

Het vernieuwde Nederlandse arbitragerecht (III)

Bb 2016/13

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

8. Bewijs en deskundigen

Art. 1039 Rv heeft betrekking op de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs. Aldaar is bepaald dat deze ter vrije bepaling van het scheidsgerecht staan, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Er is derhalve sprake van regelend recht. Met deze bepaling is art. 1039 lid 5 Rv (oud) vervangen, waarin een redactioneel afwijkende regeling was opgenomen. De nieuwe bepaling dient ertoe om zeker te stellen dat de regeling niet alleen ziet op het formele bewijsrecht, maar eveneens op het materiële bewijsrecht (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 18/19). Verder is in dit artikel geregeld dat het scheidsgerecht bevoegd is om een van zijn leden aan te wijzen om getuigen of deskundigen te horen dan wel – hetgeen nieuw is – om een plaatsopneming of bezichtiging te houden, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Dit laatste is eveneens nieuw. Wordt van een arbiter-commissaris gebruikgemaakt, dan dient deze de fundamentele bepalingen over gelijkheid van partijen in de procedure en het recht van hoor en wederhoor in acht te nemen (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 19). Ook is het verstandig om hetgeen de arbiter-commissaris heeft waargenomen schriftelijk vast te leggen en aan partijen evenals aan de mede-arbiters te sturen (zie HR 18 juni 1993, NJ 1994/449).

Een andere vernieuwing is dat nu in verband met de bewijsvoering in art. 1040 lid 1 Rv is vastgelegd dat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, de memoriën zoveel mogelijk vergezeld gaan van de bescheiden waarop de partijen zich beroepen (substantiëringsplicht).

Er is gebruikgemaakt van 'zoveel mogelijk' om de mogelijkheid open te laten dat partijen pas later in een procedure bescheiden kunnen overleggen. Daarnaast is beoogd met deze woordkeuze tot uitdrukking te brengen dat het gebruikmaken van de tactiek inhoudende 'het kruit droog te houden' niet is toegelaten (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 19). Het scheidsgerecht kan hierbij rekening houden met de relevante omstandigheden van het geval. Het is echter de vraag in hoeverre in de praktijk scheidsgerechten het zullen aandurven latere bescheiden niet toe te laten. Een vergelijkbare bepaling treft men aan in art. 23 lid 1 van de Uncitral Model Law (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 19). Daarnaast is geregeld dat het scheidsgerecht, op verzoek van een van de partijen – hetgeen nieuw is – of uit eigen beweging, inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde,

op het geschil betrekking hebbende bescheiden kan bevelen van de partij die deze bescheiden tot zijn beschikking heeft, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. In dit kader bepaalt het scheidsgerecht de voorwaarden waaronder en de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden wordt verschaft. Aldus kunnen fishing expeditions worden tegengegaan. Maar ook verschoningsrechten en gewichtige redenen kunnen aan het verschaffen in de weg staan (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 20). Partijen kunnen dus anders overeenkomen, bijvoorbeeld door het recht op inzage te beperken of zelfs geheel uit te sluiten. Deze nieuwe regeling is ruimer dan bijvoorbeeld de regeling hierover in art. 3 IBA Rules on the Taking of Evidence in Commercial Arbitration 2010.

In art. 1041 lid 1 Rv is geregeld dat het scheidsgerecht, op verzoek van een van de partijen of uit eigen beweging – dit laatste is nieuw en geeft de arbiters de mogelijkheid tot een actievare rol –, partijen kan bevelen om bewijs te leveren door het horen van getuigen en deskundigen, tenzij – ook nieuw – de partijen anders zijn overeengekomen. Ook hier is dus sprake van regelend recht. Zo kan afgesproken worden dat partijen vrij zijn in het voorbrengen van getuigen en deskundigen. Het scheidsgerecht mag de door partijen voorgebrachte getuigen en deskundigen dan niet weigeren. Ook kunnen partijen afspreken dat het scheidsgerecht niet bevoegd is om uit eigen beweging getuigen of deskundigen voor te brengen. Voorts zouden partijen kunnen overeenkomen dat bewijs niet door middel van het horen van getuigen kan worden geleverd (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 20). In dit kader geldt dat het scheidsgerecht de vorm kan bepalen waarin de verklaringen van de getuigen en de deskundigen worden gegeven, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (art. 1041 lid 2 Rv). Vindt een mondeling verhoor van getuigen of deskundigen plaats, dan bepaalt het scheidsgerecht tijdstip en plaats van het verhoor en de wijze waarop het verhoor zal geschieden (art. 1041 lid 3 Rv). Ook kan geopteerd worden voor een meer common law benadering, waarbij de advocaten van partijen vragen stellen (zie hierover R. Harbst, *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, Wolters Kluwer 2015).

