

HOOFDSTUK 23

DE MONDELINGE BEHANDELING IN ARBITRAGE: ACHTTIEN PRAKTISCHE AANBEVELINGEN

N. Peters¹

23.1 Inleiding

Toen de redactie van deze bundel, die wordt uitgegeven ter ere van het 70-jarige jubileum van het NAI en het vertrek van haar huidige directeur, mij benaderde voor een bijdrage waarin de mondelinge behandeling in arbitrage wordt vergeleken met de mondelinge behandeling bij de overheidsrechter en mij daarbij werd verzocht met enige aanbevelingen te komen, heb ik geen moment gearzeld. De mondelinge behandeling is veelal immers het sleutelmoment van de procedure, waar partijen en het scheidsgerecht met elkaar in debat kunnen gaan voordat een arbitraal vonnis wordt gewezen. Omdat arbitragewetten en arbitragereglementen op enkele uitzonderingen na geen specifieke regels bevatten voor de mondelinge behandeling, kan de mondelinge behandeling in arbitrage veelal meer dan in het kader van overheidsrechtspraak worden afgestemd op de specifieke behoeften van het geschil en worden ingericht met inachtneming van de voorkeuren van de betrokkenen. In het vervolg van deze bijdrage werk ik achttien praktische aanbevelingen uit, die in dit verband als leidraad kunnen dienen voor partijen en het scheidsgerecht.

23.2 Betrokkenheid van de partijen bij het vaststellen van de procesorde is geïndiceerd

Eén van de hoofdbeginselen van arbitrage is het beginsel van partijautonomie.² Uit hoofde van dit beginsel wordt partijen een grote mate van autonomie toegedicht om de procedure naar eigen inzichten in te richten.

1 Mr. dr. N. (Niek) Peters is advocaat bij Cleber N.V. en docent aan de RUG.

2 N. Peters, *The fundamentals of international commercial arbitration*, Apeldoorn: Maklu 2017 ("Peters 2017"), p. 33.

Afspraken daarover kunnen zijn verankerd in de arbitrageovereenkomst, maar kunnen eveneens later worden overeengekomen, ook nadat het scheidsgerecht is samengesteld.³ Gezien art. 1036 lid 1 Rv is het scheidsgerecht in beginsel gebonden aan zulke partijafspraken. Het scheidsgerecht behoort de partijafspraken nochtans buiten toepassing te laten wanneer deze strijdig zijn met dwingendrechtelijke arbitrageregels⁴ of wanneer daarvoor andere zwaarwegende redenen bestaan. Hiervan is in ieder geval sprake als de afspraken indruisen tegen fundamentele beginselen van procesrecht.⁵ Verder kunnen arbiters bijvoorbeeld weigeren om de arbitrage voort te zetten op basis van partijafspraken, indien deze afspraken hetzij afwijken van de bepalingen van de arbitrageovereenkomst op grond waarvan de arbiters hun opdracht hebben aanvaard⁶ hetzij leiden tot een onredelijke vertraging van het geschil.⁷

Ook het NAI Arbitragereglement erkent het beginsel van partijautonomie. Art. 21 lid 1 van dat reglement dwingt namelijk het scheidsgerecht de wijze waarop en de termijn waarbinnen de procedure wordt gevoerd, onverminderd de bepalingen van het toepasselijke dwingend recht, mede te bepalen met inachtneming van de partijafspraken. In de praktijk gebeurt het echter zelden dat partijen voorafgaand aan de benoeming van de arbiters reeds procesafspraken hebben gemaakt. In dat geval ligt het initiatief in beginsel bij arbiters. Zij kunnen dan een concept procesorde circuleren of partijen eerst een korte periode gunnen om in onderling overleg tot een procesorde te komen. Welke optie de voorkeur verdient, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Indien arbiters slechts beperkte informatie hebben ontvangen over de aard van het geschil en zij nog geen goed zicht hebben op de te beslechten geschilpunten, ligt het wellicht voor de hand om partijen eerst de mogelijkheid te bieden

3 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 ("Snijders 2018"), art. 1036 Rv, aant. 2.1.

4 Vgl. G.J. Meijer & P.E. Ernste, 'De Arbitragewet 2015, gezien in het licht van dwingend en regelend recht', *RMThemis* 2015/3, p. 95-106, waar deze auteurs binnen de regels van dwingend recht onderscheid maken tussen superdwingende regels en gewone dwingende regels. De eerste categorie van regels moet het scheidsgerecht altijd en zo nodig ambtshalve toepassen. De laatste categorie van regels mag het scheidsgerecht alleen toepassen als een partij daarop een (impliciet) beroep doet.

5 Als een arbiter de partijafspraken onaanvaardbaar acht en deze niet wil accepteren, kan hij om ontheffing van zijn opdracht vragen op grond van art. 1029 lid 2 Rv.

6 G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1036 Rv, aant. 2(b) (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

7 Vgl. art. 1036 lid 3 Rv.

gezamenlijk een procesorde op te stellen. Komen partijen er niet uit, dan kan het scheidsgerecht de procesorde vaststellen met inachtneming van de punten waarover partijen wel overeenstemming hebben weten te bereiken.

De ervaring leert dat het nuttig kan zijn om een regiezitting (in het Engels ook wel aangeduid als een *case management hearing*, *case management conference* of *preparatory conference*) te houden voordat de procesorde wordt vastgesteld. Behoudens andersluidende partijafspraken is het scheidsgerecht op grond van bijvoorbeeld het NAI Arbitragereglement niet verplicht om een regiezitting in te plannen. Dat is op grond van een aantal andere arbitragereglementen wel anders.⁸ Ook de *Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* ("Prague Rules") – die op 14 december 2018 zijn geïntroduceerd⁹ – verlangen een regiezitting.¹⁰ Dat betekent overigens niet dat er per se een fysieke zitting moet plaatsvinden. De regiezitting kan ook worden gehouden door middel van een videoconferentie, telefoonconferentie of ander elektronisch middel. Hoewel andere zittingen in theorie ook via elektronische middelen kunnen plaatsvinden, is dat in de praktijk minder voorkomend.

Ook de overheidsrechter kan ambtshalve of op verzoek van een partij een regiezitting inplannen. Met name voor complexe zaken – wat inhoud en omvang betreft – leent een regiezitting zich goed.¹¹ Tijdens een regiezitting kan de rechter aangeven hoe de procedure zijns inziens dient te verlopen en kunnen de wensen van partijen aan de orde komen. Daarvoor is van belang dat voor procedures bij de overheidsrechter ook het beginsel van partijautonomie geldt en partijen procesovereenkomsten kunnen sluiten over tal van onderwerpen.¹² Ofschoon er aldus wel degelijk ruimte bestaat voor partijen om hun wensen aan de rechter kenbaar te maken en de mogelijkheid bestaat om de procedure in te richten conform specifieke

8 Zie bijv. art. 24 ICC Arbitration Rules.

9 De Prague Rules zijn beweerdelijk bedoeld ter bevordering van de efficiëntie van het arbitraal geding en zij zijn ontworpen om te worden toegepast in aanvulling op de bestaande wetten en regels. De Prague Rules kunnen dienen als leidraad, waaraan partijen en het scheidsgerecht inspiratie kunnen ontlelen, dan wel dwingend worden overeengekomen. Naar ik verwacht zal dit laatste, in ieder geval voorlopig, niet alras geschieden.

10 Vgl. art. 2.1 Prague Rules.

11 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 210.

12 I. Giessen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 477 e.v.

wensen van de partijen, verlopen de meeste procedures bij de rechter nochtans volgens hetzelfde stramien, met één schriftelijke ronde en één mondelinge behandeling waarna schriftelijk uitspraak wordt gedaan, waarbij niet specifiek rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval en waarbij betrekkelijk strikt de hand wordt gehouden aan de termijnen die volgen uit de toepasselijke procesreglementen.

Mede in het licht hiervan kan worden verdedigd dat een voordeel van arbitrage ten opzichte van overheidsrechtspraak is dat het arbitraal geding meer kan worden afgestemd op de voorkeuren van partijen.¹³ Zo kan bij het vaststellen van de termijnen voor het indienen van de processtukken bijvoorbeeld meer rekening worden gehouden met de partijbehoeften. In de brief waarbij het dossier wordt overgedragen aan het scheidsgerecht, raadt de administrateur van het NAI het scheidsgerecht echter aan om korte termijnen van vier tot zes weken te hanteren voor het indienen van de schriftelijke stukken. Als partijen het standpunt betrekken dat zij meer tijd nodig hebben voor het indienen van de schriftelijke stukken, ligt het desalniettemin voor de hand dat het scheidsgerecht, behalve wanneer een onredelijk standpunt wordt betrokken, daarvan rekenschap geeft. Daarbij is doorslaggevend dat partijen in de regel maar één feitelijke instantie hebben om hun zaak te presenteren. Bovendien werken eenzijdig opgelegde korte termijnen in het vervolg van de procedure juist uitstelverzoeken in de hand, met alle nadelige gevolgen van dien. Behalve wanneer uit het toepasselijke arbitragereglement of uit de partijafspraken de inrichting van de procedure reeds uitdrukkelijk volgt, komt het mij dan ook voor dat het scheidsgerecht de procesorde in de regel slechts na overleg met partijen behoort vast te stellen. Wat dat betreft zij ook verwezen naar art. 22 lid 2 NAI Arbitragereglement. Op grond van dit artikel is het scheidsgerecht in het algemeen verplicht om partijen eerst te horen over de procesorde voordat deze wordt vastgesteld.¹⁴ Zo kan het scheidsgerecht de gedachten van partijen ten aanzien van de procesorde betrekken bij het vaststellen van de procesorde.

