

corporatierecht. Ik zie echter niet in waarom ook de criteria van het misbruik van recht door het Kazachstaanse recht zouden worden beheerst; mijns inziens is hierop de *lex fori* van toepassing. Daarbij is van belang dat het hier niet gaat om (omgekeerde) doorbraak van aansprakelijkheid waarop (vermoedelijk) het incorporatierecht van toepassing is (zie P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR), Maklu 2017, par. 323), maar om het al dan niet bestaan van een verhaalsrecht op een in Nederland gelegen goed ten laste van een derde. De rechtbank (en mogelijk ook het hof, zie r.o. 3.9 slot) heeft deze kwalificatie niet helder voor ogen gehad.

7. Hoe het ook zij, toepassing van het recht van Kazachstan op de onderhavige casus leidt tot het voorshands oordeel van zowel de voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBAMS:2018:795, r.o. 4.7) als het hof (r.o. 3.10) dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economische zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Het hof voegt daaraan toe dat Samruk materieel in elk geval (mede) fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden. Samruk houdt immers aandelen in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen die door de juridische zelfstandigheid van Samruk in beginsel niet voor verhaal door de schuldeisers van Kazachstan vatbaar zijn, terwijl Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding ervan. Daarmee acht het hof voorshands aanneemelijk dat Samruk misbruik – in de zin van het recht van Kazachstan – maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover de schuldeisers in deze zaak op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (r.o. 3.11).

8. De primaire kernvraag is daarmee beantwoord: het beslag is niet onrechtmatig gelegd; het vermogen van Samruk, hoewel geen schuldenaar in deze zaak, is in beginsel vatbaar voor verhaal door de schuldeisers van Kazachstan (r.o. 3.12). Voorts overweegt het hof in antwoord op de subsidiaire kernvraag – na een afweging van de belangen van de partijen en met inachtneming van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging – dat het beslag niet vexatorisch of “onnodig” in de zin van art. 705 lid 2 Rv is.

Ook dat vormt dus geen grond voor opheffing (r.o. 3.13). De ten laste van Samruk gelegde beslagen kunnen na het verkrijgen van een exequatur van het Zweeds arbitrale vonnis uitgewonnen worden. Een mooi voorbeeld dat misbruik niet loont.

C.G. van der Plas
universitair docent internationaal privaatrecht
aan de UvA en advocaat bij Florent te Amsterdam

243

Arbiter niet aansprakelijk voor schade als gevolg van niet-ondertekening arbitraal vonnis door mede-arbiters

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
4 juni 2019, zaaknr. 200.206.064,
ECLI:NL:GHARL:2019:4760
(mr. Croes, mr. Ter Veer, mr. Lock)
Noot mr. C.L. Schleijsen

Arbitrage. Geen persoonlijke aansprakelijkheid arbiter voor niet-ondertekening van arbitraal eindvonnis door mede-arbiters. Geen causaal verband tussen fout arbiter en geleden schade. Verwijzing naar HR 4 december 2009, «JOR» 2010/175, m.nt. SCJJK (Greenworld). Vervolg op HR 30 september 2016, «JOR» 2016/324, m.nt. SCJJK en Ernste.

[Rv art. 1057 lid 2; BW art. 6:162]

In het tussenarrest van 16 oktober 2018 is beslist, in het licht van de omstandigheden van dit geval, dat het feit dat het arbitrale eindvonnis van geïntimeerde en twee mede-arbiters alleen door de voorzitter en de secretaris werd ondertekend, grof plichtsverzuim oplevert zoals bedoeld in de Greenworld-maatstaf (HR 4 december 2009, «JOR» 2010/175, m.nt. SCJJK). Dit brengt mee dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade die eiseres heeft geleden doordat het arbitrale eindvonnis is vernietigd. Om te beoordelen of de door eiseres gestelde schade voor vergoeding in aanmerking komt, moet worden beoordeeld of eiseres het door haar tegenpartijen in de arbitrale

