

De accountant als scheidsrechter?

Over de mogelijke rol van de accountant in arbitrage

Drs. H. H. H. Wieleman

Inleiding¹

Partijen in een zakelijke transactie kunnen besluiten om een commercieel geschil langs de weg van arbitrage te laten beslissen. Dergelijke geschillen kunnen zich onder andere voordoen bij overnamesituaties en in handelstransacties. Op grond van zijn financiële deskundigheid kan een registeraccountant gevraagd worden om als arbiter op te treden. In dit overzichtsartikel wordt aangegeven wat arbitrage is en welke rol een accountant in arbitrage kan spelen. Daarnaast worden enige attentiepunten in het arbitrageproces behandeld.

De volgende onderwerpen komen aan de orde:

- 1 Wat is arbitrage?
- 2 De accountant en arbitrage.
- 3 Benoeming en aanvaarding van de opdracht.
- 4 De behandeling van het geschil.
- 5 Het vonnis.
- 6 De opdracht tot fact finding.

1 Wat is arbitrage?

1.1 Inhoud en toepassingsgebied

Bij arbitrage verzoeken de partijen aan een ander dan de gewone rechter om in een commercieel geschil vonnis te wijzen. De partijen benoemen één of meer arbiters en kunnen zelf regels geven voor de procedure. Of in een commercieel geschil gekozen wordt voor arbitrage is afhankelijk van de branche en het onderwerp. Arbitrage wordt vaak toegepast in de internationale handel als methode voor het oplossen van conflicten. Ook buiten de handel wordt nogal eens voor arbitrage gekozen, bijvoorbeeld bij disputen in de bouw-

sector. Daarnaast wordt arbitrage toegepast bij de bepaling van de omvang van een schade en de vaststelling van een koopprijs of tarieven. Zo kunnen ook de bepaling van een overnameprijs, een beroep op balansgaranties en de beoordeling of overeengekomen grondslagen voor de waardering van activa en passiva juist zijn toegepast voor arbitrage in aanmerking komen.

Arbitrage biedt het voordeel dat het ruimte laat voor een meer informele oplossing van geschillen. Door bij het aangaan van een transactie de mogelijkheid tot arbitrage overeen te komen, kunnen partijen voorkomen dat in de overeenkomst een groot aantal contractrisico's met een hoge mate van detail geregeld dient te worden. Als partijen zelf één of meer materiedeskundigen benoemen om in hun zakelijk geschil te beslissen kan dit zowel de snelheid als de kwaliteit van de oplossing ten goede komen. Daarnaast kunnen partijen prijs stellen op de grotere beslotenheid van arbitrage boven de overheidsrechtspraak. Overigens zal in veel gevallen een commercieel geschil worden voorgelegd aan de gewone rechter ter beoordeling. Indien echter een afspraak bestaat tussen partijen dat een conflict tussen hen beslist zal worden door een arbitrale procedure, dan is de weg naar de overheidsrechter afgesloten.

1.2 Wettelijk kader

Ten aanzien van arbitrage geldt een aantal wettelijke bepalingen. De bepalingen zijn sinds 1986 vastgelegd in de artikelen 1020 tot en met 1076

Drs. H. H. H. Wieleman studeerde Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; postdoctoraal Accountancy en EDP-accountant in Rotterdam; vennoot in Arthur Andersen & Co., Rotterdam.

van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Op grond van de wet hebben partijen echter op ruime schaal de gelegenheid afwijkende regelingen te treffen. De wettelijke bepalingen moeten een zorgvuldige arbitrageprocedure waarborgen.

