

## De aansprakelijkheid van arbiters in België

Marijn De Ruysscher<sup>1</sup>

<b>I. Inleiding</b> .....	834
<b>II. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arbiter</b> .....	835
<i>A. De juridische verhouding tussen partijen en arbiter</i> .....	835
<i>B. De bevoegde rechtbank en het toepasselijk recht</i> .....	836
<i>C. De aansprakelijkheidstheorieën</i> .....	839
1. <i>Op welke grondslag kan een arbiter aansprakelijk worden gesteld?</i> .....	839
2. <i>Voor welke fouten is een arbiter aansprakelijk?</i> .....	840
(i) Aansprakelijkheid voor procedurele fouten .....	840
(ii) Aansprakelijkheid voor inhoudelijke fouten .....	841
3. <i>De invloed van arbitragereglementen</i> .....	842
4. <i>Zijn de arbiters gezamenlijk aansprakelijk?</i> .....	844
5. <i>Moet de arbitrale beslissing eerst worden nietig verklaard?</i> .....	845
<b>III. Conclusie</b> .....	846

### SAMENVATTING

*Deze bijdrage gaat na in welke mate arbiters in België aansprakelijk kunnen worden gesteld voor fouten die zij in de uitvoering van hun opdracht begaan.*

*Arbiters zijn met partijen op contractuele wijze verbonden. Het gaat om een sui generis-overeenkomst die arbitercontract kan worden genoemd.*

*In het geval van een internationale arbitrage moet worden nagegaan welke rechtbank bevoegd is om van de aansprakelijkheidsvordering kennis te nemen en welk recht erop van toepassing is. Bij voorkeur is de plaats van arbitrage voor zowel de bevoegde rechtbank als het toepasselijk recht het doorslaggevende aanknopingspunt. Dit volgt echter niet zonder meer uit het toepasselijk internationaal privaatrecht.*

*Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen procedurele en inhoudelijke fouten van arbiters. Het wordt aanvaard dat arbiters aansprakelijk zijn voor procedurele fouten, waarbij arbiters zowel resultaats- als middelenverbintenissen kunnen schenden. Slechts die plichten waarvan de nakoming eenvoudig kan worden beoordeeld, zouden als resultaatsverbintenis mogen worden aanzien.*

*Het is verdedigbaar dat arbiters niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inhoudelijke fouten, behoudens in geval van opzet, bedrog of zware fout die met bedrog kan worden gelijkgesteld. Dit sluit aan bij de immuniteit die arbiters in andere landen voor de inhoud van hun arbitrale uitspraak genieten.*

*Reglementen van arbitrage-instellingen sluiten de aansprakelijkheid van arbiters vaak in meer of mindere mate uit. De geldigheid van dergelijke exoneratiebepalingen is onzeker en zal telkens aan de hand van het op de aansprakelijkheidsvordering toepasselijk recht moeten worden beoordeeld.*

*Arbiters in een meerhoofdig college zijn niet zonder meer gezamenlijk aansprakelijk indien slechts één van hen een fout maakt. Dit zou meer bepaald niet het geval mogen zijn indien een arbiter een individuele plicht schendt. Voor de schending van collectieve plichten is het een feitenkwestie of arbiters in solidum of hoofdelijk aansprakelijk zijn.*

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel. Met dank aan dr. Maud Piers voor haar waardevolle opmerkingen.

*Het is verdedigbaar dat een arbitrale uitspraak eerst moet worden vernietigd vooraleer een aansprakelijkheidsvordering tegen de arbiters kan worden ingesteld, tenzij er geen arbitrale uitspraak is of de aansprakelijkheidsvordering ervan losstaat.*

## RÉSUMÉ

*Cette contribution examine la mesure dans laquelle des arbitres peuvent être tenus responsables, en Belgique, pour des erreurs commises dans la réalisation de leur mission.*

*Un lien contractuel lie les arbitres et les parties. Il s'agit d'un contrat sui generis, qui peut être dénommé contrat d'arbitre.*

*Dans le cas d'un arbitrage international, le tribunal compétent pour traiter l'action en responsabilité ainsi que le droit applicable à cette action, doivent être déterminés. De préférence, le lieu de l'arbitrage est aussi bien le point de rattachement pour le tribunal compétent que pour le droit applicable. Ceci ne se déduit cependant pas purement et simplement du droit international privé applicable.*

*Il faut distinguer les erreurs procédurales des erreurs de fond commises par les arbitres. Il est accepté que les arbitres sont responsables pour des erreurs procédurales, pouvant consister soit en violations d'obligations de résultat soit de moyen. Seuls les devoirs dont l'observation peut être appréciée aisément, pourraient être considérés comme étant une obligation de résultat.*

*On peut argumenter que des arbitres ne seraient pas responsables pour des erreurs de fond, sauf dans les cas de fraude, de dol ou de faute lourde équivalente au dol. Ceci est comparable avec l'immunité attribuée aux arbitres, dans des pays étrangers, pour le contenu de la sentence arbitrale.*

*Les règlements des institutions arbitrales excluent souvent la responsabilité des arbitres, dans une certaine mesure. La validité de ces clauses exonératoires est incertaine et sera appréciée conformément au droit applicable à l'action en responsabilité.*

*Les arbitres dans un collège arbitral ne sont pas nécessairement tenus conjointement responsables si seulement l'un d'entre eux commet une erreur. En particulier, ceci ne pourrait être le cas lorsqu'un arbitre viole un devoir individuel. Pour la violation d'un devoir commun, les arbitres peuvent être tenus responsables in solidum ou solidairement, selon le cas.*

*On peut soutenir qu'une sentence arbitrale doit d'abord être annulée avant qu'une action en responsabilité contre les arbitres puisse être introduite, sauf dans le cas où il n'y a pas de sentence arbitrale ou si l'action en responsabilité n'est pas liée avec celle-ci.*

## I. INLEIDING

1. Arbitrage wordt steeds meer gekozen om commerciële geschillen tussen (internationale) partijen te beslechten<sup>2</sup>. Dit brengt met zich mee dat steeds meer mensen een opdracht als arbiter aanvaarden en uitvoeren. Gelet op de relatief hoge kostprijs van arbitrage<sup>3</sup>, zijn het niet zelden zaken met een grote financiële waarde die door arbitrage worden beslecht. Dit heeft een impact op de mogelijke schadevergoeding bij aansprakelijkheid. Een toekomstig arbiter is er zich dus best

terdege van bewust aan welke aansprakelijkheid hij zich blootstelt<sup>4</sup>.

In België, net zoals in vele andere landen, kent de vraag naar de aansprakelijkheid van arbiters geen duidelijk antwoord. Dit wijst erop dat in de praktijk nog enige terughoudendheid bestaat om arbiters aansprakelijk te stellen voor fouten die zij zouden hebben gemaakt. We gaan er immers van uit dat arbiters niet onfeilbaar zijn.

<sup>2</sup> Volgens een studie van PwC en Queen Mary University *International arbitration: Corporate attitudes en practices 2008*, blijkt dat 88% van de geraadpleegde grote bedrijven al minstens éénmaal op arbitrage een beroep hebben gedaan en 44% steeds arbitrage verkiezen ter oplossing van een geschil. In bepaalde industrietakken zoals verzekeringen, energie, olie, gas en scheepvaart zou internationale arbitrage zelfs de regel zijn (studie te raadplegen op [www.pwc.co.uk/pdf/PwC\\_International\\_Arbitration\\_2008.pdf](http://www.pwc.co.uk/pdf/PwC_International_Arbitration_2008.pdf)).

<sup>3</sup> Het voeren van een (inzonderheid internationale) arbitrage is duur. Het zijn dan ook vooral snelheid, flexibiliteit, uitvoerbaarheid en vertrouwelijkheid die de grote voordelen van arbitrage vormen (voor een bespreking van de voor- en nadelen van internationale arbitrage, zie onder meer: H.-P. SCHROEDER, *Die lex mercatoria arbitralis*, München, Sellier, 2007, 23-29).

<sup>4</sup> Slechts gemakshalve wordt in deze bijdrage de arbiter louter als 'hij' omschreven.

Deze bijdrage heeft als opzet om het thema van de aansprakelijkheid van arbiters te kaderen en na te gaan hoe dit tot nu toe door rechtspraak en rechtsleer in België werd benaderd.

De buitenlandse praktijk zal een belangrijke bron van vergelijking en inspiratie vormen.

## II. DE BURGERRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARBITER<sup>5</sup>

### A. De juridische verhouding tussen partijen en arbiter

2. Om te weten of, en in welke mate, een arbiter door de partijen in een arbitrageprocedure aansprakelijk kan worden gesteld, moet eerst worden nagegaan welke juridische verhouding(en) er tussen hen bestaat(n). Er is een ruime eensgezindheid dat de arbiter contractueel met de partijen is verbonden. Het gaat niet om een mandaat<sup>6</sup> omdat een arbiter geen vertegenwoordiger is van een partij<sup>7</sup>.

Wegens de bijzondere (rechtsprekende) taak van de arbiter wordt gesteld dat het om een *sui generis*-overeenkomst gaat<sup>8</sup>. Aldus wordt deze overeenkomst in beginsel door het gemeen contractenrecht beheerst.

3. Hoe moeten we deze overeenkomst tussen arbiter en partijen nu noemen? Het door Clay voorgestelde begrip ‘arbitercontract’ (als letterlijke vertaling van ‘contrat d’arbitre’)<sup>9</sup> lijkt ons het meest aangewezen.

Het arbitercontract moet zowel van de arbitrageovereenkomst als van de akte van opdracht worden onderscheiden.

De arbiter is geen partij bij de arbitrageovereenkomst. Dit betreft immers de basis van de arbitrage, met name de wilsuiting van de partijen, in de vorm van een clause in een contract of een afzonderlijk compromis, om hun geschil(len) aan arbitrage te onderwerpen.

Het arbitercontract komt wel tussen de partijen en de arbiter tot stand, met name op het ogenblik dat deze zijn opdracht aanvaardt. Het zal meestal bestaan zonder dat er een instru-

mentum voor wordt opgesteld. Zeker bij een institutionele arbitrage is een afzonderlijk opgesteld arbitercontract eigenlijk overbodig.

