

Uit het voorwoord bij de eerste druk¹

Dit boek verschaft arbiters, secretarissen van scheidsgerichten en rechtshulpverleners in arbitrageprocedures een artikelsgewijze handleiding voor het Nederlands arbitragerecht.

De tekst van het boek komt zakelijk overeen met die van het commentaar op Boek IV Rv in de losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering. Arbitrage is een vorm van conflictenbeslechting die wetsystematisch en inhoudelijk een eigen plaats inneemt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Praktisch gezien zullen scheidslieden, secretarissen en rechtshulpverleners bij de behandeling van arbitrages niet steeds de gehele losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering ter beschikking hebben. Een en ander vormde de aanleiding voor uitgever en auteur van het in deze editie opgenomen commentaar op Boek IV (art. 1020-1076) Rv om dit ook in boekvorm te laten verschijnen. Het boek is voorzien van op de arbitrage toegesneden registers.

H.J. Snijders

Warmond, oktober 1999

Voorwoord bij de vijfde druk

De belangrijkste reden voor een herdruk vormde ongetwijfeld de ingrijpende herziening van ons Nederlandse arbitragerecht met ingang van 1 januari 2015. Bovendien vroegen allerlei ontwikkelingen in de rechtspraak, regelgeving en literatuur de aandacht. Vooral de verwerking van de overvloedige, sinds de vorige druk verschenen, rechtspraak kostte buitensporig veel tijd. Bovendien zijn het Nederlands arbitragerecht en de Nederlandse arbitragepraktijk, meer dan in de vorige druk, in internationaal perspectief geplaatst; daartoe was alle aanleiding, mede gezien de sterk toegenomen betekenis van Nederland als juridieke plaats van internationale arbitrages. Al met al heeft deze herdruk dan ook jaren op zich moeten laten wachten.

De auteur is veel dank verschuldigd aan de student-assistenten die dit monnikenwerk met gestructureerde documentatie hebben voorbereid en er aldus een belangrijke bijdrage aan hebben geleverd: mevrouw (thans mr.) Corinna Klostermann alsmede de heren Alejandro Gonzalez en Nick du Bois. De laatstgenoemde tevens huidige personal assistant heeft bovendien nuttig commentaar op een eerdere versie van de tekst geleverd alsmede de drukproeven en de registers verzorgd, waarvoor eveneens veel dank. Bijzonder erkentelijk is de auteur zijn promovenda mr. Pauline Ribbers, die een eerdere versie van de tekst zo grondig heeft becommentarieerd dat het werk daardoor terecht nog extra lang duurde. Lof aan allen.

1. De inleidende aantekeningen op Boek IV en de aantekeningen op art. 1020-1036 zijn oorspronkelijk bewerkt door prof. mr. W.H. Heemskerk.

Geen werk zonder fouten en onvolkomenheden, zeker niet een zo gedetailleerd werk over arbitrage. De auteur is dan ook op voorhand dankbaar voor opmerkingen van gebruikers, die van pas kunnen komen bij een volgende druk.

Henk Snijders (law@hjsnijders.com / h.j.snijders@law.leidenuniv.nl) Warmond, mei 2018

Inhoudsopgave

Voorwoord / 5

Lijst met afkortingen / 25

Lijst met verkort aangehaalde literatuur / 29

Algemene Inleiding / 35

1. Inleiding / 35
2. Geschiedenis, achtergrond en systematiek van de Arbitragewet 1986 en van de Arbitragewet 2015 / 59
3. Toepasselijkheid van Nederlands arbitragerecht / 69
4. Overgangsrecht Arbitragewet 2015 / 69
5. Toepasselijkheid van recht inzake verzoek(schrift)procedure van boek I Rv; afwijkende regels / 72
6. Regelend recht – dwingend recht / 73
7. Arbitrage versus bindend advies en ADR/AGB / 75
8. Arbitrage, BNL, EU en EHRM / 83
9. Taal van de arbitrage / 92

Boek IV, Eerste titel. Arbitrage in Nederland / 93

Eerste afdeling. De overeenkomst tot arbitrage / 93

Art. 1020. Arbitrage-overeenkomst in het algemeen / 93

1. Overeenkomst tot arbitrage en andere arbitrageovereenkomsten / 94
2. Arbitrage buiten geschil in het algemeen en voor enkele vaststelling/bepaling in het bijzonder / 107
3. Arbitrage voor aanvulling/wijziging van rechtsbetrekking / 110
4. Arbitrabiliteit in het algemeen en per rechtsgebied / 112
5. Arbitrage en faillissement / 127
6. Beroep op arbitrageovereenkomst door en tegenover derden – collectiviteitsacties – vertegenwoordiging / 130
7. Arbitraal beding in statuten of reglementen / 138
8. Arbitrage ad hoc, reglementaire en institutionele arbitrage / 140

Art. 1021. Bewijs arbitrage-overeenkomst / 148

1. Bewijs door een geschrift / 148
2. Uitwerking van eis van geschrift en aanvaarding daarvan / 150
3. Verwijzing naar algemene voorwaarden / 155
4. Elektronische vorm in plaats van geschrift / 168

Eerste afdeling A. De overeenkomst tot arbitrage en de bevoegdheid van de gewone rechter / 170

Art. 1022. Onbevoegdheid gewone rechter / 170

1. Inleiding / 170
2. Onbevoegdheid van de rechter: voorwaarden en consequenties / 171
3. Geen afstand van arbitrage door beroep op gewone rechter / 179
4. Geen verwijzing naar scheidsgerecht, wel hoger beroep en cassatie van (on-) bevoegdverklaring / 180

Art. 1022a. Conservatoire maatregel, voorlopige voorziening / 182

1. Maatregelen tot bewaring van recht en kort geding / 182

Art. 1022b. Voorlopige bewijsmaatregelen / 186

1. Voorlopige bewijslevering / 186

Art. 1022c. Beroep op overeenkomst van arbitrage / 190

1. Inleiding / 190
2. Uitsluitend bevoegd 'indien de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen' / 191

Eerste afdeling B. Het scheidsgerecht / 197

Art. 1023. Eisen aan arbiters / 197

1. Benoembaarheid tot arbiter / 197
2. Nationaliteitseisen / 199

Art. 1024. Compromis / 201

1. Inhoud van het compromis / 201
2. Aanhangigheid van de zaak, ook in geval van een arbitraal beding / 203
3. Toezending afschrift compromis aan derde / 204