1.3 Arbitrage versus bindend advies

Zoals genoemd gelden er voor arbitrage diverse vormvoorschriften. Partijen kunnen evenwel kiezen voor een alternatieve vorm van conflictbeslechting, te weten bindend advies. Bindend advies is een uitspraak van een derde (de bindend adviseur) waarbij partijen vooraf overeengekomen zijn zich naar die uitspraak te zullen gedragen. De procedure voor bindend advies is beduidend informeler dan voor arbitrage; er zijn geen wettelijke regels voor bindend advies. Voor de wijze van benoeming van de bindend adviseur, de wijze van behandeling en de vormgeving van de beslissing gelden geen wettelijke voorschriften.²

Voor de niet-jurist die als scheidsrechter optreedt lijkt een optreden als bindend adviseur de voorkeur te genieten boven het optreden als arbiter. Echter de rechtspraak tendeeft ernaar om aan bindend adviesprocedures dezelfde kwaliteits-eisen te stellen als aan arbitrage. De eisen welke gelden ten aanzien van een zorgvuldige uitvoering van arbitrage zal een accountant ook bij het uitbrengen van bindend advies in acht moeten nemen.

Het ontbreken van een duidelijke algemene regeling voor bindend advies kan bij partijen leiden tot een voorkeur voor de wel geregelde arbitrageprocedure. In dit artikel wordt niet verder ingegaan op het bindend advies.

1.4 Soorten arbitrages

Arbitrages zijn te onderscheiden in institutionele arbitrage en ad hoc arbitrage. Bij institutionele arbitrage komen partijen overeen om hun geschil voor te leggen aan een vast scheidsgerecht zoals het Nederlands Arbitrage Instituut, een internationaal arbitrage-instituut of een arbitrage-instituut voor een bepaalde branche.³ In ad hoc arbitrage formeren partijen voor een bepaalde zaak zelf een scheidsgerecht. Volgens het Nederlands arbitrage-gerecht kan alleen een natuurlijk persoon als arbi-

ter worden benoemd. Het scheidsgerecht heeft altijd een oneven aantal arbiters en kan ook uit één arbiter bestaan. De keuze voor één of meer arbiters is aan partijen. De internationale aspecten van arbitrage blijven in dit artikel buiten beschouwing.⁴

2 De accountant en arbitrage

2.1 Bijzonder onderzoek

Een registeraccountant is gewend om oordelen uit te spreken over onderwerpen die binnen het veld van zijn deskundigheid vallen. Deze uitspraken worden in de eerste plaats gedaan ten behoeve van opdrachtgevers. Het is aan de leiding van een organisatie of andere belanghebbers om al dan niet conclusies te trekken uit het oordeel van een accountant. In arbitrage geeft de arbiter echter een beslissing in een geschil welke door de betrokken partijen nageleefd dient te worden. Als een accountant de rol van arbiter aanvaardt plaatst hij zich daarmee tussen de strijdende partijen in de arena. Deze positie stelt bijzondere eisen bij de aanvaarding en de uitvoering van een dergelijk bijzonder onderzoek.

Alvorens een opdracht tot arbitrage te kunnen aanvaarden zal de accountant dienen vast te stellen dat hij beschikt over voldoende deskundigheid voor de opdracht en dat is voldaan aan de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

2.2 Deskundigheid

Op grond van zijn opleiding en ervaring zal de registeraccountant beschikken over kennis van de bedrijfseconomie en waarderingsgrondslagen alsmede over expertise op het gebied van financiële analyse en evaluatie. Deze kwaliteiten kunnen nuttig zijn in arbitragezaken in het bijzonder bij waarderings- en in schadebepalingen. Om te kunnen vaststellen of hij over het onderwerp van het dispuut voldoende deskundigheid beschikt moeten de zaak en de eisen voldoende duidelijk voorliggen. Overigens heeft de arbiter het wettelijk recht om naar behoefte andere deskundigen te raadplegen. Daarbij kan het gaan om juridische advisering maar ook om technisch-inhoudelijke advisering van bijvoorbeeld een actuaris, een taxateur, een schade-expert of een technicus.

2.3 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

De Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants bevatten bepalingen met betrekking tot de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de registeraccountant.⁵ Deze eisen gelden ook ten aanzien van het werk van de registeraccountant die optreedt als arbiter. De wet stelt de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid op straffe van wraking (diskwalificatie) (artikel 1033). Ook wordt de arbiter voorgeschreven om bij zijn vermoeden dat hij zou kunnen worden gewraakt dit schriftelijk mee te delen aan degene die hem heeft aangezocht dan wel aan beide partijen als zijn benoeming reeds heeft plaatsgevonden. Het is evident dat de arbiter het risico moet voorkomen dat zijn beslissing wordt vernietigd op grond van feitelijke of veronderstelde partijdigheid, het ontbreken van onafhankelijkheid of dat hij reeds eerder op grond van wraking terzijde wordt geschoven.

