

Hoe kan het vernieuwde arbitragerecht van Nederland een aantrekkelijker arbitrageland kan maken?

Mr. Drs. D.A.M.H.W. Strik, advocaat en partner Linklaters LLP

Lezing gehouden op uitnodiging van NAI Jong Oranje op 25 april 2012 te Den Haag

1. Inleiding

Eén van de doelen van de voorgestelde wijziging van het Nederlandse arbitragerecht is het verbeteren van de concurrentiepositie van Nederland. Het bieden van een hoogwaardige geschilbeslechting is daarvoor essentieel, aldus de Memorie van Toelichting bij het consultatiewetsvoorstel.

Vanuit dat oogpunt is het interessant om te bezien hoe het vernieuwde arbitragerecht van Nederland een aantrekkelijker arbitrageland kan maken.

De arbitragewet van 1986 mocht bij zijn invoering modern worden genoemd, die internationaal de vergelijking zeker kon doorstaan. Internationale arbitrage heeft sindsdien een grote vlucht doorgemaakt. Praktijkbeoefenaars, arbitrage instituten en landen concurreren om het aantrekken van arbitragezaken naar hun land, hun instituut, hun arbiters en advocaten. De juridische infrastructuur is één van de instrumenten in die concurrentie; de gepercipieerde arbitrage-vriendelijkheid van het nationale arbitragerecht en toepassing daarvan door nationale rechters. De afgelopen 36 jaar heeft zich internationaal een zekere convergentie voorgedaan. Dat is niet alleen veroorzaakt door de UNCITRAL Model Law. Wetgevers van landen met arbitragecentra houden ontwikkelingen in concurrerende landen nauwgezet in de gaten en in de praktijk is een zekere afstemming waar te nemen in de nationale wetgeving van dergelijke landen.

Ik zal het consultatiewetsvoorstel vandaag door die bril bekijken, en af en toe uitstapjes maken naar de Engelse Arbitration Act 1996, de Zwitserse Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht en de Franse Decree No. 2011-48, waarmee het Franse arbitragerecht als vastgelegd in de Franse Code Civil Procedure vorig jaar is hervormd.

Laten we eerst kijken naar waar we staan in Nederland als land voor internationale arbitrage. Jaarlijks kwalificeert ongeveer een kwart van de door het NAI geadmistreerde arbitrages als internationale arbitrages. Van de ICC arbitrages zijn er jaarlijks zo'n 10 waarvan de plaats van arbitrage in Nederland is; in vergelijking met andere landen neemt Nederland daar een 12e positie in. Nederland doet aardig mee; hoewel daar nog ruimte is voor verbetering. Er zijn een aantal belangrijke beperkingen aan de huidige arbitragewet, die in de praktijk wel worden aangevoerd door buitenlanders als reden om niet voor een plaats van arbitrage in Nederland kiezen. Het gaat dan onder meer om:

- de vernietigingsprocedure in 3 instanties, waarmee voor partijen het voordeel van arbitrage als snelle manier van geschillenbeslechting al snel te niet kan gaan;
- de asymmetrische beroepsgang bij exequaturprocedures, waarbij alleen de verzoeker in beroep kan bij afwijzing van de exequatur, maar de verweerder niet bij toewijzing. De Yukos-zaak, waarbij de verweerder geen cassatie kon instellen, nadat het Hof het exequatur-verzoek had toegewezen, heeft internationaal veel stof doen opwaaien;
- de onmogelijkheid voor de Nederlandse rechter om een zaak terug te verwijzen naar de arbiters, om (eenvoudige) gebreken in het arbitrale vonnis te herstellen. Bekende voorbeelden waar dit speelde zijn de Bursa/Guris-zaak en de Qnow/Van der Heijden-zaak, waarin niet alle arbiters het arbitrale vonnis hadden ondertekend, wat leidde tot vernietiging van het arbitrale vonnis.

Het consultatie-wetsvoorstel voert ten aanzien van deze punten belangrijke verbeteringen op:

- De vernietigingsprocedure wordt zoals gezegd terug gebracht tot één feitelijke instantie, met de mogelijkheid voor partijen tot uitsluiting van cassatie. Zie art. 1062 lid 3 en 1063 lid 4 Rv. ;
- De asymmetrie in de beroepsgang voor de exequaturprocedure verdwijnt. Zie art. 1062 lid 3 en 1063 lid 4 Rv.;
- De Nederlandse rechter krijgt de mogelijkheid van remissie. Zie art. 1065a Rv. Gedurende de vernietigingsprocedure kan de Nederlandse rechter de zaak terugverwijzen naar het scheidsgerecht ter herstel van de gemaakte fouten.

