

# Artikel

## Contracteren met arbiters

Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen

Mr. B. van Zelst\*

### 1. Inleiding

De relatie tussen procespartijen in een arbitrage en de door of namens hen benoemde arbiters is een gecompliceerde. In deze bijdrage zal deze rechtsverhouding nader worden geanalyseerd. Ik zal enkele aandachtspunten aanstippen die in zowel literatuur en rechtspraak als praktijk weinig aandacht hebben gekregen. Achtereenvolgens zullen worden besproken: het toepasselijk recht (par. 3), de verplichtingen van partijen (par. 4) en de rol van het scheidsgerecht in post-arbitrage geschillen (par. 5). Daaraan voorafgaand zal ik in paragraaf 2 ingaan op de aard van de rechtsverhouding tussen arbiters en procespartijen.

### 2. De aard van de rechtsrelatie tussen het scheidsgerecht en de partijen

#### 2.1 Judicieel en/of contractueel?

Artikel 3:305 BW bepaalt dat de in titel 11 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aan de rechter toegekende bevoegdheden – bijvoorbeeld het uitspreken van een veroordeling tot nakoming (art. 3:296 BW) of het toekennen aan een vonnis van de kracht van akte

(art. 3:300 BW) – ‘mede aan scheidsmannen’ toekomen. Artikel 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bepaalt dat met betrekking tot dwangsommen onder het begrip ‘rechter’ ‘mede scheidsmannen [worden] begrepen’.

Hoewel arbiters geen rechters zijn, kunnen zij wel beschikken over bevoegdheden die enkel toekomen aan vanwege de Staat benoemde leden van de rechterlijke macht. Daarnaast komt arbiters – net als ‘gewone’ rechters – een beschermde status toe waar het aansprakelijkheid voor (beweerdelijk) onjuiste beslissingen betreft.<sup>1</sup> Bij de beantwoording van de vraag waaraan arbiters deze privileges ontlenen – en daarmee: wat het karakter is van de rechtsverhouding tussen het scheidsgerecht en de procespartijen (hierna aangeduid met ‘het arbitragecontract’) – wordt in de Nederlandse literatuur steevast verwezen naar ‘de arbitrageovereenkomst en de opdracht die zij van partijen hebben ontvangen’.<sup>2</sup> Het arbitragecontract wordt aldus gezien als een zuiver contractenrechtelijke aangelegenheid. Dat is mede van belang in het kader van recente ontwikkelingen ten aanzien van – onder meer – de rol van het scheidsgerecht bij de handhaving van tuchtrechtelijke normen. Immers, wanneer de rol van arbiters naar zijn aard niet verder kan strekken dan de opdracht in het arbitragecontract, is het de vraag in welke mate en op welke grondslag het scheidsgerecht bevoegd is zich in deze meer procedurele/ethische vraagstukken te geven.<sup>3</sup>

\* B. van Zelst is advocaat bij Van Doorne N.V. te Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit.

1. Zie hierna par. 4 en E. Dekker & W. van Boom, *Arbiters en aansprakelijkheid*. Drie aandachtspunten bij herziening arbitragerecht, *NJB* 2013/1543.  
2. Zie W.D.H. Asser, *Beginselen van faire arbitrale rechtspleging*, *TvA* 2013/40.  
3. Zie voor een bespreking: B. van Zelst, *Gedragrecht en (internationale) arbitrage – een verkenning*, *TvA* 2014/23.

In de Engelstalige literatuur is wel betoogd dat de rechten en plichten van arbiters geen kwestie zijn van overeenkomstenrecht, maar naar analogie van overheidsrechtspraak voortvloeien uit het van toepassing zijnde arbitragerecht.<sup>4</sup> In deze theorie is de arbiter een quasi-overheidsorgaan dat bepaalde judiciële<sup>5</sup> bevoegdheden geniet ‘by the very fact of [the arbitrator] having assumed that office’.<sup>6</sup>

Het feit dat aan arbiters bepaalde judiciële bevoegdheden toekomen doet er mijns inziens niet aan af dat de relatie tussen het scheidsgerecht en de partijen hoofdzakelijk contractueel van aard is. Zou dat anders zijn, dan zou er geen verklaring bestaan voor – bijvoorbeeld – het feit (1) dat partijen vrij zijn een arbiter te kiezen, (2) dat de arbiter vrij is een verzochte benoeming te weigeren, (3) dat arbiters direct (en doorgaans op basis van gewerkte uren) worden betaald, (4) dat partijen de opdracht van een arbiter bij overeenkomst kunnen doen eindigen, en (5) dat partijen de arbiter(s) tot op zekere hoogte kunnen opdragen de procedure op een door hen overeengekomen wijze te laten verlopen.<sup>7</sup> Dat alles is bij de overheidsrechter moeilijk denkbaar.