Als een accountant een benoeming tot enig arbiter in een zaak wil aanvaarden dan dient hij niet bij één van de partijen in een attestfunctie betrokken te zijn. Ook een andere vaste relatie met één of beide partijen kan de benoeming tot enig arbiter bezwaarlijk maken. Dit geldt ook bij een relatie van zijn kantoorverband met één of beide partijen.

Het risico voor partijdig of afhankelijk te worden gehouden is groot in de situatie van partij-arbitrage. Bij partij-arbitrage benoemen partijen ieder één of meer arbiters, waarna een derde, of de aldus benoemde 'partij-arbiters' samen een laatste arbiter als voorzitter benoemen. De gedachte zou kunnen opkomen dat de direct door partijen benoemde arbiters als pleitbezorgers optreden. Deze gedachte ligt zelfs voor de hand indien de accountant, of zijn kantoorverband, een zakelijke relatie heeft met de door hem benoemde partij. Voor alle arbiters geldt weliswaar de wettelijke eis van onpartijdigheid en onafhankelijkheid maar er bestaat een belangrijk risico dat de accountant die door een partij is benoemd voor partijdig of afhankelijk wordt gehouden. In de aanvaarding van een benoeming door een zakelijke relatie zou daarom terughoudendheid in acht moeten worden genomen.

Feiten en omstandigheden welke op een eventuele tegengesteldheid van belangen van de arbiter kunnen wijzen dienen door hem kenbaar te worden gemaakt. Overigens zijn de eisen welke aan de accountant-arbiter ten aanzien van deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid moeten worden gesteld niet anders dan die welke gelden voor een niet-accountant die als arbiter optreedt.

3 Benoeming en aanvaarding van de opdracht

3.1 Benoeming

De arbiter of arbiters worden benoemd op de wijze welke partijen zijn overeengekomen. Indien geen wijze van benoeming is overeengekomen worden de arbiters door de partijen gezamenlijk benoemd. Bij institutionele arbitrage geschiedt de benoeming volgens het gekozen arbitragereglement.

Een accountant zal het risico beoordelen dat de betrokkenheid bij de arbitrage kan leiden tot schade aan de reputatie van hemzelf of zijn kantoorverband. Dit niet het minst door het risico dat een van de partijen zich met een beroep op procedurefouten niet bij het vonnis wenst neer te leggen. De accountant zal nagaan hoe de arbitrageactiviteit zich verhoudt tot zijn (eventuele) beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

3.2 De bevoegdheid om te arbitreran

De arbiter wordt gevraagd om een uitspraak te doen in een aan hem voorgelegde zaak. De zaak kan worden voorgelegd door de eiser of door de beide partijen gezamenlijk. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat het scheidsgerecht is gerechtigd, over zijn bevoegdheid te oordelen (artikel 1052-1). Daarbij zal het scheidsgerecht onderzoeken of er sprake is van een rechtsgeldig arbitragegeding.⁶

3.3 De opdrachtbevestiging

De accountant die als arbiter optreedt zal de opdracht vastleggen in een opdrachtbevestiging. Daarin worden de onderwerpen omschreven waarover de arbiter een oordeel moet vellen. Tevens worden de procedures aangegeven

welke in de zaak door partijen in acht moeten worden genomen, het recht dat van toepassing is en, bijvoorbeeld, welke waarderingsgrondslagen als toetssteen zullen gelden. De vorm van de rapportage en het tijdspad zullen worden opgenomen. Tevens wordt melding gemaakt van afspraken ten aanzien van de inschakeling van derdensdeskundigen en te betalen voorschotten.

