

## Was getekend

*De aansprakelijkheid van de arbiter vergeleken met dienstverleners als advocaten, notarissen en accountants. De aansprakelijkheid van het arbitrageinstituut en verzekeringsaspecten*

### Inleiding

Ik zal vandaag onder meer een vergelijking maken tussen enerzijds het "maatman" criterium voor aansprakelijkheid beroepsbeoefenaren (een redelijk handelend "redelijk" bekwaam vakgenoot onder gelijke omstandigheden) en het Greenworld criterium voor aansprakelijkheid van arbiters.

Kort samengevat geldt voor de eerste categorie dat een fout altijd leidt tot een tekortkoming (of je het nu als wanprestatie of onrechtmatige daad kwalificeert) terwijl ten aanzien arbitrale of overheidsrechtspraak geldt 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.

Rechterlijke ambtenaren zijn immuun, alleen de Staat kan ter zake van onrechtmatige overheidsrechtspraak aansprakelijk worden gehouden. Voor arbiters bestaat geen wettelijke regeling maar – zo overweegt de Hoge Raad in het Greenworld arrest - gevallen kunnen zich voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (of beter: wanprestatie zoals Van Dunné vandaag terecht heeft betoogd) zou bestaan.

Hoewel ik me ervan bewust ben dat dit geen geldend recht is, zou ik er eigenlijk voorstander van zijn dat inhoudelijke beoordelingsfouten minder snel tot aansprakelijkheid kunnen leiden (zowel onder het maatmancriterium als wat betreft arbiters) dan formele fouten of zo je wil 'bedrijfsfouten', zoals de PG het in haar conclusie voorafgaand aan het Qnow arrest noemt en die ook betoogt dat de "lichtere" Greenworld maatstaf voor dat soort fouten niet zou moeten gelden.

Bij arbiters denk ik aan de vormfouten die tot nietigheid leiden (artikel 1065 Rv.):

- geen geldige overeenkomst tot arbitrage;
- scheidsgerecht samengesteld in strijd met de daarvoor geldende regels,
- scheidsgerecht heeft zich niet aan de opdracht gehouden,
- het vonnis is niet gemotiveerd of niet ondertekend;
- het vonnis is in strijd met de openbare orde).

Mijns inziens is verdedigbaar dat het verzuim om een essentiële vormvereisten te voldoen die leiden tot een "bruikbare" uitspraak steeds zou moeten leiden tot aansprakelijkheid van arbiters. Je hebt ervoor te zorgen dat je uitspraak rechtsgeldig is, los van de inhoud.

Bij andere beroepsbeoefenaren denk ik dan aan het missen van beroepstermijn, te laat betalen van griffierecht of het vergeten een appeldagvaarding in te schrijven in procedure over de eigendom van een onroerende goed. Ook dat beschouw ik als "ernstigere" fouten dan bijvoorbeeld een achteraf onjuist gebleken advies. Je hebt er als notaris voor te zorgen dat je akte – wederom los van de inhoud – aan de formele eisen voldoet. Je hebt er als advocaat voor te zorgen dat het rechtsmiddel wordt ingesteld, los van de vraag of het hoger beroep kansrijk is.

Hoe het ook zij: zoals Van Dunné eerder vandaag terecht opmerkte, de stand van het recht is dat voor arbiters een zwaardere maatstaf geldt die zich laat vergelijken met het "ernstige persoonlijke verwijt" uit de bestuurdersaansprakelijkheid dan voor "gewone" professionals waarbij iedere fout als juridisch relevante tekortkoming wordt gekwalificeerd. Dat zal ik vandaag dan ook nader bespreken.

