

# De toepasselijkheid van de Herschikte Brussel I-Verordening bij mediation, bindend advies en arbitrage

Niek Peters\*

## Abstract

*This publication discusses the applicability of the Brussel I Regulation (recast) in case of mediation, binding advice and arbitration.*

*In the first part of this publication the author examines whether mediation and binding advice fall within the material scope of the Brussel I Regulation (recast), and if yes, what this entails for daily legal practice, for example with regard to the enforcement of settlement agreements resulting from mediation and decisions of binding advisors and other adjudicators.*

*In the last part of this publication, the author discusses the scope of the arbitration exception stemming from Article 1(2)(d) of the Brussels I Regulation (recast). In this respect the confluence of the Brussels I Regulation (recast) with the New York Convention is also discussed. Furthermore, the author examines under what conditions primacy should be given to an arbitral award in case there is a contradictory court judgment from a court of an EU Member State.*

## 1. Inleiding

Een geschil wordt klassiek beslecht met behulp van de overheidsrechter. Omdat overheidsrechtspraak als langzaam, duur, ingewikkeld en ongewis wordt gepercipieerd,<sup>1</sup> wordt alternatieve geschilbeslechting (in het Engels ook wel aangeduid als *alternative dispute resolution* of ADR) steeds vaker overwogen. Een niet ongering aantal geschillen wordt ook daadwerkelijk beslecht door middel van alternatieve geschilbeslechting. In ieder geval wordt alternatieve geschilbeslechting vanuit een deel van de rechtspraktijk en de wetenschap ruimhartig gepromoot.<sup>2</sup> Ook de Europese en Nederlandse wetgever hebben in dit opzicht hun bijdrage geleverd met verschillende voorstellen voor alternatieve geschilbeslechting.<sup>3</sup> De bekendste vormen van

---

\* Mr. dr. N. Peters is advocaat bij Cleber N.V. en docent aan de RUG. Deze bijdrage is gebaseerd op een presentatie die de auteur heeft gegeven tijdens het Symposium '50 jaar EEX' dat op 26 november 2018 plaatsvond in Den Haag.

1 Zie ook Jaarverslag Rechtspraak 2017.

2 Zie recentelijk bijvoorbeeld nog M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart & F. van Zomeren, 'Van "in gebreke" naar "in verbinding". Over de kanteling in het denken over conflictbeslechting en waar de wetgever deze ontwikkeling zou moeten ondersteunen', *NJB* 2018/1298.

3 Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (i) Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2008, L 136/3, (ii) Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/63 en (iii) Verordening (EU)

alternatieve geschilbeslechting zijn zonder twijfel mediation, bindend advies en arbitrage. Nu grensoverschrijdend rechtsverkeer aan de orde van de dag is en veel geschillen een internationaal element herbergen, is het interessant na te gaan op welke wijze de Brussel Ibis-Vo.<sup>4</sup> een rol speelt bij mediation, bindend advies en arbitrage. In het vervolg van deze bijdrage zal ik dat voor elk van deze drie vormen van alternatieve geschilbeslechting uiteenzetten. Daarbij veronderstel ik dat de Brussel Ibis-Vo. formeel van toepassing is.<sup>5</sup>

## 2. Mediation

Ten opzichte van andere vormen van geschilbeslechting neemt mediation een bijzondere plaats in. In principe is er immers geen sprake van een derde die het geschil beslecht. Het zijn juist de partijen zelf die op vrijwillige basis door middel van onderhandelingen trachten hun geschil te schikken met behulp van een derde, de mediator, die de mediation leidt en die probeert de partijen te helpen bij het realiseren van een schikking. De inspanningen van de mediator zijn er aldus op gericht dat partijen een duurzame overeenkomst bereiken die tegemoetkomt aan hun legitieme belangen. In de literatuur wordt daarom wel verdedigd dat er bij mediation sprake is van 'geschiloplossing' in plaats van 'geschilbeslechting'.<sup>6</sup> Nochtans wordt mediation in deze bijdrage in lijn met de algemene opvatting geschaard onder alternatieve geschilbeslechting.<sup>7</sup> Waar ik hierna spreek van mediation heb ik ook het oog op conciliation. Vandaag de dag wordt namelijk door velen aangenomen dat de termen mediation en conciliation uitwisselbaar zijn,<sup>8</sup> zij het dat het gebruik van de term mediation gangbaarder is.<sup>9</sup>

Daar waar arbitrage in artikel 1 lid 2 sub d expliciet van het materiële toepassingsbereik van de Brussel Ibis-Vo. is uitgesloten, geldt dat niet voor mediation. Als men voornoemde uitzondering echter ruim uitlegt en daaronder elke vorm van alternatieve geschilbeslechting schaart, zou kunnen worden betoogd dat mediation net als arbitrage van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. uitgesloten moet worden geacht. In de verschillende toelichtende rapporten bij de voorlopers van de Brussel Ibis-Vo. kan voor deze ruime uitleg

---

nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/1.

4 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

5 Zie omtrent het formeel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. nader L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 252-253.

6 A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2012, p. 15.

7 Zie bijv. Effectbeoordeling van de Europese Commissie bij het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen (Richtlijn ADR consumenten) en het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen (Verordening ODR consumenten), SEC(2011) 1408 (definitief), p. 6.

8 In gelijke zin H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 522.

9 Vgl. voetnoot 2 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

evenwel niet direct steun worden gevonden. In deze rapporten wordt namelijk alleen gesproken over arbitrage en niet over mediation. Verder kan uit deze rapporten worden afgeleid dat arbitrage juist specifiek werd uitgesloten van het materieel toepassingsgebied vanwege het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (hierna: NYC) en andere internationale regelingen op het terrein van arbitrage,<sup>10</sup> terwijl vergelijkbare regelingen ontbraken voor mediation. Aldus kan men ook de opvatting huldigen dat het niet de bedoeling is geweest mediation uit te sluiten van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo.

Wanneer mag worden aangenomen dat mediation niet van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. is uitgezonderd en het gaat om een burgerlijke en handelszaak als bedoeld in de verordening, geldt als uitgangspunt dat de bevoegdheid van de rechter wordt gereguleerd door de bepalingen van deze verordening. Dit betekent in de eerste plaats dat de Brussel Ibis-Vo. van toepassing is ten aanzien van vorderingen, zoals bijvoorbeeld vorderingen tot betaling van een geldsom, die zijn ingesteld niettegenstaande een wettelijke<sup>11</sup> of contractuele verplichting tot mediation. In de tweede plaats geldt dat de Brussel Ibis-Vo. van toepassing is op een positieve of negatieve declaratoire eis met betrekking tot de geldig- en afdwingbaarheid van de mediationovereenkomst. Tenslotte is de Brussel Ibis-Vo. van toepassing op accessoire procedures, bijvoorbeeld voor de ontbinding dan wel vernietiging van de schikkingsovereenkomst die is gesloten in het kader van de mediation.

Wanneer wordt gesteld dat een verplichting tot mediation bestaat, kan de rechter niet aansluiten bij de Brussel Ibis-Vo. voor de beantwoording van de vraag of deze verplichting moet leiden tot hetzij onbevoegdheid hetzij niet-ontvankelijkheid van de eiser hetzij een verwijzing naar mediation met een aanhouding van de procedure. De Brussel Ibis-Vo. regelt dit namelijk niet. De rechter zal aldus moeten beslissen in overeenstemming met zijn nationale recht, met inbegrip van zijn conflictenrecht. Voor het toepasselijke recht maakt het vervolgens verschil of men voornoemde vraag procesrechtelijk van aard acht.

Indien voornoemde vraag als procesrechtelijk moet worden gekwalificeerd, zal de Nederlandse rechter ingevolge artikel 10:3 BW in beginsel het Nederlandse recht dienen toe te passen. Naar Nederlands recht leidt een tussen partijen gesloten mediationovereenkomst in geen geval tot onbevoegdheid van de overheidsrechter, omdat de bevoegdheid van de overheidsrechter slechts op grond van een wettelijke bepaling kan worden ontnomen, terwijl een dergelijke bepaling ontbreekt in geval van mediation. Dat brengt mij op de vraag of de eiser naar Nederlands recht dan niet-ontvankelijk moet worden verklaard.<sup>12</sup> De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van

10 Zie nader par. 4 van deze bijdrage.

11 Op grond van sommige buitenlandse rechtsstelsels zijn partijen voor bepaalde kwesties gehouden om eerst te trachten hun geschil met behulp van mediation op te lossen als voorwaarde voor ontvankelijkheid bij de rechter. Mits aan een aantal minimumvoorwaarden wordt voldaan, is verplichte mediation – waarbij het recht op toegang tot de rechter wordt beperkt zonder dat daar een vrijwillige en ondubbelzinnige overeenkomst van partijen aan ten grondslag ligt – niet per se onverenigbaar met het recht op toegang tot de rechter en het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Vgl. in dit verband HvJEU 18 maart 2010, C-317/08-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, *NJ* 2010/382, m.nt. Mok (*Alassini*) en HvJEU 14 juni 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, *NJ* 2018/247, m.nt. Klaassen (*Menini*).

