

Het vernieuwde Nederlandse arbitragerecht (I)

Bb 2016/9

In een aantal bijdragen wordt aandacht besteed aan de herziene Nederlandse arbitragewetgeving. Dit is de eerste bijdrage in deze reeks.

1. Inleiding

Met ingang van 1 januari 2015 is de Wet wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (hierna: wet) in werking getreden (*Stb.* 254). In overeenstemming met het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht is gekozen voor een wijzigingswet in plaats van een integrale herziening.

De wet heeft tot belangrijke wijzigingen op het terrein van het Nederlandse arbitragerecht geleid. Dit gegeven vormt de aanleiding om in dit tijdschrift nader aandacht te besteden aan deze wet en de betekenis ervan voor de praktijk. Dit zal gebeuren in een aantal bijdragen. Voor een goed begrip van de doeleinden die worden nagestreefd met deze wetswijziging, volgen in de volgende paragraaf eerst de uitgangspunten die golden bij de modernisering van het Nederlandse arbitragerecht. In de daarop volgende paragrafen en bijdragen is er aandacht voor de herziene arbitragewetgeving.²

2. Achtergronden en uitgangspunten

Arbitrage is in Nederland een van de belangrijkste vormen van litigation of geschilbeslechting naast de overheidsrechter. Bij arbitrage bestaat veel vrijheid voor partijen over de wijze waarop zij hun geschil willen laten beslechten. Arbitrage is wettelijk geregeld in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Onder meer is geregeld dat er waarborgen gelden voor de inrichting van arbitrage alsmede voor de aantasting van een arbitraal vonnis. Ook is wettelijk geregeld dat voor een arbitraal vonnis een verlot tot tenuitvoerlegging bij de overheidsrechter kan worden gevraagd. Wordt het verlot verleend, dan levert dit een executoriale titel op.

Uitgangspunten van de modernisering waren expliciet of impliciet (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 1-5):

1. Vereenvoudiging, modernisering en flexibilisering.
2. Verlichten van administratieve lasten.
3. Selectiever inzetten van de rechter voor arbitrage.

4. Oplossen van onduidelijkheden en het wegnemen van rechtsonzekerheid.
5. Regels die onnodig belemmerend of ineffectief zijn, kunnen vervallen.
6. Codificatie van bestaande praktijk en jurisprudentie.
7. Waar mogelijk aansluiten bij internationale standaarden en ontwikkelingen.
8. Aansluiten bij de behoeften van de hedendaagse, nationale en internationale praktijk.

De arbitrageprocedure is onder andere vereenvoudigd en de administratieve lasten zijn verlicht door de afschaffing van de verplichting tot deponering van het arbitrale vonnis (zie over de achtergronden ook K. Redeker-Gieteling, "De modernisering van het arbitragerecht", *Ars Aequi* maart 2015, en voor een Engelstalig overzicht J.J. van Haersolte-van Hof, "Revision of the Dutch Arbitration Act: Making the Netherlands an Even Better Place for Arbitration").

Andere voorbeelden zijn dat de procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis is teruggebracht tot een rechtsgang bij het gerechtshof en dat elektronische communicatie is geregeld (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 2). Een andere vereenvoudiging betreft het gelijktrekken van diverse termijnen, waardoor voor benoeming van arbiters (art. 1027 en 1028 Rv), het herstel of de verbetering van kennelijke fouten in het vonnis (art. 1060 Rv), de aanvulling van het vonnis (art. 1061 Rv) en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen (art. 1075 en 1076 Rv) steeds drie maanden geldt.

Daarnaast zijn bijvoorbeeld onduidelijkheden in de wet opgehelderd door alle bepalingen over het hoger beroep samen te voegen in een afdeling. Ook kunnen partijen in meer situaties zelf afwijkende afspraken maken over de arbitrageprocedure, bijvoorbeeld over de bewijsvoering en het hoger beroep (zie hierover H.J. Snijders, "Never a dull moment in arbitration, de nieuwe wet en de beïnvloedbare gevolgen voor de rechtspraktijk alsmede enkele andere saillante ontwikkelingen", *TvA* 2015/1). Het is overigens de vraag in hoeverre partijen gebruik zullen maken van de nieuwe opties en mogelijkheden. Als er een geschil is, zal het bereiken van overeenstemming veelal niet (meer) eenvoudig zijn. In de praktijk ligt het daarom meer voor de hand om bij het formuleren van de arbitrageovereenkomst hier al over na te denken. De praktijk wijst echter ook uit dat dit niet altijd gebeurt.