13 Zie ook G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Alpen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business 2014, §1.02(B)(6).

14 Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat sommige andere arbitragereglementen, zoals bijvoorbeeld het arbitragereglement van de RvA, betrekkelijk strikte regels bevatten voor de procedure. Partijen moeten hierop bedacht zijn als zij kiezen voor de toepasselijkheid van een bepaald reglement.

23.3 Agendeer de zitting voor de mondelinge behandeling zo vroeg mogelijk

In dagvaardingszaken wordt de zitting voor de mondelinge behandeling veelal pas ingepland nadat de conclusie van antwoord is genomen. Daardoor wordt tijd verloren. Zo kost alleen al het inplannen van een zitting in de regel minimaal enkele weken. Het gebeurt overigens ook weleens dat op basis van de door partijen doorgegeven verhinderdata geen zitting kan worden ingepland. Dan worden er verhinderdata voor een volgende periode gevraagd. In zo'n situatie kunnen er zelfs enkele maanden verstrijken voordat een zitting wordt ingepland. Het is in ieder geval niet ongebruikelijk dat tussen de laatste proceshandeling en de mondelinge behandeling meer dan zes maanden verstrijken. Dit is alles-behalve efficiënt.

Scheidsgerechten wachten ook weleens met het inplannen van de mondelinge behandeling totdat de schriftelijke stukken zijn genomen. Voor een efficiënte procesvoering valt deze gang van zaken evenwel niet aan te bevelen. Behalve wanneer partijen de mondelinge behandeling rechtsgeldig hebben uitgesloten,¹⁵ doet het scheidsgerecht er dan ook verstandig aan om in een zo vroeg mogelijk stadium van het geding de datum voor de mondelinge behandeling vast te leggen. Als het scheidsgerecht ambtshalve een datum bepaalt, ligt het voor de hand dat de mondelinge behandeling in beginsel wordt verplaatst wanneer een van de partijen daarom binnen een bekwame tijd verzoekt. Het is echter eerder uitzondering dan regel dat een mondelinge behandeling ambtshalve wordt ingepland. Meestal gebeurt dat meteen in overleg met partijen. Het is hoe dan ook raadzaam in beginsel rekening te houden met de verhinderdata van partijen. Alleen zo wordt immers bewerkstelligd dat alle partijen ter zitting aanwezig kunnen zijn.¹⁶ Als een partij vervolgens zonder geldige reden verzuimt om te verschijnen, kan de zitting veelal doorgang vinden.

Bij het inplannen van de zitting dienen arbiters en partijen een zo goed mogelijke inschatting te maken van de benodigde tijd. Indien er bijvoorbeeld getuigen en deskundigen zullen worden gehoord, is er in de regel namelijk meer tijd nodig dan wanneer dat niet het geval is. Daarbij geldt

15 De situatie dat partijen afzien van een mondelinge behandeling wordt besproken in §23.5 van deze bijdrage.

16 Vgl. art. 1038 Rv, waaruit volgt dat partijen het recht hebben ter zitting aanwezig te zijn en zich te laten bijstaan door een bijstandsverlener van hun keuze. Zie hieromtrent nader Snijders 2018, art. 1038 Rv, aant. 1.

dat men beter te veel dan te weinig tijd kan reserveren. Waar het in de praktijk immers betrekkelijk eenvoudig is om gereserveerde dagen (of dagdelen) te laten vrijvallen, is het omgekeerd vaak lastig om extra dagen (of dagdelen) te vinden rondom een reeds ingeplande zitting. Als uiteindelijk blijkt dat er te weinig tijd beschikbaar is, zal de zitting ofwel moeten worden uitgesteld ofwel op een later moment moeten worden voortgezet, maar beide oplossingen verdienen geen schoonheidsprijs, omdat de arbitrage in beide gevallen vertraging oploopt. Vanuit praktisch oogpunt is het tot slot raadzaam voldoende tijd (minimaal enkele weken) te laten tussen de laatste proceshandeling en de zitting. Eventuele onvoorziene gebeurtenissen in het verloop van het geding nopen dan niet meteen tot uitstel van de zitting.

23.4 Partijen hebben recht op een mondelinge behandeling

Het recht op een mondelinge behandeling is in het geval van overheids-rechtspraak een fundamenteel recht. Op grond van rechtspraak van het EHRM kan worden verdedigd dat partijen in principe het recht hebben op een mondelinge behandeling in ten minste één instantie, waarbij wordt verlangd dat het geschil op het moment van de mondelinge behandeling nog in volle omvang aan de orde kan worden gesteld.¹⁷ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het recht op een mondelinge behandeling niet hetzelfde is als het recht op pleidooi als bedoeld in art. 134 Rv.¹⁸ Zo kan een comparitie als bedoeld in art. 131 Rv (of art. 30k Kei-Rv) ook worden gekwalificeerd als een mondelinge behandeling.¹⁹ Als partijen in voldoende mate hun standpunt mondeling hebben kunnen toelichten tijdens een comparitie mag een pleidooi worden geweigerd.²⁰ In de meeste zaken vindt vandaag de dag een comparitie plaats. Tijdens een comparitie stelt de rechter vragen aan partijen. De antwoorden worden in beginsel verwerkt in een proces-verbaal. Aan het begin of het einde van de comparitie mogen partijen vaak nog kort hun argumenten mondeling toelichten, al dan niet onder overlegging van (beknopte) spreekanteke-

17 Zie bijv. EHRM 26 juli 2011, nr. 58222/09 (*Juričić/Kroatië*).

18 V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 285 e.v.

19 Vgl. C.J.M. Klaassen, 'Het belang van het pleidooi en de kunst van het pleiten in de civiele procedure', *AA* 2010, p. 828.

20 HR 15 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8463, *NJ* 2004/2, m.nt. Asser (*ANP/Spruijt*).

ningen. In complexere zaken wordt de comparitie overigens vaak gehouden ten overstaan van een meervoudige kamer en wordt partijen uitdrukkelijk de mogelijkheid van pleidooi geboden. Indien er incidenten zijn geopend, kunnen er binnen dezelfde instantie eenvoudig meerdere mondelinge behandelingen plaatsvinden, aangezien partijen in het kader van incidenten in beginsel ook recht hebben op pleidooi.²¹

Art. 1038b Rv bepaalt dat het scheidsgerecht, op verzoek van een der partijen of uit eigen beweging, partijen in de gelegenheid stelt om hun zaak op een zitting mondeling toe te lichten. Art. 25 lid 1 NAI Arbitragereglement bevat een soortgelijke regeling. Of het scheidsgerecht van zijn bevoegdheid gebruik maakt om uit eigen beweging een mondelinge behandeling te gelasten, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Meerdere mondelinge behandelingen zijn ook denkbaar, bijvoorbeeld als er een bifurcatie van de procedure heeft plaatsgevonden.²² Stel bijvoorbeeld dat het scheidsgerecht eerst beslist over zijn bevoegdheid, dan hebben partijen ook het recht hun standpunten ten aanzien van de bevoegdheidsvraag mondeling toe te lichten. Vindt er geen bifurcatie plaats, dan hebben partijen niet zonder meer recht op meerdere mondelinge behandelingen. Indien er na een mondelinge behandeling bijvoorbeeld geruime tijd verstrijkt of er nieuw bewijsmaterieel boven komt, kan een nieuwe mondelinge behandeling echter wel prudent zijn. Ook kan het onder omstandigheden geraden zijn een nieuwe mondelinge behandeling te gelasten als een arbiter wordt vervangen na de mondelinge behandeling maar voordat het arbitraal vonnis is vastgesteld. Hoewel art. 1030 lid 3 Rv bepaalt dat het geding wordt voortgezet in de stand waarin het zich bevindt, lijkt niets eraan in de weg te staan dat het scheidsgerecht uit eigen beweging besluit om opnieuw een mondelinge behandeling te gelasten, bijvoorbeeld wanneer de nieuwe arbiter zich onvoldoende voorgelicht acht om een weloverwogen beslissing te nemen. Ook kan het scheidsgerecht naar aanleiding van een verzoek van een van de partijen opnieuw een mondelinge behandeling gelasten. Hiertoe is het scheidsgerecht in beginsel verplicht als er geen opname, verslag of *verbatim* van de zitting is gemaakt en verstrekt aan partijen.²³ Verder is het scheidsgerecht verplicht de mondelinge behandeling opnieuw te doen als de partijen dat wensen.