procedure (hierna: de tegenpartijen) te betalen bedrag wel op hen had kunnen verhalen, indien geïntimeerde de tot vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis leidende fout niet had gemaakt en het arbitrale vonnis niet was vernietigd. Het arbitrale eindvonnis bevatte geen executeerbare beslissing. Arbiters kwamen tot het oordeel dat de tegenpartijen gehouden waren om aan eiseres een vervangende schadevergoeding te betalen van € 3.403.352 voor ieder van hen. Dat oordeel heeft niet geleid tot een veroordeling tot betaling, omdat eiseres dat niet had gevorderd. Arbiters hebben dan ook geen veroordeling uitgesproken, maar slechts “bepaald” dat de tegenpartijen elk onverwijld een bedrag van € 3.403.352 dienen te betalen. Een dergelijke “bepaling”, die is gelijk te stellen aan een verklaring voor recht, is naar haar aard niet rechtstreeks vatbaar voor executie. De omstandigheid dat er een exequatur is verleend op het arbitrale eindvonnis, maakt dat niet anders. Dit brengt mee dat eiseres hoe dan ook een civiele procedure (of nog een arbitrale procedure, gevolgd door een exequatur) had moeten entameren om een veroordeling tot betaling te verkrijgen die zij kon executeren. Ook als het arbitrale vonnis niet vernietigbaar zou zijn geweest, had zij die weg moeten bewandelen. Dit brengt mee dat de noodzaak om alsnog een veroordelend vonnis te verkrijgen, niet een gevolg is van het gebrek van het arbitrale eindvonnis, aangezien die noodzaak bij een geldig (niet vernietigbaar) arbitraal eindvonnis evenzeer had bestaan. Aldus ontbreekt reeds om deze reden het causaal verband tussen de fout van geïntimeerde en de schade, die immers volgens eiseres is veroorzaakt doordat het arbitrale vonnis niet meteen ten uitvoer kon worden gelegd. Daar komt nog het volgende bij. Eiseres is, meteen nadat zij op het arbitrale eindvonnis een exequatur had verkregen (in maart 2004), overgegaan tot tenuitvoerlegging van dat vonnis. Deze tenuitvoerlegging heeft ook een en ander opgeleverd. Eiseres heeft onvoldoende gemotiveerd feiten aangevoerd die tot de conclusie kunnen leiden dat, indien het arbitrale eindvonnis niet was vernietigd, er tot een groter bedrag verhaal op vermogen van de tegenpartijen mogelijk was geweest. Uit de stellingen van eiseres blijkt namelijk onvoldoende welke reële verhaalsmogelijkheden er voor haar bestonden buiten hetgeen zij reeds op de tegenpartijen had verhaald. Eiseres heeft niet voldoende concreet gemaakt welke andere vermogensbestanddelen van de tegen-

partijen ook nog voor beslaglegging vatbaar waren en wat dit zou hebben kunnen opleveren en evenmin geconcretiseerd welke van deze vermogensbestanddelen niet meer voor verhaal beschikbaar waren toen eiseres wel een executorialie titel tegen de tegenpartijen verkreeg. Eiseres heeft, met andere woorden, onvoldoende gemotiveerd welke verhaalsmogelijkheden haar door de fout van geïntimeerde en de vernietiging van het arbitrale eindvonnis zijn ontglipt. Het voorgaande voert tot de slotsom dat eiseres haar stelling dat zij, als aan het arbitrale eindvonnis geen gebrek had gekleefd, haar vordering op de tegenpartijen had kunnen verhalen, onvoldoende heeft gemotiveerd en onderbouwd. Het causale verband tussen enerzijds de fout van geïntimeerde en anderzijds de door eiseres geleden schade is onvoldoende gebleken, nu onduidelijk is gebleven of de tegenpartijen in een eerder stadium, zonder vernietiging van het arbitrale eindvonnis, wél (meer) verhaal zouden hebben geboden.

Qnow BV te Maastricht,
appellante,
advocaat: mr. H.A.J. Stollenwerck,
tegen
X,
geïntimeerde,
advocaat: mr. S.J.H.M. Berendsen.

(...; red.)

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1. In het tussenarrest van 16 oktober 2018 heeft het hof beslist, in het licht van de omstandigheden van dit geval, dat het feit dat het arbitrale eindvonnis van [Geïntimeerde] en twee mede-arbiters alleen door de voorzitter en de secretaris werd ondertekend, grof plichtsverzuim oplevert zoals bedoeld in de Greenworld-maatstaf. Dit brengt mee dat [Geïntimeerde] aansprakelijk is voor de schade die Qnow heeft geleden doordat het arbitrale eindvonnis is vernietigd. Het hof overwoog voorts dat het een nadere bespreking van de omvang van de schade, het causaal verband en mogelijke eigen schuld aan de kant van Qnow aangewezen achtte. Deze onderwerpen zijn besproken op de vervolgens gehouden comparitie. Het hof is tot de conclusie gekomen dat uit hetgeen Qnow heeft aangevoerd onvoldoende is komen vast te staan dat er een verband bestaat tussen de fout van [Ge-

intimeerde] en de vernietiging van het arbitrale vonnis enerzijds en de door Qnow gestelde schade anderzijds. Het hof zal uitleggen hoe het tot dit oordeel is gekomen.

