

Het belang van de plaats van arbitrage voor het toepasselijke recht

Bb 2017/13

In deze bijdrage gaat de auteur in op enige kwesties van internationaal privaatrecht die bij arbitrage aan de orde kunnen komen

1. Inleiding

Arbitrage is een van de meest voorkomende vormen van alternatieve geschilbeslechting. Door exclusief te kiezen voor arbitrage doen partijen in beginsel afstand van hun recht op toegang tot de overheidsrechter. Net als bij gerechtelijke procedures met een internationaal element kunnen bij arbitrages met een internationaal element allerlei kwesties van internationaal privaatrecht aan de orde komen. Zo kan onder meer de vraag rijzen welk recht van toepassing is op (a) het arbitraal geding; (b) de arbitrabiliteit;² (c) de bevoegd- en bekwaamheid van partijen tot het sluiten van een arbitrageovereenkomst;³ (d) de arbitrageovereenkomst; en (e) het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt.⁴ Hierina zal ik wat dieper ingaan op deze vraagstukken. Daarbij zal blijken dat het voor het toepasselijke recht verschil kan uitmaken wat de plaats van arbitrage is.

2. Veel gehoorde redenen voor een bepaalde plaats van arbitrage

De plaats van arbitrage is een juridisch en niet zozeer feitelijk begrip.⁵ Op grond van de meeste arbitragewetten kunnen zittingen en dergelijke derhalve ook elders worden gehouden.⁶ Het is in beginsel aan partijen om de plaats van arbitrage overeen te komen en aldus te bepalen in welk land het arbitraal geding plaatsvindt. Aan zo'n keuze kunnen velerlei beweegredenen ten grondslag liggen. Volgens een internationaal onderzoek, dat is uitgevoerd door de School of International Arbitration van Queen Mary, University of London, geeft de aanwezigheid van een goede juridische infrastructuur met betrekking tot arbitrage vaak de doorslag.⁷

Daarbij is de aanwezigheid van een beproefde arbitragewet een minimumvereiste. Verder is van belang dat arbitrageovereenkomsten ruimhartig voor geldig worden gehouden en dat er een onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak is. Andere elementen die een rol kunnen spelen bij de keuze voor een bepaalde plaats zijn bijvoorbeeld het gekozen toepasselijke materiële recht, de ligging ten opzichte van partijen en/of arbiters, de bereikbaarheid, de aanwezige voorzieningen, de algemene infrastructuur, de bekwaamheid van de overheidsrechtspraak en de taal.

3. Het recht dat van toepassing is op het arbitraal geding

Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is de Eerste Titel van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1020-1073 Rv) van toepassing. Dit volgt uit art. 1073 lid 1 Rv. Buitenlandse arbitragewetten kennen soortgelijke bepalingen. Ik noem hier bijvoorbeeld art. 2 lid 1 English Arbitration Act 1996 (EAA), art. 1025 lid 1 Deutsche Zivilprozessordnung (ZPO) en art. 1676 lid 7 Belgisch Gerechtelijk Wetboek (BGW).

Partijen moeten er bij het maken van hun keuze voor een bepaalde plaats van arbitrage acht op slaan dat arbitragewetten verschillen. Zo hoeft een en dezelfde kwestie niet in alle landen arbitrabel te zijn,⁸ voorzien sommige arbitragewetten in de mogelijkheid om afstand te doen van het recht op motivering,⁹ kan vernietiging soms worden uitgesloten, is de vernietigingsprocedure in bepaalde landen beperkt tot één instantie, althans kan zij worden beperkt tot één instantie,¹⁰ herleeft na vernietiging in sommige landen de bevoegdheid van de overheidsrechter, terwijl in andere landen de arbitrageovereenkomst bij wijze van uitgangspunt van kracht blijft.¹¹ Naast voornoemde voorbeelden zijn er nog legio andere. In het kader van deze bijdrage wil ik nog onder de aandacht brengen dat de regels omtrent bewijs ook per land kunnen verschillen. Indien de plaats van arbitrage in Nederland ligt, staat de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs ingevolge art. 1039 lid 1 Rv in beginsel ter vrije bepaling van arbiters.¹² Volgens de wetgever ziet dit