21 Vgl. art. 208 jo. art. 134 Rv. Zie ook HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0598, NJ 2012/556 (TROS/Pretium Telecom).

22 Zie hierover nader Peters 2017, p. 208-209.

23 Vgl. voor overheidsrechtspraak HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181, m.nt. Asser (*Verhoeven c.s./Staat*), HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, RvdW 2016/517 en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2614, RvdW 2016/1184.

In andere gevallen kan het scheidsgerecht het verzoek afwijzen in het belang van een voortvarende procesvoering. Het scheidsgerecht dient in dat geval wel te motiveren waarom dit belang in de gegeven omstandigheden zwaarder weegt dan het belang van de verzoekende partij om haar standpunt te mogen uiteenzetten ten overstaan van de arbiter of arbiters die over de zaak zullen oordelen.

Naast de mondelinge behandeling als bedoeld in art. 1038b Rv kan het scheidsgerecht op grond van art. 1043 Rv in elke stand van het geding een comparitie gelasten voor het geven van inlichtingen en/of het beproeven van een vergelijk. In de literatuur wordt verdedigd dat zo'n comparitie niet noodzakelijkerwijze kan worden gelijkgesteld met een mondelinge behandeling als bedoeld in art. 1038b Rv.²⁴ Dat geldt ook voor de comparitie die wordt gehouden ingevolge art. 31 NAI Arbitragereglement. Uiteindelijk zal het ervan afhangen of partijen hun standpunten in voldoende mate mondeling hebben kunnen toelichten. Indien dat niet het geval is, zal op verzoek van ten minste een van de partijen alsnog gelegenheid moeten worden geboden voor een mondelinge behandeling.

Als er een mondelinge behandeling of comparitie plaatsvindt, is het scheidsgerecht op grond van art. 1037 lid 3 Rv bevoegd om een van zijn leden – of een grotere minderheid, indien het scheidsgerecht uit meer dan drie arbiters bestaat²⁵ – aan te wijzen deze zitting te houden, tenzij partijen anders overeenkomen. Hoewel er voor het scheidsgerecht in beginsel geen plicht bestaat om partijen te horen voordat het van zijn delegatiebevoegdheid gebruik maakt, lijkt dit wel raadzaam. Voor veel partijen is het immers belangrijk dat zij hun mondelinge toelichting kunnen geven voor alle leden van het scheidsgerecht en niet slechts aan de gedelegeerd arbiter of gedelegeerde arbiters. Wat dat betreft is een behoedzaam gebruik van deze bevoegdheid dus op zijn plaats. Op grond van bijvoorbeeld art. 21 lid 8 NAI Arbitragereglement dient de mondelinge behandeling in ieder geval te worden gehouden voor het volledige scheidsgerecht. De comparitie kan op grond van het NAI Arbitragereglement wel worden gehouden ten overstaan van een of meer gedelegeerde arbiters.

Indien geen van de partijen om een mondelinge behandeling verzoekt en het scheidsgerecht een mondelinge behandeling of een comparitie ook niet nodig acht, kan recht worden gesproken op basis van de schriftelijke

24 Snijders 2018, art. 1038b Rv, aant. 2.

25 Snijders 2018, art. 1037 Rv, aant. 4.

stukken. Indien een arbitragereglement een bepaling bevat op grond waarvan aan het scheidsgerecht de bevoegdheid wordt gegeven recht te spreken op basis van alleen documenten en af te zien van een mondelinge behandeling – ook als een van de partijen daarom verzoekt – dan kan deze bepaling geldig zijn als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, nu het partijen op grond van de Nederlandse arbitragewet vrijstaat afstand te doen van hun recht op een mondelinge behandeling (waarover meer in de volgende paragraaf). Partijen moeten zich hiervan bewust zijn op het moment dat zij kiezen voor de toepassing van een bepaald arbitragereglement.

23.5 Het scheidsgerecht kan te allen tijde een mondelinge toelichting bevelen

Op grond van art. 1038b Rv kunnen partijen een mondelinge behandeling uitsluiten. In de praktijk gebeurt het echter niet dikwijls dat de mondelinge behandeling wordt uitgesloten. Zijn partijen vooraf overeengekomen af te zien van een mondelinge behandeling, dan belet zo'n afspraak het scheidsgerecht volgens de wetgever niet om een mondelinge behandeling als bedoeld in art. 1038b Rv te gelasten, indien dit nodig wordt geacht.²⁶ Het standpunt van de wetgever staat evenwel haaks op de tekst van art. 1038b Rv. Volgens de bewoordingen van laatstgenoemd artikel kunnen partijen het recht op een mondelinge behandeling vooraf namelijk wel degelijk volledig uitsluiten. Gezien de tekst van art. 1038b Rv in combinatie met de parlementaire geschiedenis kan in ieder geval worden geconcludeerd dat partijen het recht op een mondelinge behandeling volledig kunnen uitsluiten nadat het geschil is gerezen.

Als partijen de mondelinge behandeling rechtsgeldig volledig hebben uitgesloten – bijvoorbeeld om de kosten van de procedure te beperken of de procedure te bespoedigen – zal het scheidsgerecht een later verzoek van een van de partijen om alsnog een mondelinge behandeling te gelasten in beginsel behoren te weigeren als de andere partij daartegen bezwaar maakt met een beroep op het uitsluitingsbeding.²⁷ Vanzelfsprekend kan een uitgebreid gemotiveerd verzoek voor een mondelinge

²⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (*MvT*), p. 18.

²⁷ Vgl. evenwel art. 10 lid 6 Arbitragereglement RvA. Op grond van dit beding kan het scheidsgerecht ondanks een geldig uitsluitingsbeding op verzoek van een van de partijen nog steeds tot een mondelinge behandeling besluiten.

behandeling wel vragen doen rijzen bij het scheidsgerecht. In zo'n geval is het voorstelbaar dat het scheidsgerecht, dat zich geconfronteerd ziet met een uitsluitingsbeding, een comparitie gelast, welke bevoegdheid door partijen niet kan worden uitgesloten. Ook het scheidsgerecht dat na bestudering van het dossier uit eigen beweging nog behoefte heeft aan een mondelinge toelichting door partijen, maar dat zich geconfronteerd ziet met een geldig uitsluitingsbeding, kan een comparitie gelasten ter verkrijging van nadere inlichtingen. In het kader van die comparitie zou het scheidsgerecht partijen tevens de gelegenheid kunnen geven om hun standpunten kort mondeling toe te lichten, eventueel aan de hand van beknopte spreekantekeningen. Het scheidsgerecht kan in het licht van het gelijkheidsbeginsel hierbij in overweging nemen om duidelijke regels te geven voor de inrichting (lettertype, regelafstanden en marges) alsook omvang (aantal pagina's) van de spreekantekeningen.

23.6 Wees terughoudend met uitstel van de mondelinge behandeling

Als de mondelinge behandeling wordt uitgesteld, zal dat veelal betekenen dat de arbitrage vertraging oploopt. In zaken waar voor de mondelinge behandeling meerdere dagen of zelfs weken zijn gereserveerd, is de kans reëel dat de mondelinge behandeling niet alsnog op korte termijn kan plaatsvinden. In zo'n geval loopt de arbitrage mogelijk substantiële vertraging op. Daarbij geldt dat een vertraging ook financiële consequenties kan hebben. Het is aldus geïndiceerd de mondelinge behandeling niet lichtvaardig uit te stellen. Als partijen gezamenlijk om uitstel verzoeken, althans de wederpartij zich niet tegen uitstel verzet, ligt het nochtans in de rede dat de mondelinge behandeling in beginsel wordt uitgesteld. In alle andere gevallen moeten er goede redenen zijn die het uitstel rechtvaardigen. Net als voor procedures bij de overheidsrechter zou in dit verband kunnen worden betoogd dat uitstel kan worden verleend in geval van een klemmende reden of overmacht.²⁸ Er is bijvoorbeeld sprake van een klemmende reden als bij gebreke van uitstel de fundamentele beginselen van arbitragerecht (waaronder het recht van hoor en wederhoor) zouden worden ondermijnd en de goede procesorde in het gedrang zou komen.²⁹ Daarnaast kan uitstel van een reeds ingeplande mondelinge behandeling

28 Art. 7 Rolreglement RvA spreekt van een 'absolute verhindering'.

29 In dit verband is bijvoorbeeld ook denkbaar dat een zitting wordt uitgesteld wegens ziekte of overlijden van een arbiter.

op zijn plaats zijn als de partij die om uitstel verzoekt door een omstandigheid die buiten haar risicosfeer ligt anders niet in persoon aanwezig kan zijn, bijvoorbeeld vanwege ziekte. Tot slot behoort de reeds geagendeerde mondelinge behandeling te worden uitgesteld als de partij door een omstandigheid die buiten haar risicosfeer ligt anders niet kan worden bijgestaan door een persoon van haar keuze. De laatste twee gronden vinden steun in art. 1038 Rv.³⁰ In situaties waarin geen sprake is van een klemmende reden of overmacht kan nog steeds uitstel worden verleend als de belangenafweging in het voordeel van de verzoekende partij uitvalt. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als het uitstel geen financiële gevolgen heeft voor de wederpartij dan wel de wederpartij voor die gevolgen wordt gecompenseerd door de verzoekende partij en de verdraging niet zodanig ernstig is dat er niet meer binnen een redelijke termijn een arbitraal eindvonnis kan worden gewezen.