Art. 1025. Aanhangigheid / 206

1. Aanhangigheid van de zaak na arbitraal beding / 206
2. Toezending afschrift arbitragemededeling aan derde / 207

Art. 1026. Aantal arbiters / 208

1. Oneven aantal arbiters / 209
2. Wijze van bepaling van het aantal / 210
3. Partijen zijn een even aantal overeengekomen / 211
4. Meervoudige versus enkelvoudige behandeling / 212

Art. 1027. Benoeming arbiters / 214

1. Inleiding / 215
2. Benoeming van arbiters en plaats van arbitrage / 215
3. Wijze van benoeming / 216
4. Termijnen / 218
5. Benoeming door de voorzieningenrechter / 220
6. Geldigheid overeenkomst nog niet, wijze van benoeming al wel aan de orde / 221
7. Benoeming van voorzitter / 222
8. Benoeming secretaris / 223

Art. 1028. Bevoorrechte positie bij benoeming / 224

1. Ratio, procedure / 224
2. Termijn voor inroeping en consequenties van verloop daarvan / 226
3. Criteria voor bevoorrechte positie bij de benoeming / 228

Art. 1029. Aanvaarding en ontheffing opdracht / 230

1. Rechtsverhouding van arbiters met partijen en andere rechtsverhoudingen / 231
2. Schriftelijke aanvaarding van de opdracht / 243
3. Ontheffingsmogelijkheden / 243
4. Ontheffing van arbiter op verzoek van hemzelf door de partijen of een derde (lid 2) / 244
5. Ontheffing van arbiter door de gezamenlijke partijen (lid 3) / 245
6. Ontheffing van arbiter op verzoek van een partij door een derde (lid 4) / 246
7. Ontheffing van te traag scheidsgerecht op verzoek van een partij door een derde (lid 5) / 247
8. Verschil met beëindiging van art. 1031 / 249

Art. 1030. Vervanging arbiter / 251

1. Vervanging van een arbiter / 252
2. Schorsing van het geding / 253

Art. 1031. Beëindiging opdracht door partijen / 254

1. Beëindiging van de opdracht door partijen / 254
2. Wat daarna? / 255

Art. 1032. Vervallen / 256

Art. 1033. Wrakingsmogelijkheden / 257

1. Wraking – inleiding / 257
2. Gronden van wraking / 258
3. Beperkingen van het recht tot wraking / 264

Art. 1034. Disclosure mogelijke wrakingsgronden / 266

1. Mededeling van vermoedelijke redenen tot wraking voor benoeming (disclosure) / 266
2. Mededeling aan de partijen na benoeming / 268
3. Mededeling aan de partijen na opkomen mogelijke wrakingsgrond hangende het arbitraal geding / 269

Art. 1035. Wrakingsprocedure / 270

1. Incident tot wraking / 271
2. Terugtrekking arbiter of indiening wrakingsverzoek; termijnen daarvoor / 272
3. Wrakingsprocedure bij voorzieningenrechter of derde / 273
4. Vervanging na terugtrekking of gegrondbevinding wraking / 275
5. Wrakingsprocedure en schorsing arbitraal geding zelf / 276
6. Verhouding wrakingsprocedure en vernietigingsprocedure / 277
7. ‘Wrakenitis’ / 277

Art. 1035a. Wraking secretaris / 278

1. Wraking van een secretaris / 278
2. Taken van secretaris / 278

Tweede afdeling. Het arbitraal geding / 280

Art. 1036. Regels voor gedingvoering/onderlinge verhouding / 280

1. Hiërarchische structuur / 281
2. Door partijen overeengekomen en overeen te komen en scheidsrechterlijke procedureregels nader / 284
3. Hoor en wederhoor / 287
4. Behandeling binnen redelijke termijn / 289
5. Vertrouwelijke behandeling / 290

Art. 1037. Plaats van arbitrage / 297

1. Plaats van arbitrage: bepaling / 297
2. Plaats van arbitrage: belang / 299
3. Behandeling buiten plaats van arbitrage / 301
4. Behandeling door gedelegeerd arbiter / 302

Art. 1038. Verschijnen, vertegenwoordiging, bijstand / 303

1. Verschijning in persoon of met vertegenwoordiging / 303
2. Bijstand van een persoon naar keuze / 305

Art. 1038a. Memories / 306

1. Schriftelijke fase / 306
2. Memories van eis en antwoord (lid 1) nader / 307
3. Nadere memories (lid 2) nader / 307

Art. 1038b. Mondelinge toelichting / 309

1. The day in court / 309
2. Verhouding tot andere mondelinge behandelingen / 310
3. Formaliteiten en wijzen van inrichting / 311

Art. 1038c. Tegenvordering / 312

1. Toelaatbaarheid tegenvordering / 312
2. Wijze en moment van instelling, alternatieven / 313
3. Het verdere verloop van de procedure / 314

Art. 1038d. Wijziging vordering / 315

1. Eiswijziging in het algemeen / 315
2. Hoe nu te handelen in geval van ‘verstek’ van verweerder? Overige bijzonderheden in procedure / 317

Art. 1039. Bewijs / 318

1. Toepasselijke bewijsregels / 318
2. Materieel bewijsrecht in het bijzonder / 320
3. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration en andere internationale steunpunten / 321
4. Delegatie bevoegdheid horen van getuigen, deskundigen en descente (art. 1039 lid 2 Rv) / 322

Art. 1040. Overleggen bescheiden / 324

1. Inleiding; ‘bescheiden’ / 324
2. Inbreng van bescheiden zoveel mogelijk bij memorie / 325
3. Bevel tot inbreng bescheiden / 326
4. Discretionaire bevoegdheid, voorwaarden en modaliteiten bevel tot inbreng van bescheiden / 329

Art. 1041. Horen getuigen en deskundigen / 330

1. Inleiding / 331
2. Recht op verhoor van getuigen en deskundigen / 331
3. Tijd, plaats en wijze van verhoor, eventuele eedsaflegging / 332
4. Bevoegdheid en verplichting om te getuigen, verschoningsrechten / 334
5. Rogatoire commissie / 335

Art. 1041a. Weigerachtige getuigen / 336

1. Inleiding / 336
2. Discretionaire bevoegdheid? / 337
3. Procedure bij overheidsrechter / 337

Art. 1042. Deskundigenadvies / 339

1. Inleiding / 340
2. Benoeming en opdracht deskundigen / 340
3. Deskundigenbericht in de vorm van bindend advies / 341
4. Gang van zaken na benoeming en opdracht / 342

