

# Procedurele aspecten van wraking

2



## 1. Inleiding

Wraking van arbiters is een hype. Met name in de context van investeringsarbitrages<sup>2</sup> is wraking gemeengoed geworden. Maar ook bij nationale arbitrageprocedures en overheidsrechtspraak komt wraking de laatste tijd regelmatig voor.<sup>3</sup> Mede gezien het thans in voorbereiding zijnde Wetsvoorstel Herziening Arbitragerecht, waarin ook enkele procedurele aspecten van de wraking worden gewijzigd, beoogt deze bijdrage een analyse te bieden van de procedurele kant van wraking van arbiters.

Hierna wordt eerst een korte omschrijving gegeven van wraking en van de aan wraking gerelateerde *disclosure*. Vervolgens komen verschillende procedurele aspecten van wraking aan de orde, zoals de termijn waarbinnen een wraking moet worden ingesteld, de onderzoeksplicht van partijen naar mogelijke wrakingsgronden, het misbruik van wraking, enz. Aan het einde van deze bijdrage zal kort worden ingegaan op de (on)mogelijkheid van wraking van bindend adviseurs. De gronden voor wraking komen in dit artikel slechts zijdelings aan de orde. Waar nuttig wordt verwezen naar buitenlandse wrakingsbeslissingen.

## 2. Wraking en *disclosure*

Wraken kan worden omschreven als het aanvechten van de geschiktheid van een rechter, arbiter of secretaris<sup>4</sup> op de

grond dat hij (m/v) niet onpartijdig en/of niet onafhankelijk is of lijkt te zijn. Het verzoek tot wraking ziet in beginsel op een individuele arbiter en niet op het scheidsgerecht als geheel.<sup>5</sup>

Art. 1033 Rv stelt, in navolging van art. 10 UNCITRAL Arbitration Rules,<sup>6</sup> dat een arbiter kan worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Voor rechters geldt een vergelijkbare maatstaf (art. 36 Rv). Tot 1986 werden de wrakingsgronden van arbiters en van rechters in de wet met zo veel woorden aan elkaar gelijkgesteld.<sup>7</sup> De op art. 36 Rv gestoelde *Leidraad onpartijdigheid van de rechter*, welke niet-bindende, algemene uitgangspunten bevat voor het beoordelen van wrakingen van rechters, kan daarom ook een richtsnoer bieden voor de beoordeling van een wraking van arbiters.<sup>8</sup> Ook art. 30 Rv (oud), waarin limitatieve gronden voor wraking van rechters waren opgenomen, blijft illustratief, aangezien de wetgever van oordeel was dat de daarin opgenomen gronden voldoende waren voor wraking van een arbiter.<sup>9</sup> De wetwijzigingen sindsdien hebben daarin geen verandering gebracht.

In de kern komt het criterium, dat er geen gerechtvaardigde twijfel mag bestaan aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de arbiter, erop neer dat er geen omstandigheden mogen bestaan, buiten de omstandigheden die zijn vervat in het procesdossier waarover de arbiter moet oordelen, die objectief en realistisch gezien de beslissing van de arbiter zouden kunnen sturen. Korter gezegd: er mogen geen daadwerkelijke of reëel te verwachten invloeden bestaan buiten het dossier.<sup>10</sup>

Gerelateerd aan de wraking is de *disclosure* (art. 1034 Rv). Een *disclosure* is een mededeling door de arbiter dat er omstandigheden bestaan die, in de ogen van een partij, aanleiding zouden kunnen geven tot twijfel over zijn onpartijdig-

<sup>1</sup> Mr. M.C. van Leyenhorst is advocaat bij Legaltree.

<sup>2</sup> Zie over investeringsarbitrages D. Brian King en J.J. van Haersolte-van Hof, 'Arbitrage zonder (contractuele) grenzen: Heden en toekomst van investeringsarbitrage', *TvA* 2005/15, alsook J.J. van Haersolte-van Hof, 'Investeringsarbitrage: wie, wat, waar en waarom?', *Ondernemingsrecht* 2010/8.

<sup>3</sup> Zie voor wraking in de context van de overheidsrechtspraak: M. Knapen, 'Advocaten ontdekken wraking', *Advocatenblad* 2012-1, p. 18-23. Vanwege de negatieve impact van het toenemend aantal wrakingen op de rechtspraak onderzocht de Raad voor de rechtspraak recent alternatieven voor de huidige wrakingsprocedure. Zie *Landelijke analyse kentallen 2011*, p. 21 (beschikbaar op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)). De uitkomsten van dat onderzoek zijn op 20 december 2012 gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>4</sup> In het hiernavolgende zal slechts de arbiter worden besproken. Voor de secretaris van scheidsrechten geldt *mutatis mutandis* hetzelfde: art. 1033 lid 1 Rv. Een griffier bij de overheidsrechter kan daarentegen niet worden gewraakt.

<sup>5</sup> Rb. Rotterdam (pres.) 12 mei 1998, *TvA* 1999, p. 7 en Rb. Rotterdam (vzr.) 8 juni 2006, *TvA* 2007/58, m.nt. B.C. Punt en *JBPR* 2006/92, r.o. 3.12, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (*Exel Nederland/Logitech*).

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 1-2, p. 4-5 (MvT) en *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3, p. 12 (MvT). Op laatstgenoemde pagina wordt – kennelijk per vergissing – verwezen naar art. 19 UNCITRAL Arbitration Rules, in plaats van naar art. 10. Art. 10 UNCITRAL Arbitration Rules 1976 (thans art. 12 de herziene regels 2010) luidt: "Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence."

<sup>7</sup> Art. 626 lid 3 Rv (oud): 'de redenen van wraking zijn dezelfde als voor de registers'.

<sup>8</sup> De Leidraad is beschikbaar via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Zie voor een toepassing van de Leidraad op een wraking van arbiters bijv. Rb. 's-Gravenhage 20 april 2009, (deels gepubliceerd) *TVA* 2009/54, r.o. 6.3: '(...) uitgangspunt is dat in beginsel voor Nederlandse arbiters, die in Nederland optreden, dezelfde maatstaf dient te gelden als voor Nederlandse rechters. Dit betekent dat de Leidraad onpartijdigheid van de rechter (...) ook een richtsnoer voor het optreden van de arbiters in deze zaak verschaft.' De auteur wenst te *disclosen* dat hij bij deze zaak betrokken was.

<sup>9</sup> Het limitatieve karakter van art. 30 Rv (oud) is na het arrest HR 30 november 1990, *NJ* 1992/94 verlaten.