23.7 Kies een geschikte locatie voor de mondelinge behandeling

Zittingen bij de overheidsrechter vinden in de regel plaats in een gerechtsgebouw. De opstelling in de zittingszalen is veelal hetzelfde, al is de ene zaal beduidend groter dan de ander. In sommige zalen, zoals bijvoorbeeld de kortgedingzaal van de Middelburgse locatie van de Rechtbank Zeeland – West-Brabant, zit men letterlijk bij de voorzieningenrechter aan tafel. Ruimte voor tolken is er in deze zaal niet en er is slechts beperkt ruimte voor partijen en andere geïnteresseerden. Gelukkig is er, indien nodig, vaak wel een grotere zittingszaal beschikbaar. In de gerechtsgebouwen krijgen partijen echter slechts in uitzonderlijke gevallen de beschikking over een ruimte (in het Engels ook wel aangeduid als *break-out room*) waar zij zich onder meer tijdens schorsingen kunnen terugtrekken. Partijen vertoeven dan ook vaak gedwongen op de gang om te overleggen of om bijvoorbeeld hun re- dan wel dupliek voor te bereiden. Hoewel men zich in de praktijk meestal wel redt, blijft het een beetje behelpen.

Behoudens andersluidende partijafspraken hoeven arbitrale zittingen op grond van art. 1037 lid 3 Rv niet in de plaats van arbitrage te worden gehouden.³¹ Zo kunnen zittingen op een veelheid aan locaties plaatsvinden en een zitting kan bijvoorbeeld worden gehouden bij een arbitrage-instituut, op een advocatenkantoor, in een hotel of in een conferentie-

30 Vgl. ook HR 23 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2327, NJ 2004/350 (B./H.).

31 Zie eveneens art. 21 lid 8 NAI Arbitragereglement.

centrum. Wat een geschikte ruimte is, is uiteindelijk afhankelijk van de voorkeuren van de partijen en het scheidsgerecht. De zittingszaal moet in ieder geval voldoende plaats bieden voor het scheidsgerecht, de partijen, hun advocaten en/of andere bijstandsverleners en eventueel de secretaris, tolken en een stenograaf (in het Engels ook wel aangeduid als *court reporter*). Indien voorzien, moet de zittingszaal tevens geschikt zijn voor het horen van getuigen en deskundigen. Als men gebruik wil maken van digitale media dan wel bijvoorbeeld het transcript van de zitting ter plekke wil kunnen meelesen of Power Point presentaties worden voorzien, moet daarvoor ook de mogelijkheid bestaan. Voordat een ruimte wordt gereserveerd, is het derhalve verstandig om te controleren of de voorziene zittingszaal daadwerkelijk voldoet aan de behoeften van het scheidsgerecht en partijen, althans naar hun wensen kan worden ingericht. Daarbij is het raadzaam te zorgen dat partijen en het scheidsgerecht de beschikking hebben over *break-out rooms*. Het spreekt bij dit alles natuurlijk voor zich dat het praktisch is als de zittingszaal en de *break-out rooms* gedurende de gehele duur van de zitting beschikbaar zijn en dat deze ruimten pas hoeven te worden ontruimd nadat de zitting is gesloten.

23.8 Houd rekening met het vertrouwelijke karakter van arbitrage

Anders dan voor de overheidsrechtspraak geldt voor arbitrage niet het openbaarheidsbeginsel.³² Behoudens andersluidende partijafspraken – en mogelijk met uitzondering van arbitrages met een publiekrechtelijk gehalte, zoals investeringsarbitrages, die volgens de wetgever in beginsel openbaar zijn³³ – is vertrouwelijkheid in arbitrage het uitgangspunt.³⁴ Dit brengt mee dat zittingen in beginsel *in camera* plaatsvinden. Zittingen zijn dan ook niet vrij toegankelijk voor derden. Nochtans kan het scheidsgerecht op grond van bijvoorbeeld art. 25 lid 3 NAI Arbitragereglement derden wel toelaten nadat het partijen hieromtrent heeft gehoord, maar

32 In Nederland gaat het openbaarheidsbeginsel overigens niet zover dat derden onbeperkt toegang hebben tot processtukken. Volgens art. 29 lid 3 Rv hebben derden alleen recht op stukken die bij de uitspraak worden gevoegd (zoals bijvoorbeeld de kortgedingdagvaarding). Van andere stukken die onderdeel uitmaken van het procesdossier wordt geen afschrift of uittreksel verstrekt. Dit is niet overal hetzelfde. In Engeland hebben derden bijvoorbeeld meer mogelijkheden. Verwezen zij naar art. 5.4C van de *Civil Procedure Rules*.

33 Zie aldus *Kamerstukken I* 2013/14, nr. C (*MvA*), p. 2-4.

34 Zie hierover uitgebreid Snijders 2018, art. 1036 Rv, aant. 5, met een verwijzing naar andere bronnen, alsmede N. Peters, 'Drie jaar nieuwe arbitragewet: tien suggesties voor verbetering', *TCR* 2018/4, p. 103-104.

het scheidsgerecht zal daartoe niet lichtzinnig besluiten. Dit laat onverlet dat er situaties denkbaar zijn waarin openheid geboden of vereist is. In die gevallen kan er bijvoorbeeld ook voor worden gekozen om de zitting uit te zenden via internet. Wordt ervoor gekozen om een zitting uit te zenden via een *webcast*, dan kan het verstandig zijn dat met een vertraging te doen, opdat een redacteur, indien gewenst, kan bewerkstelligen dat vertrouwelijke informatie niet wordt uitgezonden.

23.9 Stel de procesorde voor een zitting vooraf vast

Waar zittingen bij de overheidsrechter in de regel volgens een vast stramien verlopen, is dat bij arbitrage niet zo. Het kan derhalve raadzaam zijn om voorafgaand aan de zitting de procesorde voor de zitting te bespreken. In de praktijk wordt daarvoor geregeld een *conference call* opgezet, waaraan het scheidsgerecht en partijen, althans hun bijstandsverleners, en eventueel de secretaris deelnemen.³⁵ Voorafgaand aan deze *conference call* kan het scheidsgerecht een concept procesorde voor de zitting verspreiden. Soms weten partijen afspraken te maken over het verloop van de zitting. Indien dat redelijke afspraken zijn, deze niet indruisen tegen dwingendrechtelijke bepalingen en de goede procesorde niet in het gedrang komt, ligt het voor de hand dat het scheidsgerecht deze partijafspraken volgt. Bereiken partijen geen overeenstemming over de procesorde voor de zitting, dan zal het scheidsgerecht de knoop moeten doorhakken. Door voorafgaand aan de zitting zoveel als mogelijk de procesorde vast te leggen, hoeft op de zitting minder tijd te worden besteed aan procedurele en administratieve kwesties. Bovendien wordt voorkomen dat partijen en/of het scheidsgerecht op de zitting voor onaangename verrassingen komen te staan.

23.10 Alloceer tijd aan partijen in het licht van de omstandigheden van het geval

Voor procedures bij de Nederlandse overheidsrechter verduidelijken de verschillende procesreglementen hoeveel tijd voor een zitting wordt uitgetrokken en hoeveel spreektijd een partij heeft. Wenst een partij

³⁵ Wanneer het scheidsgerecht uit meer dan één arbiter bestaat, is het niet ongebruikelijk dat de voorzitter namens het scheidsgerecht deelneemt aan deze *conference call*.

meer spreektijd en dient er volgens haar meer tijd voor de zitting te worden uitgetrokken, dan zal daartoe een gericht verzoek moeten worden gedaan. Hoewel in complexe zaken al snel meer spreektijd wordt toegekend, wordt er in civiele zaken voor de mondelinge behandeling zelden meer dan twee dagen uitgetrokken. Aan ieder van de partijen wordt vervolgens evenveel tijd toegekend voor de eerste en de tweede termijn. Getuigen en deskundigen worden in beginsel niet gehoord bij de mondelinge behandeling. In bijvoorbeeld Engeland is dit daarentegen vaker wel dan niet het geval. Zittingen duren dan ook regelmatig langer, soms zelfs meerdere weken.

