

De fundamentele beginselen van procesrecht, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor en het beginsel dat rechters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn, gelden ook in arbitrage. Dit werd in de rechtspraak van de Hoge Raad van het afgelopen jaar nog weer eens bevestigd. In HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177 is onder meer de vraag aan de orde in hoeverre het zich verdraagt met de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters als arbiters zelf als deskundige onderzoek verrichten. HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 betreft een uitspraak in een vernietigingsprocedure in verband met schending van het beginsel van hoor en wederhoor door de gang van zaken rond een getuigenverhoor in de arbitrage.

Van de verschenen literatuur op arbitragegebied mag het proefschrift van G.J. Meijer niet onvermeld blijven. Meijer promoveerde op 12 juni 2008 op zijn proefschrift 'Overeenkomst tot arbitrage'. In de ruim negenhonderd pagina's tellende dissertatie, waarvan ook een handelseditie zal verschijnen, staat de vraag centraal welke (extra) eisen gelden voor de totstandkoming van een geldige arbitrageovereenkomst, vergeleken met de algemene eisen die gelden voor de totstandkoming van overeenkomsten. Meijer meent dat het bewijsvoorschrift van art. 1021 Rv ('De overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift') moet worden omgezet in een exclusief totstandkomingsvereiste. Dit voorstel is opgenomen in het ontwerp wetsvoorstel voor de wijziging van de Nederlandse arbitragewet van de werkgroep onder leiding van prof. mr. A.J. van den Berg, waarvan ook Meijer deel uitmaakt (zie <www.arbitragewet.nl>). Meijer onderzoekt in zijn dissertatie voorts de overeenkomst tot arbitrage in het licht van internationale en Europeesrechtelijke aspecten en besteedt onder meer aandacht aan de elektronische totstandkoming van de arbitrageovereenkomst.

HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177 (N./W. c.s.)

De onderhavige uitspraak betreft een beschikking van de Hoge Raad op een vordering tot cassatie in het belang der wet, gericht tegen de beschikking van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 21 april 2005. De beschikking van de voorzieningenrechter was een beslissing op een door N. (een natuurlijk persoon) gedaan verzoek tot wraking van W. en Van W., twee van de drie arbiters in een arbitraal geding tussen N. en Aegon. In cassatie staat in het bijzonder de vraag centraal of en, zo ja, in hoeverre het arbiters met het oog op hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid vrijstaat als deskundige in de arbitrage zelf onderzoek te verrichten. Voorts speelt in cassatie een vraag rond de bevoegdheid van het scheidsgerecht om de arbitrage hangende de wrakingsprocedure te schorsen. Dat onderwerp blijft in deze

kroniek verder buiten beschouwing. De beschikking van de Hoge Raad is ook besproken door: I. Giesen, Onderzoekende arbiters wraken? Meer helderheid dankzij het instrument van de cassatie in het belang der wet, WPNR 2007, p. 735-739; H.J. Snijders, NJ 2008, 177; H.J. Snijders, Arbitrale onafhankelijkheid en onpartijdigheid, complex en actueel, TvA 2008, 1; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Mogen arbiters zelf onderzoek verrichten?, Bb 2007, 56; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Hoge Raad 29 juni 2007, R06/005HR (CW 2440) (Zelfstandig onderzoek arbiter), BR 2007, 214; N. de Boer, JIN 2007, 478; R.J.C. Flach, AA Katern 105, p. 5896-5897.

De aanleiding voor de onderhavige procedure is de volgende. Tussen N. en Aegon is een geschil gerezen met betrekking tot een tussen hen bestaande pensioen- en hypotheekverzekering. De verzekeringsovereenkomsten bevatten een arbitraal beding, waarin arbitrage volgens het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) is overeengekomen. Er zijn drie arbiters benoemd, van wie één jurist (Van Strien), die als voorzitter optreedt, en twee medici (W. en Van W.). Het geschil betreft de vraag of N. ten gevolge van bepaalde rugklachten wel of niet arbeidsongeschikt is. Uit een verslag van 9 november 2004 blijkt dat de twee arbiters-medici N. zelf lichamelijk hebben onderzocht en daaraan conclusies hebben verbonden. Nadat partijen zich tijdens een zitting over dit verslag hebben uitgelaten, hebben arbiters het verslag op wezenlijke punten gewijzigd in een tweede verslag van 13 december 2004.

