

Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage

Abstract

Arbitral tribunals and courts may be confronted with the question of whether the parties have entered into a valid arbitration agreement. This agreement has formal as well as substantive elements. Different conflicts of law rules apply to both elements and the formal and substantive validity of the arbitration agreement may be governed by different laws. Which conflicts of law rule should be applied, simply put, depends on whether the seat of the arbitration is known and where it is located. This article discusses the various conflicts of law rules as well as the consequences thereof for the applicable law.

1. Inleiding

De bevoegdheid van een scheidsgerecht tot rechtspraak berust niet op de wet, maar op een arbitrageovereenkomst en de opdracht die het daarmee van partijen heeft gekregen.¹ Arbitrage is derhalve alleen mogelijk als partijen dat overeenkomen. Bij de beantwoording van de vraag of er een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat kan de vraag rijzen door welk recht zij wordt beheerst. Bij de invoering van de huidige arbitragewet, die op 1 januari 2015 in werking trad, is dit ook onderkend en de wetgever heeft getracht duidelijkheid te verschaffen door in Boek 10 BW artikel 166 toe te voegen. Dit artikel geeft een conflictregel voor de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst, maar de formele geldigheid wordt niet door dit artikel beheerst. De vraag is dan ook naar welk recht de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage moet worden beoordeeld. Verder is het de vraag wanneer artikel 10:166 BW van toepassing is, hoe dit artikel uitpakt en of er problemen bij zijn toepassing kunnen rijzen. Op deze en andere vragen wordt in dit artikel ingegaan.

2. De leer van de separabiliteit

Bij het bepalen van het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage moet in de eerste plaats voor ogen worden gehouden dat algemeen geaccepteerd is dat de arbitrageovereenkomst dient te worden beschouwd als een afzonderlijke overeenkomst.² Voor een arbitrage in Nederland volgt dit uit artikel 1053 Rv³ en ingevolge dit artikel geldt de leer van de separabiliteit ongeacht of de arbitrageovereenkomst is neergelegd in een arbitraal beding of compromis.⁴ Volgens de tekst van artikel 1020 lid 2 Rv verbinden partijen zich bij arbitraal beding om toekomstige geschillen aan arbitrage te onderwerpen. Een arbitraal beding hoeft overigens geen deel uit te maken van de hoofdovereenkomst. Zij kan namelijk ook in een afzonderlijk geschrift (niet zijnde algemene voorwaarden) worden opgenomen, zolang zij maar betrekking heeft op toekomstige geschillen.⁵ Bij akte van compromis verbinden partijen zich volgens de tekst van artikel 1020 lid 2 Rv om een bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen en het compro-

mis vormt te allen tijde een separate overeenkomst.⁶ Hierbij zij opgemerkt dat er geacht mag worden een overeenkomst tot stand te zijn gekomen als er in de arbitrale procedure verweer ten principale wordt gevoerd, maar de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet wordt betwist wegens het ontbreken van een arbitrageovereenkomst.⁷

Vanouds moet de leer van de separabiliteit voorkomen dat een scheidsgerecht door de hoofdovereenkomst ongeldig te verklaren zijn eigen bevoegdheid kan ondergraven.⁸ Het leerstuk van de separabiliteit beoogt van oudsher dan ook om het scheidsgerecht de mogelijkheid te geven om te beslissen over de rechtsgeldigheid van een hoofdovereenkomst zonder dat dit gevolgen heeft voor zijn competentie.⁹ Daarbij wordt tegenwoordig algemeen geaccepteerd dat de hoofdovereenkomst en de overeenkomst tot arbitrage met het oog op de toepassing van regels van internationaal privaatrecht eveneens behoren te worden gesepareerd. De hoofdovereenkomst en de arbitrageovereenkomst kunnen dan ook worden beheerst door verschillende conflictregels en verschillende rechtsstelsels.¹⁰

3. Het duale karakter van de arbitrageovereenkomst

Bij de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is op de arbitrageovereenkomst dient in de tweede plaats voor ogen te worden gehouden dat die overeenkomst een duaal karakter heeft.¹¹ Enerzijds is de arbitrageovereenkomst formeel of procesrechtelijk van aard.¹² Door te kiezen voor arbitrage als methode van geschilbeslechting onttrekken partijen het geschil immers aan de bevoegdheid van de overheidsrechter en verschaffen zij gelijktijdig bevoegdheid aan een scheidsgerecht.¹³ Anderzijds is de arbitrageovereenkomst tevens materieel of contractueel van aard. Het blijft namelijk

- 1 W.D.H. Asser, 'Beginselen van een faire arbitrale rechtspleging', *TvA* 2013/40, p. 163.
- 2 Zie hieromtrent bijvoorbeeld G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 349 e.v.
- 3 Ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland, dan is art. 1053 Rv niet van toepassing. Alsdan moet aan de hand van de toepasselijke *lex arbitri* worden bepaald of de arbitrageovereenkomst beschouwd moet worden als een afzonderlijke overeenkomst. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2213, *NIPR* 2014, 161 (*Econet/Bharti Airtel*).
- 4 Zie *Kamerstukken II* 1983-1984, 18464, nr. 3 (MvT), p. 22 en onder meer H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Snijders 2011), art. 1053 Rv, aant. 1.
- 5 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Meijer 2011), p. 134.
- 6 Men kan zich derhalve afvragen of de leer van de separabiliteit niet per definitie geldt voor een akte van compromis, aldus bijvoorbeeld Snijders 2011, art. 1053, aant. 1.
- 7 *Kamerstukken I* 1985-1986, 18464, nr. 191b (MvA), p. 3.
- 8 Snijders 2011, art. 1053 Rv, aant. 1.
- 9 Meijer 2011, p. 223 e.v.
- 10 N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2015 (hierna: Peters 2015), p. 282.
- 11 Zie ook Meijer 2011, p. 218.
- 12 Vergelijk M.W. Knigge, *De procesovereenkomst: Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 12 e.v., die meent dat een arbitrageovereenkomst enkel procesrechtelijk van aard is.
- 13 Aldus ook A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 354.

* Niek Peters is advocaat te Amsterdam bij Cleber N.V. en docent aan de RUG.

een overeenkomst waarop bepalingen van vermogensrecht van toepassing zijn. Vanwege voornoemd gemengd karakter moet de arbitrageovereenkomst zowel formeel als materieel geldig zijn en wordt er onderscheid gemaakt tussen het formeel en het materieel recht dat van toepassing is op de overeenkomst tot arbitrage.¹⁴ Hierna wordt dit onderscheid nader uitgewerkt.

4. Het toepasselijke formeel recht

De vraag naar de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst omvat naar mijn idee twee verschillende aspecten. Het eerste aspect betreft de buitengrenzen van het arbitragegebied en de vraag of de arbitrageovereenkomst ziet op een aangelegenheid die daarbinnen valt. Geschillen die rijzen uit een bepaalde rechtsbetrekking kunnen, ongeacht of zij voortvloeien uit een overeenkomst, veelal aan arbitrage worden onderworpen. Dat volgt voor Nederlandse arbitrages uit artikel 1020 lid 1 Rv. Uit artikel 1020 lid 4 Rv volgt daarnaast dat arbitrage hier te lande ook mogelijk is zonder dat er sprake hoeft te zijn van een geschil. Wat dat betreft zijn de buitengrenzen van het arbitragegebied in Nederland betrekkelijk ruim.¹⁵ Zo is arbitrage ook mogelijk voor de enkele vaststelling van de hoedanigheid of toestand van zaken, de enkele bepaling van de hoogte van een schadevergoeding of van een verschuldigde geldsom en kunnen arbiters ook een rechtsbetrekking aanvullen of wijzigen, zonder dat het toepasselijke materiële recht in die mogelijkheid hoeft te voorzien.¹⁶ Het tweede aspect van de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst ziet op de (vorm)vereisten die worden gesteld aan de overeenkomst tot arbitrage. Het ene land verlangt bijvoorbeeld een schriftelijke arbitrageovereenkomst, terwijl een ander land dat niet doet. In Nederland is de eis van geschrift ingevolge artikel 1021 Rv een bewijsvoorschrift en geen geldigheidsvereiste.¹⁷ Omdat voornoemde twee aspecten per land kunnen verschillen, kan het voor de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst uitmaken welk formeel recht wordt toegepast.¹⁸ Dat maakt de vraag relevant aan de hand van welk recht de arbiter en de rechter de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst moeten beoordelen.

