

De aansprakelijkheid van de arbiter

Jan van Dunné¹

1. Inleiding. Opzet en indeling van de behandeling van het onderwerp

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 bewust 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. Opvallend is dat met het laatste arrest de zware kritiek op de eerste uitspraak niet verstomd is, en alleen in kracht toegenomen lijkt te zijn: de Hoge Raad heeft alleen steun gekregen van Snijders en Giesen in 2017 (de laatste met enkele kanttekeningen). De conclusie van A-G Rank-Berenschot voor *Qnow*, niet door de Hoge Raad overgenomen, kreeg brede steun in de literatuur.

Algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad, met het op één lijn stellen van de aansprakelijkheid van de arbiter met die van de rechter, de gelegenheid heeft aangegrepen om het oude standaardarrest uit 1971 (*Hotel Jan Luyken*) over onrechtmatige rechtspraak te herzien. Daarin werd uitgegaan als enige grond voor onrechtmatigheid: de schending van fundamentele rechtsbeginselen, een opvatting die steeds meer kritiek ondervond in de doctrine en waarmee aansprakelijkheid van de rechter de facto geblokkeerd werd.

Met de genoemde arresten uit 2009 en 2016 als uitgangspunt zal de positie van de arbiter ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak door mij onderzocht worden. Deze uitspraken hadden betrekking op fouten van arbiters ten aanzien van de vaststelling van de bevoegdheid van arbiters (*Greenworld*) en het vereiste dat het vonnis voorzien moet zijn van de handtekeningen van alle arbiters (*Qnow*).

2. Kenmerken nieuwe leer over onrechtmatige rechtspraak van de Hoge Raad:

Hoge Raad stelt de aansprakelijkheid van de arbiter op één lijn met die van de rechter en daarbij werd:

- A. het oude standaardarrest over onrechtmatige rechtspraak uit 1971: *Hotel Jan Luyken* verlaten (onrechtmatigheid uitsluitend wegens schending van fundamentele rechtsbeginselen - aansprakelijkheid van de rechter vrijwel onmogelijk gemaakt).
- B. expliciet aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheid van rechters zoals geregeld in art. 42 Wvra, Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (1997), met het criterium: opzet en bewuste roekeloosheid.
[N.B.: Dit geldt voor *regres* Staat > rechter, die zelf niet persoonlijk aansprakelijk is]
- C. de aansprakelijkheid van de arbiter uit opdracht niet betrokken, evenmin een vergelijking met bindend adviseur of professionele dienstverleners. Daarmee werd de contractuele kant van arbitrage miskend.

¹ Prof.mr J.M. van Dunné, em. EUR; vandunne@ext.eur.nl Deze tekst is de Powerpoint die op het symposium gebruikt werd, met toevoeging van enkele aanvullingen en verwijzingen, evenals een Lijst van aangehaalde literatuur en jurisprudentie (Annex). Het is de basis voor een *Cahier Ars Aequi* over dit onderwerp, ultimo 2018 te verschijnen.

- D. het 2e criterium van *Greenworld*: ‘kennelijk grove miskennen van taakvervulling’, door de HR ook samengevat als ‘grof plichtsverzuim’, of ‘persoonlijk ernstig verwijt’ niet verder uitgewerkt. In de literatuur werd hierbij gewezen op verwantschap met bestuurdersaansprakelijkheid van Boek 2 BW (Giessen, 2017).

3. Karakter van arbitrage:

Arbitrage is een vorm van ‘particuliere rechtspraak’: de functie van arbiter staat tussen die van de rechter en de bindend adviseur, als verwante vormen van geschilbeslechting. Met de rechter deelt hij een publieke taak: rechtspreken, aan publiekrechtelijke normen onderworpen (*juncto*: gefaciliteerd). Voor een overzicht, zie: concl. A-G Huydecoper voor *Greenworld* (2009), onder 6, waarnaar de HR verwijst in het arrest, rov. 3.5.

Met de bindend adviseur is er overeenstemming in zijn privaatrechtelijke aanstelling als arbiter, door overeenkomst van opdracht. Daarmee komen andere dienstverleners in beeld, zoals advocaten en notarissen, en de gelding van privaatrechtelijke normen, alsook de mogelijkheid tot exoneratie.

Zie ook: Van Zelst, 2014.