Zoals reeds aangegeven kan volgens het Nederlands arbitragerecht alleen een natuurlijk persoon als arbiter worden benoemd. Daardoor kan een opdracht niet aan een kantoorverband worden verleend. Binnen een kantoorverband zullen afspraken bestaan wie binnen het kantoorverband bevoegd zijn om als arbiter op te treden. De accountant zal in de uitvoering van de werkzaamheden kunnen steunen op collegiaal overleg en zonodig op ondersteunende staf.

3.4 Honorarium

Voordat een arbiter zijn werkzaamheden aanvangt zal er een adequate regeling moeten zijn ten aanzien van zijn honorarium en de betaling daarvan. Het is gebruikelijk dat daarbij voorschotten worden gevraagd en dat het vonnis niet beschikbaar wordt gesteld voordat de honoraria zijn voldaan. Het voorschot kan worden gevraagd van de eisende partij dan wel van beide partijen.

4 De behandeling van het geschil

4.1 De procedure

De arbitrage vangt aan met de arbitrage-aanmelding met de eis en een schriftelijk antwoord. Een repliek en dupliek zijn mogelijk evenals een verdere schriftelijke behandeling. Vervolgens worden een of meerdere zittingsdagen gehouden. De zorgvuldigheid vereist dat de procedure is gebaseerd op hoor en wederhoor. De arbiter moet erop toezien dat alle informatie welke partijen aan hem doen toekomen ook en gelijktijdig aan de tegenpartij ter beschikking wordt gesteld. In eventuele hoorzittingen zullen beide partijen tegenwoordig dienen te zijn. Als dit niet zou gebeuren bestaat het risico dat het vonnis wordt gebaseerd op argumenten welke door de tegenpartij niet konden worden weerlegd. De arbiter

moet tevens toezien op een voortvarend verloop van de procedure.

4.2 De kwaliteit van de informatie en eigen onderzoek

In zijn oordeelsvorming maakt de arbiter gebruik van de informatie welke door de partijen aan hem ter beschikking is gesteld. De arbiter zal zich daarbij zonder nadere verificatie mogen baseren op deze informatie indien deze niet door de andere partij is weersproken, nadat daartoe de mogelijkheid bestond.

De arbiter kan partijen verzoeken om additionele informatie te verstrekken of andere deskundigen te raadplegen. Hij zal normaliter geen eigen onderzoek instellen naar de feiten of zelfstandig aanvullend onderzoek verrichten. Een eigen aanvullend onderzoek behoort echter wel tot de mogelijkheden. De conclusies van zo'n onderzoek moeten altijd aan partijen worden voorgelegd waarbij partijen moeten kunnen reageren.

5 Het vonnis

Op basis van de overlegde informatie en de argumenten van partijen is het de taak van het scheidsgerecht om vonnis te wijzen. Dit vonnis kan bijvoorbeeld betrekking hebben op een financiële vergoeding, een opdracht om een contract na te leven of op procedures welke de partijen in acht moeten nemen bij toekomstige transacties onder een bestaand contract.

Het vonnis van de arbiter dient schriftelijk te worden uitgebracht. De uitspraak kan onder andere omvatten een kort overzicht van de procedure, een weergave van de vordering en, zo die is ingesteld, van de tegenvordering. In het vonnis moeten, naast de beslissing, de gronden voor de in het vonnis gegeven beslissing zijn opgenomen. De uitvoerigheid van het vonnis en de mate waarin in detail wordt getreden staan ter beoordeling van de arbiters. De accountant dient erop bedacht te zijn dat hij in de motivering van de uitspraak mogelijk geassocieerd wordt met jaarrekeningen die in de zaak een rol spelen. In dat geval zou uit het vonnis duidelijk moeten blijken dat door hem geen accountantscontrole op de jaarrekeningen is toegepast!

Het kan bij de bepaling van schadevergoeding en waarderingen onvermijdelijk zijn dat schattingen en veronderstellingen worden gemaakt en dat vakkundige oordeelsvorming een rol speelt. Zolang de arbiter aangeeft welke factoren in zijn overwegingen een rol hebben gespeeld en als hij zorgvuldig te werk is gegaan kan er geen bezwaar bestaan tegen zijn werkwijze.