Deze belangrijke wijzigingen zijn toe te juichen. We moeten ons wel realiseren dat dit in internationaal opzicht geen innoverende wijzigingen zijn waarmee Nederland voorop komt te lopen, maar eerder dat hiermee een belangrijke achterstand zal worden weggewerkt.

Overigens bestaat in het Franse recht nog steeds het systeem van asymmetrische rechtsmiddelen bij de exequaturprocedure. Zie art. 1499 en 1500 Franse Code Civil Procedure.

In het kader van de consultatie is het ook nuttig om te bezien welke zaken ontbreken en welke in internationaal perspectief bezien tot een verdere verbetering van het Nederlandse arbitragerecht zouden kunnen leiden.

Daarbij spelen aspecten die zien op de inhoud en op de presentatie. Wat de inhoud betreft kunnen een aantal onderwerpen worden onderscheiden die wel worden geregeld in de wetgeving van voornoemde landen, doch in het consultatiewetsvoorstel ontbreken. De presentatie betreft de wijze waarop de toepasselijkheid van belangrijke bepalingen is terug te vinden in onze wetgeving. Daarbij speelt dat internationale arbitrage een aparte tak van sport is, waarbij ook buitenlandse juristen zich een oordeel willen kunnen vormen over de inhoud van de toepasselijke regels van het Nederlandse arbitragerecht. Vertalingen van de regels van het Nederlandse arbitragerecht worden regelmatig geraadpleegd door buitenlandse juristen bij de keuze van de plaats van arbitrage en in verband met de arbitrageprocedure zelf. In dat licht kan het nuttig zijn bepaalde belangrijke uitgangspunten of toepasselijke regels die niet specifiek in het Vierde Boek van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering zijn opgenomen daarin juist wel op te nemen.

2. Signalering van ontbrekende elementen

Een eerste aspect dat in het oog springt is de autonomie van partijen om rechtsmiddelen uit te sluiten ten aanzien van met arbitrage samenhangende procedures. Het wetsvoorstel biedt ten aanzien van cassatie expliciet de mogelijkheid dat rechtsmiddel uit te sluiten voor wat betreft de vernietigings- en de exequaturprocedure ten aanzien van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen. Zie art. 1062 lid 3, art. 1063 lid 4, art. 1064 lid 5 Rv.

- Geen mogelijkheid tot uitsluiting vernietiging

Controversieel is de vraag of de wet zou moeten voorzien in een expliciete mogelijkheid voor partijen om het recht op het instellen van een vernietigingsprocedure in te stellen. Recentelijk is in het Franse arbitragerecht een dergelijke mogelijkheid voor internationale arbitrages opgenomen, daarmee de Zwitserse, Zweedse en Belgische wetgever volgend.

De heersende leer met een beroep op het dwingendrechtelijke karakter van titel 1 van het Vierde Boek Rv. lijkt te zijn dat dit thans niet mogelijk is, maar daarbij zijn kanttekeningen te plaatsen. Er wordt namelijk ook wel aangenomen naar analogie met HR 4 juni 2010, NJ 2010/312 dat partijen de bevoegdheid hebben om cassatie bij overeenkomst uit te sluiten, ook al is dat niet in de wet opgenomen. Ook wordt aangenomen dat bij een vernietigingsvordering prorogatie mogelijk is, ook al staat dat niet expliciet in titel 1 van het Vierde Boek Rv. Een uitsluitingsovereenkomst kan nuttig zijn bij relatief kleinere vorderingen, waarbij ten uitvoerlegging van het arbitrale vonnis is voorzien in slechts 1 of een beperkt aantal landen, of indien het geschil geen band heeft met het land van de plaats van arbitrage. Daar kan onder meer tegen worden ingebracht dat in Frankrijk, België, Zweden en Zwitserland in de praktijk zelden gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid en dat die mogelijkheid

bovendien geschillen zou kunnen aantrekken waarbij openbare orde aspecten in het geding kunnen zijn.

- Exequaturprocedure voor buitenlandse arbitrage vonnissen wijkt af van die voor Nederlandse vonnissen:
 - Geen expliciete mogelijkheid cassatie uit te sluiten
 - Voorzieningenrechter Rechtbank bevoegd in plaats van Gerechtshof

Op het vlak van uitsluitingsmogelijkheden valt op dat in het consultatiewetsvoorstel anders dan in art. 1062 lid 3 en 1063 lid 4 Rv., voor exequaturprocedures ten aanzien van in het buitenland gewezen arbitrale vonnissen in art. 1075 en 1076 Rv. geen mogelijkheid tot uitsluiting van cassatie is opgenomen.