Ook een akte van opdracht is een overeenkomst tussen de arbiter en de partijen. Deze overeenkomst, die niet steeds hoeft te worden opgesteld<sup>10</sup>, bevat afspraken die de arbiter met de partijen maakt: over welke geschilpunten er moet worden geoordeeld, hoe de partijen en de arbiters zullen communiceren, enz. De arbiter heeft zijn functie al opgenomen op het ogenblik dat de akte van opdracht wordt afgesloten; zijn opdracht als arbiter vangt dus in beginsel niet aan door het afsluiten ervan. Wel zou de akte van opdracht in een bepaalde mate het instrumentum van het arbitercontract kunnen vormen<sup>11</sup>.

4. Het is niet duidelijk of in het geval van een meelhoofdig arbitraal college één arbitercontract tussen alle arbiters en alle partijen tot stand komt, of eerder een arbitercontract tussen elke arbiter afzonderlijk en de partijen samen.

Clay erkent dat de meerderheid van de Franse rechtsleer van mening is dat er maar één arbitercontract tot stand komt, maar hij ziet zelf geen redenen om te besluiten dat er langs de zijde van de arbiters slechts één contract zou bestaan. Hij baseert zich hiervoor op het sterk persoonlijke karakter van de opdracht van elke arbiter en maakt onder meer een onderscheid tussen de persoonlijke verplichtingen van de arbiter (bv. de disclosureplicht) en de gezamenlijke verplichtingen van het college (bv. het vellen van een beslissing)<sup>12</sup>. Gal onderzocht de problematiek in Duitsland en besluit dat het

<sup>5</sup> Een arbiter, vaak advocaat, zou ook tuchtrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld of zich schuldig kunnen maken aan strafbare feiten (bv. omkoping, zie art. 249 Sw.).

<sup>6</sup> P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 143; R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, “La responsabilité de l’arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter” in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 24. Zie ook art. 4 van de gedragsregels voor de CEPINA-procedures: “De op voorstel van een partij benoemde arbiter is noch haar vertegenwoordiger, noch haar mandataris.”

<sup>7</sup> P. FOUCHARD, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev.Arb.* 1996, (325) 330; Cass. fr. 13 april 1972, *Ury / Galeries Lafayette*, *JCP* 1972, II, 17189, noot P. LEVEL.

<sup>8</sup> P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 143. Door het ICC als volgt gedefinieerd: “un contrat sui generis ayant pour objet l’exercice par l’arbitre d’une mission très particulière: trancher le litige qui oppose ses cocontractants” (“Principes élémentaires d’un statut de l’arbitre international” in *Rapport de la Commission de l’arbitrage international de la CCI sur le statut de l’arbitre*, *Bull. de la CIA, CCI, mei 1996*, 28 e.v.).

<sup>9</sup> Clay wijdt in zijn doctoraat maar liefst 11 p. aan het zoeken naar de juiste benaming voor de contractuele verhouding tussen partijen en arbiters. Hij verkiest uiteindelijk ‘contrat d’arbitre’ o.m. omdat dit de letterlijke vertaling is van het reeds lang bestaande begrip ‘Schiedsrichtervertrag’, het meer recent ontwikkelde begrip ‘arbitrator’s contract’ en ook gemakkelijk in andere talen kan worden vertaald (T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 497).

<sup>10</sup> Sommige arbitragereglementen zoals dat van de ICC (art. 18) en CEPINA (art. 16) leggen hiertoe een verplichting op, andere niet. Het lijkt niettemin praktisch om een akte van opdracht op te stellen aangezien het de arbiters helpt om hun contractuele opdracht te preciseren. Bij gebrek hieraan zullen de arbiters eenzijdig via *procedural orders* één en ander moeten regelen.

<sup>11</sup> T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 541.

<sup>12</sup> T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 503-506.

daar algemeen wordt aanvaard dat de arbiters elk met een eigen contract met de partijen gezamenlijk zijn verbonden<sup>13</sup>.

Er valt voor beide visies iets te zeggen aangezien arbiters zowel individuele als collectieve plichten te vervullen hebben (zie *infra*). Indien overigens één contract per arbiter wordt verkozen, dan is het duidelijk dat de verschillende arbitercontracten in elk geval zeer nauw met elkaar zijn verbonden. De praktische verschillen tussen beide visies zullen allicht eerder beperkt zijn<sup>14</sup>.

5. Hoewel een arbiter in beginsel op contractuele basis zal worden aangesproken, zijn er ook situaties denkbaar waarbij de arbiter buitencontractueel zou worden aangesproken. Bijvoorbeeld in de veronderstelling dat deze zich onzorgvuldig zou gedragen zonder uiteindelijk een opdracht als arbiter te aanvaarden (precontractuele aansprakelijkheid). In dat geval is er weliswaar niet echt sprake van aansprakelijkheid van arbiters, omdat men pas bij het aanvaarden van de opdracht arbiter wordt. Ook denkbaar is de situatie waarbij een arbiter in de uitvoering van zijn opdracht aan derden schade zou berokkenen, bijvoorbeeld door in de arbitrale beslissing lasterlijke beweringen tegen deze derden op te nemen. Gelet op de betrouwbaarheid die meestal aan een arbitrale beslissing toekomt, is deze mogelijkheid veeleer theoretisch te noemen.

6. Moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de verhouding arbiter-partijen in een institutionele arbitrage en deze in een *ad hoc*-arbitrage? Dit lijkt niet zo te zijn<sup>15</sup>. In beide gevallen komt er immers een band tussen de partijen en de arbiter tot stand, hoe de arbiter ook werd aangesteld.

Bij institutionele arbitrage doen de partijen een beroep op een arbitrage-instelling en gebeurt de aanstelling van één of meerdere arbiters krachtens het arbitragereglement van die instelling. Door dit arbitragereglement te aanvaarden, beknotten partijen in bepaalde gevallen hun eigen keuze van arbiters en delegeren zij deze macht aan een arbitrage-instelling<sup>16</sup>. Van zodra de arbiters hun opdracht aanvaarden komt er tussen de partijen en de arbiter(s) een arbitercontract tot stand, dat al dan niet in een afzonderlijk geschrift wordt geformaliseerd.

Bij een *ad hoc*-arbitrage kiezen partijen vrij hun arbiters, in de regel zonder tussenkomst van een arbitrage-instelling, al kunnen partijen een instelling wel als *appointing authority* aanwijzen. Ook hier komt een arbitercontract tot stand van zodra de arbiter zijn opdracht aanvaardt. Ook indien een arbiter door de rechter moet worden benoemd blijft het resultaat hetzelfde. In dit geval is het de wet die de rechter de macht geeft om een arbiter aan te stellen (art. 1684, 1., Ger.W.) en aldus tussen deze arbiter en de partijen een contractuele band tot stand te brengen (onder de opschortende voorwaarde dat de arbiter zijn aanstelling aanvaardt).

Dalcq en Van Oevelen stellen daarom m.i. onterecht dat er geen *sui generis*-overeenkomst tussen partijen en arbiters zou bestaan in het geval arbiters door een arbitrage-instelling zouden zijn aangesteld. Ze maken hiervoor een vergelijking met het verschijnen voor een overheidsrechter waarmee partijen evenmin persoonlijk contractueel zijn verbonden<sup>17</sup>. Deze stelling miskent het basisprincipe van de partij-autonomie volgens hetwelke de beslissingsmacht van een arbiter steeds op de wilsuiting van de partijen steunt. Er moet dus noodzakelijkerwijze een band zijn tussen partijen en arbiter. Dat één of meerdere arbiters door tussenkomst van een arbitrage-instelling werden aangesteld, verandert de situatie niet.

Keutgen en Dal vatten het krachtig samen: “*L’intervention d’une institution d’arbitrage dans l’organisation de la procédure ne modifie en rien le caractère contractuel des relations qui lient les parties et les arbitres.*”<sup>18</sup>.

## B. De bevoegde rechtbank en het toepasselijk recht

7. In het geval van een internationale arbitrage stelt zich de vraag naar het op de aansprakelijkheidsvordering toepasselijk recht en de bevoegde rechtbank om deze vordering te behandelen. Veronderstel dat een Belgische, Franse en Zwitserse arbiter een arbitraal college vormen volgens het arbitragereglement van het Stockholm Arbitration Institute<sup>19</sup> en met Stockholm als plaats van arbitrage<sup>20</sup>. De in het ongelijk gestelde partij vindt dat de Belgische arbiter een fout heeft gemaakt door niet vooraf bekend te maken dat hij nauwe

<sup>13</sup>. J. GAL, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 100-101.

<sup>14</sup>. Zie nochtans voetnoot 46.

<sup>15</sup>. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 288; M. PIERS, *Sectorale arbitrage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 357 stelt dat de arbitrage-instelling als lasthebber van de partijen bij de aanstelling van arbiters optreedt.

<sup>16</sup>. Zie bv. de aanstelling van de derde arbiter (chairman) overeenkomstig art. 8, 4, van het ICC Arbitragereglement: “*Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court. The third arbitrator, who will act as chairman of the Arbitral Tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant Article 9. Should such procedure not result in a nomination within the time limit fixed by the parties or the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.*”

<sup>17</sup>. R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, “La responsabilité de l’arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter” in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 226.

<sup>18</sup>. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 288.

<sup>19</sup>. Te raadplegen op [www.sccinstitute.com](http://www.sccinstitute.com).

<sup>20</sup>. Met plaats van arbitrage wordt de juridische plaats van arbitrage bedoeld, de ‘seat of arbitration’, die niet hoeft gelijk te lopen met de ‘fysieke’ plaats van arbitrage waar vergaderingen en zittingen plaatsvinden, zie N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 181-182.

banden heeft met de andere partij, een feit dat de verliezende partij slechts na de eindbeslissing te weten kwam. Moet een aansprakelijkheidsvordering tegen deze arbiter worden ingesteld in België (woonplaats verweerder) of eerder in Stockholm (plaats van arbitrage)? En welk recht is dan op deze vordering van toepassing: Belgisch recht, Zweeds recht of misschien het op de hoofdovereenkomst toepasselijk recht?