In art. 1042 Rv is een nadere regeling opgenomen over de deskundigen. In het eerste lid is bepaald dat, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (hetgeen nieuw is), het scheidsgerecht een of meer deskundigen kan benoemen tot het uitbrengen van een advies. Dit kan nu ook een mondeling advies betreffen, hetgeen tot besparing van tijd en kosten kan leiden. Het scheidsgerecht kan – ook dit is nieuw – de partijen raadplegen over de aan de deskundigen te verstrekken opdracht. Verder kan het scheidsgerecht van een partij verlangen, de deskundige de vereiste inlichtingen te verschaffen en de benodigde medewerking te verlenen. Ook kunnen op verzoek van een van de partijen de deskundigen in een zitting van het scheidsgerecht worden gehoord. Nieuw is dat het scheidsgerecht partijen niet langer in de

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

gelegenheid hoeft te stellen vragen aan de deskundigen te stellen en eigen deskundigen naar voren te brengen (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 22). Ten slotte, op grond van het nieuwe vierde lid, stelt het scheidsgerecht de partijen in de gelegenheid zich uit te laten over het advies van de door het scheidsgerecht benoemde deskundigen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Het nieuwe art. 1042 Rv geeft partijen de ruimte om bewijslevering uitsluitend door partijdeskundigen te laten leveren en de waardering daarvan aan het scheidsgerecht over te laten, hetgeen in internationale arbitrages regelmatig wordt toegepast.

Art. 1042a Rv bevat een regeling over plaatsopneming en bezichtiging. Het scheidsgerecht kan, op verzoek van een der partijen of uit eigen beweging, in of buiten Nederland, een plaatselijke gesteldheid opnemen of zaken bezichtigen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. In verband met de fundamentele vereisten van hoor en wederhoor en gelijkheid van partijen stelt het scheidsgerecht de partijen in de gelegenheid bij de plaatsopneming of bezichtiging aanwezig te zijn (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 22). De oude wettelijke regeling kende hierover geen bepalingen. Het betreft een discretionaire bevoegdheid van de arbiters. Acht het scheidsgerecht plaatsopneming of bezichtiging nutteloos voor de beoordeling van het geschil, dan kan het verzoek worden afgewezen (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 22).

9. Voorlopige voorzieningen

Art. 1043b Rv gaat over voorlopige voorzieningen bij arbitrage door het scheidsgerecht. Art. 17 van de UNCITRAL-modelwet bevat een vergelijkbare regeling. Het betreft ordemaatregelen bestaande uit bevelen iets te doen of na te laten. In het eerste lid is bepaald dat tijdens een aanhangig arbitraal geding (voorwaarde 1) ten gronde het scheidsgerecht, op verzoek van een van de partijen, een voorlopige voorziening, met uitzondering van bewarende maatregelen, kan treffen. Een voorlopige voorziening moet samenhangen met de vordering of tegenvordering in het aanhangige arbitraal geding (voorwaarde 2). Aangenomen mag worden dat een door het scheidsgerecht getroffen voorlopige voorziening op verzoek van een van de partijen kan worden gewijzigd of ongedaan kan worden gemaakt. Nieuw is dat in de wet nu is bepaald dat dergelijke voorzieningen in een gewoon arbitraal geding kunnen worden getroffen. Het was voor wetswijziging onduidelijk of dit toegestaan was. Het verlenen van verlop tot conservatoir beslag is hiervan overigens uitgezonderd. Dit kan alleen in een procedure bij de gewone rechter worden gevraagd. De bepaling is van reglend recht. In de twee gemelde voorwaarden ligt besloten dat de partij die om een voorlopige voorziening verzoekt daarbij steeds een voldoende belang moet hebben oftewel dat van de verzoekende partij in redelijkheid niet kan worden verlangd dat een vonnis in het aanhangige arbitraal geding wordt afgewacht (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 23). Ook moet sprake zijn van een spoedeisend belang. De arbiters bepalen de duur van de voorlopige voor-

ziening (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 24). Daarnaast kunnen partijen op basis van het tweede lid ook bij overeenkomst een afzonderlijk daartoe te benoemen scheidsgerecht, binnen de grenzen van art. 254 lid 1 Rv, de bevoegdheid verlenen, ongeacht of het arbitraal geding ten gronde aanhangig is, op verzoek van een van de partijen, een voorlopige voorziening te treffen, evenwel met uitzondering van bewarende maatregelen als bedoeld in de vierde titel van het Derde Boek Rv.