Er wordt gezegd dat uit HR 4 juni 201, NJ 2010/312 (Euroland c.s./Gilde Buy-Out Fund II) afgeleid kan worden dat het mogelijk is voor partijen om cassatie bij overeenkomst uit te sluiten. Derhalve zouden partijen dan kunnen overeenkomen dat cassatie ten aanzien van een dergelijke exequaturprocedure ook kan worden uitgesloten. Daar wordt wel tegenin gebracht dat de vraag of het rechtens mogelijk is om cassatie uit te sluiten in de Euroland-zaak bij de Hoge Raad geen expliciet onderdeel van het partijdebat was. Bovendien kan gezegd worden dat uit de systematiek van de wet volgt dat voor een exequaturprocedure ten aanzien van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis een dergelijke uitsluitingsovereenkomst juist niet mogelijk is, gezien de omstandigheid dat titel 1 van het Vierde Boek Rv. van dwingend recht is, in combinatie met de a-contrario redenering dat uit de expliciete benoeming in art. 1062 lid 3 en 1063 lid 4 Rv. dat cassatie kan worden uitgesloten kan worden afgeleid dat dit in gevallen waarin dit niet wordt vermeld, niet kan.

Niet in te zien is waarom ten aanzien van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen partijen wel een cassatie-uitsluitingsovereenkomst kunnen sluiten, terwijl dat niet zou kunnen ten aanzien van in het buitenland gewezen arbitrale vonnissen. Het ligt voor de hand de procedures op dit punt gelijk te laten luiden. Daar komt bij dat gezien het bepaalde in art. III Verdrag van New York de exequaturprocedure voor buiten Nederland gewezen arbitrale vonnissen die onder het toepassingsgebied van dit verdrag vallen, niet bezwaarlijker mag zijn dan die voor Nederlandse vonnissen.

De oproep tot gelijkschakeling kan ook worden gedaan ten aanzien van de absoluut bevoegde rechter. Voor de exequaturprocedure ten aanzien van in het buitenland gewezen vonnissen geldt dat de voorzieningenrechter bevoegd is uit hoofde van art. 1075 lid 2 en 1076 lid 6 Rv., terwijl het Gerechtshof bevoegd is ten aanzien van in Nederland gewezen vonnissen. Zie art. 1062 lid 1 Rv.

- Geen keuze voor 1 nationaal relatief bevoegde rechter in exequatur- en vernietigingsprocedures

De relatief bevoegde rechter in vernietigings- en exequaturprocedures is steeds de bevoegde rechter in het resort waar de plaats van arbitrage is gelegen. De vraag is of het niet wenselijk zou zijn om 1 resort relatief bevoegd te maken (bijvoorbeeld Den Haag of Amsterdam) ten aanzien van dit soort kwesties. Dit zou de consistentie, kwaliteit en voorspelbaarheid van deze uitspraken kunnen vergroten.

- Geen mogelijkheid institutionele wrakingsprocedure

Anders dan het conceptwetsvoorstel van de werkgroep Van den Berg, voorziet het consultatiewetsvoorstel niet in de mogelijkheid om een derde aan te wijzen die over een wrakingsverzoek kan beslissen. Zodoende kan (een orgaan van) een arbitrage-instituut dus niet rechtsgeldig beslissen over wrakingsverzoeken. De vraag is of dit problematisch is. De schijn kan bestaan dat een arbitrage-instituut niet onafhankelijk kan beslissen over een dergelijk verzoek, zeker indien het instituut de arbiters heeft benoemd. Daarentegen zijn er institutionele arbitragereglementen die voorzien in een met waarborgen omklede institutionele wrakingsprocedure, zoals art. 14 ICC Arbitration Rules, waarbij het ICC Court beslist over wrakingsverzoeken. Als het Nederlandse recht uitsluitend voorziet in een rechtsgeldige wrakingsprocedure bij de nationale rechter, dient na de institutionele wrakingsprocedure, ook nog eens de nationale procedure te worden doorlopen. Dit zou voor partijen die een ICC arbitragebeding opnemen een reden kunnen zijn om niet voor Nederland als plaats van arbitrage te kiezen.

Art. 1456 Franse Code Civil Procedure voorziet wel in institutionele wrakingsprocedure, evenals art. 24(2) Engelse Arbitration Act 1996, doch een institutionele wrakingsprocedure kan in Engeland worden opgevolgd door een wrakingsprocedure bij de nationale rechter.

