

# Deskundigheid achter de groene tafel: wat mag een arbiter of bindend adviseur in een procedure met eigen wetenschap?

Pauline Ernste\*

## 1. Inleiding

Arbitrage en bindend advies zijn vormen van private geschillenbeslechting waarbij partijen overeen zijn gekomen dat zij een bestaand geschil voorleggen aan arbiters of bindend adviseurs die een bindende uitspraak doen. Daarnaast kunnen partijen zijn overeengekomen dat arbiters of bindend adviseurs door middel van een bindende uitspraak een bestaande overeenkomst wijzigen of aanvullen, de inhoud van een prestatie bepalen of de hoedanigheid of toestand van zaken vaststellen.<sup>1</sup> Arbiters en bindend adviseurs zijn private rechters die plaatsnemen achter de zogenoemde 'groene tafel'.<sup>2</sup>

Er zijn verschillende redenen waarom partijen arbitrage of bindend advies verkiezen boven een procedure bij de gewone rechter. Zo is een belangrijk voordeel van arbitrage en bindend advies ten opzichte van overheidsrechtspraak dat partijen invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van een scheidsgerecht of een bindendadviescollege. Hierdoor kan bij de benoeming van arbiters of bindend adviseurs rekening worden gehouden met de aard van het geschil of de kwestie waarvoor bijzondere deskundigheid of kennis van handelsgebruiken is vereist.<sup>3</sup> Uit verschillende onderzoeken van Queen Mary University London in samenwerking met verschillende internationale advocatenkantoren volgt dat dit een belangrijke reden is om in internationale commerciële geschillen te kiezen voor

arbitrage boven een procedure bij de overheidsrechter.<sup>4</sup> In de praktijk besteden partijen veelal de nodige aandacht aan de te benoemen arbiter of bindend adviseur, zodat een persoon wordt benoemd met de vereiste kennis en deskundigheid. De benoeming van arbiters en bindend adviseurs wordt gezien als een cruciaal moment in de arbitrage- en bindendadviesprocedure. Sanders schreef in 2001 in dit verband dat de kwaliteit van de arbitrage wordt bepaald door hen die als arbiter optreden.<sup>5</sup> Dit geldt in gelijke zin voor bindend advies.

Deskundigheid in het scheidsgerecht of bindendadviescollege is om verschillende redenen waardevol. Deskundige arbiters en bindend adviseurs zullen stellingen, rapporten, tekeningen en berekeningen beter kunnen beoordelen en in dat verband de juiste vragen stellen. De aanwezige deskundigheid brengt verder mee dat het leveren van bewijs door partijen niet altijd nodig is. Deskundige arbiters en bindend adviseurs zullen immers feitelijke geschilpunten begrijpen als gevolg van eigen kennis en deskundigheid, waardoor zij zelfstandig een oordeel kunnen vormen. Soms is hiervoor onderzoek naar de feiten door arbiters en bindend adviseurs noodzakelijk. Arbiters en bindend adviseurs, die tevens deskundigen zijn, zullen hiertoe beter in staat zijn dan de overheidsrechter, doordat deze arbiters en bindend adviseurs weten naar welke feiten zij onderzoek zouden moeten verrichten, wil het geschil werkelijk worden beslecht.<sup>6</sup> In de oudere arbitrageliteratuur wordt het gebruik van eigen wetenschap door arbiters en bindend adviseurs die actief deelnemen aan het feitelijk onderzoek als een voordeel gezien, nu door deze activiteiten uitgebreide bewijs-

\* Prof. mr. dr. P.E. Ernste is CPO-hoogleraar Geschillenbeslechting in de (inter)nationale rechtspraktijk en universitair hoofddocent Burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

Deze bijdrage is een bewerking van de op 19 april 2024 uitgesproken oratie ter aanvaarding van de CPO-wisselleerstoel.

1 Zie Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/88 en 90 voor het onderscheid tussen arbitrage en bindend advies in geschil en buiten geschil.

2 De Van Dale definieert de groene tafel als 'een met een groen laken beklede tafel' en 'de tafel waaraan de rechterlijke macht zit'.

3 Zie L.A. van Ittersum, *Het bindend advies*, Utrecht: Drukkerij P. den Boer 1927, p. 3; A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 26-27; P. Sanders, *Het Nederlands arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. viii; Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/24.

4 Zie Queen Mary, *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 3; Queen Mary, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, Chart 2 (p. 4); Queen Mary, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Chart 3 (p. 7); Queen Mary, *Future of International Energy Arbitration Survey Report 2022*, p. 11 en 31.

5 Zie Sanders 2001, p. 58.

6 Zie A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*), nrs. 10-11; F.H.A.M. Thunissen, 'De deskundige arbiter', in: G. de Groot e.a., *De deskundige in rechte* (NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 42-43.

levering wordt voorkomen, wat bijdraagt aan de vlotheid van de procedure.<sup>7</sup> Daarbij is wel opgemerkt dat arbiters zich dan wel ‘op zeer gevaarlijk terrein bevinden’.<sup>8</sup> In deze bijdrage beantwoord ik aan de hand van Nederlandse en buitenlandse rechtspraak en literatuur de vraag onder welke voorwaarden arbiters en bindend adviseurs die vanwege bepaalde kennis en deskundigheid zijn benoemd gebruik mogen maken van eigen wetenschap en zelfstandig onderzoek kunnen verrichten ter verkrijging daarvan, zonder dat dit consequenties heeft voor de afdwingbaarheid en geldigheid van een arbitraal vonnis of een bindend advies. In dit kader ga ik in op de verschillende vormen van deskundigheid binnen een scheidsgerecht of bindendadviescollege (par. 2), het begrip eigen wetenschap (par. 3) en de risico’s van het gebruik van eigen wetenschap en zelfstandig onderzoek door deskundige arbiters en bindend adviseurs (par. 4).

## 2. Deskundigheid in een scheidsgerecht of bindendadviescollege

Deskundigheid kent bij arbitrage en bindend advies verschillende verschijningsvormen. Zo worden bepaalde arbiters en bindend adviseurs benoemd vanwege hun – niet-juridische – materiedeskundigheid. Dit geldt in het bijzonder bij bijvoorbeeld de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, waar het scheidsgerecht met name uit deskundigen bestaat met een bouwkundige achtergrond.<sup>9</sup> Er zijn echter meer voorbeelden waar arbiters en bindend adviseurs worden benoemd vanwege hun materiedeskundigheid. Allereerst kan worden gedacht aan een scheidsgerecht waarin twee medici plaatsnemen die in het kader van een geschil over een bestaande pensioen- en hypotheekverzekering moeten oordelen over de vraag of verzoeker ten gevolge van bepaalde rugklachten wel of niet arbeidsongeschikt is.<sup>10</sup> Een ander voorbeeld is de vaststelling van de waardevermeerdering bij bindend advies van het gehuurde na het eindigen van de huurovereenkomst door twee beëdigd taxateurs onroerend goed.<sup>11</sup> Tot slot treden in de praktijk regelmatig (register)accountants op als arbiter of bindend adviseur om op een bindende wijze de waarde van de aandelen of de hoogte van een *earn-out* te bepalen.<sup>12</sup>

Partijen benoemen in de praktijk echter niet alleen arbiters en bindend adviseurs vanwege bepaalde materiedeskundigheid, maar ook vanwege kennis van en ervaring met bepaalde typen geschillen. Zo worden bepaalde personen als arbiter of bindend adviseur benoemd vanwege de kennis van en ervaring met internationale transacties en het oplossen van internatio-

nale zakelijke geschillen, waarbij zowel de juridische als de commerciële kant een rol speelt.<sup>13</sup> Ook wat betreft *Energy Disputes* wordt, zo volgt uit onderzoek van Queen Mary University London, door de ondervraagden deskundigheid ruim opgevat. Hieronder valt niet slechts technische deskundigheid, maar ook kennis van de juridische vraagstukken die in deze sector spelen en de daar geldende handelsgebruiken.<sup>14</sup> In het verzekeringsrecht is eveneens sprake van specialisatie en vinden benoemingen van personen tot arbiter of bindend adviseur plaats uit een kleine kring.<sup>15</sup>

## 3. Eigen wetenschap van arbiters en bindend adviseurs

### 3.1 Leentjebuur bij de overheidsrechter

In de internationale arbitrageliteratuur wordt bij de bespreking van gebruik van eigen wetenschap door arbiters een onderscheid gemaakt tussen feiten van algemene bekendheid en eigen wetenschap die aan een beslissing ten grondslag kunnen liggen.<sup>16</sup> Eenzelfde onderscheid zien we in de literatuur terug betreffende overheidsrechtspraak, zij het dat daarin ook ervaringsregels worden onderscheiden die op één lijn met feiten van algemene bekendheid worden gezet.<sup>17</sup> Wanneer sprake is van een feit van algemene bekendheid of van gebruik van eigen wetenschap, wordt voor arbitrage en bindend advies in de literatuur niet of nauwelijks uitgewerkt. Ter invulling van de begrippen feiten van algemene bekendheid en eigen wetenschap moet in mijn ogen dan ook ‘leentjebuur’ worden gespeeld bij de literatuur en rechtspraak betreffende de overheidsrechter en de wijze waarop deze begrippen daar invulling hebben gekregen.<sup>18</sup> Hierop wordt hierna in par. 3.2 en 3.3 nader ingegaan.