4. Rechtsvergelijking

In de omringende landen zijn voorbeelden van beide uitersten, het publieke en het private model:

- **U.K.:** arbiter gelijk gesteld aan de rechter en dus immuun voor aansprakelijkheid voor zijn optreden in arbitrage (met uitzondering van gevallen van *bad faith*);
- **Frankrijk:** arbiter vooral in zijn privaatrechtelijke rol gezien, hetgeen aansprakelijkheid mogelijk maakt (bij grove nalatigheid);
- **V.S.:** gaat nog verder dan de U.K. met immuniteit van de arbiter (gezien als rechter), al is daar de laatste tijd verzet tegen ontstaan.

Zie hieromtrent: Dekker en Van Boom, 2015.

[Voor de internationale context, zie verder: bijdrage van Bas van Zelst]

N.B.: Het Engels recht kent nog de interessante figuur van *adjudication*, die overeenkomst vertoont met het continentale bindend advies. In bouwgeschillen, ook in mega-zaken, heeft adjudication de arbitrage goeddeels van zijn plaats verdrongen. Het vonnis van een adjudicator – sterk aan tijdlimiet gebonden, in beginsel binnen 28 dagen - is bindend voor partijen, maar men kan erna nog wel in arbitrage gaan. Het is veelal een contractueel vastgelegd traject dat aan een eventuele arbitrage moet vooraf gaan.

De vraag is, waar staat de arbiter naar **Nederlands recht** in dit spectrum? Bij de beantwoording van die vraag zijn wij ook aan internationale normen gebonden, uit de EVRM- en het EU-verdragen, i.v.m. de mogelijkheid van vernietiging van vonnissen. Dit komt later nog aan de orde.

5. Mijn kritiek op de *Greenworld*-leer Hoge Raad, afgezet tegen de algemene kritiek (I):

In zijn ijver om de leer van onrechtmatige rechtspraak (anno 1971) te herzien heeft de Hoge Raad met zijn gelijkstelling van de arbiter met de rechter - de “(scheids)rechter” - enkel het judiciële aspect van arbitrage erkend, met verwaarlozing van het contractuele aspect.

Kritische ontvangst van de nieuwe leer in de literatuur

Het *Greenworld*-arrest (2009) kreeg zware kritiek, die met *Qnow* (2016) slechts in kracht toegenomen is. “*De brede onvrede in de literatuur over de maatstaf van Greenworld blijft*” (Vranken, 2017). Eerder schreef hij: “*Kortom, van de drie schakels in de redenering van de*

Hoge Raad, is de derde m.i. onjuist, de tweede speculatief, en is alleen de eerste sterk.” (Vranken, 2011).

De Hoge Raad kreeg slechts steun van Snijders en Giesen (2017). De conclusie van A-G Rank-Berenschot voor *Qnow*, niet door de Hoge Raad overgenomen, kreeg algemene bijval in de literatuur.

De kritiek had betrekking op:

- A. De vergelijking met onrechtmatige rechtspraak, het beroep op art. 42 Wvra ('opzet en bewuste roekeloosheid').
- B. Het aan dat laatste ontleende begrip 'bedrijfsfouten', door de HR onderscheiden van 'inhoudelijke', *juncto* 'processuele fouten' m.b.t. inhoud van het vonnis. Het *Greenworld*-criterium geldt bij de HR alleen voor die laatste fouten.
- C. Het op één lijn stellen van die laatste fouten met een beroep op de bescherming van de 'onbevangenheid' van de (scheids)rechter en beginsel van rechtszekerheid. In andere zin: A-G Rank-Berenschot.
- D. Het negeren van Unierecht, met name het *Köbler*-arrest (HvJ EU 2003) over onrechtmatige rechtspraak en recente jurisprudentie.

6. Opzet van het betoog

De kritiek onder A-C van de schrijvers is vrijwel unaniem. Uitzonderingen: Snijders (2017, "*wijze beslissing*") en Giesen (2017, "*helderheid voor de toekomst*"), met steun voor beroep op rechtszekerheid (de laatste met enkele kanttekeningen). Die algemene kritiek, die spoort met de concl. A-G Rank-Berenschot voor *Qnow*, wordt hieronder besproken. De kritiek onder D (Unierecht) vraagt om bijzondere aandacht, in licht van recente rechtspraak HvJ EU.