12 Vgl. E.R. Gathier, 'De afdwingbaarheid van de mediationclausule', in: P.C. van Schelven (red.), *Van Geschil tot oplossing*, Deventer: Kluwer 2009, p. 168 e.v., voor een overzicht van de jurisprudentie tot en met 2006.

26 januari 2006 ten aanzien van een tussen particulieren gemaakte afspraak om hun geschil langs de weg van mediation in der minne te regelen geoordeeld dat gelet op de aard van het middel van mediation het beide partijen te allen tijde vrijstaat hun medewerking daaraan alsnog te onthouden dan wel die om hun moverende redenen te beëindigen.<sup>13</sup> Nadien werd de vrijwilligheid van mediation opnieuw doorslaggevend geacht in de beschikkingen van de Hoge Raad van 14 april 2006,<sup>14</sup> 27 juni 2008<sup>15</sup> en 8 mei 2009<sup>16</sup> – die net als voornoemde beschikking werden gewezen in een familierechtelijke kwestie. Deze jurisprudentie heeft in beginsel tot gevolg dat een particulier die in strijd met een mediationovereenkomst direct de rechter adieert toch ontvankelijk kan worden verklaard. Vraag is evenwel of een mediationovereenkomst tussen professionele partijen, die op zichzelf geldig is, wel bindend kan worden geacht.<sup>17</sup> In de literatuur wordt wel bepleit dat een zorgvuldig en dwingend geformuleerde mediationovereenkomst niet zonder meer door een onwillige partij moet kunnen worden gepasseerd op het moment dat een geschil ontstaat,<sup>18</sup> met dien verstande dat een mediationovereenkomst in beginsel geen beletsel behoort te vormen voor het verkrijgen van voorlopige of bewarende maatregelen.<sup>19</sup> Op basis van lagere rechtspraak zou nochtans de conclusie kunnen worden getrokken dat mediationovereenkomsten tussen professionele partijen naar Nederlands recht in beginsel evenmin afdwingbaar zijn.<sup>20</sup> Ook mediationovereenkomsten die zijn gesloten tussen professionele partijen zouden derhalve niet aan ontvankelijkheid bij de rechter in de weg staan. Waar de heersende opinie in de Nederlandse rechtspraak aldus lijkt te zijn dat niet-ontvankelijkheid van de eiser een brug te ver is,<sup>21</sup> zou een verwijzing naar mediation<sup>22</sup> met een aanhouding van de procedure hangende de mediation een elegante tussenoplossing kunnen zijn.<sup>23</sup> In bijvoorbeeld België is

---

13 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, *NJ* 2006/75.

14 HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV7389, *RvdW* 2006/394.

15 HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2710, *RvdW* 2008/688.

16 HR 8 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7132, *RvdW* 2009/614.

17 Zie hierover ook N. Peters, *The fundamentals of international commercial arbitration*, Apeldoorn: Maklu 2017, p. 21-22, alwaar is uiteengezet dat partijen er (in een internationale context) verstandig aan kunnen doen in de mediationovereenkomst expliciet te verduidelijken of mediation als een optie of als een verplichting moet worden beschouwd.

18 Zie bijv. P. Sanders, 'Het terugkomen op een afspraak tot mediation', *NJB* 2006/16, p. 894-895, P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafspraken niet verbindend? Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75', *TvA* 2006/40, alsmede E.J.M. van Beukering-Rosmuller & P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse Recht. Juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2013, p. 71 e.v.

19 Zie ook NAI 8 februari 2007, *TvA* 2008/31 en Rb. Rotterdam 28 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3789 (*Agendum/Egis*).

20 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule', *TvA* 2017/2, p. 10-11, met een verwijzing naar relevante lagere rechtspraak.

21 In bijvoorbeeld Frankrijk is de mediationovereenkomst onder omstandigheden wel afdwingbaar en kan de eiser niet-ontvankelijk worden verklaard, hetgeen vaste rechtspraak is sinds *Cour de Cassation* 14 februari 2003, *Revue de l'Arbitrage* 2003, p. 403-416.

22 In het geval van verwijzing zou er dan tenminste één sessie met een mediator moeten plaatsvinden.

23 Zie bijv. Rb. Gelderland 19 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3887 (*DA*).

dit op grond van artikel 1725 Gerechtelijk Wetboek het uitgangspunt. Ook in Engeland is deze oplossing eerder gevolgd.<sup>24</sup>

Waar buiten twijfel staat dat de vragen of de rechter zich onbevoegd kan verklaren dan wel de zaak naar mediation kan verwijzen met een aanhouding van de procedure primair van procesrechtelijke aard zijn, rijst de vraag of dat ook geldt voor het verweer dat de eiser niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Voornoemd verweer is namelijk niet gebaseerd op een regel van procesrecht maar heeft betrekking op de materiële rechtsbetrekking in geschil. Naar Nederlands recht gaat het dan ook om een principaal verweer. Zodoende is ook verdedigbaar dat voornoemd niet-ontvankelijkheidsverweer als een materieelrechtelijk verweer moet worden gekwalificeerd.

Indien het verweer dat de eiser niet-ontvankelijk moet worden verklaard een materieelrechtelijk verweer betreft, lijkt het voor de hand te liggen om ten behoeve van dit verweer aan te knopen bij hetzij het recht dat van toepassing is op het materiële geschil, indien uit dit recht een mediationverplichting volgt, hetzij het recht dat van toepassing is op de mediationovereenkomst. Het toepasselijke recht op de mediationovereenkomst zal moeten worden bepaald aan de hand van de verwijzingsregels die volgen uit de Rome I-Vo.<sup>25</sup> Mediation is immers niet uitdrukkelijk van het materieel toepassingsgebied van deze verordening uitgezonderd en de bepalingen van deze verordening zijn op grond van artikel 10:154 BW hoe dan ook van toepassing.<sup>26</sup> Op grond van artikel 3 Rome I-Vo. moet een geldige rechtskeuze in beginsel worden gerespecteerd. Bij gebreke van een rechtskeuze zal met inachtneming van artikel 4 Rome I-Vo. het toepasselijke recht moeten worden bepaald. Nu het eerste lid van dit artikel geen specifieke verwijzingsregel bevat voor mediationovereenkomsten en het tweede lid van artikel 4 evenmin soelaas biedt, omdat men bij mediation niet kan spreken van een kenmerkende prestatie, moet worden uitgeweken naar het vierde lid van artikel 4. Ingevolge dit lid wordt de mediationovereenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is. Vervolgens zijn verschillende aanknopingen denkbaar. Wanneer men het criterium van de nauwste verbondenheid opvat als een feitelijk-geografisch criterium, kan men betogen dat de mediationovereenkomst het nauwst verbonden is met de plaats waar de mediation plaatsvindt, zij het dat mediation niet noodzakelijkerwijze een (juridische) plaats heeft zoals bijvoorbeeld arbitrage<sup>27</sup> en er niet altijd één plaats kan worden aangewezen waarmee de mediation het nauwst verbonden is. Wanneer men het criterium van de nauwste verbondenheid breder ziet en daaronder ook juridische gezichtspunten begrijpt, zijn twee aanknopingen denkbaar. Ten eerste kan worden aangesloten bij het recht met inachtneming waarvan de mediation plaatsvindt.<sup>28</sup>

24 Aldus bijv. *High Court* 11 oktober 2002, [2002] EWHC 2059 (Comm), waar in het licht van de bewoordingen van de mediationovereenkomst en gezien de omstandigheden van het geschil werd geoordeeld dat een aanhouding van de procedure met een verwijzing naar mediation aangewezen was.

25 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.

26 Zie hieromtrent eveneens A.A.H. van Hoek & J. Kocken, 'The Netherlands', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao (red.), *Civil and commercial mediation in Europe*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 448-450.

27 Vgl. art. 1037 Rv.

28 Sommige mediationreglementen bevatten een rechtskeuze voor de mediation en/of de vaststellingsovereenkomst die wordt getroffen gedurende de mediation. Vgl. bijv. art. 15 lid 1 NAI Mediationreglement en art. 15 MFN Mediationreglement.

Ten tweede kan worden aangesloten bij het recht dat van toepassing is op het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt. Bij de eerste aanknopng wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een zeer nauwe verbondenheid tussen de mediationovereenkomst en de mediation. In de tweede aanknopng ligt de opvatting besloten dat er sprake is van een zeer nauwe verbondenheid tussen de mediationovereenkomst en de rechtsbetrekking waarop de mediationovereenkomst betrekking heeft.

