

**Aansprakelijkheid van de arbiter:  
‘bewuste roekeloosheid’, ‘ernstig verwijt’  
of ‘bekwame arbiter’ als maatstaf?**

De balansopname na *Greenworld* (2009) en *Qnow* (2016)

J.M. van Dunné

Eerste druk

Ars Aequi Libri 2019

ISBN 978-94-9276-677-9

NUR 822

© 2019, Ars Aequi Libri, Nijmegen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Stichting Ars Aequi Juridische uitgeverij.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de Stichting PRO (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp) te wenden. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) deswege geen aansprakelijkheid.

Omslagontwerp: Janine van Winden

# Voorwoord

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

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

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

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

De tekst kwam gereed op 12 maart 2019; nadien verschenen rechtspraak en literatuur werd slechts in enkele gevallen verwerkt.

Rotterdam, maart 2019

Jan van Dunné

# Inhoud

Voorwoord ..... V

Inleiding tot het onderwerp. De opzet en indeling van dit werk ..... 1

## Hoofdstuk 1

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

**Het negatieve commentaar in de literatuur** .....7

1.1 De oude jurisprudentie over onrechtmatige rechtspraak: *Hotel Jan Luyken* (1971)....7

1.2 De aanloop naar het arrest van 4 december 2009, *Greenworld*:  
het eerste *Greenworld*-arrest van 20 januari 2006. De casus .....8

1.3 Het arrest van 20 januari 2006, *Greenworld I*.  
De behandeling van de bevoegdheidsvraag .....10

1.4 Conclusies uit *Greenworld I* (2006). .....16

1.5 Het vervolg op *Greenworld I* (2006): de procedure eindigend  
met *Greenworld* (2009) .....17

## Hoofdstuk 2

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

**Wederom: negatief commentaar in de literatuur** .....21

2.1 De aanloop: de casus en de procedure voor rechtbank en hof .....21

2.2 Cassatie: het arrest van 30 september 2016, *Qnow*. .....22

2.3 Een eerste analyse van het arrest van 30 september 2016 aan de hand van  
een vergelijking met het standpunt van het OM .....25

2.4 De benadering van de Hoge Raad in het arrest van 30 september 2016,  
in afwijking van de conclusie OM, kritisch bezien. ....31

2.5 Het verdere verloop van *Qnow* na verwijzing: het arrest Hof Arnhem  
16 oktober 2018 .....33

2.6 Overzicht van de reacties op *Qnow* (juncto *Greenworld*) in de literatuur.  
De verdere opzet van onze analyse van het arrest met de nieuwe norm .....37

2.7 De verdere opzet van deze analyse van de jurisprudentie van 2009 en 2016:  
de normen onderzocht naar contractuele herkomst en de Unierechtelijke context. . .39

## Hoofdstuk 3

**Analyse van de *Greenworld*-*Qnow*-maatstaf (I): ‘opzet en bewuste roekeloosheid’,  
de oorsprong ervan in het contractenrecht, *liaisons dangereuses*?** .....41

3.1 Inleiding. De contouren van het onderzoek naar dit rechtsgebied .....41

3.2 De contractuele herkomst van ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ – het eerste  
onderdeel van de *Greenworld*-maatstaf De bakermat: exoneration in het  
vervoersrecht, *Codam/Merwede* (1954) .....44

3.3 De verdere ontwikkeling van ‘bewuste roekeloosheid’ in de jurisprudentie:  
Diepop (1994) en *Gemeente Stein/Driessen* (1996). .....48

3.4 Het karakter van ‘bewuste roekeloosheid’: subjectief of objectief criterium?  
Betekenis van *Scaramea/Telfort* (2008) en de resultaatsverbintenis .....50

- 3.5 De toepassing van ‘bewuste roekeloosheid’ bij werkgeversaansprakelijkheid. Onderscheid met ‘opzet’ zinvol?, herformulering nodig? Betekenis van *Interplissé* (2012) . . . . . 53
- 3.6 Afronding en conclusies. Resultaatsverplichting als onderscheidend kenmerk; de ‘kernprestatie’, niet-nakoming ervan als ‘kardinale fout’ . . . . . 58
- 3.7 De verzekeringsaspecten van aansprakelijkheid en exoneratie. *Kuunders/Swinkels* (2004) en standaardarrest *Fokker vliegtuigvleugel* (1968) . . . . . 60

#### Hoofdstuk 4

##### Analyse van de Greenworld-Qnow-maatstaf (II): de herkomst van de criteria ‘persoonlijk ernstig verwijt’ of ‘grof plichtsverzuim’. Aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen en beroepsbeoefenaren.

- Andermaal, *liaisons dangereuses*?** . . . . . 65
- 4.1 Inleiding. De Aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren. *Breeweg/Wijnkamp* (2015) . . . . . 65
- 4.2 De norm van ‘persoonlijk ernstig verwijt’ zoals ontwikkeld in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid volgens Boek 2 . . . . . 67
- 4.3 Een analyse van het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf: is er een meerwaarde bij vaststelling van onzorgvuldig handelen? Het debat in de doctrine over deze ‘zware’ maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid. De betekenis ervan voor de *Qnow*-norm bij de aansprakelijkheid van arbiters . . . . . 73
- 4.4 De ‘ernstig verwijt’-maatstaf nader onderzocht. Wat zijn de kenmerken ervan in de praktijk? . . . . . 77
- 4.5 Conclusies over het gebruik van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bij bestuurders aansprakelijkheid van Boek 2. Welke lering biedt dit bij het zoeken naar een norm voor de aansprakelijkheid van arbiters? . . . . . 79
- 4.5.1 Bestuurdersaansprakelijkheid uit Boek 2 de maat genomen: waar staan wij anno 2019? . . . . . 79
- 4.5.2 Lessen uit Boek 2 voor de aansprakelijkheid van arbiters . . . . . 80
- 4.5.3 De afronding van de geleerde lessen uit Boek 2 . . . . . 84