In gevallen waarin de toepasselijke arbitragewet en het relevante arbitragereglement niet voorzien in de inrichting van de mondelinge behandeling, is het in beginsel aan partijen en het scheidsgerecht.³⁶ Zo kan men bijvoorbeeld besluiten dat bij de mondelinge behandeling getuigen en deskundigen zullen worden gehoord of juist besluiten hiervan af te zien. Hoofregel bij de inrichting van de zitting is dat partijen evenveel tijd krijgen, die zij al dan niet volledig naar eigen goeddunken kunnen besteden. In arbitrages waar de tijd wordt bijgehouden volgens het ‘schaakklokstelsel’ wordt nauwkeurig bijgehouden hoeveel tijd de partijen gebruiken voor een bepaald onderdeel – zoals bijvoorbeeld de mondelinge toelichting dan wel het verhoor van een getuige of een deskundige – en hoeveel tijd daarna voor de partijen resteert voor het vervolg van de zitting.³⁷ De hoofregel dat partijen evenveel tijd krijgen, geeft een goede richtlijn, maar werkt niet in alle gevallen. Het kan namelijk gebeuren dat er een evidente ongelijkheid bestaat tussen de partijen. Dat is bijvoorbeeld het geval als de ene partij twaalf getuigen en de andere partij drie getuigen wil horen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan het dan geïndiceerd zijn om meer tijd te alloceren aan de partij die twaalf getuigen wil horen dan aan de partij die slechts drie getuigen wil horen. Het is voorafgaand aan de zitting verstandig om vast te leggen hoeveel tijd ieder van de partijen krijgt. Dat helpt partijen bij de voorbereiding en het voorkomt verrassingen tijdens de zitting.

36 Dat is bijvoorbeeld anders als men arbitreert bij de RvA. Op grond van art. 7 van het toepasselijke rolreglement hebben partijen in beginsel 30 minuten spreektijd, is het aanvangstijdstip van de zitting in de regel 10.00 of 10.45 uur en wordt in beginsel één dag voor de zitting uitgetrokken. Als partijen meer spreektijd nodig denken te hebben, moeten zij daarom op grond van het rolreglement ten minste één week voor de zitting verzoeken.

37 Zie hierover uitgebreider Peters 2017, p. 164.

23.11 Maak afspraken over de aanwezigheid van tolken

Het gebeurt met regelmaat dat partijen, getuigen en/of deskundigen de taal van de procedure niet voldoende machtig zijn. In dat geval kan de assistentie van tolken worden gevraagd. Zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage moeten partijen in beginsel zelf de tolken regelen. Als alle partijen de behoefte hebben aan dezelfde tolk, ligt het voor de hand dat de tolk door partijen ten behoeve van hen gezamenlijk wordt ingeschakeld. Partijen doen er verstandig aan de assistentie van tolken ruim van tevoren af te stemmen en het scheidsgerecht dan wel de rechter tijdig te informeren dat tolken tijdens de zitting aanwezig zullen zijn. Van de advocaten en andere door partijen gekozen rechtsbijstandverleners mag overigens worden verwacht dat zij de taal van de arbitrage zodanig machtig zijn dat zij de hulp van de tolk, in ieder geval wanneer zij het woord voeren, niet nodig hebben.

23.12 Maak afspraken over het vastleggen van het verhandelde ter zitting

Van zittingen bij de Nederlandse overheidsrechter wordt het verhandelde meestal niet woordelijk in een proces-verbaal vastgelegd. Al er een proces-verbaal wordt opgemaakt, wordt veelal volstaan met een beknopte samenvatting. Dat geldt eveneens voor getuigenverhoren. Daardoor geeft een proces-verbaal lang niet altijd een volledige weergave van de zitting dan wel het verhoor. Veel advocaten klagen hierover. Een oplossing zou kunnen zijn om de zittingen op nemen. In sommige – vooral complexere – zaken gebeurt dat ook, maar de opname wordt in mijn ervaring niet aan partijen verstrekt. Ook heb ik nog nooit een transcript van zo'n opname mogen ontvangen.³⁸ Dit lijkt mij een gemiste kans, omdat op deze wijze vrij eenvoudig kan worden tegemoetgekomen aan een behoefte vanuit de praktijk. In bijvoorbeeld Engeland wordt gewerkt met stenografen, die woord voor woord vastleggen wat tijdens de zitting wordt gezegd.

In internationale arbitrages, althans arbitrages waar Engels de voertaal is, wordt ook geregeld gebruik gemaakt van stenografen. Van de zitting krijgt men in die gevallen ook een *verbatim*. Wanneer niet wordt gewerkt met stenografen is het verstandig om voorafgaand aan de zitting te

38 Indien de kosten een probleem zijn, zou men partijen, wanneer zij een transcript wensen, ook kunnen vragen om de kosten te vergoeden.

bespreken of een geluidsopname moet worden gemaakt of dat partijen een verslag van de zitting verwachten. Een verplichting daartoe bestaat in beginsel niet,³⁹ tenzij de zitting plaatsvindt ten overstaan van een of meer gedelegeerde arbiters. Alsdan – en zeker in geval van een getuigen- of deskundigenverhoor⁴⁰ – zal er tenminste een verslag van de zitting moeten worden gemaakt, al zou een opname of *verbatim* eigenlijk te prefereren zijn. Als het verslag van de mondelinge behandeling of de comparitie wordt opgemaakt buiten aanwezigheid van de partijen, kan het scheidsgerecht er goed aan doen dat aan partijen te sturen voor hun opmerkingen. Deze kunnen dan worden toegevoegd aan het procesdossier. Indien partijen gelijkluidende opmerkingen hebben of een gelijkluidende herinnering hebben ten aanzien van hetgeen ter zitting besproken is, kan het scheidsgerecht hiervan bij arbitraal vonnis niet zomaar afwijken.

23.13 Bepaal tot wanneer stukken in het geding mogen worden gebracht

Omdat de mondelinge behandeling als het (voorlopige) sluitstuk van het partijdebat kan worden beschouwd, moeten partijen kort voor of op de zitting niet worden verrast met nieuwe stukken. Om deze reden bepalen de procesreglementen voor procedures bij de overheidsrechter uitdrukkelijk tot wanneer nieuwe stukken in het geding kunnen worden gebracht.⁴¹ Voor arbitrage bestaan zulke regelingen veelal niet. Men doet er in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor ten behoeve van de rechtszekerheid dan ook goed aan in de procesorde te bepalen tot wanneer stukken in het geding mogen worden gebracht. Te laat ingediende stukken kunnen vervolgens buiten beschouwing worden

39 De arbiters en de secretaris hoeven hun eigen aantekeningen ook niet aan partijen te verstrekken. Wel kan een partij verlangen dat verslag wordt gemaakt van de beslissingen die het scheidsgerecht ter zitting heeft genomen, de afspraken die partijen hebben gemaakt, en de stellingen die de wederpartij heeft erkend. Zie HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, m.nt. Snijders (*Van Wassenaar/Knowsley*).

40 Vgl. in dit verband bijvoorbeeld ook art. 28 lid 6 NAI Arbitragereglement.

41 Hoewel in de praktijk geregeld de hand wordt gelicht met zulke bepalingen (en dit op voorhand niet altijd goed valt in te schatten) dragen zulke bepalingen zonder meer bij aan een goede procesorde.

gelaten,⁴² zij het dat een scheidsgerecht de bevoegdheid heeft om een later ingediend stuk onder omstandigheden toch toe te laten, mits de andere partij(en) voldoende gelegenheid wordt geboden om van het stuk kennis te nemen en zich daarover adequaat uit te laten.⁴³ In algemene zin kan men in dit verband nog stellen dat het scheidsgerecht een stuk niet mag weigeren waar dat schending van hoor en wederhoor of een ander fundamenteel beginsel van procesrecht met zich zou brengen.

23.14 Bepaal tijdig of, en zo ja, welke getuigen en/of deskundigen worden gehoord

Hiervoor heb ik reeds opgemerkt dat het bij de Nederlandse rechter niet maar bij de Engelse rechter wel gebruikelijk is dat getuigen en deskundigen bij de mondelinge behandeling worden gehoord. De praktijk in internationale arbitrages sluit vandaag de dag meer aan op de Engelse dan de Nederlandse praktijk. Met regelmaat worden er dan ook getuigen en deskundigen gehoord bij de mondelinge behandeling. Dit brengt mee dat voor zittingen al snel meerdere dagen, soms zelfs meerdere weken, worden uitgetrokken. Het grote voordeel van deze aanpak schuilt erin dat het scheidsgerecht na de mondelinge behandeling een betrekkelijk volledig beeld heeft van het beschikbare bewijs- en deskundigenmateriaal, zodat de geschilpunten aansluitend zoveel als mogelijk kunnen worden beslecht. Deze aanpak is echter wel bijzonder kostbaar. Mede om die reden staat zij onder druk. In de praktijk klinken zelfs geluiden dat geschillen zoveel als mogelijk op basis van alleen de documenten zouden moeten worden afgedaan.⁴⁴ In ieder geval wordt er gepleit voor efficiëntere zittingen.⁴⁵ Vanuit kosten oogpunt en doelmatigheidsoverwegingen valt er dan ook veel te zeggen voor het Nederlandse model, waarbij de nadruk in eerste instantie ligt op een beoordeling van het schriftelijke bewijs. Zo kunnen de zittingen bondig worden gehouden. Vervolgens kan het scheidsgerecht, indien nodig, in een tussenvonnis of gedeeltelijk eindvonnis aangeven welke geschilpunten zijns inziens nader bewijs

42 Snijders 2018, art. 1036 Rv, aant. 3.

43 Zie bijv. HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2617, *RvdW* 2017/1101 (*MSF/Qisheng*).

44 Vgl. Art. 8 lid 1 Prague Rules: “In order to promote cost-efficiency and to the extent appropriate for a particular case, the arbitral tribunal and the parties should seek to resolve the dispute on a documents-only basis.”