**8.** Arbitrage wordt uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening<sup>21</sup> en het Verdrag van Lugano<sup>22</sup>, uitgesloten. Volgens Fouchard is het logisch dat deze uitzondering ook betrekking zou hebben op geschillen in de relatie tussen arbiters en partijen<sup>23</sup>. Ook Clay interpreteert het in rechtspraak<sup>24</sup> en rechtsleer<sup>25</sup> aanvaarde beginsel dat de uitzondering ruim moet worden toegepast op zulke wijze dat ook geschillen met betrekking tot het arbitercontract uit het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten<sup>26</sup>.

De meeste bijdragen in de rechtsleer met betrekking tot deze uitzonderingsbepaling gaan echter niet specifiek op het arbitercontract en de op basis daarvan ingestelde procedures in. Ook lezing van het *Heidelberg Rapport* verduidelijkt niet of de uitzonderingsbepaling geschillen voortvloeiende uit het arbitercontract omvat<sup>27</sup>. In de redenering dat de uitzondering ruim moet worden geïnterpreteerd en wegens de nauwe verbondenheid van het arbitercontract met de arbitrageprocedure, lijkt het standpunt van Fouchard en Clay evenwel correct te zijn.

We gaan er dus verder van uit dat er naar het nationaal internationaal privaatrecht moet worden gekeken om te bepalen of een aansprakelijkheidsgechil tegen een internationale arbiter voor een rechtbank van dat land kan worden behandeld.

**9.** In het geval ten minste één van de arbiters zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft, is de Belgische rechter principieel bevoegd (art. 5, 1<sup>ste</sup> lid, WIPR<sup>28</sup>). Zijn medearbiters kunnen bovendien op basis van artikel 5, 2<sup>de</sup> lid, WIPR tevens voor de Belgische rechter worden

gedaagd. Daarnaast kan de Belgische rechter tevens bevoegdheid opnemen inzake contractuele verbintenissen indien de contractuele verbintenis a) in België is ontstaan of b) in België wordt uitgevoerd of moet worden uitgevoerd (art. 96 WIPR). Indien België als plaats van arbitrage is gekozen wordt de arbitrageprocedure geacht juridisch met België te zijn verbonden. Dit lijkt een voldoende reden om van ‘uitvoering’ van de arbitrageovereenkomst, en bij uitbreiding van het arbitercontract, in België te spreken.

Buitenlandse IPR-regels bevatten gelijkaardige bepalingen. Aldus kunnen we besluiten dat arbiters, in het algemeen, kunnen worden aangesproken op de plaats van arbitrage (plaats van uitvoering)<sup>29</sup> en op hun woonplaats of gewone verblijfplaats<sup>30</sup>.

Het is te verkiezen dat een arbiter op de plaats van arbitrage voor de rechter wordt gedaagd omdat de arbitrageprocedure met deze plaats is verbonden en bij aansprakelijkheid van meerdere arbiters in beginsel slechts één rechter de vorderingen zal moeten beoordelen. Het is echter niet ondenkbaar dat een partij wegens bepaalde procedurele voordelen voor de woon- of gewone verblijfplaats van een arbiter opteert (bv. een Belgische partij die een Belgische arbiter in België voor de rechtbank daagt in plaats van in Parijs, de plaats van arbitrage).

**10.** Welk recht zal nu de aansprakelijkheidsvordering beheersen? De arbitrageprocedure wordt in beginsel beheerst door de *lex arbitri*, het arbitragerecht van de plaats van arbitrage<sup>31</sup>. De *lex arbitri* vormt het wettelijke kader van elke arbitrageprocedure, die op deze manier gekoppeld is aan een bepaald land. Zo zijn de Belgische arbitrageregels vervat in het Zesde Deel van het Gerechtelijk Wetboek (art. 1676-1723 Ger.W.) van toepassing wanneer België de plaats van arbitrage is.

Slechts weinige *lex arbitri* bevatten een bepaling omtrent de aansprakelijkheid van arbiters<sup>32</sup>. Een belangrijke reden

<sup>21</sup>. Art. 1, 2, d), verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Deze uitzondering zou in een toekomstige versie van deze verordening eventueel worden weggelaten. Zie voor een samenvatting van de discussie hierover: K. COX, “Arbitrage in de Brussel-I-Verordening: het einde van arbitrage in Europa? Een kritische synthese van de commentaren op het Groenboek”, *TBH* 2009, 1018-1026.

<sup>22</sup>. Art. 1, 2, d, Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 30 oktober 2007.

<sup>23</sup>. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN en J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Den Haag, Kluwer, 1999, 559. Anders: J.-F. POUURET en S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Brussel, Bruylant, 2002, 442.

<sup>24</sup>. HvJ 25 juli 1997, C-190/89, *March Rich & Co. AG / Società Italiana Impianti PA*, <http://curia.europa.eu>.

<sup>25</sup>. Zie de talrijke verwijzingen bij T. CLAY, *L'arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 757, voetnoot 1.

<sup>26</sup>. T. CLAY, *L'arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 758.

<sup>27</sup>. B. HESS, T. PFEIFFER en P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, september 2007, [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf).

<sup>28</sup>. Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, BS 27 juli 2004.

<sup>29</sup>. § 29 Zivilprozessordnung (ZPO – Duitsland); art. 46 nouveau Code de procédure civile (NCPC – Frankrijk).

<sup>30</sup>. § 13 ZPO; art. 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG – Zwitserland); art. 42 NCPC.

<sup>31</sup>. N. BLACKABY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 180.

<sup>32</sup>. Als voorbeelden van arbitragewetten waarin één of meer bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van arbiters zijn opgenomen gelden o.m. Section 29 van de *English Arbitration Act 1996*, § 594 (4) van de Oostenrijkse *Zivilprozessordnung*, art. 813<sup>ter</sup> van de Italiaanse *Codice di procedura civile* en art. 745 van de Argentijnse *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.

waarom dit zo is, is ongetwijfeld omdat de UNCITRAL Model Law, waarop steeds meer landen zich baseren om hun arbitragewetten te hervormen, hierover niets voorziet. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van deze Model Law bleek immers dat de visies van de verschillende landen hierover te verschillend waren<sup>33</sup>. Indien een *lex arbitri*, eventueel samen met de relevante rechtspraak, een dergelijke bepaling bevat, zal deze op het arbitrercontract van toepassing zijn en de mogelijke aansprakelijkheid van de arbiter al in een bepaalde mate regelen.

Het is echter duidelijk dat er meer regels nodig zijn om de aansprakelijkheid van de arbiter te beoordelen. De vraag stelt zich dus wat het werkelijke op het arbitrercontract toepasselijk recht is. Het wordt verdedigd dat dit het materieel recht van de plaats van arbitrage moet zijn<sup>34</sup>. In dat geval zou de plaats van arbitrage zich zowel via de *lex arbitri*<sup>35</sup> als via het materieel recht op het arbitrercontract laten gelden, wat zorgt dat beiden op elkaar aansluiten. Indien het nationaal recht van elke arbiter in overweging zou worden genomen, zou elke arbiter volgens verschillende standaarden kunnen worden beoordeeld, wat onwenselijk is<sup>36</sup> en tot rechtsonzekerheid aanleiding kan geven<sup>37</sup>.

11. Het zou dus wenselijk zijn dat de aansprakelijkheidsvordering door het recht van de plaats van arbitrage wordt beheerst. Is dit echter wel mogelijk? Om het toepasselijk recht op een overeenkomst te bepalen moet een Europese rechter immers in principe toepassing maken van het EVO<sup>38</sup>

of voor recente overeenkomsten, de Rome I-Verordening<sup>39</sup>. Het EVO sluit uit haar toepassingsgebied evenwel uit: *overeenkomsten tot arbitrage en tot aanwijzing van een bevoegde rechter*. In de rechtsleer bestaat discussie of deze uitsluiting restrictief moet worden uitgelegd of op een wijze waarbij ook het arbitrercontract hieronder valt. Gal<sup>40</sup> wijst erop dat de meerderheid van de auteurs de restrictieve versie voorstaan, vooral gelet op de bewoordingen van het verdrag en de commentaar van het *Giulano-Lagarde Rapport* bij het EVO<sup>41</sup>, en verwerpt de argumentatie van de auteurs, waaronder Clay<sup>42</sup>, die deze uitzondering een brede invulling willen geven. Aangezien deze uitzondering letterlijk werd overgenomen in de Rome I-Verordening, moet er bijzondere aandacht worden gegeven aan de voorbereidende werken hiervan. Het voorstel van de Commissie bevat volgende overweging: “*De voorgestelde wijzigingen hebben ten doel de werkingssfeer van het toekomstige instrument ‘Rome I’ in overeenstemming te brengen met die van de verordening ‘Brussel I’ en rekening te houden met de werkzaamheden van de Raad en het Europees Parlement betreffende het voorstel ‘Rome II’*. In punt e) wordt de uitsluiting van overeenkomsten tot arbitrage en tot aanwijzing van een bevoegde rechter bevestigd; **uit de meeste reacties op het Groenboek blijkt immers dat er voor de eerstbedoelde overeenkomsten reeds een goede internationale regeling bestaat terwijl de kwestie van het op het bevoegdheidsbeding toepasselijk recht op termijn door de verordening “Brussel I” zou moeten worden geregeld**”<sup>43</sup> (eigen benadrukking).

