

Beschouwingen naar aanleiding van HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1933 ([eiser]/Groningen Seaports N.V.)

Wraking van overheidsrechter afgewezen: verwijzing naar wrakingsbeslissingen van arbiters in de internationale arbitragepraktijk

TvA 2023/50

Reflections on Dutch Supreme Court 23 December 2022 on the rejected challenge of a Dutch state court judge. This contribution discusses the judgment and puts it in the context of recent practice in respect of arbitrator challenges in international arbitration. In that context, the individual challenges of arbitrators Wolfgang Peter (Lufthansa case, PCA 2022), Kenneth Rokison (Halliburton case, UK Supreme Court 2020) and Thomas Clay (Gaillard eulogy, Paris Court of Appeal 2023) are referred to.

1. In het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 december 2022, verkort gepubliceerd in TvA 2023/32, was de wraking van een overheidsrechter aan de orde.² De verzochte wraking was gebaseerd op connecties tussen de rechter en een persoon die betrokken was bij een partij in een door die rechter behandeld geschil. Voor dit tijdschrift wordt de door de Hoge Raad behandelde kwestie in breder verband geplaatst en gezien vanuit het perspectief en de positie van arbiters.

2. Waar zag de zaak op? Bij arrest van 13 juli 2021 (ECLI:NL:GHARL:2021:6721) oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep over een gestelde maar betwiste overeenkomst tot grondaankoop. Groningen Seaports N.V. ("GSP") wilde grond van de eigenaar kopen ten behoeve van de bouw van een datacentrum bij de Eemshaven. De koop ging niet door. De grondeigenaar meende dat GSP gebonden was aan een koopovereenkomst; GSP meende dat geen overeenkomst tot stand was gekomen. GSP was in de onderhandelingen met de grondeigenaar vertegenwoordigd door rentmeester X. Nadat het Hof arrest had gewezen, waarbij de vorderingen van de grondeigenaar – net als in eerste aanleg – werden afgewezen, ontdekte de grondeigenaar dat er connecties bestonden tussen een van de raadsheren die het arrest hadden gewezen en GSP. De grondeigenaar ging daarop in cassatie, stellend dat het arrest van het Hof niet voldeed aan de eisen van art. 6

EVRM, omdat de betreffende raadsheer niet onpartijdig was geweest. Afgaande op de summieri weergave door de Hoge Raad werden de volgende relaties tussen de betreffende raadsheer en GSP gesteld (zie r.o. 3.1.1):³

- (i) de raadsheer was, kennelijk voordat het arrest werd gewezen, voorzitter van een scheidsgerecht in een arbitrage waarin rentmeester X (beroepshalve) "een rol heeft gespeeld" (welke rol dat was, wordt helaas niet duidelijk);
- (ii) een van de mede-arbiters in de arbitrage waarin de raadsheer voorzitter was (en waarin rentmeester X "een rol heeft gespeeld") was getrouwd met "de voorzitter van het bestuur van GSP" (zie voor nadere achtergrond een online Nieuwsuur-publicatie d.d. 11 mei 2021 over allerlei verwickelingen rondom de grondaankoop voor het datacenter);⁴ en
- (iii) de raadsheer had als voorzitter van het scheidsgerecht over de arbitragezaak overlegd met zijn mede-arbiters bij de hiervoor genoemde mede-arbiter thuis.

3. Daarnaast was nog aangevoerd dat de raadsheer van zijn nevenfunctie als arbiter geen opgaaf had gedaan in het register van nevenfuncties op rechtspraak.nl en dat hij in zijn declaratie aan partijen in de arbitrage ten onrechte geen btw had berekend (op de irrelevantie hiervan kom ik terug).

4. Evengoed als bij overheidsrechtspraak is onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters een fundamenteel vereiste voor een goed functionerende arbitrale rechtspleging en voor het vertrouwen in arbitrale rechtspraak. Daarover bestaat, naar valt aan te nemen, geen wezenlijk verschil van inzicht. Lastiger wordt het als de vraag wordt gesteld wat de eis van onpartijdigheid en onafhankelijkheid inhoudt; wanneer is sprake van een gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid.⁵ De Hoge Raad oordeelt in voorgenoemde casus dat de beschreven omstandigheden niet de conclusie kunnen dragen dat sprake is van zwaarwegende aanwijzingen voor partijdigheid. Hij

¹ Max van Leyenhorst is advocaat/partner bij Legaltree in Leiden.