Door de gang van zaken is bij N. twijfel ontstaan over de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de twee arbiters-medici. N. heeft deze arbiters gewraakt. De door het NAI aangestelde wrakingscommissie (zie art. 19 NAI Arbitrage Reglement) heeft op 4 februari 2005 beslist dat de wraking ongegrond is. Vervolgens hebben arbiters op 1 maart 2005 een (gedeeltelijk eind)vonnis gewezen, dat op 4 maart 2005 ter griffie van de rechtbank is gedeponereerd.

Na de ongegrondverklaring van de wraking door de wrakingscommissie van het NAI heeft N. zich bij verzoekschrift van 4 maart 2005 tot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam gewend op de voet van art. 1035 Rv. De voorzieningenrechter heeft in zijn beschikking van 21 april 2005 de wraking van W. en Van W. (wél) gegrond verklaard (zie NJF 2006, 242). Het oordeel van de voorzieningenrechter komt kort gezegd erop neer dat een met het oog op een specifieke deskundigheid benoemde arbiter (zoals de arbiter-medicus) zich behoort te beperken tot onderzoek en beoordeling van het door partijen aangedragen bewijsmateriaal en zich op het terrein van zijn specifieke deskundigheid moet onthouden van het verrichten van zelfstandig onderzoek. Het verrichten van dergelijk zelfstandig onderzoek kan volgens de voorzieningenrechter tot de gerechtvaardigde vrees leiden dat de arbiter de neiging zal hebben meer waarde te hechten aan zijn eigen onderzoek dan aan dat van andere deskundigen, als gevolg waarvan hij niet meer onbevooroordeeld tegenover het bewijsmateriaal staat.

Tegen de beschikking van de voorzieningenrechter staat op grond van art. 1070 Rv geen gewoon rechtsmiddel open. Op initiatief van A-G Huydecoper is tegen de beschikking cassatieberoep in het belang der wet ingesteld. Onderdeel a van het cassatiemiddel spitst zich toe op het punt van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiters (onderdeel b betreft het punt van

de schorsing van de arbitrage hangende de wrakingsprocedure). In het cassatieverzoek betoogt de A-G dat het oordeel van de voorzieningenrechter dat een arbiter zich in het algemeen ervan dient te onthouden geschilpunten tussen partijen die tot de specifieke deskundigheid van die arbiter behoren, aan een eigen, persoonlijk uitgevoerd onderzoek te onderwerpen en daaraan conclusies te verbinden, omdat de arbiter daardoor een schijn van partijdigheid in het leven zou roepen, onjuist en ongewenst is. Volgens de A-G hebben arbiters, al naar gelang het verloop van de arbitrale procedure en het partijdebat, de vrijheid om te kiezen voor het verrichten van eigen onderzoek of voor voorlichting aan de hand van ander (door partijen bijgebracht) bewijsmateriaal, dan wel een combinatie van beide. Dat geldt zeker indien partijen de deskundige arbiter uitdrukkelijk uitnodigen eigen onderzoek te doen of dat onderzoek plaatsvindt met goedvinden van de partijen. Mits gewaakt wordt voor de eerlijke procesvoering en hoor en wederhoor voldoende gewaarborgd zijn, acht de A-G dan ook onaannemelijk dat het feit dat een arbiter zelf onderzoek verricht met betrekking tot geschilpunten op terreinen waarop hij specifieke deskundigheid bezit, in het algemeen de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van die arbiter te zeer zou aantasten, zeker als het onderzoek met medeweten en met goedvinden van de partijen in de arbitrage plaatsvindt. De A-G acht de uitspraak van de voorzieningenrechter bovendien ongewenst, omdat één van de oogmerken van arbitrage door deskundige arbiters nu juist erin bestaat dat kan worden volstaan met het onderzoek van de ter zake kundige arbiter en verder onderzoek (bijvoorbeeld door een door het scheidsrecht benoemde deskundige) achterwege kan blijven.

Hoewel de uitspraak van de voorzieningenrechter in stand blijft (zie ook hierna), schaarde de Hoge Raad zich achter de A-G en oordeelt (in r.o. 3.3.5) dat (inderdaad) onjuist is dat een arbiter zich *in het algemeen* moet onthouden van eigen onderzoek (als deskundige), omdat reeds door deze samenloop van hoedanigheden zijn onpartijdigheid op het spel zou staan. De Hoge Raad brengt echter wel een aantal nuances aan en omschrijft de (strikte) voorwaarden waaronder arbiters eigen onderzoek mogen verrichten.