<sup>10</sup> Zie ook H.W. Wiersma in zijn – mijns inziens terecht kritische – noot onder Rb. 's-Gravenhage 12 februari 2007, *JBPR* 2007/72.

heid of onafhankelijkheid. Hoewel de wet zulks niet expliciet bepaalt geldt deze *disclosure*-verplichting niet slechts in de periode rondom de benoeming van de arbiter, maar gedurende het gehele verloop van de arbitrale procedure.<sup>11</sup> Het feit dat een arbiter of secretaris een *disclosure* doet, impliceert niet dat er voldoende grond is voor een wraking. Integendeel; de arbiter zal slechts een *disclosure* behoren te doen indien hij meent dat de door hem genoemde omstandigheden *geen* beletsel zijn voor zijn benoeming c.q. geen reden zijn voor wraking.<sup>12</sup> Immers, indien de arbiter zou menen dat de door hem gesignaleerde omstandigheid voldoende grond is voor een wraking, dan dient de arbiter zijn benoeming niet te aanvaarden c.q., indien hij al benoemd is, zich terug te trekken. De koninklijke weg tot het zich terugtrekken als arbiter is het volgen van art. 1029 lid 2 Rv, hetgeen impliceert dat instemming van de partijen nodig is.<sup>13</sup> Het belang van openheid en van het handhaven van vertrouwen in de arbitrale rechtspleging wordt enerzijds het best gediend doordat de arbiter in geval van twijfel steeds een *disclosure* doet, ongeacht de stand waarin de arbitrageprocedure zich bevindt.<sup>14</sup> Anderzijds kan een *disclosure* voor een partij in de arbitrage, al dan niet te goeder trouw, worden aangegrepen om te wraken. Om hierin een evenwicht te vinden zijn in de *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*<sup>15</sup> (hierna de 'IBA Guidelines') situaties opgesomd die volgens de opstellers ervan niet *disclosed* behoeven te worden.<sup>16</sup> De IBA Guidelines zijn niet bindend maar worden, zeker in internationaal verband, door arbiters vrij algemeen gevolgd. Partijen kunnen de toepasselijkheid van de IBA Guidelines ook overeenkomen; dat kan door een verwijzing in de overeenkomst tot arbitrage of door een separate afspraak tussen partijen. Indien een arbiter een bepaalde omstandigheid die tot twijfel omtrent zijn onpartijdigheid zou kunnen leiden ten onrechte niet meldt, is dat voor een beoordeling van een wra-

kingsverzoek, gebaseerd op die (later alsnog gebleken) omstandigheid, op zichzelf niet relevant.<sup>17</sup> Wel valt het ten onrechte achterwege laten van een *disclosure*, zo valt te verdedigen, onder een schending van de opdracht van de arbiter (in formele zin), hetgeen een grond voor vernietiging vormt (art. 1065 lid 1 onder (c) Rv).<sup>18</sup> Een rechter zal echter niet snel genegen zijn om op deze grond een arbitraal vonnis te vernietigen en wordt daarin gesterkt door de, bij vernietigingsprocedures ook wegens schending van de opdracht, tot terughoudendheid nopende jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>19</sup>

### 3. Termijn voor wraking

De procedure van wraking van arbiters staat omschreven in art. 1035 Rv. Het betreft een verzoekschriftprocedure. De relatief bevoegde rechter dient gevonden te worden aan de hand van art. 262 onder a Rv.

Opvallend is dat de wettelijke regeling geen termijn voorschrijft waarbinnen een wraking verzocht moet worden.<sup>20</sup> De meeste institutionele reglementen bevatten wel een dergelijke termijn.<sup>21</sup> De reglementen van de Raad van Arbitrage voor de Bouw en van de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -handel bevatten echter niet zo'n vervalbeding, en ook het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna het 'NAI') kent sinds 1 januari 2010 geen vervaltermijn

11 P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht nationaal en internationaal* (Recht en Praktijk deel 45), Deventer: Kluwer 2001, III C 2, p. 73, met verwijzing naar art. 12 lid 1 UNCITRAL Model law (welke bepaling bij de aanpassing van de Model Law, in 2006, niet gewijzigd is). Zie ook art. 11 NAI, art. 11 lid 3 ICC, art. 5 lid 3 LCIA en art. 9 lid 2 Swiss Rules. In het Conceptwetsvoorstel Herziening Arbitragerecht (gepubliceerd op [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)) wordt dit gecodificeerd in art. 1034 lid 3 Rv.

12 Vgl. ook General Standards 1, 2 en 3(b) van de hierna genoemde IBA Guidelines.

13 Dan wel toestemming van de door partijen benoemde derde of de voorzieningenrechter; zie art. 1029 lid 2 Rv. Zie ook HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.8. (*Nordström/ Nigoco*), alsook H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011, aant. 2 bij art. 1034.

14 Aldus ook General Standards 3 (c) en (d) van de IBA Guidelines. Indien de arbiter meent dat hij de relevante omstandigheden niet mag melden, bijv. vanwege de voor advocaten geldende Gedragsregels, dient hij zijn benoeming niet te aanvaarden (Explanation to General Standard 3 (sub c)).

15 [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#conflictsofinterest](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest). Op deze website is ook een uitgebreide toelichting op de Guidelines beschikbaar gesteld. Zie over de IBA Guidelines ook H.L.J. Roelvink, 'IBA Guidelines on Conflicts of Interest in international arbitration verdienen een ruime toepassing', *TvA* 2005/39, p. 79-86.

16 Zie de *Introduction*, de *Explanation to General Standard 3 (sub (a))* en de *Green List* van de IBA Guidelines.

17 Zie, in voorzichtiger bewoordingen, Rb. Rotterdam 11 mei 2011, *LJN* BQ6204, r.o. 4.15. Zie voorts Cour d'Appel de Bruxelles 29 oktober 2007, 2007/AR/70, *ASA Bull.* 565/2008, r.o. 8.5 (*Polen/Eureko*), waarin wordt verwezen naar de IBA Guidelines. Daarin staat: 'In the view of the Working Group, non-disclosure cannot make an arbitrator partial or lacking independence; only the facts or circumstances that he or she did not disclose can do so.' Sanders meende dat een dergelijk nalaten wèl een rol moet kunnen spelen bij het beoordelen van de wrakingsgronden. Zie P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht nationaal en internationaal* (Recht en Praktijk deel 45), Deventer: Kluwer 2001, III.C.2, p. 73. In vergelijkbare zin: W.L. Craig, W.W. Park en J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications Inc. third edition 2000, 13.04.

18 De arbiter is in voorkomende gevallen *verplicht* een *disclosure* te doen (zie art. 1034 Rv en bijv. art. 11 NAI (de Engelse versie: 'shall') en art. 11 lid 3 ICC). Een schending van procedureregels levert een schending van de opdracht in formele zin op. Zie H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011, aant. 4 bij art. 1065 (p. 355), met verwijzing naar jurisprudentie. Een voorbeeld waarin de rechter het niet-naleven van de *disclosure*-verplichting op zichzelf te licht bevond voor toepassing in een vernietigingsprocedure is Rb. Rotterdam 11 mei 2011, *LJN* BQ6204. In Cour d'Appel de Reims 2 november 2011 (*Avax/Tecnimont*) werd – naar Frans recht – een arbitraal vonnis vernietigd wegens het niet *disclosen* van relevante omstandigheden en het vervolgens slechts gedeeltelijk en omfloers c.q. 'verfraaid' *disclosen*. De uitspraak is met Engelse vertaling beschikbaar op [www.ohada.com/fichiers/newsletters/1479/Arret-Avax-CApp-Reims-2-novembre-2011\\_EN.pdf](http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1479/Arret-Avax-CApp-Reims-2-novembre-2011_EN.pdf).

19 HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384, r.o. 3.3 (*IMS/MoDSAF*). Vgl. ook, in het kader van de vernietigingsgrond ex art. 1065 lid 1 onder (e) Rv, HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294, r.o. 3.5 (*Spaanderman/Anova*).

20 In het Conceptwetsvoorstel Herziening Arbitragerecht wordt deze lacune in art. 1035 lid 1 Rv verholpen. Volgens het voorontwerp moet een wraking binnen vier weken na ontvangst van de *disclosure*, dan wel binnen vier weken nadat de reden voor wraking is ontdekt, worden ingesteld.