² Het arrest werd geannoteerd door S.E. Poutsma (JIN 2023/31) en A. Hammerstein (JBPR 2023/22). Poutsma bespreekt met name cassatietechnische aspecten van het arrest. Hammerstein bespreekt het arrest in het kader van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van leden van de rechterlijke macht. Ik verwijs voor genoemde onderwerpen naar die annotaties.

³ De weergave door de Hoge Raad valt merkwaardigerwijs slechts gedeeltelijk af te leiden uit het cassatiemiddel. Het cassatiemiddel is uitsluitend in de NJ gepubliceerd: NJ 2023/27. De hierboven beschreven klachten komen daarin als zodanig niet voor; waarschijnlijk zijn de klachten kenbaar geweest uit bijlagen bij het cassatiemiddel.

⁴ <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2380318-groningen-raakte-in-de-ban-van-google-met-vriendjespolitiek-tot-gevolg>, 11 mei 2021.

⁵ Zie voor het – in de praktijk slechts beperkt relevante – onderscheid tussen deze begrippen: H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2018, aant. 2.1 bij art. 1033 Rv, en P. Ribbers, *De bevoor(oor)deelde arbiter*, proefschrift 2022, paragraaf 64.

overweegt in dat kader in r.o. 3.1.4 dat de arbitrage en de zaak bij het Hof twee verschillende geschillen tussen verschillende partijen betroffen en dat de genoemde omstandigheden, ook in onderling verband beschouwd, niet de vrees rechtvaardigen dat de raadsheer in het geschil tussen de grondeigenaar en GSP partijdig was. De Hoge Raad herhaalt feitelijk slechts de aangevoerde omstandigheden en legt niet uit *waarom* zij geen vrees voor partijdigheid rechtvaardigen. Wellicht komt dat doordat het cassatiemiddel zelf (zie NJ 2023/27) ook niet heel precies de vinger op de zere plek lijkt te leggen.

5. Een maand eerder oordeelde de Hoge Raad dat andere (tussen)arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden wél vernietigd moesten worden wegens objectief gerechtvaardigde vrees van partijdigheid van een van de betrokken raadsheren (HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1738, JBPR 2023/21 (*Waterschap Vechtstromen*), m.nt. A. Hammerstein). In deze zaak had het Hof geoordeeld over een zaak waarbij de verweerder ter staving van een schadeberekening een deskundigenrapport had overgelegd. Deze partijdeskundige had op de comparitie ook het woord gevoerd. Het Hof overwoog in een daaropvolgend tussenarrest dat de hoogte van de door het Waterschap te betalen schadeloosstelling nog moest worden bepaald en dat het Hof aanleiding zag “ruimhartig om te gaan met de door [verweerder] gevorderde kosten van deskundigen”. De partijdeskundige was als ‘deskundig lid’ aan de pachtkamer van het Hof Arnhem-Leeuwarden verbonden. De Hoge Raad oordeelde dat een en ander meebracht “dat de vrees voor partijdigheid die bij het Waterschap is ontstaan (...) objectief gerechtvaardigd is” en vernietigde op deze grond, onder verwijzing naar art. 6 EVRM, de door het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zaak gewezen tussenarresten. Ook in dit arrest maakt de Hoge Raad weinig woorden vuil aan de onderbouwing van zijn oordeel; de Hoge Raad geeft niet aan waarom, op grond van de genoemde omstandigheden, de vrees voor partijdigheid in dit geval objectief gerechtvaardigd was. Met Hammerstein (t.a.p., paragraaf 7) meen ik dat niet onmiddellijk duidelijk is waarom de Hoge Raad in *Waterschap Vechtstromen* wel voldoende grond zag om in te grijpen, maar in het arrest van 23 december 2022 niet. De onderbouwing die wordt gegeven is in zoverre minder goed controleerbaar. In zijn algemeenheid werkt de enkele vaststelling dat bepaalde feiten de conclusie van een gebrek aan onpartijdigheid kunnen dragen (of niet) uiteraard niet verhelderend. De voor de praktijk relevante vraag is vooral wanneer of waarom dat zo is.