Art. 1042a. Descente / 344

1. Achtergrond, best practice / 344
2. Inhoud / 344

Art. 1043. Persoonlijke verschijning van partijen / 346

1. Traditionele functie van persoonlijke verschijning van partijen: inlichtingen en beproeving vergelijk / 346
2. Regiefunctie (case management) / 348
3. Behandeling / 348

Art. 1043a. Afwezigheid van eis, verweer of toelichting / 350

1. Eiser tardief in eis of toelichting daarvan / 350
2. Verweerder tardief in verweer / 352

Art. 1043b. Voorlopige voorziening ten principale of in kort geding / 354

1. Inleiding / 354
2. Voorlopige voorzieningen / 356
3. Voorlopige voorziening in arbitraal kort geding (art. 1043b lid 2 Rv) / 358
4. Zekerheidsstelling (art. 1043b lid 3 Rv) / 364
5. Voorlopige voorziening bij vonnis of order (art. 1043b lid 4 Rv) / 364
6. Kortsluiting en omzetting (art. 1043b lid 5-6 Rv) / 365

Art. 1044. Inlichtingen buitenlands recht / 366

1. Algemeen / 366
2. Prejudiciële beslissingen over EU- en BNL-recht / 368

Art. 1045. Voeging en tussenkomst / 370

1. Inleiding / 371
2. Eisen voor voeging en tussenkomst / 371
3. Procedure voor voeging en tussenkomst / 373
4. Procedure vanaf voeging en tussenkomst / 374

Art. 1045a. Vrijwaring / 375

1. Inleiding / 375
2. Eisen voor toelating vrijwaring; pseudovrijwaring / 376
3. Procedure voor toelating tot de vrijwaringsprocedure / 379
4. Procedure vanaf de toelating van de vrijwaring / 380

Art. 1046. Samenvoeging van gedingen / 381

1. Inleiding, formele en informele samenvoeging / 383
2. Voorwaarden voor samenvoeging / 385
3. Procedure bij derde of voorzieningenrechter en procedure daarna / 390
4. Geldigheid overeenkomsten tot arbitrage / 392

Art. 1047. Kwaliteitsarbitrage / 394

1. Art. 1036-1048 Rv in beginsel niet van toepassing op kwaliteitsarbitrages / 394
2. Uitzonderingen / 394

Art. 1048. Tijdstip vonnis / 396

1. Termijn voor arbitraal vonnis / 396
2. Schadevergoedingsplicht bij overschrijding termijn / 397

Art. 1048a. Rechtsverwerking / 398

1. Wie niet tijdig fouten signaleert, verwerkt zijn recht daartoe / 398
2. Voorwaarden voor rechtsverwerking / 399

Derde afdeling. Het arbitraal vonnis / 402

Art. 1049. Eind- en tussenvonnissen / 402

1. Onderscheiding van arbitrale vonnissen / 402
2. Onderscheid arbitraal vonnis en order / 405
3. Betekenis van onderscheidingen tussen arbitrale vonnissen / 407

Art. 1050. Vervallen / 409

Art. 1051. Vervallen / 410

Art. 1052. Onbevoegdheid scheidsgerecht / 411

1. Competentie-competentie en laatste woord / 412
2. Onbevoegdheid bij gebrek aan een geldige overeenkomst tot arbitrage / 414
3. Onbevoegdheid wegens samenstelling van scheidsgerecht / 418
4. Andere bevoegdheidskwesties dan die van art. 1052 lid 2 en 3 / 418
5. Bevoegdverklaring / 419
6. Onbevoegdverklaring / 419

Art. 1053. Separabiliteit / 421

1. Separabiliteit / 421

Art. 1054. Beslissingsmaatstaf, rechtskeuze en handelsgebruiken / 424

1. Beslissingsmaatstaven / 424
2. Verschillen tussen beslissingsmaatstaven / 427
3. Toepasselijk recht / 434
4. Handelsgebruiken / 438

Art. 1055. Vervallen / 439

Art. 1056. Dwangsom / 440

1. Oplegging van dwangsom / 440
2. Mutatie van dwangsomveroordeling / 444

Art. 1057. Stemming, ondertekening, vorm en inhoud vonnis / 446

1. Beslissing bij meerderheid van stemmen / 447
2. Schriftelijk vonnis / 449
3. Termijn en ondertekening van vonnis / 449
4. Verplichte inhoud van vonnis / 451
5. Omissies ten aanzien van verplichte inhoud vonnis / 457
6. Beslotenheid in plaats van openbaarheid / 464

Art. 1058. Nederlegging, verzending en depot vonnis, einde opdracht / 467

1. Nawerk / 467
2. Einde opdracht / 472

Art. 1059. Gezag van gewijsde / 473

1. Verhouding met art. 236 / 473
2. Gezag van gewijsde en kracht van gewijsde nader / 475
3. Ingangstijdstip / 478
4. Status van arbitraal gewijsde / 478

Art. 1060. Rectificatie / 480

1. Inleiding / 481
2. Voor rectificatie vatbare fouten / 482
3. Op wiens initiatief en binnen welke termijn? Wat indien niet? / 483
4. Procedure, uitspraak en einde opdracht / 484
5. Wijze van rectificatie / 485
6. Samenloop met executie en andere procedures / 485

Art. 1061. Aanvulling / 487

1. Inleiding / 488
2. Voor aanvulling vatbare omissies / 489
3. Op wiens initiatief en op welke termijn? / 490
4. Procedure / 491
5. Toe- of afwijzing van aanvullingsverzoek en einde opdracht / 491
6. Samenloop met executie en andere procedures / 492

Derde afdeling A. Het arbitraal hoger beroep / 494

Art. 1061a. Bepalingen van toepassingen op arbitraal appel / 494

1. Inleiding / 494
2. Wenselijkheid arbitraal appel, institutionele appelvoorzieningen / 495
3. Procedure / 496

Art. 1061b. Overeenkomst tot arbitraal appel / 497

1. Inleiding / 497
2. Bijzondere contractueel voorziene appelmogelijkheden / 498
3. Consequenties van voorbehoud van arbitraal appel / 499