21 Zie bijv. art. 14 lid 2 ICC (30 dagen), art. 10.4 LCIA (15 dagen), art. 10 lid 2 CEPANI (1 maand) en art. 11 lid 1 Swiss Rules (15 dagen).

meer voor het instellen van een wraking. Bij de invoering van het NAI Arbitragereglement van 1 januari 2010 is de bepaling over de wraking (art. 19 oud) namelijk in haar geheel geschrapt, waarbij – naar valt aan te nemen: onbedoeld – ook de vervaltermijn van een week voor het instellen van de wraking (art. 19 lid 3 en 4 oud) is weggefallen. Het verdient aanbeveling deze reglementaire vervaltermijn in het NAI Arbitragereglement in ere te herstellen, in elk geval zolang de termijn niet in de (nieuwe) Arbitragewet is opgenomen.

Bij het ontbreken van een wettelijke of reglementaire vervaltermijn is het denkbaar dat een partij in een arbitraal geding een wrakingsgrond onder de pet houdt voor het geval de bewuste arbiter, bijvoorbeeld tijdens de mondelinge behandeling van de zaak, zou laten doorschemeren dat hij geneigd is het standpunt van de wederpartij te volgen.<sup>22</sup> Een dergelijke tactische inzet van de wraking acht ik niet bij voorbaat kansloos. In voorkomende gevallen kan de rechter – indien hij van oordeel is dat de wrakende partij reeds te lang op de hoogte was van de aangevoerde wrakingsgrond – een wraking buiten beschouwing laten op grond van misbruik van (proces)recht en/of rechtsverwerking.

#### 4. Onderzoeksplicht voor wrakende partij

Wanneer gaat de (wettelijke, reglementaire of in het kader van rechtsverwerking gehanteerde) termijn, waarbinnen een wraking moet worden ingediend, lopen?<sup>23</sup> Is dat pas op het moment dat de wrakende partij daadwerkelijk ontdekt dat er een wrakingsgrond is (subjectieve wetenschap), of dient deze wetenschap geobjectiveerd te worden?

Uit HR 18 februari 1994 (*Nordström c.s./Nigoco*) volgt dat voor het – in juridisch opzicht – ontstaan van een wrakingsmogelijkheid de wetenschap van wrakingsgronden geobjectiveerd dient te worden. Hoewel dit arrest zag op een vernietigingsactie tegen een arbitraal vonnis en niet op een wraking, valt uit het arrest af te leiden dat de termijn waarbinnen een wraking moet worden ingesteld begint te lopen op het moment dat de wrakende partij geobjectiveerde wetenschap had van de aan de wraking ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden. De Hoge Raad oordeelde in de zaak *Nordström* dat feiten die gedurende de arbitrale procedure een wraking hadden kunnen rechtvaardigen in uitzonderlijke gevallen kunnen leiden tot de vernietiging van het arbitraal vonnis, maar dat die vernietigingsactie niet ter be-

schikking staat van een partij die de bewuste feiten en omstandigheden reeds tijdens de arbitrale procedure aan een wrakingsverzoek ten grondslag had kunnen leggen. Die wrakingsmogelijkheid stond niet open voor een partij indien de feiten en omstandigheden 'hem gedurende de arbitrale procedure niet bekend zijn geweest en het hem niet valt toe te rekenen dat hij daarmee in dat stadium niet bekend was. *Valt dit hem wel toe te rekenen* of was hij daarmee reeds vóór het arbitraal vonnis bekend, *dan heeft voor hem de weg van wraking van de betreffende arbiter opengestaan*, hetgeen een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van deze feiten en omstandigheden uitsluit', aldus de Hoge Raad (cursivering toegevoegd).<sup>24</sup> Oftewel: vanaf het moment waarop het een partij valt toe te rekenen dat hij (nog) niet bekend was met feiten die een wraking konden rechtvaardigen, wordt het middel van wraking geacht te hebben opengestaan. Dat impliceert dat de termijn voor het instellen van een wraking begint te lopen op het moment waarop het de betreffende partij valt toe te rekenen dat hij (nog) niet bekend was met de in te roepen wrakingsgronden; geobjectiveerde wetenschap dus.

Overigens is het in de praktijk vaak zo, dat een wrakingsverzoek wordt ingediend op grond van een serie opeenvolgende incidenten of omstandigheden, die gezamenlijk aanleiding geven tot twijfel aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de arbiter. In dergelijke gevallen zal een wrakingsverzoek mijns inziens ingediend moeten worden binnen de geldende termijn, gerekend vanaf het moment dat de spreekwoordelijke laatste druppel bekend is geworden (dan wel bekend had behoren te zijn).<sup>25</sup>

De Hoge Raad gaf in genoemd *Nordström*-arrest niet aan onder welke omstandigheden het een partij valt toe te rekenen dat zij niet eerder met een wrakingsgrond bekend was. Een partij zal minst genomen alert moeten zijn op feiten die haar bekend worden en die – mogelijk in combinatie met andere reeds bekende feiten – een grond voor wraking kunnen zijn. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens een vermeend partijdige arbiter, dat eiseres tijdens de arbitrale procedure had kunnen wraken omdat de wrakingsgrond (kort) voorafgaand aan het wijzen van het arbitraal vonnis bekend was, of in elk geval, door het combineren van verschillende feiten die aan de partij gemeld waren, bekend behoorde te zijn.<sup>26</sup>

Alertheid op voorbijkomende feiten is dus geboden. Niet duidelijk is in hoeverre van een partij méér dan alertheid

22 Zie ook A.J. van den Berg, *Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet*, p. 30 ([www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl)). Overigens heeft de minister in de MvT op de huidige Arbitragewet wel, zij het terloops, opgemerkt dat de partij die tot wraking wenst over te gaan zulks aan het scheids-gerecht moet mededelen 'zodra haar de reden tot wraking bekend is geworden'. Zie *Kamerstukken II 1983/84*, 18 464, nr. 3, p. 13.

23 Over de vraag of het hier gaat om een vervaltermijn of een geval van rechtsverwerking, zie onder meer: G.J. Meijer 2010, *T&C Rv*, art. 1065 Rv, aant. 8 en 8 (d) (verval), respectievelijk P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht nationaal en internationaal* (Recht en Praktijk deel 45), Deventer: Kluwer 2001, p. 194-195 (rechtsverwerking). Zie ook R.P.J.L. Tjittes in zijn noot bij HR 23 april 2010, *JBPR 2010/46* (sub 4-5).

24 HR 18 februari 1994, *NJ 1994/765*, m.nt. H.J. Snijders (*Nordström c.s./Nigoco*). Zie in het bijzonder r.o. 3.8, waarbij de annotator een kritische kanttekening plaatst voor het geval de wrakingsgrond de openbare orde en de goede zeden raakt (sub 8).

25 Zie in dit kader ook Rb. Rotterdam (vzr.) 8 juni 2006, *TvA 2007/58*, m.nt. B.C. Punt en *JBPR 2006/92*, r.o. 3.12, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (*Exel Nederland/Logitech*).