In arbitrageprocedures worden doorgaans bepaalde beslissingen in de vorm van een order gegeven. Veelal betreft dit de instructie van de zaak, bijvoorbeeld een praktische beslissing van de arbiters over op welke datum een bepaald stuk moet worden ingediend (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 6, p. 10). Op grond van art. 1043b lid 4 Rv geldt nu dat, tenzij het scheidsgerecht anders bepaalt, een uitspraak van het scheidsgerecht over het verzoek een voorlopige voorziening te treffen als een arbitraal vonnis wordt aangemerkt. Dit betreft zowel voorlopige voorzieningen die in een arbitraal kort geding zijn getroffen als ook voorlopige voorzieningen die zijn getroffen in een gewoon arbitraal geding. Het scheidsgerecht kan nu ook, op eenparig verzoek van de partijen, een dergelijk arbitraal vonnis omzetten in een uitspraak ten gronde, hetgeen eveneens als een arbitraal vonnis geldt. Dit betreft een noviteit. Door de bewoordingen 'tenzij het scheidsgerecht anders bepaalt' kan het scheidsgerecht overigens bepalen dat de voorlopige voorziening niet de status van arbitraal vonnis krijgt en daarmee dus niet voor tenuitvoerlegging in aanmerking komt (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 6, p. 10). Ten slotte kan het scheidsgerecht, op eenparig verzoek van de partijen, in plaats van een uitspraak over een voorlopige voorziening dadelijk een uitspraak ten gronde doen. Ook dit is nieuw. Een zodanige uitspraak ten gronde geldt als een arbitraal vonnis (art. 1043b lid 5 Rv).

10. Samenvoeging

In art. 1046 Rv is de samenvoeging van arbitrale gedingen geregeld. Een partij kan ten aanzien van een in Nederland aanhangig arbitraal geding een door de partijen daartoe aangewezen derde zoals een arbitrage-instituut (maar niet het scheidsgerecht zelf) verzoeken de samenvoeging met een ander in of buiten Nederland aanhangig arbitraal geding te gelasten, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (zie hierover ook J.J. van Haersolte-van Hof, 'Het scheidsgerecht', *TvA 2013/34*). Voldoende is daardoor nu dat het geding aanhangig is. Of er al arbiters zijn benoemd, is niet meer relevant. Bij gebreke van een door partijen daartoe aangewezen derde kan de voorzieningenrechter van de rechtbank te Amsterdam worden verzocht de samenvoeging van een in Nederland aanhangig arbitraal geding te gelasten met een ander in Nederland aanhangig arbitraal geding, opnieuw tenzij partijen anders zijn overeengekomen (art. 1046 lid 1 Rv).

Samenvoeging is toegelaten voor zover dit geen onredelijke vertraging van de aanhangige gedingen oplevert, mede gezien de stand waarin zij zich bevinden en er tussen de ar-