Het onderscheid is relevant omdat het antwoord op de vraag of de betreffende feiten aan de beslissing ten grondslag

13 Zie Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Third Edition), Kluwer Law International 2021, par. 1.02[4].

14 Zie Queen Mary, *Future of International Energy Arbitration Survey Report 2022*, p. 31.

15 Zie J.H. Wansink, ‘Arbitrale mijmeringen bij de “wilde” arbitrage in verzekeringsland’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Onderneming & Recht nr. 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 166-167; C.J.M. Klaassen, ‘Verzekeringsgeschillen en ADR: hoe staat het er mee?’, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Onderneming & Recht nr. 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 463.

16 Zie o.a. Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International 2012, p. 780-781; Born 2021, par. 1.02[4].

17 Zie A. Anema & P.J. Verdam, *Mr. C. Asser’s Handleiding, vijfde deel. Van bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 31; C.H. Beekhuis, ‘Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter’, in: *Verzekeringen van vriendschap. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. T.J. Dorhout Mees*, Deventer: Kluwer 1974, p. 23-24; E.M. Wesseling-van Gent, ‘Eigen wetenschap van de rechter’, *NJB* 1988/31, p. 1118; M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 156; Asser Procesrecht/Asser 3 2023/96.

18 Zie ook S.L. Buruma, ‘Capita selecta ter zake van de beslechting van geschillen door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, en andere arbitrage-instituten en de overheidsrechter’, in: *Bouw-arbitrage en civiele rechter* (Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 23), Deventer: Kluwer 1995, p. 82.

7 Zie Van Ittersum 1927, p. 4; W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, Zwolle: NV Uitgevers-mij. W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 123-124.

8 Zie Nolen 1957, p. 124.

9 Zie art. 3 Arbitragereglement Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (1 augustus 2021).

10 Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*).

11 Vgl. HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:822, *JBP* 2023/52, m.nt. P.E. Ernste.

12 Vgl. Rb. Utrecht 21 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH0719, *JBP* 2009/34; Rb. Amsterdam 23 september 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL1071, *JBP* 2010/36.

mogen worden gelegd, verschilt. De overheidsrechter mag, zo volgt uit art. 149 lid 2 Rv, feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels aan zijn beslissing ten grondslag leggen, ongeacht of de betreffende feiten en omstandigheden zijn gesteld door partijen. Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs. In beginsel hoeven overheidsrechters feiten en omstandigheden van algemene bekendheid niet eerst aan partijen voor te houden alvorens zij deze aan hun beslissing ten grondslag leggen. Dit uitgangspunt is in 1988 gecodificeerd in art. 176 lid 2 Rv (oud), de voorganger van art. 149 lid 2 Rv, maar gold al lang voor invoering van deze bepaling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.<sup>19</sup> Ook voor arbitrage wordt, zowel nationaal als internationaal, wel aangenomen dat feiten van algemene bekendheid niet hoeven te worden bewezen, ondanks dat dit veelal niet in een arbitragewet is neergelegd.<sup>20</sup> Dit geldt in mijn ogen in gelijke mate voor bindend advies. Overheidsrechters mogen eigen wetenschap echter niet zomaar aan hun beslissing ten grondslag leggen. Zij worden beperkt door het in art. 24 jo. art. 149 lid 1 Rv neergelegde verbod tot aanvulling van feiten. Overheidsrechters lopen niet tegen dit verbod aan wanneer feiten uit eigen wetenschap samenhangen met het gevoerde partijdebat. Deze feiten uit eigen wetenschap moeten met partijen worden besproken en partijen moeten hierop kunnen reageren om te voorkomen dat door een overheidsrechter een verrassingsbeslissing wordt gegeven. Veelal zal dit in de praktijk geschieden doordat overheidsrechters ter zitting vragen stellen die zijn ingegeven door de eigen wetenschap over hetgeen door partijen is gesteld.

### 3.2 Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels

Standaardvoorbeelden van feiten van algemene bekendheid die in de handboeken worden gegeven, zijn dat Nederland aan de Noordzee ligt en dat een bepaalde datum op een maandag valt.<sup>21</sup> Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn voorbeelden te vinden. De Hoge Raad meende dat het een feit van algemene bekendheid is dat in algemene voorwaarden regelmatig zeer vergaande exoneratieclausules voorkomen, alsook dat bij garages regelmatig autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld en de daarbij behorende auto's die in de omgeving

van de garage staan, worden gestolen.<sup>22</sup> Uit het empirisch onderzoek dat Van Boom met anderen uitvoerde in 2010 en in 2017 volgt dat deze laatste stelling voor de ondervraagden niet zo vanzelfsprekend was. Dat geldt eveneens voor stellingen die door lagere rechters als feiten van algemene bekendheid waren aangemerkt.<sup>23</sup>

Dit roept de vraag op hoe door overheidsrechters moet worden bepaald dat iets een feit van algemene bekendheid is. Unaniem wordt in de literatuur aangenomen dat sprake is van feiten van algemene bekendheid wanneer een normaal ontwikkeld mens deze feiten kent of de feiten zonder nader onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen kan kennen.<sup>24</sup> De wetgever is in 1988 bij deze definitie aangesloten, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis bij art. 176 lid 2 Rv (oud).<sup>25</sup> De in de literatuur geformuleerde definitie bevat twee elementen: (1) wat men geacht wordt te kennen; en (2) wat men zonder noemenswaardig onderzoek te weten kan komen. Asser heeft naar mijn mening terecht betoogd dat deze elementen niet mogen worden gesplitst.<sup>26</sup> Dit blijkt echter niet duidelijk uit de definitie die in de literatuur is gegeven, maar volgt in mijn ogen wel uit de rechtspraak van de Hoge Raad.

In het arrest *London/Aegon* heeft de Hoge Raad overwogen dat het geen feit van algemene bekendheid is dat het besturen van een auto met veel drank op veelal in WAM-verzekeringen van dekking is uitgesloten.<sup>27</sup> Het betreft in deze zaak de zogenaamde alcoholclausule in een WAM-verzekering op grond waarvan de WAM-verzekeraar de door hem aan de benadeelde betaalde schadevergoeding kan verhalen op de verzekeringsnemer, omdat de verzekeringsnemer een auto bestuurde met een hoger bloed-alcoholpromillage dan wettelijk was toegestaan. In navolging van A-G Strikwerda acht de Hoge Raad hierbij relevant dat voor de vaststelling of dekking is uitgesloten specialistisch onderzoek is vereist. Hierbij speelt een rol – zo lees ik het – dat een niet in het verzekeringsrecht ingevoerde persoon slechts bekend is met het feit dat de benadeelde door de WAM-verzekeraar de schade krijgt uitgekeerd, maar de verzekeringsrechtelijke literatuur erop moet naslaan om te weten van het bestaan en de inhoud van de 'alcoholclau-

19 Zie R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, deel IV* (2de druk), Leiden: E.J. Brill 1896, p. 15; D.J. Veegens, *Veegens-Weersma. Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. 1. Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, par. 18; Wesseling-van Gent 1988, p. 1118.

20 Zie Martin Hunter, 'The procedural powers of arbitrators under the English 1996 Act', *Arbitration International* (13) 1997, afl. 4, p. 352; Waincymer 2012, p. 780; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on international arbitration* (Seventh Edition), Kluwer Law International; Oxford University Press 2023, par. 6.82.

21 Zie Ahsmann 2020, p. 156; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, H.B. Krans & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 206.

22 Zie HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1033, *NJ* 1993/688 (*Bouma/Cavo-Latuco*), r.o. 3.4.2; HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1237, *NJ* 2004/272 (*De Lage Landen Translease/Garage Kempenaar Gouda*), r.o. 3.4.2.

23 Zie W.H. van Boom, M.L. Tuil & I. van der Zalm, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?', *NTBR* 2010/7 en W.H. van Boom, H. Pluut & J.L. van der Rest, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – een empirisch vervolg', *NTBR* 2017/26.

24 Zie o.a. Anema & Verdam 1940, p. 30; Beekhuis 1974, p. 23-24; Wesseling-van Gent 1988, p. 1118; Ahsmann 2020, p. 156; Asser *Procesrecht/ Asser 3* 2023/97.

25 Zie G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon (red.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 77 en 79.

26 Zie Asser *Procesrecht/ Asser 3* 2023/97.

27 Een WAM-verzekering is een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering die een bestuurder van een motorvoertuig verplicht is af te sluiten op grond van de Wet Aansprakelijkheid Motorvoertuigen.

sule' in een WAM-verzekering.<sup>28</sup> De Hoge Raad heeft aan beide hiervoor genoemde elementen getoetst.