Art. 1061c. Appeltermijn / 500

1. Inleiding / 500
2. Bijzonderheden rond appeltermijn / 501

Art. 1061d. Vonnissen vatbaar voor arbitraal appel / 503

1. Van welk vonnis en wanneer? / 503
2. Appellabiliteitsbeperkingen / 504

Art. 1061e. Arbitraal appel in geval van samenvoeging / 506

1. Samenvoeging en arbitraal appel in het algemeen / 506
2. Bijzonderheden / 507

Art. 1061f. Arbitraal appel in geval van (on)bevoegdverklaring / 508

1. Appel tegen onbevoegdverklaring / 508
2. Appel tegen bevoegdverklaring / 509

Art. 1061g. Arbitraal appel en dwangsom / 510

1. Dwangsom voor het eerst in appel / 510
2. Andere kwesties rond dwangsom en appel / 510

Art. 1061h. Aanvulling in arbitraal appel / 512

1. Aanvulling in appel of in eerste aanleg? Hoe ligt dat bij de rectificatie? / 512
2. Andere vragen van samenloop / 513

Art. 1061i. Uitvoerbaarverklaring bij voorraad / 514

1. Voorwaarden voor uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring / 514
2. Zekerheidstelling / 515
3. Rechtsmiddelen / 516

Art. 1061j. Gezag van gewijsde in geval van arbitraal appel / 518

1. Kracht van gewijsde en gezag van gewijsde andermaal / 518
2. Kracht van gewijsde / 519

Art. 1061k. Tenuitvoerlegging vonnis in geval van arbitraal appel / 520

1. Tenuitvoerlegging van uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis / 520
2. Tenuitvoerlegging van niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis / 521

Art. 1061l. Vernietiging of herroeping vonnis in geval van arbitraal appel / 522

1. Inleiding / 522
2. Vernietiging van de grond af aan / 522
3. Termijn voor vordering tot vernietiging / 523

Vierde afdeling. De tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis / 524

Art. 1062. Verlof tot tenuitvoerlegging / 524

1. Inleiding / 525
2. Voorwaarden voor exequatur / 526
3. Competentie en procedure voor exequaturverlening / 528
4. Rechtsmiddelen / 530
5. Samenloop / 531

Art. 1063. Weigering van verlof tot tenuitvoerlegging / 532

1. Weigeringsgronden / 533
2. Weigeringsbeschikking en rechtsmiddelen daartegen / 537

Vijfde afdeling. De vernietiging en de herroeping van het arbitraal vonnis / 538

Art. 1064. Rechtsmiddelen tegen arbitrale vonnissen / 538

1. Rechtsmiddelen tegen arbitrale vonnissen: vernietiging en herroeping / 538
2. Object van de rechtsmiddelen / 541

Art. 1064a. Vordering tot vernietiging / 542

1. Competentie en procedure / 542
2. Termijn voor rechtsvordering tot vernietiging / 545
3. Vordering tot vernietiging van een arbitraal tussenvonnissen / 549
4. Rechtsmiddelen tegen uitspraak op vordering tot vernietiging / 550
5. Samenloop van vernietigingsprocedure met executie en andere procedures / 551

Art. 1065. Gronden voor vernietiging / 553

1. Algemene opmerkingen bij vernietigingsgronden / 554
2. Grond a: geen geldige arbitrageovereenkomst / 558
3. Grond b: ongeldige samenstelling van scheidsgerecht / 559
4. Grond c: schending van opdracht door arbiters / 560
5. Grond d (1): vonnis niet ondertekend conform art. 1057 Rv / 568
6. Grond d (2): vonnis niet (behoorlijk) gemotiveerd / 568
7. Grond e: strijd met de openbare orde / 569

Art. 1065a. Terugverwijzing / 574

1. Aard van de rechtsfiguur en gronden voor terugverwijzing en aanpak daarvan / 574
2. Vernietigingsprocedure tot en met de terugverwijzing / 576
3. Procedure bij het scheidsgerecht na terugverwijzing / 578
4. Vernietigingsprocedure bij het gerechtshof na terugverwijzing / 579

Art. 1066. Schorsing tenuitvoerlegging / 581

1. Niet van rechtswege schorsing van executie / 582
2. Schorsing door rechter in vernietigingsprocedure / 582
3. Schorsingsprocedure / 584
4. Zekerheidstelling / 584
5. Opheffing der schorsing / 585

Art. 1067. Gevolgen vernietiging / 586

1. Na vernietiging een nieuwe arbitrage of herleving bevoegdheid overheidsrechter / 586
2. Uitzonderingen / 588

Art. 1068. Herroeping / 589

1. Inleiding / 590
2. Bedrog / 592
3. Valse bescheiden / 593
4. Achtergehouden bescheiden / 594
5. Termijn, competentie en procedure / 594
6. Samenloop van herroepingsprocedure met executie en andere procedures / 595

Zesde afdeling. Het arbitraal vonnis, houdende een vergelijk tussen de partijen / 596

Art. 1069. Schikkingsvonnis / 596

1. Scheidsrechterlijk vergelijk in vonnis / 596
2. Afdeling 3-5 toepasselijk behoudens uitzonderingen / 599

Zevende afdeling. Slotbepalingen / 603

Art. 1070. Beschikkingen waartegen geen voorziening openstaat / 603

1. Uitgangspunten voor verzoekprocedures voorzieningenrechter rechtbank / 603
2. Uitzonderingen op de uitgangspunten van aant. 1 / 604

Art. 1071. Bijstand advocaat in geval van procedure bij overheidsrechter / 606

1. Uitgangspunten en algemene beschouwingen / 606
2. Uitzonderingen op de uitgangspunten van aant. 1 / 606

Art. 1072. Aanwijzing voorzieningenrechter van bepaalde rechtbanken / 608

1. Uitgangspunten en algemene beschouwingen / 608
2. Uitzonderingen op de uitgangspunten van aant. 1 / 608

Art. 1072a. Toepasselijkheid art. 261-291 / 609

1. Uitgangspunt / 609
2. Uitzonderingen / 610

Art. 1072b. Elektronisch procederen / 611

1. Inleiding / 611
2. E-componenten / 614

Art. 1072c. Overlijden procespartijen / 618

1. Overlijden van een partij / 618
2. Schorsing en voortzetting van het geding / 619
3. Verlenging termijn rechtsmiddelen in geval van overlijden / 620

Art. 1073. Toepasselijkheid Eerste titel / 621

1. Toepasselijkheid van titel 1 in internationale gevallen / 621
2. Benoeming van arbiters en secretarissen in internationale gevallen / 623

Boek IV, Tweede titel. Arbitrage buiten Nederland / 625

Art. 1074. Rechtsmacht Nederlandse rechter / 625

1. Onbevoegdverklaring overheidsrechter bij buitenlandse arbitrage: algemeen / 625
2. Specifieke voorwaarden voor onbevoegdverklaring ex art. 1074 Rv / 626