Bij de invoering van de huidige arbitragewet is de vraag welk recht van toepassing is op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst slechts zijdelings aan bod gekomen. De minister volstond met de opmerking dat artikel 10:166 BW, welk artikel hierna in paragraaf 5 aan de orde komt, artikel 10:154 BW voor de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst onverlet laat.¹⁹ Verder zou artikel 10:166 BW de eisen die het Verdrag van New York²⁰ stelt aan de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst eveneens onverlet laten.²¹ Is dit verdrag niet van toepassing, dan moeten de bepalingen van de Rome I-verordening naar de mening van de minister via artikel 10:154 BW kennelijk worden toegepast. Hierna zal ik uiteenzetten waarom het standpunt van de minister naar mijn mening niet kan worden gevolgd. Dat werk ik uit voor drie situaties. In de eerste situatie vindt de arbitrage plaats in Nederland. In de tweede situatie ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland. In de derde situatie is onbekend wat de plaats van arbitrage zal zijn.

4.1 De plaats van arbitrage ligt in Nederland

Ingevolge artikel 1073 lid 1 Rv is de Eerste Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, ongeacht of de arbitrage zuiver nationale dan wel (mede) internationale kenmerken vertoont.²² Met deze verwijzingsregel heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen dat de bepalingen van voor-

noemde titel moeten worden toegepast als de plaats van arbitrage in Nederland ligt.²³ Aldus mag worden aangenomen dat de bepalingen die zien op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst, die zijn opgenomen in de Eerste Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering, van toepassing zijn als de plaats van arbitrage in Nederland ligt.²⁴ Aangezien de bepalingen ten aanzien van de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst dwingendrechtelijk van aard zijn en de wet niet voorziet in de mogelijkheid van een afwijkende rechtskeuze, ben ik in dit verband van mening dat een rechtskeuze voor een ander formeel recht niet mogelijk is.²⁵ Ik heb daarbij eerder verdedigd dat artikel 10:154 BW in dezen geen rol behoort te spelen, omdat artikel 1073 Rv als *lex specialis* voorgaat op de *lex generalis* van artikel 10:154 BW.²⁶ De

14 Peters 2015, p. 282.

15 Het arbitragegebied wordt vervolgens weer beperkt door het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit, welk leerstuk als het ware de binnengrenzen van het arbitragegebied bepaalt door bepaalde kwesties die vallen binnen de buitengrenzen van het arbitragegebied toch tot het exclusieve domein van de overheidsrechter te rekenen. Zie hieromtrent bijvoorbeeld Peters 2015, p. 257 e.v.

16 In gelijke zin G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2014, art. 1020 Rv, aant. 5(b).

17 De eis van geschrift speelt dan ook pas een rol na betwisting van de arbitrageovereenkomst.

18 Peters 2015, p. 283.

19 Op grond van laatstgenoemd artikel zijn de bepalingen van Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6 (hierna: Rome I-verordening of Rome I) analoog van toepassing op overeenkomsten die van haar werkingssfeer zijn uitgesloten. Voor arbitrageovereenkomsten volgt uit art. 1 lid 2 sub e dat de Rome I-verordening niet van toepassing is. Die uitsluiting geldt voor zowel de procesrechtelijke als de materieelrechtelijke aspecten daarvan, aldus eveneens L. Strikwerda, *De overeenkomst in het ipr*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2015, p. 114.

20 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145 (hierna: Verdrag van New York).

21 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33611, nr. 3 (MvT), p. 8.

22 *Kamerstukken II* 1983-1984, 18464, nr. 3 (MvT), p. 2.

23 Zie ook *Kamerstukken II* 1985-1986, 18464, nr. 6 (MvA), p. 40: 'Artikel 1073 heeft alleen betrek[k]ing op het toepasselijke (formele) arbitragerecht. Volgens dit artikel is de plaats van arbitrage beslissend voor de toepasselijkheid van het nieuwe arbitragerecht. Dit is de juridische betekenis van de plaats van arbitrage, waarop reeds ad artikel 1037 dezer memorie werd gewezen. Is de plaats van arbitrage in Nederland gelegen, dan is daarmee het Nederlandse arbitragerecht zonder meer van toepassing. Met deze bepaling wordt aan de praktijk de noodzakelijke duidelijkheid verschafft.'

24 Daarbij zij opgemerkt dat op grond van bepalingen van formeel recht ook bepalingen van materieel recht, zoals bijvoorbeeld art. 6:227a lid 1 BW, van toepassing kunnen zijn voor wat betreft de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

25 Peters 2015, p. 255 en p. 283. Zie ook Meijer 2011, p. 365, waar hij stelt dat een rechtskeuze voor een ander formeel recht nietig is voor zover de gekozen bepalingen in strijd komen met de Nederlandse bepalingen. Vergelijk evenwel Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:GHAMS:2014:3666, waar het hof in het kader van een vernietigingsprocedure in navolging van de rechtbank de antiekiesregel toepaste, niet trad in de partijdiscussie of Frans of Iers recht van toepassing was op de geldigheid van de arbitrageovereenkomst en zelf het toepasselijke recht niet vaststelde, maar oordeelde dat was voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste dat zowel zou gelden naar het Franse als het Ierse recht.

26 Peters 2015, p. 283. Zie ook Meijer 2011, p. 315-320, waar hij dit uitwerkte met betrekking tot de bepalingen van de Rome I-verordening voordat art. 10:154 BW in werking was getreden.

arbiter en de rechter zullen derhalve de relevante bepalingen van het Nederlandse arbitragerecht moeten toepassen wanneer zij voor de vraag worden geplaatst of de overeenkomst tot arbitrage formeel geldig is, bijvoorbeeld in het kader van een bevoegdheidsbeslissing ex artikel 1052 Rv respectievelijk artikel 1022 Rv of in het kader van een exequaturprocedure (art. 1063 Rv) dan wel vernietigingsprocedure (art. 1065 lid 1 sub a Rv).²⁷

4.2 De plaats van arbitrage ligt buiten Nederland

Ook als de plaats van arbitrage niet in Nederland ligt, kan de Nederlandse rechtsorde betrokken raken. Zo is het mogelijk dat een partij een geschil ter inhoudelijke beoordeling aan de Nederlandse rechter voorlegt of hier te lande de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis zoekt. Dan kan de vraag rijzen of de Nederlandse rechter de zaak naar arbitrage dient te verwijzen respectievelijk een exequatur moet verlenen. Daarbij kan de vraag aan de orde komen of de overeenkomst tot arbitrage wel of niet formeel geldig is.²⁸ De Eerste Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering is dan niet van toepassing.