Daar waar zonder rechter tot een oplossing kan worden gekomen, wordt dat toegestaan, zoals de mogelijkheid van behandeling van wrakingsverzoeken door een onafhankelijke derde in plaats van door de voorzieningenrechter. Dit sluit aan bij de internationale arbitragepraktijk. Voorbeelden van codificatie van bestaande praktijk zijn de regels die in de wet zijn opgenomen over de schriftelijke fase in een arbitragegeding en de plaatsopneming en bezichtiging. Verder maakt de afschaffing van de internationaal ongebruikelijke verplichte deponeringsplicht Nederland aantrekkelijker

¹ Harold Koster is verbonden aan de Universiteit van Dubai en aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

² Voor deze bijdrage is veelvuldig gebruikgemaakt van de parlementaire geschiedenis behorend bij de Wet wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (33.611).

voor internationale arbitrages (zie over dit onderwerp ook D.A.M.H.W. Strik, "Hoe kan het vernieuwde arbitragerecht van Nederland een aantrekkelijker arbitrageland maken?", in "Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013" onder redactie van Holtzer, Leijten en Oranje, Kluwer 2013; zie verder ook T. Cole c.s., "Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU" (2015), kenbaar via www.europarl.europa.eu). Ten slotte noem ik dat de Nederlandse arbitragewetgeving nu (nog) meer aansluit bij de modelwet voor arbitrage van de Verenigde Naties, de UNCITRAL Model Law voor arbitrage (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 5, p. 2 en 3). Ongewijzigd is evenwel gebleven dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en internationale arbitrages (zie hierover H.J. Snijders, "Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht", *TvA 2013/31*; F.J.M. De Ly, "Het Wetsvoorstel modernisering van het arbitragerecht en de internationale arbitrage", *TvA 2013/38*; en G.J. Meijer, "De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage", preadvies Nederlandse Vereniging voor procesrecht, in "Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?", BJU 2015).

3. Enkele bijzondere aspecten

3.1 Arbitraliteit en bevoegdheid

Het niet gewijzigde art. 1020 Rv bepaalt dat arbitrage is toegestaan voor geschillen die tussen partijen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan. Bij overeenkomst kunnen tevens aan arbitrage worden onderworpen: de enkele vaststelling van de hoedanigheid of van de toestand van zaken; de enkele bepaling van de hoogte van een schadevergoeding of van een verschuldigde geldsom; en de aanvulling of wijziging van de met het geschil samenhangende rechtsbetrekking. Arbitrage is niet altijd toegestaan. De overeenkomst tot arbitrage mag namelijk niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. Een dergelijke overeenkomst tot arbitrage is nietig wegens strijd met de wet. Bij een zaak die leidt tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, gaat het met name om zaken die van openbare orde zijn omdat zij jegens iedereen werking hebben. Zo geldt de vernietiging van een besluit van een orgaan van een vennootschap jegens iedereen, zodat hiervoor de tussenkomst van de gewone rechter nodig is.

In art. 1052 Rv is de regel neergelegd dat het scheidsgerecht gerechtigd is over zijn bevoegdheid te oordelen. Wenst een partij die in het arbitraal geding is verschenen, een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dan dient dit te geschieden voor alle weren, op straffe van verval van het recht daarop later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen. Echter, dit geldt niet als dit beroep wordt gedaan op de grond dat het geschil volgens art. 1020 lid 3 Rv niet vatbaar is voor arbitrage. Het voorgaande, met uitzondering van de voor-

gaande zin, geldt ook voor het beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld. Echter, een partij die aan de samenstelling van het scheidsgerecht heeft meegewerkt, kan in het arbitraal geding of bij de gewone rechter geen beroep doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld.

3.2 De hoofdovereenkomst en de overeenkomst tot arbitrage

De overeenkomst tot arbitrage dient als een afzonderlijke overeenkomst te worden beschouwd en beoordeeld (zie hierover N. Peters, "De overeenkomst tot arbitrage: wat zet je er in?", *ORP 2014(8)*). Het scheidsgerecht is bevoegd te oordelen over het bestaan en de rechtsgeldigheid van de hoofdovereenkomst waarvan de overeenkomst tot arbitrage deel uitmaakt of waarop zij betrekking heeft (art. 1053 Rv). Een nieuw element opgenomen in art. 1053 Rv is dat het scheidsgerecht niet alleen bevoegd is te oordelen over de rechtsgeldigheid van de hoofdovereenkomst, maar ook over het bestaan daarvan. Arbiters kunnen daardoor een oordeel geven over het bestaan van de hoofdovereenkomst zonder dat dit hun eigen bevoegdheid raakt.