In dit kader wordt onderzocht: 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.

7. Kritiek in de literatuur, A-C

Wanneer de aansprakelijkheid van de arbiter in beginsel aanvaard wordt, zoals de Hoge Raad gedaan heeft, is de vraag: **welke grenzen** moeten daarbij getrokken worden? Dat is natuurlijk ook 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?

N.B.: voor de grenzen met bindend advies, zie: *PWC/Van Zanten* (2012), met de norm dat de fout "in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is".

[Zie hierover de bijdragen van Bart Punt en Pauline Ernste]

Bij deze professionele dienstverleners is uitvoering van de overeenkomst algemeen een inspanningsverbintenis. De grote marge bij de invulling daarvan maakt vaststelling van ernstige nalatigheid moeilijk, zeker wanneer grote risico's genomen zijn die maatschappelijk aanvaard zijn. Wel geldt de norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame dienstverlener.

[Voor de arbiter: "handelingen die een inhoudelijke beoordeling impliceren" (concl. OM)]

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.

[Voor de advocaat, zie ook de bijdrage van Walter Hendriksen, die daarbij spreekt van ‘fietsenmakers-fouten’]

Dat zijn geen ‘kunstfouten’ maar ‘bedrijfsfouten’ (logistiek en management), daarbij geldt een resultaatsverplichting. Zie voor deze materie: Van Dunné, 2004, pp. 733-748.

[Voor de arbiter: handelingen die op het resultaat van arbitrage gericht zijn, een vonnis dat rechtsgeldig is en dus: uitvoerbaar, als “kerntaak” (concl. OM)]

In de *Greenworld*-rechtspraak is de arbiter niet voor fouten aansprakelijk die omschreven worden als: ‘inhoudelijke’ en ‘processuele’ fouten. Waarom? Deze fouten “hangen samen met rechterlijke taak van arbiter”. “Rechtszekerheid eist beoordeling naar zelfde maatstaf” (HR).

Wél wordt door de Hoge Raad een uitzondering gemaakt voor - verwarrend genoeg - ‘bedrijfsfouten’ in de zin van art. 42 Wvra, dat zijn volgens Toelichting wetgever, fouten als:

- het zoek maken van stukken;
- verkeersongeval bij descente;
- smeulende peuk in papermand gooien (!).

[aangehaald in concl. OM]

Afbakening, het grenzen trekken is problematisch en bovendien zonder deugdelijke grond.

Deze opvatting van de Hoge Raad, die afwijkt van conclusie OM voor *Qnow* (A-G Rank-Berenschot), werd terecht door de overgrote meerderheid van schrijvers verworpen. (OM had verwezen naar: Vranken, Tjittes, Scheltema, Giesen en Schutgens).

8. Inventarisatie van de soorten (scheidings)rechterlijke fouten die in geding zijn

Meer realistische voorbeelden van ‘bedrijfsfouten’ in de zin van Wvra/HR:

- dossier in trein laten liggen, dat in handen van derden/partijen gekomen is (Vranken);
- vertraging in de tenuitvoerlegging vonnis;
- schending verplichting het vonnis tijdig aan partijen te zenden;
- schending (overeengekomen) verplichting tot deponering vonnis;
- schending geheimhoudingsplicht nà wijzen van vonnis (Ernste en Meijer, 2017).

Andere fouten, ‘processuele’ fouten in kader van *Greenworld*-maatstaf:

- schending geheimhoudingsplicht vóór wijzen van vonnis (Ernste en Meijer);
- vertragende handelingen, waarmee schending van redelijke termijn, art. 6 EVRM (idem)

Deze fouten hangen samen met rechterlijke taak arbiter, maar zijn geen grond voor vernietiging vonnis. Ernste en Meijer: d.i. 3^e categorie fouten, waarop *Greenworld*-maatstaf niet van toepassing zou zijn.

Mijn aanvulling: nog andere fouten, waarvoor rechtsmiddelen open staan, die niet benut hoeven te zijn :

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

N.B. De eis van vernietiging van het vonnis, als voorwaarde (HR) krijgt geen steun in de literatuur. Het is geen vereiste voor bindend advies, aldus: *PWC/Van Zanten* (2012).

[Zie hierover: bijdragen van Bart Punt (bevestigend) en Pauline Ernste (in andere zin)].