Als de plaats van arbitrage ligt in een staat die partij is bij het Verdrag van New York,²⁹ zal de vraag of de Nederlandse rechter de zaak naar arbitrage dient te verwijzen kunnen worden beantwoord aan de hand van artikel II lid 3 van het verdrag. De vraag of een buitenlands arbitraal vonnis uit een verdragsstaat in Nederland voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt kan worden beantwoord met inachtneming van artikel 1075 Rv jo. artikelen IV en V van het verdrag.³⁰ De formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage moet – wanneer de vraag opkomt of arbitrageovereenkomst formeel geldig is – telkens worden getoetst aan de vereisten van artikel II leden 1 en 2 Verdrag van New York.³¹ Die eisen dienen te worden gekwalificeerd als eenvormig recht en zij moeten verdragsautonoom (uniform) worden uitgelegd. Daarbij is de rol van het nationale recht in beginsel uitgespeeld als dat striktere of additionele eisen zou stellen.³²

Ligt de plaats van arbitrage niet in een staat die partij is bij het Verdrag van New York, dan is het verdrag niet van toepassing. Verder staat het verdrag er niet aan in de weg dat een partij zich beroept op een gunstigere nationale regeling.³³ Dat brengt mij op artikel 1074 Rv³⁴ en artikel 1076 lid 1 sub A onder a Rv. Op grond van eerstgenoemd artikel moet de Nederlandse rechter, bij wie een bodemprocedure aanhangig is gemaakt, zich onbevoegd verklaren als een partij zich voor alle wesen beroept op het bestaan van de overeenkomst tot arbitrage, tenzij die overeenkomst ongeldig is onder het op die overeenkomst toepasselijke recht. Op grond van laatstgenoemd artikel komt een buitenlands arbitraal vonnis niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking, indien een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt onder het op die overeenkomst toepasselijke recht. Het toepasselijke recht moet in beide gevallen worden bepaald aan de hand van de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht.³⁵ Daarbij mag naar mijn idee niet uit het oog worden verloren dat het internationaal algemeen geaccepteerd is dat het formeel recht van de plaats van arbitrage de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst beheerst.³⁶

Het is vervolgens de vraag of de Rome I-verordening bij een buitenlandse plaats van arbitrage op grond van artikel 10:154 BW voor analoge toepassing in aanmerking komt. Zie ik het goed, dan staat Koppenol-Laforce daar niet onwelwillend tegenover.³⁷ Als men ter vermijding van een hinkende arbitragepraktijk echter wil aannemen dat een arbitrageovereenkomst alleen voor formeel (on)geldig mag worden gehouden als zij ook daadwerkelijk formeel (on)geldig is in de plaats van arbi-

27 De discussie of, en zo ja onder welke omstandigheden art. II Verdrag van New York van toepassing kan zijn als de arbitrage plaatsvindt in de forumstaat laat ik hier rusten. Ik ben van mening dat het verdrag dan niet van toepassing is, maar daarover wordt verschillend gedacht. Voor een overzicht van de verschillende opvattingen verwijs ik naar A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Toward a Uniform Judicial Interpretation* (diss. Rotterdam), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1981 (hierna: Van den Berg 1981), p. 58-61; D. Schramm, E. Geisinger & P. Pinsolle, in: H. Kronke e.a. (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 41-43; Meijer 2011, p. 259-261 en p. 365; R. Wolff, *New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958: Commentary*, München: Verlag C.H. Beck oHG 2012, p. 101 e.v., alsmede UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/814/Add.1, par. 4-6. Zou men willen aannemen dat het Verdrag van New York wel van toepassing kan zijn, dan kan het Nederlandse formeel arbitragerecht desalniettemin worden toegepast op grond van het meestbegunstigingsbeginsel van art. VII lid 1 Verdrag van New York, waaromtrent ook Meijer 2011, p. 261.

28 Ook kan de Nederlandse rechter worden aangezocht voor maatregelen tot bewaring van recht of voorlopige voorzieningen als bedoeld in art. 1074a-1074c Rv. Deze bepalingen laat ik hier verder buiten beschouwing, aangezien de overheidsrechter zich ingevolge art. 1074d Rv onbevoegd moet verklaren indien een partij zich voor alle wesen beroept op het bestaan van een arbitrageovereenkomst, tenzij de gevraagde voorziening niet of niet tijdig in arbitrage kan worden gekregen. In geen geval is het evenwel de bedoeling dat de overheidsrechter treedt in een mogelijk uitvoerig debat over de vraag naar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Het primaat ligt namelijk bij het scheidsgerecht en het is aan het scheidsgerecht zelf om te oordelen over zijn bevoegdheid en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst, aldus *Kamerstukken II* 2013-2014, 33611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 14.

29 Dat het Verdrag van New York alleen dan van toepassing is komt omdat Nederland als voorbehoud in de zin van art. I lid 3 de eis van reciprociteit heeft gesteld. Anders zou het verdrag van toepassing zijn geweest op elke buitenlandse arbitrage.

30 De meeste staten zijn inmiddels partij bij het Verdrag van New York. Zie voor een actueel overzicht <https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Verdrag/Details/006850>.

31 Zie ook reeds Van den Berg 1981, p. 144-145 en p. 284 e.v.

32 In theorie is het mogelijk dat bepaalde kwesties niet kunnen worden opgelost aan de hand van art. II leden 1 en 2 Verdrag van New York. Dan moet er nationaal formeel recht worden toegepast. Zie hieromtrent Meijer 2011, p. 367 e.v. In dat geval zou men ter bepaling van het toepasselijke formeel recht kunnen aansluiten bij de conflictregel van art. V lid 1 sub a Verdrag van New York, die hierna in par. 5.3.2 nog aan orde komt. Op grond van die conflictregel moet primair worden aangesloten bij het recht dat partijen van toepassing hebben verklaard op de arbitrageovereenkomst. Is de arbitrageovereenkomst volgens dat recht geldig, dan zou de rechter de zaak naar arbitrage moeten verwijzen. Het kan evenwel gebeuren, zoals Meijer ook onderkent, dat die rechtskeuze niet wordt erkend door het toepasselijke arbitragerecht in de plaats van arbitrage en dat het scheidsgerecht het gekozen recht niet kan toepassen. Alsdan kan het gebeuren dat het scheidsgerecht op basis van het formeel recht van de plaats van arbitrage moet concluderen dat de arbitrageovereenkomst formeel niet geldig is. Ook kan het gebeuren dat de arbitrageovereenkomst naar het gekozen recht formeel voor ongeldig wordt gehouden waardoor de zaak niet naar arbitrage wordt verwezen of een exequatur wordt geweigerd, terwijl de overeenkomst tot arbitrage in de plaats van arbitrage op basis van het aldaar toepasselijke recht wel formeel geldig is. Ik ben derhalve van mening dat, om hinkende rechtsverhoudingen zoveel mogelijk te voorkomen, de conflictregel van art. V lid 1 sub a niet zou moeten worden toegepast ter vaststelling van het nationale formeel recht. Naar mijn mening is het beter om aan te haken bij het recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Staat dat recht een rechtskeuze toe, dan kan in afwijking van het formeel recht van de plaats