Wanneer gedurende een mediation een schikking wordt getroffen, is het gebruikelijk dat deze schikking wordt vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst, die naar Nederlands recht kan worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. De schikking kan ook worden opgenomen in een notariële akte. Als de overeenkomst notarieel wordt vastgelegd, is deze op grond van artikel 58 Brussel Ibis-Vo. in andere lidstaten van de Europese Unie uitvoerbaar. In de gevallen voorzien in artikel 1069 Rv kan de schikking tevens worden opgenomen in een arbitraal schikkingsvonnis. Dit vonnis komt op grond van de NYC voor erkenning en uitvoerbaarheid elders in aanmerking. Als de mediation plaatsvindt hangende een Nederlandse gerechtelijke procedure, kunnen partijen er ook voor opteren om hun schikking te laten opnemen in een vonnis, beschikking of proces-verbaal. In dat geval bestaat op grond van artikel 59 Brussel Ibis-Vo. de mogelijkheid van uitvoerbaarheid in andere lidstaten van de Europese Unie, mits het stuk waarin de schikking is opgenomen uitvoerbaar is in Nederland. In dat verband behoeft het volgende aandacht. Waar een proces-verbaal in een dagvaardingsprocedure ingevolge artikel 87 lid 3 Rv altijd kan worden uitgegeven in executoriale vorm en ingevolge artikel 430 lid 1 Rv kan worden geëxecuteerd, geldt dat in verzoekschriftprocedures alleen als het gaat om een grensoverschrijdend geschil als bedoeld in artikel 4 van de Wet implementatie richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken. Buiten de gevallen voorzien in deze wet kan een proces-verbaal in een verzoekschriftprocedure derhalve niet worden uitgegeven in executoriale vorm en evenmin worden geëxecuteerd. In het voorstel tot 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot intrekking van de verplichting om elektronisch te procederen bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland en tot verruiming van de mogelijkheden van de mondelinge behandeling in het civiele procesrecht' wordt dit voor alle procedures gelijk getrokken. Na invoering van dit wetsvoorstel kan in iedere verzoekschriftprocedure een proces-verbaal van een schikking in executoriale vorm worden uitgegeven.

Is de schikkingsovereenkomst niet vastgelegd in een notariële akte, (arbitraal) vonnis, beschikking of proces-verbaal, dan zal degene die nakoming van de schikkingsovereenkomst wil afdwingen daarvoor, behoudens andersluidende partijafspraken, de rechter moeten adiëren. Deze zal zijn bevoegdheid vervolgens moeten kunnen baseren op de bepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. Een rechterlijke beslissing waarbij een partij tot nakoming wordt veroordeeld, kan ingevolge de bepalingen van hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo. in de andere lidstaten van de Europese Unie worden erkend en is aldaar eveneens uitvoerbaar. Datzelfde geldt in beginsel voor een beslissing van de rechter dat de betreffende overeenkomst krachteloos, ongeldig of niet afdwingbaar is, bijvoorbeeld als gevolg van vernietiging of ontbinding.

Omdat schikkingen die gedurende de mediation zijn gesloten niet zonder meer uitvoerbaar zijn, leeft internationaal steeds meer de gedachte dit te regelen. Zo had het Europees Parlement aan het begin van deze eeuw reeds een specifieke regeling voorgesteld voor de uitvoerbaarheid van schikkingen die volgden op mediation. De Europese Commissie was hiervan evenwel geen

voorzitter en het voorstel van het Europees Parlement is niet overgenomen.<sup>29</sup> In 2018 is in het verband van de Verenigde Naties echter een verdrag voorbereid met betrekking tot internationale schikkingsovereenkomsten die volgen uit mediation (hierna: het Mediationverdrag).<sup>30</sup> Op grond van dit verdrag komen internationale mediationschikkingen in beginsel voor erkenning en uitvoerbaarheid in andere lidstaten in aanmerking, ook zonder dat deze zijn opgenomen in een authentiek of gerechtelijk document. Van een samenloop van de Brussel Ibis-Vo. met het Mediationverdrag zal slechts beperkt sprake zijn, aangezien laatstgenoemd verdrag ingevolge artikel 1 lid 3 niet van toepassing is op schikkingsovereenkomsten die goedgekeurd zijn door een gerecht of tijdens een procedure voor een gerecht zijn getroffen en uitvoerbaar zijn als een gerechtelijk vonnis. Het Mediationverdrag heeft dan ook vooral een aanvullende werking.<sup>31</sup>

### 3. Bindend advies

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen het zuiver en onzuiver bindend advies. Bij het zogeheten zuiver bindend advies bepaalt een derde de niet of onvoldoende bepaalde inhoud van een prestatie.<sup>32</sup> Bij een onzuiver bindend advies geven partijen daarentegen opdracht aan een derde een bindende beslissing te nemen in een rechtsgeschil. In de praktijk kan het echter lastig zijn om de grens te trekken tussen een zuiver en onzuiver bindend advies. Zo kan een derde aan wie op het eerste gezicht slechts de vaststelling van de inhoud van een prestatie werd opgedragen in wezen toch een geschilbeslechter zijn of zich tot een geschilbeslechter ontwikkelen. In het buitenland kent men geschilbeslechtsmechanismen die in meer of mindere mate vergelijkbaar zijn met bindend advies. Ik noem hier bijvoorbeeld de Belgische rechtsfiguur van de bindende derdenbeslissing, de Duitse rechtsfiguur van het *Schiedsgutachten* en de Italiaanse rechtsfiguur van het *arbitrato irrituale*. Verder kan ook worden gedacht aan de rechtsfiguren *adjudication* en *expert determination*, die men in de Engelstalige landen wel tegenkomt. In het vervolg van deze bijdrage gebruik ik gemakshalve alleen de term bindend advies.

Net als mediation is bindend advies niet uitdrukkelijk van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. uitgezonderd. Waar bij mediation in strikte zin geen sprake is van geschilbeslechting door een derde, is dat bij bindend advies wel het geval. In die zin is bindend advies in wezen niet te onderscheiden van arbitrage.<sup>33</sup> Als men de arbitrage-exceptie in de Brussel Ibis-Vo. derhalve ruim uitlegt en daaronder ook met arbitrage vergelijkbare vormen van alternatieve geschilbeslechting schaarst, zou bindend advies geacht kunnen worden te val-

29 Zie o.a. Gewijzigd voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2000) 689 (definitief), p. 7 en het Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschilbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, COM(2002) 196 (definitief), p. 11-12 en p. 36-37.

30 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

31 Het Mediationverdrag werd op 20 december 2018 goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en ondertekening wordt mogelijk vanaf 7 augustus 2019. Het Mediationverdrag wordt officieel van kracht zes maanden nadat tenminste drie landen het verdrag hebben geratificeerd.

32 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018, p. 193.

33 H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, Alg. Inl., aant. 7.2.

len onder de arbitrage-exceptie. Voor bindend advies geldt dan hetzelfde als voor arbitrage.<sup>34</sup> Men gaat er ten behoeve van deze opvatting dan echter wel aan voorbij dat bindend advies en arbitrage wel degelijk andere vormen van alternatieve geschilbeslechting zijn. Zo bestaat er bijvoorbeeld een verschil in wettelijke grondslag, gelden andere procedurevoorschriften en zijn er verschillende rechtsgevolgen. Verder bevatten de toelichtende rapporten bij de voorlopers van de huidige verordening niet direct aanwijzingen dat de arbitrage-exceptie zo ruim moet worden uitgelegd dat daaronder ook bindend advies behoort te worden geschaard. Zoals hiervoor reeds uiteengezet lijkt arbitrage juist te zijn uitgezonderd in verband met de NYC en andere internationale verdragen op het terrein van arbitrage. Nu zulke regelingen niet golden of gelden voor bindend advies, is derhalve ook verdedigbaar dat niet beoogd is bindend advies uit te zonderen van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo.

Als mag worden aangenomen dat bindend advies niet van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. is uitgezonderd en het gaat om een burgerlijke en handelszaak als bedoeld in de verordening, wordt de bevoegdheid van de rechter in beginsel gereguleerd door de bepalingen van deze verordening. Dit betekent in de eerste plaats dat de Brussel Ibis-Vo. van toepassing is ten aanzien van vorderingen die zijn ingesteld niettegenstaande een bindend adviesovereenkomst. In de tweede plaats geldt dat de Brussel Ibis-Vo. van toepassing is op een positieve of negatieve declaratoire eis met betrekking tot de geldigheid en afdwingbaarheid van de bindend adviesovereenkomst. Tenslotte zou de Brussel Ibis-Vo. ook van toepassing kunnen zijn op accessoire procedures, bijvoorbeeld voor de benoeming van de bindend adviseur(s), in verband met de bindend adviesprocedure of de vernietiging van het bindend advies.