2.2. De door Qnow van [Geïntimeerde] gevorderde schadevergoeding bestaat er blijkens de memorie van grieven in dat zij door de vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis het door [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] (wederpartijen van Qnow in de arbitrale procedure) ingevolge dat vonnis te betalen bedrag niet op [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] heeft kunnen verhalen. Zij vordert daarom (uitsluitend) de schade die is veroorzaakt door het wegraken van verhaalsmogelijkheden als gevolg van het tijdsverloop tussen het uitspreken van het arbitrale eindvonnis en (wat Qnow aanduidt als) de civiele herstelprocedure. Voor zover Qnow na verwijzing haar eis heeft vermeerderd met andere schadeposten, in het bijzonder de advocaat- en proceskosten die Qnow heeft moeten maken om de vernietiging van het arbitrale vonnis te pareren, is daarvoor in deze stand van de procedure geen plaats meer. Het bezwaar van [Geïntimeerde] tegen deze eiswijziging slaagt dan ook.

2.3. Om te beoordelen of de door Qnow gestelde schade voor vergoeding in aanmerking komt, moet worden beoordeeld of Qnow het door [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] te betalen bedrag wel op hen had kunnen verhalen, indien [Geïntimeerde] de tot vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis leidende fout niet had gemaakt en het arbitrale vonnis niet was vernietigd.

2.4. Zoals ook [Geïntimeerde] heeft aangevoerd, bevatte het arbitrale eindvonnis geen executeerbare beslissing. Arbiters kwamen tot het oordeel dat [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure], die zich terecht beriepen op dwaling, gehouden waren om aan Qnow een vervangende schadevergoeding te betalen van € 3.403.352 voor ieder van hen. Dat oordeel heeft niet geleid tot een veroordeling tot betaling, omdat Qnow dat niet had gevorderd. Qnow had wel een reconventionele vordering ingesteld, maar die zag alleen op nakoming, niet op vervangende schadevergoeding. Arbiters hebben dan ook geen veroordeling uitgesproken, maar slechts “bepaald” dat [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] elk onverwijld een bedrag van € 3.403.352 dienen te betalen.

2.5. Een dergelijke “bepaling”, die is gelijk te stellen aan een verklaring voor recht, is naar haar aard niet rechtstreeks vatbaar voor executie. De omstandigheid dat er een exequatur is verleend op het arbitrale eindvonnis, maakt dat niet anders. Dit brengt mee dat Qnow hoe dan ook een civiele procedure (of nog een arbitrale procedure, gevolgd door een exequatur) had moeten entameren om een veroordeling tot betaling te verkrijgen die zij kon executeren. Ook als het arbitrale vonnis niet vernietigbaar zou zijn geweest, had zij die weg moeten bewandelen. Dit brengt mee dat de noodzaak om alsnog een veroordelend vonnis te verkrijgen, niet een gevolg is van het gebrek van het arbitrale eindvonnis, aangezien die noodzaak bij een geldig (niet vernietigbaar) arbitraal eindvonnis evenzeer had bestaan. Aldus ontbreekt reeds om deze reden het causaal verband tussen de fout van [Geïntimeerde] en de schade, die immers volgens Qnow is veroorzaakt doordat het arbitrale vonnis niet meteen ten uitvoer kon worden gelegd. Daar komt nog het volgende bij.

2.6. Qnow is, meteen nadat zij op het arbitrale eindvonnis een exequatur had verkregen (in maart 2004), overgegaan tot tenuitvoerlegging van dat vonnis. Deze tenuitvoerlegging heeft ook een en ander opgeleverd (zo heeft Qnow erkend in haar schriftelijk pleidooi sub 4.4). [Geïntimeerde] heeft gemotiveerd betwist dat [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] op dat moment meer verhaal boden en dat [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] de vernietigbaarheid en vernietiging van het arbitrale eindvonnis hebben aangegrepen om vermogensbestanddelen aan het verhaal van Qnow te onttrekken. Daartegenover heeft Qnow, hoewel daartoe uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld, onvoldoende gemotiveerd feiten aangevoerd die tot de conclusie kunnen leiden dat, indien het arbitrale eindvonnis niet was vernietigd, er tot een groter bedrag verhaal op vermogen van [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] mogelijk was geweest.