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

2 Men spreekt ook wel van het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit.

3 Men spreekt in dit geval ook wel van het leerstuk van de subjectieve arbitrabiliteit.

4 Nadat een arbitraal vonnis is gewezen, kan de vraag rijzen of dat vonnis voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt dan wel blootstaat aan vernietiging. De erkenning en tenuitvoerlegging worden beheerst door het recht van het land waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt gezocht, het Verdrag nopens de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken van 10 juni 1958 dan wel enig ander verdrag dat de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen bestrijkt. De vernietiging wordt op zijn beurt in beginsel beheerst door het recht van het land waar het arbitraal vonnis is gewezen.

5 Zie aldus bijvoorbeeld A.J. van den Berg, 'Internationale arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet', *TvA* 1985/5, p. 3 alsmede N. Peters, 'De overeenkomst tot arbitrage: wat zet je er in?', *ORP* 2014/8, p. 17-18.

6 Zie bijvoorbeeld art. 1037 lid 3 Rv.

7 Voor de uitkomsten van dit onderzoek zij verwezen naar www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf.

8 Voor het leerstuk van de objectieve arbitrabiliteit vanuit Nederlands oogpunt zij onder meer verwezen naar H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Snijders 2011), art. 1020 Rv, aant. 5.

9 Vergelijk art. 1057 lid 5 Rv.

10 Op grond van art. 1064a lid 1 Rv moet de vordering tot vernietiging worden ingesteld bij het hof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen. De mogelijkheid van cassatie kan ingevolge lid 5 van voornoemd artikel worden uitgesloten, tenzij een van de partijen een natuurlijk persoon is niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

11 Als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, is het laatste op grond van art. 1067 Rv het geval.

12 In internationale arbitrages worden de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* geregeld toegepast.

artikel niet alleen op het formele maar ook op het materiële bewijsrecht.¹³ Het scheidsrecht is derhalve niet gebonden aan de regels van het formele bewijsrecht die gelden voor de gewone rechter en bij een Nederlandse plaats van arbitrage valt evenmin uit te sluiten dat arbiters voorbijgaan aan (buitenlandse) regels van materieel bewijsrecht.

De Nederlandse arbitragewet (art. 1020-1073 Rv) stelt partijautonomie voorop en beoogt aan partijen ruim baan te geven om zelf afspraken te maken voor hun arbitrage. De Nederlandse arbitragewet bevat dan ook een groot aantal bepalingen van regelend recht. Volgens de wetgever is sprake van een bepaling van regelend recht als de wet aan geeft dat partijen mogen afwijken of anders mogen overeenkomen.¹⁴ Een voorbeeld van een bepaling waarvan partijen mogen afwijken is het eerdergenoemde art. 1039 lid 1 Rv. Afwijkende afspraken kunnen door partijen worden opgenomen in de arbitrageovereenkomst, maar dat is niet vereist.¹⁵ Ook nadien kunnen partijen nog aanvullende afspraken maken.¹⁶ Dat kan zelfs nadat het arbitraal geding al aanhangig is gemaakt. Veelal zijn de partijafspraken met betrekking tot de arbitrage overigens vastgelegd in een arbitragereglement dat door partijen van toepassing is verklaard.¹⁷ Hierbij zij nog opgemerkt dat partijen bepalingen van regelend recht ook buiten toepassing kunnen stellen door een rechtskeuze voor vreemd arbitragerecht.¹⁸ De bepalingen van het vreemde recht gelden in dat geval als contractuele bedingen.¹⁹ Hardenberg heeft daarnaast verdedigd dat partijen de dwingendrechtelijke bepalingen van de Nederlandse arbitragewet buiten werking kunnen stellen door een keuze voor buitenlands arbitragerecht.²⁰ Die opvatting wordt evenwel niet breed gedragen. De heersende opvatting is namelijk dat zo'n rechtskeuze geen kracht heeft ten aanzien van dwingendrechtelijke bepalingen uit onze arbitragewet.²¹ De Nederlandse arbitragewet voorziet immers niet in de mogelijkheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze voor een ander recht en van bepalingen van

dwingend recht kan contractueel niet worden afgeweken.²² Wat daarvan verder ook zij, voornoemde rechtskeuzes vallen allesbehalve aan te bevelen. Willen partijen ontkomen aan de toepassing van de Nederlandse arbitragewet, dan doen zij er verstandiger aan om Nederland te vermijden als plaats van arbitrage.