26 Hof Amsterdam 22 september 2009, gedeeltelijk gepubliceerd in *TvA 2010/39*. Zie ook Rb. Breda 30 december 2008, gedeeltelijk gepubliceerd in *TvA 2009/53*.

wordt verlangd, namelijk in hoeverre zijzelf onderzoek moet instellen naar mogelijke wrakingsgronden. De IBA Guidelines verlangen van partijen een *due diligence* onderzoek naar relevante informatie in het publieke domein.<sup>27</sup> In zaken van enige omvang, waarin de wrakende partij wordt bijgestaan door (gespecialiseerde) advocaten is een dergelijk onderzoek gebruikelijk en mag mijns inziens ook worden verlangd.<sup>28</sup>

De rechtspraak ter zake is casuïstisch. In HR 30 oktober 2009 lijkt, in het kader van de beoordeling van de onafhankelijkheid van een notaris die optrad als bindend adviseur, weinig onderzoek verlangd te worden. De Hoge Raad aanvaardde de volgende overweging van het hof:

“De omstandigheid dat [de notaris] in 2000 ter gelegenheid van de verkoop van de aandelen van [A] B.V. [verweerder] c.s. ervan in kennis had gesteld dat hij ook als adviseur voor ‘de koper’ ([eiser] c.s.) optrad, brengt niet zonder meer mee dat [verweerder] c.s. hadden moeten begrijpen dat en in hoeverre die bemoeienis verder ging dan advisering in het kader van de aandelenverkoop, noch dat het adviseurschap in de jaren daarna in een vaste adviesrelatie was voortgezet (...).”<sup>29</sup>

De omstandigheden van deze casus waren echter exceptioneel, hetgeen een rol kan hebben gespeeld bij het oordeel dat de verweerder zijn recht op vernietiging wegens ‘wrakingsgronden’ niet had verspeeld. Het hof besliste dat gebondenheid van [verweerder] c.s. aan het bindend advies onaanvaardbaar was; het daartegen gerichte cassatieberoep werd verworpen.

In Rechtbank Amsterdam 13 april 2011 rekte de rechter – in het kader van een vernietigingsactie tegen een bindend advies – de onderzoeksplicht van de wrakende partij daarentegen vrij ver op. De zaak zag op enkele bindend adviezen (taxatierapporten) die waren opgesteld in de relatie tussen de gemeente Amsterdam en 49 erfpachters. Nadat de bindend adviezen waren uitgebracht ontdekte de gemeente Amsterdam dat één van de 49 erfpachters de vader van één van de bindend adviseurs was. Amsterdam stelde op basis

van die familierelatie dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat zij aan de bindend adviezen werd gehouden. De rechter oordeelde dat de familierelatie in beginsel voldoende grond vormde om gerechtvaardigde twijfel te hebben over de onpartijdigheid van de bindend adviseur, maar oordeelde dat de gemeente desondanks niet in haar stelling zou worden gevolgd omdat zij geacht moest worden reeds tijdens de procedure bekend te zijn geweest met die familierelatie, omdat de gemeente voorafgaand aan de taxatie reeds beschikte over een lijst met de namen van alle betrokken erfpachters. Dat de gemeente geen onderzoek had gedaan naar een eventuele familierelatie tussen de bindend adviseur en één van de erfpachters met dezelfde achternaam, was voldoende om de stelling van de gemeente, dat zij niet gehouden kon worden aan het bindend advies, niet te volgen.<sup>30</sup>

Een mogelijk belangrijke omstandigheid die niet uit het vonnis blijkt, is dat de achternaam van de betreffende bindend adviseur, zo begreep ik van een bij de zaak betrokken advocaat, zowel opvallend als weinig voorkomend was, zodat bij het zien van dezelfde achternaam in de lijst met erfpachters wellicht bellen hadden moeten rinkelen bij de gemeente.

De vergaande onderzoeksplicht die in bovengenoemd vonnis werd aangehouden, verdient mijns inziens in zijn algemeenheid geen navolging. Uiteraard mag van een partij in een arbitrageprocedure oplettendheid verwacht worden ten aanzien van het bestaan van omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven tot het twijfelen aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de arbiter(s). Het op internet nagaan van mogelijke connecties tussen een arbiter en partijen en hun raadsliden mag mijns inziens normaal gesproken wel worden verwacht als onderdeel van het door partijen aan het begin van de arbitrage uit te voeren *due diligence* onderzoek.<sup>31</sup> Maar om van een partij te verlangen dat zij gedurende de arbitrale procedure constant naspeuringen doet naar aanleiding van alle op zichzelf bezien onschuldige aanknopingspunten die *en passant* aan haar bekend worden, gaat mijns inziens de reikwijdte van de onderzoeksplicht te buiten.

De onderzoeksplicht van partijen naar mogelijke wrakingsgronden speelt niet alleen een rol bij het vaststellen van de vervaltermijn voor het indienen van een wrakingsverzoek, maar ook in het kader van art. 1033 lid 2 Rv, volgens welke bepaling een door een partij benoemde arbiter door die

27 *Explanation to General Standard 7* van de IBA Guidelines: ‘(...) any party or potential party to an arbitration is, at the outset, required to make a reasonable effort to ascertain and to disclose publicly available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator’s impartiality and independence.’

28 B. van der Bend, M. Leijten en M. Ynzonides (red.), *A Guide to the IBA Arbitration Rules*, Deventer: Kluwer 2009, p. 107-108, stellen dat van een partij niet mag worden verwacht dat zij zelfstandig naspeuringen doet. Partijen zouden kunnen wachten op de *disclosure* van de arbiter en op de daarin weergegeven feiten een wraking kunnen baseren, zelfs indien die feiten reeds eerder in het publieke domein bekend waren. In Rb. Utrecht 12 januari 2012, *LJN* BV0635, r.o. (3.2 en) 4.1 en in Rb. Rotterdam 11 mei 2011, *LJN* BQ6204, r.o. 4.14, wordt een vergelijkbaar oordeel geveld. Het volgen van het standpunt van de auteurs op p. 107-108 lijkt mij niettemin riskant, gezien de uit het *Nordström*-arrest volgende objectivering van wetenschap, welke objectivering in de rechtspraak nog niet is geconcretiseerd. Zie ook voetnoot 31.

29 HR 30 oktober 2009, *TvA* 2010/55, *JBPR* 2010/16 en *JOR* 2009/343, r.o. 4.1-4.3.

30 Rb. Amsterdam 13 april 2011, *LJN* BQ4323, r.o. 4.20.

31 In twee Zwitserse wrakingszaken komt het door partijen te verrichten *due diligence* onderzoek naar mogelijke connecties tussen arbiters en partijen aan de orde en in beide zaken wordt de wraking afgewezen omdat de wrakende partij dat onderzoek niet had gedaan. Zie Swiss Federal Supreme Court 20 maart 2008, Case No. 4A\_506/2007, 26 ASA Bull. 565 (2008) en Swiss Federal Supreme Court 4 april 2008, Case No. 4A\_528/2007, 26 ASA Bull. 580 (2008).

partij slechts kan worden gewraakt om redenen welke haar na de benoeming bekend zijn geworden.<sup>32</sup> Die bepaling dient mijns inziens zo begrepen te worden, dat een partij 'haar' arbiter evenmin kan wraken om redenen ten aanzien waarvan het haar kan worden toegerekend dat ze de betreffende feiten ten tijde van de benoeming nog niet kende.