- <sup>33</sup>. P. SANDERS, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 161-165. In het verslag van de secretaris-generaal over wat in de Model Law zou kunnen worden opgenomen staat: “*National laws if they deal with this issue at all tend to apply the same (lenient) standards as adopted for judges. In view of the fact that the liability problem is not widely regulated and remains highly controversial, it may seem doubtful whether the model law could provide a satisfactory solution.*” (MAL, UN DOC A/CN.9/207, nr. 70, te raadplegen op [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).
- <sup>34</sup>. D. KÜHNER, “ICC arbitration in Germany” in K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL en P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 857; M. W. BÜHLER en T. H. WEBSTER, *Handbook of ICC arbitration: commentary, precedents, materials*, London, Sweet & Maxwell, 2008, nrs. 34-22.
- <sup>35</sup>. N. BLACKBAY en C. PARTASIDES met A. REDFERN en M. HUNTER (*Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 184) wijzen erop dat hoewel arbitragewetgeving in bepaalde landen in het Gerechtelijk Wetboek wordt opgenomen, de *lex arbitri* uit veel meer bestaat dan louter procedureregels. Ze verwijzen hierbij naar nationale regels die verhinderen dat een bepaald probleem vatbaar is voor arbitrage, bv. octrooi- of agentuurgeschillen, en tevens naar nationale regels van openbare orde die de oorzaak kunnen zijn van de vernietiging van een arbitrale beslissing.
- <sup>36</sup>. D. KÜHNER, “ICC arbitration in Germany” in K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL en P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 857; S. RIEGLER en M. PLATTE, “Chapter II: The arbitrator – arbitrator’s liability” in C. KLAUSEGGER, P. KLEIN e.a. (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook 2007*, München/Bern/Wenen, C.H. Beck/Stämpfli/Manz, 2007, 112.
- <sup>37</sup>. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN en J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Den Haag, Kluwer, 1999, 559.
- <sup>38</sup>. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ondertekend te Rome op 19 juni 1980.
- <sup>39</sup>. Verordening nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I). Deze verordening is van toepassing op overeenkomsten die vanaf 17 december 2009 zijn gesloten.
- <sup>40</sup>. J. GAL, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 404 e.v. Zie bv. B. VON HOFFMANN, “Der internationale Schiedsrichtervertrag – eine Kollisionsrechtliche Skizze” in X, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1994, 147.
- <sup>41</sup>. M. GIULANO en P. LAGARDE, “Rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst”, *Pb.C.* 1980, 282, 11-12, waarin melding wordt gemaakt van de discussie die met betrekking tot deze uitsluitingsbepaling werd gevoerd. Er werd onder meer benadrukt dat er reeds internationale conventies waren die op arbitrage van toepassing waren.
- <sup>42</sup>. T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 746-748.
- <sup>43</sup>. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), 15 december 2005, Com./2005/0650, 5. Het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité gebruikt gelijkaardige bewoordingen: “*De uitsluiting van overeenkomsten tot arbitrage en tot aanwijzing van een bevoegde rechter (art. 1, 2<sup>de</sup> lid onder e)) stoelt erop dat dit onderdeel van het internationaal burgerlijk procesrecht beter geregeld kan worden in, momenteel ook buiten de Gemeenschap toepasselijke, specifieke akkoorden. Hetzelfde geldt voor kwesties betreffende bewijs en rechtspleging (art. 1, 2<sup>de</sup> lid, onder h)).*”

Aangezien de materie van de arbitercontracten niet door internationale akten wordt geregeld, zou de argumentatie achter de uitsluiting uit het EVO/Rome I niet opgaan en zouden beide instrumenten dus wel degelijk op arbitercontracten van toepassing zijn<sup>44</sup>. Deze redenering kan worden bijgetreden.

Concreet heeft dit als gevolg dat bij gebrek aan rechtskeuze (zie *infra*) het toepasselijk recht dat van de woonplaats van de dienstverlener zal zijn (art. 4, 1, b, Rome I). Om de hoger vermelde redenen zou het evenwel te verkiezen zijn dat het recht van de plaats van arbitrage als toepasselijk recht wordt weerhouden. Dit zou kunnen worden bereikt via artikel 4, 3, Rome I<sup>45</sup> omdat uit alle omstandigheden zou blijken dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land. In een internationale arbitrageprocedure is de woonplaats van de arbiter eigenlijk de minst relevante aanknopingspunt<sup>46</sup>. Alles draait rond de plaats van arbitrage die, in beginsel, door de partijen werd gekozen.

12. Het is niet ondenkbaar dat er in een arbitercontract een keuzebeding met betrekking tot het toepasselijk recht en/of de bevoegde rechtbank zou worden opgenomen<sup>47</sup>, doch dit zou slechts zelden het geval zijn<sup>48</sup>. Normaal zou dit geen probleem mogen opleveren. Het WIPR erkent deze mogelijkheid wat betreft de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter<sup>49</sup>. Wat betreft het toepasselijk recht is een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3 EVO of artikel 3 Rome I bindend. De vrije rechtskeuze moet wel worden gerelativeerd. Het is in beginsel steeds mogelijk om af te wijken van de *lex arbitri*, maar dit gaat niet op wat betreft bepalingen die van dwingend recht of openbare orde zijn<sup>50</sup>. Zo is Section 29 English Arbitration Act 1996, dat het aansprakelijkheidsregime van de arbiter omschrijft, een dwingende bepaling. Indien de plaats van arbitrage dus Londen zou zijn

en partijen Belgisch recht als het op het arbitercontract toepasselijk recht kiezen, zal de genoemde bepaling uit de *lex arbitri* zich toch opdringen. Voor arbiters is het dus interessant indien de *lex arbitri*, of bij uitbreiding het recht van de plaats van arbitrage, hen immuniteit toekent terwijl ze onder hun eigen recht wel aansprakelijk zouden kunnen zijn.

Niet elk land is overigens even bekend met het begrip arbitercontract, zodat de keuze van het toepasselijk recht of de bevoegde rechtbank wat dit betreft risico's met zich meebrengt.

### C. De aansprakelijkheidstheorieën

13. De Belgische rechtspraak<sup>51</sup> en rechtsleer<sup>52</sup> met betrekking tot de aansprakelijkheid van arbiters is erg beperkt. Slechts enkele auteurs hebben doorheen de jaren in meer of mindere mate een eigen visie op dit thema ontwikkeld. Anderen hebben zich, al dan niet volledig, bij een van deze visies aangesloten. Er zijn auteurs die neigen naar een sterk beperkte aansprakelijkheid van de arbiter (en zo de arbiter de facto immuun maken), terwijl anderen een ruimere aansprakelijkheid voorstaan. Dit onderscheid kunnen we ook internationaal waarnemen.

#### 1. Op welke grondslag kan een arbiter aansprakelijk worden gesteld?

14. We schreven reeds dat algemeen wordt aanvaard dat er een contractuele verhouding tussen partijen en arbiter bestaat en dat deze een *sui generis*-karakter heeft. Een arbiter zal dus contractueel aansprakelijk zijn. Op de weinig waarschijnlijke mogelijkheid van buitencontractuele aansprakelijkheid wordt niet verder ingegaan.

44. J. GAL, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 408.

45. Art. 4, 5, EVO bevat een gelijkaardige bepaling.

46. Volgens von Hofmann, die een gelijkaardige redenering maakt onder Duits internationaal privaatrecht, is dit noodzakelijk het geval bij een meerhoofdig arbitraal college omdat er in zulk geval slechts één arbitercontract met één toepasselijk recht is, waardoor het aanknopingspunt van de woonplaats van de arbiter niet kan worden gebruikt (B. VON HOFFMANN, "Der internationale Schiedsrichtervertrag – eine Kollisionsrechtliche Skizze" in X, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1994, 149). Meteen wordt het belang duidelijk van het uitgangspunt of er slechts één arbitercontract bestaat of zoveel als er arbiters zijn (zie *supra*).

47. R. A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München, C.H. Beck, 1999, 49-50.

48. B. VON HOFFMANN, "Der internationale Schiedsrichtervertrag – eine Kollisionsrechtliche Skizze" in X, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1994, 147.

49. Art. 6 en 7 WIPR.

50. J. D. LEW, L. A. MISTELIS en S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 525.

51. Rb. Hasselt 20 oktober 1927, *JL* 1928, 3; Rb. Brussel 13 januari 1950, *JT* 1950, 276; Rb. Luik 28 september 1956, *JT* 1956, 671; Rb. Brussel 30 juni 1980, *onuitgeg.* (weergegeven in G. KEUTGEN en M. HUYS, "Chronique de jurisprudence. Arbitrage (1975 à 1982)", *JT* 1984, 56).

52. L. ULRIX, "La responsabilité civile des arbitres à raison des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission", *Belg.jud.* 1930, 481-487; A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 215-220; S. RAES, "Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden", *RW* 1987-88, 1234-1239; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981; J. LINSMEAU, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge" in *RPDB*, Compl. VII, Brussel, Bruylant, 1990, 44-45; G. HORSMANS, "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev.arb.* 1992, (3) 16-17; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 146-147; G. KEUTGEN, "Propos sur le statut de l'arbitre" in X, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 921-951; R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 210-230; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 485-486; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 285-290; M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in *Les risques du métier. Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2008, 137-138.

## 2. Voor welke fouten kan een arbiter aansprakelijk worden gesteld?

15. Er zijn twee categorieën fouten te onderscheiden, hoewel deze door de auteurs op diverse wijze werden omschreven. Enerzijds zijn er de fouten die betrekking hebben op de arbitrageprocedure op zich, zoals het laten verstrijken van de termijn waarbinnen moet worden beslist ('procedurele fouten') en anderzijds de fouten die betrekking hebben op de inhoud van de arbitrale beslissing, zoals het verkeerd toepassen van het recht ('inhoudelijke fouten').

### (i) Aansprakelijkheid voor procedurele fouten

16. Procedurele fouten zijn alle fouten die een arbiter kan begaan die niet de inhoud van zijn beslissing zelf betreffen. Deze categorie van fouten situeert zich dan ook aan de contractuele kant van het arbitragecontract, terwijl de inhoudelijke fouten eerder aan de jurisdictionele kant zijn te vinden. Als gevolg hiervan is de rechtsleer het er unaniem over eens dat een arbiter voor procedurele fouten aansprakelijk kan worden gesteld<sup>53</sup>. Er bestaat wel discussie wanneer een bepaalde onzorgvuldigheid daadwerkelijk een sanctioneerbare procedurele fout zal uitmaken.