3.3 Consument en arbitrage

In de wet is nu geregeld dat het arbitraal beding dat is opgenomen in algemene voorwaarden op de zwarte lijst van art. 6:236 onderdeel n BW staat. Het gevolg van het gebruiken van een dergelijk beding in algemene voorwaarden is aldus dat, wanneer het door de gebruiker wordt ingeroepen jegens een consument, het beding onredelijk bezwarend is en daardoor vernietigbaar. Dit betekent overigens niet dat een ondernemer en een consument hun geschillen nooit door arbitrage kunnen oplossen. Bij aparte overeenkomst kunnen zij wel degelijk besluiten om hun geschil door arbitrage te beslechten (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 7). Daarnaast is een beding in de algemene voorwaarden in beginsel niet onredelijk bezwarend als de gebruiker van het beding de consument een termijn van ten minste een maand gunt om te kiezen voor de volgens de wet bevoegde rechter voor de beslechting van het geschil. Hiertoe voldoet dat de consument de partij die zich op het arbitrale beding beroept hiervan op de hoogte stelt (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 7). De wetgever is van mening, terecht zo meen ik, dat deze benadering als voordeel heeft dat aan de hand van een objectief criterium kan worden vastgesteld welke bedingen niet zijn toegestaan. Anders zou steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld of een arbitraal beding al dan niet onredelijk bezwarend is. Ten slotte is in art. 1064a lid 5 Rv vastgelegd dat beroep in cassatie jegens consumenten niet kan worden uitgesloten. Indien de consument een termijn van ten minste een maand wordt gegund om te kiezen voor de volgens de wet bevoegde rechter voor de beslechting van het geschil, dan dient nog wel rekening te worden gehouden met art. 6:233 sub a BW waarin is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het, gelet op de aard en de

overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Het betreft een concrete toetsing (zie hierover ook P.E. Ernste, "Onredelijk bezwarend arbitragebeding: concrete of abstracte toetsing?", *ORP* 2014/3). In de praktijk zal zich dit overigens niet snel voordoen.

3.4 Dwingend en regelend recht

De arbitragewetgeving kent dwingende en regelendrechtelijke bepalingen (zie hierover ook G.J. Meijer en P.E. Ernste, "De Arbitragewet 2015, bezien in het licht van dwingend recht en regelend recht", *RMThemis* 2015-3). Bij de herziening van de arbitragewetgeving is getracht te verduidelijken wanneer sprake is van dwingende en wanneer van regelendrechtelijke bepalingen (zie ook H.J. Snijders, "Alweer (?) een nieuwe Arbitragewet", preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, in "Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?", *BJU* 2015). Dit is tot uitdrukking gebracht door bij regelend recht gebruik te maken van zinsneden als 'tenzij de partijen anders zijn overeengekomen' of 'de partijen kunnen bij overeenkomst van het bepaalde afwijken' (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 5). Ik citeer hierover uit de nota naar aanleiding van het verslag (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 5, p. 8):

"Het wetsvoorstel waarin het arbitragerecht wordt gemoderniseerd, geeft precies aan welke bepalingen van regelend recht zijn en waarvan mitsdien bij overeenkomst kan worden afgeweken. De bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, zijn van dwingend recht."

Dergelijke afwijkende afspraken kunnen blijken uit door partijen zelf gemaakte afspraken, maar ook uit het door partijen gekozen arbitragereglement (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 5). Een voorbeeld van een bepaling die van dwingend recht is, is art. 1064a lid 5 Rv op grond waarvan beroep in cassatie jegens consumenten niet kan worden uitgesloten.

3.5 Vertrouwelijkheid

In de consultatieversie van de wet was in art. 1069a Rv een bepaling opgenomen die de vertrouwelijkheid van arbitrage regelde (zie hierover H.J. Snijders, "Arbitrage, vertrouwelijk of openbaar dan wel een mixtum daarvan", *TVA* 2014/1). Er was bepaald dat een arbitrage vertrouwelijk is en alle direct of indirect betrokken personen gehouden zijn tot geheimhouding, behoudens en voor zover openbaarmaking uit de wet of de overeenkomst van de partijen voortvloeit. Deze bepaling is evenwel geschrapt uit het wetsvoorstel. De Minister van Veiligheid en Justitie benadrukte dat vertrouwelijkheid als vast kenmerk en beginsel van ongeschreven Nederlands arbitragerecht werd en wordt beschouwd. Er is evenwel afgezien van codificatie, omdat aan codificatie meer bezwaren kleven dan dat het voordelen oplevert. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat er gesteld is dat er