## 5. Misbruik van wraking

De objectivering van de wetenschap van de wrakende partij gaat misbruik van wraking tot op zekere hoogte tegen. Desalniettemin is misbruik van wraking nog altijd goed mogelijk en daar valt in het algemeen weinig aan te doen.<sup>33</sup> Wel kan de partij die last heeft van de door de wraking dreigende vertraging, proberen die vertraging zo beperkt mogelijk te houden. Bij de overheidsrechter bestaat de (informele) mogelijkheid om, indien een partij vreest dat de wederpartij een rechter zal wraken in een poging een uitspraak te vertragen, een wrakingskamer *standby* te hebben staan.<sup>34</sup> Bij (dreigende) wraking van een arbiter zou dit ook geprobeerd kunnen worden, zij het dat de overheidsrechter zich normaal gesproken pas over een wrakingsverzoek mag buigen nadat de arbiter heeft beslist of hij in de wraking berust, of anders nadat er twee weken zijn verlopen na de initiële wraking (art. 1035 lid 2 Rv). Naar verwachting zal de overheidsrechter willen meewerken aan het zo veel mogelijk voorkomen van misbruik van wraking en zou (ook) de niet-wrakende partij, indien de gewraakte arbiter snel laat weten dat hij zich niet terugtrekt, op zeer korte termijn de wraking (ter afwijzing) kunnen voorleggen aan de – misschien zelfs al *standby* staande – voorzieningenrechter. Daarnaast zal het scheidsgerecht in geval van misbruik van het wrakingsmiddel kunnen beslissen de arbitrageprocedure niet te schorsen. Het scheidsgerecht zou in bijzondere situaties zelfs, hangende een wraking van één of meer van de arbiters, een geheel of gedeeltelijk eindvonnis kunnen wijzen. Daarvoor is volgens de Hoge Raad vereist dat het wrakingsverzoek met kennelijk misbruik van bevoegdheid is ingediend en dat de belangen van de wederpartij door

uitstel van de arbitrale beslissing onaanvaardbaar geschaad zouden worden.<sup>35</sup>

## 6. Beslissing op de wraking door derde?

De huidige Nederlandse Arbitragewet staat toe dat een wraking (initieel) wordt voorgelegd aan een arbitrage-instituut. Het NAI heeft deze ruimte in het verleden benut door te bepalen dat op een wraking door het dagelijks bestuur van het NAI werd beslist. Oorspronkelijk was het de bedoeling van het NAI Arbitragereglement dat de wrakende partij eerst het oordeel van het dagelijks bestuur van het NAI zou moeten afwachten voordat de wraking aan de overheidsrechter voorgelegd zou kunnen worden, maar deze gedachte is verlaten nadat de overheidsrechter oordeelde dat het wettelijk systeem van wraking van arbiters (in het bijzonder de termijn waarbinnen de wraking aan de voorzieningenrechter moet worden voorgelegd) niet kon worden opzijgezet door een arbitragereglement.<sup>36</sup> Inmiddels heeft het NAI de reglementaire wrakingsregeling in haar geheel geschrapt, zodat een wraking in een NAI-procedure waarop het nieuwe reglement van toepassing is, uitsluitend aan de overheidsrechter kan worden voorgelegd.

In het Conceptwetsvoorstel Herziening Arbitragerecht wordt de mogelijkheid tot het 'intern' afdoen van wrakingsverzoeken – zonder in de toelichting in te gaan op de voordelen daarvan – uit de wet geschrapt (art. 1035 lid 1). Het Voorontwerp van de Werkgroep Van den Berg ging daarentegen nog uit van de mogelijkheid dat op de wraking werd beslist door 'de door partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, door de voorzieningenrechter'. Indien partijen na het bekend worden van een (vermeende) reden tot wraking overeenkomen om de beslissing ter zake op te dragen aan een derde, zie ik tegen zo'n bepaling geen bezwaar. In de praktijk gebeurt het echter zelden dat partijen bij het sluiten van een arbitrageovereenkomst nadenken over de instantie aan wie zij eventuele wrakingen willen voorleggen. Van een daadwerkelijk 'verlangen' van partijen naar institutionele wrakingsbeslissingen, waaraan gehoor gegeven zou moeten worden, is dan ook veelal geen sprake.<sup>37</sup> Buiten gevallen van *informed consent* zie ik belangrijke bezwaren tegen de in het voorontwerp opgenomen mogelijkheid van een *opt-out*-regeling voor het institutioneel afdoen van wrakingen, en in zoverre is de beoogde wetwijziging mijns inziens een verbetering. De meeste partijen die bemerken dat er een wrakingsgrond opkomt, ontdekken pas nadien dat het arbitrage-instituut, dat vaak de arbiter heeft benoemd of dat de benoeming van arbiters heeft bevestigd, op grond van het toepasselijk arbitragereglement op de wraking zal beslissen. De wrakende partij zal veelal niet

32 In het Conceptwetsvoorstel Herziening Arbitragerecht wordt partijen de mogelijkheid geboden overeen te komen dat een benoemende partij 'haar' arbiter ook mag wraken wegens redenen die tijdens de benoeming al bij haar bekend waren. De ontwerp MvT (sub P) stelt dat deze aanpassing 'geheel in lijn met de bestaande praktijk' zou zijn, maar lijkt daartoe slechts te verwijzen naar het inmiddels geschrapte art. 19 lid 2 (oud) NAI Arbitragereglement en het eveneens op dat vervallen artikel gebaseerde Voorstel tot wijziging van de Arbitragewet (zie A.J. van den Berg, *Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet*, blad 29 ([www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl))). Mijns inziens schiet het streven naar een verdergaande partijautonomie hier zijn doel voorbij, aangezien het niet erg zinvol, efficiënt en/of waarschijnlijk voorkomt dat partijen een dergelijke overeenkomst sluiten. De in art. 1033 lid 2 Rv voorgestelde toevoeging 'tenzij de partijen anders zijn overeengekomen' zou mijns inziens dan ook weggelaten kunnen worden.

33 Een bepaling als art. 8:18 lid 4 Awb, waarin is opgenomen dat de rechtbank, in geval van misbruik, kan bepalen dat een volgend wrakingsverzoek niet in behandeling wordt genomen (zie ook HR 12 februari 2010, *LJN* BL3579) ontbreekt in Rv.

34 Uit eigen ervaring kan ik mededelen dat rechters bereid zijn om aan een dergelijk verzoek medewerking te verlenen.

35 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Snijders; *BR* 2007/214, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.2 (*N/Aegon*). Ik hecht eraan te *disclosen* dat ik bij deze zaak betrokken ben geweest.

36 Zie over deze problematiek: B.E.L.J.C. Verbunt, 'President Rotterdamse rechtbank zet wrakingsregeling NAI-reglement opzij', *TvA* 1999, p. 7-9.

37 Vgl. A.J. van den Berg, *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1990, p. 11.

overtuigd zijn van de onafhankelijkheid van het instituut. Zelfs professionele procespartijen zijn veelal niet in staat om de arbiters en het arbitrage-instituut als twee los van elkaar staande entiteiten te zien. Het gevoel van onbehagen over de betreffende arbiter zal dan ook niet licht worden weggenomen door een afwijzende beslissing van het arbitrage-instituut, te minder indien het arbitrage-instituut zijn beslissing op de wraking niet motiveert, zoals het geval is bij de ICC<sup>38</sup> en – tot voor kort – het PCA.<sup>39</sup> De waarde van een dergelijke ongemotiveerde (afwijzende) beslissing, die overigens gewoonlijk langer op zich laat wachten dan een wrakingbeslissing door de voorzieningenrechter, is voor de wrakende partij nihil. Mede met het oog op de transparantie van de arbitrageprocedure en de daaraan gerelateerde beeldvorming bij de eindgebruikers van arbitrage pleit ik er dan ook voor om de beslissing op wrakingen niet (slechts) aan arbitrage-instituten, maar aan de voorzieningenrechter te (blijven) voorleggen. De gereede kans dat de voorzieningenrechter hetzelfde over de wraking zal oordelen als het instituut<sup>40</sup> doet niet af aan het belang van de wrakende partij om een onafhankelijke en gemotiveerde beslissing op haar wrakingsverzoek te krijgen.