Art. 1074a. Conservatoire maatregel of kort geding in Nederland / 630

1. Bevoegdheid voor conservatoire maatregelen en kort geding bij overheidsrechter in het algemeen / 630
2. Verhouding met arbitraal kort geding in het bijzonder / 630

Art. 1074b. Voorlopige berijpsmaatregelen in Nederland / 632

1. Voorlopig getuigenverhoor en deskundigenbericht alsmede voorlopige descende via Nederlandse overheidsrechter / 632
2. Inzage, afschrift en uittreksel van bescheiden via Nederlandse overheidsrechter / 633

Art. 1074c. Rechter-commissaris voor getuigenverhoor in Nederland / 635

1. Niet vrijwillige verschijning van getuige in buitenlandse arbitrage, horen door Nederlandse overheidsrechter / 635
2. Procedure / 635

Art. 1074d. Beroep op overeenkomst tot arbitrage / 637

1. Verhouding met art. 1074a-c Rv / 637
2. Het criterium zelf: niet (tijdig) in arbitrage te verkrijgen / 638
3. Beroep tegen beslissingen inzake art. 1074a-d Rv (?); art. 1074 e conceptwetsvoorstel 2012 / 639

Art. 1075. Erkennung/tenuitvoerlegging buitenlands vonnis met verdrag / 640

1. Erkennung en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van verdrag: inleiding / 641
2. Erkennung en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van Executieverdrag van New York: algemeen en art. I / 642
3. Erkennung en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van Executieverdrag van New York: eisen aan de overeenkomst tot arbitrage ex art. II / 645
4. Erkennung en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van Executieverdrag van New York: art. III-IV / 647
5. Gronden voor weigering van erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van art. V Executieverdrag van New York / 648
6. Erkennung en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen op basis van Executieverdrag van New York: art. VI-VII / 654
7. Procedure voor erkenning en exequatur ex art. 1075 in Nederland: competentie en toepasselijk procesrecht / 654
8. Procedure voor erkenning en exequatur ex art. 1075: procesgang / 656
9. Erkennings- en exequaturprocedure ex art. 1075 vs. art. 1062: het nondiscriminatiebeginsel / 658

Art. 1076. Erkennung/tenuitvoerlegging buitenlands vonnis zonder verdrag / 660

1. Erkennung en tenuitvoerlegging zonder verdrag / 662
2. Gronden voor weigering van erkenning en tenuitvoerlegging / 664
3. Grond Aa: geen geldige overeenkomst tot arbitrage / 665
4. Grond Ab: ongeldige samenstelling van scheidsgerecht / 666
5. Grond Ac: schending van opdracht / 667
6. Grond Ad: appellabiliteit van arbitraal vonnis / 668
7. Grond Ae: staat van nietigheid / 668
8. Grond B: strijd met openbare orde / 669
9. Verschillen in exequaturkansen tussen art. 1075 en art. 1076 / 671
10. Toepasselijkheid van art. 985-990 / 672
11. Schorsing in verband met vernietigingsprocedure / 673

Artikelenregister / 674

Jurisprudentieregister / 689

Trefwoordenregister / 729

Prof. mr. H.J. Snijders

Algemene Inleiding

Overzicht van de aantekeningen

1. Inleiding
2. Geschiedenis, achtergrond en systematiek van de Arbitragewet 1986 en van de Arbitragewet 2015
3. Toepasselijkheid van Nederlands arbitragerecht
4. Overgangsrecht Arbitragewet 2015
5. Toepasselijkheid van recht inzake verzoek(schrift)procedure van boek I Rv; afwijkende regels
6. Regelend recht – dwingend recht
7. Arbitrage versus bindend advies en ADR/AGB
8. Arbitrage, BNL, EU en EHRM
9. Taal van de arbitrage

1. Inleiding

1.1. Wettelijke plaatsbepaling

De eerste drie Boeken van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelen de wijze van procederen voor de gewone rechter, de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten en conservatoire maatregelen. Het vierde boek is gewijd aan arbitrage. Het is op 1 december 1986 ingevoerd als onderdeel van de toen in werking getreden Arbitragewet van 2 juli 1986, *Stb. 1986, 372 (hierna ook: de Arbitragewet 1986)*.¹ Bij de Wet van 2 juni 2014, *Stb. 2014, 200*, die op 1 januari j.l. in werking is getreden (hierna ook: de *Arbitragewet 2015*), werd het arbitragerecht tamelijk ingrijpend herzien.

Zie voor de geschiedenis, ratio en systematiek van deze wetswijzigingen aant. 2 hieronder.

Zie voor het overgangsrecht rond de wetswijzigingen en dan met name het bepaald relevante overgangsrecht met betrekking tot de Arbitragewet 2015 aant. 4 hieronder.

De Arbitragewet 2015 is niet van toepassing op de overzeese gebiedsdelen van ons koninkrijk. Daar geldt ingevolge art. 1020 lid 1 Rv BES de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

1.2. Begrip en actieradius

Door arbitrage kunnen partijen met wederzijds goedvinden problemen buiten de overheidsrechter om doen oplossen door de beslissing daarover op te dragen aan zelf gekozen scheidslieden of arbiters. Scheidslieden spreken recht krachtens een bijzondere opdracht en niet uit hoofde van enig ambt. Arbiters functioneren dus als rechter. Zij hebben in beginsel

1. Een geannoteerde vertaling van deze wet in het Engels, Frans en Duits vormt *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Deventer (onder meer): Kluwer Law and Taxation Publishers 1987, verzorgd door P. Sanders en A.J. van den Berg.

ook dezelfde bevoegdheden als de gewone rechter. Zo vermeldt art. 3:305 BW: 'De in de voorgaande artikelen van deze titel aan de rechter toegekende bevoegdheden komen mede aan scheidsmannen toe, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.' Hierdoor is onder meer veiliggesteld dat arbiters op dezelfde voet als overheidsrechters reële executie van hun uitspraken kunnen bevorderen. Zie ook art. 611i Rv, dat in art. 611a-h Rv over de dwangsom onder de rechter 'mede scheidsmannen begrepen' acht, hetgeen ook al volgt uit art. 1056 Rv. Beide bepalingen zijn (voorts) in zoverre overbodig dat als hoofdregel in de arbitrageregeling van art. 1020 e.v. Rv toch al besloten ligt, 'dat wat de rechter kan, ook de arbiter vermag';² Een en ander pleit ook voor de heersende rechtsopvatting dat arbiters de collectiviteitsactie (groepsactie of algemeen-belangactie) van art. 3:305a-c BW mogen beoordelen (ondanks de plaatsing na art. 3:305 BW, dat voorziet in toepasselijkverklaring op arbiters van de 'voorgaande artikelen van deze titel'), waarover nader aant. 6 op art. 1020.