De Hoge Raad stelt (in r.o. 3.3.2) voorop dat ook in een arbitrageprocedure de fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde gelden, waaronder het beginsel dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn. Als gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter, kan een partij de arbiter wraken op de voet van art. 1033 lid 1 Rv. Dit volgde reeds uit HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765 (Nordström/Nigoco), waarnaar de Hoge Raad dan ook verwijst.

De Hoge Raad overweegt vervolgens (in r.o. 3.3.3) dat arbiters ingevolge art. 1039 lid 5 Rv weliswaar vrij zijn ten aanzien van de regelen van bewijsrecht (waaronder de waardering van bewijs en de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen), maar dat nu de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook in een arbitrale procedure gelden, ook arbiters zich in beginsel zullen moeten onthouden van bewijsgaring, in dier voege dat zij niet zelf, buiten partijen om, bewijs mogen verzamelen. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar zijn arrest van 18 december 1987, NJ 1988, 679 (Schook/Vergeer), waarin het ging om een tweetal onofficiële en aan partijen vooraf niet-bekende plaatsopnemingen door de rechter, waarbij de uitspraak was gebaseerd op

waarnemingen die tijdens deze geheime plaatsopnemingen door de rechter waren gedaan. Snijders merkt op (in NJ 2008, 177 en TvA 2008, 1) dat deze verwijzing niet overtuigt, nu de geheime plaatsopneming in de zaak Schook/Vergeer werd afgestraft in de sleutel van het beginsel van hoor en wederhoor en niet in de sleutel van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hoewel dit strikt genomen juist is, liggen het beginsel van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter/arbitrator en het beginsel van hoor en wederhoor hier dicht tegen elkaar aan. De Hoge Raad vervolgt namelijk – en daar gaat het wel over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid – dat de arbiter die (zelf) aan bewijsgaring doet, al spoedig in de positie zal raken dat hij het evenwicht tussen partijen verstoort en zijn onpartijdigheid in zoverre verliest. Eigen onderzoek van de arbiter kan, aldus de Hoge Raad, tot gevolg hebben dat bewijs wordt verkregen ten gunste van de ene partij en ten nadele van de andere partij, die daardoor genoodzaakt kan zijn dit oordeel te bestrijden. Met andere woorden: door eigen onderzoek ontstaat mogelijk het risico op ‘meeprocederen’ door de arbiter. Dat verdraagt zich niet met de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De partij die genoodzaakt is het arbitrale bewijsoordeel en de deugdelijkheid van het onderzoek te bestrijden, maar geen gehoor vindt bij de arbiter, zal ook objectief gezien het vertrouwen in de onpartijdigheid van de arbiter kunnen verliezen. De Hoge Raad concludeert dan ook (in r.o. 3.3.4) dat arbiters het daarom in beginsel aan partijen behoren over te laten bewijs aan te dragen en zich te beperken tot een beoordeling van dit bewijs. Dit lijkt mij een juist uitgangspunt. In de praktijk blijven arbiters dit echter niet altijd helder op het netvlies te hebben. Zo is mij een voorbeeld bekend van een zaak waarin een (overigens juridisch geschoolde) arbiter ter zitting opmerkte dat hij zelf wat had zitten *googelen* en partijen vervolgens confronteerde met hetgeen hij op internet had ‘ontdekt’. Een dergelijke virtuele descende kan worden gezien als ‘meeprocederen’ van de arbiter, waardoor hij zijn onpartijdigheid verliest, en is mijns inziens dan ook net zo min toelaatbaar als de onaangekondigde descende van de rechter in de zaak Schook/Vergeer.

Hoewel dus uitgangspunt is dat arbiters zich beperken tot een beoordeling van het door partijen aangedragen bewijs, overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.3.4 dat arbiters zich bij die beoordeling wel actief mogen opstellen en met name hun eigen specifieke deskundigheid mogen gebruiken. De Hoge Raad geeft er vervolgens blijk van ook de praktijk in het oog te houden. Arbitrage heeft immers het voordeel dat bij de samenstelling van het scheidsrecht rekening kan worden gehouden met de specifieke deskundigheid van de beoogde arbiters ter zake van het onderwerp van het geschil. Als arbiters juist zijn benoemd met het oog op hun specifieke deskundigheid, zal een deskundigenbericht veelal overbodig zijn, omdat zij zich dan zelfstandig een oordeel kunnen vormen. Arbiters zullen dat echter niet altijd kunnen doen zonder zelf onderzoek te verrichten. Daartoe mogen arbiters van de Hoge Raad overgaan, *mits* partijen op niet voor misverstand vatbare wijze ermee hebben ingestemd dat arbiters hun beoordeling van het bewijsmateriaal mede baseren op hetgeen zij door eigen onderzoek hebben vastgesteld. Dit onderzoek moet in overeenstemming zijn met de onpartijdigheid van de arbiter, de gelijkheid van partijen en de fundamentele beginselen van procesrecht,