Dat laat onverlet dat bezwaren van internationaal opererende, veelal met professionele partijen werkende, arbitrage-instituten zoals de ICC en het PCA, zo mogelijk ondervangen zouden moeten worden om Nederland als arbitrageland ook voor hen aantrekkelijk te houden.<sup>41</sup> Deze instituten hebben veelal te maken met buitenlandse professionele partijen (waaronder soevereine staten) die via hun instituten arbitrerende en die gewoonlijk geen rekening houden met – en geen behoefte hebben aan – enige inmenging van de Nederlandse overheidsrechter. Zij achten het mede daarom van groot belang dat zij wrakingen institutioneel kunnen afdoen. Daarin voorziet de thans beoogde herziening van het arbitragerecht echter niet.

Een oplossing zou kunnen zijn dat een door de partijen aangewezen derde een wraking wél (met uitsluiting van de voorzieningenrechter) mag beoordelen, maar dat die wrakingsgronden dan in een vernietigingsprocedure ten volle

aan de overheidsrechter voorgelegd moeten kunnen worden.<sup>42</sup> Een dergelijke oplossing kent echter belangrijke nadelen.<sup>43</sup> Een ander – en mijns inziens beter – compromis zou zijn om institutionele wraking (slechts) mogelijk te maken voor internationale arbitrages tussen professionele partijen. Weliswaar zal de afbakening van die categorie enigszins willekeurig zijn, maar met een dergelijke uitzonderingsbepaling behouden verreweg de meeste arbitragegebruikers in Nederland hun toegang tot (de gemotiveerde wrakingbeslissingen van) de overheidsrechter, terwijl anderzijds voor instituten als de ICC en PCA en hun eindgebruikers – naar verwachting – de angel uit de huidige wetsvoorstellen wordt gehaald omdat hun zorgen met name zullen zien op wrakingsbeslissingen in internationale arbitrages. Mijn voorstel zou daarom zijn om na art. 1035 lid 2 van het thans voorliggende Conceptwetsvoorstel een lid in te voegen, dat luidt als volgt:

“3. Indien alle partijen handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en ten minste één van de partijen buiten Nederland is gevestigd, dan wordt over de gegrondheid van de wraking op verzoek van de meest gereede partij door de door partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, door de voorzieningenrechter van de rechtbank beslist.”

### 7. Overige procedurele punten

Wraking van een arbiter kan worden verzocht door een partij in de arbitrale procedure. Dit kan uiteraard ook een partij in de arbitrage zijn die door voeging, tussenkomst of vrijwaring die hoedanigheid heeft verkregen (art. 1045 lid 4 Rv). Wie in de wrakingprocedure partij zijn, en met name of de arbiter daarin partij (belanghebbende) is, is minder duidelijk.

De rechtspraak is diffuus. In Rechtbank Zutphen 1 december 2009 werd geoordeeld dat een gewraakte rechter geen partij is in de wrakingprocedure, maar slechts object van de

38 Zie art. 7 lid 4 ICC Arbitragereglement 1998 en het op dit punt helaas ongewijzigde art. 11 lid 4 van het nieuwe ICC Arbitragereglement (per 1 januari 2012).

39 Het PCA is enkele jaren geleden begonnen met het motiveren van *challenge decisions*. Het algemeen bestuur van het NAI motiveerde zijn beslissingen op wrakingen al langer, maar publiceerde deze niet. De LCIA heeft recentelijk geanonimiseerde samenvattingen van dertig wrakingsbeslissingen gepubliceerd; zie *Arbitration International, Special Edition on Arbitrator Challenges at the LCIA*, Volume 27, Issue 3, Deventer: Kluwer Law International 2011.

40 P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht nationaal en internationaal* (Recht en Praktijk deel 45), Deventer: Kluwer 2001, III.D, p. 76. Zie ook A.J. van den Berg, *Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet*, blad 33 (www.arbitragewet.nl). Overigens zijn er wel degelijk voorbeelden van wrakingsverzoeken die door een gerenommeerd arbitrage-instituut zijn afgewezen en vervolgens door de voorzieningenrechter zijn toegewezen.

41 Vgl., ten aanzien van de ICC, A.J. van den Berg, *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1990, p. 11. Het aldaar gestelde is thans weer zeer actueel.

42 Zie art. 1035 lid 8 Voorstel tot wijziging van de Arbitragewet door de werkgroep onder leiding van A.J. van den Berg, welke bepaling volgens de *Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet* (blad 33) ertoe strekt dat de beperkingen uit de *Nordström*-jurisprudentie van de Hoge Raad dan niet zouden gelden. Die strekking blijkt overigens niet duidelijk uit het door de werkgroep voorgestelde lid 8.

43 Ik verwijs met instemming naar het betoog van mr. Van Hoogstraten op dit punt; M.H. van Hoogstraten, 'Wohin ... Vragen over het nieuwe Voorstel tot wijziging van de Arbitragewet (art. 1020-1074 Rv)' *Special TvA* 2005/30, p. 24.

wraking. De gewraakte rechter kon daardoor de wrakingskamer niet wraken.<sup>44</sup> Dezelfde rechtbank betitelde drie gewraakte rechters in februari 2008 echter nog als verweerders (en dus als belanghebbenden).<sup>45</sup> Er is zelfs een wrakingbeslissing waarin de gewraakte arbiters zijn veroordeeld in de kosten van de wrakingprocedure.<sup>46</sup>

Hoe dit ook zij, het is goed gebruik dat de gewraakte arbiter in de gelegenheid wordt gesteld om bij de rechter te reageren op het wrakingsverzoek. Veelal deelt de arbiter de rechter bij gelegenheid mede, al dan niet verwijzend naar zijn uitgebreide ervaring als arbiter, dat hij zich ondanks de aangevoerde gronden voor wraking zeer wel in staat acht zijn taak volledig onafhankelijk en onpartijdig te vervullen. Aangezien de wraking moet worden beoordeeld aan de hand van een objectieve maatstaf<sup>47</sup> doen dergelijke persoonlijke opvattingen van de arbiter bij de beoordeling van de wraking niet ter zake.<sup>48</sup>

Het is raadzaam om bij de zitting ten minste een afvaardiging van het scheidsgerecht aanwezig te hebben en daar op eventuele vragen van de wrakingsrechter te kunnen reageren. Of die mogelijkheid tot het geven van een reactie nu wordt geboden op basis van het door de Rechtbank Zutphen in 2009 genoemde 'sui generis'-karakter van de wrakingprocedure (zie voetnoot 44), of op basis van de kwalificering van de arbiter als belanghebbende (art. 282 Rv), is in

zoverre niet van belang. Het verschil kan wel van belang zijn voor de vraag of de gewraakte arbiter de wrakingsrechter kan wraken, of hij in zijn 'verweerschrift' een zelfstandig verzoek mag opnemen en of hij in de kosten kan worden veroordeeld.