Omgekeerd mogen arbiters dus ook niet meer dan de overheidsrechter en dienen zij een eisende partij dus niet-ontvankelijk te verklaren als er geen belang bestaat bij de ingestelde vorderingen; zij dienen zich in het bijzonder te onthouden van een verklaring voor recht als eiser daar onvoldoende belang bij heeft (art. 3:302 jo. art. 303 BW).³] Een belang bij een proceskostenveroordeling is overigens al toereikend (art. 3:303 BW).

Uit het voorgaande laat zich afleiden dat arbitrage zich in de context van de stof van dit boek laat omschrijven als rechtspraak door particulieren ofwel particuliere rechtspraak.⁴

Transnationaal gezien komt bij wijze van uitzondering ook wel 'arbitrage' door overheidsorganen voor. Zo 'arbitreert' het HvJ EG, inmiddels HvJ EU, wel op basis van een overeenkomst tot arbitrage tussen de Europese Commissie en een of meer andere partijen, dit op basis van EU-regelgeving ter zake.⁵ Dergelijke arbitrage valt buiten het bestek van dit boek. Al helemaal buiten het bestek van dit boek vallen overheidsrechters in sommige landen (GOS-landen, vroeger ook België) die als hoogste (constitutioneel) overheidsorgaan fungeren en gesierd worden met een aanduiding als Hof van Arbitrage zonder dat er ook enige overeenkomst van partijen aan hun optreden ten grondslag ligt; in wezen gaat het hier om gewone overheidsrechtspraak (in België heet het Arbitragehof inmiddels Grondwettelijk Hof).⁶

Bepaalde beslissingen kunnen ook zonder dat er een geschil tussen partijen is aan arbiters worden opgedragen, zoals volgt uit art. 1020 lid 4 Rv, waarover aant. 2-3 op art. 1020. Indien men rechtspraak beschouwt als beslechting van rechtsgeschillen, dan zou arbitrage

2. Aldus – nog voor art. 620 en 636 Rv (oud) maar hun opvolgers art. 1020 respectievelijk 1054 Rv wijken voor zover relevant daar niet vanaf – VV II en MvA II, *PG Boek 3 BW*, p. 894. Zie voorts NvW II, *PG Boek 3 BW*, p. 916.

3. Zie dan ook NAI 1 juli 1997, *TvA* 1997/84 respectievelijk NAI 12 mei 2005, *TvA* 2006/6.

4. MvA II voor de Arbitragewet 1986, *TvA* 1986/2, p. 59. Zie voorts: A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 1.2, Stein, *De nieuwe Arbitragewet*, p. 1, Hugenholtz/Heemskerk, nr. 202, Sanders, *Arbitration*, nr. 4.

5. Wie de jurisprudentie van het Europese Hof op de website <http://europa.eu.int> afzoekt op de term 'arbitrage' vindt met name uitspraken van het hof in deze context.

6. Vgl. bijv. EHRM 25 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399, Appl. nr. 48553/99. (*Sovtransavto/Oekraïne*).

in deze gevallen niet aan de definitie van rechtspraak voldoen. Ook de overheidssector kent echter dergelijke ‘oneigenlijke rechtspraak’ (ook wel aangeduid als voluntaire jurisdictie, in tegenstelling tot de ‘eigenlijke rechtspraak’ of contentieuze jurisdictie). Te denken valt bijvoorbeeld aan de rechterlijke benoeming van een voogd over een minderjarig kind na overlijden van zijn ouders, die meestal wordt verzocht zonder dat daaromtrent enig geschil bestaat.

1.3. Wettelijke grondslag van arbitrage en afstand van recht op overheidsrechter

1.3.1. Grondslag arbitrage: fundamenteel recht op rechtspraak van staatswege

De wettelijke grondslag van arbitrage vindt men in art. 1020 Rv, dat zelf weer een contractuele grondslag voor arbitrage eist. Die contractuele grondslag is vereist, omdat partijen door te kiezen voor arbitrage over en weer afstand doen van hun recht op behandeling door een gewone rechter. Dat recht komt hen toe op grond van art. 6 EVRM, art. 14 IVBP en art. 17 Gw; zie ook het op art. 6 gelijkende art. 47 Handvest van de Grondrechten van de EU (waarover iets meer hieronder sub 1.5.3).

Het *right of effective access to the courts* van art. 6 EVRM⁷ kan door een private persoon via art. 1022 Rv en art. 1065 lid 1 sub a of sub e Rv ingeroepen worden tegenover de overheidsrechter en via art. 1052 Rv bij het scheidsgerecht. Art. 6 EVRM verzet zich echter niet tegen uitdrukkelijke of stilzwijgende afstand van het recht op de overheidsrechter, mits die afstand ondubbelzinnig en vrijwillig geschiedt.⁸ Zelfs verzet art. 6 EVRM zich er niet

7. Zie o.m. EHRM 9 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, ECLI:NL:XX:1979:AC1044, NJ 1980/376 m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ierland*).