Bovendien komen de genoemde judiciële bevoegdheden enkel aan arbiters toe wanneer partijen in de overeenkomst tot arbitrage overeenkomen de overheidsrechter onbevoegd te verklaren. Immers, arbiters zijn enkel – en exclusief – bevoegd wanneer partijen arbitrage zijn overeengekomen.<sup>8</sup> Dat de bevoegde arbiter vervolgens bepaalde – overigens door de overeenkomst tot arbitrage beperkte – judiciële bevoegdheden toekomt, is mijns inziens onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat geen sprake is van een contractuele relatie tussen het scheidsgerecht en de partijen, maar van een (hoofdzakelijk) judiciële. Ook het feit dat nakoming door arbiters van de overeenkomst (van opdracht) plaatsheeft binnen specifieke kaders van dwingend recht (waaronder fundamenteel procesrecht) en door die regels wordt ingekleurd,<sup>9</sup> doet er niet aan af dat de rechten en verplichtingen van arbiters primair voortvloeien uit de tussen hen en de betrokken partijen gesloten overeenkomst. Het samenspel van contractuele en judiciële elementen brengt de vraag met zich hoe het arbitragecontract overeenkomstenrechtelijk moet worden geduid. In de Nederlandse context bestaat er weinig twijfel over dat het arbitragecontract een overeenkomst van opdracht is in de zin van de artikelen 7:400 e.v. BW.<sup>10</sup> Dat volgt ook

uit de wet: artikel 1029 Rv bepaalt expliciet dat de arbiter zijn ‘opdracht’ schriftelijk aanvaardt.

Betoogd is echter wel dat deze karakterisering geen recht doet aan ‘the specialized and distinct nature of the arbitrator’s mandate [which] differs in fundamental ways from the provision of many other services and consists in the performance of a relatively *sui generis* adjudicatory function’.<sup>11</sup> Mijns inziens staat het gemengde contractuele/judiciële karakter van het arbitragecontract er niet aan in de weg dat de artikelen 7:400 e.v. BW toepassing vinden, waarbij op enkele meer specifieke punten – zie daarover ook paragraaf 4 – van die artikelen wordt afgeweken.<sup>12</sup> Nu de regeling voor de opdracht naar zijn aard een algemene is, geldt voor elke overeenkomst van opdracht dat deze ten opzichte van de wettelijke regeling specifiek is.

## 2.2 Partijen bij welke overeenkomst?

Voor een goed begrip van de aard van het arbitragecontract is voorts van belang de vraag hoe het tot stand komt en wie daarbij partij zijn.

In de internationale literatuur is betoogd dat arbiters na aanvaarding van hun opdracht geacht moeten worden partij te zijn bij de overeenkomst tot arbitrage zoals die tussen de (proces)partijen bestaat.<sup>13</sup> Als gevolg daarvan zou een driepartijenovereenkomst ontstaan. Afhankelijk van de vraag of er meerdere arbiters of meerdere procespartijen zijn, zou die overeenkomst een meerpartijenovereenkomst worden.

Naar Nederlands recht moet de overeenkomst tot arbitrage tussen de procespartijen worden onderscheiden van het arbitragecontract tussen de partijen enerzijds en de arbiter(s) anderzijds. Zijn er drie arbiters benoemd, dan komen door de – schriftelijke: zie wederom artikel 1029 lid 1 Rv – aanvaarding van de opdracht drie overeenkomsten van opdracht tot stand.<sup>14</sup> Bij die overeenkomsten zijn dan telkens de procespartijen en (een van) de arbiter(s) partij. Op die manier wordt discussie over de rechtsgeldigheid van het arbitragecontract voorkomen wanneer arbiters – op basis van de bevoegdheid te oordelen over hun eigen competentie<sup>15</sup> – tot de conclusie zouden komen dat er geen overeenkomst tot arbitrage zou bestaan. Zou het arbitragecontract van de overeenkomst tot arbitrage niet separabel zijn, dan zou het arbitragecontract het lot van de overeenkomst tot arbitrage delen. Het gevolg zou zijn dat arbiters over de rechtsgeldigheid van de overeenkomst tot arbitrage zouden hebben geoordeeld op grond van een (daarmee eveneens) niet-rechtsgeldig arbitrage-

4. Opgemerkt zij dat het Nederlandse arbitragerecht – neergelegd in Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – per 1 januari 2015 op een aantal relevante onderdelen wijzigt. Zie voor een bespreking van de meest relevante wijzigingen: de special Wetsvoorstel Herziening Arbitragerecht in TvA 2013, aflevering 3.

5. ‘Judicieel’ is een enigszins losse vertaling van het begrip *adjudicatory* zoals dat wordt gehanteerd in de hierna nader besproken literatuur.

6. M.J. Mustill & S.C. Boyd, *The law and practice of commercial arbitration in England*, Londen: Butterworths 1989, p. 187.

7. G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Den Haag: Kluwer Law International 2009, p. 1602, met uitgebreide verwijzingen.

8. Zie art. 1020 e.v. Rv.

9. Zie Asser 2013, par. 4.

10. H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de artikelen 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, p. 157 en M.W. Scheltema, *Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?* TvA 2011/15.

11. Born 2009, p. 1607.

12. Zie in gelijke zin: Scheltema 2011.

13. Born 2009, p. 1605 en de daar opgenomen verwijzingen.

14. Snijders 2011. Betoogd zou kunnen worden dat er slechts één overeenkomst van opdracht tot stand komt tussen de procespartijen (als opdrachtgever) enerzijds en de arbiters tezamen (als opdrachtnemer) anderzijds. Dat raakt niet aan het hier gevoerde betoog dat de overeenkomst tot arbitrage tussen de procespartijen moet worden onderscheiden van het arbitragecontract.

15. Zie art. 1053 Rv.

contract.<sup>16</sup> Worden arbitragecontract en overeenkomst tot arbitrage (naar analogie van de arbitrageclausule en de hoofdovereenkomst) gesepareerd, dan wordt deze cirkel voorkomen.