trage, dan leent voornoemde verordening zich eigenlijk niet voor een analoge toepassing, aangezien haar verwijzingsregels niet zonder meer resulteren in de toepassing van het recht dat moet worden toegepast in de plaats van arbitrage, met als gevolg dat de formele (on)geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage in strijd met laatstgenoemd recht kan worden aangenomen. Ik licht dit toe. Als eerste bespreek ik hier artikel 3 Rome I. Op grond van dit artikel kunnen partijen een rechtskeuze maken. Het kan evenwel gebeuren dat die rechtskeuze voor wat betreft het toepasselijke formeel recht geen effect heeft in de plaats van arbitrage. Zou nochtans worden aangenomen dat de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst wordt beheerst door het gekozen recht, dan wordt een recht toegepast dat in de plaats van arbitrage niet voor toepassing in aanmerking komt. Dat brengt mij op artikel 4 Rome I. Dit artikel is van toepassing bij gebreke van een rechtskeuze. Omdat de arbitrageovereenkomst niet valt onder de specifieke conflictregels van het eerste lid en er bij arbitrageovereenkomsten niet gesproken kan worden over een kenmerkende prestatie, valt men terug op de algemene verwijzingsregel van het vierde lid: de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is. Zou men in dit geval kiezen voor een feitelijk-geografische aanknopingspunt dan lijkt een aanknopingspunt bij het recht van de plaats van arbitrage voor de hand te liggen. Probleem is evenwel dat men het criterium van de nauwste verbondenheid ook breder kan opvatten en daaronder ook juridische gezichtspunten kan laten vallen. In dat geval is mogelijk verdedigbaar dat de arbitrageovereenkomst het nauwst verbonden is met het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft, maar dat hoeft niet het recht van het land te zijn waar de arbitrage plaatsvindt. Zo kom ik tot slot op artikel 11 Rome I. Dit artikel voorziet in een specifieke conflictregel voor de vorm van overeenkomsten. Bevinden partijen, althans hun vertegenwoordigers, zich bij het sluiten van de overeenkomst in hetzelfde land, dan is de overeenkomst naar de vorm geldig indien zij voldoet aan hetzij de vormvereisten van het recht dat ingevolge de Rome I-verordening van toepassing is op de overeenkomst, hetzij de vormvereisten van het recht van het land waar de overeenkomst is gesloten.³⁸ Bevinden partijen, althans hun vertegenwoordigers, zich bij het sluiten van de overeenkomst in verschillende landen, dan is de overeenkomst naar de vorm geldig indien zij voldoet aan de vereisten van hetzij het recht dat de overeenkomst ingevolge de Rome I-verordening beheerst, hetzij het recht van het land waar een van de partijen of haar vertegenwoordiger zich op het moment van sluiting bevindt, hetzij het recht van het land waar een van de partijen op dat moment haar gewone verblijfplaats heeft.³⁹ Stel nu eens dat partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt met betrekking tot de arbitrageovereenkomst en partijen hebben gekozen voor een neutrale plaats van arbitrage, hetgeen niet ongebruikelijk is bij internationale arbitrages, dan kan ingevolge de verwijzingsregels van artikel 11 een ander formeel recht worden toegepast dan in de plaats van arbitrage zou worden toegepast. De toepassing van artikel 11 kan net als bij de toepassing van artikel 3 en artikel 4 derhalve meebrengen dat de Nederlandse rechter de arbitrageovereenkomst formeel voor (on)geldig houdt, terwijl het tegendeel het geval is in de plaats van arbitrage. Gezien het voorgaande acht ik het dan ook geïndiceerd om geen aansluiting te zoeken bij de Rome I-verordening en de mogelijke problemen die bij haar toepassing kunnen rijzen te vermijden.⁴⁰ In plaats daarvan zou ik als verwijzingsregel simpelweg willen aanhouden dat de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage wordt beheerst door het formeel recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage.⁴¹ Dat is dan het recht dat in de plaats van

arbitrage in het licht van alle omstandigheden moet worden toegepast.⁴² Bovendien bewerkstelligt de toepassing van deze verwijzingsregel mogelijk een harmonisatie van beslissingen ten aanzien van de formele geldigheid. De kans op tegenstrijdige uitspraken wordt namelijk verkleind als de Nederlandse rechter, zijn buitenlandse ambtsgenoot en het scheidsgerecht allen het formeel recht toepassen dat van toepassing is in de plaats van arbitrage, waar de arbitrageovereenkomst is uitgevoerd of afgedwongen moet kunnen worden.⁴³

4.3 De plaats van arbitrage is onbekend

Het is ook mogelijk dat partijen arbitrage overeenkomen, zonder dat zij daarbij een plaats van arbitrage aanwijzen. Omdat de meeste arbitragewetten en -reglementen voorzien in een regeling voor zo'n situatie ziet men in de praktijk zelden problemen als partijen in gebreke blijven om een plaats van arbitrage aan te wijzen. Zo kunnen arbiters bijvoorbeeld bevoegd zijn om de plaats van arbitrage vast te stellen.⁴⁴ Het kan echter voorkomen dat de Nederlandse rechter wordt aangezocht voordat een arbitraal geding aanhangig is gemaakt, althans voordat de plaats van arbitrage is bepaald. Voor het geval de arbitrage ook in Nederland zou kunnen plaatsvinden is onduidelijk of de rechter zijn bevoegdheid moet beoordelen aan

van arbitrage mogelijk wel het gekozen recht worden toegepast. Zie ook Peters 2015, p. 285.

33 Dit volgt uit art. VII lid 1 Verdrag van New York. Op de discussie of het Verdrag van New York ook gedeeltelijk buiten toepassing kan worden gelaten ga ik hier niet in. Voor een overzicht van de verschillende opvattingen verwijs ik naar Peters 2015, p. 285-286.

34 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat bij een buitenlandse plaats van arbitrage art. 1022 Rv niet van toepassing is. Zie aldus bijvoorbeeld ook Hof Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2617, NIPR 2013, 375 (X/Ver-text).

35 Het Verdrag van New York speelt naar mijn idee dan geen rol meer. Vergelijk evenwel Rb. Dordrecht 30 september 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BJ9375, NIPR 2009, 308, waar de rechtbank haar bevoegdheid beoordeelde met inachtneming van art. 1074 Rv en tegelijkertijd de geldigheid van de arbitrageovereenkomst toetste aan de vereisten van art. II Verdrag van New York.

36 Zie bijvoorbeeld H. Rüßmann & K. Timár, 'The Laws Applicable to the Arbitration Agreement', in: R. Geimer & R.A. Schütze (red.), *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, München: Sellier European Law Publishers 2012, p. 856, alsmede G.J. Meijer, 'De overeenkomst tot arbitrage volgens het Wetsvoorstel Modernisering Arbitrage-recht', *TvA 2013/33* (hierna: Meijer 2013), p. 110-111.

37 M. Koppenol-Laforce, 'Artikel 10:166 BW: Het toepasselijke recht op de geldigheid van de arbitrageovereenkomst', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer: Liber Americum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (hierna: Koppenol-Laforce 2013), p. 185.

38 Art. 11 lid 1 Rome I.

39 Art. 11 lid 2 Rome I.

40 In gelijke zin Meijer 2011, p. 315-320 en Meijer 2013, p. 110-111.

41 Zie ook Peters 2015, p. 287.

42 Staat het formeel recht van de plaats van arbitrage een rechtskeuze voor een ander formeel recht toe en hebben partijen zo'n rechtskeuze gedaan, dan is ook voorstelbaar dat in afwijking van het recht van de plaats van arbitrage het gekozen recht wordt toegepast.

43 De vraag of de Nederlandse rechter niet zou moeten verwijzen zodra het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage wordt ingeroepen, althans in welke mate de geldigheidstoets zou moeten plaatsvinden (marginaal versus volledig), laat ik gezien het onderwerp van dit artikel voor wat het is.