8. Snijders, Preadvies, nr. 2.23, 3.2, en 6.1 e.v., R.A. Lawson, *TvA* 1996, p. 157 e.v., en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, NJ 2004/280, m.nt. H.J. Snijders (*ABN AMRO/Teisman*), *TvA* 2003/48; *TPR* 2005, p. 1332 (E.P.W. Korevaar), met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen (ook dit lijkt Loos t.a.p. te miskennen). Zie voor de overheidsrechtspraak met name: EHRM 25 februari 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1622, NJ 1994/117, m.nt. E.J. Dommering (*Pfeifer en Plankl/Oostenrijk*), EHRM 22 februari 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2494, NJ 1996/483, m.nt. G. Knigge (*Bulut/Oostenrijk*), waarover R.A. Lawson en H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: 1997, p. 637 e.v.; EHRM 23 mei 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0523JUD001166285, Appl. 11662/85 i.h.b. § 51 (*Oberschlick/Oostenrijk*); EHRM 23 februari 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0223DEC003173796, Appl. nr. 31737/96 (*Suovaniemi/Finland*); ECRM 27 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2654, Appl. nr. 28 101/95, DR 87a, p. 112 e.v. i.h.b. p. 116, NJ 1997/505, m.nt. P.J. Boon; *TvA* 1997, p. 26, m.nt. R.A. Lawson en H.J. Snijders, *TPR* 2005, p. 1365 e.v. (E.J. Zippo) (*Nordström/Nederland*); HR 6 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0752, NJ 1993/191, m.nt. B.H. ter Kuile (*Bakkum/Brandsen-Visser*); HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, *TvA* 2009/50, m.nt. B.C. Punt (*Smit/Ruwa*), besproken door M. van Leyenhorst, *TPR* 2014/2, p. 920; Rb. Amsterdam 16 maart 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AD2057, NJ 1995/701. Zie voor de arbitrale rechtspraak bijv. RvAB 2 december 1997, *TvA* 1998/30 en NAI 23 maart 1999, *TvA* 2000/12, zie ook RvAB 20 februari 1998, *TvA* 1998/34. Zie ook G.J. Wiarda in *Overheidsrechter gepasseerd, Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, p. 426 e.v. en E.A. Alkema, *TvA* 1985, p. 109 e.v. Vgl. in dit verband ook H.J.M.N. Honée, in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 28 e.v. onder verwijzing naar een discussie tussen M.M. Mendel en J.K. Franx over een inmiddels achterhaald voorstel tot min of meer rechterlijk te verplichten inschakeling van een commissie voor betwiste overnames. Loos heeft in het licht van art. 17 Gw t.a.p. moeite met arbitrage op basis van algemene voorwaarden.

princiepelijk tegen dat partijen afstand doen van hun wettelijk recht om de overheidsrechter te adiëren met een vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis, zo heeft recente rechtspraak uitgewezen, al voorziet het Nederlands arbitragerecht daar nog niet royaal in (waarover aant. 1 op art. 1064).⁹

De berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen is bij uitsluiting aan de rechterlijke macht opgedragen in art. 112 Gw. Verder bepaalt art. 17 Gw: 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.' Deze rechter is de bevoegde overheidsrechter. De woorden 'tegen zijn wil' zijn in 1814-1815 met name in de bepaling opgenomen met het oog op 'compromissen en prorogatie van jurisdictie'.¹⁰ De grondwetgever wilde hiermee de in de wet voorziene mogelijkheden van arbitrage en prorogatie niet uitsluiten, maar handhaven. In beide gevallen geeft de wet partijen de bevoegdheid om bij overeenkomst af te wijken van de wettelijke bevoegdheidsregels. Oorspronkelijk had de bepaling nog een andere strekking: bescherming tegen onttrekking aan de rechter van de eigen stand, het *collegium parium*.¹¹ Dit recht op een overheidsrechter (*ius de non evocando*) kan op dezelfde wijze worden ingeroepen tegen overheidsrechters en arbiters als art. 6 EVRM voormeld. Naar heersende rechtsopvatting komt mede in het licht van de grondwetsgeschiedenis aan art. 17 Gw ook horizontale werking toe. Burkens noemt het *ius de non evocando* zelfs de 'kroongetuige van het bestaan van horizontale werking' bij de grondwettelijke grondrechten. Inmiddels wordt art. 17 Gw beschouwd als een bepaling die evenals art. 6 EVRM arbitrage op onvrijwillige basis verbiedt.¹²

9. Zie HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*) en EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitsersland*), waarover M.W. Knigge en P.L.F. Ribbers, *TvA* 2017/20.
10. Sanders, diss., p. 3, 6, 7, en *AR* 1965, p. 33 e.v., Van Rossum/Cleveringa, art. 620, aant. 1, L. van Praag, *RMThemis* 1919, p. 430 e.v.
11. Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke e.a., 15^e druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 426-427. Zie ook L. Hardenberg, *RMThemis* 1996, p. 327 e.v.
12. Toepassingen hiervan vormen bijv. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, NJ 2004/280, m.nt. H.J. Sniijders, *TvA* 2003/48, m.nt. E.A. Alkema, *TPR* 2005, p. 1332, m.nt. E.P.W. Korevaar (*ABN AMRO/Teisman*), Hof Amsterdam 29 september 2009, *TvA* 2010/40; RvAB 26 januari 1999, *BR* 2000, p. 526 (14^e druk) en RvAB 23 maart 1999, *BR* 2000, p. 524. Zie voor de huidige betekenis van art. 17 Gw voor de arbitrage voorts bijv.: Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, p. XVI-XVIII en p. 3-4, *De Grondwet* o.r.v. A.K. Koekkoek (derde druk), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, art. 17 aant. 3, p. 214 met verwijzing naar HR 11 maart 1904, *W* 8046 en HR 8 april 1910, *W* 9019, A.F.M. Brenninkmeijer, in *Grondrechten* (de Jeukens-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 346 e.v.; P.W.C. Akkermans, in *Overheidsrechter gepasseerd, Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, p. 359 e.v. en G.J. Wiarda in *Overheidsrechter gepasseerd, Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, p. 413 e.v. onder referentie aan ECRM 12 december 1983 (*Bramelid en Malmström/Zweden*), Sniijders, *Preadvies*, p. 7, B.C. Punt in zijn noot bij Hof Amsterdam 16 februari 2006, *TvA* 2008/56. Hiertegen L. Hardenberg, *RMThemis* 1996, p. 327 e.v., bestreden door P. Sanders, *RMThemis* 1997, p. 241 e.v. Zie sindsdien bijv. Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke e.a., 15^e druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 426 e.v., A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, 18e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 305 en C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 7e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 515.

1.3.2. Afstand van het recht op een overheidsrechter

Afstand van het recht op de overheidsrechter kan volgens heersende rechtsopvatting rechtsgeldig geschieden bij ondubbelzinnige en vrijwillige aanvaarding van algemene voorwaarden¹³, waarover (afgezien van art. 6 EVRM en art. 17 Gw) aant. 3 op art. 1021, waar zal blijken dat deze opvatting voor consumentenovereenkomsten wel om forse nuancering vraagt.