Voor de beantwoording van de vraag of een bindend adviesovereenkomst moet leiden tot onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid van de eiser, kan de rechter niet aansluiten bij de Brussel Ibis-Vo. Deze verordening regelt dit namelijk niet. De rechter zal aldus moeten beslissen in overeenstemming met zijn nationale recht, met inbegrip van zijn conflictenrecht. De vraag of de Nederlandse rechter zich onbevoegd kan verklaren wordt ingevolge artikel 10:3 BW beheerst door Nederlands recht en moet ontkennend worden beantwoord. Bij gebreke van een wettelijke regel kan de rechter zich immers niet onbevoegd verklaren. Wanneer er een geldige bindend adviesovereenkomst bestaat, kan de eiser naar Nederlands recht wel niet-ontvankelijk worden verklaard.<sup>35</sup> Als de ontvankelijkheidsvraag als procesrechtelijk moet worden gekwalificeerd, is het Nederlands recht daarop van toepassing, ongeacht welk recht de bindend adviesovereenkomst beheerst. Als het niet-ontvankelijkheidsverweer daarentegen als een materieelrechtelijk verweer moet worden beschouwd – hetgeen in ieder geval naar Nederlands recht het geval lijkt, omdat het gaat om een principaal verweer<sup>36</sup> – rijst de vraag of niet aan de hand van het recht dat van toepassing is op de bindend adviesovereenkomst moet worden bepaald of de eiser niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Het toepasselijke recht op de bindend adviesovereenkomst zal moeten worden bepaald aan de hand van de Rome I-Vo.<sup>37</sup> Zo kunnen partijen een expliciete of impliciete rechtskeuze doen als bedoeld in artikel 3 van voornoemde verordening. Indien partijen bijvoorbeeld bepa-

34 Ten aanzien van arbitrage zij verwezen naar de volgende paragraaf van deze bijdrage.

35 Zie bijv. HR 22 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9117, *NJ* 1986, 275, m.nt. Stein (*Van Delft/Drukkerij van Boxtel*).

36 Zie ook P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 2012, p. 45 e.v.

37 Wat dat betreft geldt hetzelfde als voor mediation.

len dat zij bindend advies overeenkomen als bedoeld in artikel 7:900 e.v. BW, is duidelijk dat Nederlands recht van toepassing is. Bij gebreke van een rechtskeuze zal het toepasselijke recht op de bindend adviesovereenkomst net als het toepasselijke recht op de mediationovereenkomst moeten worden bepaald met inachtneming van artikel 4 lid 4 Rome I-Vo. Daarbij zijn verschillende aanknopingen denkbaar. Indien men het criterium van de nauwste verbondenheid opvat als een feitelijk-geografisch criterium, kan men betogen dat de bindend adviesovereenkomst het nauwst verbonden is met de plaats van het bindend advies. Het probleem is alleen dat bindend advies gelijk mediation niet per se een (juridische) plaats heeft en er niet altijd één specifieke plaats valt aan te wijzen waarmee het bindend advies het nauwst verbonden is. Indien men het criterium van de nauwste verbondenheid breder ziet en daaronder eveneens juridische gezichtspunten schaaft, zijn in theorie twee aanknopingsfactoren voorstelbaar. In de eerste plaats zou kunnen worden aangehaakt bij het recht met inachtneming waarvan de bindend adviesprocedure plaatsvindt. In de tweede plaats zou kunnen worden verdedigd dat de bindend adviesovereenkomst wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de rechtsbetrekking die partijen verdeeld houdt.

In de praktijk kan het gebeuren dat de rechter wordt geadieerd terwijl in een ander land reeds een bindend adviesprocedure aanhangig is. Ook is het mogelijk dat er eerst een gerechtelijke procedure aanhangig wordt gemaakt en daarna pas een bindend adviesprocedure. Voor dit soort gevallen ontbreekt een specifieke litispendingregel in de Brussel Ibis-Vo. Tenzij aanhouding kan worden gebaseerd op nationaal recht, moet worden geconcludeerd dat een grondslag ontbreekt op grond waarvan de gerechtelijke procedure kan worden aangehouden in verband met een bindend advies in een andere lidstaat. In ieder geval is de Brussel Ibis-Vo. niet van toepassing op de vraag of aanhouding door de bindend adviseur(s) geïndiceerd is. Indien aanhouding achterwege blijft en er parallelle procedures worden gevoerd, bestaat het risico van tegenstrijdige uitspraken. Gezien artikel 45 Brussel Ibis-Vo. is verdedigbaar dat de erkenning en tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing niet kan worden geweigerd wegens een daarmee onverenigbaar bindend advies.<sup>38</sup> De vraag is nu of dit anders is als volgend op het bindend advies een gerechtelijke uitspraak wordt verkregen waarbij een partij is veroordeeld tot nakoming van of conform het bindend advies. Daarvoor is kort gezegd vereist dat zo'n uitspraak kan worden gekwalificeerd als een beslissing als bedoeld in artikel 2 sub a Brussel Ibis-Vo. en wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 45 lid 1 sub c en/of d Brussel Ibis-Vo.

Tenzij het bindend advies is opgenomen in een notariële akte dan wel is gegeven op basis van een bindend adviesovereenkomst die is opgenomen in een notariële akte of een proces-verbaal dat in executoriale vorm is afgegeven – in welk geval artikel 58 of 59 Brussel Ibis-Vo. van toepassing kunnen zijn – voorziet de Brussel Ibis-Vo. niet in directe uitvoerbaarheid van het bindend advies. De partij die (de verbintenissen uit hoofde van) het bindend advies wil afdwingen, zal ter verkrijging van een executoriale titel dan ook een gerechtelijke procedure moeten entameren. De aangezochte rechter zal dan aan de hand van het recht dat van toepassing is op het bindend advies moeten bepalen wat de rechtskracht daarvan is. Daarbij rijst de vraag of de aangezochte rechter zijn bevoegdheid moet kunnen baseren op de bepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. Voor het antwoord op die vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat een veroordeling conform het bindend advies wordt gevorderd

38 Vgl. art. 3 lid 2 Mediationverdrag dat uitdrukkelijk bepaalt dat een partij ter afwering van een vordering in een gerechtelijke procedure een beroep kan doen op de eerder gesloten vaststellingsovereenkomst.

en de situatie dat nakoming wordt gevorderd van de verbintenissen uit het bindend advies. Beide situaties worden hierna besproken. Indien een veroordeling conform het bindend advies wordt gevorderd en deze vordering zou kunnen worden vergeleken met een *actio iudicati*, zou kunnen worden betoogd dat de Brussel Ibis-Vo. net als bij de *actio iudicati* materieel niet van toepassing is.<sup>39</sup> Aldus zal aan de hand van de *lex fori* moeten worden bepaald of er bevoegdheid bestaat.<sup>40</sup> In het licht van het arrest van het Hof van Justitie (HvJ) inzake *Owens Bank*<sup>41</sup> kan dan bovendien worden betoogd dat de beslissing waarbij een partij wordt veroordeeld conform het bindend advies niet op grond van de bepalingen van hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo. in andere lidstaten kan worden erkend of aldaar ten uitvoer kan worden gelegd. Indien de vergelijking met een *actio iudicati* mank gaat, lijkt voorshands aannemelijk dat de aangezochte rechter zijn bevoegdheid wel degelijk moet kunnen baseren op de bepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. In de Nederlandse praktijk wordt echter geen veroordeling conform het bindend advies maar nakoming van de verbintenissen uit het bindend advies gevorderd. Dit ligt ook voor de hand gezien het karakter van het bindend advies en het feit dat het bindend advies dispositieve werking heeft. Voor zo'n nakomingsvordering lijkt aannemelijk dat de aangezochte rechter zijn bevoegdheid moet kunnen baseren op de bepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. Stel nu eens dat er in Nederland een bindend advies is geweest met inachtneming van het Nederlandse recht, dat de partij die in het gelijk is gesteld het bindend advies wil executeren in België en dat daarvoor een procedure wordt ingesteld bij de Belgische rechter. Deze kan in ieder geval bevoegdheid aannemen als de verweerder zijn woonplaats heeft in België, maar bevoegdheid kan lastig worden als de verweerder bijvoorbeeld woonplaats heeft in Duitsland en de enige aanknopng met België is dat zich aldaar activa bevinden. Afhankelijk van de precieze omstandigheden van het geval, kan het in zo'n geval meer geraden zijn een gerechtelijke procedure in Duitsland te entameren. Wanneer de aangezochte rechter, ongeacht of er een veroordeling conform of een veroordeling tot nakoming van het bindend advies wordt gevorderd, in beginsel van de juistheid van het bindend advies moet uitgaan en alleen op zeer beperkte gronden een veroordeling zou kunnen worden geweigerd, zoals geldt op grond van artikel 7:904 BW, zou in het licht van *Solo Kleinmotoren*<sup>42</sup> wellicht kunnen worden betoogd dat een gerechtelijke beslissing, waarbij kort gezegd het bindend advies wordt bevestigd, niet op grond de Brussel Ibis-Vo. in andere lidstaten kan worden erkend of ten uitvoer kan worden gelegd. In voorgaand voorbeeld zou dat echter wel kunnen betekenen dat op basis van het bin-

39 Zie omtrent de materiële toepasselijkheid van de Brussel Ibis-Vo. bij een *actio iudicati* A-G Lenz in zijn conclusie voor HvJEG 20 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:13, *NJ* 1994/351, m.nt. Schultsz, *NIPR* 1994, 282 (*Owens Bank*); N. Peters, 'Bevoegdheid van de Nederlandse rechter bij een exequaturprocedure en een *actio iudicati*', *NIPR* 2010/3, p. 217 e.v. alsmede M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2017, p. 28.