zoals onder meer voorgeschreven in art. 1039 lid 1 Rv. Dit is slechts anders als beide partijen vooraf ondubbelzinnig te kennen hebben gegeven dat en in hoeverre zij van de aan deze waarborgen en fundamentele beginselen te onlenen bescherming afstand doen. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat de arbitrageprocedure als geheel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces en dat het zelfstandig onderzoek van arbiters zo veel mogelijk in overeenstemming moet zijn met de regels die gelden voor een onderzoek van deskundigen (waaronder de mogelijkheid voor partijen de wijze van onderzoek en de resultaten te controleren en zich daarover uit te laten). Als arbiters zelfstandig onderzoek verrichten en in zoverre tevens als deskundigen optreden, moeten zij vooraf zo nauwkeurig mogelijk aan partijen kenbaar maken hoe zij van plan zijn te werk te gaan. Daarbij moeten arbiters strikt de hand houden aan de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor en in het bijzonder partijen desgevraagd de reële mogelijkheid geven de resultaten van het onderzoek ter discussie te stellen. Een uitzondering geldt slechts als partijen hiervan op voorhand ondubbelzinnig afstand hebben gedaan.

Hoewel het cassatiemiddel in de kern gegrond wordt bevonden, volgt geen cassatie. Dat houdt ermee verband dat de voorzieningenrechter volgens de Hoge Raad terecht relevant heeft geacht dat het in casu ging om een medisch onderzoek. In het bijzonder bij medisch onderzoek zal niet alleen voldaan moeten zijn aan de door de Hoge Raad geformuleerde voorwaarden, maar zullen ook andere regels en waarborgen in acht genomen moeten worden, waaronder met betrekking tot de privacy van de onderzochte persoon, de vertrouwensrelatie tussen de arts en de onderzochte en de eisen en voorwaarden waaraan een keuring of medisch onderzoek behoort te voldoen, inclusief een eventueel blokkeringsrecht van de patiënt. De op zich interessante problematiek van het blokkeringsrecht en de consequenties indien een partij zich op dit blokkeringsrecht beroept, vallen buiten het bestek van deze kroniek. Ik volsta op dit punt met een verwijzing naar de Nadere conclusie van de A-G en de noot van J. Legemaate in NJ 2008, 177.

HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova Food B.V.)

Deze zaak (ook besproken door L.M. Coenraad in haar kroniek Algemene beginselen in TCR 2007, 4) betreft een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis, gewezen in een NAI-arbitrage tussen Anova Food B.V. als eiseres en Spaanderman als verweerder. Spaanderman en Anova hebben een intentieverklaring getekend met betrekking tot de levering door Spaanderman van alle aandelen in Spaanderman Beheer B.V., die op haar beurt enig aandeelhouder was van Novavis B.V. De intentieverklaring bevat onder meer een door Spaanderman afgegeven balansgarantie. In de leveringsakte heeft Spaanderman gegarandeerd dat geen pensioentoezeggingen zijn gedaan. Vóór de overdracht van de aandelen heeft Novavis echter jegens enige medewerkers pensioentoezeggingen gedaan op basis van het ‘final pay’-systeem. In de overnamebalans is geen backserviceverplichting opgenomen. Eind 1998 heeft verzekeraar Aegon in het kader van een verzekeringscontract tussen Aegon en Novavis melding gemaakt van een backserviceverplichting van bijna f 130.000. Tussen Spaanderman en Anova is verschil van mening ontstaan over de vraag voor wiens rekening dit bedrag moet komen. Anova heeft

een arbitrage aanhangig gemaakt en betaling gevorderd van ruim f 137.000. Aan haar vordering heeft Anova ten grondslag gelegd dat zij schade heeft geleden als gevolg van het feit dat Spaanderman wist dan wel behoorde te weten dat Novavis pensioentoezeggingen had gedaan, dat hiervan geen melding is gemaakt in de overnamebalans en dat Spaanderman dat ook niet op andere wijze aan Anova heeft gemeld.