Tegen een beslissing op een wrakingsverzoek staat geen hoger beroep open (art. 1070 Rv). Cassatie is eveneens uitgesloten.<sup>49</sup> Indien echter sprake is van een verrassingsbeslissing van de op de wraking oordelende voorzieningenrechter kan een herhaald verzoek tot wraking van dezelfde arbiter worden ingediend.<sup>50</sup>

Na het wijzen van het arbitraal vonnis is wraking niet meer mogelijk. Dat betekent dat het wrakingsverzoek ex art. 1035 lid 1 Rv voorafgaand aan het wijzen van het vonnis door het scheidsgerecht moet zijn ontvangen. Het is niet nodig dat (ook) het aan de voorzieningenrechter gericht verzoekschrift ex art. 1035 lid 2 Rv voorafgaand aan het arbitraal vonnis wordt ingediend.<sup>51</sup> Het is overigens niet duidelijk wanneer het arbitraal vonnis geacht wordt te zijn geweest in de zin van het *Nordström*-arrest.<sup>52</sup>

Een in de eindfase van de arbitrage ingediend wrakingsverzoek dient niet lichter beoordeeld te worden dan een verzoek dat aan de beginfase van de procedure wordt gedaan.<sup>53</sup>

Nadat het arbitraal vonnis is gewezen zal men, indien zich nadien een grond voor wraking openbaart, zijn toevlucht moeten nemen tot een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis. Daarvoor geldt wel een strengere maatstaf dan voor een wraking,<sup>54</sup> hetgeen volgens lagere rechtspraak ook geldt indien de wrakingsgrond niet eerder ontdekt kon worden doordat de arbiter ten onrechte geen *disclosure* had gedaan.<sup>55</sup> Bij laatstgenoemd rechterlijk oordeel heb ik zo mijn twijfels. Naar mijn mening zou het beter zijn om in

44 Zie de curieuze zaak Rb. Zutphen 1 december 2009, LJN BK4858. De rechtbank overwoog dat in het systeem van de wet niet past 'dat de rechter van wie de wraking is verzocht in het wrakingsincident als partij tegenover de verzoeker van de wraking komt te staan, om vervolgens [indien de wraking niet wordt toegewezen] als rechter de behandeling van hoofdprocedure – met daarin zijn voormalige wederpartij in het wrakingsincident als één van partijen – voort te zetten.' Helemaal zuiver is deze redenering niet, omdat 1. onderscheid moet worden gemaakt tussen een (weder)partij en een belanghebbende; en 2. de verhouding tussen arbiter en de wrakende partij (inderdaad) als minder prettig kan worden ervaren na een mislukte wraking, maar dit niet zozeer komt door het al dan niet zijn van elkaars wederpartij in formele zin, maar (reeds) door het verschil van inzicht over de onpartijdigheid van de aangesproken arbiter.

45 Zie Rb. Zutphen 21 februari 2008, LJN BD3813.

46 Zie Rb. Rotterdam (vzr.) 21 april 2005, LJN AU7659, NJF 2006/242 (N/Aegon). Opgemerkt dient te worden dat in deze zaak kennelijk twee gerelateerde verzoekschriften zijn ingediend, waarvan één 'tegen' de twee gewraakte arbiters. De proceskostenveroordeling zag op dit laatste verzoekschrift, waarvan de strekking mij onbekend is. Tegen deze beslissing is – op andere gronden – tevergeefs cassatie in het belang der wet ingesteld. Zie HR 29 juni 2007, NJ 2008/177, r.o. 3.4.2 (N/Aegon).

47 De twijfel aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid moet gerechtvaardigd zijn (art. 1033 Rv). Subjectieve twijfel bij één van de partijen is niet voldoende. Beslissend is of de twijfel van de wrakende partij objectief gezien gerechtvaardigd is. Anders gezegd: een arbiter kan worden gewraakt indien er omstandigheden zijn die bij een objectieve derde met kennis van de relevante feiten en omstandigheden, aanleiding zouden geven tot twijfel omtrent de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de arbiter. Zie General Standard 2 onder (c) IBA Guidelines, alsook, in iets andere bewoordingen, H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011, aant. 2 bij art. 1033 (opmerking verdient dat het aldaar opgenomen citaat uit de *IBA Guidelines* ten onrechte het woord 'no' bevat waar wordt verwezen naar de 'reasonable third person who has no knowledge of the relevant facts').

48 Vgl. bijv. de annotatie van P. Sanders bij Rb. Rotterdam (pres.) 1 mei 1987, TvA 1987/5, p. 152-153, par. 5 en 6. Zie ook Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2004, TvA 2005/51, r.o. 4 en Rb. Utrecht 12 januari 2012, LJN BV0635, r.o. 4.2.

49 HR 24 december 1982, NJ 1984/86. Zie voor de mogelijkheid tot doorbreking van het appelverbod onder meer: HR 22 januari 1999, NJ 1999/243 (wraking van overheidsrechter) respectievelijk Hof Arnhem 16 december 1997, BR 1998, nr. 5, p. 421, r.o. 4.2-4.3., m.nt. P.A. Stein en Hof 's-Gravenhage 1 juli 2004, Prg. 2005/7, m.nt. P. Abas (wraking van arbiters).

50 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 5 november 2004, TvA 2005/52.

51 Hof Arnhem 16 december 1997, BR 1998/421, r.o. 4.4, m.nt. P.A. Stein.

52 Zie HR 18 februari 1994, NJ 1994/765, r.o. 3.8 (*Nordström c.s./Nigoco*): 'Nadat het arbitraal vonnis is gewezen, is wraking of verschoning niet meer mogelijk. In de dan ontstane situatie, waarin partijen de arbitrale procedure ten einde toe hebben gevoerd en arbiters hun opdracht hebben voltooid (...). De eerste zin lijkt te duiden op de datum die in de dagtekening van het vonnis staat vermeld (art. 1057 lid 4 onder (c) Rv); de tweede op de datum van deponering van het arbitraal vonnis (art. 1058 Rv). Een redelijk en in de praktijk hanteerbaar afklimmoment waarop een wrakingsverzoek uiterlijk aan de arbiter moet zijn aangeboden, lijkt mij het moment waarop de wrakende partij het vonnis heeft ontvangen.'

53 Zie bijv., uitgaande van de IBA Guidelines: *Decision on Challenge to Arbitrator (Judge Brower)*, 8 december 2009, Permanent Court of Arbitration, par. 64-66 (beschikbaar op <http://italaw.com/documents/PerncovEcuador-Challenge.pdf>).

54 HR 18 februari 1994, NJ 1994/765, r.o. 3.8 (*Nordström c.s./Nigoco*). Zie voor toepassing van dit criterium bijv. Rb. Arnhem 20 april 2011, LJN BQ3150 en Rb. Rotterdam 11 mei 2011, LJN BQ6204.

55 Zie het hierboven aangehaald vonnis Rb. Rotterdam 11 mei 2011, LJN BQ6204, r.o. 4.9 en 4.14.

een vernietigingsprocedure wegens een ‘wrakingsgrond’ geen strengere maatstaf aan te leggen dan de maatstaf voor een wraking tijdens de arbitrale procedure, indien de wrakingsgrond door het ten onrechte niet *disclosen* door de arbiter, niet eerder ontdekt kon worden.<sup>56</sup> In zoverre verdient (ook) de *Nordström*-jurisprudentie, zoals de Hoge Raad het noemt, ‘nadere precisering’.<sup>57</sup>

## 8. ‘Wraking’ in de context van bindend advies

Anders dan arbitrage en overheidsrechtspraak kent bindend advies geen wettelijke regeling ter zake van wraking. Bindend adviseurs kunnen dus niet worden gewraakt.<sup>58</sup> De waarborg van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, die ook bij bindend advies van fundamenteel belang is, moet daarom via een andere weg veiliggesteld worden. In een arrest van het Hof Amsterdam werd beslist dat, aangezien een bindend adviseur ten tijde van het uitbrengen van het bindend advies niet meer voldeed aan het vereiste van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, de overeenkomst met de bindend adviseurs tot het verkrijgen van een bindend advies ontbonden kon worden en dat, voor zover daarna nog nodig, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de bindend adviseurs betaling vorderen uit hoofde van hun opdracht (vernietiging van het bindend advies was in deze procedure niet gevorderd).<sup>59</sup> In de relatie tussen partijen geldt dat een bindend advies in beginsel kan worden vernietigd indien het tot

stand is gekomen door bindend adviseurs die niet onpartijdig en/of onafhankelijk kunnen worden geacht.<sup>60</sup>