bitrale gedingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven (art. 1046 lid 2 Rv). Dit tweede lid is nieuw en bevat een niet-limitatieve opsomming van criteria op grond waarvan beoordeeld kan worden of het al dan niet tot aanbeveling strekt om tot samenvoeging over te gaan (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 26). Er dient daarbij rekening te worden gehouden met de materiële verhouding tussen de arbitrale gedingen en met de stand waarin de procedures zich bevinden. Hierbij moet recht worden gedaan aan mogelijkerwijs tegenstrijdige belangen. Deze betreffen het nastreven van een efficiënte procedure, het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen en het respecteren van contractuele verhoudingen (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 26). Ook het feit dat verschillende arbitrageregels van toepassing zijn, zal moeten worden meegewogen. Voorts dient rekening te worden gehouden met de uitvoering van het samengevoegde geding, bijvoorbeeld als partijen de arbiters rechtstreeks hebben benoemd, of in internationale gevallen waarin er opeens een geheel ander arbitragereglement van toepassing zou worden (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 5, p. 14). De derde of de voorzieningenrechter kan, nadat hij alle partijen en, indien benoemd, de arbiters in de gelegenheid heeft gesteld hun mening kenbaar te maken, het verzoek toewijzen dan wel afwijzen (art. 1046 lid 3 Rv). Indien de derde of de voorzieningenrechter samenvoeging beveelt, benoemen de partijen in onderling overleg de arbiter of arbiters, in oneven getale, en bepalen zij, welke regelen op het samengevoegde geding van toepassing zullen zijn. Kunnen partijen daarover binnen een door een derde of de voorzieningenrechter te stellen termijn geen overeenstemming bereiken, dan benoemt de derde of de voorzieningenrechter, op verzoek van de meest gereede partij, de arbiter of arbiters en bepaalt hij, zo nodig, welke regelen op het samengevoegde geding van toepassing zullen zijn. Verder bepaalt de derde of de voorzieningenrechter zo nodig voor de arbiter of arbiters die als gevolg van de samenvoeging van hun opdracht worden ontheven, de beloning voor de reeds door hen verrichte werkzaamheden (art. 1046 lid 4 Rv).

11. Arbitraal vonnis

In art. 1049 lid 1 Rv is bepaald dat het scheidsgerecht een geheel of gedeeltelijk eindvonnis kan wijzen alsmede (eerst) een tussenvonnis. In overeenstemming met de heersende jurisprudentie van de Hoge Raad is aan het eerste lid toegevoegd dat van een geheel of gedeeltelijk eindvonnis slechts sprake is, wanneer in het dictum in het vonnis het gevorderde geheel of gedeeltelijk is afgedaan. Wordt bijvoorbeeld in het dictum geoordeeld dat een partij een onrechtmatige daad heeft gepleegd, dan is dit nog geen (gedeeltelijk) eindvonnis, tenzij dit als verklaring voor recht is gevorderd (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 28). Wordt een vonnis gewezen dat blijkens het dictum deels een tussenvonnis en deels een eindvonnis is, dan is een der-

gelijk vonnis een gedeeltelijk eindvonnis (art. 1049 lid 2 Rv). Dit betekent dat als partijen hoger beroep zijn overeengekomen, daar direct hoger beroep tegen kan worden ingesteld, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Door het gebruik van de bewoordingen 'blijkens het dictum' in zowel het eerste als het tweede lid is een tussenvonnis, waarbij slechts in de overwegingen een eindbeslissing wordt gegeven, geen gedeeltelijk eindvonnis, zelfs al wordt daarbij geen enkel voorbehoud gemaakt (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, nr. 3, p. 28).

Daarnaast wijs ik op het nieuwe zesde lid van art. 1052 Rv. Dit bepaalt dat de onbevoegdverklaring door een scheidsgerecht een arbitraal vonnis oplevert.

Op grond van art. 1057 lid 2 Rv dient het vonnis op schrift te worden gesteld en door de arbiter of arbiters te worden ondertekend. Weigert een minderheid van de arbiters te ondertekenen, dan wordt daarvan door de andere arbiters in het door hen ondertekende vonnis melding gemaakt. Het hiervan in het vonnis melding maken is nieuw in de wet opgenomen. Een overeenkomstige melding vindt plaats, indien een minderheid niet in staat is te ondertekenen en niet verwacht kan worden dat het beletsel daartoe binnen korte tijd zal zijn opgeheven (art. 1057 lid 3 Rv). Het vonnis bevat, naast de beslissing, in elk geval: (i) de namen en woonplaatsen van de arbiter of arbiters; (ii) de namen en woonplaatsen van de partijen; (iii) de dagtekening van de uitspraak; (iv) de plaats van de uitspraak; en (v) de gronden voor de in het vonnis gegeven beslissing. Het vonnis hoeft evenwel geen gronden voor de gegeven beslissing te bevatten indien: (i) het vonnis uitsluitend betreft de enkele vaststelling van de hoedanigheid of van de toestand van zaken als bedoeld in art. 1020 lid 4 onder a Rv; (ii) de vastlegging van een vergelijk als bedoeld in art. 1069 Rv; of (iii) in alle andere gevallen, nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt, de partijen schriftelijk overeenkomen dat geen gronden voor de beslissing wordt gegeven. Deze laatste uitzondering is nieuw en is gebaseerd op art. 31 van de *Uncitral Model Law*. Met deze optie – waarvoor wel schriftelijke vastlegging is vereist – wordt partijen de mogelijkheid geboden van de motivering van een arbitraal vonnis af te zien en kunnen zij desgewenst de duur van de procedure bekorten en de kosten beperken. Op grond van art. 1072b lid 3 Rv kan het vonnis ook in elektronische vorm worden opgemaakt door het te voorzien van een elektronische handtekening die voldoet aan het bepaalde in art. 3:15a leden 1 en 2 BW.