In de arbitrage heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waar met toestemming van (de advocaten van) partijen een door Spaanderman meegebrachte getuige, Kornman, is gehoord. In hun vonnis van 30 september 2002 hebben arbiters de vordering van Anova afgewezen. De arbiters hebben in hun vonnis overwogen dat de 'ter zitting nog bestaande onduidelijkheid omtrent alle relevante feiten' aanleiding heeft gegeven tot het verhoor van de door Spaanderman meegebrachte getuige Kornman. De arbiters hebben uit de afgelegde verklaring onder meer geconcludeerd dat 'vóór de bijeenkomst van partijen ten huize van Spaanderman, toen de definitieve koopprijs van de aandelen tussen partijen werd vastgesteld, Anova wist van het bestaan van een backserviceverplichting in het boekjaar 1998 en dat Anova van deze wetenschap in 1999 geen onderhandelingspunt heeft gemaakt toen de definitieve koopprijs van de aandelen aan de orde was'. Deze constatering heeft (mede) geleid tot afwijzing van de vordering van Anova.

Anova heeft een procedure tot vernietiging van het arbitrale vonnis aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Amsterdam. Volgens Anova heeft het scheidsgerecht onder meer het beginsel van hoor en wederhoor geschonden (hetgeen tot vernietiging van het arbitrale vonnis kan leiden op de voet van art. 1065 lid 1 onder e Rv). Anova heeft aangevoerd dat arbiters hun beslissing mede gebaseerd op de verklaring van de getuige van de zijde van Spaanderman, die onaangekondigd naar de zitting was meegebracht en daar vervolgens als getuige is gehoord, en dat Anova geen gelegenheid is geboden voor contra-enquête. De rechtbank heeft het arbitrale vonnis vernietigd voor zover arbiters de vordering van Anova hebben afgewezen.

Spaanderman heeft hoger beroep ingesteld. Het Hof Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof acht onder meer van belang dat Kornman geen van partijen onafhankelijke getuige was, maar een door Spaanderman meegebrachte getuige die werkzaamheden voor hem verrichtte, en dat Anova door het verhoor van deze getuige is overvallen. Bovendien overweegt het hof dat uit het arbitrale vonnis niet blijkt dat Spaanderman een bewijsaanbod heeft gedaan en evenmin dat arbiters een bewijsopdracht hebben geformuleerd, met als gevolg dat het voor Anova niet duidelijk was waartoe het getuigenverhoor diende en welke waarde arbiters aan de verklaring van de getuige zouden toekennen. Dat de getuige met instemming van Anova als getuige is gehoord en Anova tijdens de zitting niet heeft verzocht haar in de gelegenheid te stellen getuigen te doen horen, neemt volgens het hof niet weg dat arbiters gezien het belang dat zij blijkens het arbitrale vonnis aan de verklaring van de getuige hebben toegekend, Anova in de gelegenheid hadden moeten stellen zelf ook getuigen te doen horen en zich over de verklaring van de getuige uit te laten. Daaraan doet niet af dat Anova tijdens de zitting vragen aan de getuige heeft kunnen stellen, aangezien het stellen van vragen aan een getuige van de wederpartij niet

op één lijn kan worden gesteld met het doen horen van getuigen en het zich uitlaten over de door een getuige van de wederpartij afgelegde verklaring.

Spaanderman heeft cassatieberoep ingesteld. De conclusie van A-G Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het beroep. De conclusie bevat een helder overzicht van rechtspraak en literatuur omtrent de voorschriften die in het licht van het beginsel van hoor en wederhoor bij het getuigenverhoor in arbitrageprocedures in acht moeten worden genomen. Het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor geldt ook in arbitrageprocedures. De centrale bepaling is art. 1039 lid 1 Rv, dat bepaalt dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld en dat het scheidsgerecht iedere partij de gelegenheid geeft voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen. Hoewel het scheidsgerecht volgens art. 1039 lid 5 Rv vrij is ten aanzien van de toepassing van de regels van bewijsrecht, betekent dit niet dat het een schier onbegrensde vrijheid heeft om te beoordelen of bewijsmiddelen toelaatbaar zijn en om te bepalen hoe het aangedragen bewijs moet worden gewaardeerd, aldus de A-G in 2.10 van de conclusie. Deze vrijheid wordt ingeperkt door de fundamentele beginselen van procesrecht, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor. Het beginsel van hoor en wederhoor kent diverse uitwerkingen, waarvan het recht op contra-enquête (zoals ook vastgelegd in art. 168 Rv) er één is. Een andere uitwerking is dat een partij in de gelegenheid wordt gesteld zich nog over een essentieel onderdeel van het geschil (waaronder begrepen kan worden een verklaring van een getuige van de wederpartij) uit te laten, als die partij gezien het verloop van het geding in redelijkheid mocht verwachten dat hij daartoe nog de kans zou krijgen (HR 6 maart 1992, NJ 1993, 79). Hieraan bestaat volgens de A-G des te meer behoefte, als er, zoals in casu, geen probandum is geformuleerd.