Uit de rechtspraak volgt eveneens dat wat op eenvoudige wijze uit algemeen kenbare bronnen kan worden verkregen nog niet een feit van algemene bekendheid oplevert, ondanks dat uit de eerder weergegeven definitie lijkt te volgen dat van een feit van algemene bekendheid sprake is wanneer men zonder noemenswaardig onderzoek het betreffende feit uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen.<sup>29</sup> Zo heeft de Hoge Raad in het arrest *Brunns c.s./Anchor Club B.V. c.s.* uitdrukkelijk overwogen dat een productie afkomstig uit een algemeen kenbare bron, in deze zaak een krant, moet worden onderscheiden van een feit van algemene bekendheid.<sup>30</sup> Ook informatie die wordt verkregen door op het internet te googelen kan kennelijk niet gelijk worden gesteld met een feit van algemene bekendheid. De Hoge Raad heeft immers in verschillende arresten feitelijke gegevens verkregen via Google niet toelaatbaar geacht. Feitelijke gegevens gevonden op het internet kunnen daarom niet worden aangemerkt als feiten van algemene bekendheid.<sup>31</sup> Deze benadering onderschrijf ik, te meer nu met verschillende AI-tools eenieder op een nog eenvoudigere wijze dan via Google over uiteenlopende onderwerpen een schat aan informatie en feiten kan verkrijgen, terwijl de via AI-tools of Google verkregen informatie niet juist hoeft te zijn. Deze informatie kan zonder noemenswaardig onderzoek worden verkregen, maar dit betekent nog niet dat eenieder met de informatie bekend is. Dit is de lijn die ook in het strafrecht wordt gevolgd. In het strafrecht geldt een met art. 149 lid 2 Rv te vergelijken bepaling. Het ging in deze zaak om belediging van een hoofdagent van de politie door het dragen van een bomberjack met de tekst 'A.C.A.B.' Volgens het hof is het een feit van algemene bekendheid dat dit staat voor 'All Cops Are Bastards'. Het hof heeft hieraan ten grondslag gelegd dat de verbalisanten op de hoogte waren van de betekenis van de afkorting en het feit dat wanneer 'A.C.A.B.' plus 'Cops' wordt gegoogeld dit circa 190.000 hits tot gevolg had. De strafkamer van de Hoge Raad volgt het hof hier niet in en lijkt juist te menen dat uit het feit dat het hof dit moet googelen volgt dat het voor het hof niet zonder meer duidelijk was dat dit een feit van algemene bekendheid is. De Hoge Raad merkt ten overvloede op dat het grote aantal treffers door het zoeken op alle, ook anderstalige websites niet relevant is, nu niet duidelijk is op welke en wat voor soort websites de treffers betrekking hebben.<sup>32</sup>

28 Zie HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3715, *NJ* 2006/282 (*London/Aegon*), m.nt. Mendel, r.o. 4.2.3 in samenhang met nr. 22 van de conclusie van A-G Strikwerda voorafgaand aan dit arrest. Zie ook Asser *Procesrecht/Asser 3* 2023/97.

29 Zie ook Snijders, Klaassen, Krans & Meijer 2022, nr. 206.

30 Zie HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, *NJ* 2008/92 (*Brunns c.s./Anchor Club B.V. c.s.*), r.o. 5.2.

31 Zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1654, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*); HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1654, *NJ* 2011/409. Zie ook C.J.M. Klaassen, 'De rechter gaat digitaal... Nou en?', *AA* 2015, afl. 6, p. 450-451.

32 Zie HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291, *NJ* 2011/116, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.3-3.4.

Art. 149 lid 2 Rv spreekt niet slechts van feiten en omstandigheden van algemene bekendheid, maar ook van ervaringsregels. In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat algemene ervaringsregels, anders dan algemeen bekende feiten, niet zien op bijzondere feitelijkheden maar algemene wetmatigheden betreffen.<sup>33</sup> In dit verband is wel opgemerkt dat bij een ervaringsregel de rechter een algemeen weten toepast.<sup>34</sup> Zo is in de rechtspraak als ervaringsregel aangenomen dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie leidt tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid.<sup>35</sup>

### 3.3 Eigen wetenschap

Van feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels moet eigen wetenschap worden onderscheiden. Eigen wetenschap is niet in art. 149 lid 2 Rv genoemd. In de oudere literatuur is getracht een definitie te geven van eigen wetenschap van de rechter, ter onderscheiding van de gevallen die nu in art. 149 lid 2 Rv zijn opgenomen. In deze literatuur komt meerdere malen terug dat het gaat om feiten die de rechter als privaat persoon kent en aan zijn beslissing ten grondslag legt. Het betreft dan feiten die niet door partijen zijn aangevoerd.<sup>36</sup>

Overheidsrechters kunnen op verschillende wijze wetenschap verwerven. In dit verband kan allereerst worden gedacht aan specialisatie door rechters. Specialisatie kan plaatsvinden doordat dezelfde rechters deelnemen aan de specialistische voorzieningen die de Nederlandse rechtspraak kent, zoals de Ondernemingskamer van gerechtshof Amsterdam, de pachtkamer van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, de IE-kamer van rechtbank Den Haag en de 'natte kamer' van rechtbank Rotterdam. Daarnaast kan specialisatie plaatsvinden doordat overheidsrechters steeds zaken doen over een bepaald rechtsgebied. De opgedane kennis in eerdere zaken kunnen zij dan gebruiken bij het nemen van een beslissing in een volgende zaak. Denk bijvoorbeeld aan een rechter die in veel zaken betreffende aanneming van werk als rechter is opgetreden en als gevolg daarvan weet dat de winstmarge van aannemers ongeveer 12% is. De aanwezigheid van eigen wetenschap als gevolg van specialisatie speelt in (nog) sterkere mate bij arbitrage en bindend advies, waar partijen bepaalde arbiters of bindend adviseurs juist vanwege materiedeskundigheid en/of kennis en ervaring met het beslechten van een bepaald type geschil benoemen. Een illustratief voorbeeld is een zaak die speelde voor de Engelse High Court. Het betrof een geschil tussen de eigenaar van een schip en een bevrachter, waarbij de eigenaar van het schip een arbitrage aanhangig had gemaakt jegens de bevrachter en schadevergoeding vorderde wegens schending van de garantie van een veilige ligplaats doordat het schip schade had opgelopen.

33 Zie Ahsmann 2020, p. 156; Asser *Procesrecht/Asser 3* 2023/98.

34 Zie Wesseling-van Gent 1988, p. 1119.

35 Zie HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3689, *NJ* 2001/663 (*PTT Post/Baas*), r.o. 3.5.2.

36 Zie Anema & Verdam 1940, p. 34; A.C. van Empel, 'Algemene bekendheid en eigen wetenschap des rechters', *WPNR* 1961, afl. 4694, p. 430; Beekhuis 1974, p. 27; Asser *Procesrecht/Asser 3* 2023/96.

pen bij het aanleggen op zijn ligplaats. Partijen benoemden een ervaren arbiter in maritieme geschillen. De feitelijke vraag die hier speelde, was of een door een duiker gevonden boei, waarop mogelijk verf van de onderkant van het schip was aangetroffen, de oorzaak kon zijn van de schade aan het schip. Partijen meenden dat de schade niet kan zijn ontstaan door de boei. In het dossier bevonden zich gps-gegevens van de duiker en het schip. De arbiter interpreteert de gps-gegevens en maakt daarbij gebruik van eigen kennis en ervaring, en komt op basis daarvan tot de conclusie dat de boei in de ligplaats heeft gelegen en de schade moet hebben veroorzaakt. De arbiter heeft vervolgens beslist dat de bevrachter zijn verplichtingen had geschonden.<sup>37</sup>

Overheidsrechters kunnen ook kennis of wetenschap bezitten doordat zij de feitelijke situatie ter plaatse kennen. Dit kwam aan de orde in het arrest *Van Donkersgoed/Jansen*. In deze zaak had het hof ambtshalve, zonder dat hierover door partijen iets was gesteld, overwogen dat de afstand van de apotheek tot een bepaalde wijk, met voldoende geschikte vervangende woonruimte voor eiser, dermate gering is dat de kinderen in de leeftijd van eiser deze route zelfstandig kunnen afleggen.<sup>38</sup> Dergelijke voorbeelden zijn eveneens denkbaar bij arbitrage en bindend advies. Zo is het in de praktijk voorgekomen dat een arbiter, een taxateur onroerend goed, die moet beslissen over een aanpassing van de huurprijs van een bedrijfspand de feitelijke situatie ter plaatse kent en bij de oordeelsvorming de huurmarkt in het betreffende gebied betreft.<sup>39</sup>