Dat men een arbiter voor procedurele fouten aansprakelijk kan stellen, komt de zorgvuldigheid van arbiters ongetwijfeld ten goede. Ook is het weinig waarschijnlijk dat iemand een aanstelling als arbiter aan zich zal laten voorbijgaan omdat deze mogelijke aansprakelijkheid dreigt. Procedurele fouten betreffen immers de schending van plichten verbonden aan de functie van arbiter en de arbitrageprocedure, die opgenomen zijn in de *lex arbitri* of die met de algemene zorgvuldigheidsnorm overeenstemmen.

17. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen procedurele fouten waarbij een resultaatsverbintenis werd geschonden en deze waarbij slechts een middelenverbintenis werd geschonden.

Dit zal onder meer relevant zijn voor de bewijslast, die voor een benadeelde partij, bij de schending van een resultaatsverbintenis, beduidend lager zal zijn.

Of er al dan niet sprake is van een resultaatsverbintenis heeft in de rechtsleer tot enige discussie aanleiding gegeven.

Volgende fouten kunnen als de schending van een resultaatsverbintenis worden gezien: 1) het laten verstrijken van de termijn zonder uitspraak te doen en zonder dat tijdig een verlenging werd gevraagd<sup>54</sup>, 2) het zich zonder toestemming van de rechter onttrekken aan zijn opdracht eens deze te hebben aanvaard (art. 1689 Ger.W.), 3) het niet ter kennis brengen van de uitspraak aan elke partij en deze geen ondertekend exemplaar toe te zenden (art. 1702, 1°, Ger.W.), 4) het niet neerleggen door de voorzitter van een origineel van de uitspraak ter griffie (art. 1702, 2°, Ger.W.) en 5) het niet naleven van de formaliteiten van artikel 1701 Ger.W. zodat de arbitrale beslissing kan worden vernietigd.

Een twijfelgeval is het niet ter kennis brengen van banden met een partij of andere redenen die gerechtvaardigde twijfels over de onpartijdigheid van de arbiter konden doen ontstaan en die tot wraking aanleiding konden geven (art. 1690 Ger.W.). Er moet m.i. een onderscheid worden gemaakt tussen de kennisgeving zelf, zijnde het geval waarbij banden met een partij of andere te melden redenen aan de arbiter bekend zijn, waarbij er onmiskenbaar een resultaatsverbintenis voorligt, en de plicht tot het instellen van een onderzoek naar het bestaan van deze banden/redenen, wat slechts een middelenverbintenis zal uitmaken<sup>55</sup>.

18. De gemaakte opsomming beoogt geen volledigheid. Wel wordt duidelijk dat enkel die verbintenissen, waarbij op puur feitelijke of formele basis de nakoming ervan kan worden beoordeeld, resultaatsverbintenissen zouden mogen zijn. Van zodra er inhoudelijk moet worden beoordeeld in welke mate de arbiter een verbintenis is nagekomen, zou dit slechts een middelenverbintenis mogen zijn. Hiervoor kunnen we bijvoorbeeld verwijzen naar artikel 1704 Ger.W. waar de beperkte gronden tot nietigverklaring van de arbitrale uitspraak staan opgesomd. Met uitzondering van artikel 1704, 2°, h), handelt het over criteria die niet zwartwit te beantwoorden zijn en daarom beter niet als resultaatsverbintenis voor de arbiter worden aanzien<sup>56</sup>. Op deze wijze zal de bewijslast slechts op de arbiters rusten in de gevallen

<sup>53</sup> S. RAES, "Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden", *RW* 1987-88, 1234-1239; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 286-287; J. LINSMEAU, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge" in *RPDB*, Compl. VII, Brussel, Bruylant, 1990, 44-45; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 146-147; R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 214; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 485-486; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 286-287.

<sup>54</sup> Voor een toepassing, zie Rb. Brussel 13 januari 1950, *Pas.* 1950, III, p. 21 (geen aansprakelijkheid want de omstandigheid dat de arbiter niet tijdig kon beslissen was door de partijen veroorzaakt) en Rb. Luik 28 september 1956, *JT* 1956, 671.

<sup>55</sup> Zie ook art. I, (7), (c), van de IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: "An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may cause his or her impartiality or independence to be questioned. Failure to disclose a potential conflict is not excused by lack of knowledge if the arbitrator makes no reasonable attempt to investigate." (Te raadplegen op [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)).

<sup>56</sup> Anders: S. RAES, "Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden", *RW* 1987-88, (1126) 1236 die het vermijden van alle vernietigingsgronden vermeld in art. 1702, 2°, als resultaatsverbintenis ziet. R.-O. Dalcq en A. Van Oevelen ("La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 213, zien het vermijden van de vernietigingsgronden in art. 1702, 2°, b), d), f) en h), als resultaatsverbintenissen en de overige gronden slechts als middelenverbintenissen.



waar een eenvoudige feitelijke of vormelijke beoordeling dient te worden gemaakt.

19. Ter illustratie van de sanctionering van een procedurele fout van een arbiter kan naar een arrest van het Finse Hoogerechtshof van 31 januari 2005 worden verwezen<sup>57</sup>. Daarin werd professor T., voorzitter van het arbitraal college, aansprakelijk bevonden. Na het tussenkomen van de arbitrale uitspraak kwam de verliezende partij namelijk te weten dat professor T. zowel vóór als tijdens de arbitrale procedure aan de winnende partij en aan daarmee verbonden vennootschappen juridische adviezen had verstrekt, zonder dat hij dit aan de partijen ter kennis had gebracht. Het Hoogerechtshof oordeelde dat de adviezen die de professor tijdens de arbitrageprocedure (voor een bedrag van 38.010,47 EUR) aan de moederbedrijven van de winnende partij had gegeven niet door de beugel konden. Aldus werd professor T. tot de betaling van schadevergoeding veroordeeld<sup>58</sup>.

20. Ook in Frankrijk hebben zich recent enkele toepassingen voorgedaan. In een arrest van 6 december 2005 werden arbiters die de hun toegewezen termijn hadden laten verstrijken zonder een arbitrale beslissing te nemen en zonder een verlenging van de termijn te vragen, wegens de niet-nakoming van een resultaatsverbintenis, aansprakelijk gesteld<sup>59</sup>. Hiermee kwam een discussie in de rechtsleer ten einde. Zo had onder meer Fouchard<sup>60</sup> geargumenteed dat de naleving van de termijn door de arbiters een resultaatsverbintenis betrof, terwijl het voor Clay<sup>61</sup> om een middelenverbintenis ging.

In een arrest van het hof van beroep te Parijs van 6 november 2008 stond tevens de vraag naar eventuele aansprakelijkheid van de arbiters wegens overschrijding van de termijn centraal<sup>62</sup>. De aangestelde arbiters waren van hun taken ontheven geworden omdat ze de procedure niet zouden hebben bespoedigd. Vervolgens werden de aan hen betaalde erelonen teruggevorderd. Er was discussie over de bevoegdheden die de partijen aan de arbiters hadden toegekend. Volgens het hof stond het vast dat het de arbiters waren die, bij gebrek aan tussen de partijen overeengekomen termijnen, eigenhan-

dig de procedurekalender mochten bepalen. Aldus waren de arbiters nog steeds in functie op het ogenblik dat ze van hun functie werden ontheven. Ook kon hen geen gebrek aan bespoediging van de procedure worden verweten, gelet op de vele incidenten die door de partijen waren veroorzaakt. Aldus werden de arbiters niet aansprakelijk bevonden.

Dit arrest werd in de Franse rechtsleer op sterk uiteenlopende commentaren onthaald. Zo verwerpt Clay het arrest in sterke bewoordingen<sup>63</sup>, terwijl Leboulanger het een evenwichtig en realistisch arrest vindt<sup>64</sup>.

### (ii) Aansprakelijkheid voor inhoudelijke fouten

21. Sommige auteurs zien geen reden om aan arbiters voor de inhoud van hun uitspraak immuniteit toe te kennen en onderwerpen ook het inhoudelijke werk van de arbiters aan rechterlijke toetsing<sup>65</sup>.

Over de standaard aan dewelke moet worden getoetst zijn deze auteurs het evenwel niet eens. Dalcq en Van Oevelen verwijzen naar de aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor ambtsfouten van magistraten waarvoor het gemeenschappelijk foutbegrip als maatstaf wordt gebruikt en zien geen reden dit ook niet voor arbiters te gebruiken. Volgens hen “moet worden nagegaan of de aangesproken arbiters bij hun uitspraak hebben gehandeld op de wijze die mag worden verwacht van normaal zorgvuldige en omzichtige arbiters, geplaatt in dezelfde concrete omstandigheden van dat ogenblik”<sup>66</sup>.

Volgens Raes rust op de arbiter een inspanningsverbintenis en “een fout in de uitspraak kan hem dus enkel verweten worden door aan te tonen dat een normaal redelijk en omzichtig scheidsman, geplaatt in dezelfde externe omstandigheden, niet tot dezelfde feitelijke beoordeling of rechtstoepassing zou zijn gekomen”. Deze maatstaf is dus quasi-identiek aan die van Dalcq en Van Oevelen.

de Leval blijkt een strengere maatstaf voor te staan nu hij schrijft: “*l’erreur dans l’interprétation ou l’application d’une norme n’est fautive que si elle consiste en un comportement qui s’analyse en une erreur de conduite devant être*

57. Korkein Oikeus 31 januari 2005, KKO 2005:14, raadpleegbaar op [www.kko.fi](http://www.kko.fi). De auteur baseerde zich op de bespreking van deze uitspraak door G. MÖLLER, “The Finnish Supreme Court and the liability of arbitrators”, *J.Int.Arb.* 2006, 95-99.

58. G. Möller wijst erop dat het Hof niet heeft erkend dat er een contractuele relatie, in de zin van een ‘Schiedsrichtervertrag’ tussen arbiters en partijen bestaat, maar slechts een relatie ‘gelijkaardig’ met een contractuele relatie (G. MÖLLER, “The Finnish Supreme Court and the liability of arbitrators”, *J.Int.Arb.* 2006, (95) 98).