4. Het toepasselijke recht op de objectieve en subjectieve arbitrabiliteit

Ten aanzien van de objectieve en subjectieve arbitrabiliteit volsta ik in het kader van deze bijdrage met een enkele opmerking. De vraag of het geschil vatbaar is voor arbitrage in de zin van art. 1020 lid 3 Rv – welk artikel van toepassing is bij een Nederlandse plaats van arbitrage – wordt beheerst door Nederlands recht.²³ De vraag naar de bevoegd- en bekwaamheid van een partij moet worden beantwoord aan de hand van het nationale recht dat op die partij van toepassing is. Voor natuurlijke personen is dat de *lex patriae* als bedoeld in art. 10:11 BW. Voor rechtspersonen is dat de *lex societatis* als omschreven in art. 10:118 e.v. BW. Voor Staten, andere publiekrechtelijke rechtspersonen, staatsondernemingen en dergelijke is dat het recht van de betreffende Staat respectievelijk de Staat waar die rechtspersoon, entiteit of onderneming is gevestigd. Voor een partij die in het internationale rechtsverkeer te goeder trouw is afgegaan op de capaciteit van haar wederpartij tot het aangaan van de arbitrageovereenkomst geldt dat zij naar Nederlands recht ingevolge de Lizardi-regel als vervat in art. 13 Rome I en art. 10:167 BW een zekere bescherming geniet. Aldus zal een beroep op onbekwaam- of onbevoegdheid niet noodzakelijkerwijze slagen.²⁴

5. Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage

De arbitrageovereenkomst heeft een duaal karakter.²⁵ Enerzijds is zij formeel of procesrechtelijk van aard. Door te kiezen voor arbitrage als methode van geschilbeslechting onttrekken partijen het geschil immers aan de bevoegdheid van de overheidsrechter en verschaffen zij bevoegdheid aan

13 *Kamerstukken II 2012/13*, 3 (MvT), p. 18-19.

14 *Kamerstukken II 2012/13*, 33611, 3 (MvT), p. 5. Vergelijk evenwel H.J. Snijders, 'Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht', *TvA 2013/31*, p. 94, waar hij betoogt dat een bepaling ook van regelend recht kan zijn indien de wet afwijking niet specifiek toestaat.

15 N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 303.

16 *Kamerstukken II 1985/86*, 18464, 6 (MvA), p. 2.

17 Zie ook art. 1020 lid 6 Rv. Een arbitragereglement kan door partijen van toepassing worden verklaard in de arbitrageovereenkomst en bij separate overeenkomst.

18 Zie onder meer J.C. Schultsz, 'Legislation in the Netherlands and international arbitration', in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 11. J.P. Franx, *Het Ontwerp Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 1985, p. 82 alsmede Peters 2015, p. 255 en p. 303.

19 N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 303.

20 L. Hardenberg, 'De Nederlandse advocaat en internationale arbitrage: welk procesrecht?', *TvA 1991/1*, p. 5.

21 Zie onder meer H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, art. 1073 Rv, aant. 1 alsmede N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 255.

22 Wat het dwingend arbitragerecht betreft kan nog onderscheid worden gemaakt tussen superdwingend en gewoon-dwingend recht. Arbiters moeten regels van de eerste categorie altijd toepassen, ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Voor de regels van gewoon-dwingend en aanvullend recht is dat laatste niet het geval. Voor een nadere uiteenzetting zij verwezen naar G.J. Meijer & P.E. Ernste, 'De Arbitragewet 2015, bezien in het licht van dwingend en regelend recht', *RMThemis 2015*, nr. 3, p. 99 e.v.