Het voorgaande is niet anders wanneer beide partijen – zoals bijvoorbeeld onder het International Chamber of Commerce (ICC) Arbitragereglement<sup>17</sup> – een van de arbiters benoemen, waarna door die arbiters tezamen (of het betrokken arbitrage-instituut) een derde arbiter wordt benoemd. Aangenomen wordt dat de partij die een bepaalde arbiter een opdracht verstrekt, daarbij tevens zijn wederpartij(en) vertegenwoordigt en dat ook bij de benoeming van de derde arbiter – door het instituut of door de gekozen partij-arbiters – de procespartijen vertegenwoordigd zijn.<sup>18</sup>

Van de hiervoor besproken overeenkomst tot arbitrage en het arbitragecontract moet worden onderscheiden de overeenkomst zoals die tot stand komt wanneer de procespartijen gebruikmaken van de dienstverlening door een arbitrage-instituut. De totstandkoming en inhoud van deze zogeheten ‘administratieovereenkomst’ – eveneens een overeenkomst van opdracht – zijn reeds eerder uitgebreid besproken door Von Hombracht-Brinkman<sup>19</sup> en zullen daarom in deze bijdrage buiten beschouwing blijven. Zoals in het navolgende nader zal worden besproken, speelt de administratieovereenkomst wel een rol bij de invulling van (de verplichtingen onder) het arbitragecontract.<sup>20</sup>

### 3. Toepasselijk recht op het arbitragecontract

De in het voorgaande besproken conclusie dat de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen van contractuele aard is maar ook judiciële elementen kent, beantwoordt niet de vraag welk recht op die overeenkomst van toepassing is. Deze vraag is van wezenlijk belang voor het vaststellen van de inhoud (en nakoming) van het arbitragecontract.

Buiten een expliciete rechtskeuze door de partijen bij het arbitragecontract – een zeldzame gebeurtenis<sup>21</sup> – zijn in de internationale literatuur drie rechtsstelsels genoemd die voor toepassing op het arbitragecontract in aanmerking komen. Het betreft (1) het (contracten)recht van de zetel van de arbitrage, (2) het recht van toepas-

sing op de overeenkomst tot arbitrage, en (3) het recht van de woon- of vestigingsplaats van de arbiter.<sup>22</sup>

Toepasselijkheid van het recht van de zetel van de arbitrage heeft als voordeel dat het arbitragecontract wordt ingevuld door het contractenrecht van het land waarvan ook het arbitragerecht van toepassing is op de arbitrageprocedure. Dit (arbitrage)recht biedt de formeel-wettelijke grondslag voor de arbitrage.<sup>23</sup> Het is daarmee van kardinaal belang bij de invulling van de verplichtingen van partijen onder het arbitragecontract. Anderzijds geeft ook de overeenkomst tot arbitrage invulling aan het arbitragecontract, zodat ook de benadering waarin wordt aangesloten bij het recht van toepassing op de overeenkomst tot arbitrage voordelen heeft. Ten slotte is het de arbiter die onder het arbitragecontract de meest kenmerkende prestatie levert. In dat licht komt het – naar regels van *commuun internationaal privaatrecht* (ipr) – op voorhand niet onlogisch voor dát (contracten)recht op het arbitragecontract van toepassing te achten.

De voorgaande bespreking gaat voorbij aan de vraag welke rol de regels van *internationaal privaatrecht* – die van de Verordening Rome I in het bijzonder<sup>24</sup> – in dit verband spelen. Uit artikel 1(2)(e) daarvan volgt dat de Verordening niet van toepassing is op ‘overeenkomsten tot arbitrage’. Maar volgt daaruit dat de Verordening ook niet van toepassing is op het arbitragecontract?

Born heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Hij voert daartoe aan dat het moeilijk voorstelbaar is dat de Verordening op het arbitragecontract van toepassing is. Dat zou in zijn beleving ook tot onwenselijke resultaten leiden. Immers, zo betoogt Born, wanneer partijen bij het arbitragecontract geen rechtskeuze maken, is ingevolge de artikelen 4(1)(b) en 4(2) van de Verordening het recht van toepassing van het land ‘waar de dienstverlener zijn gewone verblijfplaats heeft’ dan wel ‘waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten, haar gewone verblijfplaats heeft’. Toepasselijkheid van de Verordening zou er dan bij een scheidsgerecht bestaande uit drie arbiters uit verschillende landen toe kunnen leiden dat op het tussen ieder van de arbiters en de procespartijen overeengekomen arbitragecontract verschillend recht van toepassing zou zijn. Het gevolg daarvan zou zijn dat ieder der arbiters mogelijk verschillende verplichtingen heeft jegens de procespartijen.

Hoewel aan Born moet worden toegegeven dat dit resultaat niet aantrekkelijk voorkomt, zijn overwegingen ten aanzien van de wenselijkheid van de toepasselijkheid van de Verordening niet beslissend. Mijns inziens is de Verordening niet van toepassing op het arbitragecontract. Daartoe geldt dat de achtergrond van de beperking van het toepassingsbereik van de Verordening is gelegen in het feit dat het Verdrag van New York van

16. Zie over competentie en separabiliteit: G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, p. 223 e.v.

17. Zie art. 12 e.v. daarvan.

18. Sniijders 2011.

19. F.D. von Hombracht-Brinkman, *Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten* beziën in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters, *TvA* 1994/1, p. 10 onder (g).

