

316. De overeenkomst tot arbitrage: wat zet je er in?

MR. N. PETERS

Arbitrage is een van de meest voorkomende vormen van alternatieve geschilbeslechting. Door exclusief te kiezen voor arbitrage doen partijen afstand van hun recht op toegang tot de overheidsrechter, reden waarom die keuze vrijwillig en ondubbelzinnig moet geschieden.¹

1. Inleiding

De keuze voor arbitrage moet blijken uit een overeenkomst tot arbitrage.² Op die wijze kunnen partijen zich verbinden om toekomstige geschillen aan arbitrage te onderwerpen. Dan spreekt men van een arbitraal beding.³ Ook kan arbitrage worden overeengekomen nadat een geschil is ontstaan. Dan spreekt men van een compromis.⁴ Hoewel de overeenkomst tot arbitrage in beginsel vormvrij is, kan zij ingevolge artikel 1021 Rv alleen worden bewezen door een geschrift.⁵

Ik ben nu benieuwd wat u denkt van het volgende arbitraal beding:

"Alle geschillen die voortvloeien uit en/of verband houden met deze overeenkomst mogen worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig het reglement van het Instituut voor Arbitrage in Rotterdam. Hoger beroep van de uitspraak kan worden ingesteld bij het Gerechtshof Amsterdam."

Ook al leest dit beding best aardig, ik zie drie bezwaren. In de eerste plaats is verdedigbaar dat de arbitrage niet exclusief is vanwege het woord 'mogen'. Dan kunnen partijen ook nog de gewone rechter adiëren. In de tweede plaats bestaat er geen 'Instituut voor Arbitrage' in Rotterdam. Wel kent men in Rotterdam het Nederlands Arbitrage Instituut

(NAI). Tot slot kunnen partijen niet in hoger beroep bij de overheidsrechter van een arbitraal vonnis.⁶ Nu zult u wel gniffelen. Wellicht denkt u zelfs: 'Prutsers. Wie verzint nou zoiets?' Maar vergis u niet. In de praktijk lopen procedures geregeld spaak vanwege gebrekkige of pathologische arbitrageovereenkomsten.⁷

Een pathologische arbitrageovereenkomst biedt dus mogelijkheden voor obstructieve wederpartijen. Zo kunnen zij de procedure (ernstig) vertragen. In het slechtste geval verklaart het arbitraal tribunaal zich zelfs onbevoegd.⁸ Dan kunt u opnieuw beginnen bij de gewone rechter. Pathologische bedingen leiden derhalve vaak tot ergernissen en extra kosten. Daarom is het beter hen te voorkomen.

2. Tips voor de arbitrageovereenkomst

Ter voorkoming van problemen bij de uitleg en toepassing van arbitrageovereenkomsten verwoord ik hierna enkele aandachtspunten.

a. Kies in beginsel voor institutionele arbitrage

Wanneer u kiest voor arbitrage moet u zich ten eerste afvragen of u *ad hoc* of institutionele arbitrage wilt.

1 Zie onder andere EHRM 27 februari 1980, NJ 1980, 561 (*Deweert/België*) en EHRM 28 oktober 2010, Appl. No. 1643/06 (*Suda/Tsjechië*).

2 Aan de totstandkoming van deze overeenkomst worden geen andere eisen gesteld dan aan overeenkomsten en andere rechtshandelingen in het algemeen.

3 Zie artikel 1020 lid 2 Rv.

4 Idem.

5 Voor een meer gedetailleerde en kritische beschouwing verwijs ik onder meer naar G.J. Meijer, 'Art. 1021: exclusief totstandkomingsvoorschrift?', in: *Piet Sanders: Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 269-292.

6 HR 1 april 2011, RvdW 2011, 462 (*GZM Rijnland/Gem. Teylingen*). Zie voor de mogelijke gevolgen van zo'n afspraak bijvoorbeeld Raad van Arbitrage voor de Bouw 27 november 2013, TvA 2014, 41.

7 Deze term is geïntroduceerd door F. Eisemann, 'La clause d'arbitrage pathologique', in: E. Allorio e.a. (red), *Arbitrage commercial: essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turijn: Unione tipografica-Editrice torinese 1974, p. 129-161.