44 Als de arbiters geen plaats van arbitrage hebben bepaald maar er wel vonnis is gewezen, kan de plaats van uitspraak worden beschouwd als de plaats van arbitrage. Vergelijk art. 1037 lid 2 Rv.

de hand van de bepalingen van de Eerste of de Tweede Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering dan wel de bepalingen van het Verdrag van New York.⁴⁵ Aldus is ook onduidelijk aan de hand van welke set regels de rechter de formele geldigheid van de overeenkomst moet toetsen.⁴⁶ Als de plaats van arbitrage in Nederland kan liggen, lijkt het mij het meest voor de hand liggend om de formele geldigheid van de overeenkomst te beoordelen aan de hand van het Nederlandse arbitragerecht. Deze oplossing is echter niet geschikt als uit de arbitrageovereenkomst voortvloeit of anderszins gegeven is dat de arbitrage sowieso buiten Nederland zal plaatsvinden, maar alleen nog onbekend is waar. In zo'n geval is er immers geen verbondenheid met Nederland en het Nederlandse arbitragerecht dat betrekking heeft op de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst is gezien artikel 1073 lid 1 Rv in geen geval van toepassing. Dat brengt mij op de vraag of het Verdrag van New York dan voor toepassing in aanmerking komt. Als de plaats van arbitrage ook in een staat kan liggen die geen partij is bij het Verdrag van New York, lijkt dat gezien het door Nederland gemaakte reciprociteitsvoorbehoud *stricto sensu* niet het geval.⁴⁷ In dat geval zal de rechter zijn bevoegdheid moeten beoordelen met inachtneming van artikel 1074 Rv. Het probleem is alleen dat, nu onbekend is waar de arbitrage zal plaatsvinden, de plaats van arbitrage als aanknopingspunt geen uitkomst biedt en het toepasselijke formeel recht niet kan worden bepaald met behulp van de hiervoor in paragraaf 4.2 verwoorde verwijzingsregel. Alsdan zou men kunnen terugvallen op de bepalingen van de Rome I-verordening, maar dat verdient niet mijn voorkeur. Ongeacht waar de plaats van arbitrage gelegen kan zijn, acht ik toetsing aan de vereisten van artikel II Verdrag van New York namelijk het meest geïndiceerd, aangezien deze vereisten internationaal algemeen aanvaard zijn.⁴⁸

4.4 Conclusie

In tegenstelling tot hetgeen de minister suggereerde in de memorie van toelichting, behoren artikel 10:154 BW en de Rome I-verordening naar mijn mening geen rol te spelen bij de beantwoording van de vraag of de overeenkomst tot arbitrage formeel geldig is. Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is ingevolge artikel 1073 Rv het Nederlandse formeel recht van toepassing. Ligt de arbitrage buiten Nederland, dan moet de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst ofwel worden getoetst aan de vereisten van artikel II Verdrag van New York dan wel het formeel recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage. Is de plaats van arbitrage nog onbekend, dan kan het Nederlandse recht worden toegepast indien de plaats van arbitrage in Nederland zou kunnen liggen. Anders is het aangewezen om de formele geldigheid te toetsen aan de internationaal algemeen aanvaarde maatstaven van artikel II Verdrag van New York.

5. Het toepasselijke materieel recht

Het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage worden beheerst door het materieel recht.⁴⁹ Het gaat dan om regels van materieel recht in het algemeen en regels betreffende overeenkomsten in het bijzonder die ook in aanmerking komen voor toepassing op de arbitrageovereenkomst.⁵⁰ Wat dat betreft kan worden gedacht aan regels op het gebied van totstandkoming (aanbod en aanvaarding), wilsgebreken, nietigheid en vernietigbaarheid, rechtsverwerking, uitleg (wat zijn partijen precies overeengekomen) en of een partij gebonden is aan de arbitrageovereenkomst (bijvoorbeeld als zij is vastgelegd in algemene voorwaarden).⁵¹ Aangezien het materieel recht per land kan verschillen, kan

het uitmaken welk recht wordt toegepast op de overeenkomst tot arbitrage. De vraag rijst aldus aan de hand van welk recht het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst dient te worden onderzocht. Net als de vraag naar de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage kan deze vraag opkomen voorafgaand aan, hangende en na afloop van een arbitrale procedure.

5.1 De situatie voor 1 januari 2015

Voor de inwerkingtreding van artikel 10:166 BW werd het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage, ongeacht of de arbitrage plaatsvond in Nederland of daarbuiten, naar Nederlands internationaal privaatrecht bij wijze van uitgangspunt exclusief beheerst door één rechtsstelsel. Wij kenden een gelaagde aanknopng. Daarbij werd aangenomen dat de bepalingen van het EVO⁵² respectievelijk de Rome I-verordening analoog konden worden toegepast.⁵³ Na de inwerkingtreding van artikel 10:154 BW werd de toepasselijkheid van de Rome I-verordening in de literatuur⁵⁴ en de rechtspraak⁵⁵ wel gestoeld op dat artikel. Primair moest worden aangeknoopt bij het recht dat partijen uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend van toepassing hadden verklaard op de overeenkomst tot arbitrage.⁵⁶ Een stilzwijgende rechtskeuze zou bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid uit de keuze voor de plaats van arbitrage of een rechtskeuze op de hoofdovereenkomst waarin de arbitrageovereenkomst was opgenomen. Als er geen rechtskeuze mocht worden aangenomen, diende te worden aangeknoopt bij het recht waarmee de overeenkomst tot arbitrage het nauwst was verbonden. Dat was ofwel het recht van de plaats van arbitrage ofwel het recht dat van toepassing was op de hoofdovereenkomst waarop de arbitrageovereenkomst zag.⁵⁷ Welk materieel recht moest worden toegepast, was afhankelijk van de feiten en omstandigheden van

45 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat art. 1073 lid 2 Rv bepaalt dat de benoeming of de wraking van de arbiter of arbiters of de aan het scheidsrecht toegevoegde secretaris kan plaatsvinden met toepassing van de voorzieningen in de eerste afdeling B van de Eerste Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering als partijen de plaats van arbitrage niet hebben bepaald, mits ten minste een der partijen in Nederland woont dan wel feitelijk verblijf houdt.

46 Peters 2015, p. 289.

47 Zie noot 29.

48 Peters 2015, p. 289.

49 Bij de vraag of de arbitrageovereenkomst geldig is, kan ook nog aan de orde komen of partijen bevoegd en bekwaam waren om die overeenkomst aan te gaan. Het leerstuk van de subjectieve arbitraliteit valt evenwel buiten het onderwerp van deze bijdrage en wordt verder onbesproken gelaten. Zie hieromtrent bijvoorbeeld Peters 2015, p. 268 e.v.

50 Meijer 2011, p. 378.

51 Peters 2015, p. 290-291.

52 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156.

53 Zie hierover Meijer 2011, p. 379 e.v.

54 Aldus bijvoorbeeld B. van Zelst, 'Artikel 10:154: een nieuwe benadering bij de bepaling van het recht toepasselijk op de overeenkomst tot arbitrage?', *NTBR* 2012/18, p. 116 e.v.

55 Zie voor een recent voorbeeld Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8098, *NIPR* 2016, 89 (*Marijampolés/Interfood*).

56 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 augustus 2013, ECLI:GHAMS:2013:2580 en 3 juni 2014, ECLI:GHAMS:2014:2270, *NIPR* 2014, 385 (*X/Subway*). In deze zaak ging het hof er in navolging van partijen vanuit dat de rechtskeuze op de hoofdovereenkomst voor het recht van Liechtenstein zich ook uitstrekte tot de arbitrageovereenkomst, waarna de geldigheid van de arbitrageovereenkomst werd getoetst aan de hand van dit recht.

57 Aldus bijvoorbeeld RvA 10 december 2013, *TvA* 2014/42.

het geval. Daarbij viel niet te voorkomen dat in concrete gevallen verschillende oplossingen konden worden verdedigd, afhankelijk van waarop men de nadruk legde, zonder dat een oplossing als fout terzijde kon worden geschoven. Daardoor kon de gekozen oplossing arbitrair aanvoelen.