59. Voor een volledige bespreking, zie Cass. fr. 6 december 2005, *Rev.Arb.* 2006, 126, noot C. JAROSSON.

60. P. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Parijs, Litec, 1996, nr. 1149.

61. T. CLAY, *L’arbitre*, Parijs, Dalloz, 2001, 709.

62. Voor een volledige bespreking, zie Cass. fr. 6 november 2008, *Rev.Arb.* 2009, 376, noot P. LÉBOULANGER.

63. T. CLAY, “Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges novembre 2007 – décembre 2008”, *Rec.Dalloz* 2008, (3111) 3115-3116. Tevens kritisch, vooral wat betreft het gebrek aan ‘diligence’: D. MAINGUY, noot onder hof van beroep Parijs 6 november 2008, *Rec.Dalloz* 2009, 542.

64. P. LÉBOULANGER, noot onder hof van beroep Parijs 6 november 2008, *Rev.Arb.* 2009, 382.

65. A. BERNARD, *L’arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 217-218; S. RAES, “Aansprakelijkheid van deskundigen en arbiters”, *RW* 1987-88, (1226) 1237-1238; R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, “La responsabilité de l’arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter” in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 219; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 485.

66. R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, “La responsabilité de l’arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter” in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 219.

*appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions*" (eigen benadrukking)<sup>67</sup>.

Bernard, die zijn bijdrage lang vóór het *Anca*-arrest van het Hof van Cassatie schreef, stelt dat de aansprakelijkheid van de arbiters en de omvang hiervan "*doivent s'apprécier suivant les principes généraux du droit, en tenant compte de la nature juridique particulière et complexe de la fonction d'arbitre*"<sup>68</sup>.

22. Andere auteurs zijn van mening dat inhoudelijke fouten in geen geval kunnen worden gesanctioneerd, behoudens in geval van opzet, bedrog of een zware fout die met bedrog kan worden gelijkgesteld<sup>69</sup>. Er worden diverse argumenten voor deze zienswijze genoemd.

Vooreerst is het zo dat wie verkiest om op arbitrage een beroep te doen een specifieke wijze van geschillenoplossing uitkiest en hiervan de gevolgen moet dragen, bijvoorbeeld wat betreft de keuze van de arbiters, waarvan de partijen hopen dat deze kundig zijn. Indien een verkeerde toepassing van het recht door de arbiter zou kunnen worden gesanctioneerd, zou dit bovendien het enige aanlegkarakter van arbitrage omzeilen<sup>70</sup>. De rechter die over de aansprakelijkheidsvordering tegen de arbiter zal moeten oordelen, zal immers zelf de door de arbiter gedane toepassing van het recht op de feiten overdoen. Dit zou in bepaalde gevallen tot het bestaan van moeilijk te verzoenen uitspraken kunnen leiden: een geldige arbitrale beslissing waarbij partij A recht heeft op schadevergoeding van partij B (want de rechter kan slechts in beperkte gevallen vernietigen) en een rechterlijke uitspraak waarbij de arbiter wordt veroordeeld om schadevergoeding aan partij B te betalen. Een verliezende partij zou op deze manier zelfs aangemoedigd worden om een arbiter aansprakelijk te stellen. Dit is duidelijk onwenselijk. Ook bestaat de kans dat een arbiter wordt afgeschrikt om opdrachten te aanvaarden, indien hij weet dat hij ook voor een verkeerde toepassing van het recht (wat in internationale arbitrages niet noodzakelijk het eigen vertrouwde recht van de arbiter hoeft te zijn) aansprakelijkheid kan oplopen<sup>71</sup>.

De tweede zienswijze sluit meer aan bij de realiteit van arbitrage en verdient dus de voorkeur.

### 3. De invloed van arbitragereglementen

23. Zoals reeds aangegeven is het mogelijk dat in een arbitracontract een keuzebeding voor toepasselijk recht en/of de

bevoegde rechtbank zou worden opgenomen. Wat echter meer voor de hand ligt is dat arbitragereglementen de mogelijke graad van aansprakelijkheid gaan beïnvloeden. Wanneer partijen beslissen om hun geschil via institutionele arbitrage te laten beslechten, aanvaarden zij ook, veelal zonder wijzigingen, het reglement dat de gekozen arbitrage-instelling heeft opgesteld. Wanneer een arbiter door de partijen of door de arbitrage-instelling vervolgens wordt aangesteld, zal deze het reglement moeten volgen of zijn opdracht moeten weigeren. Aldus is het reglement een belangrijk instrument dat de principiële vrijheid van de partijen zal beknotten en bepaalde regels voor het verloop van de arbitrale procedure zal voorschrijven. Heeft de keuze van dit reglement ook gevolgen voor de mogelijke aansprakelijkheid van de arbiter?

Een aantal arbitragereglementen bevatten een bepaling die de aansprakelijkheid van de arbiters, en tevens van de arbitrage-instelling en diens medewerkers, beperkt of uitsluit. Sommige reglementen sluiten de aansprakelijkheid volledig uit:

- artikel 34 van het ICC-reglement: "*Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.*"<sup>72</sup>;
- artikel 8 van het VIAC-reglement: "*Die Haftung der Schiedsrichter, des Generalsekretärs, des Präsidiums und seiner Mitglieder und der Wirtschaftskammer Österreich und ihrer Beschäftigten für jedwede Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren ist, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen.*"<sup>73</sup>;
- artikel 66 van het NAI-reglement: "*Het NAI, zijn bestuursleden en personeelsleden, de arbiter en diens eventuele secretaris en eventuele andere door (een van) hen in de zaak betrokken personen zijn noch contractueel noch buitencontractueel aansprakelijk voor eventuele schade door eigen of andermans handelen of nalaten of door gebruik van hulpzaken in of rond een arbitrage, een en ander tenzij en voor zover dwingend Nederlands recht aan exoneratie in de weg zou staan. Het NAI, zijn bestuursleden en personeelsleden zijn niet aansprakelijk voor de betaling van enig bedrag dat niet door het depot is gedekt.*"<sup>74</sup>.

Andere reglementen brengen beperkingen op de principiële exoneratie aan:

67. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 485.

68. A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 218.

69. J. LINSMEAU, "L'arbitrage volontaire en droit privé belge" in *RPDB*, Compl. VII, Brussel, Bruylant, 1990, 45; P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 146; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 287.

70. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 286.

71. P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 146.

72. Te raadplegen op [www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules\\_arb\\_english.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf).

73. Te raadplegen op [www.wk.or.at/arbitration](http://www.wk.or.at/arbitration).

74. Te raadplegen op [www.nai-nl.org](http://www.nai-nl.org).

- artikel 48 van het SCC-reglement: “Neither the SCC nor the arbitrator(s) are liable to any party for any act or omission in connection with the arbitration unless such act or omission constitutes wilful misconduct or gross negligence.”<sup>75</sup>;
- artikel 31.1 van het LCIA-reglement: “None of the LCIA, the LCIA Court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party.”<sup>76</sup>;
- artikel 44 van het DIS-reglement: “44.1. Die Haftung des Schiedsrichters für seine Entscheidungstätigkeit ist ausgeschlossen, soweit er nicht eine vorsätzliche Pflichtverletzung begeht.  
44.2. Für jede andere Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit einem schiedsrichterlichen Verfahren ist eine Haftung der Schiedsrichter, der DIS, ihrer Organe und ihrer Mitarbeiter ausgeschlossen, soweit sie nicht eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung begehen.”<sup>77</sup>;
- artikel 35 van het ICDR-reglement: “The members of the tribunal and the administrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these Rules, except that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing.”<sup>78</sup>.

24. Bovenstaand lijstje is zeker niet volledig. De meeste arbitrage-instellingen hebben tegenwoordig een exoneratiebepaling in hun arbitragereglement(en) opgenomen<sup>79</sup>. Het CEPINA-reglement is hierop een uitzondering. Het is evenwel niet mogelijk om *in abstracto* te zeggen of dergelijke

bepalingen geldig zijn of niet. Een ICC-arbitrage vindt immers niet noodzakelijkerwijze in Parijs plaats en een SCC-arbitrage niet in Stockholm. Partijen zijn vrij om de plaats van arbitrage te kiezen, ook bij een institutionele arbitrage. Het zal dus het op het arbitrercontract toepasselijk recht zijn dat de geldigheid van de exoneratiebepaling zal bepalen<sup>80</sup>. Zoals boven werd uiteengezet zal dit, behoudens rechtskeuze, de eventueel toepasselijke regels van de *lex arbitri*, evenals het materieel recht van de plaats van arbitrage, zijn.

Een volledige exoneratie zoals in het ICC, NAI of VIAC-reglement zal voor de meeste rechtsordes een stap te ver zijn. Het is immers niet algemeen aanvaard dat men zich geldig voor zijn zware en/of opzettelijke fouten kan exonereren<sup>81</sup>. Zo kan men zich in België inderdaad niet exonereren voor eigen opzettelijke fout<sup>82</sup>. Deze arbitrage-instellingen zijn zich hiervan evenwel bewust. Zo maken Derains en Schwarz melding van een verslag van de ICC-Commission met betrekking tot de besprekingen voor de aanpassingen aan het reglement in 1998: “In most national laws, total exclusion of liability by such a contractual approach would be ineffective if the arbitrator was accused of certain particularly serious faults (deliberate or inexcusable wrongful acts or omissions). Indeed, they state that clauses restricting or excluding liability may not be invoked as a defence to such wrongful acts or omissions. Yet, in the national laws which do not allow the arbitrator absolute immunity, the only wrongful acts or omissions for which the arbitrator is liable to incur liability are acts of this kind.”<sup>83</sup>.

Mogelijke strijdigheid met dwingende rechtsregels was voor het DIS de reden om hun exoneratiebepaling niet alomvattend te maken<sup>84</sup>. Van der Bend, Leijten en Ynzonides wijzen er in hun commentaar op het NAI-reglement overigens terecht op dat het risico bestaat dat onder het toepasselijk recht de exoneratiebepaling niet zo ruim als toegelaten zal worden geïnterpreteerd, maar gewoonweg ongeldig zal worden verklaard<sup>85</sup>. Dit heeft dan als gevolg dat de gemene aan-

75. Te raadplegen op [www.sccinstitute.com](http://www.sccinstitute.com).

76. Te raadplegen op [www.lcia.org](http://www.lcia.org).

77. Te raadplegen op [www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de).

78. Te raadplegen op [www.adr.org/icdr](http://www.adr.org/icdr).

79. C. SÖDERLUND, “The parties’ contract with the arbitration institution” in K. HOBÉR, A. MAGNUSSON en M. ÖHRSTRÖM (eds.), *Between east and west: Essays in honour of Ulf Franke*, New York, Juris Publishing, 2010, 493.