misbruik van zou kunnen worden gemaakt. Ook laat een regeling van vertrouwelijkheid ruimte voor discussie over de reikwijdte, met het risico van rechtsonzekerheid, omdat wat wel en wat niet onder een wettelijke vertrouwelijkheidsregeling zou moeten vallen, niet in een eenvoudige wettelijke formulering te vatten is. Daarnaast geldt dat vertrouwelijkheid van arbitrage lang niet overal wettelijk geregeld is en dat ook UNCITRAL geen algemene bepaling over vertrouwelijkheid bevat. Voorts is van belang dat de arbitragewetgeving zoals die gold voor inwerkingtreding van de wet ook geen bepaling kende die de vertrouwelijkheid van arbitrage regelde, iets dat in de praktijk niet tot problemen aanleiding gaf (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, C, p. 1-4). Uiteraard kan vertrouwelijkheid – indien dat wenselijk wordt bevonden – wel door partijen en arbiters overeengekomen worden. Ook kan dit volgen uit een arbitragereglement. Voordeel hiervan is dat maatwerk mogelijk is. Partijen kunnen zelf bepalen welke onderdelen wel en welke onderdelen niet vertrouwelijk zijn. Ook kan gedacht worden aan de invulling dat vertrouwelijkheid wordt overeengekomen, maar dat een uitzondering geldt voor een specifieke situatie. In de praktijk lijkt het verstandig voor partijen, arbiters en arbitrage-instituten om aandacht te besteden aan dit onderwerp in hun overeenkomsten, procesorde en reglementen.

3.6 Internationaal privaatrecht

In Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek is in art. 166 geregeld dat, in afwijking van art. 10:154 BW, een overeenkomst tot arbitrage materieel geldig is als zij geldig is naar het recht dat partijen hebben gekozen of naar het recht van de plaats van arbitrage of, indien partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, naar het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. De materiële geldigheid moet ruim worden opgevat en omvat mede het bestaan van de arbitrageovereenkomst zoals eventuele wilsgebreken. Uitgangspunt is aldus het favor- of begunstigingsbeginsel. Dit houdt in dat niet een rechtsstelsel bepalend is voor de materiële geldigheid van een arbitrageovereenkomst (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 6/7). Een arbitrageovereenkomst is materieel geldig als zij materieel geldig is naar één van de stelsels genoemd in art. 10:166 BW, ook al is zij materieel ongeldig naar het recht van een van de andere daar genoemde stelsels. Dit betekent dat een arbitrageovereenkomst dus materieel geldig als zij dit is naar het recht dat partijen hebben gekozen als toepasselijk recht op hun arbitrageovereenkomst. De vraag of een rechtskeuze voor het toepasselijk recht op de hoofdovereenkomst tevens een rechtskeuze voor het toepasselijk recht op de arbitrageovereenkomst inhoudt, is aan de rechter om te beantwoorden (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 7). De aanknopingsplaats daarnaast bij de plaats van arbitrage betekent voor Nederlandse arbitrages dat een arbitrageovereenkomst materieel geldig is als deze geldig is naar Nederlands recht.

Voorts is in art. 10:167 BW vastgelegd dat indien een Staat, een andere publiekrechtelijke rechtspersoon of staatsonderneming partij is bij een overeenkomst tot arbitrage, hij geen beroep kan doen op zijn wet of regelgeving om zijn

bekwaamheid of bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomst tot arbitrage of de vatbaarheid van het geschil voor beslissing door arbitrage te betwisten, indien de wederpartij deze regeling kende noch behoorde te kennen. Dit laatste is codificatie van rechtspraak (HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3645).

3.7 *Rechtsverwerking*

Art. 1048a Rv bevat een nieuwe bepaling over rechtsverwerking. Er is bepaald dat een partij die in het geding is verschenen zonder onredelijke vertraging bezwaar dient te maken bij het scheidsgerecht met een afschrift aan de wederpartij zodra zij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat is gehandeld in strijd met of is nagelaten te handelen overeenkomstig enige bepaling van de tweede afdeling van titel 1 van Boek 4 Rv, de overeenkomst tot arbitrage dan wel een opdracht, beslissing of maatregel van het scheidsgerecht. Laat een partij dit na, dan vervalt het recht daarop nadien, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen. Met de opname van deze bepaling wordt de tenuitvoerlegging van Nederlandse arbitrale vonnissen in het buitenland bevorderd (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 27). Beoogd is om hiermee vertraging door partijen te voorkomen.

(wordt vervolgd)