40 Als inderdaad de vergelijking zou mogen worden gemaakt met de *actio iudicati*, zou overigens ook nog kunnen worden verdedigd dat de bepalingen van de Brussel Ibis-Vo. wel onverkort van toepassing zijn en de rechter zijn bevoegdheid aldus moet kunnen baseren op de bepalingen van die verordening als er geen veroordeling volgt conform het bindend advies, maar de zaak opnieuw inhoudelijk wordt behandeld.

41 HvJEG 20 januari 1994, ECLI:EU:C:1994:13, *NJ* 1994/351, m.nt. Schultsz, *NIPR* 1994, 282 (*Owens Bank*).

42 HvJEG 2 juni 1994, ECLI:EU:C:1994:221, *NJ* 1995/637, m.nt. De Boer, *NIPR* 1995, 246 (*Solo Kleinmotoren*).

dend advies geen verhaal kan worden genomen op de Belgische activa. Daardoor zou afbreuk worden gedaan aan de beginselen die ten grondslag liggen aan de Brussel Ibis-Vo. Er valt dan ook veel voor te zeggen dat de beslissing, waarbij het bindend advies wordt bevestigd, op grond van de bepalingen van hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo. in andere lidstaten van de EU moet kunnen worden erkend en ten uitvoer moet kunnen worden gelegd. In ieder geval zal de beslissing van een lidstaatrechter waarbij het betreffende bindend advies nietig wordt verklaard dan wel wordt vernietigd in beginsel in andere lidstaten kunnen worden erkend. Wordt in dezelfde procedure een nieuwe inhoudelijke beslissing genomen, dan komt ook die beslissing voor erkenning en tenuitvoerlegging in andere lidstaten van de EU in aanmerking op grond van de bepalingen van hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo.

#### 4. Arbitrage

Voor consensuele arbitrage is een geldige overeenkomst vereist, die op grond van vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vrijwillig en ondubbelzinnig tot stand moet zijn gekomen.<sup>43</sup> Voor wat betreft de afdwingbaarheid van de arbitrageovereenkomst en het arbitraal vonnis gelden verschillende internationale verdragen, zoals bijvoorbeeld de NYC en de *European Convention on International Commercial Arbitration* van 21 april 1961 (hierna: het Europees Arbitrageverdrag). Nederland is wel partij bij de NYC, maar niet bij laatstgenoemd verdrag.

In artikel 1, tweede paragraaf, onder 4 van het EEX-Verdrag<sup>44</sup> werd op kernachtige wijze bepaald dat het verdrag niet van toepassing is op de arbitrage. Volgens het toelichtende Rapport-Jenard<sup>45</sup> hadden de opstellers van het verdrag gemeend dat het beter was arbitrage uit te sluiten, aangezien arbitrage reeds in talrijke internationale overeenkomsten (waaronder de NYC en het Europees Arbitrageverdrag) geregeld was. Het EEX-Verdrag was volgens het Rapport-Jenard in ieder geval niet van toepassing op (1) de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen, (2) het bepalen van internationale bevoegdheid van de overheidsrechter in gedingen over arbitrage, bijvoorbeeld wanneer vernietiging van een arbitraal vonnis wordt gevorderd, en (3) de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van de overheidsrechter over zodanige vorderingen.<sup>46</sup> Bij de daaropvolgende toetredingen van verschillende staten is de tekst van de arbitrage-exceptie telkens ongewijzigd gebleven. In het Rapport-Schlosser<sup>47</sup> en het

43 Vgl. bijv. EHRM 27 februari 1980, 6903/75 (*Deweert/België*); EHRM 27 november 1996, 28101/95 (*Nordström/Nederland*); EHRM 28 oktober 2010, 1643/06 (*Suda/Tsjechië*); en EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*).

44 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101.

45 Rapport-Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 1979, C59/1.

46 Rapport-Jenard, p. 13.

47 Rapport-Schlosser over het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, *PbEG* 1979, C59/71, p. 92-93.

Rapport-Evrignes/Kerameus<sup>48</sup> inzake de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk respectievelijk Griekenland is de arbitrage-exceptie nader geduïd.<sup>49</sup>

Over de arbitrage-exceptie in het EEX-Verdrag heeft het HvJ twee relevante arresten gegeven, te weten *Marc Rich*<sup>50</sup> en *Van Uden/Deco-Line*.<sup>51</sup> In *Marc Rich* oordeelde het HvJ ten aanzien van de arbitrage-exceptie dat deze ruim toegepast diende te worden. Het EEX-Verdrag was aldus in ieder geval niet toepasbaar in het kader van procedures bij de overheidsrechter tot aanwijzing van een arbiter, zoals het geval was in het hoofdgeding voor de Engelse rechter, zelfs indien in die procedure bij wijze van prelabelle vraag het bestaan en/of de geldigheid van de arbitrageovereenkomst aan de orde werd gesteld. Daarbij overwoog het HvJ dat de verdragsluitende partijen – door arbitrage uit te sluiten van de toepassing van het EEX-Verdrag op grond dat die materie reeds in internationale overeenkomsten is geregeld – de arbitrage in zijn geheel hebben willen uitsluiten, met inbegrip van de voor overheidsrechters ingeleide procedures. In *Van Uden/Deco-Line* stelde het HvJ voorop dat wanneer partijen een geschil rechtsgeldig aan de overheidsrechter hebben onttrokken om het aan het oordeel van een scheidsgerecht te onderwerpen er geen overheidsrechter is die in de zin van het EEX-Verdrag bevoegd is kennis te nemen van het bodemgeschil. In zo'n geval kan een overheidsrechter alleen voorlopige of bewarende maatregelen gelasten op grond van artikel 24 EEX-Verdrag. Vervolgens overwoog het HvJ dat de voorlopige maatregelen die in het hoofdgeding werden gevorderd geen betrekking hadden op het voeren van het arbitraal geding maar zagen op de materieelrechtelijke belangen van partijen. Derhalve werden de gevorderde voorlopige maatregelen niet gedekt door de arbitrage-exceptie van het EEX-Verdrag. Het aanhangige incassokortgeding viel dan ook onder de reikwijdte van het EEX-Verdrag niettegenstaande de in Nederland aanhangige arbitrage. De Nederlandse kortgedingrechter kon voor de betreffende geldvordering derhalve alleen bevoegdheid aannemen als aan de vereisten van artikel 24 EEX-Verdrag, zoals nader geformuleerd door het HvJ, werd voldaan.

Bij de omzetting van het EEX-Verdrag naar de Brussel I-Vo.<sup>52</sup> gaven voornoemde arresten geen aanleiding tot een herziening van de arbitrage-exceptie. De tekst van de arbitrage-exceptie werd dan ook niet gewijzigd. Wel werd de tweede paragraaf omgezet in een tweede lid en werden de verschillende excepties hernummerd. In de Brussel I-Vo. is de arbitrage-exceptie aldus verankerd in artikel 1 lid 2 sub d.

---

48 Rapport-Evrignes/Kerameus inzake de toetreding van de Helleense Republiek tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 1986, C 298/1, p. 10.

49 Zie hieromtrent nader F. De Ly, 'Herschikking van de EEX-Verordening en arbitrage – deel I', *TvA* 2015/67, p. 101-103.

50 HvJEG 25 juli 1991, C-190/89, ECLI:EU:C:1991:319, *NIPR* 1993, 150 (*Marc Rich*).

51 HvJEG 17 november 1998, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, *NJ* 1999, 339, m.nt. Vlas, *NIPR* 1999, 77 (*Van Uden/Deco-Line*).