A-G Huydecoper lijkt aan te nemen dat ook in een bindend adviesprocedure een partij in beginsel gedurende de procedure een beroep moet doen op feiten en omstandigheden die gerechtvaardigde twijfel creëren over de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de bindend adviseur, op straffe van verval van het recht om later, in een vernietigingsprocedure, op die feiten alsnog een beroep te doen.<sup>61</sup> In Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *TvA* 2011/48, werd zonder veel omhaal van woorden geoordeeld dat een partij in een bindend adviesprocedure gedurende die procedure geen beroep behoefde te doen op de haar bekende feiten die duidelijk twijfel creëerden omtrent de onpartijdigheid van één van de bindend adviseurs. Het lag immers op de weg van de bindend adviseur om zich rekenschap te geven van zijn onhoudbare positie, zo parafraseer ik de – beperkte – motivering van deze beslissing (r.o. 3.6.4). In het hierboven besproken vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 13 april 2011 werd daarentegen geoordeeld dat feiten die in beginsel voldoende waren om te oordelen dat de bindend adviseur de schijn van partijdigheid op zich had geladen, in een bindend adviesprocedure niet konden worden ingeroepen omdat de inroepende partij – ‘indien dit voor haar een relevante omstandigheid was bij de verkrijging van een onafhankelijk bindend advies’ (!) – die feiten al gedurende de procedure had behoren te ontdekken en onderkennen (r.o. 4.19 - 4.20). Veel meer dan het maken van bezwaar bij de bindend adviseurs kan een partij overigens niet doen; een rechtsgang tijdens de bindend adviesprocedure, vergelijkbaar met een wraking, kent de wet niet. Weliswaar wordt in de literatuur geopperd dat aan de rechter een declaratoir vonnis gevraagd kan worden over een gebrek aan onpartijdigheid van een bindend adviseur, maar een dergelijke procedure zal in de praktijk veelal te lang duren.<sup>62</sup> Het in kort geding vorderen van een dergelijk declaratoir vonnis, hetgeen ook is geopperd, lijkt mij vanzelfsprekend geen reële mogelijkheid.<sup>63</sup> Hooguit zou in kort geding een gebod kunnen worden gevorderd, inhoudende dat de betreffende bindend adviseur zijn opdracht dient te beëindigen.

## 9. Afronding

Bij publicaties over wraking gaat de aandacht vooral uit naar de gronden voor wraking. In deze bijdrage zijn enkele procedurele aspecten van de wraking van arbiters aan de orde gekomen, die onder de huidige Arbitragewet bijzondere aandacht verdienen. Enkele procedurele manco's van

56 Vgl. Cour d'Appel de Reims 2 november 2011 (*Avax/Tecnimont*) ([www.ohada.com/fichiers/newsletters/1479/Arret-Avax-CApp-Reims-2-novembre-2011\\_EN.pdf](http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1479/Arret-Avax-CApp-Reims-2-novembre-2011_EN.pdf)), alsook Werkgroep Van den Berg, *Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet* (blad 33): ‘Voornoemde beperking [uit HR *Nordström* – *MvL*] geldt overigens evenmin indien tijdens de arbitrage een partij de wetenschap omtrent de redenen tot wraking niet had of niet kon hebben (bijv. omdat de arbiter de relevante informatie niet heeft geopenbaard zoals vereist door art. 1034).’

57 Zie HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190 (*Nannini/SFT*), r.o. 3.5.2.

58 In Rb. Rotterdam (pres.) 25 februari 1993, *TvA* 1993/2, p. 106-107, m.nt. P. Sanders werd een wraking van een bindend adviseur wel mogelijk geacht (maar afgewezen). In die zaak werd de wraking van een bindend adviseur gegrond op het op de bindend adviesprocedure van (overeenkomstige) toepassing verklaarde NAI Arbitragereglement. Sanders betoogde in zijn noot, naar mijn mening terecht, dat de rechter zich onbevoegd had moeten verklaren.

59 Zie Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *TvA* 2011/48, r.o. 3.6.1. In aanvulling op het in dit tijdschrift gepubliceerde gedeelte van het arrest merk ik op dat het een zaak betrof waarin de bindend adviseurs, ten behoeve van twee aandeelhouders in bedrijf [A], de waarde van de aandelen in bedrijf [A] zouden vaststellen. De aandelen zouden tegen die waarde door de ene aandeelhouder aan de andere aandeelhouder moeten worden overgedragen. Beide aandeelhouders hadden hun eigen accountant benoemd tot bindend adviseur, waarna die twee deskundigen, met instemming van de twee partijen/aandeelhouders, de accountant van bedrijf [A], de heer Smit, als derde bindend adviseur benoemden. Vlak voordat het bindend advies werd uitgebracht – maar voordat de bindend adviseurs op een zeer wezenlijk punt (intern) een beslissing hadden genomen – werd duidelijk welke van de twee aandeelhouders de overnemende partij zou zijn en dus de aandelen van de ander zou overnemen. Daarmee werd duidelijk welke partij in de arbitrage grootaandeelhouder zou worden in het bedrijf waarvan de heer Smit de accountant was. De heer Smit kon daarmee, zoals het hof terecht oordeelde, niet langer als onpartijdig worden beschouwd.

60 HR 30 oktober 2009, *JBPR* 2010/16, m.nt. P.E. Ernste. Zie ook het eerder in deze bijdrage genoemde vonnis van Rb. Amsterdam 13 april 2011, *LJN* BQ4323, r.o. 4.19-4.20.

61 Zie zijn conclusie vóór HR 30 oktober 2009, *JBPR* 2010/16, m.nt. P.E. Ernste (par. 14-22). Aldaar wordt overigens een boeiend dilemma besproken over een mogelijke uitzondering op het vervallen van het recht om een ‘wrakingsgrond’ in te roepen. Ik volsta met een verwijzing daarnaar.

62 W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 255, noot 1 en A.J. van den Berg, R. Van Delden en H.J. Sniijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 33.

63 P.E. Ernste in haar noot onder HR 30 oktober 2009, *LJN* BK1548, *JBPR* 2010/16.



de huidige Arbitragewet worden door de thans voorziene herziening van het arbitragerecht ondervangen, zoals het ontbreken van een wettelijke vervalttermijn voor het indienen van een wraking. Anderzijds lijkt het conceptwetsvoorstel nieuwe procedurele problemen te creëren, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan het feit dat het wegnemen van de mogelijkheid van institutionele afdoening van wrakingverzoeken Nederland minder aantrekkelijk maakt voor enkele, ook voor de Nederlandse arbitragepraktijk belangrijke, internationaal opererende arbitrage-instituten. Een voorstel is gedaan om deze laatstgenoemde kwestie te ondervangen. Het voorstel is in lijn met de door de minister in zijn concept memorie van toelichting geuite wensen om met de nieuwe Arbitragewet partijen ruimere mogelijkheden te bieden om zelf afwijkende afspraken voor hun arbitrageprocedure te maken, de rol van de overheidsrechter te beperken en de Nederlandse concurrentiepositie voor arbitrage te verbeteren.