23 Zie uitgebreid N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 257-267, waar de objectieve arbitrabiliteit uitvoerig wordt besproken, ook voor het geval de arbitrage buiten Nederland plaatsvindt of heeft plaatsgevonden.

24 Zie verder N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 268-272, waar ook HR 28 januari 2005, *NJ 2006/469*, m.nt. J. de Boer (*DIO/IMS*) aan de orde komt.

25 Aldus onder meer G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011: H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, p. 218 en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR 2016/2*, p. 23.

arbiters.²⁶ Anderzijds is de overeenkomst tot arbitrage ook materieelrechtelijk of contractueel van aard. Het is en blijft namelijk ook gewoon een overeenkomst waarop bepalingen van vermogensrecht, net als op andere overeenkomsten, van toepassing zijn.²⁷ Een arbitrageovereenkomst kan ingevolge art. 1021 Rv zijn vervat in algemene voorwaarden, waarbij in het geval van een consumententransactie art. 6:236 sub n BW bijzondere aandacht verdient.

Vanwege zijn duale aard moet de overeenkomst tot arbitrage zowel formeel als materieel geldig zijn.²⁸ Er wordt dan ook onderscheid gemaakt tussen het formeel en het materieel recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst.²⁹ Vraag is vervolgens aan de hand van welk recht de formele en materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage moet worden beoordeeld. Bij de beantwoording van deze vraag moet voorop worden gesteld dat de geldigheid van de arbitrageovereenkomst niet noodzakelijkerwijze wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt. Ook worden de formele en materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst niet altijd beheerst door hetzelfde recht. Dat komt omdat beide aspecten kunnen worden beheerst door verschillende conflictregels.

Voor het bepalen van het toepasselijke recht maakt het uit of de plaats van arbitrage in Nederland dan wel buiten Nederland ligt.³⁰ Als de plaats van arbitrage buiten Nederland ligt, kan het Verdrag van New York worden toegepast wanneer de plaats van arbitrage in een verdragsstaat ligt.³¹

Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan wordt de vraag naar de formele geldigheid beheerst door de bepalingen die zijn opgenomen in de Eerste Titel van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.³² Dat volgt uit art. 1073 lid 1 Rv. Gezien art. 1020 lid 4 Rv kan er dan geen discussie meer over bestaan dat arbitrage in bepaalde gevallen ook mogelijk is zonder dat er sprake hoeft te zijn van een geschil en is bijvoorbeeld gegeven dat de over-

eenkomst tot arbitrage niet schriftelijk hoeft te zijn vastgelegd, met dien verstande dat de arbitrageovereenkomst ingevolge art. 1021 Rv slechts kan worden bewezen door een geschrift. Ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland, dan wordt de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst, indien het Verdrag van New York buiten toepassing blijft, beheerst door het formeel recht dat van toepassing is in de plaats van arbitrage.³³ Is de plaats van arbitrage nog onbekend op het moment dat de vraag naar de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst opkomt, dan kan het in het licht van de omstandigheden van het geval geïndiceerd zijn om Nederlands recht toe te passen als de plaats van arbitrage in Nederland zou kunnen liggen. Is dat laatste niet het geval dan is verdedigbaar dat de formele geldigheid het beste kan worden getoetst aan de internationaal algemeen geaccepteerde vereisten van art. II Verdrag van New York.³⁴ De materiële geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage, die volgens de wetgever ruim moet worden opgevat en onder meer het bestaan van de arbitrageovereenkomst omvat,³⁵ wordt, buiten die gevallen waarin het Verdrag van New York wordt toegepast,³⁶ beheerst door de conflictregel van art. 10:166 BW.³⁷

“In afwijking van artikel 154 [van boek 10 BW] 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.”