2.7. Uit de stellingen van Qnow blijkt namelijk onvoldoende welke reële verhaalsmogelijkheden er voor haar bestonden buiten hetgeen zij reeds op [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] had verhaald. Qnow beroept zich terzake op de rapporten van PWC (prod. 5 en 6 bij de inleidende dagvaarding), maar de stellingen van Qnow bieden te weinig feitelijke aanknopingspunten om daaruit te kunnen concluderen dat er

voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen bestonden waarop Qnow zich niet reeds had verhaald. Qnow heeft slechts in het algemeen gesteld dat uit die rapporten volgt dat [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] ruimschoots voldoende middelen hadden, zonder concreet te maken op welke vermogensbestanddelen zij zich succesvol had kunnen verhalen. Dat is onvoldoende voor de conclusie dat zij reële verhaalsmogelijkheden is misgelopen. De door haar genoemde rapporten gaan bovendien uit van een zeer ruime marge van ruim € 6 miljoen, zijn (mede) gebaseerd op de eigen verklaringen van [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] en verschaffen ook blijkens de rapportages zelf geen zekerheid omtrent de getrouwheid van het daarin opgenomen cijfermateriaal (tenzij anders vermeld). Tegenover de gemotiveerde betwisting door [Geïntimeerde] heeft Qnow voorts onvoldoende gemotiveerd dat het aandelenpakket in Groen Invest Nederland B.V. (GIN) en Gin Grondexploitatie maatschappij B.V. (Gin Grond) een positieve waarde vertegenwoordigde en daarmee een reëel verhaalsobject vormde. Volgens Qnow zouden de aandelen € 12.5 miljoen hebben opgeleverd, maar dat is niet wat uit de stukken volgt. Uit (p. 2 van) een verslag van de curator in het faillissement van GIN (prod. 7 bij de dagvaarding), waarop Qnow zich tevens beroept, blijkt dat de curator actief heeft gerealiseerd ad € 94.331,73 in GIN en € 11.682.519 in Gin Grond. Daarin staat evenwel ook te lezen (op p. 8, sub 3.3) dat op de gronden hypotheek rustten ad (vermoedelijk) € 11.553.132, (op p. 15, sub 8.2 en 8.3) dat er preferente vorderingen waren op GIN en Gin Grond ad ruim € 145.000 en (op p. 16 sub 8.6) een concurrente schuldenlast van ongeveer € 70 miljoen in alle Gin-vennootschappen tezamen. Qnow stelt dat zij haar vordering had willen verhalen op de aandelen in GIN en Gin Grond die in bezit waren van [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure]. De waarde van die aandelen wordt mede bepaald door het actief van de vennootschap (de waarde van de gronden), maar ook door het passief: de zeer aanzienlijke schulden. Door alleen te verwijzen naar het door de curator gerealiseerde actief, maar hypotheek- en andere schulden buiten beschouwing te laten, heeft Qnow, tegenover de gemotiveerde betwisting door [Geïntimeerde] en in het licht van het faillissement van GIN en Gin Grond, onvoldoende gesteld voor de conclusie dat de aandelen in het be-

zit van [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] tussen 2004 en 2010 enige substantiële waarde vertegenwoordigden waarop Qnow zich succesvol had kunnen verhalen.

2.8. Indien er, zoals Qnow heeft gesteld, ten tijde van het wijzen van het arbitrale eindvonnis nog meer aanmerkelijke voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen waren, dan had het voor de hand gelegen dat daarop door Qnow in ieder geval conservatoir beslag was gelegd. Ondanks expliciete vragen van dit hof daarover in het tussenarrest van 16 oktober 2018 en ter gelegenheid van de comparitie van partijen is evenwel onvoldoende gebleken welke andere concrete verhaalsmogelijkheden er waren, welke (conservatoire of executoriale) beslagmaatregelen Qnow al dan niet heeft genomen, en wat deze al dan niet hebben opgeleverd of zouden hebben kunnen opleveren. Zo stelt Qnow wel dat zij (in Nederland) executoriaal beslag op de aandelen in GIN heeft gelegd en dat na het verbod in kort geding heeft moeten opheffen, maar verklaart zij niet waarom zij daarop vervolgens geen conservatoir beslag heeft gelegd. Qnow stelt voorts dat conservatoir beslag in België onder particulieren aan strengere eisen wordt getoetst dan in Nederland, maar laat niet zien dat zij daadwerkelijk heeft gepoogd om in België conservatoir beslag te leggen en op welke vermogensbestanddelen zij doelt, behoudens een beslag op onroerende zaken, waaronder een kasteel in België, dat naar haar zeggen ter gelegenheid van de comparitie van partijen wel doel heeft getroffen.