Het kan ook zo zijn dat overheidsrechters eigen wetenschap verwerven door eigen onderzoek in bijvoorbeeld algemeen toegankelijke bronnen, zoals kranten, boeken of het internet. Aan het doen van onderzoek door overheidsrechters heeft de Hoge Raad grenzen gesteld. In 1987 is aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of feiten verkregen door een niet-officiële bezichtiging van een huurpand aan de beslissing ten grondslag mogen worden gelegd. De rechters in deze zaak moesten beslissen over de vraag of het gehuurde pand werd gebruikt als een bedrijfspand. Een van de rechters is op een doordeweekse dag en een zaterdag bij het pand gaan kijken zonder dat partijen hiervan op de hoogte waren. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet is toegestaan, althans de beslissing niet op deze bezichtiging mag worden gebaseerd. Een niet-officiële bezichtiging verdraagt zich niet met de wettelijke regeling van gerechtelijke plaatsopneming die wel met de nodige waarborgen is omgeven.<sup>40</sup> Aan de Hoge Raad is meermaals de vraag voorgelegd of rechters feiten die zij al googelend hebben ge-

vonden aan hun beslissing ten grondslag mogen leggen. In het arrest *Van Donkersgoed/Jansen* ging het om de vraag of de verhuurder de huur van een bovenwoning mocht opzeggen voor dringend eigen gebruik ter uitbreiding van de zich onder de woning bevindende apotheek die door de verhuurder werd geëxploiteerd. Het hof heeft de beslissing dat bij de verhuurder sprake is van een dringende behoefte aan eigen gebruik ter uitbreiding van de apotheek mede gebaseerd op feitelijke gegevens die het na sluiting van het processuele debat heeft gevonden op de website van de apotheek, zoals foto's van de situatie ter plaatse en van het bij de apotheek werkzame team.<sup>41</sup> In een andere zaak baseerde het hof zijn beslissing dat de bewindvoerder bepaalde kosten voor het gebruik van een administratiesysteem niet in rekening mocht brengen op informatie over het administratiesysteem die niet door de bewindvoerder in het geding was gebracht, maar door het hof op internet was gevonden.<sup>42</sup> Aan de Hoge Raad is voorts een zaak voorgelegd waar het hof zich bij de bepaling van de hoogte van schadevergoeding heeft gebaseerd op prijstabellen die asfalteringsbedrijven hanteerden, die het op het internet had gevonden en waarop door partijen geen beroep was gedaan.<sup>43</sup> De Hoge Raad overwoog in deze zaken dat de feitelijke kennis die de rechters hadden opgedaan via het internet niet aan de beslissing ten grondslag mocht worden gelegd. Hierbij speelde een rol dat het ging om feiten die niet door partijen waren aangevoerd en partijen niet de gelegenheid hebben gehad zich over de door de rechter op het internet gevonden feiten uit te laten. Uit deze rechtspraak mag in mijn ogen niet worden afgeleid dat de rechter in het geheel niet mag googelen.<sup>44</sup> De begrenzing of een rechter feiten gevonden via het internet aan de beslissing ten grondslag mag leggen, moet ook hier worden gevonden in art. 24 en 149 lid 1 Rv. Het googelen van de rechter mag niet leiden tot aanvulling van de feiten. Daarvan was wel sprake in de zojuist besproken uitspraken.<sup>45</sup> Dit wordt niet anders na inwerkingtreding van het op grond van de Wet vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht gewijzigde art. 24 lid 2 Rv, nu op grond hiervan de rechter slechts de feitelijke grondslag met partijen mag bespreken en de rechter niet, zoals in het voorontwerp was voorgesteld, de bevoegdheid heeft om partijen ambtshalve te wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering of verzoek aan te vullen. De rechter loopt in mijn ogen niet aan tegen art. 24 en 149 lid 1 Rv wanneer de rechter door partijen gestelde gegevens op het internet controleert, meent dat de gegevens mogelijk niet kloppen en op grond daarvan partijen bevraagt op de zitting. Denk aan aansprakelijkheid voor een verkeersongeval, waarbij een overheidsrechter de plek ervan via *Google Maps* bekijkt om zo een beter begrip te krijgen van de verkeerssituatie ter plaatse,

37 Zie Tim Hardy, Simon Nesbitt, et al., 'International arbitration guidelines: Safe ports for arbitral storms III', in: Stavros Brekoulakis (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Sweet & Maxwell 2018, Volume 84 Issue 4) p. 333.

38 Zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612, NJ 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*), r.o. 3.6.2.

39 Vgl. Court of Appeal (Civil division) 6 februari 2003, [2003] EWCA Civ 84, *Checkpoint Limited v. Strathclyde Pension Fund*.

40 Zie HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0155, NJ 1988/670, m.nt. W.H. Heemskerk (*Schook/Vergeer*), r.o. 3.2.

41 Zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612, NJ 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*), r.o. 3.6.1-3.6.2.

42 Zie HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1654, r.o. 3.5.

43 Zie HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96, NJ 2019/96, r.o. 3.5.1-3.5.2.

44 Zie ook H.B. Krans, 'De civiele rechter en een speurtocht op het internet', in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 123-132; Klaassen 2015, p. 451-452.

45 Anders: Asser Procesrecht/Asser 3 2023/96.

nu partijen in de processtukken hebben volstaan met een beschrijving van de verkeerssituatie ter plaatse en geen foto's hebben overgelegd. Deze gegevens mogen dan worden gebruikt wanneer de overheidsrechter het op de zitting aan partijen heeft voorgehouden en aan de hand daarvan vragen heeft gesteld aan partijen, zodat zij hiervan op de hoogte zijn en zich hierover hebben kunnen uitlaten. Er is geen sprake van strijd met art. 149 lid 1 Rv, omdat partijen stellingen hebben ingenomen betreffende de verkeerssituaties en het dus gegevens betreft die door partijen zijn gesteld, en de overheidsrechter slechts de feitelijke grondslag zoals gesteld door partijen met hen bespreekt.<sup>46</sup>

Ook door arbiters wordt onderzoek verricht op het internet, zo volgt uit de uitspraak van Oberlandesgericht Frankfurt am Main in een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis. In deze zaak was een van partijen tekortgeschoten in de verplichtingen voortvloeiende uit de licentie- en productieovereenkomsten. Bij de bepaling van de hoogte van de schade als gevolg van deze tekortkoming had het scheidsgerecht na de laatste zitting op het internet onderzoek verricht naar de door een van partijen voorgestelde schadeberekingsmethode.<sup>47</sup> Op deze zaak wordt nader ingegaan in paragraaf 4 en 5.

#### 4. Risico's van het gebruik van eigen wetenschap en zelfstandig onderzoek naar de feiten door arbiters en bindend adviseurs

##### 4.1 Een geldig en afdwingbaar arbitraal vonnis of bindend advies

Het gebruik van eigen wetenschap en onderzoek ter verkrijging daarvan is niet zonder risico's. Met name de beginselen van procesrecht – die ook gelden voor arbitrage en bindend advies – kunnen daardoor in het gedrang komen.<sup>48</sup> Dit kan consequenties hebben voor de geldigheid en afdwingbaarheid van een arbitraal vonnis of een bindend advies.<sup>49</sup> Hierna worden mogelijke gronden in kaart gebracht die ertoe kunnen leiden dat een arbitraal vonnis of bindend advies wordt vernietigd of die aan de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis of bindend advies in de weg kunnen staan.

##### 4.2 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Een belangrijk risico van het gebruik van eigen wetenschap en onderzoek ter verkrijging hiervan is dat het op gespannen voet kan komen te staan met de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van arbiters en bindend adviseurs. Dit is een risico dat

zowel in de Nederlandse als in de buitenlandse rechtspraak en literatuur is gesignaleerd.<sup>50</sup>

De Hoge Raad heeft dit helder verwoord in de beschikking *Aegon/N.* naar aanleiding van een cassatie in het belang der wet. In deze zaak bestond het scheidsgerecht uit een jurist en twee medici. Tussen Aegon en N. was een geschil ontstaan naar aanleiding van een pensioen- en hypotheekverzekering en in de arbitrage lag in het bijzonder de vraag voor of N. ten gevolge van bepaalde rugklachten wel of niet arbeidsongeschikt was. Ter beantwoording van deze vraag hebben de twee arbiters-medici N. lichamelijk onderzocht en daar vervolgens conclusies aan verbonden. De Hoge Raad overweegt dat eigen onderzoek van de arbiter, zeker als het tevens zelfstandige bewijsgaring betreft, tot gevolg heeft dat bewijs ten gunste van de ene partij en ten nadele van de andere partij wordt verkregen, en die andere partij daardoor genoodzaakt kan zijn dit oordeel te bestrijden. Deze laatste partij kan volgens de Hoge Raad als gevolg hiervan wel degelijk op objectieve gronden het vertrouwen in de onpartijdigheid van de betreffende arbiter verliezen. Dit geldt te meer wanneer deze partij op redelijke gronden van oordeel is dat het onderzoek van de arbiter niet deugdelijk is geweest, maar daarvoor geen gehoor vindt bij het scheidsgerecht.<sup>51</sup> De Hoge Raad sluit echter het eigen onderzoek om deze reden niet uit, maar stelt hieraan voorwaarden. Deze voorwaarden komen er kort samengevat op neer dat hoor en wederhoor dient te worden toegepast voorafgaand, tijdens en na het onderzoek. Op deze voorwaarden wordt in paragraaf 5 nader ingegaan.