5.2 De situatie per 1 januari 2015

Bij de herziening van de arbitragewet heeft de wetgever er uiteindelijk voor gekozen om ruim baan te bieden aan arbitrage. De overeenkomst tot arbitrage zou materieel dan ook zoveel mogelijk voor geldig moeten worden gehouden. Dat heeft bij nota van wijziging geresulteerd in het huidige artikel 10:166 BW:

‘In afwijking van artikel 154 is een overeenkomst tot arbitrage materieel geldig 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.’⁵⁸

Deze bepaling is van toepassing op arbitrageovereenkomsten, ongeacht of zij voorzien in arbitrage in Nederland of daarbuiten.⁵⁹ Met deze bepaling is tot uitdrukking gebracht dat voor het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst kan worden aangeknoopt bij drie rechtsstelsels. Dat zijn (1) het door partijen gekozen recht, (2) het recht van de plaats van arbitrage en (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Uit de tekst van artikel 10:166 BW zou vervolgens kunnen worden afgeleid dat het derde rechtsstelsel pas in beeld komt als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, maar uit de toelichting bij het artikel blijkt dat dit niet de bedoeling is. In de toelichting staat namelijk dat een gelaagde aanknopingsfactor is verlaten en is vervangen door het favor- of begunstigingsbeginsel. Dat brengt mee dat niet slechts één rechtsstelsel bepalend is voor de materiële geldigheid van een arbitrageovereenkomst, maar dat de overeenkomst tot arbitrage materieel geldig is als ‘zij materieel geldig is naar één van de stelsels genoemd in artikel 166, al is zij materieel ongeldig naar het recht van een van de andere daar genoemde stelsels’.⁶⁰ De *communis opinio* is dan ook dat voornoemde drie rechtsstelsels gelijkwaardig zijn en dat er geen onderlinge rangorde bestaat.⁶¹

Het eerste rechtsstelsel waarbij kan worden aangeknoopt is het door partijen gekozen recht. Het gaat daarbij om het recht dat partijen door middel van een rechtskeuze van toepassing hebben verklaard op de arbitrageovereenkomst.⁶² Met inachtneming van de relevante regels van internationaal privaatrecht moet vervolgens worden bepaald of er al dan niet een geldige rechtskeuze is gedaan. In de praktijk zijn uitdrukkelijke rechtskeuzes op de arbitrageovereenkomst evenwel een rareiteit.⁶³

Het tweede rechtsstelsel waarbij zou kunnen worden aangeknoopt is het recht van de plaats van arbitrage. Hoewel de tekst van artikel 10:166 BW dit in het midden laat, lijkt het mij gezien artikel 10:5 BW voor de hand liggend dat moet worden aangesloten bij het recht van de plaats van arbitrage met uitsluiting van het aldaar geldende conflictenrecht. Vindt de arbitrage plaats in Nederland, dan is het Nederlandse materiële recht toepasselijk. In alle andere gevallen komt het materiële recht van de buitenlandse plaats van arbitrage voor toepassing in aanmerking.

Het derde rechtsstelsel waarbij zou kunnen worden aangeknoopt is het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Dit kan meebrengen dat in het kader van een bevoegdheidsinci-

dent beoordeeld zal moeten worden welk recht van toepassing is op de rechtsbetrekking die partijen verdeeld houdt. Het gaat daarbij overigens niet alleen om rechtsbetrekkingen uit overeenkomst. Volgens de toelichting bij artikel 10:166 BW kan bijvoorbeeld ook worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad.⁶⁴ Voor het geval er tussen partijen wel een overeenkomst bestaat, spreekt de toelichting enkel van een aanknopingsfactor bij het recht dat van toepassing is op een ‘hoofdovereenkomst met daarin een arbitraal beding’.⁶⁵ Dat zou kunnen betekenen dat in de visie van de minister niet kan worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op een hoofdovereenkomst als de arbitrageovereenkomst daarin niet is opgenomen. Dat valt evenwel lastig te rijmen met de opvatting dat ook mag worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, ten aanzien waarvan juist bij uitstek een afzonderlijke arbitrageovereenkomst zou kunnen worden gesloten. Ik heb daarom eerder verdedigd dat ook moet kunnen worden aangeknoopt bij het recht dat de hoofdovereenkomst beheerst in gevallen waarin de arbitrageovereenkomst daarin niet is opgenomen.⁶⁶ Daarbij maakt het niet uit of partijen een rechtskeuze hebben gemaakt of niet.⁶⁷ Hebben partijen echter een rechtskeuze gemaakt ten aanzien van de materiële rechtsverhouding die hen verdeeld houdt en mag worden aangenomen dat die rechtskeuze zich mede uitstrekt tot de arbitrageovereenkomst, dan zou kunnen worden verdedigd dat geen invulling wordt gegeven aan de derde maar aan de eerste aanknopingsfactor van artikel 10:166 BW, aangezien het bestaan en de materiële geldigheid alsdan wordt getoetst aan het recht dat partijen hebben gekozen op de overeenkomst tot arbitrage.⁶⁸ Vanuit dogmatisch oogpunt valt het te begrijpen dat de wetgever ervoor heeft gekozen om voornoemde conflictregel van artikel 166 op te nemen in Boek 10 BW, dat regels van internationaal privaatrecht bevat. De eenheid van de arbitragewetgeving is daarmee echter wel doorbroken en tegelijkertijd wordt afbreuk gedaan aan de kenbaarheid van de conflictregel. Na bestudering van enkel onze arbitragewet is het nu immers niet direct duidelijk dat de conflictregel van artikel 10:166 BW van

58 Voor een overzicht van de ontstaansgeschiedenis en de verschillende versies van de huidige conflictregel van art. 10:166 BW verwijs ik naar Peters 2015, p. 291-294. Verder zij verwezen naar G.J. Meijer, ‘Art. 1021 Rv: exclusief totstandkomingsvoorschrift?’, in: *Piet Sanders: Een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 280-284; H.J. Snijders, ‘Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht’, *TvA* 2013/31, p. 97; Meijer 2013, p. 110-111; F.J.M. De Ly, ‘Het Wetsvoorstel modernisering van het arbitragerecht en de internationale arbitrage’, *TvA* 2013/38, p. 151-154 en Koppenol-Laforce 2013, p. 182-186.

59 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 6.

60 *Ibidem*.

61 Zie aldus M.E. Koppenol-Laforce, *T&C Burgerlijk Wetboek* 2015 (hierna: Koppenol-Laforce 2015), art. 10:166 BW, aant. 5; Th.M. de Boer, ‘Choice of Law in Arbitration Proceedings’, *Recueil des cours* 2015 (vol. 375) (hierna: De Boer 2015), p. 74 en Peters 2015, p. 297-298.

62 Zie ook Koppenol-Laforce 2015, art. 10:166 BW, aant. 5 en Peters 2015, p. 295.

63 Zie eveneens De Boer 2015, p. 73.

64 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 7.

65 *Ibidem*.

66 Peters 2015, p. 296-297.

67 Peters 2015, p. 298.

68 Naar alle waarschijnlijkheid heeft de minister deze situatie voor ogen gehad toen hij bij zijn bespreking van de derde aanknopingsfactor stelde dat het geval dat partijen een rechtskeuze hadden gemaakt, valt onder de eerste aanknopingsfactor. Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 33611, nr. 6 (Nota van wijziging), p. 7.

toepassing is. Het was dan ook fraai geweest als de wetgever in de arbitragewet een verwijzing naar laatstgenoemd artikel (en art. 10:167 BW) had opgenomen.

5.3 Wanneer is artikel 10:166 BW toepasselijk?

Dat brengt mij op de vraag wanneer en door wie artikel 10:166 BW moet worden toegepast. Bij de beantwoording van deze vraag onderscheid ik – net als in paragraaf 4 hiervoor – drie situaties. In de eerste situatie ligt de plaats van arbitrage in Nederland. In de tweede situatie ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland. In de derde situatie is de plaats van arbitrage onbekend.