2.9. Qnow heeft dus niet voldoende concreet gemaakt welke andere vermogensbestanddelen van [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] ook nog voor beslaglegging vatbaar waren en wat dit zou hebben kunnen opleveren en evenmin geconcretiseerd welke van deze vermogensbestanddelen niet meer voor verhaal beschikbaar waren toen Qnow wel een executoriale titel tegen [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] verkreeg. Qnow heeft, met andere woorden, tegenover de gemotiveerde betwisting door [Geïntimeerde], onvoldoende gemotiveerd welke verhaalsmogelijkheden haar door de fout van [Geïntimeerde] en de vernietiging van het arbitrale eindvonnis zijn ontglipt. Aan dit alles doet niet af dat het Qnow volgens haar zeggen vanaf enig moment verboden is om de executie verder voort te zetten. Dat zou haar eventueel alleen kunnen baten indien met een voldoende mate van

zekerheid komt vast staan dat die (verdergaande) executie resultaat zou hebben gehad. Aangezien dat niet is komen vast te staan, leidt ook de omstandigheid dat Qnow door de vernietigbaarheid van het arbitrale eindvonnis de executie heeft moeten staken niet tot de conclusie dat de omstandigheid dat Qnow haar vordering uiteindelijk niet op [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] heeft kunnen verhalen, een gevolg is van de fout van [Geïntimeerde].

2.10. Het voorgaande voert tot de slotsom dat Qnow haar stelling dat zij, als aan het arbitrale eindvonnis geen gebrek had gekleefd, haar vordering op [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] had kunnen verhalen, onvoldoende heeft gemotiveerd en onderbouwd. Het causale verband tussen enerzijds de fout van [Geïntimeerde] en anderzijds de door Qnow geleden schade is onvoldoende gebleken, nu onduidelijk is gebleven of [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] in een eerder stadium, zonder vernietiging van het arbitrale eindvonnis, wèl (meer) verhaal zouden hebben geboden. Waar onvoldoende is gesteld om te kunnen vaststellen dat Qnow door de fout van [Geïntimeerde] de door haar gestelde schade heeft geleden, ziet het hof ook geen aanleiding om de omvang van de schade, al dan niet door kansberekening, te schatten (vgl. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:642). Het verweer van [Geïntimeerde] dat Qnow ook eigen schuld treft doordat zij de civiele procedure tegen [Tegenpartijen van Qnow in de arbitrale procedure] niet tijdig heeft gestart en te lang op haar beloop heeft gelaten, kan dan ook verder onbesproken blijven.

2.11. Nu Qnow het causale verband tussen de fout van [Geïntimeerde] en de door haar gestelde schade onvoldoende gemotiveerd met feiten heeft gestaafd, en zij terzake dus niet aan haar stel- en motiveringsplicht heeft voldaan, passeert het hof het door haar gedane bewijsaanbod. Voor zover Qnow schriftelijk bewijs heeft aangeboden (en dat aanbod ter zitting heeft herhaald) van haar (al dan niet mislukte) pogingen tot beslaglegging, gaat het hof daaraan ook voorbij. Niet alleen heeft Qnow haar stellingen terzake onvoldoende gemotiveerd, zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen, ook geldt dat van een partij die zich beroept op schriftelijk bewijs, mag worden verlangd dat zij dit uit zichzelf in het geding brengt (zie o.a. Hoge Raad 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077 («JOR» 2015/253; *red.*)

r.o. 3.5.4). Dit geldt temeer nu het hof Qnow daartoe al uitdrukkelijk had uitgenodigd in (r.o. 2.11 van) het tussenarrest, waarin niet alleen werd gevraagd om stukken met betrekking tot in 2010 getroffen executie maatregelen, maar ook om alle andere stukken die licht kunnen werpen op de daarvoor vermelde vragen.

3. Slotsom

3.1. Het bovenstaande leidt tot de navolgende conclusie. Zoals voortvloeit uit het tussenarrest van 16 oktober 2018 slaagt grief 1a in het principaal hoger beroep met betrekking tot de onrechtmatigheid van het handelen van [Geïntimeerde]. Dit leidt evenwel niet tot een andere uitkomst van het geding, omdat niet is komen vast te staan dat de onrechtmatige gedraging van [Geïntimeerde] tot de door Qnow gestelde schade heeft geleid. De overige grieven behoeven geen bespreking meer. Het vonnis van de rechtbank Limburg, voor zover gewezen in het geding jegens [Geïntimeerde], waarbij de vonnissen van Qnow zijn afgewezen, dient daarom te worden bekrachtigd, zij het op andere gronden.

3.3. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Qnow veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep, zowel voor als na de verwijzing, aan de zijde van [Geïntimeerde] begroot op € 1.631 voor griffierecht en € 33.006 voor salaris van de advocaat (6 punten appeltarief VIII ad € 5.501,- per punt).

3.4. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals gevorderd.

4. Beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, van 29 mei 2013, voor zover gewezen tussen Qnow en [Geïntimeerde]; veroordeelt Qnow in de kosten van het geding (...; *red.*); verklaart dit arrest wat de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Ook (scheids)rechters maken fouten. Een “gewone” rechter is daarvoor in principe niet aansprakelijk. Het is immers de Staat die de schade

onder (strikte) omstandigheden draagt (zie art. 42 Wrra). Dat is anders voor de arbiter: hij kan wél persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van zijn handelen of nalaten tijdens de arbitrage. Een arbiter beslecht krachtens een bijzondere opdracht het aan hem voorgelegde geschil en dient daarbij de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (art. 7:401 BW). Deze algemene norm krijgt voor de aansprakelijkheid van de arbiter een specifieke invulling, geleid op de aard van de opdracht (zie onder 2). Het onderhavige arrest markeert het eindpunt in de Qnow/B-zaak over aansprakelijkheid van de voorzitter van een scheidsgerecht voor de onjuiste ondertekening van het arbitraal vonnis. Hoewel dit niet de eerste zaak is waarin is gepoogd een arbiter aansprakelijk te stellen (zie bijv. HR 4 december 2009, «JOR» 2010/175, m.nt. SCJJK (*Greenworld/Arbiters*)) is het wél de eerste zaak waarin de vraag naar het causaal verband tussen de “fout” van de arbiter en de gestelde schade expliciet aan de orde is.

2. Bij gebreke aan een specifieke wettelijke regeling voor arbiteraansprakelijkheid gelden de regels van algemeen aansprakelijkheidsrecht, die in de rechtspraak nader zijn uitgewerkt. Uit deze rechtspraak blijkt dat verschillende hordes moeten worden genomen voordat de arbiter aansprakelijk is. Ten eerste dient het arbitrale vonnis vernietigd te zijn door de gewone rechter. Zo ook bijv. P.E. Ernste & G.J. Meijer, ‘De rol van vernietiging van een arbitraal vonnis bij de aansprakelijkheid van arbiters’, *Ars Aequi* 2017, p. 682-686. Anders echter D.A.M.H.W. Strik, ‘Aansprakelijkheid(sbeperking) van de arbiter’, in: *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Deventer: Kluwer 2019, p. 390-391. Vernietiging zal niet snel aan de orde zijn, aangezien de gronden waarop het vonnis aan vernietiging blootstaat, beperkt zijn (art. 1065 lid 1 Rv) én omdat de gronden met terughoudendheid moeten worden toegepast door de gewone rechter (HR 9 januari 2004, NJ 2005/190, (*Nannini/SFT*) en HR 17 januari 2003, NJ 2004/384 (*IMS/Modsaf*). Zie ook P.E. Ernste & C.L. Schleijsen, ‘De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?’, in: *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Deventer: Kluwer 2019, p. 651-700). Een tweede horde zit in de maatstaf voor aansprakelijkheid. Een arbiter kan slechts aansprakelijk worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van een vernietigd arbitraal vonnis indien hij

opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, dan wel met kennelijk grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt (“grof plichtsverzuim”). Deze (strengere) maatstaf is mede ingegeven door de (quasi-)rechterlijke taak die de arbiter uitoefent en zijn belang om daarbij in onafhankelijkheid en onbevangenheid te kunnen beslissen, zo volgt uit het Greenworld-arrest. In die zaak betrof het een beoordelingsfout: arbiters namen – achteraf bezien – onterecht aan dat zij jegens Greenworld bevoegd waren. Uit het Qnow/B-arrest (HR 30 september 2016, «JOR» 2016/324, m.nt. SCJJK en Ernste) blijkt dat de Greenworld-maatstaf ook geldt ten aanzien van procedurele fouten van arbiters, maar niet voor zogenoemde “bedrijfsfouten”. Bedrijfsfouten zijn fouten die niet met de arbitrale taak samenhangen, maar wel tot schade leiden.

3. De onderhavige uitspraak betreft het eindarrest inzake Qnow/B. Qnow verkocht eind jaren 90 een aandelenpakket in een later gefailleerde vennootschap. De kopers vernietigden na gedeeltelijke betaling van de koopprijs de koopovereenkomst. In de door hen aanhangig gemaakte arbitrage werd vervolgens bepaald dat de vernietiging terecht was en dat de kopers niet verplicht waren de aandelen terug te leveren. Ook bepaalden de arbiters dat de kopers een bedrag aan vervangende schadevergoeding aan Qnow moesten voldoen (r.o. 2.4 van het onderhavige arrest). Het vonnis dat deze “bepaling” (zie ook hierna, onder 5) bevatte, werd later vernietigd door de burgerlijke rechter vanwege een ondertekeningsfout (art. 1065 lid 1 sub d Rv). In de veronderstelling dat dit was toegelaten, had de voorzitter van het scheidsgerecht samen met de arbitraal secretaris het vonnis ondertekend, mede namens de overige twee arbiters. Art. 1057 lid 2 Rv schrijft echter dwingendrechtelijk voor dat iedere arbiter *zelf* het vonnis ondertekent. Kopers werden in een latere (herstel)procedure nogmaals veroordeeld tot betaling. Qnow vordert thans vergoeding van de schade die zij door de onjuiste ondertekening van het arbitraal vonnis heeft geleden, bestaande uit verval en/of vermindering van verhaalsmogelijkheden op de kopers, aangezien zij pas na de civiele herstelprocedure tot verhaal van het nog door kopers te betalen bedrag over kon gaan.