In juni 2023 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen in een vernietigingsprocedure van een bindend advies waarin de twee bindend adviseurs gebruik hebben gemaakt van de eigen expertise. De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van de geldigheid van het bindend advies eveneens het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voorop. Het betrof een bindend advies van twee beëdigd taxateurs onroerend goed die de opdracht hadden gekregen de waardevermeerdering van het gehuurde te bepalen bij beëindiging van de huurovereenkomst. Partijen zijn overeengekomen dat deze taxateurs eerst onafhankelijk van elkaar de waardevermeerdering van het gehuurde moesten vaststellen, om vervolgens op basis van deze twee taxaties tot één bindend advies te komen. Partijen beoog-

46 Zie L. Siemerink, 'Rechter gewaarschuwd voor googelen', *NJB* 2010/2145. Ahsmann 2020, p. 160.

47 Zie Oberlandesgericht Frankfurt am Main 25 maart 2023, ECLI:DE:OLGHE:2021:0325.

48 Zie Nolen 1957, p. 123-124.

49 Zie Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/44, 46 en 67.

50 Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Sniijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*); High Court of Justice, Business and Property Courts in Manchester Circuit Commercial Court 30 november 2018, *Fleetwood Wanderers Ltd v. AFC Flyde Ltd* [2018] EWHC 3318 (Comm). Zie ook Phillip Landolt, 'Arbitrators' initiative to obtain factual and legal evidence', in: William W. Park (ed), *Arbitration International*, Oxford University Press 2012 (Volume 28 Issue 2), p. 190; Teresa Giovannini, 'Chapter 8: Ex officio powers to investigate. When do arbitrators cross the line?', in: Bernd Ehle and Domitille Baizeau (eds), *Stories from the hearing room: Experience from arbitral practice (Essays in Honour of Michael E. Schneider)*, Kluwer Law International 2015, p. 72-73, p. 76; Domitille Baizeau & Tessa Hayes, 'The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte', in: Andrea Menaker (ed), *ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016): International arbitration and the rule of law: Contribution and conformity*, *ICCA Congress Series, Volume 19*, ICCA & Kluwer Law International 2017, p. 228.

51 Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Sniijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*), r.o. 3.3.3.

den dus dat de twee taxateurs aan de hand van hun expertise tot een gezamenlijke vaststelling zouden komen. Uit de feiten van deze zaak blijkt dat de twee taxateurs in dit verband zelfstandig feitelijk onderzoek hebben verricht. De Hoge Raad overweegt dat de aard van deze opdracht verplicht tot een onafhankelijke opstelling van de bindend adviseurs jegens hun opdrachtgevers. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat de bindend adviseurs het beginsel van hoor en wederhoor moeten toepassen, zeker gezien de aard van de opdracht, waarbij de te maken keuzes en feitelijke beoordelingen tot een groot verschil in uitkomst kunnen leiden. De Hoge Raad bevestigt dus dat eigen onderzoek onder voorwaarden is toegestaan, waarbij wederom de nadruk ligt op het beginsel van hoor en wederhoor (zie par. 4.3 en 5).<sup>52</sup>

Het verlies van onafhankelijkheid en onpartijdigheid is een gevaar dat overigens ook is gesignaleerd in discussies betreffende de actieve rol van de overheidsrechter in het kader van de waarheidsvinding. Het is ook als bezwaar aangevoerd tegen de suggestiebevoegdheid die is opgenomen in het voorontwerp van het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht. In dit voorontwerp is voorgesteld om aan art. 24 Rv een tweede lid toe te voegen, waarin is bepaald dat de rechter partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om de feitelijke grondslag van hun vordering, verzoek of verweer aan te vullen. In verschillende reacties op dit voorontwerp is de vrees geuit dat een (te) actieve ‘meer procederende’ rechter zijn onpartijdigheid zou verliezen.<sup>53</sup> Art. 24 lid 2 Rv is mede om deze reden in het wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering afgezwakt tot een bevoegdheid van de rechter om de grondslag van de vordering, het verzoek of het verweer met partijen te bespreken.<sup>54</sup>

#### 4.3 Schending van het beginsel van hoor en wederhoor

Een tweede voor de hand liggend risico is dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt geschonden. Het beginsel van hoor en wederhoor is eveneens een beginsel van arbitrale rechtspleging en bindend advies.<sup>55</sup> Een schending van dit beginsel zal zich voordoen wanneer arbiters of bindend adviseurs zich baseren op feiten als gevolg van eigen wetenschap die afwijken van hetgeen partijen in de procedure naar voren hebben gebracht, terwijl partijen zich daarover niet hebben uitgelaten.<sup>56</sup> In de buitenlandse rechtspraak zijn verschillende uitspraken te

vinden waarin een arbitraal vonnis om deze reden is vernietigd.<sup>57</sup>

Het risico dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt geschonden, kan zich eveneens voordoen wanneer deskundige arbiters of bindend adviseurs onderzoek naar de feiten doen om zo zelfstandig tot een oordeel te kunnen komen. Wat betreft overheidsrechtshouders heeft dit risico zich volgens de Hoge Raad verwezenlijkt in een aantal zaken waar overheidsrechtshouders om het internet op onderzoek zijn uitgegaan (zie par. 3.3).<sup>58</sup>

Dit risico heeft zich ook verwezenlijkt in de hierboven in paragraaf 4.2 besproken zaak waarin twee beëdigd taxateurs onroerend goed de opdracht hadden gekregen de waardevermeerdering van het gehuurde te bepalen bij beëindiging van de huurovereenkomst. Volgens de Hoge Raad hebben de bindend adviseurs het beginsel van hoor en wederhoor onvoldoende in acht genomen. De Hoge Raad overweegt dat sprake is van een schending van dit beginsel doordat de verhuurder, voordat het definitieve bindend advies was uitgebracht, geen conceptrapport had ontvangen, noch van de door hem, noch van de door de huurster benoemde taxateur, terwijl de huurster wel een conceptrapport had ontvangen van de door haar benoemde taxateur.<sup>59</sup>

Uit de buitenlandse rechtspraak volgt dat dit risico zich eveneens heeft voorgedaan bij arbitrage. Door de Engelse rechter is in de zaak *Fleetwood Wanderers Ltd v. AFC Flyde Ltd*, waar de arbiter zelfstandig onderzoek had verricht, een grond tot vernietiging aangenomen. Het betrof hier een geschil tussen twee voetbalclubs. Fleetwood heeft een contract gesloten met een speler die al onder contract stond bij AFC Flyde. AFC Flyde stelde zich op het standpunt dat de speler met het sluiten van het contract met Fleetwood de arbeidsovereenkomst met haar had opgezegd en dat Fleetwood deze contractbreuk had veroorzaakt. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van Fleetwood was relevant of de *FIFA regulations* van toepassing zijn in Engeland onder de regels van de Football Association Limited (hierna: FA). Ter beantwoording van deze feitelijke vraag heeft de arbiter, zonder dat partijen hiervan op de hoogte waren, eigen onderzoek verricht door contact te zoeken via e-mail met medewerkers van de FA en te kijken op de website van de Ierse FA. De Engelse rechter oordeelde dat als gevolg hiervan Article 33 Arbitration Act 1996 is geschonden, waarin het beginsel van hoor en wederhoor is neergelegd, doordat de arbiter informatie had verzameld zonder deze informatie te delen met partijen en hen in de gelegenheid te stel-

52 Zie HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:822, *JBPr* 2023/52, m.nt. P.E. Ernste, r.o. 3.6-3.7.

53 Zie reactie van de adviescommissie van de NOvA, nr. 17; reactie van advocatenkantoor Stibbe, nr. 21; reactie van de Nederlandse Vereniging voor Banken, nr. 47; reactie van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders; reactie van advocatenkantoor Houthoff, nr. 4.4. Deze reacties zijn als bijlagen bijgevoegd bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 3.

54 Zie hierover uitgebreid F.J.P. Lock, ‘De rol van de civiele rechter en de aanvulling op artikel 24 Rv’, *RMThemis* 2020, afl. 6, p. 252-262.

55 Zie Van den Berg, Van Delden & Snijders 1992, p. 16; P.E. Ernste, *Bindend advies* (Onderneming en Recht nr. 74) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 145-148; W.D.H. Asser, ‘Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging’, *TvA* 2013/40, par. 3; Asser *Procesrecht/Sanders*, Meijer & Ernste 8 2023/35.

56 Zie Giovannini 2015, p. 73.

57 Zie bijv. Bundesgerichtshof 12 december 1963, VII ZR 23/62, *NJW* 1964, 593 (595); English Court of Appeal 6 mei 1981, *Fisher v. PG Well-fair Ltd* [1981] 2 Lloyds Rep 514; Cour d’appel de Paris (1Ch. C) 10 juni 1993, *Compagnie Aeroflot v. AGF et autre*; Queen’s Bench Division 15 februari 2001, plc [2001] BLR 395 (QB), *Groundshire Ltd v. VHF Constr. Plc.*; English High Court (Technology & Construction Court) 4 april 2007, *JD Wetherspoon plc v. Jay Mar Estates* [2007] EWHC 856.

58 Zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5612, *NJ* 2011/180 (*Van Donkersgoed/Jansen*), r.o. 3.6.1-3.6.2; HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR1654, r.o. 3.5.