5.3.1 De plaats van arbitrage ligt in Nederland

Als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, is artikel 1052 lid 2 Rv van toepassing als de bevoegdheid van het scheidsgerecht wordt betwist. Het scheidsgerecht moet zich onbevoegd verklaren als een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. De rechter kan ook voor de vraag komen te staan of er een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, bijvoorbeeld als de zaak ter inhoudelijke beoordeling aan hem is voorgelegd en zijn bevoegdheid wordt betwist (art. 1022 Rv), wanneer er een exequatur wordt gevraagd (art. 1063 Rv) of wanneer er een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis is ingesteld (art. 1065 Rv). De vraag of de arbitrageovereenkomst bestaat en materieel geldig is, behoort in alle gevallen te worden beantwoord met inachtneming van de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht, ook al blijkt dit niet uit de tekst van voornoemde bepalingen. Mede gezien het standpunt van de minister dat artikel 10:166 BW ook van toepassing is op arbitrageovereenkomsten als de arbitrage plaatsvindt in Nederland is verdedigbaar dat zowel de arbiter als de rechter de *in favorem validitatis* regel van artikel 10:166 BW in voorkomende gevallen moeten aanwenden.⁶⁹

Bij de beantwoording van de vraag of er een geldige arbitrageovereenkomst bestaat rijzen twee complicaties als die vraag moet worden beantwoord aan de hand van het recht dat de rechtsbetrekking beheerst waarop de arbitrageovereenkomst ziet.⁷⁰ De eerste complicatie rijst als arbiters aan de hand van dit recht moeten oordelen over het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage. Bij het bepalen van het recht dat het materiële geschil beheerst zijn arbiters ingevolge artikel 1054 lid 2 Rv namelijk niet gebonden aan regels van internationaal privaatrecht en zij mogen los van het conflictenrecht het toepasselijke recht bepalen. Arbiters kunnen voor wat betreft het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt in beginsel dan ook een ander (niet-statelijk) recht aanwenden dan de Nederlandse rechter zou doen.⁷¹ Tegelijkertijd wordt evenwel verdedigd dat arbiters hetzelfde recht moeten toepassen op de arbitrageovereenkomst als de rechter zou doen, omdat het arbitraal vonnis anders bloot zou staan aan vernietiging.⁷² Om te bewerkstelligen dat arbiters ook daadwerkelijk hetzelfde recht hanteren als de rechter zouden arbiters de regels van het Nederlandse internationaal privaatrecht kunnen toepassen en de toepassing van niet-statelijk recht achterwege kunnen laten als dat recht niet tevens door de rechter zou mogen worden toegepast. Deze oplossing geniet evenwel niet mijn voorkeur, omdat de flexibiliteit om in de arbitrale procedure in te spelen op de feiten en omstandigheden van het concrete geval dan wordt beknot. Ik heb daarom eerder uiteengezet dat het mijn voorkeur heeft als arbiters het bestaan en de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst in het kader van hun bevoegdheidsbeslissing toetsen aan het recht dat zij in het vervolg van de procedure met inachtneming van artikel 1054 lid 2 Rv zullen toepassen

– voor zover bevoegdheid wordt aangenomen – ongeacht of de Nederlandse rechter dit recht zou kunnen toepassen op grond van zijn conflictenrecht.⁷³ Vervolgens kan de rechter in het kader van een exequatur- of vernietigingsprocedure onderzoeken of er naar dat recht, ongeacht welk recht, inderdaad een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Zo kom ik op de tweede complicatie die kan rijzen. Zij ontstaat als de Nederlandse rechter wordt aangezocht voordat een arbitrage aanhangig is gemaakt om het geschil inhoudelijk te beoordelen, diens bevoegdheid wordt betwist en hij in dat verband moet toetsen of er een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. De rechter zal het toepasselijke recht op het materiële geschil in zo'n geval moeten vaststellen met behulp van zijn conflictenrecht, maar dat hoeft niet te resulteren in de toepassing van het recht dat arbiters aanwenden in een arbitrale procedure. Aldus kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de mogelijkheid zich kan voordoen dat het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst door de Nederlandse rechter kan worden aangenomen op basis van een recht dat in de arbitrage niet hoeft te worden toegepast op de materiële rechtsbetrekking die partijen verdeeld houdt.⁷⁴

Partijen moeten er verder bedacht op zijn dat de ruimhartige Nederlandse regel, waarbij aan arbitrageovereenkomsten ruim baan wordt geboden, niet van toepassing is als een buitenlandse rechter in het kader van bijvoorbeeld een exequaturprocedure de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst toetst. Als het Verdrag van New York van toepassing is, zal de rechter van de staat waar de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis wordt gezocht de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst op grond van artikel V lid 1 sub a moeten beoordelen aan de hand van het recht waaraan partijen de arbitrageovereenkomst hebben onderworpen en bij gebreke van een rechtskeuze aan de hand van het recht van het land waar de uitspraak is geweest.⁷⁵ Stel nu eens dat de arbitrageovereenkomst ongeldig is naar het gekozen recht, maar wel geldig is naar het recht van de plaats van arbitrage en arbiters op grond van dat recht oordeelden dat er sprake was van een geldige arbitrageovereenkomst. De rechter van de aangezochte staat zal de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage op grond van artikel V lid 1 sub a Verdrag van New York in zo'n geval desalniettemin moeten beoordelen aan de hand van het gekozen recht. Het kan alsdan gebeuren dat de buitenlandse rechter oordeelt dat de arbitrageovereenkomst materieel niet geldig is en dat het arbitraal vonnis niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt.⁷⁶ Dit vind ik niet bezwaarlijk. Het arbitraal vonnis kan hier te lande immers nog steeds worden afgedwongen en het is bovendien aan partijen om op voorhand de risico's in te schatten of een arbitraal vonnis in het buitenland wel of niet kan worden erkend of ten uitvoer kan worden gelegd.

69 Zie verder Peters 2015, p. 299-301.

70 Dat is het geval als partijen geen rechtskeuze hebben gedaan op de overeenkomst tot arbitrage, althans die overeenkomst ongeldig is naar het recht dat partijen gekozen hebben, en de plaats van arbitrage nog onbekend is, althans de arbitrageovereenkomst ongeldig is naar dat recht.

71 Peters 2015, p. 304 e.v.

72 Zie hieromtrent Peters 2015, p. 274 en p. 301.

73 Peters 2015, p. 300-301.

74 Zie ook Peters 2015, p. 301.

75 Zie ook par. 5.3.2 hierna.

76 Dat kan bijvoorbeeld ook gebeuren als de arbitrageovereenkomst slechts geldig was naar het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de overeenkomst tot arbitrage betrekking heeft.

5.3.2 De plaats van arbitrage ligt buiten Nederland

Als de plaats van arbitrage buiten Nederland ligt, kan de Nederlandse rechter, zoals ik hiervoor in paragraaf 4.2 heb uiteengezet, ook worden geadeerd. Zo kan hij worden aangezocht om het geschil inhoudelijk te beoordelen of worden verzocht om verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen. In beide gevallen is artikel 10:166 BW niet zonder meer van toepassing. Dat werk ik hierna uit. Daarbij maak ik onderscheid tussen de situatie waarin het Verdrag van New York wordt toegepast en de situatie waarin dat niet het geval is.

Ligt de plaats van arbitrage in een staat die partij is bij het Verdrag van New York, dan komen artikel II lid 3 respectievelijk artikelen IV en V voor toepassing in aanmerking.⁷⁷ Op grond van artikel V lid 1 sub a kan het exequatur onder meer worden geweigerd als:

‘de overeenkomst niet geldig is krachtens het recht waaraan partijen haar hebben onderworpen of – indien elke aanwijzing hieromtrent ontbreekt – krachtens het recht van het land waar de uitspraak werd gewezen’.