20. Zie voor een nadere bespreking par. 4.

21. In de praktijk wordt veel gebruik gemaakt van standaardarbitrageclausules zoals die in de regels van arbitrage-instituten zijn opgenomen. Die standaardclausules voorzien – in elk geval voor wat betreft de grotere arbitrage-instituten – niet in een rechtskeuze. Ook uit de rechtspraak zijn mij geen voorbeelden bekend van arbitragecontracten waarin een rechtskeuze was opgenomen.

22. Born 2009, p. 1670.

23. Zie voor een bespreking: Meijer 2011.

24. Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEG* 2008, L 177/6, hierna: de Verordening.

1958<sup>25</sup> reeds voorziet in regels betreffende het toepasselijk recht op de overeenkomst tot arbitrage.<sup>26</sup> Het Verdrag van New York is echter niet van toepassing op het arbitragecontract. Derhalve gelden de overwegingen die ten grondslag liggen aan de in de Verordening opgenomen beperking niet voor het arbitragecontract. Dat leidt mijns inziens niet tot een problematisch resultaat. Het risico dat arbiters onder verschillende rechtssystemen verschillende verplichtingen hebben, moet niet worden overdreven. Er bestaat ook in internationaal verband een – naar Borns eigen zeggen – breed gedragen begrip van welke verplichtingen arbiters op zich nemen bij het aanvaarden van hun opdracht.<sup>27</sup>

Een en ander doet er – bij gebrek aan richtinggevende rechtspraak – niet aan af dat er discussie kan bestaan over het recht dat toepasselijk is op het arbitragecontract. Nu toepasselijkheid van die Verordening – of het *commune ipr* – er toe zou kunnen leiden dat voor individuele arbiters verschillende normen kunnen gelden, verdient het aanbeveling dat het toepasselijk recht op het arbitragecontract reeds op voorhand wordt bepaald. Dat kan door een door partijen (arbiters en procespartijen) te maken rechtskeuze. Dat is echter niet gebruikelijk. De rechtskeuze zou ook kunnen voortvloeien uit het van toepassing verklaarde arbitragereglement. Immers, het arbitragereglement is een van de bronnen op grond waarvan het arbitragecontract wordt ingevuld. Vereist is dan wel dat het desbetreffende reglement in die rechtskeuze voorziet. De voor de Nederlandse praktijk meest relevante arbitragereglementen van het Nederlands Arbitrage-instituut (NAI), de International Chamber of Commerce (ICC), de London Court of International Arbitration (LCIA), de Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) en de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) doen dat voornog niet.

Een derde optie zou zijn wanneer in het op de arbitrage toepasselijk arbitragerecht wordt verankerd dat op de opdracht van arbiters van toepassing is het contractenrecht van de zetel van de arbitrage, tenzij partijen – op een van voornoemde wijzen – anders overeenkomen. De keuze voor lokaal contractenrecht ligt daarbij voor de hand, nu het toepasselijk arbitragerecht tevens invulling geeft aan (het recht van toepassing op) het arbitragecontract en vice versa.

Op deze manier wordt duidelijkheid geschapen over de kaders waarbinnen arbiters hun opdracht uitvoeren. Dat biedt rechtszekerheid voor met name niet-lokale arbiters, die zich in de huidige situatie geconfronteerd kunnen zien met mogelijk conflicterende verplichtingen. Zolang die regeling nog niet bestaat, verdient het aanbeveling dat partijen een en ander regelen door middel van het doen van een expliciete rechtskeuze.

25. Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken New York, 10 juni 1958, Stb. 1963, 417.

26. Meijer 2011, p. 375 e.v.

27. Zie voor een bespreking: Born 2009, p. 1615-1645.

## 4. Inhoud van het arbitragecontract naar Nederlands recht

### 4.1 Bronnen van de verplichtingen onder het arbitragecontract

Aan het arbitragecontract wordt door diverse bronnen invulling gegeven. De meest relevante daarvan is de overeenkomst tot arbitrage tussen de procespartijen. Zoals eerder besproken, is het deze overeenkomst die ten grondslag ligt aan de bevoegdheden van arbiters. Wanneer de arbiter zijn opdracht aanvaardt (en het arbitragecontract tot stand komt), neemt hij daarmee de verplichting op zich zijn opdracht te volbrengen binnen de kaders zoals deze in de overeenkomst tot arbitrage worden gesteld. Dat brengt mee dat de arbiter zich in beginsel heeft te schikken naar de procesorde (bewijslevering, hoorzittingen enzovoort) zoals deze tussen de procespartijen wordt overeengekomen.