Het scheidsgerecht kan in elke stand van het geding pogen om tot een vergelijk tussen partijen te komen. Deze mogelijkheid bestaat tot het moment van het wijzen van het vonnis. Partijen kunnen het scheidsgerecht verzoeken om de inhoud van een vergelijk in een arbitraal vonnis vast te leggen.

6 De opdracht tot 'fact finding'

De reden om een registeraccountant als arbiter of bindend adviseur te vragen is veelal zijn specifieke deskundigheid op het terrein van het geschil. Van deze specifieke deskundigheid kan ook gebruik worden gemaakt door de overheidsrechter in een civiele procedure. Het optreden van een registeraccountant als deskundige ten behoeve van de rechter is in ons land niet ongebruikelijk.

Ook een arbiter of een Commissie van Arbitrage kunnen besluiten om voorafgaande aan of tijdens een procedure, een opdracht tot 'fact finding' te geven aan een accountant. De accountant kan een rol vervullen in de verzameling van relevant feitenmateriaal, de samenvatting van deze informatie en de analyse van de cijfers in het kader van het geschil. Ook is het mogelijk dat de accountants van de beide in het geschil betrokken partijen deze opdracht gezamenlijk uitvoeren. Voor het arbitrale team vormt deze vorm van uitbesteding een duidelijke ontlasting van zijn taak. De accountant rapporteert aan de arbiters op basis van zijn specifieke deskundigheid en kan de procedurele vereisten in de arbitrage-opdracht aan meer juridisch geschoolden overlaten. Bij arbitrage in geschillen over constructieprojecten is 'fact finding' door accountants een niet ongebruikelijke fase in de procedure.

7 Samenvatting

Arbitrage is een procedure voor het oplossen van commerciële geschillen welke in bepaalde situaties de voorkeur kan genieten boven een procedure bij de overheidsrechter. Arbitrage door materiedeskundigen kan leiden tot een beter en sneller resultaat dan de gebruikelijke rechtspraak. Arbitrage kan plaatsvinden in de vorm van institutionele arbitrage of ad hoc arbitrage. Ad hoc arbitrage biedt de partijen de mogelijkheid om zelf één of meer arbiters te benoemen en ook zelf de regels te geven voor de arbitrale procedure. Arbitrage conform een bestaand reglement, bijvoorbeeld van het Nederlands Arbitrage Instituut, lijkt te verkiezen boven ongeregelde arbitrage.

In plaats van arbitrage kan gekozen worden voor de procedure van bindend advies. Deze procedure is informeler van aard. De wettelijke eisen welke gelden ten aanzien van een zorgvuldige uitvoering van arbitrage zullen evenwel ook bij het uitbrengen van bindend advies in acht moeten worden genomen.

Een registeraccountant kan de aangewezen persoon zijn om als arbiter op te treden op gebieden die onder zijn deskundigheid vallen. Echter, een accountant is meestal geen jurist en hij loopt dan ook het risico verstrikt te raken in juridische en procedurele voetangels en klemmen. De samenstelling van een Commissie van Arbitrage waarin minimaal een jurist is opgenomen verdient de voorkeur.

Alvorens een opdracht tot arbitrage te accepteren zal de accountant zich bewust moeten zijn van de taak en verantwoordelijkheid van de arbiter. De accountant moet over deskundigheid beschikken op het terrein van het conflict en hem mag geen gebrek aan onpartijdigheid en onafhankelijkheid verweten kunnen worden. Benoeming tot enig arbiter in een zaak waarbij de accountant een zakelijke relatie heeft met één van de partijen lijkt niet wenselijk. Evenzo kan het bezwaarlijk zijn om een benoeming tot arbiter in partij-arbitrage te aanvaarden indien met een van de partijen een zakelijke relatie bestaat.

De accountant kan een nuttige functie vervullen als deskundige ten behoeve van een arbiter of in een fact finding missie welke onderdeel van de arbitrageprocedure kan uitmaken.