Schending van het recht van hoor en wederhoor kan op de voet van art. 1065 lid 1 onder e Rv leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. De Hoge Raad stelt in zijn arrest voorop dat juist is dat niet iedere schending van een in de arbitrageprocedure geldende procedureregule tot vernietiging van het arbitrale vonnis behoeft te leiden, en dat zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, art. 1065 lid 1, onder e Rv naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast. Dit volgde reeds uit HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384 (IMS/Iran), waarin het ging om een beweerde schending door arbiters van de toepasselijke procedureregels. In het onderhavige arrest overweegt de Hoge Raad echter (in r.o. 3.5) dat voor een terughoudende toepassing van art. 1065 lid 1 onder e Rv geen plaats is wanneer bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor. Zoals Fleming signaleert in zijn annotatie in JBPr 2007, 75, krijgt Snijders hiermee antwoord op de vraag die hij zich stelde in zijn noot onder het arrest IMS/Iran: als een arbitraal vonnis werkelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, dan is er geen redding meer en moet vernietiging volgen.

Dat het hof in casu tot de conclusie is gekomen dat arbiters het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Voor de praktijk betekent

dit ten eerste dat arbiters er verstandig aan doen erop toe te zien dat partijen duidelijk is waarover het getuigenverhoor gaat en wat er eigenlijk te bewijzen is, vóórdát getuigen worden gehoord. Dit geldt te meer daar in arbitrage meestal niet in een tussenvonnissen een bewijsopdracht wordt geformuleerd zoals dat bij de overheidsrechter gebruikelijk is. Voorts moeten arbiters de wederpartij van de partij die de getuige heeft voorgebracht, in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de afgelegde verklaring en moeten zij die partij gelegenheid geven tot contra-enquête.

Met zijn uitspraak maakt de Hoge Raad duidelijk dat het beginsel van hoor en wederhoor zo'n fundamenteel karakter heeft dat de rechter niet de voor de vernietigingsprocedure zo kenmerkende terughoudendheid hoeft te betrachten, als hij tot de conclusie komt dat het arbitrale vonnis tot stand is gekomen in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor. De ratio van die terughoudendheid – die de rechter niet alleen moet betrachten bij toetsing van de naleving van procedureregels door het scheidsrecht (zie HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384, r.o. 3.3), maar ook bij zijn beoordeling of het arbitrale vonnis 'met redenen is omkleed' in de zin van art. 1065 lid 1 onder d Rv (zie HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190 (Nannini/SFT) en HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (Kers/Rijpma)) – is erin gelegen dat een procedure op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en dat het belang bij een effectief functionerende rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts

in sprekende gevallen dient in te grijpen in de arbitrale beslissingen. Zo'n sprekend geval doet zich kennelijk voor als de rechter tot de conclusie komt dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden. In dat geval is er plaats voor vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1 onder e Rv. Hoewel men zich kan afvragen of deze uitspraak van de Hoge Raad niet zal leiden tot een toename van het aantal zaken waarin met een beroep op schending van het recht van hoor en wederhoor zal worden geprobeerd een onwelgevallig arbitraal vonnis vernietigd te krijgen (die tendens is eerder met betrekking tot (vermeende) motiveringsgebreken in arbitrale vonnissen gesignaleerd na het arrest in de zaak Nannini/SFT; zie ook de kroniek in TCR 2006, 2), is het ontbreken van een terughoudende toetsing in geval van schending van hoor en wederhoor mijns inziens zonder meer op zijn plaats. Het belang bij een effectief functionerende rechtspleging brengt immers ook mee dat de veronachtzaming door arbiters van de fundamentele beginselen van procesrecht, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor, door de burgerlijke rechter wordt gesanctioneerd met vernietiging van het arbitrale vonnis. Gezien het belang van het beginsel van hoor en wederhoor en het feit dat in arbitrage veelal geen hoger beroep mogelijk is, past daarbij geen terughoudendheid.

Mevrouw mr. M.H. de Boer