De eerste aanknopingsfactor waarbij kan worden aangehaakt om de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst te beoordelen betreft het door partijen gekozen recht. Daarbij gaat het uiteindelijk om een keuze voor het op de arbitrageovereenkomst toepasselijke (materieel) recht. Bij de keuze voor een bepaald rechtsstelsel zijn partijen geheel vrij.³⁸ In de praktijk ziet men evenwel zelden een expliciete rechtskeuze met betrekking tot de arbitrageovereenkomst. Onder de eerste aanknopingsfactor valt evenwel ook de impliciete rechtskeuze. Zij zou mogelijk kunnen worden afgeleid uit de keuze van partijen voor hetzij de plaats van

26 Peters 2015, p. 282 en Peters 2016, p. 239. Zie ook A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 354.

27 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 282.

28 In gelijke zin N. Peters & S.N.J. Putter, 'De herziene Nederlandse arbitragewet', *ORP* 2016/5, p. 22.

29 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 282 en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 240.

30 N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 247.

31 Zie uitgebreid N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 282 e.v. en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 241 e.v.

32 Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, p. 315-320, G.J. Meijer, 'De overeenkomst tot arbitrage volgens het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht', *TvA* 2013/33, p. 110-111, N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 283, N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 240 en G.J. Meijer *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2016, art. 1020 Rv, aant. 2. Vergelijk evenwel *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3 (MvT), p. 8 en M.E. Koppenol-Laforce, 'Artikel 10:166 BW', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel (red.), *Middelen voor Meijer: Liber Amoricus mr. R.S. Meijer*, Den Haag: *Bju* 2013 (hierna: Koppenol-Laforce 2013), p. 185.

33 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 288-289 en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 241-242.

34 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 289 en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 242-243.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 6 (NvW), p. 6.

36 Zie N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 299 e.v. en N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 246 ten aanzien van het toepasselijke recht onder het Verdrag van New York.

37 Voor de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel zij onder meer verwezen naar Koppenol-Laforce 2013, p. 176 e.v. alsmede Peters 2015, p. 291-294.

38 M.E. Koppenol-Laforce, *T&C Burgerlijk Wetboek* 2015, art. 10:166 BW, aant. 5.

arbitrage hetzij het recht dat van toepassing is op het materiële geschil. Kort gezegd wordt dan geconcludeerd dat de keuze voor die plaats respectievelijk dat recht in het licht van de feiten en omstandigheden van het geval tevens een impliciete (of stilzwijgende) rechtskeuze voor het toepasselijk recht op de arbitrageovereenkomst inhield.³⁹

Op grond van de tweede aanknopingsfactor kan worden aangehaakt bij het recht van de plaats van arbitrage, naar het zich laat aanzien met uitsluiting van het aldaar geldende conflictenrecht.⁴⁰ Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan is de arbitrageovereenkomst materieel geldig als zij geldig is naar Nederlands recht. Ligt de plaats van arbitrage buiten Nederland, dan is het Nederlandse recht in het kader van de tweede aanknopingsfactor niet van belang voor de beoordeling van de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst.⁴¹

Op grond van de derde aanknopingsfactor kan worden aangehaakt bij het recht dat van toepassing is op het materiële geschil waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft. Uit hoofde van de tekst van art. 10:166 BW is verdedigbaar dat deze aanknopingsfactor pas voor toepassing in aanmerking komt als partijen geen rechtskeuze hebben gedaan voor de arbitrageovereenkomst.⁴² Dit lijkt, als ik het goed zie, ook het standpunt van Meijer.⁴³ Ik heb op mijn beurt eerder de mogelijkheid geopperd dat de derde aanknopingsfactor ook in beeld zou moeten kunnen komen in gevallen waarin partijen wel een rechtskeuze hebben gedaan voor de arbitrageovereenkomst.⁴⁴ Dat zou ook zo maar de bedoeling van de minister kunnen zijn geweest. Alleen zo valt immers vol te houden dat de gelaagde aanknopingsfactor, zoals de minister stelde bij de introductie van het huidige art. 10:166 BW, ten opzichte van de voorlaatste versie van deze bepaling, waarin expliciet het primaat aan het gekozen recht was gegeven, is verlaten ten gunste van het favor- of begunstigingsbeginsel, hetgeen zou meebrengen dat *'niet slechts één rechtsstelsel bepalend is voor de materiële geldigheid van een arbitrageovereenkomst'*, maar dat *'een arbitrageovereenkomst materieel geldig is als zij materieel geldig is naar één van de stelsels genoemd in artikel 166, ook al is zij materieel ongeldig naar het recht van een van de andere daar genoemde stelsels'*.⁴⁵ Het valt naar mijn idee dan ook niet uit te sluiten dat de minister met de zinsnede *'indien partijen geen rechts-*