- Geen expliciete bepaling waarin dwingendrechtelijk karakter van Titel 1 Boek 4 Rv. is beschreven

Uit de wetsgeschiedenis van de huidige arbitragewet blijkt dat uit de tekst van de bepalingen blijkt welke voorzieningen van regelend recht zijn, met name door de formulering “tenzij de partijen anders zijn overeengekomen”. A contrario volgens de wetsgeschiedenis worden geconcludeerd dat de overige bepalingen in beginsel dwingendrechtelijk van aard zijn. Het Vierde Boek Rv. bevat echter geen expliciete bepaling waarin dit principe is vastgelegd. Vgl. bijvoorbeeld art. 2:25 BW, dat bepaalt dat uit de bepalingen van boek 2 BW slechts kan worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt. Dit is een relevant punt, bijvoorbeeld ten aanzien van de hiervoor besproken vraag of het partijen vrijstaat

rechtsmiddelen uit te sluiten, ook als het Vierde Boek Rv. dat niet expliciet bepaalt.

Voor de toegankelijkheid van het Vierde Boek Rv. kan het – in het bijzonder vanuit internationaal perspectief – nuttig zijn om een expliciete bepaling met die strekking op te nemen. Vgl. bijvoorbeeld art. 1461 van de Franse Code Civil Procedure, waarin is opgenomen dat iedere bepaling die in strijd met dwingendrechtelijke bepalingen is opgenomen niet geldig is. Zie ook art. 4 Engelse Arbitration Act 1996, waarin duidelijk wordt aangegeven welke bepalingen dwingendrechtelijk van aard zijn en welke niet.

- Beperking aansprakelijkheid arbiters en secretaris

In het consultatiewetsvoorstel is niet opgenomen dat de aansprakelijkheid van arbiters en de secretaris beperkt is. De Werkgroep Van den Berg had – in lijn met o.a. art. 29(1) van de Engelse Arbitration Act 1996 – een voorstel gedaan tot uitsluiting van die aansprakelijkheid. Nu institutionele arbitragereglementen veelal een aansprakelijkheidsbeperking bevatten, zou een dergelijke wettelijke bepaling met name nuttig zijn voor ad hoc arbitrages.

Weliswaar is in de jurisprudentie een richtlijn ontwikkeld voor aansprakelijkheid van arbiters, het is niettemin nuttig die lijn te codificeren. Zeker in het licht van de toegankelijkheid van ons arbitragerecht voor buitenlandse juristen. Codificatie hoeft een verdere verfijning van deze ontwikkeling niet in de weg te staan.

- Hoofdelijke aansprakelijkheid van partijen voor fees en administratiekosten jegens arbiters en secretaris

De huidige arbitragewet en het consultatiewetsvoorstel bevatten geen regels omtrent de kostenveroordeling. De Engelse Arbitration Act 1996 bepaalt in art. 28(1) dat partijen hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de arbiters om redelijke honorarium en kosten te voldoen. Dit lijkt een faire regeling, omdat de arbiters immers door beide partijen in het geding zijn betrokken en niet valt in te zien waarom het redelijk is dat de arbiters het incassorisico ten aanzien de verliezende partij voor hun honorarium en kosten zelf zou moeten dragen. In de onderlinge verhouding van partijen kan de draagplicht uiteraard anders liggen; bijvoorbeeld dat de verliezende partij draagplichtig is. Zie ook art. 28(5) Engelse Arbitration Act 1996.

- Aanvang arbitrageprocedure: de zaak is aanhangig op de dag van de ontvangst van een schriftelijke mededeling, waarbij een partij aan haar wederpartij bericht, tot arbitrage over te gaan.

Wanneer partijen onderworpen zijn aan een arbitraal beding, is de zaak aanhangig op de dag van ontvangst van een schriftelijke mededeling, waarbij een partij aan haar wederpartij bericht dat zij tot arbitrage zal overgaan. Zie art.

1025 lid 1 Rv. Deze regeling is niet gewijzigd in het consultatiewetsvoorstel. Bezwaar tegen dit tijdstip van aanhangigheid is dat het nogal een breed criterium is: een enkele aankondiging dat men tot arbitrage zal overgaan – zonder verdere procedurele opvolging – zou volgens de letterlijke tekst van deze bepaling volstaan. Het ware te overwegen om te bezien of dat aanvangstijdstip niet meer gepreciseerd kan worden. Een ander moment voor de aanvang van de arbitrageprocedure zou kunnen zijn indien één der partijen een voorgeschreven handeling verricht om te komen tot benoeming van of voorlegging van het geschil aan de arbiter(s). Zie art. 14 van de Engelse Arbitration Act 1996.

