Hoge Raad, *KLM-piloten/Staat* (2018), inzake het niet stellen van prejudiciële vragen aan het EU-Hof, en de vereiste motivering daarvan. Ook al werd daarin voor het eerst door de cassatierechter aandacht gegeven aan het *Köbler*-arrest van 2003, het bleef een onbevredigende uitspraak. Dat is met name het geval, afgezien van de weinig overtuigende behandeling van de problematiek van de verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Europese Hof door de nationale rechter, omdat het arrest op het punt van motivering niet voldoet aan de in artikel 6 EVRM gestelde eisen. Zoals de Hoge Raad dat in 1995, in navolging van *Ruiz Torija* (1994) zelf gesteld had: "uit het arrest, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, moet ten minste met een redelijke mate van zekerheid zijn op te maken dat zijn verweer onder ogen is gezien alsmede op welke grond het is verworpen" (*N/Mobius*). Dat zou een mooie regel zijn in de omgang met de door partijen voorgelegde argumenten, het zou ook niet misstaan in de behandeling van conclusies van het OM door de cassatierechter. In het geval van de *Qnow*-uitspraak zou dat veel helderheid opgeleverd hebben, een hoeder van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling waardig.

Wij kwamen in deze beschouwingen een aantal keren te spreken over arresten van de Hoge Raad, bedoeld om een standaard te zetten voor een bepaalde rechtsvraag, maar waarbij de motivering van de uitspraak niet kon overtuigen, naar de maatstaven die daarvoor nationaal- en internationaalrechtelijk gelden. Dat stelt teleur, ik verwees eerder in dit verband naar de taak van ons hoogste rechtscollege *in civilibus*: het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Ik doe daarbij, ter afronding, in dit verband graag een beroep op een schrijver uit de eigen gelederen van dat hoge college, raadsheer G. de Groot, die in haar bijdrage aan de bundel *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden, bijdragen aan de samenleving*, uit 2014, een artikel over motivering van rechterlijke uitspraken als volgt afgesloten heeft:

“Het motiveren van rechterlijke uitspraken is een soort evenwichtsoefening. Het is een kunst om uitspraken zo te motiveren dat zowel op het niveau van de individuele zaaksbehandeling als op het institutionele niveau waarop de Hoge Raad zijn kerntaken in de Nederlandse rechtsorde vervult, duidelijk wordt welke richting door de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling is gekozen, en waarom. Inspelen op de verwachtingen in de samenleving en verwachtingenmanagement zijn essentieel om de kracht van de evenwichtsoefening te behouden, en geen acrobatiek te bedrijven om te voldoen aan de veelsoortige verwachtingen ten aanzien van de cassatierechtspraak”.²⁵¹

Summa summarum, in dit werk heb ik betoogd – als alternatief voor de door de Hoge Raad gevolgde opvatting in de arresten *Greenworld* en *Qnow* - dat de aansprakelijkheid van de arbiter voor fouten bij de uitoefening van zijn taak als geschilbeslechter beoordeeld moeten worden naar de maatstaf dat zijn handelen moet voldoen aan hetgeen van een bekwame, redelijk handelende arbiter verwacht mag worden. Het gaat hierbij om de beoordeling van onzorgvuldig handelen of nalaten van de arbiter waardoor het resultaat van zijn toegezegde dienstverlening, dat wil zeggen het leveren van een uitvoerbaar, rechtsgeldig vonnis ter beslechting van het geschil van partijen naar maatstaven van nationaal (arbitrage)recht en internationaal recht, niet gerealiseerd werd. Daarbij is niet relevant, laat staan doorslaggevend of het nalatig handelen van de arbiter opzettelijk, bewust roekeloos of ernstig verwijtbaar geweest is. Het is voldoende dat zijn falen hem als professioneel dienstverlener toegerekend kan worden.

²⁵¹ “Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichtsoefening”, p.113 e.v., par.10, op p. 178.