52 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

Onder de Brussel I-Vo. zijn twee arresten – te weten *West Tankers*<sup>53</sup> en *Gazprom*<sup>54</sup> – geweest die uitdrukkelijk verband hielden met de arbitrage-exceptie. Beide arresten hebben betrekking op een *anti-suit injunction*. In *West Tankers* oordeelde het HvJ dat het met de Brussel I-Vo. onverenigbaar is dat een rechterlijke instantie van een lidstaat een gerechtelijk bevel uitvaardigt teneinde iemand te verbieden in een andere lidstaat een procedure in te leiden of voort te zetten, op grond dat een dergelijke procedure in strijd is met een arbitragebeding. Het HvJ achtte de gevorderde en de door de Engelse *High Court* toegewezen *anti-suit injunction* dan ook onverenigbaar met de Brussel I-Vo. In *Gazprom* was de *anti-suit injunction* niet afkomstig van een gerecht van een lidstaat, maar van een scheidsgerecht. Het HvJ oordeelde dat zo'n arbitrale *anti-suit injunction* onder de arbitrage-exceptie en buiten het materiële toepassingsgebied van de Brussel I-Vo. valt. Oftewel, de vraag omtrent erkenning en tenuitvoerlegging van zo'n arbitrale *anti-suit injunction* dient beantwoord te worden met inachtneming van het nationale en internationale recht dat van toepassing is in de lidstaat waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt gezocht. Voor Nederland brengt deze uitspraak mee dat de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitrale *anti-suit injunction* wordt beheerst door hetzij artikel 1075 Rv jo. NYC hetzij artikel 1076 Rv.

De tekst van de arbitrage-exceptie is bij de omzetting van de Brussel I-Vo. naar de Brussel Ibis-Vo. in essentie weer onveranderd gebleven. Wel is de arbitrage-exceptie onderwerp geweest van verschillende discussies.<sup>55</sup> De discussie over de arbitrage-exceptie werd aangewakkerd met het Heidelberg-Rapport, dat was opgesteld ten behoeve van de herziening van de Brussel I-Vo. door de Duitse hoogleraren Hess, Pfeiffer en Schlosser.<sup>56</sup> In dit rapport werd voorgesteld de arbitrage-exceptie te verwijderen en werden een aantal aanvullende voorstellen gedaan. Enkele jaren nadat het Heidelberg-Rapport was verschenen, publiceerde de Europese Commissie haar eigen groenboek.<sup>57</sup> In dit groenboek werden de voorstellen van het Heidelberg-Rapport als mogelijkheden gepresenteerd. Gedurende de consultatiefase die daarop volgde, kwam aan het licht dat er geen eensgezindheid was over de beste aanpak. In elk geval waren de meeste belanghebbenden over het algemeen tevreden over de werking van de NYC en was de heersende mening dat dit verdrag niet zou mogen worden ondermijnd door maatregelen van de EU op het gebied van arbitrage. Mede naar aanleiding hiervan heeft de Europese Commissie in haar voorstel voor een nieuwe verordening het Heidelberg-Rapport niet gevolgd.<sup>58</sup> Zo bleef de arbitrage-exceptie behouden, behalve voor wat betreft artikel 29 lid 4 en artikel 33 lid 3 van het

53 HvJEG 10 februari 2009, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69, NJ 2013/37, NIPR 2009, 128 (*Allianz SpA & Generali Assicurazioni Generali SpA/West Tankers Inc.*).

54 HvJEU 13 mei 2015, C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316, RvdW 2015/930, NIPR 2015, 291 (*Gazprom/Litouwen*).

55 Zie aldus L.H. Wilhelmssen, *International commercial arbitration and the Brussels I Regulation*, Cheltenham: Edward Pelger Publishing 2018.

56 B. Hess, T. Pfeiffer & P. Schlosser, *Report on the Application of the Regulation Brussels I in het Member States* (Study JLS/C4/2005/03). De finale versie van dit rapport werd in september 2007 gepubliceerd.

57 Groenboek over de herziening van Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2009) 175 definitief.

58 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Herschikking), COM(2010) 748.

betreffende voorstel, welke artikelen voorzagen in een specifieke litispendingeregeling. Daarnaast werd in het voorgestelde artikel 36 verduidelijkt dat de overheidsrechter ook bevoegdheid kan aannemen voor voorlopige en bewarende maatregelen wanneer een scheidsgerecht bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.<sup>59</sup> Terwijl de Europese Commissie haar voorstel voorbereidde, kwam het Europees Parlement met zijn eigen aanbevelingen.<sup>60</sup> Volgens het Europees Parlement moest de arbitrage-exceptie onverkort worden gehandhaafd.<sup>61</sup> Daarbij formuleerde het Europees Parlement een aantal specifieke aanbevelingen. Deze werden herhaald in de resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2010.<sup>62</sup> In het rapport van het Europees Parlement van 15 oktober 2012 werd nogmaals benadrukt dat de arbitrage-exceptie behouden moest blijven, werden de voorstellen van de Europese Commissie verworpen en werd het fundament gelegd voor considerans (12) van de Brussel Ibis-Vo.<sup>63</sup> Vanwege het belang van deze considerans wordt zij hierna integraal geciteerd:

‘Deze verordening dient niet van toepassing te zijn op arbitrage. Niets in deze verordening belet de gerechten van een lidstaat, wanneer aangezocht in een zaak waarin partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen, de zaak te verwijzen voor arbitrage, het geding aan te houden dan wel te beëindigen, of om te onderzoeken of het arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, een en ander in overeenstemming met zijn nationale recht.

De beslissing van de rechter van een lidstaat over de vraag of een arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, dient niet onderworpen te zijn aan de bij deze verordening bepaalde regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging, ongeacht of de rechter ten gronde of op een incidentele vordering uitspraak doet.

Indien evenwel een op grond van deze verordening of van het nationale recht bevoegde rechter van een lidstaat heeft beslist dat een arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, mag dit er niet aan in de weg staan dat de ten gronde gegeven beslissing, naargelang van het geval, in overeenstemming met deze verordening wordt erkend of ten uitvoer wordt gelegd, onverminderd de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaten om over de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken te beslissen, in overeenstemming met het Verdrag van New York van 10 juni 1958 over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (“het Verdrag van New York van 1958”), dat voorrang heeft boven deze verordening.

---

59 Zie over dit voorstel o.m. J.J. van Haersolte-van Hof, ‘The Commission’s Proposal to amend the arbitration exception should be embraced!’, *NIPR* 2011/2, p. 280-288 alsmede V. Lazic, ‘The amendment to the arbitration exception suggested in the Commission’s Proposal: the reasons as to why it should be rejected’, *NIPR* 2011/2, p. 289-298.

60 Verslag 29 juni 2010 over de uitvoering en herziening van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (2009/2140(INI)), Commissie juridische zaken.

61 Zie in meer detail overwegingen (I)-(M).

62 Resolutie van het Europees Parlement van 7 september 2010 over de uitvoering en herziening van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (2009/2140(INI)).

63 Verslag 15 oktober 2012 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)).

Deze verordening dient niet van toepassing te zijn op vorderingen of accessoire procedures die in het bijzonder betrekking hebben op de instelling van een scheidsgerecht, de bevoegdheden van arbiters, het verloop van een arbitrageprocedure, of elk ander aspect van deze procedure, noch op enige verdediging of beslissing inzake nietigverklaring, herziening, hoger beroep, erkenning en tenuitvoerlegging met betrekking tot een scheidsrechterlijke uitspraak.’

Voorgaande overwegingen in considerans (12) hebben het oogmerk de reikwijdte van de arbitrage-exceptie nader te duiden. Daarbij is in artikel 73 lid 2 van de Brussel Ibis-Vo. uitdrukkelijk bepaald dat de verordening de toepassing van de NYC onverlet laat. Daarmee is verduidelijkt dat de NYC primaat heeft over de Brussel Ibis-Vo. De implicaties van considerans (12) en artikel 73 lid 2 Brussel Ibis-Vo. worden hierna besproken.

Uit de eerste zin van de eerste alinea en de laatste alinea van considerans (12) kan worden afgeleid dat de Brussel Ibis-Vo. niet van toepassing is op gerechtelijke procedures die accessoir zijn aan arbitrage. Dit is in belangrijke mate een codificatie van *Marc Rich* en is in lijn met hetgeen werd gesteld in het Rapport-Jenard en het Rapport-Schlosser.