Dat is anders waar de overeenkomst tussen partijen de kaders van het toepasselijk dwingend recht en beginselen van fundamenteel procesrecht en een behoorlijke arbitrale rechtspleging te buiten gaat.<sup>28</sup> En wanneer partijen niet zelf de procesorde zijn overeengekomen, is het naar Nederlands arbitragerecht (art. 1036 Rv) aan arbiters om die procesorde te bepalen.<sup>29</sup>

Een tweede belangrijke bron die aan het arbitragecontract invulling geeft, is het toepasselijk arbitragerecht (de toepasselijke arbitragewet). Doorgaans zullen de procespartijen zelf een plaats van arbitrage – en daarmee een toepasselijk arbitragerecht<sup>30</sup> – hebben gekozen. Wanneer partijen die keuze niet hebben gemaakt – en ten minste een van hen in Nederland woont dan wel feitelijk verblijf houdt – biedt de Nederlandse arbitragewet aan het scheidsgerecht de ruimte zelf de plaats van arbitrage te bepalen.<sup>31</sup>

Wanneer een arbitragereglement door partijen van toepassing is verklaard, geeft dit reglement – voor zover het toepasselijk arbitragerecht daartoe de ruimte biedt – op zijn beurt weer invulling aan het arbitragerecht. Veel van deze reglementen – zie bijvoorbeeld artikel 66 NAI Arbitragereglement, artikel 40 ICC Arbitragereglement en artikel 31 LCIA Arbitragereglement – voorzien in een uitsluiting van aansprakelijkheid. Vanzelfsprekend speelt deze exoneratie een belangrijke rol bij de hierna te bespreken discussie over (de norm voor) aansprakelijk-

28. Zie Asser 2013, par. 4.

29. Het kan voorkomen dat de procespartijen zich niet kunnen vinden in de procesorde zoals die door het scheidsgerecht wordt bepaald. In die gevallen kunnen partijen alsnog tot een nadere overeenkomst komen. Daaraan is het scheidsgerecht in beginsel gehouden. Wanneer het scheidsgerecht – of een arbiter – zich met deze nader overeengekomen gang van zaken niet kan verenigen, moet het hem mijns inziens vrijstaan zijn opdracht neer te leggen.

30. Meijer 2011, p. 324-332.

31. Zie art. 1037 lid 1 jo. art. 1073 lid 2 Rv. Zie voor een discussie van de problematiek: B. van Zelst, Artikel 10:154 BW: een nieuwe benadering bij de bepaling van het recht toepasselijk op de overeenkomst tot arbitrage?, NTBR 2012/18.

heid van arbiters vanwege niet-nakoming van het arbitragecontract.

Ten slotte kan ook de administratieovereenkomst bij de invulling van het arbitragecontract een rol spelen. Arbitragereglementen vullen de overeenkomst tot arbitrage in en voorzien langs die band in – door arbiters in beginsel te respecteren – partijafspraken ten aanzien van bijvoorbeeld procesorde en kostenveroordelingen.<sup>32</sup>

#### 4.2 Verplichtingen voor arbiters

Arbiters verplichten zich bij het aangaan van het arbitragecontract (naar Nederlands recht) het aan hen voorgelegde geschil tot een oplossing te brengen. Dat kan, als gezegd, door het bevorderen van een minnelijke regeling ofwel door het wijzen van een arbitraal vonnis.<sup>33</sup> Uit deze hoofdverplichting tot geschiloplossing volgt ook een aantal nevenverplichtingen. Deze bestaan er kort gezegd in dat arbiters op een onafhankelijke en onpartijdige wijze en met inachtneming van beginselen van procesrecht een op schrift gesteld vonnis wijzen. Deze nevenverplichtingen – meer uitgebreid opgesomd en toegelicht in de bijdrage van Von Hombracht-Brinkman<sup>34</sup> – zijn ook in internationaal verband erkend.<sup>35</sup>

Von Hombracht-Brinkman heeft betoogd dat arbiters in internationale arbitrages gehouden zijn een vonnis te wijzen dat ten uitvoer kan worden gelegd.<sup>36</sup> Het is niet geheel duidelijk hoe verstrekkend deze stelling moet worden uitgelegd. Mijns inziens passen in elk geval twee nuanceringen. Allereerst geldt dat de Nederlandse arbitragewet een monistisch karakter draagt. Zij maakt – anders dan bijvoorbeeld de Zwitserse of de Franse arbitragewet – geen principieel onderscheid tussen nationale en internationale arbitrages. In feite zijn alle arbitrages naar Nederlands recht nationale arbitrages, nu de Nederlandse arbitragewet in die gevallen in beginsel gelijk van toepassing is.<sup>37</sup> In dat licht valt niet in te zien waarom een verplichting voor arbiters om een ten uitvoer te leggen vonnis te wijzen enkel zou gelden in internationale arbitrages. Ook in nationale arbitrages gewezen vonnissen komen voor tenuitvoerlegging (in binnen- en buitenland) in aanmerking. Zo bezien zou de verplichting een ten uitvoer te leggen vonnis te wijzen voor alle vonnissen gelijkelijk moeten gelden.<sup>38</sup> Ten tweede wordt nakoming van een arbitragecontract voor arbiters wel heel moeilijk wanneer zij worden geacht een vonnis te wijzen dat overal ten uitvoer kan worden gelegd. Dat is – zeker nu interpretatie van het Verdrag

van New York door nationale rechters nog wel eens divergeert<sup>39</sup> – feitelijk onmogelijk.