### Qnow

Eerst zal ik nog kort terugkomen op Het Qnow arrest uit 2016. Nu wordt als een soort vanzelfsprekendheid aangenomen dat een ondertekeningsgebrek een aan arbiters toerekenbare tekortkoming is, "grof plichtsverzuim" maar ik breng in herinnering dat rechtbank en hof daar heel anders over dachten. In 2014 oordeelde het hof dat sprake was van een ongelukkige samenloop van omstandigheden maar dat daarmee nog geen sprake is van een kennelijke grove miskennis van hetgeen behoorlijke taakvervulling met zich brengt.

Dat doet ook in zoverre meer recht aan de daadwerkelijke gang van zaken dat voor zover ik begrijp de voorzitter en de secretaris destijds het arbitrale vonnis deden uitgaan zonder het eerst ter ondertekening aan de andere arbiters te doen toekomen. Zij waren ervan overtuigd dat het op die manier kon. Dat is nou niet bepaald een grove miskennis maar eerder een domme vergissing.

De Hoge Raad oordeelde dat het Hof niet kon volstaan met de motivering dat "door welke omstandigheden dan ook" de handtekeningen van twee arbiters ontbraken. Ofwel het Hof gaat uit van de onjuiste rechtsopvatting dat het ontbreken van twee handtekeningen nooit tot aansprakelijkheid kan leiden, dan wel het heeft onvoldoende gemotiveerd (lees: onderzocht) wat de oorzaak was van het ontbreken. De Hoge Raad verwees de zaak vervolgens voor verdere behandeling naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Inmiddels heeft het verwijzingshof een tussenarrest gewezen waarin het oordeelt dat kennelijk sprake was van een onderlinge praktische afspraak tussen de arbiters om het op deze manier te doen en dat een dergelijke afspraak, om niet conform een wettelijk voorschrift te handelen, een grove miskennis van een behoorlijk taakvervulling oplevert.

De achtergrond van de zaak had betrekking op een geschil tussen Qnow en twee andere partijen die in 1997 van Qnow voor NLG 30 miljoen aandelen hadden gekocht in een later gefailleerde vennootschap. NLG 10 miljoen was betaald, over het restant ontstond in 2001 een geschil. De kopers vorderden in arbitrage een verklaring voor recht dat zij gedwaald hadden en daarom de koopovereenkomst terecht hadden vernietigd, restitutie van de betaalde koopsom en ontslag van de verplichting de aandelen terug te leveren. Qnow voerde verweer maar stelde geen tegenvordering in voor betaling van het restant van de koopsom.

De arbiters hebben in het arbitrale eindvonnis van 13 februari 2004 geoordeeld dat de kopers inderdaad hadden gedwaald, dat zij de aandelen niet behoefden terug te leveren en dat de kopers gezamenlijk nog een bedrag van NLG 15.000.000 aan Qnow verschuldigd waren. Eigenlijk hebben de arbiters dus de koopprijs met NLG 5.000.000,- verminderd naar NLG 25 miljoen. Van belang is te benadrukken dat het arbitrale vonnis in de Qnow zaak een declaratoir en niet een condemnatoir vonnis was aangezien Qnow hen niet gevraagd had de kopers ergens toe te veroordelen.

Op vordering van de kopers werd het arbitrale vonnis in 2004 vernietigd vanwege het gewraakte ondertekeningsgebrek. In 2006 begon Qnow een procedure bij de civiele rechter. Dat was nodig omdat onder het toen vigerende recht het arbitraal beding was uitgewerkt zodat de arbiters niet meer bevoegd

waren en dus ook niet het ondertekeningsgebrek konden herstellen. Onder het huidige recht zou dat wel mogelijk zijn geweest.

In de civiele procedure vorderde Qnow alsnog betaling van het restant van de (totale) verschuldigde koopprijs vorderde (ieder NLG 10 miljoen) onder te verdelen over vier termijnen van NLG 2.5 miljoen verschuldigd in de jaren 2000, 2001, 2002 en 2003.