59 Zie HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:822, *JBPr* 2023/52, m.nt. P.E. Ernste, r.o. 3.6-3.7.

len hierop te reageren.<sup>60</sup> In dit verband is eveneens illustratief de hiervoor besproken Duitse zaak waar het Oberlandesgericht in het kader van een vernietigingsprocedure geen schending van het beginsel van hoor en wederhoor heeft aangenomen. In deze zaak heeft het scheidsgerecht in het kader van de bepaling van de hoogte van de schade als gevolg van een tekortkoming in licentie- en productieovereenkomsten op het internet onderzoek verricht naar de toe te passen schadeberekenningsmethode. Het scheidsgerecht heeft blijkens het arbitraal vonnis een maand na de laatste zitting een website geraadpleegd waar deze berekeningsmethode is uitgewerkt, en dit is mede aan de beslissing ten grondslag gelegd. Een van partijen heeft een vernietigingsprocedure aanhangig gemaakt bij het Oberlandesgericht en aan de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis ten grondslag gelegd dat het scheidsgerecht het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden doordat de betreffende partij niet in de gelegenheid is gesteld om te reageren op de bevindingen van het scheidsgerecht. Het Oberlandesgericht vernietigt het arbitraal vonnis echter niet. Hieraan heeft het Oberlandesgericht onder andere ten grondslag gelegd dat geen sprake is van een verrassingsbeslissing, omdat een van partijen in de processtukken naar deze website heeft verwezen.<sup>61</sup>

#### 4.4 Schending van de opdracht

Een laatste risico van het gebruik van eigen wetenschap en onderzoek ter verkrijging daarvan is dat dit ertoe kan leiden dat arbiters en bindend adviseurs buiten de grenzen van de aan hen gegeven opdracht treden. Ook voor arbiters en bindend adviseurs geldt dat zij in beginsel geen feiten waarmee zij als gevolg van eigen wetenschap bekend zijn aan de beslissing ten grondslag mogen leggen wanneer hiermee de feitelijke grondslag wordt aangevuld. De ontoelaatbaarheid van de aanvulling van feiten vloeit in geval van arbitrage en bindend advies, anders dan bij overheidsrechtspraak waar dit voortvloeit uit art. 24 en 149 lid 1 Rv, niet voort uit de wet, maar vindt haar grondslag in het beginsel van partijautonomie.<sup>62</sup> Waar in de oudere literatuur nog uit werd gegaan van een actieve arbiter die bij het vaststellen van de feiten persoonlijk onderzoek ernaar kan verrichten, lijkt op dit punt een wijziging te hebben plaatsgevonden, waarbij in de praktijk en literatuur steeds meer de nadruk is komen te liggen op het beginsel van partijautonomie.<sup>63</sup> Door de Nederlandse rechter wordt immers een arbitraal vonnis of bindend advies ook vernietigd wegens schending van de opdracht wanneer arbiters of bindend advi-

seurs feiten hebben aangevuld.<sup>64</sup> Het gebruik van eigen wetenschap en het onderzoek ter verkrijging daarvan wordt dan ook bij arbitrage en bindend advies in beginsel begrensd door het verbod om feiten aan te vullen. Dit betekent dat de aan arbiters of bindend adviseurs gegeven opdracht meebrengt dat zij deze wetenschap niet aan de beslissing ten grondslag mogen leggen wanneer deze evident in strijd is met hetgeen partijen in de procedure hebben aangevoerd. Wanneer de eigen wetenschap een aanvulling is die in lijn is met de stellingen van partijen, dan is in mijn ogen niet snel sprake van een opdrachtschending. Ik ontleen dit criterium aan een uitspraak van rechtbank Amsterdam, waarin de vraag aan de orde was of het scheidsgerecht de opdracht had geschonden wegens aanvulling van feiten.<sup>65</sup> Eenzelfde criterium hanteerde ook het Oberlandesgericht in de hiervoor in paragraaf 4.3 besproken uitspraak. Het Oberlandesgericht heeft immers ook geen opdrachtschending aangenomen vanwege het feit dat een van partijen in de processtukken naar de door het scheidsgerecht geraadpleegde website heeft verwezen.<sup>66</sup> Vereist is wel dat partijen zich over het betreffende feit hebben kunnen uitlaten. Anders is sprake van een schending van het hiervoor in paragraaf 4.3 besproken beginsel van hoor en wederhoor.

Van een schending van de opdracht zal geen sprake zijn wanneer partijen ermee hebben ingestemd dat het arbiters en bindend adviseurs is toegestaan eigen wetenschap ten grondslag te leggen aan de beslissing en/of eigen onderzoek te verrichten ter verkrijging van die wetenschap. In de buitenlandse rechtspraak is wel aangenomen dat partijen hebben ingestemd met het gebruik van eigen wetenschap wanneer betreffende arbiters zijn benoemd vanwege specifieke deskundigheid.<sup>67</sup> Een bevoegdheid tot het gebruik van eigen wetenschap of het verrichten van eigen onderzoek laat overigens onverlet dat het beginsel van hoor en wederhoor kan worden geschonden als partijen zich niet hebben kunnen uitlaten over de feiten uit eigen wetenschap die door arbiters ten grondslag zijn gelegd aan de beslissing (zie par. 4.3).

60 Zie High Court of Justice, Business and Property Courts in Manchester Circuit Commercial Court 30 november 2018, 2018 WL 06310565 (*Flectwood Wanderers Ltd v. AFC Fylde Ltd*).

61 Zie Oberlandesgericht Frankfurt am Main 25 maart 2023, ECLI:DE:OLGHE:2021:0325. Zie ook Courtney Lotfi & Isabel Lightbody, 'Arbitrators' independent research in arbitration: Permissible or problematic?', in: Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), *SchiedsVZ | German Arbitration Journal*, Kluwer Law International 2022, Volume 20 Issue 4, p. 224.

62 Zie Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/67.

63 Zie H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4.2.5; G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4j; Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/67.

64 Zie Rb. Utrecht 13 februari 1935, ECLI:NL:RBUTR:1935:25; HR 1 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2019, *NJ* 1957/210; Rb. Amsterdam 27 november 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AS3630, *BR* 2004/46, r.o. 7; Hof Amsterdam 28 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU7487, *NJF* 2005/427, r.o. 4.9; Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6030, r.o. 3.8; Rb. Amsterdam 12 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2399, r.o. 4.8.

65 Zie Rb. Amsterdam 12 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2399, r.o. 4.8.

66 Zie Oberlandesgericht Frankfurt am Main 25 maart 2023, ECLI:DE:OLGHE:2021:0325. Zie ook Lotfi & Lightbody 2022, p. 224.

67 Zie bijv. English Court of Appeal 6 mei 1981, *Fisher v. PG Wellfair Ltd* [1981] 2 Lloyds Rep 514; Court of Appeal Wellington (New Zealand) 17 juni 2004, [2004] 3 NZLR 454, r.o. 156-157; English High Court 1 oktober 2003, *St. George's Inv. Co. v. Gemini Consulting Ltd* [2004] EWHC 2353 (Ch), r.o. 24; English High Court (Technology & Construction Court) 4 april 2007, *JD Wetherspoon plc v. Jay Mar Estates* [2007] EWHC 856, r.o. 10-13; High Court, Court of First Instance, Hong Kong Special Administrative Region of China 10 februari 2009, [2009] HKCFI 94, *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co. Ltd and Another*, r.o. 23-26.



## 5. Voorwaarden voor gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van onderzoek ter verkrijging van eigen wetenschap

### 5.1 Belang van gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van zelfstandig onderzoek naar de feiten door arbiters en bindend adviseurs

Wat betreft arbiters die zijn benoemd vanwege hun specifieke deskundigheid neemt de Hoge Raad in de beschikking in de zaak *Aegon/N.* tot uitgangspunt dat zij deze deskundigheid slechts kunnen inzetten ter beoordeling van het bewijs, maar dat het aan partijen is om het bewijs aan te dragen en dat arbiters zich beperken tot de beoordeling van het bewijs. Ik ben van mening dat het van belang is dat arbiters of bindend adviseurs die vanwege bepaalde kennis en deskundigheid worden benoemd, of dit nu materiedeskundigheid of kennis en ervaring met de beslechting van een bepaald type geschillen is, gebruik kunnen maken van eigen wetenschap of in dit verband onderzoek kunnen doen. Wanneer dit niet zou zijn toegestaan, zou het voordeel van deskundige arbiters beperkt blijven tot het begrijpen en beoordelen van stellingen, rapporten, tekeningen en berekeningen en het in dat verband stellen van de juiste vragen om zo te komen tot correcte feitenvaststelling, en is het voordeel van de deskundigheid binnen een scheidsrecht of bindendadviescollege beperkt. Om te voorkomen dat een arbitraal vonnis of een bindend advies niet geldig of afdwingbaar is, kan slechts onder voorwaarden gebruik worden gemaakt van eigen wetenschap en feitelijk onderzoek door arbiters en bindend adviseurs. Hiermee moet worden voorkomen dat de hiervoor in paragraaf 4 geschetste risico's zich voordoen.