- Schrapping deponeringsverplichting arbitraal vonnis

Zoals zojuist besproken bevat het consultatiewetsvoorstel een nuancering van de verplichting om het arbitrale vonnis te deponeren. Zie art. 1058 Rv. Uitgangspunt blijft echter dat deponering van het arbitrale vonnis de vernietigingstermijn doet starten (art. 1064a Rv.) en het mandaat van het scheidsgerecht doet eindigen (art. 1058 lid 2 Rv.), tenzij partijen anders zijn overeengekomen. In de praktijk is die deponeringsverplichting regelmatig bron van ongelukken, omdat het scheidsgerecht – zeker in internationale arbitrages – vergeet om het arbitrale vonnis te deponeren. Partijen kunnen volgens het consultatiewetsvoorstel de deponeringsplicht wel uitsluiten, maar indien (buitenlandse) partijen zich niet bewust zijn van die regeling, zullen zij ook geen gebruik maken van deze opt-out. Het ware in dat verband te overwegen om juist een opt-in regeling te maken van de deponering.

Een alternatief voor het aanknopingspunt van de deponering van het arbitrale vonnis kan het moment van berichtgeving (“*notification*”) van het vonnis aan partijen zijn. Vgl. art. 190 Zwitserse Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht en art. 1494 Franse Code Civil Procedure. Art. 34(3) ICC Arbitration Rules houdt ook een afstand in van partijen van de verplichting van het scheidsgerecht tot deponering van het arbitrale vonnis.

- Bij exequaturprocedure geen onderscheid in inhoud wettelijk begrip “openbare orde” ten aanzien van Nederlandse en buitenlandse arbitrale vonnissen

In art. 1065 lid 1 sub e Rv. is de vernietigingsgrond strijd met de openbare orde opgenomen; dat is tevens een grond om een exequatur te weigeren (zie art. 1063 lid 1 Rv.). In art. 1076 lid 1 sub B is de openbare orde opgenomen als een grond tot weigering van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis. In rechtspraak is uitgemaakt dat – in lijn met art. V van het Verdrag van New York – het begrip openbare orde inhoudt internationale openbare orde.

Vanuit internationaal perspectief bezien strekt het tot aanbeveling om in art. 1076 lid 1 sub B deze jurisprudentie te codificeren, nu bijvoorbeeld het Franse

recht ook een onderscheid maakt tussen internationale openbare orde bij erkenning of ten uitvoerlegging van een in het buitenland of in internationale arbitrage gewezen arbitraal vonnis (zie art. 1514 Franse Code Civil Procedure), terwijl het begrip openbare orde wordt gebruikt in het kader van de tenuitvoerlegging van andere arbitrale vonnissen (zie art. 1488 Franse Code Civil Procedure).

- Schriftelijkheid geen constitutief vereiste voor arbitrageovereenkomst

Het consultatiewetsvoorstel heeft ongewijzigd gelaten dat er geen vormvereiste geldt voor de totstandkoming van een arbitrageovereenkomst. Gehandhaafd is ook dat bewijs van het bestaan van de arbitrageovereenkomst door geschrift dient te geschieden. Zie art. 1021 Rv. door sommigen is wel bepleit dat schriftelijkheid niet slechts een bewijsvoorschrift, doch een constitutief vereiste zou moeten zijn. Dat heeft het Ministerie van Justitie niet meegenomen.

Ik denk niet dat dit problematisch is. Gezien het bewijsvoorschrift praktisch moeilijk denkbaar dat er situaties zijn dat arbitrageovereenkomsten door geschrift kunnen worden bewezen, terwijl zij niet zijn aangegaan. In de praktijk functioneert het bewijsvoorschrift dan ook als een totstandkomingsvoorschrift. Nederland loopt daarmee overigens niet perse internationaal uit de pas. Art. 1507 Franse Code Civil Procedure bepaalt expliciet ten aanzien van internationale arbitrage-overeenkomsten dat er geen vormvereisten gelden voor dergelijke arbitrageovereenkomsten. Vgl. in dit verband ook art. 5 Engelse Arbitration Act 1996.

- Geen partijautonomie ten aanzien van:

Ondanks het feit dat partijautonomie een belangrijke rol speelt bij arbitrage, zijn er een aantal bepalingen waarvan het de partijen niet vrijstaat om af te wijken.

- Toelaatbaarheid reconventionele vordering (art. 1038c Rv.);
- Uitsluiting eiswijziging (1038d Rv.);
- Wijze verhoor getuigen en deskundigen (art. 1041 Rv.);
- Tijdstip wijzen arbitraal vonnis (art. 1048 Rv.).

Het strekt tot aanbeveling te overwegen of partijen op dit punt ook de vrijheid moeten kunnen hebben om daar een nadere regeling over te treffen, in afwijking van de wettelijke regeling.

* * *