Standpunt HR is bovendien in strijd met Unierecht, HvJ EU *Da Silva* (2015): nietigheid van een rechterlijk uitspraak is niet vereist, want ook die van een hoogste nationale rechter kan vorm van onrechtmatige rechtspraak zijn (schending van Unierecht).

N.BB.: eerstgenoemde fout, contact met partijen, komt regelmatig voor. Oorzaak: onkunde (arbiter-leek), ook wel: ander gewoonterecht; Arbitrage-instituut: gefaald met instrueren van (leken)arbiters.

9. Problemen bij het trekken van grenzen, conform *Greenworld*-maatstaf

Een ‘processuele’ fout, zoals het vaststellen van de bevoegdheid van arbiters, is een op het oog vrij simpele fout. Het kan ook heel gecompliceerd zijn en bovendien een punt van inhoudelijke beoordeling.

De *Greenworld*-casus is hierbij heel instructief: HR 20 januari 2006, *Greenworld I*. Het verband met de contractuele verhouding van partijen neemt ook bij de bevoegdheidsvraag een centrale plaats in: dat is behalve een feitelijke, ook een rechtsvraag, waarover rechtbank en hof een tegengesteld standpunt ingenomen hebben.

Bij bindend advies is het met de betekenis van de overeenkomst van partijen niet anders gesteld: bijvoorbeeld bij de vaststelling van de hoogte van een canon of de waarde van aandelen door de bindend adviseur. Vgl. resp.: *Amsterdam/Honnebier* (2005); *PWC/Van Zanten* (2012).

[zie ook, in die zin: bijdrage Bart Punt]

Resultaatsverplichting als norm bij afbakening van grenzen

Verplichtingen van een arbiter die gericht zijn op een overeengekomen resultaat: een rechtsgeldig/uitvoerbaar vonnis, zouden níet onder de *Greenworld*-maatstaf moeten vallen.

Vgl. ook in die zin: A-G Rank-Berenschot, die hier spreekt van de “kerntaak” van de arbiter.

Verplichting tot tekenen van het vonnis: opgevat als essentiële eis geldigheid vonnis, want grond voor nietigheid. Illustratief:

Hof Arnhem-L. 16 oktober 2018 in *Qnow* na verwijzing: de arbiter B. kan het verwijt van ‘grof plichtsverzuim’ gemaakt worden, oordeelde het hof.

[N.B.: schade en causaal verband: staan nog (wijd) open. Overigens wijs ik erop dat dit een *Limburgse* zaak is]

10. De herkomst van de *Greenworld*-criteria (1)

Greenworld-maatstaf, eerste onderdeel: “**opzet en bewuste roekeloosheid**”. Oorsprong in het contractenrecht, via *Codam – Merwede* (1954). Het criterium is ontleend aan het zeerecht (Cleveringa, c.s), het gaat om “een verkeerde geestelijke instelling”, niet zozeer een “error in judgement”. Zie daarover: Van Dunné, 2004, pp. 411-415.

De Hoge Raad heeft deze maatstaf verder toegepast en ontwikkeld in: *Gem. Stein – Driessen* (1996) tenslotte bij *Kuunders – Swinkels* (2004). Zie: Van Dunné, 2005, p.95 e.v.

In het arrest van 2004 noemt de Hoge Raad de aanwezigheid van verzekeringsdekking als factor, een aspect dat sinds in de jaren ’60 gelding heeft (*Bovag III*, 1960; *Fokker vliegtuigvleugel*, 1968). Zie: Van Dunné, 2004, pp. 395-405; Van Dunné, 2005, pp. 96 e.v.; 101 e.v.

11. Verzekeringsaspecten

“*No liability without insurance*” (Lord Denning), het gevleugelde woord bij exoneratieproblematiek, roept tegenwoordig minder weerstand op. Tegenstanders eertijds, n.a.v. *Fokker vliegtuigvleugel* 1968: o.a. Brunner en Nieuwenhuis, met bestrijding van Hartkamp in diens Asser-bewerking, vanwege het princiële aspect: “Wat komt eerst: aansprakelijkheid, of verzekeringsdekking?”