In de uitvoering van de procedure moet een uiterste zorgvuldigheid in acht worden genomen. Als dit niet gebeurt loopt de accountant het risico dat door de arbitrage zijn eigen reputatie in het geding komt!

Literatuur

- Prof. Mr. P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Kluwer, Deventer, 1987.
- A. J. van den Berg, R. van Delden en H. J. Snijders, *Arbitragerecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.
- Nederlands Arbitrage Instituut, *Reglement ingaande 1 December 1986*, Rotterdam.
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Boek IV, Titel I en II, artikelen 1020-1076.*
- Nederlands Instituut voor Registeraccountants, *Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants*.

Noten

- 1 De auteur is Prof. Dr. A. J. van den Berg erkentelijk voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Tevens dankt de auteur zijn collega's R. W. van Tol RA en Mr. R. J. Montijn voor hun opmerkingen. De verantwoordelijkheid voor de inhoud berust geheel bij de auteur persoonlijk.
- 2 Weigert één der partijen zich evenwel aan het bindend advies te houden, dan pleegt hij contractbreuk en kan de andere partij hem voor de rechter dagvaarden tot nakoming van de overeenkomst. De rechter kan in dat geval zowel de inhoud als de wijze van totstandkoming van het bindend advies beoordelen. Indien de rechter constateert dat het in strijd met de goede trouw zou zijn om de in het ongelijk gestelde partij aan het bindend advies te houden kan de rechter het bindend advies onverbindend verklaren.

3 Het Nederlands Arbitrage Instituut ('NAI') is gevestigd te Rotterdam en stelt zich ten doel om arbitrage als middel voor de beslechting van geschillen te bevorderen. Het NAI heeft een reglement voor een goede arbitrageprocedure opgesteld en kan de administratieve begeleiding van de arbitrage verzorgen. Het NAI beschikt over een lijst met namen van mogelijke arbiters. Een accountant kan door het NAI worden uitgenodigd om zijn naam op de Algemene lijst van Arbiters te laten plaatsen. Partijen kunnen overeenkomen dat arbitrage zal plaatsvinden conform het reglement van het NAI.

4 Indien de nationaliteit van partijen verschillend is, is er sprake van internationale arbitrage. De wet maakt geen onderscheid tussen nationale en internationale arbitrage. In internationale arbitrage kunnen zich evenwel een aantal bijzondere omstandigheden voordoen. Daarbij valt onder andere te denken aan de bepaling van het toepasselijk recht en aan het mogelijke buitenlandse primaat van wettelijke voorschriften boven een uitspraak op grond van billijkheid.

5 De bepaling in de Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants 1973 ten aanzien van onpartijdigheid geldt voor de registeraccountants die optreden als accountant. De bepaling ten aanzien van onafhankelijkheid geldt voor de registeraccountants die optreden als openbaar accountant. Aangezien de registeraccountant veelal uit hoofde van zijn accountantsfunctie wordt gevraagd om als arbiter te fungeren zullen beide bepalingen op de arbitragewerkzaamheden van toepassing zijn. Artikel 9 bepaalt dat de registeraccountant onpartijdig is in zijn oordeel (lid 1). Indien de registeraccountant een bijzonder belang vertegenwoordigt, is hij gehouden ervoor zorg te dragen dat zulks aan de betrokkenen kenbaar is (lid 2). Artikel 22 bevat de regels ten aanzien van onafhankelijkheid.

6 Acht het scheidsgerecht zich niet bevoegd dan is het aan de gewone rechter om over de zaak te oordelen. Het scheidsgerecht kan beslissen wel bevoegd te zijn, terwijl de verweerder meent dat een rechtsgeldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. In dat geval dient de verweerder bij de eerste gelegenheid op het ontbreken van de geldige overeenkomst een beroep te doen. De beslissing van de arbiters dat zij zich bevoegd achten kan echter pas tegelijk met het eindvonnis worden aangevochten. De wettelijke regeling is zo ontworpen om te voorkomen dat de verweerder misbruik zou maken van het recht zich te beroepen op onbevoegdheid.