De opdracht een ten uitvoer te leggen vonnis te wijzen moet in het licht van het voorgaande mijns inziens dan ook niet worden begrepen als een resultaatsverbintenis, maar veeleer als een zorgvuldigheidsnorm, een verplichting '[to] decide the case with appropriate care, skill and professional integrity'.<sup>40</sup>

#### 4.3 Verplichtingen voor procespartijen

Tegenover de verplichtingen van arbiters staat de primaire verplichting voor de procespartijen om de arbiters voor hun werkzaamheden te honoreren.<sup>41</sup> Daarnaast heeft Von Hombracht-Brinkman wel aangenomen dat partijen, wanneer zij met arbiters een overeenkomst van opdracht sluiten, toezeggen aan de arbitrale procedure mee te werken.<sup>42</sup> Hoewel dat voorshands logisch voorkomt – dat de opdrachtgevers (de procespartijen) gehouden zijn het de opdrachtnemer (de arbiter) mogelijk te maken zijn opdracht daadwerkelijk uit te voeren lijkt besloten te liggen in de aard van de overeenkomst<sup>43</sup> – is die toezegging (of verplichting) in de Nederlandse wet niet geëxpliciteerd.

#### 4.4 Aansprakelijkheid van arbiters

Een bijzondere eigenschap van het arbitragecontract is dat voor de arbiter – niettegenstaande het contractuele karakter van zijn betrokkenheid – een 'hoge c.q. verhoogde drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid' geldt.<sup>44</sup> Deze voor de arbiter milde aansprakelijkheidsnorm is terug te vinden in de meeste van de ontwikkelde rechtsstelsels.<sup>45</sup> Zo ook in Nederland. In een zaak waarin de arbiter – na vernietiging van het arbitraal vonnis vanwege het ten onrechte aannemen van bevoegdheid – uit onrechtmatige daad werd aangesproken voor dat (onjuiste) oordeel, besliste de Hoge Raad:

'[m]ede gelet op de (...) 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.'<sup>46</sup>

32. Zie bijv. art. 60 e.v. NAI Arbitragereglement (waarover: M. van de Hel-Koedoot, De kosten(veroordeling) in arbitrage. Een overzicht aan de hand van het NAI Arbitrage Reglement, TvA 2009/13).

33. Zie Scheltema 2011 en Von Hombracht-Brinkman 1994.

34. Von Hombracht Brinkman 1994, p. 10 onder (m).

35. Born 2009, p. 1620.

36. Von Hombracht Brinkman 1994, p. 10.

37. Meijer 2011, p. 347 e.v.

38. Zie eerder besproken Verdrag van New York in noot 25.

39. Zie over dit probleem; A.J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1981.

40. Born 2009, p. 1620.

41. In de (Nederlandse) wet aangeduid als 'loon'. Zie art. 7:405 lid 1 BW.

42. Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 11.

43. Zie Asser 2013.

44. Dekker & Van Boom 2013, par. 6.

45. Zie Dekker & Van Boom 2013, par. 6 en Born 2009, p. 1651 e.v.

46. HR 4 december 2009, RvdW 2009, 1406 (ASB Greenworld/NAI), NJ 2011/131 m.nt. Vranken, die concludeert dat de Hoge Raad 'door niet alleen aansprakelijkheid aan te nemen voor opzettelijk of met bewuste roekeloosheid gedane onjuiste arbitrale of rechterlijke uitspraken, maar ook als de arbiter of rechter heeft gehandeld met kennelijk grove miskenning van wat een behoorlijke taakvervulling meebrengt (...) de grenzen toch behoorlijk heeft verruimd'.

De juistheid van deze benadering – die arbiters in grote (maar niet onbeperkte) mate immuniteit biedt tegen aanspraken vanwege niet-nakoming van het arbitragecontract – is met name in de Verenigde Staten onderwerp van discussie. Kort en goed staan daar tegenover elkaar de visies dat enerzijds een vergaande immuniteit van arbiters noodzakelijk is uit hoofde van de onafhankelijke en onpartijdige beslechting van het geschil, en dat anderzijds die bescherming de prikkels wegneemt tot een goede dienstverlening door arbiters aan de partijen.<sup>47</sup>

Deze discussie doet er niet aan af dat de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de aansprakelijkheid van arbiters vanwege ‘onjuiste’ beslissingen slechts zeer beperkt ruimte biedt. Die (strengere) aansprakelijkheidsnorm is in de Nederlandse (arbitrage)wet echter niet vastgelegd. Hoewel dat laatste niet verwonderlijk is nu het onder diezelfde wet geen gegeven is dat op het arbitragecontract het Nederlands recht van toepassing is, geldt ook hier dat het voor niet-lokale arbiters prettig zou zijn om uit de arbitragewet te kunnen afleiden tot welke taakuitoefening zij gehouden zijn en waar de grenzen van hun aansprakelijkheid liggen.

In dat verband zou ook kunnen worden overwogen nader invulling te geven aan de verplichtingen van de procespartijen onder het arbitragecontract. Dit kan met name van belang zijn in het kader van de recent opgelaaide discussies over het bestrijden van wat in de literatuur ook wel *guerrilla tactics* worden genoemd.<sup>48</sup> Daarmee wordt bedoeld op handelen door procespartijen met het doel de integriteit van de arbitrale procedure geweld aan te doen, bijvoorbeeld door het bewerkstelligen van vertraging of het de wederpartij onmogelijk maken haar zaak te presenteren. Wanneer uit de wet voor de procespartijen een duidelijke verplichting volgt mee te werken aan een behoorlijke arbitrale rechtspleging, biedt dat de arbiters meer armslag om de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de arbitrale procesorde te handhaven.