### 5.2 Voorwaarden voor het gebruik van eigen wetenschap door arbiters en bindend adviseurs

Om te voorkomen dat een arbitraal vonnis of bindend advies niet geldig of afdwingbaar is wegens schending van de opdracht vanwege het gebruik van eigen wetenschap is in mijn ogen vereist dat partijen met het gebruik hiervan door arbiters en bindend adviseurs hebben ingestemd. Deze instemming kan naar mijn mening stilzwijgend geschieden. In de buitenlandse rechtspraak is uitdrukkelijk overwogen dat wanneer arbiters met specifieke deskundigheid door partijen zijn benoemd, er sprake is van instemming met het gebruik van eigen wetenschap waarvan men in redelijkheid mag verwachten dat de betreffende arbiters daarover beschikken.<sup>68</sup> Ook de Hoge Raad lijkt deze lijn te volgen in zijn beschikking in de zaak *Aegon/N.* De Hoge Raad overweegt immers in deze beschik-

king dat als arbiters zijn benoemd juist met het oog op hun specifieke deskundigheid het voor de hand ligt dat een deskundigenbericht in veel gevallen overbodig is omdat zij zich dan zelfstandig een oordeel kunnen vormen.<sup>69</sup>

In de buitenlandse rechtspraak is door sommige rechters wel beslist dat wanneer arbiters met specifieke deskundigheid door partijen zijn benoemd er niet alleen sprake is van instemming met het gebruik van eigen wetenschap waarvan men in redelijkheid mag verwachten dat een arbiter daarover beschikt, maar dat in dat geval ook het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht hoeft te worden genomen.<sup>70</sup> Deze rechtspraak zou, zo meen ik, om verschillende redenen niet moeten worden gevolgd. De eerste reden is dat de eigen wetenschap bewijslevering vervangt. Om die reden moet naar mijn mening juist wel het beginsel van hoor en wederhoor in acht worden genomen. Wanneer bewijslevering plaats zou vinden door deskundigen krijgen partijen immers ook de gelegenheid om hierop te reageren. Daarnaast vraag ik mij af of de beslissingen van de buitenlandse rechter wel EHRM-proof zijn. Partijen hebben in mijn ogen ook geen afstand gedaan van het beginsel van hoor en wederhoor doordat zij hebben gekozen het geschil voor te leggen aan een arbiter met specifieke deskundigheid. Met de enkele keuze voor beslechting van een geschil door een ander dan de overheidsrechter wordt weliswaar afstand gedaan van het recht op toegang tot de overheidsrechter, maar niet ook van de overige waarborgen die zijn neergelegd in art. 6 EVRM.<sup>71</sup> Voor het gebruik van eigen wetenschap waarmee feiten worden toegevoegd aan het gevoerde debat dient in mijn ogen dan ook niet slechts de voorwaarde van instemming door partijen te gelden, maar ook de voorwaarde dat arbiters en bindend adviseurs deze feiten met partijen bespreken en partijen in de gelegenheid stellen zich daarover uit te laten zoals ook bij de overheidsrechter het geval is, zodat een verrassingsbeslissing wordt voorkomen.<sup>72</sup> Met deze laatste voorwaarde wordt het risico dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid (par. 4.2) en het beginsel van hoor en wederhoor worden geschonden (par. 4.3) en een arbitraal vonnis of bindend advies om die redenen niet geldig of afdwingbaar is, zo veel mogelijk beperkt.

### 5.3 Voorwaarden voor het verrichten van zelfstandig onderzoek naar de feiten door arbiters en bindend adviseurs

Aan het doen van eigen onderzoek heeft de Hoge Raad in de zaak *Aegon/N.* striktere eisen gesteld. Voor arbiters met specifieke deskundigheid kan onderzoek naar de feiten noodzakelijk zijn om zelfstandig een oordeel te kunnen vormen. Hiertoe mogen zij onder voorwaarden overgaan. Allereerst dienen partijen op niet voor misverstand vatbare wijze met het doen

68 Zie bijv. English Court of Appeal 6 mei 1981, *Fisher v. PG Wellfair Ltd* [1981] 2 Lloyds Rep 514; Court of Appeal Wellington (New Zealand) 17 juni 2004, [2004] 3 NZLR 454, r.o. 156-157; English High Court 1 oktober 2003, *St. George's Inv. Co. v. Gemini Consulting Ltd* [2004] EWHC 2353 (Ch), r.o. 24; English High Court (Technology & Construction Court) 4 april 2007, *JD Wetherspoon plc v. Jay Mar Estates* [2007] EWHC 856, r.o. 10-13; High Court, Court of First Instance, Hong Kong Special Administrative Region of China 10 februari 2009, [2009] HKCFI 94, *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co. Ltd and Another*, r.o. 23-26.

69 Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*), r.o. 3.3.4.

70 Zie English Court of Appeal 6 mei 1981, *Fisher v. PG Wellfair Ltd* [1981] 2 Lloyds Rep 514; Court of Appeal Wellington (New Zealand) 17 juni 2004, *Methanex Motunui Ltd v. Spellman* [2004] 3 NZLR 454; Oberlandesgericht Köln 21 november 2008, 19 Sch 12/08.

71 Zie Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernst 8 2023/34.

72 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2023/96.

van eigen onderzoek door de arbiter(s) te hebben ingestemd. Dit instemmingsvereiste lijkt strikter dan het zojuist besproken instemmingsvereiste bij het gebruik van eigen wetenschap. Ingeval partijen hebben ingestemd met het onderzoek naar de feiten zal het risico dat arbiters of bindend adviseurs de opdracht schenden (zie par. 4.4) en een arbitraal vonnis of bindend advies daarom niet geldig of afdwingbaar is, zich niet snel voordoen nu arbiters gebruik maken van een door partijen aan hen verstrekte bevoegdheid. Ten tweede moet het onderzoek in overeenstemming met de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht plaatsvinden, tenzij partijen vooraf op niet voor misverstand vatbare wijze te kennen hebben gegeven dat en in hoeverre zij van de aan deze waarborgen en fundamentele beginselen te ontnemen bescherming afstand doen. In het kader van deze tweede voorwaarde overweegt de Hoge Raad dat een arbitraal geding als geheel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces en het onderzoek van de arbiter 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 van dit onderzoek te controleren en zich daarover uit te laten. Daarom zullen arbiters vooraf zo nauwkeurig mogelijk aan partijen kenbaar moeten maken hoe zij van plan zijn te werk te gaan en partijen daarin moeten betrekken, waarbij de arbiter strikt de hand moet houden aan de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor, en in het bijzonder, als daarom wordt verzocht, de reële mogelijkheid moet geven de resultaten van zijn onderzoek ter discussie te stellen, tenzij partijen ook hiervan op voorhand hebben afgezien en hebben afgesproken dat het op eigen onderzoek gebaseerde oordeel van een scheidsrecht zonder meer beslissend is.<sup>73</sup> Met naleving van deze tweede voorwaarde kan worden voorkomen dat een arbitraal vonnis of bindend advies niet geldig of afdwingbaar is wegens schending van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid (par. 4.2) en het beginsel van hoor en wederhoor (par. 4.3).

Uit het eerder besproken arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2023 (zie par. 4.2 en 4.3), waar het ging om de vaststelling bij bindend advies van de waardevermeerdering van het gehuurde door twee taxateurs, leid ik af dat deze voorwaarden ook gelden wanneer bindend adviseurs zelfstandig onderzoek verrichten naar de feiten. De Hoge Raad acht immers van belang bij de beoordeling of het bindend advies moest worden vernietigd de omstandigheid dat de opdrachtnemers aan de hand van hun expertise tot een gezamenlijke vaststelling komen van de te vergoeden waardevermeerdering, en de bindend adviseurs rekening houden met de belangen van alle opdrachtgevers en het beginsel van hoor en wederhoor toepassen.<sup>74</sup>

De rechtspraak van de Hoge Raad roept echter wel de nodige vragen op. Zo neemt de Hoge Raad de arbiter met specifieke deskundigheid en de bindend adviseur die gebruik maakt van diens expertise tot uitgangspunt. Voor die arbiters

en bindend adviseurs geldt dat zij zich een zelfstandig oordeel kunnen vormen en wanneer hiervoor onderzoek nodig is zij dit zelfstandig kunnen verrichten. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de rechtspraak van de Hoge Raad zich beperkt tot zogenaamde materiedeskundigheid (zie par. 2).<sup>75</sup> In deze zaken werd beslist door medici respectievelijk taxateurs onroerend goed. Ik meen dat de specifieke deskundigheid ruimer zou moeten worden opgevat en hieronder ook arbiters en bindend adviseurs moeten worden begrepen die worden benoemd vanwege de specifieke kennis van een bepaald rechtsgebied en de daar geldende handelsgebruiken. Zo geldt bijvoorbeeld voor arbiters die deskundig zijn op het gebied van het verzekeringsrecht dat zij kennis hebben van de daar geldende gebruiken, waardoor zij precies weten waar de crux zit bij verzekeringsrechtelijke geschillen en daarmee naar welke feiten onderzoek moet worden gedaan om tot een beslissing te komen.

Een andere vraag die rijst is wanneer aan het door de Hoge Raad geformuleerde instemmingsvereiste is voldaan. De Hoge Raad heeft overwogen dat de instemming met het feitelijk onderzoek door arbiters op niet voor misverstand vatbare wijze moet plaatsvinden. Uit deze bewoordingen volgt dat uit het enkele feit dat partijen arbiters hebben benoemd met specifieke deskundigheid niet mag worden afgeleid dat partijen ook hebben ingestemd met het verrichten van onderzoek naar de feiten door deze arbiters. In lijn met buitenlandse rechtspraak zou ik willen bepleiten dat dit wel het geval is wanneer een dergelijke bevoegdheid is neergelegd in een arbitrage- of bindendadviesreglement waarmee partijen hebben ingestemd. In de hiervoor besproken Duitse zaak is bijvoorbeeld aangenomen dat art. 25 ICC Arbitragereglement 2021 een bepaling is op grond waarvan het arbiters is toegestaan onderzoek op het internet te verrichten. Dit was voor de Duitse rechter een zelfstandig dragende grond om aan te nemen dat geen sprake was van een opdrachtschending.<sup>76</sup> Deze bepaling wordt in de commentaren overigens beperkter uitgelegd.<sup>77</sup> In de buitenlandse literatuur en rechtspraak wordt ook aan bepalingen in andere arbitragereglementen een bevoegdheid van arbiters tot het doen naar onderzoek naar de feiten ontleend.<sup>78</sup> Voorbeelden hiervan zijn art. 22.1 onder (iii) LCIA Arbitration Rules 2020 en art. 43 CIETAC Arbitration Rules 2015. In de reglementen van de Nederlandse arbitrage- en bindendadviesinstituten

<sup>75</sup> De commentaren op de uitspraak *Aegon/N.* richten zich met name op de vakdeskundigen die als arbiter optreden. Zie H.J. Sniijders, noot bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177 (*Aegon/N.*), nr. 2d en T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *BR* 2007/214.