4. In het tussenarrest na verwijzing oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de voorzitter met grof plichtsverzuim had gehandeld. Hierbij

legden de aard van het geschonden voorschrift, alsmede de ernstige, onherstelbare gevolgen van niet-naleving daarvan – vernietiging en/of weigering van erkenning en verlof tot tenuitvoerlegging (art. 1063 jo. 1065 lid 1 sub d Rv) – gewicht in de schaal (Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9111). Ondertekening is een *essentieel* onderdeel van de taak van de arbiter: ondertekening door *elke* arbiter afzonderlijk vormt een waarborg voor collegiale besluitvorming (HR 5 december 2008, «JBPr» 2009/2 (*Bursa/Güris*)).

5. Desalniettemin wordt de schadevergoedingsvordering van Qnow in het onderhavige arrest afgewezen. Dit vanwege het ontbreken van een *condicio sine qua non*-verband tussen de niet-ondertekening en de weggevallen en/of verminderde verhaalsmogelijkheden van Qnow. Bij de beoordeling van het bestaan van dit verband blijkt het type arbitraal vonnis cruciaal te zijn (r.o. 2.4-2.5). Arbiters hadden een zuiver declaratoir vonnis gewezen. Indien de wederpartij vervolgens niet overeenkomstig het daarin bepaalde handelt (zoals *in casu*), dan kan geen gedwongen tenuitvoerlegging plaatsvinden, simpelweg omdat een dergelijk vonnis zich niet laat uitvoeren. Vanwege de aard van het gewezen vonnis had Qnow dus sowieso nóg een procedure moeten starten om een uitvoerbare veroordeling tot betaling te verkrijgen. Het kan dan ook niet gezegd worden dat de fout van de arbiter ertoe heeft geleid dat Qnow niet meteen tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis over kon gaan. Voorgaande heeft te maken met de insteek van de vordering(en) in arbitrage en Qnow had er achteraf gezien goed aan gedaan in de arbitrage een tegenvordering tot betaling in te stellen. Het oordeel was wellicht anders uitgevallen indien het arbitraal vonnis een veroordeling tot betaling bevatte. Wat betreft de gestelde, verminderde verhaalsmogelijkheden door vernietiging had Qnow meer moeten aandragen (r.o. 2.6-2.9), zeker gelet op de ruime kansen die zij had om bewijs van haar stellingen in het geding te brengen, het gebrek aan genomen (maar mogelijk geachte) conservatoire maatregelen (r.o. 2.7-2.11) en de relatief lange termijn (twee jaren) die Qnow nam om de herstelprocedure te starten. Op de achtergrond lijkt het procesgedrag van Qnow gedurende de arbitrage en de verschillende civiele procedures dus van belang te zijn voor het oordeel in het onderhavige arrest. Qnow had kortom

voortvarender mogen procederen en zich actiever mogen opstellen wat betreft de onderbouwing van haar stellingen.

6. De proces- en advocaatkosten voor de vernietigingsprocedure heeft Qnow pas na verwijzing bij wijze van eisvermeerdering te laat aangevoerd (r.o. 2.2). Ik meen dat bij een tijdige aanvoering een dergelijke vordering kansrijk is, zowel in geval van een condemnatoir als van een declaratoir arbitraal vonnis. Indien de arbiter het vonnis op een juiste wijze had ondertekend, dan had Qnow zich immers niet in een vernietigingsprocedure hoeven verdedigen en daarvoor aldus geen proceskosten hoeven maken. Ook is denkbaar dat de kosten van een *herstelprocedure* kunnen worden verhaald, indien het een condemnatoir arbitraal vonnis betreft.

7. Het onderhavige arrest bevestigt dat arbiters niet gauw aansprakelijk zullen zijn, zelfs als de aansprakelijkheidsdrempel uit het Greenworld-arrest is gehaald. De zaak als geheel biedt nadere aanknopingspunten voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de arbiter en laat zien dat het procesgedrag van partijen en de insteek van de (arbitrale) procedure uiteindelijk ook van cruciaal belang zijn in vervolgpcedures (bij de gewone rechter).