Voorlopige en bewarende maatregelen worden evenwel niet genoemd in considerans (12). Als het gaat om aan arbitrage complementaire maatregelen lijkt het nochtans voor de hand te liggen dat zij geacht mogen worden te zijn uitgezonderd van het materiële toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. Voor de bevoegdheid alsmede de erkenning en tenuitvoerlegging ter zake van zulke maatregelen is de Brussel Ibis-Vo. derhalve niet van toepassing. Tegelijkertijd moet men constateren dat uit de tekst van de hiervoor geciteerde considerans niet blijkt dat gepoogd is *Van Uden/Deco-Line* buiten werking te stellen, zodat eveneens zou kunnen worden betoogd dat de Brussel Ibis-Vo. materieel van toepassing blijft op een geldvordering in kort geding in weerwil van een rechtsgeldig tussen partijen gesloten arbitrageovereenkomst. Dit betekent dat de voorzieningenrechter in geval van een geldvordering in kort geding alleen bevoegdheid kan ontlenen aan artikel 35 Brussel Ibis-Vo. (voorheen artikel 24 EEX-Vo. en artikel 31 Brussel Ibis-Vo.) en dat moet worden voldaan aan de door dat artikel vereiste voorwaarden.<sup>64</sup> Naast een veroordeling tot betaling van een geldsom zijn ook andere voorlopige en bewarende maatregelen denkbaar – zoals bijvoorbeeld een veroordeling tot een doen of nalaten – die in wezen alleen betrekking hebben op de materieelrechtelijke belangen van partijen. Ook in dat geval lijkt aannemelijk dat de voorzieningenrechter, wanneer partijen rechtsgeldig arbitrage zijn overeengekomen, zijn rechtsmacht moet kunnen ontlenen aan artikel 35 Brussel Ibis-Vo. en de door dit artikel gestelde voorwaarden. Waar maatregelen van de kortgedingrechter ingevolge artikel 24 EEX-Verdrag en artikel 31 Brussel Ibis-Vo. onder het EEX-Verdrag respectievelijk de Brussel Ibis-Vo. onder bepaalde omstandigheden voor tenuitvoerlegging in andere lidstaten in aanmerking konden komen,<sup>65</sup> is dat ingevolge artikel 2 onder (a) Brussel Ibis-Vo niet meer het geval. De gevolgen van zulke maatregelen blijven krachtens de Brussel Ibis-Vo. thans beperkt tot het grondgebied van de lidstaat van de rechter die de betreffende maatregel heeft bevolen,<sup>66</sup> met dien verstande dat het nog onduidelijk is of zulke maatregelen voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking kunnen komen op grond van het nationale recht van de staat waar erkenning en tenuitvoerlegging wordt gezocht.

64 Zie hieromtrent S.J. Schaafsma, *T&C Rv* 2018, art. 35 Brussel Ibis-Vo. aant. 3 e.v.

65 HvJEG 27 april 1999, ECLI:EU:C:1999:202, *NJ* 2001/90, m.nt. Vlas, *NIPR* 1999, 266 (*Mietz/Intership*).

66 Zie ook considerans (33) Brussel Ibis-Vo.

Uit de tweede zin van de eerste alinea van considerans (12) kan worden afgeleid dat de arbitrage-exceptie geen afbreuk doet aan de bevoegdheidsregels van de Brussel Ibis-Vo. als een procedure wordt geëntameerd voor hetzij een eindoordeel in een bodemprocedure in weerwil van een arbitrageovereenkomst hetzij een positief of negatief declaratoir ten aanzien van de arbitrageovereenkomst. Wanneer het een burgerlijke of handelszaak betreft als bedoeld in artikel 1 lid 1 zal de aangezochte rechter aldus moeten nagaan of hij zijn bevoegdheid kan baseren op de bevoegdheidsbepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. Zo kan bevoegdheid bijvoorbeeld worden gebaseerd op artikel 4 (woonplaats verweerder) of artikel 7 lid 1 (plaats van nakoming van een verbintenis). De Brussel Ibis-Vo. belet de aangezochte rechter niet de zaak te verwijzen naar arbitrage, het geding aan te houden of te beëindigen dan wel te onderzoeken of de overeenkomst tot arbitrage vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.<sup>67</sup> Daarbij dient de aangezochte rechter te beslissen in overeenstemming met zijn nationale recht, met inbegrip van het conflictenrecht. Hoewel dat niet direct volgt uit de bewoordingen van considerans (12) lijkt het verdedigbaar dat de rechter in beginsel ook op basis van zijn nationale recht, met inbegrip van zijn conflictenrecht, moet onderzoeken of het voorliggende geschil vatbaar is voor arbitrage of niet.<sup>68</sup> Het is aldus mogelijk dat een andere rechter dan de rechter van de plaats van arbitrage een beslissing wijst over hetzij arbitrabiliteit hetzij het bestaan en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.<sup>69</sup>

De beslissing van een rechter van een lidstaat omtrent het bestaan, de geldigheid en afdwingbaarheid van de arbitrageovereenkomst is op grond van de tweede alinea van considerans (12) niet onderworpen aan de regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging als vervat in hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo., ongeacht of de rechter ten gronde of in een incident uitspraak heeft gedaan. Oftewel, rechters uit lidstaten zijn op grond van de bepalingen van de Brussel Ibis-Vo. niet gebonden aan de beslissing van een rechter uit een andere lidstaat omtrent de vraag of de arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, waaronder dan tevens beslissingen omtrent arbitrabiliteit moeten worden begrepen. Daarbij is het irrelevant of in die beslissing het bestaan, de geldigheid en de afdwingbaarheid van de arbitrageovereenkomst is bevestigd of verworpen. In dit verband rijst overigens onmiddellijk de vraag of een eventuele proceskostenveroordeling wel op grond van de Brussel Ibis-Vo. voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking zou kunnen komen. Stel bijvoorbeeld dat de eiser in de arbitrage in het gelijk is gesteld en dat de aangezochte rechter zich in een procedure die aanhangig is gemaakt door de wederpartij onbevoegd heeft verklaard wegens het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst, met een veroordeling van de wederpartij in de kosten van het geding. Als deze proceskostenveroordeling op grond van de Brussel Ibis-Vo. in het licht van de tweede alinea van considerans (12) niet in andere lidstaten zou kunnen worden erkend en ten uitvoer zou kunnen worden gelegd, zou dat bij gebreke van een alternatieve nationale of internationale regel tot gevolg kunnen hebben dat de partij die is veroordeeld tot betaling

---

67 Wat dat betreft zij verwezen naar art. 1022 en 1074 Rv alsmede art. II lid 3 NYC.

68 De (exclusieve) bevoegdheidsregels van de Brussel Ibis-Vo. verhinderen derhalve op zichzelf niet dat arbitrage wordt overeengekomen.

69 Voor de conflictenrechtelijke aspecten zij verwezen naar N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage: over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2015, p. 255-317; N. Peters, 'Het toepasselijk recht op de overeenkomst tot arbitrage', *NIPR* 2016/2, p. 239-347 en N. Peters, 'Het belang van de plaats van arbitrage voor het toepasselijke recht', *Bb* 2017/3, p. 41-46.

van de proceskosten aan executie kan ontkomen. Gezien de tekst van de tweede alinea van considerans (12) – waar alleen gesproken wordt over de ‘beslissing van de rechter over de vraag of een arbitragebeding vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast’ en niet over accessoire beslissingen – zou men echter kunnen betwijfelen of de Brussel Ibis-Vo. dit gevolg beoogt.

Indien een rechter van een lidstaat, die op grond van de bepalingen van hoofdstuk II van de Brussel Ibis-Vo. of op grond van zijn nationale recht bevoegd was om kennis te nemen van het geschil, heeft beslist dat een arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast, kan zijn ten gronde gegeven beslissing, naargelang van het geval, in lijn met de bepalingen van hoofdstuk III van de Brussel Ibis-Vo. in andere lidstaten worden erkend en ten uitvoer worden gelegd. Verschillende situaties zijn nu denkbaar:

- In de eerste plaats kan in een derde lidstaat de erkenning en tenuitvoerlegging worden gezocht van zowel een arbitraal vonnis als een daarmee onverenigbare gerechtelijke beslissing. Voor deze situatie kan uit de derde alinea van considerans (12) in combinatie met artikel 73 lid 2 worden afgeleid dat de NYC voorrang heeft. Aldus kan de *exequatur*rechter met inachtneming van de NYC zelfstandig toetsen of het arbitraal vonnis voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt zonder dat hij rekenschap hoeft te geven van de beslissing van een collega-rechter uit een andere lidstaat. Als het arbitraal vonnis op basis van de NYC voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt, dient vervolgens in beginsel de erkenning en tenuitvoerlegging van de onverenigbare gerechtelijke beslissing te worden geweigerd. Dat lijkt overigens ook te gelden, indien in die derde lidstaat het arbitraal vonnis niet wordt erkend op basis van de NYC, maar op basis van nationaal recht (vgl. ook artikel VII lid 1 NYC, dat een specifieke regel bevat voor gunstiger nationaal recht), al is dit niet evident, nu de Brussel Ibis-Vo. op dit punt niet duidelijk is.
- Het is in tweede plaats denkbaar dat in de lidstaat waar het arbitraal vonnis is gewezen de erkenning en tenuitvoerlegging van een met dat vonnis conflicterende gerechtelijke beslissing wordt gezocht. Aangezien in deze situatie de NYC in de regel niet van toepassing zal zijn op de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis,<sup>70</sup> voorziet de tekst van de Brussel Ibis-Vo. niet direct in een antwoord op de vraag naar de verhouding tussen de gerechtelijke beslissing en het arbitraal vonnis. Gezien de tekst van de derde alinea van considerans (12) en het oogmerk van de verordening om zo weinig mogelijk te interfereren met de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen, is nochtans voorstelbaar dat erkenning en tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing op grond van de Brussel Ibis-Vo. achterwege blijft als deze beslissing onverenigbaar is met het arbitraal vonnis en dit arbitraal vonnis in de lidstaat waarin het is gewezen voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt.