Ook bestaat er verzet vanwege de praktische uitwerking van deze problematiek: het moeilijk kunnen verkrijgen van verzekering. Aldus recentelijk Snijders in zijn artikel in *TvA* 2017 over het *Qnow*-arrest, daarbij speculerend over de vermoedelijke argumenten van de Hoge Raad voor aanvaarding van een beperkte aansprakelijkheid van arbiters.

12. Kritische kanttekeningen bij opvatting Snijders:

Verskil tussen kleine en grote arbitrages; relatie tussen omvang risico en honorering van arbiters. Positie arbitrage-instituut in dit verband.

Vergelijking met de positie van de juridische dienstverleners, zoals de advocaat en de notaris, is zinvol. Zie hiervoor ook: de bijdrage van Walter Hendriksen.

13. Analyse van relatie tussen de elementen ‘bewust’ en ‘roekeloos’

Het onderscheid subjectieve tegenover het objectieve karakter van die termen - nog steeds genoemd wordt door OM en schrijvers (bijv. Van Wechem, 2008) – vindt geen steun in jurisprudentie contractenrecht. Achtergrond: aard van de overeenkomst, het vervoerscontract – verzekeringsaspecten.

P.M.: werkgeversaansprakelijkheid, art. 7:658 BW, *Pollemans/Hoondert* (1996),
waarover: Van Dunné, 2004 II, p. 888 e.v.

14. De herkomst van de Greenworld-criteria (2)

Greenworld-maatstaf, tweede onderdeel: ‘**persoonlijk ernstig verwijt**’/‘**grof plichtsverzuim**’. Herkomst: bestuurdersaansprakelijkheid; symbiose tussen de artikelen 2:11 en 6:162 BW heeft in de afgelopen decennia een vaste jurisprudentie opgeleverd over het begrip “ernstig verwijt”, met arresten uit 2006, 2014 en 2017 als baken. Uitspraken over paulianus handelen van een bestuurder met betrekking tot een Spaanse villa, pandrecht, fruitexport, of het wegsluizen van gelden naar moederbedrijf of derden. Dit geeft vergelijkingsmateriaal voor ons onderwerp, zoals:

- het ‘begrijpen’ gelijkgesteld met ‘behoren te begrijpen’;
- vormen van nalaten – toezicht houden of ingrijpen, e.d.;
- de plaats van formele wettelijke vereisten, zoals de deponeringsplicht van Jaarstukken.

Vergelijk in dit verband bij aansprakelijkheid voor beroepsfouten het criterium van “redelijk bekwaam, redelijk handelend” vakgenoot onder de gegeven omstandigheden.

Zie hierover: bijdrage Walter Hendriksen.

15. Samenvatting van mijn kritiek op de Greenworld-leer Hoge Raad (I):

Mijn bezwaren tegen deze jurisprudentie van de Hoge Raad, er is geen rekening gehouden met:

- de contractuele kant van arbitrage (opdracht);
- het gangbare onderscheid in vormen van aansprakelijkheid bij dienstverlening en bestuur van rechtspersonen;
- het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen van de arbiter, gericht op resp. leveren van een kwalitatief goed vonnis (*goede echtspraak*) en het bereiken van een rechtsgeldig/uitvoerbaar vonnis ter beëindiging van een geschil (*goed management*);

- de risico's op het tweede terrein in beginsel voor rekening komen van de uitvoerder, de arbiter, niet van de opdrachtgever, de partij(en) in arbitrage;
- de mogelijkheid voor de arbiter om zich tegen dergelijke risico's in te dekken d.m.v. verzekering, al of niet met tussenkomst van het arbitrage-instituut dat hem benoemd heeft.

De retorische vraag die A-G Rank-Berenschot afsluitend stelde, slaat de spijker op zijn kop: bij een handelen, tegengesteld aan de taak van een arbiter,

“*Waarom zou het risico daarvan nu juist op haar opdrachtgeefster [Qnow], en niet op de arbiter moeten worden afgewenteld?*”

16. Aansprakelijkheid van het arbitrage-instituut?

Het is de vraag of arbitrage-instituten geen grotere rol zouden moeten spelen bij het dragen van aansprakelijkheid (vgl. stelsel van Wrra, aansprakelijkheid van de overheidsrechter: de Staat in de plaats gesteld van een immuniteit genietende rechter). ‘Brede schouders’-beginsel, schaalvoordeel, rechtseconomie, etc.