<sup>76</sup> Zie Oberlandesgericht Frankfurt am Main 25 maart 2023, ECLI:DE:OLGHE:2021:0325.

<sup>77</sup> Zie Herman Verbist, Erik Schäfer & Christoph Imhoos, *ICC arbitration in practice* (Second Edition), Kluwer Law International 2015, p. 139-140; Kirstin Dodge, 'Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 25 [Establishing the facts of the case]', in: Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Second Edition), Kluwer Law International 2018, p. 2353.

<sup>78</sup> Zie Giovannini 2015, p. 64-66. Zie ook England and Wales High Court (Commercial Court) 12 mei 2006, *Norbrook Labs. Ltd v. Tank* [2006] EWHC 1055.

<sup>73</sup> Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Sniijders en J. Legemaate (*Aegon/N.*).

<sup>74</sup> Zie HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:822, *JBPr* 2023/52, m.nt. P.E. Ernste, r.o. 3.6-3.7.

ontbreken echter vergelijkbare bepalingen. Als gevolg hiervan zal het arbiters en bindend adviseurs in de praktijk niet snel zijn toegestaan om onderzoek te verrichten naar de feiten.

Tot slot zijn in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst bij de voorwaarde dat voorafgaand, tijdens en na het onderzoek het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet worden genomen. Zo is door Snijders opgemerkt dat de eis dat voorafgaand aan het onderzoek partijen zich mogen uitlaten over de door de deskundige te hanteren methode te veel gevraagd is van de praktijk.<sup>79</sup> Alhoewel het begrijpelijk is dat de Hoge Raad heeft willen aansluiten bij de regeling van het deskundigenbewijs, op grond waarvan partijen zich voorafgaand mogen uitlaten over de aan de deskundige te verstrekken opdracht (art. 1042 lid 1 Rv), lijkt Nederland hiermee wel internationaal uit de pas te lopen. Uit de buitenlandse rechtspraak blijkt slechts dat wanneer arbiters zelfstandig onderzoek verrichten de eis wordt gesteld dat partijen de mogelijkheid moeten krijgen om na het onderzoek te reageren. Met Snijders ben ik het eens dat partijen ook op dat moment in voldoende mate kunnen reageren op de door arbiters of bindend adviseurs te hanteren onderzoeksmethode en het niet noodzakelijk is dat dit voorafgaand aan het onderzoek geschiedt om te voldoen aan het beginsel van hoor en wederhoor. Over het algemeen zal in de praktijk echter, zoals ook de Duitse uitspraak illustreerde, de onderzoeksmethode onderdeel uitmaken van het partijdebat. In dit kader kan ook worden gedacht aan de waardebepaling van aandelen, waarbij veelal aan de hand van uitleg van de overeenkomst moet worden bepaald op welke wijze de aandelen moeten worden gewaardeerd.

Door Giessen is opgemerkt dat het de vraag is of toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor wel invloed heeft op de beslissing van arbiters, omdat deze niet snel geneigd zullen zijn terug te komen op hun eerdere oordeel.<sup>80</sup> Dit is in mijn ogen te generiek. De reactie van partijen op het oordeel zal over het algemeen essentiële stellingen van partijen betreffen. Hierop dienen arbiters en bindend adviseurs uitdrukkelijk in de motivering van de beslissing te responderen. De motivering van de beslissing wordt ook gezien als een middel ter controle van de beslissing. Wanneer arbiters en bindend adviseurs de beslissing moeten opschrijven rekening houdend met de door partijen ingenomen essentiële stellingen kan dit wel degelijk tot een ander oordeel leiden. Deze door de Hoge Raad geformuleerde beschermingsmaatregel, die ook in de buitenlandse rechtspraak als voorwaarde wordt gesteld, is naar mijn mening dan ook zinvol.

## 6. Conclusie

De mogelijkheid om arbiters of bindend adviseurs met bepaalde deskundigheid te benoemen, wordt gezien als een kenmerkend voordeel van arbitrage en bindend advies. In oudere arbitrageliteratuur wordt hieraan gekoppeld dat deze arbiters gebruik mogen maken van eigen wetenschap en zelf feitelijk onderzoek kunnen verrichten om zo bewijslevering te voorko-

men. Op dit punt heeft een wijziging in het denken plaatsgevonden en is steeds meer de nadruk komen te liggen op het beginsel van partijautonomie. Hiermee kan afbreuk worden gedaan aan het belangrijke voordeel van deskundigheid in het scheidsgerecht of bindendadviescollege. Ik ben van mening dat het van belang is dat arbiters of bindend adviseurs die vanwege bepaalde kennis en deskundigheid worden benoemd gebruik kunnen maken van eigen wetenschap of in dit verband onderzoek kunnen doen. Wanneer dit niet zou zijn toegestaan, zou het voordeel van deskundige arbiters beperkt blijven tot het begrijpen en beoordelen van stellingen, rapporten, tekeningen en berekeningen en het in dat verband stellen van de juiste vragen om zo te komen tot correcte feitenvaststelling, en is het voordeel van de deskundigheid binnen een scheidsgerecht of bindendadviescollege beperkt.

Het gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van feitelijk onderzoek zijn echter niet zonder risico's. Uit Nederlandse en buitenlandse rechtspraak en literatuur volgt dat de kans bestaat dat een arbitraal vonnis of bindend advies niet geldig of afdwingbaar is wegens schending van de opdracht, het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid of het beginsel van hoor en wederhoor. Er moeten daarom nadere voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van eigen wetenschap en het doen van feitelijk onderzoek om te voorkomen dat deze schendingen plaatsvinden. Het gebruik van eigen wetenschap, waardoor feiten worden toegevoegd aan het gevoerde debat, is naar mijn mening in het licht van deze schendingen slechts toegestaan wanneer (1) partijen hebben ingestemd met het gebruik van eigen wetenschap en (2) arbiters en bindend adviseurs deze feiten met partijen hebben besproken en partijen in de gelegenheid hebben gesteld zich daarover uit te laten. Wat betreft het verrichten van feitelijk onderzoek heeft de Hoge Raad in de beschikking in de zaak *Aegon/N.* nadere voorwaarden gesteld waaronder dit kan geschieden. Arbiters die zijn benoemd vanwege hun specifieke deskundigheid kunnen onder voorwaarden onderzoek doen naar de feiten die noodzakelijk zijn om een zelfstandig oordeel te kunnen vormen: (1) partijen dienen op niet voor misverstand vatbare wijze met het doen van eigen onderzoek door de arbiter(s) te hebben ingestemd; en (2) het onderzoek dient in overeenstemming met de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht plaats te vinden, tenzij partijen vooraf op niet voor misverstand vatbare wijze te kennen hebben gegeven dat en in hoeverre zij van de aan deze waarborgen en fundamentele beginselen te ontnemen bescherming afstand doen. Hiermee heeft de Hoge Raad verdergaande beschermingsmaatregelen getroffen dan in de buitenlandse rechtspraak is gedaan.

In lijn met buitenlandse rechtspraak heb ik bepleit dat aan het instemmingsvereiste voor het gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van feitelijk onderzoek is voldaan wanneer dergelijke bevoegdheden zijn neergelegd in een arbitrage- of bindendadviesreglement waarmee partijen hebben ingestemd. In de reglementen van de Nederlandse arbitrage- en bindendadviesinstituten ontbreken echter vergelijkbare bepalingen. Als gevolg hiervan zal het arbiters en bindend adviseurs in de praktijk niet snel zijn toegestaan om onderzoek te

<sup>79</sup> Zie Snijders, noot bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177 (*Aegon/N.*), nr. 2d.

<sup>80</sup> Zie Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/269.

verrichten naar de feiten. Hiermee wordt afbreuk gedaan aan het belangrijke voordeel van deskundigheid in het scheidsgerecht of bindendadviescollege. Ik roep daarom de Nederlandse arbitragegemeenschap op om met elkaar in gesprek te gaan over de vraag of in de reglementen van de Nederlandse instituten een bevoegdheid tot gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van feitelijk onderzoek moet worden neergelegd. De Hoge Raad heeft met de in de beschikking in de zaak *Aegon/N.* geformuleerde voorwaarden een kader gegeven om te voorkomen dat arbiters en bindend adviseurs hun eigen gang gaan en zich op gevaarlijk terrein gaan begeven bij het gebruik van eigen wetenschap en het verrichten van feitelijk onderzoek.