47. Zie voor een bespreking van deze standpunten onder meer: S.D. Franck, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, 20 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 1 (2000); M. Weston, *Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration*, 88 Minn. L. Rev. 449 (2004); P. Rutledge, *Toward a Contractual Approach for Arbitral Immunity*, 39 Ga. L. Rev. 151 (2004); E. Truli, *Liability v. Quasi-Judicial Immunity of the Arbitrator: the Case Against Absolut Arbitral Immunity*, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 383.

48. S. Wilske, *Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going Gets (Extremely) Tough*, in: C. Klausegger e.a., *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011*, Maz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2011, p. 315 e.v. Zie voorts: G. Horvath, *Guerrilla Tactics in Arbitration, an Ethical Battle: Is There Need for a Universal Code of Ethics?*, in: C. Klausegger e.a., *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011*, Maz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2011, p. 297 e.v.

## 5. De rol van het scheidsgerecht in post-arbitrale geschillen

Naar Nederlands arbitragerecht eindigt de opdracht van het scheidsgerecht door nederlegging van het laatste eindvonnis ter griffie van de rechtbank van de plaats van arbitrage (art. 1058 Rv). Het debat tussen partijen hoeft daarmee echter niet per definitie te eindigen. Hoewel zij dat niet vaak doen – onderzoek toont aan dat 76% van de (internationale) scheidsrechterlijke vonnissen vrijwillig wordt nagekomen<sup>49</sup> – kunnen partijen hun discussie ook na depot van het vonnis in rechte voortzetten, bijvoorbeeld in de vorm van een procedure tot vernietiging, tenuitvoerlegging of herroeping van het vonnis.

Ook het scheidsgerecht kan in zo'n post-arbitraal geschil betrokken raken. Te denken valt aan de situatie waarin een arbiter in het kader van een erkenning en tenuitvoerleggings- of vernietigingsprocedure wordt verzocht te verklaren over het verloop van de arbitrale procedure, of het geval waarin een arbiter een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van het arbitragecontract wordt verweten.

De bijzondere positie van de arbiter<sup>50</sup> rechtvaardigt de vraag of de arbiter een beroep op het verschoningsrecht van artikel 165 Rv toekomt. Het uitgangspunt van dat artikel is dat eenieder die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, gehouden is getuigenis af te leggen. Op dat uitgangspunt maakt het tweede artikellid onder b. een uitzondering voor ‘zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking’. Dat verschoningsrecht ziet op dat wat de professional *in de hoedanigheid van* dat ambt of beroep of die betrekking is toevertrouwd.

Er bestaat geen consensus over de vraag of de partijen in een arbitrage gehouden zijn tot het betrachten van vertrouwelijkheid.<sup>51</sup> Dat is voor arbiters echter anders. Zowel in de nationale<sup>52</sup> als in de internationale<sup>53</sup> literatuur wordt aangenomen dat op arbiters een zwijgplicht rust ten aanzien van hetgeen aan hen in hun hoedanigheid van scheidsman is toevertrouwd. Voldaan lijkt derhalve aan de vertrouwelijkheidsverplichting zoals die uit artikel 165 Rv voortvloeit.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat arbiters zich kunnen beroepen op het verschoningsrecht. Integendeel. Arbiters worden door de Hoge Raad niet gerekend tot het ‘klassieke kwartet’ aan wie in beginsel het functio-

49. PricewaterhouseCoopers, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008*, p. 8, beschikbaar via: <[www.pwc.co.uk/forensic-services/publications/international-arbitration-2008.jhtml](http://www.pwc.co.uk/forensic-services/publications/international-arbitration-2008.jhtml)>. Uit datzelfde onderzoek volgt dat vorderingen tot vernietiging van scheidsrechterlijke vonnissen eveneens ongebruikelijk zijn (minder dan 25% van de gevallen).

50. Zie par. 2.

51. Zie N. Blackaby & C. Partasides, met A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: OUP 2009, par. 2.152.

52. Von Hombracht-Brinkman 1994, p. 10.

53. Born 2009, p. 1630 e.v. en de aldaar opgenomen verwijzingen.

neel verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad heeft enkel aan die groep (de geestelijke, de arts, de notaris en de advocaat) een verschoningsrecht toegekend. Daartoe heeft de Hoge Raad overwogen dat deze beroeps-beoefenaren behoren:

‘tot de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd, en aan wie in verband daarmee tevens het recht toekomt zich te dien aanzien ook ten overstaan van de rechter van het afleggen van getuigenis te verschonen. De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.’<sup>54</sup>

Mijns inziens kan niet voorshands worden gezegd dat een arbiter het verschoningsrecht moet toekomen omdat partijen zich ‘vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking’ tot hem moeten kunnen wenden. Sterker, naar analogie van het hiervoor geciteerde oordeel van de Hoge Raad – waarin het ging om een rechter die had nagelaten van een comparitie een proces-verbaal op te maken en die in hoger beroep werd gehouden aan zijn getuigplicht –, komt mij juist voor de conclusie dat arbiters naar geldend recht in beginsel gehouden zijn te getuigen wanneer zij daartoe op wettige wijze worden opgeroepen.