8 Vanzelfsprekend bestaat er ook nog de mogelijkheid dat een partij, ondanks de afwezigheid van een arbitrageovereenkomst of ondanks de aanwezigheid van een pathologisch beding geen bevoegdheidsverweer voert. Dan dient het scheidsgerecht zijn bevoegdheid aan te nemen wanneer het geschil zich leent voor arbitrage. Zie hierover nader G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, p. 56-59.

Ad hoc arbitrage draagt een zeer individueel karakter. Partijen moeten alles zelf regelen.⁹ Dat geeft u een grote vrijheid. Maar is er verder niets geregeld, dan valt u terug op de wet. Bij een obstructieve wederpartij zult u dan geregeld de hulp moeten inroepen van de rechter. In het geval van institutionele arbitrage wordt de arbitrage geadministreerd door een instituut¹⁰ en de arbitrage wordt gevoerd overeenkomstig het reglement van dat instituut.¹¹ Institutionele arbitrage heeft een aantal evidente voordelen. Zo kunnen partijen gebruikmaken van een (beproefd) arbitragereglement, bewaakt het instituut de kosten, houdt het toezicht op arbiters en worden vonnissen meegelezen ter waarborging van een zekere kwaliteit. Verreweg de meeste arbitrages zijn dan ook institutioneel. Kiest u voor institutionele arbitrage, stel dan wel zeker dat in uw arbitraal beding of compromis wordt verwezen naar een instituut dat bestaat. Dat gaat helaas nog geregeld mis.

Het kan overigens ook voorkomen dat een instituut niet alleen arbitrage, maar tevens andere vormen van alternatieve geschilbeslechting aanbiedt. In dat geval doet u er verstandig aan om ook expliciet aan te geven welke vorm van alternatieve geschillenbeslechting u voor ogen staat. Het volgende beding schiet dan ook tekort:

"Alle geschillen tussen partijen die verband houden met deze overeenkomst zullen worden voorgelegd aan het NAI."

De tekst van dit beding laat, zoals u ziet, in het midden welke wijze van geschilbeslechting partijen voor ogen heeft gestaan. Dat is onhandig, nu het NAI diensten verleent op het gebied van arbitrage, bindend advies en mediation. Zodoende bestaat er minst genomen ruimte voor discussie wat partijen beoogd hebben. Daarnaast worden de verschillende vormen van alternatieve geschilbeslechting geregeld op één hoop gegooid. Ik denk aan het volgende voorbeeld:

"Alle geschillen tussen partijen zullen worden beslecht door drie arbiters die als bindend adviseurs zullen beslissen op grond van het arbitragereglement van het NAI."

Ook in dit geval maakt de tekst van het beding de bedoelingen van partijen niet direct duidelijk. Hebben partijen nu arbitrage of bindend advies op het oog

gehad? De verwijzing naar het arbitragereglement van het NAI helpt *in casu* evenmin, aangezien artikel 3 van dat reglement (versie 2010) bepaalt dat het ook van toepassing is, indien partijen schriftelijk bindend advies door het NAI of volgens het reglement van het NAI zijn overeengekomen. Het is derhalve beter om dit soort clausules te allen tijde te

Partijen kunnen arbiters ingevolge artikel 1054 lid 3 Rv echter ook gelasten om het geschil te beoordelen als 'goede mannen naar billijkheid'.

vermijden. Daarom verwoord ik aan het einde van deze bijdrage ter inspiratie een modelclausule.

b. Aantal arbiters

Op grond van artikel 1026 lid 1 Rv moet een arbitraal tribunaal altijd bestaan uit een oneven aantal arbiters. In de praktijk bestaat het scheidsgerecht veelal uit een of drie arbiters. U kunt het aantal zelf bepalen. Wanneer (vooraf) zeker is dat het dispuut over een beperkt geldelijk belang gaat, zou ik vanuit kostenoverwegingen opteren voor één arbiter. Voor het overige is het vooral een voorkeur van partijen. Zwijgt de arbitrageovereenkomst, dan valt u bij *ad hoc* arbitrage terug op de wet. In geval van institutionele arbitrage voorziet het arbitragereglement in een regeling.