---

70 Vgl. art I lid 1 NYC. Op grond van deze bepaling is de NYC van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van (1) arbitrale vonnissen die zijn gewezen op het grondgebied van een andere staat dan de staat waar de erkenning en tenuitvoerlegging van zodanige uitspraken wordt verzocht en (2) arbitrale vonnissen die niet beschouwd worden als nationaal in de staat waar hun erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht.

- Waar er in voornoemde twee situaties van werd uitgegaan dat het arbitraal vonnis en de gerechtelijke beslissing conflicteren, is in de derde plaats de situatie denkbaar dat er van zo'n conflict geen sprake is. Zo kunnen de uitspraken bijvoorbeeld complementair zijn of verschillende vorderingen bestrijken. Op grond van de Brussel Ibis-Vo. kan dan in beginsel in andere lidstaten de erkenning en tenuitvoerlegging worden gezocht van de betreffende gerechtelijke beslissing.
- Tot slot is het denkbaar dat er vooruitlopend op een arbitraal vonnis reeds een gerechtelijke beslissing ten gronde wordt verkregen. Nu in de Brussel Ibis-Vo. een specifieke regel ontbreekt die de erkenning en tenuitvoerlegging van de gerechtelijke procedure verhindert hangende de arbitrage en deze situatie evenmin wordt bestreken door de NYC, lijkt voorshands verdedigbaar dat de gerechtelijke beslissing in deze situatie op grond van de Brussel Ibis-Vo. simpelweg voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt. Tegelijkertijd moet worden geconcludeerd dat deze situatie geen onderwerp van debat is geweest bij de totstandkoming van de Brussel Ibis-Vo. De vraag rijst dan ook of schorsing van de tenuitvoerlegging hangende de arbitrage niet meer voor de hand ligt. Alleen zo wordt immers voorkomen dat de arbitrage eventueel wordt ondermijnd en dat executie mogelijk tot onomkeerbare rechtsgevolgen leidt. Daarbij is bovendien van belang dat een arbitraal vonnis, zodra het is gewezen, de erkenning en tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing onder omstandigheden kan verhinderen. Er valt dan ook veel voor te zeggen dat de erkenning en tenuitvoerlegging van de gerechtelijke beslissing hangende de arbitrage wordt geschorst.

Hoewel de Europese Commissie in haar voorstel had ingezet op een litispendingeregeling, ontbreekt zo'n regeling in de Brussel Ibis-Vo. Hiervoor was namelijk niet genoeg politiek draagvlak, nog ervan afgezien dat de meningen verschilden hoe de betreffende regel precies moest luiden. Nu een specifieke regel ontbreekt, bestaat de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen. De impact van deze mogelijkheid wordt wel verminderd in gevallen – zoals hiervoor uiteengezet – waarin de gerechtelijke beslissing in het kader van erkenning en tenuitvoerlegging op grond van de Brussel Ibis-Vo. wijkt voor het arbitraal vonnis. In die gevallen bestaat er een betrekkelijk adequate regel voor het ontbreken van een litispendingeregeling in de Brussel Ibis-Vo. Bovendien komt het in de praktijk weinig voor dat tegelijkertijd een gerechtelijke procedure ten gronde en een arbitraal geding ten gronde wordt gevoerd. Het voeren van parallelle procedures is in het gros der gevallen immers efficiënt noch proceseconomisch. De vraag of de rechter de procedure kan aanhouden of verwijzen, wordt in lijn met de tweede alinea van considerans (12) beheerst door nationaal recht en internationale instrumenten. Als het nochtans evident is dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, lijkt niets zich er tegen te verzetten dat de gerechtelijke procedure parallel aan de arbitrage wordt voortgezet.<sup>71</sup> Voor het geval een scheidsrecht zich bij arbitraal vonnis reeds bevoegd heeft verklaard, kan de aangezochte rechter – voor zover hij zich nog niet heeft uitgelaten over het bestaan en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst – gebonden zijn aan het bevoegdheidsoordeel van het scheidsrecht als dit een definitief oordeel is dat voor de rechter van de plaats van arbitrage

---

<sup>71</sup> Zie hierover ook N. Peters, 'Drie jaar nieuwe arbitragewet: tien suggesties voor verbetering', *TCR* 2018/4, p. 104-106.

niet meer kan worden aangevochten én dit oordeel op grond van de NYC dan wel het nationale recht van de aangezochte rechter voor erkenning in aanmerking komt.

Tot slot nog een uitlegkwestie. In de Brussel Ibis-Vo. wordt met geen woord gerept over gerechtelijke *anti-suit injunctions*. Omdat in artikel 73 lid 2 Brussel Ibis-Vo. uitdrukkelijk het primaat is gegeven aan de NYC en het verdedigbaar is dat *West Tankers* de NYC ondermijnt, omdat op grond van deze uitspraak *anti suit injunctions* dienstig aan arbitrage van lidstaat-rechters verboden zijn, rijst de vraag of *West Tankers* nog steeds geldend recht is. Zou men deze vraag ontkennend beantwoorden, dan mogen rechters van lidstaten, zodra een beroep op een beweerdelijk gesloten arbitrageovereenkomst wordt gedaan, treden in de vraag of een rechter van een andere lidstaat bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Aldus zou afbreuk worden gedaan aan de zorgvuldig door het HvJ geformuleerde en veelvuldig herhaalde beginselen – zoals het vertrouwensbeginsel en het beginsel dat ieder gerecht van een lidstaat zelf zijn bevoegdheid mag bepalen – die ten grondslag liggen aan de Brussel Ibis-Vo. en haar voorlopers. Hierin schuilt dan ook een voorname reden om aan te nemen dat *West Tankers* nog steeds onverkort geldt. Gerechtelijke *anti-suit injunctions* lijken derhalve ook onder de Brussel Ibis-Vo. verboden te blijven.

In het licht van het voorgaande kan worden betoogd dat met de invoering van de Brussel Ibis-Vo. de verhouding tussen arbitrage en overheidsrechtspraak op een aantal punten is verduidelijkt. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. Wat dat betreft valt het aan te bevelen het Verdrag van Lugano op de Brussel Ibis-Vo. af te stemmen, opdat voor IJsland, Noorwegen en Zwitserland dezelfde regels gelden als voor de lidstaten van de EU. Dit is vooral ten aanzien van Zwitserland nuttig, aangezien Zwitserland een van de populairste arbitragelanden is en daar jaarlijks veel arbitrages met een internationaal (EU) element plaatsvinden.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik de samenloop van mediation, bindend advies en arbitrage met de Brussel Ibis-Vo. onderzocht. Waar er voor arbitrage een betrekkelijk gedetailleerde regeling bestaat, die meebrengt dat arbitrage van het materieel toepassingsgebied van de Brussel Ibis-Vo. is uitgezonderd, geldt dat niet voor mediation en bindend advies. De Brussel Ibis-Vo. kan derhalve onverminderd van toepassing zijn waar partijen (beweerdelijk) mediation of bindend advies zijn overeengekomen, met de hiervoor beschreven implicaties. Ik kan mij evenwel voorstellen dat partijen in een geschil met een internationaal element kiezen voor mediation in de hoop dat zij het geschil gezamenlijk in der minne kunnen regelen. Als een minnelijke regeling onmogelijk blijkt, een derde de knoop moet doorhakken en partijen alternatieve geschilbeslechting overwegen, valt in een burgerlijke of handelszaak met een internationaal element een keuze voor arbitrage te prefereren boven een keuze voor bindend advies, naar het zich laat aanzien ook ten opzichte van een zuiver bindend advies, indien de toepasselijke arbitragewet de arbiters toestaat de rechtsverhouding aan te vullen en/of te wijzigen dan wel de inhoud van een prestatie te bepalen.<sup>72</sup> Ten aanzien van arbitrage geldt immers de NYC en ook de Brussel Ibis-Vo. houdt rekening met arbitrage. Een keuze voor arbitrage is derhalve een keuze voor een grotere mate van rechtszekerheid.

<sup>72</sup> Vgl. bijv. art. 1020 lid 4 Rv.