De rechtbank oordeelde in 2010 dat de termijnen van 2000 en 2001 op het moment van dagvaarding verjaard waren (en dat de arbitrale procedure geen stuitende werking had gehad omdat Qnow niets had gevorderd) en wees alleen de termijnen van 2002 en 2003 (ieder NLG 5 miljoen) toe. Daarmee was Qnow dus per saldo NLG 5 miljoen slechter af dan op basis van het arbitrale vonnis hadden betaald.

Kort samengevat vordert Qnow thans dat de arbiters de schade vergoeden die Qnow zou hebben geleden omdat zij stelt dat zij als het arbitrale vonnis in stand was gebleven de volledige vordering op de kopers zou hebben kunnen verhalen.

Met het oordeel dat sprake is van grof plichtsverzuim, is aansprakelijkheid van de arbiters echter nog niet gegeven. Daarvoor is immers, naast een tekortkoming, vereist dat sprake is van schade en causaal verband en moet ook onderzocht worden in welke mate sprake is van eigen schuld. Daarbij zal een belangrijke rol spelen of Qnow niet daadwerkelijk zelfstandig een vordering in de arbitrage had moeten instellen, de wederpartijen van Qnow überhaupt nog verhaal zouden hebben geboden voor de vorderingen van Qnow en of Qnow wel voldoende heeft gedaan om tot incasso van die vordering te komen. Zo heeft Qnow (te) lang gewacht met het najagen van de vordering op die wederpartijen en heeft zij ook geen conservatoire maatregelen genomen. Kortom: in zekere zin moet het debat nog beginnen en gelet het feit dat Qnow bijvoorbeeld aan zichzelf te wijten heeft dat in de arbitrage geen vordering was ingesteld en dat zij twee jaar gewacht heeft met het dagvaarden van de kopers lijkt voorzienbaar dat de vordering van Qnow alsnog – gedeeltelijk – zal stranden.

Op de verzekering van arbiters zal ik later nog terugkomen. Ik zal nu eerst kort ingaan op de "gewone" aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaar vergeleken met die van arbiters.

### Beroepsaansprakelijkheid

In de Qnow zaak is onrechtmatig handelen aan de vordering ten grondslag gelegd. Dat is in zoverre interessant dat sprake is van een overeenkomst tussen partijen en de arbiters op grond waarvan de arbiters het geschil beslechten. Mijn kantoorgenoot Van Zelst zal daar dadelijk meer aandacht aan besteden.

Tegelijkertijd is dat in toenemende mate een semantische discussie. Inmiddels is in lagere rechtspraak herhaaldelijk geoordeeld dat de beroepsbeoefenaar die tekort schiet niet alleen wanpresteert maar ook onrechtmatig handelt.

Uitgangspunt is dat een beroepsbeoefenaar, of het nu een advocaat, notaris, accountant of arts is, handelt uit hoofde van een overeenkomst van opdracht. Dat betekent onder meer dat hij – tenzij anders overeengekomen – gehouden is zelf de opdracht uit te voeren, gehouden is dat zorgvuldig te doen en dat hij aansprakelijk is voor fouten die hij maakt bij de uitvoering van de opdracht.

Ruwweg kan onderscheid gemaakt worden tussen twee typen beroepsfouten.

Eenzijds zijn er de zgn. fietsenmakersfouten.

Voor advocaten:

- te laat dagvaarden;
- verzuimen tijdig grieven te nemen
- griffierecht te betalen,
- vergeten een appeldagvaarding in het kadaster in te schrijven wanneer het geschil een onroerende zaak betreft.

Voor notarissen:

- gebreken aan een volmacht bij het passeren van een akte;
- vergeten een akte te ondertekenen;
- inschrijvingsfouten.