keuze hebben gedaan' slechts tot uiting heeft willen brengen dat als uit de rechtskeuze voor de rechtsbetrekking waarop de arbitrageovereenkomst betrekking heeft een impliciete rechtskeuze voor de arbitrageovereenkomst kan worden afgeleid dan strikt genomen geen invulling wordt gegeven aan de derde maar aan de eerste aanknopingsfactor en aan de derde aanknopingsfactor niet meer wordt toegekomen.⁴⁶ Overigens valt er best iets te zeggen voor een gelaagde aanknopingsfactor, maar is het dan wel logisch om het recht van de plaats van arbitrage hetzelfde primaat te geven als het op de arbitrageovereenkomst gekozen recht doch het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking die partijen verdeeld houdt niet?⁴⁷

6. Het toepasselijke recht op het materiële geschil

Ongeacht of arbiters moeten beslissen als goede mannen naar billijkheid of volgens de regelen des rechts, voor de uitkomst van het geschil kan het uitmaken welk recht wordt toegepast.⁴⁸ Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat de opzegging van een duurovereenkomst naar het ene recht niet mogelijk is zonder compensatie, terwijl die overeenkomst naar een ander recht zonder meer kan worden opgezegd. Dat maakt de vraag relevant welk recht voor toepassing in aanmerking komt. Ligt de plaats van arbitrage in Nederland, dan verschaft art. 1054 lid 2 Rv het antwoord:

“Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.”

39 Zie bijvoorbeeld Meijer 2011, p. 385-388.

40 Vergelijk art. 10:5 BW. Zie ook N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 244.

41 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 6 (NvW), p. 6.

42 Op grond van de letterlijke bewoordingen van art. 10:166 BW bestaat er aldus een zekere gelaagdheid in de aanknopingsfactoren. Zie ook N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 297, waar dit schematisch is weergegeven.

43 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage: Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, art. 1020 Rv, aant. 2.

44 Zie N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 297-298. Deze ruimhartige oplossing, waarbij de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst in theorie aan drie rechtsstelsels kan worden getoetst, is ook meer in lijn met art. 178 lid 2 van het Zwitserse Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (BIP), naar het huidige art. 10:166 BW aan ontleend is.

45 *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 6 (NvW), p. 6.

46 Vergelijk *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, 6 (NvW), p. 7, waar de minister het volgende stelde: "Zonder nadere aanvulling in artikel 166 komt aan het toepasselijk recht op de hoofdovereenkomst alleen betekenis toe als partijen een rechtskeuze hebben gedaan en de rechter daarin een stilzwijgende rechtskeuze voor het toepasselijk recht op de arbitrageovereenkomst leest. Ook zonder dat partijen een rechtskeuze hebben gedaan kan aan het toepasselijk recht op de hoofdovereenkomst een rol worden toegekend bij het beoordelen van de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Om die reden is in artikel 166 het toepasselijk recht op de hoofdovereenkomst als aanknopingsfactor toegevoegd. De formulering verduidelijkt dat deze aanknopingsfactor in beeld komt als partijen geen rechtskeuze hebben gedaan. Het geval dat partijen wel een rechtskeuze hebben gedaan, valt immers al onder de eerste aanknopingsfactor genoemd in artikel 166."

47 Voor een verdere uiteenzetting over art. 10:166 BW en de complicaties die kunnen rijzen zij verwezen naar Koppenol-Laforce 2015, art. 10:166 BW, aant. 5, N. Peters, *IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen M.E. Koppenol-Laforce, T&C Burgerlijk Wetboek 2015), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 294-302, N. Peters, 'Het toepasselijke recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 244-247 en Meijer 2016, art. 1020 Rv, aant. 2 en art. 1074 Rv, aant. 1.