C.L. Schleijsen

docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit en promovenda, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht (OO&R)

Citeertitel

«JOR», 2019/x (volgnummer uitspraak)

Advertentieacquisitie

Cross Media Nederland
Tim Lansbergen
010-7607324
tim@crossmedianederland.com

JOR wil graag zoveel mogelijk interessante uitspraken op de diverse rechtsgebieden die in dit tijdschrift aan de orde komen, publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in JOR, verzoekt de redactie u deze aan het redactiesecretariaat toe te sturen. De digitale versie van JOR kan afwijkingen vertonen ten opzichte van de gedrukte versie als gevolg van latere correcties.

Abonnementen en administratie

«JOR» verschijnt elfmaal per jaar op papier en online via opmaat.sdu.nl. «JOR» is ook beschikbaar via contentintegratie. Toegang tot «JOR» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar sdu.nl of kunt u contact opnemen met onze klantenservice. Abonnementen kunt u afsluiten via sdu.nl of via Sdu Klantenservice. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80; e-mail: sdu@sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu Uitgevers bv. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

©Sdu Uitgevers 2019
Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleuvdigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van uitspraken of artikelen aan «JOR» impliceert toestemming voor openbaarmaking en veeleuvdiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JOR» in enige vorm.

Jurisprudentie Onderneming & Recht

Redactie

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. K. Frielink, advocaat, partner, BZSE Advocaten te Curaçao
Prof. mr. B.A. Schuijling, directeur Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en hoogleraar burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. C.W.M. Lieverse, advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam, hoogleraar financieel toezichtrecht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. A. Steneker, universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. dr. A.J. Tekstra, advocaat en fiscalist bij Blauw Tekstra Uding NV te Amsterdam
Mr. T. Salemink, universitair docent Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
Prof. mr. G.J.C. Rensen, hoogleraar Ondernemingsrecht Universiteit Utrecht, kandidaat-notaris/PSL bij Allen & Overy LLP te Amsterdam
Mr. drs. S.M.C. Nuijten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

Redactieraad

Prof. mr. J.J. van Hees, advocaat, partner Resor NV te Amsterdam, hoogleraar financiering, zekerheden en insolventie Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. N.E.D. Faber, hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen, lid dagelijks bestuur Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en senior counsel bij Clifford Chance LLP
Mr. A.F.J.A. Leijten, advocaat, partner Stibbe NV te Amsterdam
Prof. mr. C.D.J. Bulten, hoogleraar Ondernemingsrecht, Van der Heijden Instituut, Radboud Universiteit Nijmegen

Selecteurs

Mr. M.F. Backx, rechtbank Noord-Holland / Mw. mr. M. Bosman-Schouten, rechtbank Rotterdam / Mw. mr. I. Bouter, rechtbank Rotterdam (Dordrecht) / Mr. S.M. de Bruijn, Hoge Raad / Mr. J.M.J. Chorus, hof Amsterdam / Mr. J.K.J. van den Boom, rechtbank Midden-Nederland (Utrecht) / Mw. mr. R.A. Dudok van Heel, rechtbank Amsterdam / Mw. mr. M.E.L. Fikkers, hof Arnhem-Leeuwarden (Leeuwarden) / Mr. R. Giltay, rechtbank Noord-Nederland (Leeuwarden) / Mw. mr. A. Graefe, College van Beroep voor het bedrijfsleven / Mw. mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, hof 's-Hertogenbosch / Mr. J.F. de Heer, rechtbank Rotterdam / Mw. mr. R. Hermans, Rb. Zeeland-West-Brabant (Breda) / Mw. mr. M. Sanna, rechtbank Noord-Nederland (Groningen) / Mr. J.M. van der Klooster, hof Den Haag / Mw. mr. A.N. de Kok, rechtbank Overijssel (Almelo) / Mr. J.W.P. Manders, rechtbank Oost-Brabant ('s-Hertogenbosch) / Mr. S.J.J. Meulensteen, rechtbank Oost-Nederland (Arnhem) / Mw. mr. A. Smeëing-van Hees, hof Arnhem-Leeuwarden (Arnhem) / mw. mr. M.A. Sterk, hof Amsterdam (Ondernemingskamer) / Mw. mr. J.A.M. Strens-Meulemeester, rechtbank Oost-Nederland (Zutphen) / Mw. mr. I.R.A. Timmermans-Vermeer, rechtbank Limburg (Roermond) / Mr. R. Vogels, rechtbank Den Haag / Mw. mr. E.C.M. Wolfert, rechtbank Noord-Nederland (Assen) / Mr. G.W.G. Wijnands, rechtbank Oost-Nederland (Zwolle) / Mr. H.A. Witsiers, rechtbank Zeeland-West-Brabant (Middelburg)

Redactiesecretariaat

Mw. mr. M.H. van Saane-Reijnen
Mw. mr. M. Zandbergen
jor@jur.ru.nl

Uitgever

K. Hagen
k.hagen@sdu.nl