c. Wijze van benoeming arbiters

In het arbitraal beding of het compromis kunt u ook opnemen hoe de arbiters moeten worden benoemd.¹² Zo kunt u bijvoorbeeld bepalen dat beide partijen één arbiter benoemen en dat zij vervolgens gezamenlijk de voorzitter benoemen.¹³ Voor het geval partijen niets hebben afgesproken, voorzien de meeste arbitragereglementen in een wijze van benoeming. Die regelingen voldoen vaak aan de behoeften van partijen, al kan het geen kwaad om eens een blik te werpen op de benoemingsregeling wanneer u een arbitragereglement van toepassing wilt verklaren.

d. Plaats van arbitrage

Geregeld laten partijen een keuze voor de plaats (*seat*) van de arbitrage achterwege. Het gaat hier niet om een feitelijk maar om een juridisch begrip.¹⁴ Zo kan de plaats van arbitrage ook worden omschreven als de '*legal domicile*' van de arbitrage. De plaats van arbitrage is van groot belang. Zij bepaalt onder meer de *lex arbitri*. Volgens artikel 1073 lid 1 Rv is de Nederlandse arbitragewet (artikelen 1020-1073 Rv) bijvoorbeeld slechts van toepassing wanneer de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.¹⁵ In nationale

9 H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Snijders 2011), p. 101.

10 Bekende buitenlandse arbitrage-instituten zijn bijvoorbeeld: de International Chamber of Commerce (ICC), de London Court of International Arbitration (LCIA), de American Arbitration Association (AAA) en de Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS). Daarnaast wordt ook veelvuldig verwezen naar het arbitragereglement van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), maar UNCITRAL administreert de arbitrages niet.

11 Uit hoofde van artikel 1020 lid 6 Rv wordt het arbitragereglement waarnaar in de overeenkomst tot arbitrage wordt verwezen, geacht deel uit te maken van die overeenkomst.

12 Zie HR 11 januari 1985, NJ 1985, 421, m.nt. Heemskerk (*Citronas/the Egyptian navigation company*) voor een voorbeeld hoe het niet moet.

13 Ook zouden partijen kunnen overeenkomen dat een of meer arbiters een bepaalde hoedanigheid (bijvoorbeeld jurist, chemisch ingenieur, accountant of fiscalist) moet bezitten. De vraag of dat handig is, gaat het bestek van deze bijdrage evenwel te buiten.

14 Zittingen mogen bijvoorbeeld ook in andere plaatsen worden gehouden.

15 Buitenlandse arbitragewetten kennen soortgelijke bepalingen.

arbitrages zal de plaats van arbitrage overigens weinig problemen opleveren, aangezien zij altijd wel in Nederland zal liggen. In internationale zaken is dat anders. Dan kan er bij gebreke van overeenstemming tussen partijen wel degelijk discussie ontstaan. Zulke discussies kosten op zijn minst tijd en geld. Ook kan het gebeuren dat arbiters een plaats van arbitrage aanwijzen in een land waar u niet blij mee bent. Daarom is het verstandig om de plaats van arbitrage in de arbitrageovereenkomst op te nemen.

e. Taal van arbitrage

In uw overeenkomst tot arbitrage kunt u ook opnemen in welke taal de arbitrage moet worden gevoerd. Zo kunnen Nederlandse partijen met buitenlandse moeders bijvoorbeeld kiezen voor een Engelstalige procedure. Wanneer partijen niet kiezen, zullen arbiters dat moeten doen.

f. Beslissingsmaatstaf

Uit hoofde van artikel 1054 lid 1 Rv doet het scheidsgerecht in beginsel uitspraak naar de 'regelen des rechts'. Partijen kunnen arbiters ingevolge artikel 1054 lid 3 Rv echter ook gelasten om het geschil te beoordelen als 'goede mannen naar billijkheid'. In sommige arbitragereglementen is dit zelfs de standaard. Laatstgenoemde beoordelingsmaatstaf zou het scheidsgerecht, kort gezegd, wat meer vrijheid geven ten opzichte van het recht. Oftewel, een scheidsgerecht dat als goede mannen naar billijkheid oordeelt, zou de billijkheid ruimhartiger moeten toepassen dan een scheidsgerecht dat moet beslissen naar de regels des rechts, al zou het onderscheid in de praktijk volgens Snijders naar alle waarschijnlijkheid flinterdun zijn.¹⁶

g. Arbitraal hoger beroep?