Tot die conclusie dwingt ook het arrest van 10 april 2009. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat een mediator – die met partijen strikte geheimhouding was overeengekomen – niet een beroep op het verschoningsrecht toekwam.<sup>55</sup> Daartoe overwoog de Hoge Raad dat een andersluidend oordeel zou meebrengen:

‘dat de kring van verschoningsgerechtigden aanzienlijk zou worden uitgebreid zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van de mediators, hetgeen zich niet verdraagt met het uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht, en dat bij een met het oog daarop noodzakelijke beperking van die groep regelmatig geschillen zouden ontstaan omtrent de daarbij te hanteren criteria en de wijze waarop die zouden moeten worden toegepast, met alle nadelige gevolgen van dien voor de voortgang van procedures’.

Aan de rechtspraak kunnen echter ook argumenten worden ontleend voor een (beperkt) verschoningsrecht voor arbiters. In de kwestie Van Wassenaer van Catwijck/Knowsley was aan de orde de vraag of (de secretaris van) het scheidsgerecht gehouden kon worden tot het overleggen van een afschrift van het originele verslag van de

hoorzitting zoals dat door de desbetreffende secretaris was opgesteld. De grondslag voor dat verzoek (van de verliezende partij) was de exhibitieplicht van artikel 843a Rv. De Hoge Raad oordeelde dat arbiters een grote beleidsvrijheid hebben ten aanzien van de procesvoering, in het licht waarvan zij – bij gebreke van andersluidende afspraken tussen partijen – niet gehouden waren de aantekeningen over te leggen.<sup>56</sup>

Anders dan A-G Wesseling-Van Gent en het hof besteedde de Hoge Raad weinig aandacht aan het geheim van de raadkamer. Dat laat zich verklaren door het feit dat het onderhavige verzoek – in de samenvatting van de Hoge Raad – slechts zag op de aantekeningen van de secretaris ‘met uitzondering van eventuele aantekeningen die een aanzet tot de beslissing inhouden, of het overleg tussen de arbiters betreffen’.<sup>57</sup> In de literatuur is echter aangenomen dat uit het onderhavige arrest moet worden afgeleid dat arbiters niet gehouden zijn te verklaren over hetgeen in de arbitrale raadkamer is besproken.<sup>58</sup>

In dit verband is nog interessant het wetsvoorstel ter zake de implementatie van de Bemiddelingsrichtlijn.<sup>59</sup> Dat voorstel<sup>60</sup> voorzag – conform het bepaalde in artikel 7 van genoemde richtlijn – in een verschoningsrecht voor mediators in gevallen waarin vertrouwelijkheid uitdrukkelijk is overeengekomen. Hoewel het wetsvoorstel vanwege onvoldoende steun in de Eerste Kamer door de minister is ingetrokken,<sup>61</sup> biedt het aanknopingspunten voor het betoog dat ook arbiters zich op een verschoningsrecht moeten kunnen beroepen wanneer vertrouwelijkheid van de arbitrage tussen partijen (en arbiters) is overeengekomen. In elk geval lijkt de Europese wetgever in het ‘aanzienlijk uitbreiden’ van de kring van verschoningsgerechtigden een minder groot gevaar te hebben gezien dan de Hoge Raad.

Op basis van het voorgaande is de vraag gerechtvaardigd of arbiters een (beperkt) verschoningsrecht zou moeten toekomen. De eerder besproken argumenten van rechtszekerheid vinden mijns inziens ook in dit verband toepassing. Daarbij moet echter wel de nuance worden aangebracht dat het bepaalde in artikel 165 Rv vooral van belang zal zijn voor Nederlandse arbiters. Immers, ten aanzien van het horen van niet in Nederland woonachtige (ex-)arbiters komt de Nederlandse rechter in beginsel geen bevoegdheid toe.

54. HR 7 juni 2012, NJ 2002/394.

55. JIN 2009/371.

56. HR 29 januari 2010, NJ 2011/270 m.nt. H.J. Snijders (Van Wassenaer van Catwijck/Knowsley) en TvA 2010/19 m. nt. B.C. Punt.

57. Idem, r.o. 3.2.

58. M.C. van Leyenhorst, Het Wetsvoorstel: over het vonnis en het hoger beroep, TvA 2013/36. Zie ook de noten onder het desbetreffende arrest in noot 56.

59. Richtlijn 2008/52/EG van 21 mei 2008 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2008, L 136/8.

60. Kamerstukken II 2010/11, 32555, 2.

61. Kamerstukken I 2012/13, 32555, H. Recent is door het lid Van der Steur een nieuw voorstel ingediend tot bevordering van het gebruik van mediation, ook in het burgerlijk recht. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33723, 6.

## 6. Afronding

In het voorgaande is de rechtsrelatie tussen arbiter(s) en procespartijen uitgebreid besproken. De conclusie die uit die bespreking kan worden gedestilleerd, is dat er discussie kan ontstaan over het toepasselijk recht en de reikwijdte van de bevoegdheden van arbiters ten aanzien van de procesorde.

Ten aanzien van het toepasselijk recht kan deze discussie worden ondervangen door het maken van een duidelijke rechtskeuze. En ook met betrekking tot de bevoegdheid van het scheidsgerecht ten aanzien van ethische (mogelijk: gedragsrechtelijke) aangelegenheden kunnen de procespartijen – bijvoorbeeld door het van toepassing verklaren van de IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration<sup>62</sup> – reeds bij voorbaat onduidelijkheden wegnemen.

62. Beschikbaar via: <[www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> en besproken in B. van Zelst, De IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – effectief gedragsrecht in internationale arbitrage?, TvA 2013/169.