In art. 1058 lid 1 Rv is vastgelegd dat het scheidsgerecht er zorg voor draagt dat ten spoedigste (i) het origineel van het vonnis – dit is nieuw in de wet opgenomen –, of een afschrift hiervan gewaarmerkt door een arbiter of de door partijen aangewezen derde, aan de partijen wordt verzonden; en (ii) het origineel van een geheel of gedeeltelijk eindvonnis wordt nedergelegd ter griffie van de rechtbank binnen welk arrondissement de plaats van de arbitrage is gelegen, voor zover de partijen dit zijn overeengekomen. Dit laatste is een wijziging van hetgeen voorheen wettelijk gold, te weten verplichte deponering. Deponering is nu nog slechts vereist als partijen dat zijn overeengekomen (opt-in). Door het la-

ten vervallen van de verplichte deponering vereenvoudigt de arbitrale procedure en wordt deze goedkoper.

Van een nedergelegd vonnis wordt geen afschrift of uittreksel aan derden verstrekt. Voorts is in art. 1058 lid 2 Rv bepaald dat het vonnis wordt geacht te zijn verzonden indien vier weken na de dagtekening van het vonnis zijn verstreken. De verzending aan partijen is van belang voor het eindigen van de opdracht van het scheidsgerecht en verder onder meer voor de aanvang van de termijnen voor hoger beroep, aanvulling of correctie van het vonnis of vernietiging. Gelet hierop wordt nu aangeknoopt bij de datum van dagtekening van het vonnis. Om te voorkomen dat voor verschillende partijen verschillende aanvangstijdstippen gelden voor termijnen voor bijvoorbeeld hoger beroep of vernietiging van het vonnis, is gekozen voor een termijn van vier weken na dagtekening van het vonnis. De rechtszekerheid en partijen zijn hiermee gediend (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 11).

De verbetering van een vonnis is geregeld in art. 1060 Rv. Nieuw is dat nu – naast eindvonnissen – ook tussenvonnissen, interpretatievonnissen en aanvullende vonnissen vatbaar zijn voor verbetering. In het eerste lid van art. 1060 Rv is nu geregeld dat een partij binnen een termijn als overeengekomen tussen de partijen of tot drie maanden na de dag van verzending van het vonnis, het scheidsgerecht schriftelijk kan verzoeken een kennelijke rekenfout, schrijffout of – nieuw – andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent, in het vonnis te verbeteren. Daarnaast kan op basis van het tweede lid, indien de gegevens, genoemd in art. 1057 lid 4 onder a-d Rv onjuist zijn vermeld of geheel of gedeeltelijk in het vonnis ontbreken, een partij eveneens binnen een termijn als overeengekomen tussen de partijen of tot drie maanden na de dag van verzending van het vonnis, het scheidsgerecht schriftelijk de verbetering van die gegevens verzoeken. Ten slotte kan het scheidsgerecht, binnen een termijn als overeengekomen tussen de partijen of tot drie maanden na de dag van verzending van het vonnis, ook uit eigen beweging tot een dergelijke verbetering overgaan. Voordat tot de verbetering wordt overgegaan, worden de partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten. Ook dit is een vernieuwing. Vindt verbetering plaats, dan wordt deze door het scheidsgerecht op het origineel en op de afschriften van het vonnis aangebracht en ondertekend, dan wel in een apart door het scheidsgerecht ondertekend stuk vermeld, welk stuk geacht wordt deel uit te maken van het vonnis. Wordt het verzoek tot verbetering afgewezen, dan wordt dit schriftelijk aan de partijen medegedeeld.

(wordt vervolgd)