Veelal wordt gesteld dat een arbitrage na één inhoudelijke ronde klaar is. Dat hoeft echter niet per se. In Nederland is arbitraal hoger beroep ingevolge artikel 1050 lid 1 Rv¹⁷ namelijk mogelijk.¹⁸ U moet dat alleen wel overeenkomen. Wanneer partijen arbitraal hoger beroep wensen, hoeven

reglementen voorzien daarentegen niet in arbitraal appel. In de literatuur wordt echter gesteld dat in zulke gevallen niet is uitgesloten dat het arbitraal appel, wanneer de arbitrageovereenkomst daarin voorziet, verloopt volgens het overeengekomen reglement met de dienstverlening van het betreffende arbitrage-instituut.¹⁹ Maar zeker is dat dus geenszins.²⁰ Derhalve is het verstandig zich er op voorhand van te vergewissen of het arbitrage-instituut een eventueel arbitraal appel ook daadwerkelijk wil administreren op basis van zijn reglement. Anders is er namelijk ruimte voor discussie, met alle gevolgen van dien.

h. Vertrouwelijkheid

Als een van de voordelen van arbitrage wordt vaak de vertrouwelijkheid genoemd. De mondelinge behandeling is *in camera* en ook de rest van de procedure zou vertrouwelijk zijn. Dat staat echter niet in onze arbitragewet. Desalniettemin wordt vertrouwelijkheid in Nederland gezien als een vast kenmerk en beginsel van ongeschreven Nederlands arbitragerecht.²¹ In de rest van de wereld is dat echter niet steeds het geval. Wenst u derhalve de vertrouwelijkheid zoveel als mogelijk te waarborgen, dan kunt u dat beter expliciet zo formuleren.²² Dit hoeft overigens niet per se te staan in de arbitrageovereenkomst. De vertrouwelijkheid mag namelijk ook volgen uit het toepasselijke arbitragereglement.

i. Publiceren uitspraak?

In afwijking van het beginsel van vertrouwelijkheid bepalen veel arbitragereglementen dat de uitspraak (geanonimiseerd) mag worden gepubliceerd. Willen partijen dat niet, dan kunnen zij dat expliciet opnemen in het arbitraal beding of het compromis.

j. Toepasselijk recht

Partijen kunnen voorts een rechtskeuze maken voor de arbitrageovereenkomst. Dat recht beheerst dan onder meer de vraag of de overeenkomst tot arbitrage geldig is. Zo kunt u bepalen dat de arbitrageovereenkomst wordt beheerst door bijvoorbeeld het Nederlandse, het Franse, het Chinese of het Engelse recht. Dat kan ook als het arbitraal beding is opgenomen in een andere overeenkomst (de hoofdovereenkomst), aangezien voornoemd beding op grond van de leer van de separabiliteit moet worden beschouwd als een afzonderlijke overeenkomst waarop een eigen recht van toepassing kan worden verklaard. Een rechtskeuze is handig, omdat anders aan de hand van het criterium van de nauwste verbondenheid moet worden bepaald welk recht van toepassing is. Dan komen in internationale situaties

In de praktijk lopen procedures geregeld spaak vanwege gebrekkige of pathologische arbitrageovereenkomsten.

zij dat niet per definitie te vermelden in het arbitraal beding of het compromis. Het is namelijk voldoende als partijen een arbitragereglement van toepassing verklaren dat daarin voorziet. Ik denk in dit verband bijvoorbeeld aan het arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Conform dat reglement is hoger beroep de standaard. De meeste andere – en zeker de buitenlandse –

16 Snijders 2011, p. 278.

17 Per 1 januari 2015 volgt dat uit artikel 1061a e.v. Rv.

18 Internationaal gezien is zo'n wettelijke regeling echter een vreemde eend in de bijt, aldus M.C. van Leyenhorst, 'Het wetsvoorstel: over het vonnis en het hoger beroep', *TvA* 2013, 36, p. 134.

19 Zie hierover G.J. Meijer, 'Het arbitraal hoger beroep volgens het Conceptwetsvoorstel: de nieuwe kleren van de Keizer...?', *TvA* 2012, 57, p. 167.