45 Zie hieromtrent nader Peters 2017, p. 165-166.

behoeven en een partij toelaten tot bewijslevering.⁴⁶ Daarbij geldt dat een serieus en relevant aanbod tot getuigenbewijs in geen geval mag worden gepasseerd waar dit in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde of met andere fundamentele beginselen van procesrecht.⁴⁷ Omdat na een specifieke bewijsopdracht bekend is ten aanzien van welke geschilpunten nader bewijs nodig is, kunnen getuigen en deskundigen heel gericht worden gehoord. Nadeel van deze aanpak is dat de arbitrage in de regel langer duurt. Welke aanpak in het gegeven geval valt aan te bevelen, is uiteindelijk afhankelijk van de voorkeuren van de partijen en het scheidsgerecht in het licht van de omstandigheden van het specifieke geschil.

Indien partijen geen overeenstemming bereiken over het horen van getuigen en/of deskundigen en het eventueel toepasselijke arbitragereglement hierin evenmin voorziet, ligt de regie wat dit betreft volledig bij het scheidsgerecht. Als wordt besloten tot getuigen- en deskundigenverhoren bij de mondelinge behandeling, althans voorafgaand aan een specifieke bewijsopdracht,⁴⁸ komt het de proceseconomie wel ten goede als het scheidsgerecht ruim voor de geplande zitting kan aangeven welke geschilpunten relevant en materieel zijn voor de uitkomst van de zaak, zodat de getuigen- en deskundigenverhoren tot die punten kunnen worden beperkt.⁴⁹ In de praktijk blijkt dit echter vaak onhaalbaar.

Voor een goede voorbereiding van de zitting is het van belang dat partijen ruim voor de zitting aangeven welke getuigen en deskundigen zij willen horen.⁵⁰ Ten aanzien van de te horen getuigen en deskundigen doet het scheidsgerecht er in alle gevallen goed aan een vinger aan de pols te houden. Zo is het bijvoorbeeld weinig zinvol om tien getuigen te horen die

46 Indien er in het kader van een bewijsopdracht getuigen worden gehoord, heeft de wederpartij het recht van contra-enquête en het recht zich over de getuigenverklaringen uit te laten. Dit volgt uit HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, *NJ* 2007/240 (*Spaanderdam/Anova*). Het meest praktisch is na een enquête een contra-enquête toe staan te volgen door een akte, waarin partijen zich kunnen uitlaten over de getuigenverklaringen.

47 HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171, m.nt. Snijders (*IMS/Modsaf II*).

48 Overigens is er geen noodzaak de getuigen en deskundigen bij de mondelinge behandeling te horen. Dat kan ook in een separate zitting (in het Engels ook wel aangeduid als een *evidentiary hearing*). Zo kan men bijvoorbeeld besluiten eerst de getuigen en de deskundigen te horen en daarna de mondelinge behandeling te houden.

49 Vgl. ook art. 2 lid 3 IBA Rules.

50 Zie aldus bijvoorbeeld art. 28 lid 4 NAI Arbitragereglement.

precies hetzelfde zullen verklaren. Op grond van art. 1039 en 1041 Rv mag het scheidsgerecht het horen van een getuige of partijdeskundige weigeren en hoewel dat niet letterlijk kan worden afgeleid uit art. 28 NAI Arbitragereglement mag worden aangenomen dat het scheidsgerecht die bevoegdheid ook heeft in een NAI-arbitrage. Wat dat betreft zij ook verwezen naar art. 8 lid 2 van de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* ("IBA Rules")⁵¹ en art. 5 lid 3 Prague Rules. Het verhoor van een specifieke getuige of partijdeskundige kan bijvoorbeeld worden geweigerd als dat verhoor als irrelevant, niet materieel, onredelijk belastend of duplicerend moet worden beschouwd.

23.15 Wees alert op cultuurverschillen voor de mondelinge behandeling

In procedures ten overstaan van de Nederlandse rechter wordt veelal gepleit aan de hand van een pleitnota, die in de regel nagenoeg letterlijk wordt voorgelezen. Omdat deze pleitnota nogal eens een herhaling bevat van wat de rechter in de schriftelijke stukken al kon lezen, wordt in de literatuur wel verdedigd dat het pleidooi een achterhaald concept is geworden.⁵² In België worden bijvoorbeeld geen pleitnota's overgelegd. In Engeland hebben partijen vaak de gelegenheid om na de uitwisseling van de schriftelijke stukken en voorafgaand aan de zitting een *skeleton argument* in te dienen. In dit schriftelijke stuk zetten partijen op bondige wijze hun (kern)argumenten uiteen met een verwijzing naar de overgelegde bewijsstukken. Op de zitting wordt er vervolgens uit het hoofd of aan de hand van aantekeningen (die niet worden overgelegd) gepleit. Daarbij wordt de rechter geleid door de relevante passages uit het overgelegde bewijsmateriaal. Pittige discussies tussen de rechter en partijen zijn in dit verband niets vreemds.

In (nationale) arbitrages met Nederlandse advocaten wordt nog steeds vaak gepleit aan de hand van pleitnota's, die worden overgelegd en

51 De IBA Rules zijn beweerdelijk opgesteld ter bevordering van een efficiënte en eerlijke wijze van bewijsvergaring in internationale arbitrages. De IBA Rules kunnen dienen als leidraad dan wel dwingend worden overeengekomen. In de praktijk wordt in de procesorde veelal bepaald dat de IBA Rules als leidraad kunnen dienen voor het scheidsgerecht. Hoewel de IBA Rules geschreven zijn voor internationale arbitrages, worden zij ook wel toegepast in nationale arbitrages.

52 A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 118.

voorgelezen. Hoewel het vandaag de dag in het kader van internationale arbitrages betrekkelijk normaal is om de mondelinge toelichting te geven aan de hand van een Power Point presentatie – pleitnota’s worden in ieder geval zelden integraal voorgelezen, laat staan overgelegd – kunnen er wel degelijk verschillende ideeën bestaan aan de zijde van partijen over de wijze waarop de mondelinge toelichting moet worden gegeven. Ook arbiters kunnen verschillende verwachtingen hebben. Het is wat dat betreft raadzaam om hierover voorafgaand aan de zitting te spreken.⁵³

Als bij de mondelinge behandeling ook getuigen en/of deskundigen worden gehoord, wordt de zitting meestal geopend met een mondelinge toelichting (in het Engels aangeduid als *opening statement*) door partijen ten aanzien van hun positie. Daarbij kunnen partijen bijvoorbeeld aangeven over welk bewijs zij beschikken, althans wat zij willen bewijzen en kunnen zij eventueel uiteenzetten wat hun inziens de kritieke punten zijn die specifiek aandacht van de arbiters behoeven. Als er getuigen en deskundigen worden gehoord, is het niet ongebruikelijk dat partijen aan het einde van de zitting nog de mogelijkheid krijgen om hun conclusies uiteen te zetten (in het Engels wordt dit slotwoord wel een *closing statement* genoemd), maar hiervan kan ook worden afgezien, bijvoorbeeld wanneer partijen na afloop van de zitting nog een akte (in het Engels bekend als een *post hearing brief*) mogen indienen. Wat de voorkeur verdient, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is ook niet ongebruikelijk dat hierover pas tijdens de zitting (definitief) wordt beslist.

Tot slot ten aanzien van de inrichting van de mondelinge behandeling het volgende. Waar partijen bij de Nederlandse overheidsrechter het recht van re- en dupliek hebben, is er bijvoorbeeld in Engeland in beginsel alleen ruimte voor repliek. Wat gangbaar is, verschilt aldus per land. Om verrassingen op de zitting in een arbitrage te voorkomen, is het verstandig dit in ieder geval voorafgaand aan de zitting ter sprake te brengen. Op basis van mijn eigen ervaringen concludeer ik dat in de praktijk in ieder geval veelal de mogelijkheid van re- en dupliek wordt gegeven.

53 Zo ziet men in het kader van arbitrage bijvoorbeeld ook wel dat het aan partijen wordt toegestaan voorafgaand aan de zitting *skeleton arguments* in het geding te brengen.

23.16 Maak afspraken voor het horen van getuigen en deskundigen

Voor procedures bij de overheidsrechter regelt §4 van de negende afdeling van de tweede titel van boek 1 Rv (art. 163-184) het bewijs door getuigen. Deze paragraaf is gezien art. 1039 lid 1 Rv evenwel niet van toepassing op arbitrage. Evenmin zijn de regels voor het bewijs door deskundigen, die zijn neergelegd in §6 van de negende afdeling van de tweede titel van boek 1 Rv (art. 194-200), van toepassing op arbitrage. Waar voor de overheidsrechtspraak ettelijke artikelen zijn gewijd aan het bewijs door getuigen en deskundigen, zijn dat er ten behoeve van arbitrage slechts vier, te weten: art. 1039, 1041, 1041a en 1042 Rv.