Het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage wordt aldus beheerst door het door partijen gekozen recht dan wel het recht van het land waar de uitspraak werd gewezen. Deze conflictregel heeft voorrang op artikel 10:166 BW en laatstgenoemd artikel komt, naar het zich laat aanzien, niet voor toepassing in aanmerking als de Nederlandse rechter het Verdrag van New York toepast bij de beantwoording van de vraag of hij het buitenlandse arbitraal vonnis kan erkennen en een exequatur kan verlenen. Daarbij wordt aangenomen dat voornoemde conflictregel ook geldt voor artikel II lid 3 Verdrag van New York, met dien verstande dat voor het recht van het land waar de uitspraak werd gewezen het recht van de plaats van arbitrage moet worden gelezen.⁷⁸ Aldus is verdedigbaar dat artikel 10:166 BW evenmin van toepassing is als bij de Nederlandse rechter een bodemprocedure aanhangig is gemaakt en het bevoegdheidsincident wordt afgedaan met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag van New York.⁷⁹

Vervolgens rijst de vraag of artikel 10:166 BW wel van toepassing is in situaties waarin het Verdrag van New York niet geldt dan wel buiten toepassing wordt gelaten. Gezien artikel 10:2 BW en gezien de opvatting van de minister dat artikel 10:166 BW ook van toepassing is op arbitrageovereenkomsten als zij voorzien in arbitrage buiten Nederland, mag dat wel worden aangenomen.⁸⁰ Ik verwijs in dit verband ook naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 december 2015.⁸¹ Een Nederlandse eiseres had een bodemprocedure aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Rotterdam. Voor alle verweren beriepen de gedaagden zich op een arbitraal beding, dat onderdeel uitmaakte van de hoofdovereenkomst. Zij vorderden daarbij dat de rechtbank zich onbevoegd zou verklaren. Eiseres voerde daartegen verweer en stelde in dit verband dat zij de hoofdovereenkomst met inbegrip van het arbitraal beding buitengerechtelijk had vernietigd. De rechtbank moest aldus de vraag beantwoorden of het arbitraal beding geldig en nog van kracht was ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding.⁸² Bij de beantwoording van deze vraag paste de rechtbank artikel 10:166 BW toe. Aangezien het arbitraal beding Oslo als plaats van arbitrage aanwees en partijen hadden gekozen voor Noors recht, leidden alle aanknopingspunten in dit geval naar dat recht. Het Noorse recht werd door de rechtbank dan ook van toepassing verklaard en partijen werden uitgenodigd om zich naar Noors uit te laten over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

De mogelijkheid kan zich evenwel voordoen dat de Nederlandse rechter de overeenkomst tot arbitrage op grond van

artikel 10:166 BW voor geldig houdt naar een recht dat in de plaats van arbitrage niet voor toepassing in aanmerking komt.⁸³ Het is aldus bijvoorbeeld niet onmogelijk dat de Nederlandse rechter zich onbevoegd verklaart, terwijl de arbitrageovereenkomst in de plaats van arbitrage niet kan worden afgedwongen. Helaas heeft de minister tijdens de parlementaire behandeling geen aandacht besteed aan deze problematiek. Het is derhalve gissen hoe de wetgever hiertegen aankijkt. Om voorgaande situaties zoveel als mogelijk te voorkomen heb ik eerder de vraag opgeworpen of het niet beter was geweest als de *scope* van artikel 10:166 BW was beperkt tot Nederlandse arbitrages.⁸⁴ Alsdan zou ook worden aangesloten bij de *scope* van artikel 1021 lid 4 van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde Boek (Arbitrage), artikelen 1020-1076 Rv, van de werkgroep onder leiding van Van den Berg, dat ten grondslag ligt aan de huidige bepaling van artikel 10:166 BW.

5.3.3 De plaats van arbitrage is onbekend

Als de plaats van arbitrage onbekend is en de Nederlandse rechter wordt aangezocht voordat de arbitrage aanhangig is, althans voordat de plaats van arbitrage is bepaald, is, zoals ik hiervoor in paragraaf 4.3 reeds heb uiteengezet, onduidelijk of de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid moet toetsen aan de hand van de Eerste dan wel de Tweede Titel van het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering of eventueel het Verdrag van New York.⁸⁵ Laatstgenoemd verdrag is naar mijn idee in ieder geval niet van toepassing als niet kan worden uitgesloten dat de plaats van arbitrage ook kan liggen in Nederland of in een staat die geen partij is bij het Verdrag van New York. Het spreekt dan voor zich dat de conflictregel van artikel 10:166 BW moet worden toegepast, zij het dat niet kan worden aangeknoopt bij het recht van de plaats van arbitrage (de tweede aanknopingsfactor van voornoemd artikel). Is evenwel gegeven dat de plaats van arbitrage in een andere staat zal liggen die partij is bij het Verdrag van New York, maar is alleen onbekend welke, dan is bij toepassing van artikel 1074 Rv de conflictregel van artikel 10:166 BW in ieder geval van toepassing.

77 Zie par. 4.2 hiervoor.

78 Zie bijvoorbeeld Van den Berg 1981, p. 122 e.v. en Meijer 2011, p. 391.

79 Het voorgaande zou anders zijn als art. 10:166 BW op grond van het meest-begunstigingsbeginsel van art. VII lid 1 Verdrag van New York gelijktijdig met laatstgenoemd verdrag mag worden toegepast met een terzijdestelling van de verdragsrechtelijke conflictregel. Zie hieromtrent ook noot 33.

80 In gelijke zin Peters 2015, p. 299.

81 Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9586, *NIPR* 2016, 226 (*X/Skuld*).

82 Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat eiseres de hoofdovereenkomst, inclusief het eventueel toepasselijke arbitraal beding, pas had vernietigd na het uitbrengen van de dagvaarding en na ontvangst van de conclusie van antwoord tevens houdende incidentele conclusie tot onbevoegdverklaring.

83 Die mogelijkheid lijkt het grootst wanneer de arbitrageovereenkomst geldig wordt bevonden naar het recht dat de rechtsbetrekking beheerst waarop de arbitrageovereenkomst ziet. Aanknoping bij dit recht is in veel landen namelijk niet mogelijk. In het buitenland ziet men immers nog vaak een gelaagde conflictregel, waarbij primair het gekozen recht van toepassing is en subsidiair kan worden aangeknoopt bij het recht van de plaats van arbitrage. Een bekende uitzondering is Zwitserland. Zie art. 178 lid 2 van het *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*, welke bepaling ingevolge art. 176 lid 1 van die wet van toepassing is als de plaats van arbitrage in Zwitserland ligt.

84 Peters 2015, p. 300.

85 Zie hierboven par. 4.3.

5.4 Conclusie

Door de invoering van artikel 10:166 BW kan er, wanneer dit artikel van toepassing is, bij drie rechtsstelsels worden aangeknoopt om het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage te toetsen. Dat zijn (1) het recht dat partijen gekozen hebben, (2) het recht van de plaats van arbitrage en (3) het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Tussen de drie rechtsstelsels bestaat geen rangorde. Als de arbitrageovereenkomst bestaat en materieel geldig is naar een van de drie rechtsstelsels moet de materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage worden aangenomen. In artikel 10:166 BW ligt aldus het *in favorem validitatis* beginsel besloten waarmee ruim baan wordt geboden aan de arbitrageovereenkomst, ongeacht of de plaats van arbitrage in Nederland of in het buitenland ligt. Daarbij kan evenwel de vraag worden gesteld of het niet geïndiceerd was geweest om de reikwijdte van artikel 10:166 BW te beperken tot Nederlandse arbitrages.

6. Conclusie

De overeenkomst tot arbitrage kan door meerdere rechtsstelsels tegelijkertijd worden beheerst. De arbitrageovereenkomst heeft namelijk een duaal karakter en zij moet zowel formeel als materieel geldig zijn. Voor beide aspecten gelden verschillende conflictregels. Daarbij maakt het uit of de plaats van arbitrage bekend is op het moment dat de vraag naar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst rijst en of de plaats van arbitrage in Nederland dan wel in het buitenland ligt. De wetgever had er goed aan gedaan om hier (uitgebreider) bij stil te staan. In ieder geval had de wetgever er dienstig aan gedaan om in het Vierde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering een verwijzing op te nemen naar artikel 10:166 BW. Bovendien was het verstandig van de wetgever geweest als hij de gelegenheid te baat had genomen om ook een conflictregel voor de formele geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage in de wet te verankeren.