De andere categorie is ingewikkelder. Men moet dan denken aan verwijten met betrekking tot advisering of strategische keuzes. Het aan te leggen criterium is in die gevallen het zgn. "maatmancriterium". Hoe had een "redelijk bekwaam, redelijk handelend" vakgenoot onder dezelfde omstandigheden redelijkerwijs gehandeld? Onder "redelijk bekwaam" moet overigens niet "een beetje bekwaam" verstaan worden. Daarom wordt wel bepleit het "redelijk" voor bekwaam te laten vervallen maar ook dat is wat mij betreft vooral een semantische discussie. Over het algemeen wordt aangenomen dat moet worden gekeken naar een degelijk gemiddelde maar naarmate de professional zich meer afficheert met zijn specialisatie zal de lat ook hoger komen te liggen. Anders gezegd: van een "Zuidas specialist" mag meer worden verwacht dan van een generalist uit de provincie.

Als vast komt te staan dat sprake is van een fout, en dat is in de categorie van de fietsenmakersfouten niet te betwisten, dan zal de aangesproken beroepsbeoefenaar (en zijn verzekeraar) het moeten hebben van schade- en causaliteitsverweer. Zoals ik net al aankaartte bij bespreking van de Qnow zaak is dergelijk verweer ten minste net zo belangrijk verweer met betrekking tot het al dan niet gemaakt hebben van een fout. Als er geen schade of causaal verband is, is er immers ook geen aansprakelijkheid

Eerst wat betreft de schade. Men denkt al snel dat wanneer er iets fout is gegaan per definitie sprake is van schade. Bij wijze van voorbeeld: als een adviseur wordt verweten dat hij niet heeft gewezen op het paulianeuze karakter van een transactie dan is het maar de vraag of schade wordt geleden op het moment dat de rechtshandeling wordt aangetast. Hij is paulianeus of hij is het niet en als hij het wel was dan had het van meet af aan niet gekund.

Dat brengt mij op het causale verband. De rechter moet beoordelen hoe, "de fout weggedacht", de zaak zou zijn gelopen. Zo geldt bijvoorbeeld wanneer een advocaat vergeet op tijd in beroep te gaan – wel een echte fietsenmakersfout – de claimant nog steeds zal moeten aantonen dat hij in hoger beroep een beter resultaat zou hebben bereikt.

Er wordt weleens gedacht dat met de introductie van "proportionele causaliteit" en "kansschade" de drempel voor claimanten lager is komen te liggen om met succes schadevergoeding te vorderen. In mijn ervaring valt dat reuze mee. Het is namelijk niet zo dat de rechter op het moment dat er een kleine kans (bijvoorbeeld 10%) is dat zaken anders zouden zijn gelopen de gestelde schade vaststelt op een klein

percentage van het gevorderde bedrag. Er moet ten minste sprake zijn van een reële kans en de claimant draagt op dat punt de stelplicht en de bewijslast.

Als de claimant erin slaagt aan te tonen dat sprake is van een reële kans dan zal de rechter met een stofkammetje nagaan of en in hoeverre ieder element van de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking zou zijn gekomen en (niet onbelangrijk, en daarmee komen wij ook weer terug bij de Qnow zaak) of de oorspronkelijke debiteur voor die vordering verhaal zou hebben geboden.

Vastgesteld kan in ieder geval worden dat de regels die in de Greenworld en Qnow arresten zijn gegeven voor arbiters aanzienlijk milder zijn dan het maatman criterium. Daarbij is een eenvoudige vergissing voldoende om te kunnen zeggen dat sprake is van een fout terwijl genoemde arresten toch sterk wijzen in de richting dat sprake moet zijn van een ernstig verwijt of zelfs welbewust in strijd met een voorschrift handelen.

### Verzekering

Advocaten en notarissen zijn op grond van hun beroeps- en gedragsregels verplicht verzekerd. De orde van advocaten eist dat advocaten ten minste voor een bedrag van EUR 500.000,- verzekerd zijn tegen beroepsaansprakelijkheid en dat zij zich beneden dat bedrag niet mogen exonereren. In mijn ervaring zijn advocaten zelden verzekerd voor dat minimale bedrag is de gebruikelijke dekking minimaal EUR 10 miljoen. Grote kantoren (die ook een overnamepraktijk hebben) plegen verzekerde te zijn voor een paar honderd miljoen. Notarissen kennen een veel uitgebreidere regeling. Zij zijn verplicht, collectief, verzekerd tot een bedrag van EUR 25 miljoen. Het eigen risico voor notarissen en advocaten varieert van ongeveer EUR 5.000 tot ongeveer EUR 100.000,-.