Op grond van art. 1041 lid 1 Rv kan het scheidsgerecht op verzoek van een van de partijen of uit eigen beweging partijen bevelen om bewijs te leveren door het horen van getuigen en partij-deskundigen, tenzij partijen anders overeenkomen. Ook hier ziet men het beginsel van partijautonomie terug. Partijen zouden in dit verband bijvoorbeeld kunnen afspreken dat bewijs niet door middel van het horen van getuigen en deskundigen kan worden geleverd, dat het scheidsgerecht niet bevoegd is om uit eigen beweging getuigen en deskundigen voort te brengen of dat partijen vrij zijn in het voortbrengen van getuigen en deskundigen, in welk geval het scheidsgerecht de voorgebrachte personen niet mag weigeren.⁵⁴ Art. 1042 lid 3 Rv, dat van dwingend recht is, bepaalt op zijn beurt dat de door het scheidsgerecht benoemde deskundigen in een zitting worden gehoord op verzoek van een der partijen.

Als er een getuigen- of deskundigenverhoor plaatsvindt, is het scheidsgerecht op grond van art. 1039 lid 2 Rv bevoegd om een van zijn leden – of een grotere minderheid indien het scheidsgerecht uit meer dan drie arbiters bestaat – aan te wijzen het verhoor te houden, tenzij partijen anders overeenkomen.⁵⁵ Hoewel er voor het scheidsgerecht in beginsel geen plicht bestaat om partijen te horen voordat het van zijn delegatiebevoegdheid gebruik maakt, lijkt dit wel geïndiceerd. Het valt immers niet uit te sluiten dat partijen het belangrijk achten dat de getuigen en/of deskundigen worden gehoord in het bijzijn van alle leden van het scheidsgerecht, opdat deze allen op basis van hun eigen waarnemingen een indruk kunnen vormen van de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de afgelegde getuigen- en deskundigenverklaringen.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (*MvT*), p. 20.

⁵⁵ Vgl. ook art. 26 lid 2 NAI Arbitragereglement.

Net als de mondelinge behandeling hoeven de getuigenverhoren ingevolge art. 1037 lid 3 Rv, behoudens andersluidende partijafspraken, niet in de plaats van arbitrage te worden gehouden. Als Den Haag bijvoorbeeld de plaats van arbitrage is, maar alle getuigen in Seattle wonen, is er in beginsel geen regel die zich er tegen verzet dat de getuigen in Seattle worden gehoord. Indien een getuige niet verschijnt op de zitting waar zijn verhoor moet plaatsvinden, daarvoor een goede reden bestaat en van de getuige bekend is dat hij wel degelijk bereid is om op een ander moment gehoord te worden, is het niet ongebruikelijk dat het getuigenverhoor op een later tijdstip alsnog plaatsvindt.⁵⁶ Er zijn echter ook getuigen die weigeren te verschijnen dan wel verschenen zijnde, weigeren een verklaring af te leggen. Op grond van art. 1041a Rv kan het scheidsgerecht alsdan aan de partij die dit verzoekt toestaan om een getuigenverhoor bij de gewone rechter te entameren. Als van de weigerachtige getuige reeds een schriftelijke verklaring in het geding is gebracht, zou het scheidsgerecht er in plaats daarvan ook voor kunnen opteren om deze verklaring uit het procesdossier te verwijderen en verder buiten beschouwing te laten. In de praktijk wordt in de procesorde ook regelmatig bepaald dat de verklaringen van weigerachtige getuigen of deskundigen buiten beschouwing worden gelaten.

Afhankelijk van de wensen van partijen en het scheidsgerecht kan worden verlangd dat voorafgaand aan het verhoor schriftelijke verklaringen van de getuigen en deskundigen in het geding worden gebracht.⁵⁷ De procesorde kan in dit verband ook bepalen dat geen getuigen en deskundigen kunnen worden gehoord zonder dat van hen een verklaring in het geding is gebracht. De procesorde kan verder bepalen tot wanneer een partij uiterlijk verklaringen van getuigen en deskundigen in het geding kan brengen. Vaak zal de procesorde verlangen dat de getuigen- en deskundigenverklaringen waarop een partij een beroep wenst te doen zoveel als mogelijk bij de eerste schriftelijke memorie in het geding moeten worden gebracht. Op deze wijze wordt getracht te bewerkstelligen dat zo snel mogelijk inzicht wordt verkregen in wat getuigen en deskundigen aan

56 Indien de getuige ziek is of de last voor de getuige anderszins te groot is (bijvoorbeeld vanwege ziekte van een familielid) om te reizen naar de locatie waar de zitting plaatsvindt, kan er ook voor worden gekozen om de getuige hetzij te horen op een andere locatie hetzij te horen via een videoconferentie of een ander elektronisch middel. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld ook art. 21 lid 10 NAI Arbitragereglement.

57 Vgl. voor de overheidsrechtspraak HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, NJ 2017/24 (*Lahmann/Waterland*).

potentiële informatie te bieden hebben. Dat laat overigens onverlet dat in de regel nieuwe en aanvullende verklaringen in het geding kunnen worden gebracht in reactie op nieuwe stellingen of weren van de andere partij. Een bewijsaanbod kan vervolgens worden gepasseerd als niet duidelijk is wat de betreffende getuige of deskundige in aanvulling op zijn verklaring nog meer kan verklaren.⁵⁸

Als er meerdere getuigen en deskundigen worden gehoord, is het raadzaam dat het scheidsgerecht met partijen overlegt over de volgorde van het verhoor. Indien de partijen hieromtrent geen overeenstemming hebben weten te bereiken, is het aan het scheidsgerecht om te bepalen in welke volgorde de getuigen en deskundigen worden gehoord.⁵⁹ In het geval van overheidsrechtspraak is het altijd dubben of de partijgetuige(n) als eerste moet(en) worden gehoord,⁶⁰ maar bij arbitrage speelt dat minder. Art. 164 lid 2 Rv, dat beperkingen oplegt aan de waarde van verklaringen van partijgetuigen, is immers niet direct van toepassing in het geval van arbitrage.⁶¹ Verder kunnen getuigen – ook wanneer het niet gaat om partijgetuigen – aanwezig zijn bij het verhoor van een andere getuige. Of dat wordt toegestaan, is afhankelijk van de voorkeuren van de partijen en het scheidsgerecht.⁶²

Voordat een getuige wordt gehoord, kan het scheidsgerecht op grond van art. 1041 lid 4 verlangen dat de getuige de eed aflegt, de belofte doet dan wel de bevestiging geeft als bedoeld in art. 1 van de Wet tot nadere voorziening betreffende het eedsvraagstuk. Hoewel in de regel van getuigen wordt verlangd om te zweren, te beloven of te bevestigen dat zij de waarheid zullen vertellen, hoeft dat niet. Het scheidsgerecht heeft in dit verband namelijk een discretionaire bevoegdheid. Van deskundigen wordt op hun beurt weleens verlangd dat zij bevestigen dat hun verklaringen een getrouw beeld geven van hun opvattingen.

58 Vgl. voor de overheidsrechtspraak W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 223.

59 Zie ook art. 28 lid 3 NAI Arbitragereglement.

60 Zie hieromtrent G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 106-107.

61 Vgl. art. 4 lid 2 IBA Rules. Procesordes bepalen ook geregeld expliciet dat eenieder, onder wie een partijgetuige, in beginsel als getuige kan optreden.

62 A.J. van den Berg, 'Organizing an international arbitration: practice pointers' in: L.W. Newman & R.D. Hill (red.), *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, Huntington: Juris Publishers 2004 ("Van den Berg 2004"), p. 178.