80. J.D. LEW, L.A. MISTELIS en S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 291; F.T. SCHWARZ en C.W. KONRAD, *The Vienna Rules: a commentary on international arbitration in Austria*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 187; G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 1661.

81. Zie de verwijzingen bij O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen anno 2010 in nationale en internationale overeenkomsten” in S. STUNS, I. SAMOY en A. DE BOECK, *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 56, Brugge, die Keure, 2010, 88-89.

82. W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 181; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13; P. WÉRY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 662; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1657.

83. Y. DERAIS en E. SCHWARZ, *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 382, verwijzende naar de “Principes élémentaires d’un statut de l’arbitre international” (zie voetnoot 8).

84. J. BREDOW en I. MULDER, “Section 44 – Exclusion of liability” in K.-H. BÖCKSTIEGEL, S.M. KRÖLL en P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 805.

85. B. VAN DER BEND, M. LEIJTEN en M. YNZONIDES (eds.), *A guide to the NAI Arbitration rules including a commentary on Dutch arbitration law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 269.

sprakelijkheidsregeling van arbiters (behoudens andersluidende bepalingen in het arbitragecontract) terug volledig van toepassing zal zijn. Volgens de Nederlandse auteurs zou dergelijke ruime exoneratiebepaling in elk geval nuttig zijn om partijen af te schrikken een aansprakelijkheidsvordering in te stellen<sup>86</sup>. Het is allicht twijfelachtig of een door een kundig raadsman bijgestane partij zich zou laten 'afschrikken' door dergelijke bepaling. Het al dan niet inleiden van een aansprakelijkheidsvordering tegen een arbiter zal eerder op opportuniteitsredenen worden gegrond.

#### 4. Zijn de arbiters gezamenlijk aansprakelijk?

25. Indien een arbitraal college uit meerdere arbiters bestaat, stelt zich de vraag of deze arbiters gezamenlijk aansprakelijk zijn voor fouten in de uitoefening van hun functie. De Belgische rechtsleer lijkt hierover een vrij eensgezind standpunt te hebben ingenomen. Zo argumenteren Dalcq en Van Oevelen dat wegens het collegiaal karakter van de handelingen en beslissingen van een arbitraal college, alle leden van dat college hiervoor gezamenlijk instaan. De fout van één van hen zou ook aan de anderen worden toegerekend en bijgevolg zouden zij op basis van het gemeen recht *in solidum* aansprakelijk zijn tegenover de schadelijgende partij<sup>87</sup>. De Franstalige versie van hun bijdrage spreekt echter over *solidairement*<sup>88</sup> zodat niet duidelijk is wat nu hun standpunt is. Voor fouten begaan in de inhoud van de beslissing zou hetzelfde gelden wegens het geheime karakter van de beraadslaging.

Keutgen en Dal sluiten zich bij (de Franstalige versie van) bovengenoemde bijdrage aan en benadrukken dat zelfs indien de arbiters onderling een taakverdeling zouden afspreken, de verantwoordelijkheid wegens het collegiaal karakter van het arbitrale college en wegens het geheim van de beraadslaging toch elke arbiter aansprakelijk maakt<sup>89</sup>. De Leval stelt beknopt dat de arbiters *collectivement* aansprakelijk zijn wegens het collegiale karakter van de arbitrale opdracht<sup>90</sup>.

Dat arbiters gezamenlijk aansprakelijk kunnen zijn, lijkt juist. Toch zijn bovengenoemde stellingen onvoldoende genuanceerd aangezien ze geen onderscheid maken tussen

de individuele plichten van een arbiter en de collectieve plichten als lid van een arbitraal college. Tevens moet worden nagegaan of er bij gezamenlijke aansprakelijkheid nu sprake is van hoofdelijke of *in solidum* gehoudenheid.

26. Arbiters hebben verschillende taken te vervullen die al dan niet hun aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen. Er zijn zowel de plichten die op elke arbiter afzonderlijk rusten, de individuele plichten, als de plichten die op het arbitrale college als geheel rusten, de collectieve plichten. De individuele plichten van de arbiter zijn onder meer de volgende:

- de plicht om zijn opdracht verder te zetten en zich hieraan slechts te onttrekken indien daartoe verlof te hebben gekregen van de rechtbank van eerste aanleg (art. 1689 Ger.W.);
- de plicht om alle omstandigheden die gerechtvaardigde twijfels over hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid doen ontstaan, aan de partijen te melden (art. 1690 Ger.W.);
- de plicht voor de voorzitter om de uitspraak aan de partijen ter kennis te brengen en het origineel ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg neer te leggen (art. 1702, 1° en 2°, Ger.W.);
- de plicht om zich niet schuldig te maken aan omkoping (art. 249 Sw.).

Het is logisch dat de schending van deze plichten door één arbiter de aansprakelijkheid van de andere arbiters niet in het gedrang kan brengen. Vooreerst zal een dergelijke schending aan de medearbiters in veel gevallen onbekend zijn. Zo kan arbiter A niet geacht worden te weten dat arbiter B een jaar tevoren partij X nog in een juridisch geschil heeft bijgestaan<sup>91</sup>, of dat arbiter C regelmatig met de raadsman van partij Y de lakens deelt<sup>92</sup>. Indien de contractuele fout van arbiter B of C de aansprakelijkheid van arbiter A in het gedrang zou kunnen brengen, zou het aanvaarden van een aanstelling als arbiter in een meerhoofdig college neerkomen op een vorm van risicoaansprakelijkheid. Dit kan niet de bedoeling zijn.

Er is daarnaast nog een andere soort individuele plichten waarvan de gebeurlijke schending wél aan de andere arbiters

<sup>86</sup>. Zie voetnoot 85. In dezelfde zin reeds: W.L. CRAIG, W.W. PARK en J. PAULSSON, *Annotated guide to the 1998 arbitration rules*, Parijs, Oceana Publishing/ICC Publishing, 1998, 183.

<sup>87</sup>. R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 221.

<sup>88</sup>. R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 202.

<sup>89</sup>. G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 288.

<sup>90</sup>. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 486.

<sup>91</sup>. Zie art. II, 3.1.1, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: "The arbitrator has within the past three years served as counsel for one of the parties or an affiliate of one of the parties or has previously advised or been consulted by the party or an affiliate of the party making the appointment in an unrelated matter, but the arbitrator and the party or the affiliate have no ongoing relationship." Deze feiten behoren tot de 'orange list' van aan de partijen te melden feiten.

<sup>92</sup>. Zie art. II, 3.3.6, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: "A close personal friendship exists between an arbitrator and a counsel of one party, as demonstrated by the fact that the arbitrator and the counsel regularly spend considerable time together unrelated to professional work commitments or the activities of professional associations or social organizations." Dergelijke relatie staat eveneens op de 'orange list' van aan de partijen te melden feiten.

bekend zal zijn: de plicht voor elke arbiter om grondig te werk te gaan, deel te nemen aan de beraadslagingen (art. 1701, 1°, Ger.W.) en aanverwante plichten met betrekking tot het totstandkomen van de beslissing zelf. Dergelijke individuele plichten maken deel uit van de collectieve plichten die op de arbiters samen berusten. Mede gelet op het in de genoemde rechtsleer aangehaalde geheim van de delibératie, zal in dergelijk geval er allicht van een gezamenlijke aansprakelijkheid sprake zijn. Wanneer arbiters zien dat hun medearbiter zich totaal niet inspant om de gezamenlijke taken te vervullen, moeten deze arbiters óf beslissen om toch te proberen tot een beslissing te komen en daarbij het risico te nemen dat hun college aansprakelijk wordt gesteld, of, teneinde aan hun eigen aansprakelijkheid te ontsnappen, naar de rechtbank te stappen en ontslag te vragen van hun taak als arbiter (art. 1689 Ger.W.).

**27.** De hoofdmoot van de op de arbiters rustende plichten zullen de collectieve plichten zijn, met name het voeren van de arbitrale procedure en het komen tot een beslissing. Zal de schending van deze collectieve plichten nu leiden tot hoofdelijke of *in solidum* aansprakelijkheid?

Bij hoofdelijkheid, meer bepaald passieve hoofdelijkheid, zijn verschillende schuldenaars dezelfde prestatie verschuldigd aan de schuldeiser die, naar vrije keuze, één der schuldenaars mag aanspreken tot betaling van de gehele schuld<sup>93</sup>. Hoofdelijkheid kan bestaan op basis van de wet, een overeenkomst, het gewoonterecht of een algemeen rechtsbeginsel. Vooral dit algemeen rechtsbeginsel dat hoofdelijkheid bestaat telkens een bepaalde schade wordt veroorzaakt door een gemeenschappelijke fout van een pluraliteit van daders, zal relevant zijn. Er is sprake van hoofdelijkheid tussen de schuldenaars wanneer een bepaalde schade door een gemeenschappelijke fout van meerdere daders wordt veroorzaakt. Hierbij wordt vereist dat de verschillende daders wetens en willens aan het schadeverwekkend feit hebben samengewerkt.

Wanneer schuldenaars *in solidum* tot een bepaalde schuld zijn gehouden, betekent dit dat verschillende daders samenlopende fouten hebben begaan die één enkele schade hebben veroorzaakt. Zonder de fout van elkeen, zou de schade zich niet op die wijze hebben voorgedaan<sup>94</sup> en daarom is elk aansprakelijk voor het geheel van de schade<sup>95</sup>.