Arbitrage-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*). Onjuist: A-G Huydecoper, concl. *Greenworld* (2009), onder nr. 30.

N.B.: Het NAI heeft een verzekering gesloten die dekking biedt voor benoemde arbiters.
Zie: bijdrage Walter Hendriksen.

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.

Zie: Dekker en Van Boom, 2013.

Problemen rond ‘scrutiny’ door het arbitrage-instituut: toelichting a.h.v. *Greenworld*-casus (bevoegdheidsvraag), zoals bekend uit HR 20 januari 2006, *Greenworld I* (zie boven).

Overigens is over de wijze waarop de Hoge Raad in de arresten *Greenworld* en *Qnow* de scheiding tussen Staatsaansprakelijkheid en die van de rechter-persoonlijk hanteert, grote verwarring in de literatuur ontstaan. Ik laat die kwestie hier rusten.

Zie daarover: o.m. Vranken, 2011 en 2017.

17. Intermezzo: herstel van arbitrale fouten; remission

In dit verband moet ook de problematiek van het herstel van arbitrale fouten genoemd worden, met de introductie van de figuur van *remission*, Arbitragewet van 2015, art. 1065a Rv.

Zie daarover: Peters en Van Zelst, 2013.

De schrijvers zijn verdeeld over de vraag of naar geldend recht de fout van arbiter B. in de *Qnow*-zaak hersteld had kunnen worden.

Ik zou menen van wel, gezien de strekking van een dergelijke regeling, het beginsel van *rechtseconomie* naast dat van rechtszekerheid, mede gezien de naar oud recht reeds bestaande mogelijkheden van herstel van arbitrale vonnissen. Dit nog afgezien van het oude beginsel van *common sense*.

Het Engelse recht kent deze mogelijkheid al sinds de 19^e eeuw; Zwitsers en Duits recht bieden vergelijkbare mogelijkheden. Zie: Peters en Van Zelst, 2013.

18. Mijn kritiek op de *Greenworld*-leer Hoge Raad (II): miskening van Unierecht inzake onrechtmatige rechtspraak

(vgl. boven: kritiek in literatuur, sub D)

Bij toetsing van rechtsgeldigheid van een arbitraal vonnis naar nationale normen komen ook internationale normen in beeld: art. 6 EVRM werd al genoemd, met de jurisprudentie van het EHRM. Ook kan daarbij EU-recht aan de orde komen; het HvJ EU hecht zeer aan de juiste toepassing van Europees recht door nationale rechters en arbiters.

N.B. in dit verband: art. 6 EVRM is via het Handvest Grondrechten EU (art. 47) onderdeel van het Unierecht.

De Hoge Raad heeft in zijn *Greenworld*-leer geen aandacht voor deze aspecten gehad, met als gevolg zeer kritisch commentaar van vrijwel alle annotatoren en schrijvers. Het *Köbler*-arrest (2003) van het HvJ EU staat hierbij centraal, en wat daarop aan rechtspraak gevolgd is, zoals: *Traghetti* (2006), *Da Silva* (2015) en *Milena Tomàsovà/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 Tomàsovà/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 verbaast niet dat een vervanging van de *Greenworld*-maatstaf door die van *Köbler* bepleit wordt (Barkhuysen & Van Emmerik, Ortlep & Widdershoven, in 2017, en eerder in 2012, 2015), vanuit een behoefte aan eenheid van behandeling van enerzijds nationaal en Unierecht, en anderzijds, de aansprakelijkheid van rechter en arbiter. Een zienswijze die bijval verdient. Het *Köbler*-arrest is reeds toegepast door het Hof Den Haag in de procedure *KLM-piloten/Staat* in 2016 (*sed frustra*), zie daaromtrent: concl. A-G Wissink 19 jan. 2018 (inzake verplichting nationale rechter om prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen). Het arrest HR is in aantocht, en zal ook van belang zijn voor de *Greenworld*-thematiek, verwacht men.

19. Conclusies en afronding

Ons onderwerp heeft een vrij grote actualiteit. Arbitrage als geschilbeslechting is geen rustig bezit meer: Wraking van arbiters, vroeger vrij uitzonderlijk, is een gewoon fenomeen aan het worden, een van de middelen die een alerte partij ter beschikking staan tijdens de procedure, maar ook na afloop. Zo ook 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 benaming: *guerilla tactics* 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 dit onderwerp serieus te nemen.