6. Het ontbreken van concrete uitleg doet denken aan de – m.i. nog ernstiger – vroegere praktijk bij sommige arbitrage-instituten, dat beslissingen op wrakingen zonder motivering werden afgedaan. Dat was het geval bij bijvoorbeeld de ICC en het Permanent Court of Arbitration (PCA). Tegenwoordig verstrekken (ook) deze arbitrage-instituten gelukkig wél een motivering van hun wrakingsbeslissingen (zij het dat partijen bij de ICC daar tijdig om moeten vragen;

zie art. 7 lid 4 ICC arbitragereglement, art. 5 van appendix II daarbij en paragraaf 46 van de *ICC Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration*).

7. Kan meer duiding worden geboden over wanneer bepaalde feiten en omstandigheden wel of niet moeten leiden tot wraking van een arbiter? Bij het beantwoorden van die vraag kunnen de *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (de “IBA Guidelines”) behulpzaam zijn. De IBA Guidelines worden in Nederlandse en internationale arbitrages vaak geraadpleegd om de gegrondheid van een wraking van een arbiter te beoordelen (ook overheidsrechters nemen deze regels wel mee in hun beslissingen over wraking van arbiters). De IBA Guidelines, die overigens niet-bindend zijn of bindend bedoeld zijn, geven kort en goed aan waar het om gaat bij het beoordelen van een wraking. Gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een arbiter, en dus voldoende grond voor wraking van een arbiter, bestaat “if a **reasonable third person, having knowledge of the relevant facts and circumstances, would reach the conclusion that there is a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision**” (IBA Guidelines, General Standard 2 (c)). Oftewel: indien een redelijke buitenstaander op basis van de gegeven feiten en omstandigheden zou menen dat de arbiter bij zijn of haar oordeelsvorming redelijkerwijs beïnvloed kan worden door externe omstandigheden, dan vormen die externe omstandigheden een grond voor wraking. Aan de hand van deze maatstaf kan veelal concreter worden geduid of in een bepaalde casus waarin externe omstandigheden worden aangedragen, voldoende grond bestaat om te wraken.

8. Neem bijvoorbeeld de in het arrest van de Hoge Raad over GSP aangevoerde grond voor wraking dat de rechter in zijn rol van arbiter ten onrechte geen btw over zijn werkzaamheden had berekend. Ook indien dit verwijt terecht werd gemaakt, zie ik niet hoe dit van invloed zou kunnen zijn geweest op de oordeelsvorming door de rechter (of arbiter; voor arbiters geldt een vergelijkbare maatstaf), en (dus) waarom dit een grond voor wraking zou kunnen zijn. Bij het ontbreken van enige logische uitleg over hoe een bepaald feit (van buiten het procesdossier) de oordeelsvorming van de rechter c.q. arbiter realistischerwijs zou kunnen beïnvloeden, zie ik geen gegronde reden voor wraking. Hetzelfde geldt voor het door de raadsheer niet vermelden van zijn nevenwerkzaamheden als arbiter. Dit is op zichzelf naar mijn mening geen externe omstandigheid die de oordeelsvorming van de rechter c.q. arbiter realistischerwijs zou kunnen beïnvloeden en vormt dus geen grond voor wraking. Iets anders is uiteraard dat indien een relevant feit, dat op zichzelf gezien grond zou kunnen zijn voor een *disclosure* of wraking, ten onrechte door de arbiter niet gemeld wordt, dat laatste

meegenomen zou kunnen worden in de beoordeling van de wraking.⁶

9. Voor een geslaagd beroep op wraking op grond van externe omstandigheden is dus vereist dat een bepaalde concrete omstandigheid valt aan te wijzen die geen onderdeel is van het procesdossier, die naar het oordeel van een objectieve derde persoon redelijkerwijs kan meewegen bij het oordeel dat de arbiter in zijn of haar vonnis over de zaak moet vellen. Enkele recente voorbeelden uit de internationale arbitragepraktijk zijn behulpzaam om dit verder te concretiseren.