#### Hoofdstuk 5

##### Inventarisatie van soorten fouten van arbiters die tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Het onderscheid: ‘Bedrijfsfouten’ en ‘processuele of inhoudelijke fouten’ . . 85

- 5.1 Inleiding. Het belang van de soort fout die gemaakt is voor de aansprakelijkstelling . . . . . 85
- 5.2 ‘Bedrijfsfouten’, administratieve misslagen. . . . . 86
- 5.3 ‘Processuele fouten’, niet naar de vorm, maar naar de inhoud. Ook: fouten die grond zijn voor wraking, vernietiging of herstel . . . . . 87
- 5.4 Processuele fouten: (1) fout die grond voor wraking kan zijn ex art. 1033 Rv . . . 88
- 5.5 Processuele fouten: (2) fout die grond voor vernietiging van het vonnis kan zijn ex art. 1065 Rv, sub e juncto b: strijd met de openbare orde, samenstelling van het scheidsgerecht . . . . . 94
- 5.6 Vervolg fout (2). Enkele resterende vernietigingsgronden van art. 1065: ontbreken van een overeenkomst tot arbitrage (sub a) en motiveringsplicht (sub d). *Nannini* (2004) . . . . . 96

5.7 Het vervolg op *Nannini* (2004) als standaard arrest: *Kers/Rijpma* (2006), een misleading case . . . . .103

5.8 Commentaar op *Kers/Rijpma* (2006). De *NJ*-noot van Snijders geanalyseerd; het ontbreken van Straatsburgse jurisprudentie . . . . .109

5.9 EHRM-jurisprudentie, Ruiz Torija/Spanje (1994), door de Hoge Raad aanvaard in 1995, met *N/Mobius* . . . . .112

5.10 De jurisprudentie van het EHRM over aan een rechterlijke motivering te stellen eisen op grond van artikel 6 EVRM (*fair trial*) na *Ruiz Torija* (1994). *Helle/Finland* (1997) en *Hilvisaari/Finland* (2001) . . . . .114

5.11 Conclusies over motiveringsgebreken en de werking van artikel 6 EVRM . . . . .117

**Hoofdstuk 6**

**Diverse onderwerpen: De motiveringseis bij bindend advies. Herstel van het vonnis en terugverwijzing (remission). Vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Mede-aansprakelijkheid van de arbiter, en juridisering van arbitrage. . . . .119**

6.1 Vergelijkingsmateriaal: de motiveringseis bij bindend advies, *Amsterdam/Honnebier* (2005). . . . .119

6.2 Processuele fouten: (3) fout die grond kan zijn voor herstel van het vonnis ex art. 1060 Rv. Verhouding tot *remission*, art. 1065a Rv. . . . .121

6.3 Afrondende beschouwingen: vernietiging van het vonnis als voorwaarde? Mede-aansprakelijkheid van een arbiter voor fout van een collega-arbiter. De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting . . . . .122

6.3.1 Vernietiging van het vonnis als voorwaarde voor aansprakelijkstelling van de arbiter? . . . . .122

6.3.2 Mede-aansprakelijkheid van een arbiter voor een fout gemaakt door een mede-arbiter . . . . .123

6.3.3 De juridisering van arbitrage als vorm van geschilbeslechting . . . . .125

**Hoofdstuk 7**

**Verzekering en arbitrage . . . . .127**

7.1 Inleiding. Het standpunt van Snijders (en van de Hoge Raad?) . . . . .127

7.2 Commentaar. Overzicht van mogelijke verzekeringsdekking voor juridische dienstverleners; de rol van arbitrage-instituten. . . . .128

7.3 Exoneratie en verzekeringsdekking. Aansprakelijkheid van arbitrage-instituten? Afronding . . . . .131

**Hoofdstuk 8**

**Kritiek op de leer van de Hoge Raad in *Greenworld* en *Qnow*: Aspecten van EU-recht: Köbler (2003) en het vervolg erop: *Traghetti* (2006) en *Tomášová* (2016). De miskennis van Unierecht inzake onrechtmatige rechtspraak in de jurisprudentie van de Hoge Raad. *KLM-piloten/Staat* (2018) . .135**

8.1 Inleiding. Het Hof van Justitie EU en zijn plaats naast het EHRM . . . . .135

8.2 Het begin met de *Köbler*-uitspraak van het Hof van Justitie EG in 2003 . . . . .136

8.3 Het vervolg: *Traghetti* (2006). Nieuwe ontwikkelingen in EU-recht: *Milena Tomášová/Slowenië* (2016) . . . . .137

- 8.4 De motiveringsvereisten in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de verplichting van de nationale rechter om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. *KLM-piloten/Staat* (2018): *Köbler* (2003) gevolgd. . . . .139
- 8.5 Conclusies. De magere oogst van *KLM-piloten/Staat* (2018). Luxemburg en Straatsburg: *The Tale of two Cities* – en nog een lange weg te gaan. . . . .142

## Hoofdstuk 9

- Algemene conclusies. De balansopname: welke maatstaf zou moeten gelden voor de aansprakelijkheid van arbiters? De bekwame, zorgvuldig handelende arbiter. . . . .147**