20 Het NAI doet wat dat betreft overigens niet moeilijk en zal het hoger beroep in beginsel administreren.

21 Zie onder meer H.J. Snijders, 'Arbitrage, vertrouwelijk of openbaar dan wel een mixtum daarvan', *TvA* 2014, 1.

22 Daarbij moet volledigheidshalve worden opgemerkt dat veelal wordt aangenomen dat de vertrouwelijkheid zich niet (automatisch) mede uitstrekt tot gerechtelijke procedures die verband houden met de arbitrage.

veelal twee rechtsstelsels voor toepassing in aanmerking: hetzij het recht van de plaats van arbitrage, hetzij het recht dat de hoofdovereenkomst beheerst.²³ Het kan vervolgens verschil uitmaken welk recht van toepassing is.²⁴ Discussies daarover zijn leuk voor advocaten, maar waarschijnlijk minder voor de rechtszoekende. Daarom kan een rechtskeuze goed zijn.

k. Na vernietiging of herroeping naar de rechter?

Tot slot vraag ik uw aandacht voor het volgende. Het huidige artikel 1067 Rv bepaalt dat de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft na vernietiging of herroeping van het arbitraal vonnis, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Het nieuwe artikel 1067 Rv kent een omgekeerde regeling. Na vernietiging blijft de overeenkomst tot arbitrage van kracht, tenzij partijen anders overeengekomen.²⁵ U hebt op grond van de Nederlandse arbitragewet dus een keuze, maar u moet daarover wel overeenstemming bereiken met uw wederpartij. Een afwijkende overeenkomst ziet men in de praktijk overigens hoogst zelden.²⁶

3. Conclusie en modelclausule

Hiervoor heb ik een aantal aandachtspunten beschreven. Samen leiden zij tot de volgende modelclausule:²⁷

Alle geschillen die ontstaan uit of die verband houden met deze overeenkomst of nadere overeenkomsten die met deze overeenkomst samenhangen, dienen te worden beslecht door middel van arbitrage²⁸ overeenkomstig het arbitrage-reglement van [naam instituut], met inachtneming van het volgende:²⁹

- de plaats van arbitrage is [naam stad];
- de taal van arbitrage is [taal];
- het scheidsgerecht bestaat uit [aantal] arbiters;
- arbitraal hoger beroep is [niet] mogelijk;
- de arbitrage is vertrouwelijk en alle partijen alsmede alle direct of indirect betrokken personen zijn gehouden tot geheimhouding, behoudens indien en voor zover een verplichting tot openbaarmaking voortvloeit uit de wet;
- de uitspraak mag niet (geanonimiseerd) worden gepubliceerd;
- deze arbitrageovereenkomst wordt beheerst door het [rechtsstelsel invullen] recht.

Over de auteur

Mr. Niek Peters is advocaat bij Banning N.V. alsmede docent en buitenpromovendus aan de RUG.

23 Zie voor een praktisch voorbeeld onder meer Raad van Arbitrage voor de Bouw 10 december 2013, *TvA* 2014, 42.

24 Per 1 januari 2015 bepaalt artikel 10:166 BW indachtig het begunstingsbeginsel overigens dat de 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'. Deze bepaling laat het belang van een rechtskeuze evenwel onverlet. Zeker wanneer de plaats van arbitrage in het buitenland gelegen is.

25 Door de invoering van artikel 1065a Rv, dat voorziet in de mogelijkheid van terugverwijzing naar het scheidsgerecht dat het arbitraal vonnis heeft gewezen wanneer dat vonnis wordt bedreigd met een gebrek, mag worden aangenomen dat vernietiging en herroeping straks nog minder vaak voorkomen dan nu het geval is. Zie hierover N. Peters & B. van Zelst, 'Remission in de nieuwe arbitragewet', *TCR* 2013, nr. 4, p. 117-127.

26 Zie hierover B. van Zelst, 'De gevolgen van vernietiging voor de overeenkomst tot arbitrage en de herziening van art. 1067 Rv', *TvA* 2012, 29.

27 Dit beding kan vervolgens naar believen worden vertaald in een andere taal.

28 Wanneer er sprake is van een compromis kunt u de zinsnede 'Alle geschillen die ontstaan uit of die verband houden met deze overeenkomst of nadere overeenkomsten die met deze overeenkomst samenhangen dienen te worden beslecht door middel van arbitrage' bijvoorbeeld vervangen door 'Het geschil dat partijen verdeeld houdt, zal exclusief worden beslecht door middel van arbitrage'.

29 Naar eigen voorkeur opnemen of weglaten.