10. De Secretaris-Generaal van het PCA besliste op 10 oktober 2022 over een wraking van de in de internationale praktijk bekende arbiter dr. Wolfgang Peter.⁷ Peter was benoemd door Lufthansa in een BIT-arbitrage tegen Venezuela. Venezuela wraakte Peter, omdat hij een kantoorgenoot was van prof. Pierre Tercier. Tercier was voorzitter geweest van een scheidsgerecht in een andere investerings-arbitrage tegen Venezuela; dat scheidsgerecht had in september 2021 een vonnis ten gunste van de investeerder (Air Canada Inc.) geweest. De arbitrage waarin Peter recentelijk was benoemd was feitelijk en juridisch sterk vergelijkbaar met de arbitrage waarin Tercier voorzitter was geweest. De Secretaris-Generaal van het PCA overwoog dat het erop leek dat de arbitrage waarin Tercier vonnis had gegeven *“is the only other investment treaty arbitration to overlap with the present arbitration in this manner, involving claims against the same respondent for the same effects caused by the same measures to similarly-placed actors in the same industry.”* De benoeming van Peter door Lufthansa in de arbitrage over hetzelfde onderwerp achtte de Secretaris-Generaal *“more than a coincidence to a reasonable and informed third party”*. Hij overwoog – en dat is m.i. de kern van de grond voor de wraking: *“The appointment of Dr. Peter would be perceived as being motivated by the influence that Prof. Tercier’s decisions in the Air Canada Case would hold for Dr. Peter, and the fact that Dr. Peter would potentially have to call into question the judgment of a close colleague in order to come to a different result on a substantially similar factual and legal pattern.”* Oftewel: bij de oordeelsvorming van Peter als arbiter in het geschil met Lufthansa zou Peter mogelijk worden beïnvloed door het feit dat zijn partner over een sterk vergelijkbare zaak kort tevoren al een inhoudelijk oordeel had geveld. Het zou wellicht vreemd zijn, dan wel als minder gelukkig worden ervaren (en zelfs, voeg ik toe, mogelijk in een vernietigingsprocedure aangegrepen kunnen worden), als zou blijken dat twee partners van hetzelfde kantoor elkaar op de juridische beoordeling van een vergelijkbare zaak zouden tegenspreken. Oftewel: factoren van buiten het

arbitrage dossier zouden redelijkerwijs van invloed kunnen zijn op het oordeel van de arbiter. Dat vormt een grond voor wraking. Zo lees ik althans deze beslissing van de Secretaris-Generaal van het PCA en daarmee ben ik het eens. Ik onderken dat de beslissing impliceert dat een arbiter onder omstandigheden moet nagaan of sterk vergelijkbare zaken bij een kantoorgenoot in behandeling zijn. Niet elke combinatie van zaken die speelt tussen willekeurige kantoorgenoten zal per se een grond voor wraking zijn. Het gaat erom of een objectieve buitenstaander in de gegeven omstandigheden zou concluderen dat er een redelijke kans bestaat dat de arbiter door ‘externe factoren’ zal worden beïnvloed in zijn of haar oordeelsvorming. De mate van overlap tussen de zaken, de bijzonderheid van de te beslechten geschilpunten in die zaken, (mogelijk) de omvang van het kantoor en de mate waarin de kantoorgenoten met elkaar samenwerken, zullen van invloed kunnen zijn op de beoordeling van de wraking.

11. Een enigszins vergelijkbare situatie van ongeoorloofde externe invloeden komt wel voor als een arbiter zich laat benoemen in meerdere arbitragezaken over hetzelfde onderwerp, of over overlappende onderwerpen, waarbij een van de partijen in beide procedures is betrokken maar andere procespartijen verschillend zijn. Het aanvaarden van een benoeming in dergelijke overlappende zaken is niet per se reden voor wraking of problematisch, maar het verdient wel extra aandacht en m.i. dient een en ander aan de onwetende partij(en) gemeld te worden (*disclosure*, art. 1034 Rv). Het is immers in zulke gevallen goed voorstelbaar dat de arbiter in de ene zaak informatie verkrijgt die hem of haar in de andere zaak niet wordt voorgehouden, terwijl zulke informatie wel, bewust of onbewust, van invloed kan zijn op de oordeelsvorming van de arbiter in de ‘andere’ zaak. Zie over een dergelijk geval bijvoorbeeld de wrakingbeslissing ten aanzien van arbiter Kenneth Rokison door het VK Supreme Court (*Halliburton*).⁸