Partijen en het scheidsgerecht zijn vrij om het verhoor naar eigen goeddunken in te richten en het is goed hierover overleg te hebben. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat het scheidsgerecht als eerste vragen stelt aan de getuige of de deskundige en dat de partijen daarna hun vragen mogen stellen. In internationale arbitrages is dit echter niet gebruikelijk.⁶³ Veelal is de partij die de getuige of deskundige heeft voortgebracht als eerste aan de beurt. Als er van deze persoon een schriftelijke verklaring in het procesdossier zit, is het niet ongebruikelijk dat in dit gedeelte van het verhoor (in het Engels wel bekend als de *direct examination*) een bevestiging wordt gezocht dat deze persoon bij zijn eerdere schriftelijke verklaring blijft⁶⁴ en het is verder evenmin ongebruikelijk dat er nadere vragen worden gesteld over verklaringen van andere getuigen. Daarna mag de wederpartij vragen stellen. Dit kruisverhoor (in het Engels wel aangeduid als *cross-examination*) is in beginsel bedoeld om de geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van de getuige of deskundige te ondermijnen. Zo'n verhoor is wat dat betreft net een kat en muisspel en veel vragen worden toegelaten. Het scheidsgerecht kan echter wel ingrijpen en de partij die vragen stelt tot de orde roepen, bijvoorbeeld als de goede procesorde in het gedrang is.⁶⁵ Na het kruisverhoor is het weer aan de partij die de getuige heeft opgebracht om vragen te stellen. In dit gedeelte van het verhoor (in het Engels wel aangeduid als *redirect examination*) kunnen punten worden geadresseerd die tijdens het kruisverhoor zijn gerezen. Soms krijgt de partij die het kruisverhoor had afgenomen daarna nog de gelegenheid enkele vragen te stellen. Het scheidsgerecht kan zijn vragen bewaren tot na het verhoor door partijen, maar dat hoeft het niet te doen. Het scheidsgerecht moet er echter wel voor waken dat het een zorgvuldig opgebouwd verhoor niet doorbreekt.⁶⁶ Waar getuigen veelal niet tegelijkertijd worden gehoord, gebeurt dat wel geregeld bij deskundigen die tegenstrijdige verklaringen hebben gegeven. Dan kunnen de deskundigen terstond op elkaar reageren en ontstaat er vaak een levendig debat tussen de deskundigen. Mits het verhoor goed wordt geregisseerd, kan het tegelijkertijd horen van deskundigen de voorlichting aan het scheidsgerecht ten goede komen.

63 Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting over het verhoor van getuigen en deskundigen onder meer Peters 2017, p. 225 e.v.

64 Zie bijv. art. 8 lid 4 IBA Rules.

65 Vgl. ook art. 5 lid 9 Prague Rules en art. 8 lid 2 IBA Rules.

66 Van den Berg 2004, p. 176-177.

23.17 Sta *post hearing* briefs toe als de zaak daarom vraagt

Waar de mondelinge behandeling vroeger veelal het sluitstuk van het arbitraal geding was voordat het arbitraal vonnis werd geconcipeerd, is dat vandaag de dag niet meer zo. Veelvuldig krijgen partijen nu de gelegenheid om na afloop van de mondelinge behandeling nog een akte te nemen. Dit kan bijvoorbeeld geïndiceerd zijn in verband met vragen van het scheidsgerecht en/of nieuwe stukken en/of nieuwe stellingen van partijen en/of verklaringen van getuigen en deskundigen. Verder kan partijen de gelegenheid worden geboden om bij *post hearing brief* hun positie ten aanzien van de allocatie van kosten uiteen te zetten. Afhankelijk van de zaak kan het scheidsgerecht ervoor kiezen om duidelijke richtlijnen (inclusief ten aanzien van de omvang en de inrichting) voor deze akte mee te geven. Het is immers niet de bedoeling dat partijen in deze akte de zaak geheel opnieuw gaan bepleiten.

23.18 Het staat het scheidsgerecht vrij om vragen te stellen

Net als de overheidsrechter mag de arbiter tijdens de mondelinge behandeling vragen stellen. Sommige arbiters zijn wat dit betreft bijzonder actief, anderen zijn lijdelijker. De grenzen van het betamelijke worden gevonden in de goede procesorde en de fundamentele beginselen van procesrecht, met dien verstande dat arbiters in geen geval buiten de grenzen van de rechtsstrijd als bedoeld in art. 24 Rv mogen treden. Als arbiters een vraag stellen op de mondelinge behandeling, moeten zij er bedacht op zijn dat partijen kunnen worden overvallen door deze vraag en in de haast verkeerd of ongelukkig reageren, hetgeen in de praktijk ook regelmatig gebeurt. Verder kan een vraag, ook wanneer zij heel precies is geformuleerd, verkeerd worden begrepen en zijn partijen nogal eens onder de indruk van hetgeen gebeurt op een zitting. Het scheidsgerecht doet er goed aan zich bewust te zijn van deze en andere omstandigheden die de waarheidsvinding op de mondelinge behandeling kunnen beïnvloeden. In verband met doelmatigheidsoverwegingen en ten behoeve van de rechtszekerheid kan het dan ook worden geapprecieerd als het scheidsgerecht partijen reeds ruim voor de mondelinge behandeling informeert ten aanzien van zijn vragen. In de praktijk lukt dat vaak niet en wordt er niet aan ontkomen dat het scheidsgerecht zijn vragen ter zitting stelt. Wat in ieder geval zoveel als mogelijk moet worden vermeden is dat het scheidsgerecht na het sluiten van de behandeling nog vragen gaat stellen. Dit komt een efficiënte procesgang in de regel namelijk niet ten goede.

23.19 De mondelinge behandeling kan ook worden gebruikt ter beproeving van een schikking

Net als de overheidsrechter kan het scheidsgerecht een schikkingspoging ondernemen. Dit kan het scheidsgerecht niet alleen doen op de mondelinge behandeling, het kan er ook specifiek een comparitie (als bedoeld in art. 1043 Rv en art. 31 NAI Arbitragereglement) voor agenderen. Behoudens andersluidende partijafspraken moet een arbiter ervoor waken dat hij ten behoeve van een schikkingspoging gaat optreden als mediator.⁶⁷ Gebeurt dat in overleg met partijen toch, maar blijkt de mediation niet succesvol, dan zal de opdracht van de arbiter, die als mediator heeft opgetreden, behoren te worden beëindigd, hetgeen mogelijk alleen anders is wanneer partijen na afloop van de onsuccesvolle mediation uitdrukkelijk anders overeenkomen.⁶⁸

Bij het beproeven van een schikking zal te allen tijde de nodige terughoudendheid in acht moeten worden genomen. Indien er geen schikking tot stand komt, zal er immers een arbitraal vonnis moeten worden gewezen en dan mag de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het scheidsgerecht niet in het gedrang zijn gekomen.⁶⁹ Zo zal een arbiter niet eenzijdig contact mogen hebben met een der partijen en ook anderszins het beginsel van hoor en wederhoor in al zijn facetten hoog moeten houden.⁷⁰ Binnen voorgaande bandbreedtes kunnen arbiters wel degelijk suggesties voor schikkingen doen. Op verzoek van partijen en onder alle voorbehouden kunnen arbiters ook hun voorlopige gedachten ten aanzien van het voorliggende geschil inzichtelijk maken. Behalve wellicht wanneer er sprake is van een evident onhaalbare vordering of een evident onhaalbaar verweer, is er wat dit betreft wel een zekere gereserveerdheid geboden.⁷¹ Het moet immers worden voorkomen dat partijen het idee krijgen dat arbiters vooringenomen zijn.

In de praktijk wordt ook met grote regelmaat een schikking getroffen op dan wel naar aanleiding van de mondelinge behandeling. Omdat het

⁶⁷ Vgl. art. 9 lid 2 Prague Rules.

⁶⁸ Vgl. art. 9 lid 3 Prague Rules. Zie ook art. 47 CIETAC Arbitration Rules. Op grond van laatstgenoemde bepaling is het uitgangspunt dat de arbiter, die als mediator is opgetreden, kan aanblijven om het arbitraal vonnis te wijzen.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (*MvT*), p. 17 en p. 31.

⁷⁰ Snijders 2018, art. 1043 Rv, aant. 1.

⁷¹ Vgl. voor de procedure bij de overheidsrechter bijvoorbeeld A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 53.

scheidsgerecht geen arbitraal vonnis meer te hoeft te concipiëren, sparen partijen met een schikking ook kosten uit. Als partijen een schikking weten te bereiken, kan deze worden vastgesteld in een (summier) arbitraal schikkingsvonnis als bedoeld in art. 1069 Rv. Zo'n vonnis is in Nederland op grond van art. 1062 en 1063 Rv en in het buitenland op grond van het Verdrag van New York in beginsel executabel.

23.20 Conclusie

In het geval van arbitrage bestaat er een grote mate van vrijheid om de procedure in het algemeen en de mondelinge behandeling in het bijzonder af te stemmen op de wensen van partijen en de behoeften van de zaak. Dat is een van de voordelen van arbitrage ten opzichte van overheidsrechtsppraak.⁷² Omdat arbitragewetten en arbitragereglementen op enkele uitzonderingen na geen specifieke regels bevatten voor de mondelinge behandeling, heb ik ten behoeve van partijen en het scheidsgerecht in deze bijdrage achttien praktische aanbevelingen uitgewerkt, die ten goede komen aan de proceseconomie, bijdragen aan een efficiënte inrichting van de mondelinge behandeling en beogen de rechtszekerheid te borgen. Gezien het onderwerp van deze bundel kan deze bijdrage niet worden afgesloten zonder de conclusie dat hier kansen en mogelijkheden liggen voor het NAI, dat een doorwrocht arbitragereglement kent, dat ampele mogelijkheden biedt om de procedure in het algemeen en de mondelinge behandeling in het bijzonder met inachtneming van de hiervoor uiteengezette praktische aanbevelingen in te richten en af te stemmen op het geschil.

72 Vgl. Peters 2017, p. 41-45, voor andere voordelen van arbitrage ten opzichte van overheidsrechtsppraak.