Voor accountants ligt het gecompliceerder. Weliswaar kunnen zij zich voor vele miljoenen verzekeren, het eigen risico is hoog. Er is sprake van een zgn. "captive" die mogelijk hoger is dan de claim zelf.

Voor arbiters bestaat geen wettelijke regeling. Iedereen kan een benoeming tot arbiter aanvaarden en behoeft zich niet te verzekeren tegen de daarmee gemoeide risico's. Verstandig is dat overigens wel. De meeste verzekeringen voor advocatenkantoren bieden een eenvoudige mogelijkheid nevenfuncties (waaronder een commissariaat of benoeming tot arbiter) mee te verzekeren door eenvoudigweg opgave te doen van aanvaarding van de betreffende functie.

Degene, zoals een academicus, die incidenteel een opdracht als arbiter aanvaardt doet er goed aan zich de vraag te stellen wat de mogelijke "exposure" is die uit de vervulling – althans het achterwege blijven daarvan – van die taak voortvloeit en daarvoor verzekeringsdekking in te kopen. Het is per slot van rekening uitermate vervelend een klus op te pakken om er vervolgens, mogelijk vele jaren later, achter te komen dat je wellicht met je gehele privé vermogen in moet staan voor de gevolgen van een vermeende onjuiste uitvoering van je taken.

Voor zover ik weet is nog niet geoordeeld of, en onder welke omstandigheden een arbitrage-instituut zoals het NAI of de ICC aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten van arbiters. Ik ben er mee bekend dat het NAI een zgn. "parapluverzekering" voor NAI arbiters heeft afgesloten met een dekking tot een bedrag van NLG 5 miljoen maar dat kan natuurlijk onvoldoende zijn. Beide instituten kennen hun reglementen wel een exoneratie – ten behoeve van de arbiters – behoudens voor zover dwingende recht daaraan in de weg zou staan. Het is maar de vraag of die exoneratie stand houdt indien sprake is van opzettelijk / bewust roekeloos handelen, respectievelijk grof plichtsverzuim. In feite kwalificeren dat reglementen als algemene voorwaarden en in het algemeen wordt aangenomen dat een algehele

uitsluiting van aansprakelijkheid in algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is indien sprake is van opzet of grove schuld.

### Slotsom

Het is vandaag al eerder gezegd: rechtspraak, en daaronder versta ik ook alternatieve geschillenbeslechting, is mensenwerk. Er kan dus altijd iets misgaan.

Het zou niet mogen verbazen dat bij alle vormen van professionele aansprakelijkheid een onderscheid gemaakt wordt tussen – eenvoudig vermijdbare – "vormfouten" en – meer inhoudelijke – "beoordelingsfouten". Mijns inziens wordt bij de eerste categorie in de regel terecht aangenomen dat sprake is van een fout, terwijl bij de twee categorie een zekere mate van subjectiviteit geldt.

In alle gevallen is van belang dat degene die een opdracht aanvaardt zich enerzijds de vraag stelt of hij voldoende geëquipeerd is die taak naar behoren te volbrengen en anderzijds – mocht het onverhoopt toch mis gaan – welke vangnetten er zijn.

Anders gezegd: bezint eer ge begint en zorg er in alle gevallen voor dat je, als het toch verkeerd afloopt, deugdelijk verzekerd bent.

9 november 2018

W.F. Hendriksen<sup>1</sup>

\* \* \*

---

<sup>1</sup> Advocaat bij Van Doorne N.V. te Amsterdam