12. Een laatste voorbeeld is afkomstig uit Frankrijk. Daar overleed in april 2021 arbiter Emmanuel Gaillard. Gaillard was raadsman geweest van Douala International Terminal, de eiser in een lopende ICC-arbitrage. Voorzitter van het scheidsgerecht in die zaak was Thomas Clay. Naar aanleiding van het overlijden van Gaillard publiceerde Clay een lofrede (*eulogy*) waarin hij inging op de faam en professionele kwaliteiten van Gaillard. Clay beschreef echter ook zijn persoonlijke band met Gaillard, onder meer door te schrijven: *“notre amitié avait pris un tour plus personnel car Emmanuel se livrait enfin, lui qui le faisait peu. De mon côté, je le consultais avant tout choix important.”* (vrij vertaald: *“onze vriendschap kreeg een meer persoonlijke wending omdat Emmanuel zich eindelijk overgaf [aan mij openstelde? – MvL], wat hij niet vaak deed. Van mijn kant heb ik hem voorafgaand aan iedere belangrijke keuze geraadpleegd.”*). Een en ander was aanleiding voor de wederpartij van Douala International Terminal

6 Zie daarover bijvoorbeeld paragraaf 26 van de *ICC Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, alsmede een uitspraak van het Supreme Court van het VK d.d. 27 november 2020 (*Halliburton v Chubb*), [2020] UKSC 48, online vindbaar, onder meer via www.supremecourt.uk. Anders: Rb. Rotterdam 11 mei 2011, TvA 2014/28.

7 De uitspraak is online vindbaar, onder meer via www.jusmundi.com en www.italaw.com.

8 Supreme Court van het VK d.d. 27 november 2020 (*Halliburton v Chubb*), [2020] UKSC 48, online vindbaar, onder meer via www.supremecourt.uk.

om vernietiging van het arbitraal vonnis te vorderen.⁹ Volgens de Franse rechter ging de lofredede verder dan de gebruikelijke loftuitingen (inclusief mogelijke overdrijvingen) aan het adres van een recent overleden, gerespecteerd arbiter, en toonde zij het bestaan aan van een nauwe persoonlijke band tussen Gaillard en Clay (vergelijk ook de IBA Guidelines, Orange List, 3.3.6: “A close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of a party”, welke overigens niet door de Franse rechter werden aangehaald). Het bestaan van een nauwe persoonlijke band tussen de arbiter en de advocaat van een partij in de arbitrage had *disclosed* moeten worden. Dat was niet gebeurd. De gegeven omstandigheden deden volgens het Cour d’Appel bij een objectieve derde gerechtvaardigde twijfel ontstaan over de onpartijdigheid van Clay. Naar Frans recht volstond dat om het arbitraal vonnis, wegens onjuiste samenstelling van het scheidsgerecht, te vernietigen.

13. Aanhakend bij dit laatste oordeel valt nog op te merken dat naar huidig Nederlands recht een grond voor wraking van een arbiter op zichzelf geen afdoende grond is voor vernietiging van het arbitraal vonnis (vgl. HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765, m.nt. H.J. Snijders (*Nordström c.s./Nigoco*)). Voor vernietiging wegens een ‘wrakingsgrond’ is meer nodig; volgens de Hoge Raad moet daarvoor worden aangetoond dat de betreffende arbiter “*in feite niet onpartijdig*” was, dan wel dat daarmee vergelijkbare omstandigheden aan de orde zijn (zie r.o. 3.8, waarover Snijders in zijn noot onder het arrest, t.a.p., paragraaf 3, het alternatieve scenario terecht omschrijft als “*iets cirkelachtigs*”). In een recente noot onder een vonnis van het EHRM d.d. 20 mei 2021 (*Beg/Italië* – ook een interessante wrakingscasus) stelt Boersma de vraag aan de orde of deze *Nordström*-jurisprudentie, gezien de eisen die het EHRM stelt aan de toetsing van onpartijdigheid van een arbiter in het licht van art. 6 EVRM, aanpassing behoeft. Ik verwijz naar de lezenswaardige annotatie van Boersma in *JBPR* 2022/48.

⁹ Het vonnis van het Cour d’Appel de Paris d.d. 10 januari 2023 (No 20/18330) is online vindbaar, onder meer via www.jusmundi.com.