48 Ook bij een beslissing als goede mannen naar billijkheid moet namelijk acht worden geslagen op het toepasselijke recht. Voor een overzicht van de verschillen tussen de beide beslissingsmaatstaven zij onder andere verwezen naar G.J. Meijer & H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid', *TvA* 2010/12, p. 35-43 (deel 1) alsmede *TvA* 2010/28, p. 75-82 (deel 2) en H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, art. 1054 Rv, aant. 2 e.v.

Voor genoemd art. bevat in wezen twee conflictregels. Voorop staat dat arbiters de 'door de partijen aangewezen regelen des rechts' moeten toepassen. Bij gebreke van een rechtskeuze dienen arbiters te beslissen conform de 'regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen'.⁴⁹ Ofschoon art. 1054 lid 2 Rv dat niet met zoveel woorden bepaalt, wordt wel aangenomen dat regels van openbare orde en voorrangregels onder omstandigheden kunnen ingrijpen op het door partijen gekozen recht of het anderszins toepasselijk verklaarde recht.⁵⁰ Op grond van art. 1054 lid 4 Rv moeten arbiters in ieder geval rekening houden met de toepasselijke handelsgebruiken. Ingevolge art. 1054 lid 2 Rv ligt het primaat bij het door partijen gekozen recht. Dat is in het buitenland niet anders. Ook daar moet primair het door partijen overeengekomen recht worden toegepast. Volgens de memorie van toelichting bij art. 1054 lid 2 Rv dient een rechtskeuze uitdrukkelijk te zijn gemaakt,⁵¹ maar dat standpunt lijkt in het huidige tijdsgewricht achterhaald. Bij de overheidsrechter is een impliciete rechtskeuze immers ook toegestaan, zij het dat er aan de rechtskeuze in alle gevallen een werkelijke wilsuiting van partijen ten grondslag moet liggen. Een arbiter zal zich er naar zijn mening derhalve van moeten vergewissen dat partijen de conflictenrechtelijke aspecten van hun zaak hebben onderkend en dat zij daadwerkelijk hebben beoogd een keuze te doen voor een bepaald recht. Vage aanwijzingen zijn wat dat betreft onvoldoende. Een rechtskeuze kan in ieder geval ook volgen uit algemene voorwaarden. Partijen kunnen bovendien een processuele rechtskeuze maken. Uit het enkele feit dat een partij de toepasselijkheid van een bepaald recht niet heeft betwist, kan echter niet zonder meer een wilsuiting en een stilzwijgende rechtskeuze worden afgeleid. Evenmin kan uit de keuze voor een Nederlandse plaats van arbitrage zonder meer worden afgeleid dat partijen een stilzwijgende rechtskeuze voor Nederlands recht hebben beoogd. Telkens zijn bijkomende omstandigheden vereist.⁵² Verzuimen arbiters om het door partijen gekozen recht toe te passen, dan staat hun vonnis bloot aan vernietiging.⁵³ Het belang bij vernietiging is evenwel lastig in te zien als vaststaat dat de toepassing van het gekozen recht tot dezelfde uitkomst had geleid.⁵⁴

Bij gebreke van een rechtskeuze moeten arbiters ingevolge art. 1054 lid 2 Rv beslissen volgens de regelen des rechts die zij in aanmerking achten te komen. Daarbij mogen arbiters los van het conflictenrecht het toepasselijke recht bepalen. Daarmee is de mogelijkheid van de *voie directe* in de wet verankerd. Een soortgelijke regeling kent men bijvoorbeeld in België en Frankrijk. Ik verwijs naar art. 1710 lid 2 BGW respectievelijk art. 1511 Code de Procédure Civile. In Engeland