Beide soorten van collectieve aansprakelijkheid lijken in de context van een arbitrageprocedure mogelijk te zijn. Het zal bijgevolg een feitenkwestie zijn om te bepalen of arbiters hoofdelijk of *in solidum* aansprakelijk zijn. Wanneer de drie arbiters tijdens diverse hoorzittingen duidelijk de rechten van verdediging van een partij hebben geschonden (bv. door deze bijna niet aan het woord te laten), dan zullen deze arbi-

ters hoofdelijk aansprakelijk zijn aangezien zij een gemeenschappelijke fout hebben begaan.

**28.** Hoewel de schending van individuele plichten in beginsel enkel de eigen aansprakelijkheid van de arbiter tot gevolg zal hebben, is het nochtans denkbaar dat dit in bepaalde feitelijke omstandigheden ook tot een *in solidum* aansprakelijkheid zou leiden. Stel dat een arbiter een bepaalde relatie heeft met een partij en dit niet aan de andere partijen, maar wel – van bij diens aanstelling – aan zijn medearbiters meldt. De medearbiters oordelen dat de relatie geen probleem vormt voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter. Zij houden deze beoordeling echter voor zich. Na de arbitrale uitspraak heeft de ene partij dan toch achterhaald dat deze ene arbiter een band heeft met de andere partij. De arbiters verklaren collectief dat zij hiervan wisten maar dat zij meenden dat dit geen probleem vormde. De rechtbank van eerste aanleg verklaart de arbitrale beslissing echter toch nietig onder de motivering dat de relatie in elk geval had moeten worden gemeld aan de andere partij. In dit geval lijkt er sprake van samenlopende fouten. De ene arbiter heeft zijn individuele meldingsplicht geschonden, de andere arbiters hebben beslist om ook niets aan de partijen te melden en het risico te nemen om de procedure verder te zetten. Hadden de twee overige arbiters hun fout niet gemaakt en het feit aan de partijen ter kennis gebracht, dan had de schade zich niet in dezelfde mate voorgedaan. Hun collega-arbiter was dan mogelijk vervangen geworden, maar in de aanvangsfase van de procedure. Door te beslissen om de procedure verder te zetten, hebben zij er mee toe bijgedragen dat de hele procedure uiteindelijk een maat voor niets werd.

### ***5. Moet de arbitrale beslissing eerst worden nietig verklaard?***

**29.** In de gevallen waar de fout van de arbiter tot de nietigverklaring van de arbitrale beslissing heeft geleid, stelt zich de vraag of de gegriefde partij vooraleer zich tot de arbiter te wenden, eerst moet verzoeken om de arbitrale beslissing nietig te laten verklaren. De wet stelt dergelijk vereiste alvast niet. Er zijn nochtans goede redenen om de aansprakelijkheid van een arbiter te laten samenvallen met de nietigverklaring van de arbitrale beslissing. Zo zal de aansprakelijkheidsprocedure niet worden misbruikt als een tweede poging tot verhaal indien de vordering tot nietigverklaring van de arbitrale beslissing mislukt. Ook zal het risico op moeilijk verzoenbare uitspraken worden verminderd. Bovenal zal dit vereiste een ‘filter’ vormen voor aansprakelijkheidsvorderingen tegen arbiters, zodat enkel de meest ernstige fouten zouden kunnen worden gesanctioneerd.

<sup>93</sup>. S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht 2*, Brugge, die Keure, 2009, 36.

<sup>94</sup>. S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht 2*, Brugge, die Keure, 2009, 48.

<sup>95</sup>. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1797.

30. Dalcq en Van Oevelen<sup>96</sup> trekken een parallel met de aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van een magistraat, waarbij wordt vereist dat de bestreden beslissing bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak moet zijn ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen. Deze auteurs verdedigen daarom de stelling dat de in het ongelijk gestelde partij eerst de ter beschikking staande rechtsmiddelen, zoals een eventueel hoger beroep<sup>97</sup>, een beroep tot nietigverklaring of een verzet<sup>98</sup> moet instellen. Zij beperken dit vereiste evenwel tot de gevallen waar dit rechtsmiddel een zogenaamde schadeherstellende functie heeft. Indien zij hiermee bedoelen dat er enkel geen beroep tot nietigverklaring moet worden ingesteld indien er geen arbitrale beslissing is geveld omdat de arbiters bijvoorbeeld hun termijn hebben laten verstrijken, of, indien een arbiter niet voldaan heeft aan zijn disclosureplicht en hij in een gevorderd stadium (maar voor de einduitspraak) wordt gewraakt, sluiten we ons hierbij aan.

Dit zou dan als gevolg hebben dat indien een partij de termijn om de vordering tot nietigverklaring in te stellen<sup>99</sup> laat verstrijken, deze partij ook geen aansprakelijkheids-

vordering meer kan instellen.

31. Raes meent dat een aansprakelijkheidsvordering toch nog succesvol kan worden ingesteld hoewel de vordering tot nietigverklaring als ongegrond is afgewezen. Het gezag van gewijsde van de afgewezen vordering tot nietigverklaring zou zich niet tegen de aansprakelijkheidsvordering verzetten omdat deze laatste een ander voorwerp en een andere oorzaak heeft en bovendien het te beslissen geschilpunt verschillend is<sup>100</sup>. Theoretisch is hiervoor allicht iets te zeggen. Als we echter aannemen dat arbiters slechts voor zware fouten aansprakelijk kunnen worden gesteld (Raes gaat hier evenwel niet van uit; zie *supra*), lijkt het weinig waarschijnlijk dat zou worden geoordeeld dat deze fout niet ernstig genoeg was om de arbitrale beslissing nietig te verklaren, maar nadien wel ernstig genoeg zou zijn om de arbiter aansprakelijk te stellen.

32. In Oostenrijk is het vaste rechtspraak van het Oberster Gerichtshof dat een aansprakelijkheidsvordering tegen een arbiter slechts na een succesvolle vordering tot nietigverklaring kan worden ingesteld<sup>101</sup>.

### III. CONCLUSIE

33. Gelet op de talrijke arbitrageprocedures die elk jaar worden gevoerd en waarbij vaak grote bedragen in het spel zijn, zou men verwachten dat de aansprakelijkheid van arbiters het voorwerp van een uitvoerige rechtspraak en rechtsleer zou zijn.

Dit blijkt evenwel niet het geval te zijn; zeker niet in België, maar ook internationaal komt dit onderwerp eerder schaars aan bod. Aansprakelijkheid van arbiters om die reden een non-issue noemen dat enkel academisch interessant is, lijkt me echter te ver te gaan. Zowel de mannen en vrouwen die dagelijks een functie als arbiter opnemen, als de partijen die deze arbiters aanduiden, zijn gediend om met een bepaalde zekerheid te kunnen inschatten in welke mate arbiters aansprakelijk kunnen worden gesteld voor fouten begaan in hun opdracht.

34. Dat arbiters naar Belgisch recht niet absoluut immuun zijn, lijkt vast te staan. Arbiters zouden immers in elk geval verantwoordelijkheid verschuldigd zijn voor eventuele procedurele fouten. Hiervoor zal er aan een zorgvuldigheidsnorm worden getoetst, bij voorkeur die van de gemiddelde zorg-

vuldige arbiter. Dit lijkt te beantwoorden aan de verwachtingen van zowel partijen als arbiters.

Of arbiters ook voor inhoudelijke fouten verantwoording verschuldigd zijn, kreeg tot op heden geen eenduidig antwoord. Het is nochtans te verkiezen dat arbiters voor de inhoud van hun uitspraak niet aansprakelijk kunnen worden gesteld<sup>102</sup>. Dit betreft immers de kern van hun jurisdictionele taak die hen werd toegewezen. Arbiters moeten die in alle onafhankelijkheid en sereniteit kunnen uitvoeren. Als aan arbiters een principiële immuniteit wordt toegekend, lopen zij niet het risico om zich om de haverklap voor een rechter te moeten verdedigen omdat de verliezende partij vindt dat de arbiter vonnis X of rechtsleer Y in aanmerking had moeten nemen bij het nemen van zijn beslissing. De aansprakelijkheidsprocedure zou in zulk geval als een soort tweede aanleg kunnen worden misbruikt.

Bovenal sluit een principiële immuniteit voor inhoudelijke fouten aan bij wat in andere landen, zoals Frankrijk of Duitsland, de heersende leer is. Waar arbitrage bij uitstek een domein is waarin landen bij elkaar inspiratie zoeken ter

<sup>96</sup> R.-O. DALCQ en A. VAN OEVELEN, "La responsabilité de l'arbitre – De aansprakelijkheid van de arbiter" in G.-A. DAL (ed.), *Macht en onmacht van de arbiter*, Brussel, Bruylant, 2003, 221.

<sup>97</sup> Art. 1703, 2<sup>de</sup> lid, Ger.W.

<sup>98</sup> Art. 1712 Ger.W.

<sup>99</sup> Art. 1707 Ger.W.

<sup>100</sup> S. RAES, "Aansprakelijkheid van deskundigen en scheidslieden", *RW* 1987-88, 1237.

<sup>101</sup> OGH 6 juni 2005, 9Ob126/04a, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at); OGH 28 februari 2008, 8Ob4/08h, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

<sup>102</sup> Behoudens opzet, bedrog of zware fout die met bedrog kan worden gelijkgesteld.

interpretatie of aanpassing van hun regels en waar er bovendien belangrijke internationale instrumenten zoals de New York Convention<sup>103</sup>, de UNCITRAL Model Law<sup>104</sup>, de UNCITRAL Arbitration Rules<sup>105</sup> en de IBA Rules on the

Taking of Evidence in International Arbitration<sup>106</sup> bestaan, zou België zijn positie als arbitrageland in het gedrang brengen door arbiters ook voor de inhoud van hun arbitrale beslissing aan aansprakelijkheid bloot te stellen.

---

<sup>103</sup>. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – ‘New York’ Convention, UNCITRAL, 1958, te raadplegen op [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>104</sup>. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UNCITRAL, 1985 (update in 2006), te raadplegen op [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>105</sup>. UNCITRAL Arbitration Rules, UNCITRAL, 1976, te raadplegen op [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>106</sup>. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, IBA, 2010, te raadplegen op [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).