Rotterdam, 16 november 2018

Jan van Dunné

[zie Annex]

Aangehaalde literatuur:

- Barkhuysen en Van Emmerik, 2017: T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, “Staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk optreden vanwege schending van het EVRM”, *O&A* 2017/34
- Dekkers en Van Boom, 2013: Evert Dekker en Willem van Boom, “Arbiters en aansprakelijkheid”, *NJB* 2013/26, p.1543
- Van Dunné, 2004: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 5^e dr., 2004, Deventer: Kluwer
- , 2004 II: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2, Onrechtmatige daad*, 5^e dr., 2004, Deventer: Kluwer
 - , 2005: J.M. van Dunné, “Beperking van aansprakelijkheid in contracten: exoneration en verzekering, zoals ingeval van ‘bewuste roekeloosheid’”, *TMA* 2005/3, p.89
- Ernste en Meijer, 2017: Pauline Ernste en Gerard Meijer, “De rol van de vernietiging van een arbitraal vonnis bij de aansprakelijkheid van arbiters”, *AA* 2017, p.682
- Giesen, 2017: I. Giesen, “*Greenworld* en *QNOW*: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak”, *O&A* 2017/31, p.71
- Kortmann, 2010: S.C.J.J.Kortmann, noot *Greenworld*, *JOR* 2010/175
- Ortlep en Widdershoven, 2017: R. Ortlep en R.J.G.M. Widdershoven, “Slotbeschouwing: naar een geharmoniseerde maatstaf voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad”, *O&A* 2017/35
- Peters en Van Zelst, 2013: N. Peters en B. van Zelst, “*Remission* in de nieuwe arbitragewet”, *TCR* 2013/4, p.117
- Vranken, 2011: noot onder *Greenworld*, *NJ* 2011/131
- , 2017: noot onder *Qnow*, *NJ* 2017/141
- Snijders, 2017: H.J. Snijders, “Aansprakelijkheid van arbiters (QNOW/B), repressie en preventie”, *TvA* 2017/1
- Van Wechem, 2008: 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, C07/052HR)”, *Contracteren* 2008/4, p.89
- Van Zelst, 2014: B. van Zelst, “Contracteren met arbiters”, *Contracteren* 2014/4

Aangehaalde jurisprudentie:

Nederland

- Amsterdam/Honnebier*, 2005: HR 20 mei 2005, *RvdW* nr. 76,
- Codam/Merwede*, 1954: HR 12 maart 1954, *NJ* 1955/386, m.n.t. Hijmans van den Berg
- Greenworld I*, 2006: HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/77, *ASB Grünland en ASB Greenworld B.V./Sagro Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V.*
- Greenworld*, 2009: HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131, m.nt. Vranken, *ASB Greenworld B.V./Arbiters*
Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2009:BJ7834
- Gemeente Stein/Driessen*, 1997: HR 12 december 1997, *NJ* 1998/208
- Kuunders/Swinkels*, 2004: HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/385; *AA* 2004, p.874, m.nt. Van Dunné

KLM-piloten/Staat, 2016: Hof Den Haag 25 oktober 2016, AB 2017, m.nt. Widdershoven
Pollemans/Hoondert, 1996: HR 20 september 1996, NJ 1997/198, m.nt. Stein
PWC/Van Zanten, 2012: HR 15 juni 2012, NJ 2015/155, m.n.t. Vranken
Qnow, 2016: HR 30 september 2016, NJ 2017/141, m. n.t. Vranken, *Qnow B.V./B.*;
Concl. A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2016:472
Qnow, 2018: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9111,
Qnow B.V./B. (arrest na verwijzing)

Jurisprudentie HvJ EU

Da Silva, 2015: HvJ EU 9 september 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, ECLI:EU:C:2015:565;
AB 2016/157, m.nt. Ortlep
Köbler, 2003: HvJ EU 30 september 2003, *Gerhard Köbler/Republik Österreich*, EuGH,
30.9.2003, C-224/01; NJ 2004/160
Traghetti, 2006: HvJ EU 13 juni 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, NJ 2006/543, m.nt. Mok;
JB 2006/182, m.nt. Verhey
Milena Tomàsovà/Slowenië, 2016: HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:602