kent men daarentegen de *voie indirecte*, die blijkt uit art. 46 lid 3 EAA. Op grond van deze bepaling dienen arbiters eerst de toepasselijke conflictregels aan te wijzen om daarna aan de hand van die regels het toepasselijke recht vast te stellen.⁵⁵ De Duitse arbitragewet voorziet op zijn beurt bijvoorbeeld weer in een materiële conflictregel, die is vervat in art. 1051 lid 2 ZPO, op grond waarvan het recht moet worden toegepast waarmee het geschil het nauwst verbonden is. Voor genoemde methoden hebben als nadeel dat voorafgaand aan en bij aanvang van de arbitrage een zekere mate van onvoorspelbaarheid en onzekerheid bestaat ten aanzien van het toepasselijke recht, omdat op voorhand onduidelijk is aan de hand van welke regel(s) dan wel criteria het toepasselijke recht zal worden bepaald.⁵⁶ Die onvoorspelbaarheid en onzekerheid kan grotendeels worden weggenomen door het conflictenrecht, dat geldt voor overheidsrechters, onverkort op arbitrage van toepassing te verklaren,⁵⁷ maar dat lijkt vooralsnog geen haalbaar scenario. Het valt aldus aan te bevelen om een rechtskeuze te maken.

Op grond van art. 1054 lid 2 Rv is men overigens niet beperkt tot de toepassing van nationaal recht. Het geschil kan derhalve ook worden beoordeeld aan de hand van niet-staatsrecht, met uitsluiting van nationale rechtsstelsels.⁵⁸ Zo kunnen arbiters los van het nationale recht bijvoorbeeld de UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law toepassen. In de praktijk gebeurt dat ook weleens.⁵⁹

Aangezien men bij arbitrage ingevolge art. 1054 lid 2 Rv in beginsel niet gebonden is aan het conflictenrecht dat geldt voor de overheidsrechter,⁶⁰ kan in arbitrage een (niet-staatsrecht) recht worden toegepast dat door de overheidsrechter niet zou (kunnen) zijn toegepast. Het kan voor de uitkomst van het geschil derhalve uitmaken of het geschil wordt voorgelegd aan een arbiter of een overheidsrechter. Daar komt bij dat op arbiters uit hoofde van de Nederlandse arbitragewet in beginsel geen verplichting rust om de inhoud van het door partijen gekozen of anderszins aangewezen recht ambtshalve vast te stellen. Oftewel, het beginsel van *ius curia novit* geldt niet onverkort voor arbiters wanneer zij beslissen op het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt.⁶¹ Daarmee moeten partijen rekening houden wanneer zij hun zaak bepleiten.

49 Zie ook N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 304-305.

50 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 313-314.

51 Kamerstukken II 1983/84, 18464, 3 (MvT), p. 23.

52 Zie hieromtrent nader N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 307-308.

53 P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, art. 1054 Rv, aant. 4.4 alsmede Snijders 2011, art. 1054 Rv, aant. 3.

54 N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 308.

55 Onder andere de European Convention on Commercial Arbitration en de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration voorzien met art. VII lid 1 respectievelijk art. 28 lid 2 ook in de methode van de *voie indirecte*.

56 Zie uitgebreid N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 308-311.

57 Zie H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht: Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, art. 1054 Rv, aant. 3, waar hij zich een pleitbezorger toont van dit alternatief.

58 Uitgebreid N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 306-307.

59 Zie bijvoorbeeld *Gerechtshof 's-Gravenhage* 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3403 (*BAe/Modsjaf*).

60 Vergelijk uitgebreid N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 312-313 voor mogelijke beperkingen op die vrijheid.

61 Zie uitgebreid N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 276 e.v.

7. Conclusie

Aangezien geen nationale arbitragewet identiek is, moeten partijen de keuze voor een bepaalde plaats van arbitrage niet te lichtvaardig maken. De keuze voor een bepaalde plaats kan eveneens gevolgen hebben voor het toepasselijke recht. Ook om die reden doen partijen er goed aan zich op voorhand te vergewissen van de inhoud van de arbitragewet die geldt in de plaats van arbitrage die zij overwogen overeen te komen. Partijen hebben wat dat betreft een eigen verantwoordelijkheid.⁶²

⁶² Vergelijk A-G Vlas in punt 2.19 van zijn conclusie voor HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. Strikwerda (Çukurova/Sonera).