Nog niet door de rechtspraak beantwoord is de vraag of een afstand die geschiedt in de context van een overeenkomst met een (min of meer) monopolistische contractspartner als geldig valt aan te merken (te denken valt bijvoorbeeld aan een arbitraal beding in de overeenkomst die strekt tot – kort gezegd – treinvervoer door de NS of verkrijging van het lidmaatschap van de KNVB). De vraag had in de praktijk kunnen spelen bij het arbitraal beding voor geschillen over .nl-domeinnamen, maar de huidige geschilbeslechting Clausule voor die domeinnaamgeschillen behelst sinds 2008 in zoverre vrijblijvende geschillenbeslechting dat de weg naar de overheidsrechter niet wordt uitgesloten.¹⁴

Gelet op het belang van het recht op de overheidsrechter, is de vraag of daarvan door middel van arbitrage afstand is gedaan, niet een marginale kwestie. De overheidsrechter past bij de beoordeling hiervan geen enkele terughoudendheid (waarover tevens aant. 2 op art. 1065). Partijen kunnen die vraag dan ook niet aan de overheidsrechter onttrekken, anders dan bijvoorbeeld een vraag over de uitleg van een arbitragereglement.¹⁵ De overheidsrechter heeft op het punt van een grondslag voor arbitrage in het algemeen het laatste woord, waarover tevens de aantekeningen op art. 1022 Rv, 1052 Rv en 1065 lid 1 sub a. Ongeacht de door partijen gekozen beslissingsmaatstaf moeten arbiters op dit punt ook steeds oordelen naar regelen des rechts, waarover nader aant. 1 op art. 1054 Rv.¹⁶

Gezien het fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter, dient voorzichtigheid betracht te worden bij de bepaling van de actieradius van een overeenkomst tot arbitrage. Zo spreekt het niet voor zichzelf dat een overeenkomst tot arbitrage met betrekking tot eventuele geschillen over de hoofdovereenkomst (bijvoorbeeld koop of aanneming van werk) tevens ziet op eventuele geschillen met betrekking tot daarop volgende overeenkomsten. De overeenkomst tot arbitrage dient er ondubbelzinnig op te duiden dat deze tevens ziet op eventuele geschillen met betrekking tot daarop volgende overeenkomsten,

13. Vraagtekens hierbij plaatst B.C. Punt in zijn annotatie bij Hof Amsterdam 11 november 2004 *TvA* 2006/38.

14. Zie art. 21 van de Geschillenregeling voor .nl-domeinnamen 2008, die gewijzigd is op 31 december 2013 (www.sidn.nl).

15. Zie HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4130, *NJ* 1981/203, m.nt. W.H. Heemskerk (*De Raad/Wagemaker*), HR 28 september 1990, ECLI:NL:1990:AD1240, *NJ* 1991/230, m.nt. J.B.M. Vranken (*Huybrechts/Van Tuyl*) en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, *NJ* 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, *TvA* 2003, p. 143, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, *NbBW* 2003, p. 46, m.nt. B. Wessels, *TCR* 2004, p. 25, m.nt. G.J. Meijer; *TPR* 2005, p. 1324 (E.P.W. Korevaar) (*IMS/Modsaf-IR*), waarover A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie voor HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1523, *RvdW* 2007/507 (*X/Flora*) onder 2.7-11 en Meijer, diss., nr. 4.2.2, p. 96 e.v.

16. Zie voor dit onderwerp nader Meijer, diss., hoofdstuk 3, p. 33 e.v., die voor arbitrages buiten geschil een iets andere opvatting verdedigt.

wil men deze inderdaad onder de overeenkomst tot arbitrage laten vallen.¹⁷ Zie bijvoorbeeld de aanbevolen tekst voor een arbitraal beding: “Alle geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst *dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn*, zullen worden beslecht overeenkomstig het Arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut.” (curs. HJS).¹⁸

1.4. Pathologische arbitrageclausules

De afstand van het recht op overheidsrechtspraak dient als gezegd ondubbelzinnig en vrijwillig te geschieden.

Niet dubbelzinnig laat staan onvrijwillig is een arbitrageclausule, die de keuze laat aan een der partijen in een eventueel geschil om te kiezen tussen een scheidsgerecht en een overheidsrechter. Met name in cognosementen is een dergelijke *split clause* of *optional clause* niet ongebruikelijk.¹⁹ Ook daarbuiten komen eenzijdige optie-arbitrageclausules veel voor.²⁰

Onduidelijkheid ten aanzien van de keuze voor arbitrage of bindend advies (waarover meer in aant. 7 hieronder), hoeft op zichzelf niet in de weg te staan aan de aanneming dat de afstand van het recht op de overheidsrechter ondubbelzinnig en vrijwillig is geschied, in aanmerking nemende dat partijen toch in ieder geval beoogd hebben hun geschil primair buiten de overheidsrechter om te laten behandelen.²¹ De vraag is dan natuurlijk wel welke figuur uiteindelijk toepasselijk is. Problematisch is ook een clausule die onduidelijk is uit het oogpunt van de keuze voor arbitrage of bindend advies, zo onduidelijk dat belanghebbende er niet uit afleidde dat de procedure die daarop volgde een arbitrageprocedure was, waardoor hij verzuimde tijdig een beroep te doen op onbevoegdheid van arbiters.²² Zie hier een voorbeeld van een zogenoemde ‘pathological clause’ (clause pathologique)²³, een fenomeen dat helaas in binnen- en buitenland in en buiten de context van de arbitragecontracten nog steeds meer dan incidenteel ontsiert.

Enige andere voorbeelden van pathologische teksten aangaande de totstandkoming van een overeenkomst tot arbitrage mogen hier niet ontbreken.²⁴ Telkens is het de vraag of de pathologische tekst eraan in de weg staat dat een overeenkomst tot arbitrage wordt aangenomen. Criterium lijkt hier te zijn of die uiteindelijk als pathologisch te kwalificeren

17. Zie reeds Nolen, p. 25-26 en Sanders, diss., p. 68. Zie voorts bijv. RvAB 11 februari 2016, TvA 2016/48. Zie ook bijv. RvAB 24 februari 2016, TvA 2016/49.

18. Zie www.nai-nl.org. Een soortgelijke clausule beveelt bijv. TAMARA aan. Zie <https://www.tamara-arbitration.nl/en/arbitration/recommended-clause>.

19. Vgl. Hof 's-Gravenhage 22 mei 2012, TvA 2013/22, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, *S&S* 2013/14.

20. Vgl. Bas van Zelst, *NIPR* 2017, p. 39 e.v.

21. Vgl. H.J. Snijders, *TvA* 2005/1 en *Pathologische geschilbeslechtsclausules*, in *Amice* (de Rutgers-bindel), Kluwer: Deventer 2005, p. 317 e.v. waarover Meijer, diss., nr. 4.2.3, p. 120 e.v.

22. Hof Amsterdam 11 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC3116, *TvA* 2008/57, m.nt. H.A. Groen.

23. Vgl. voor deze term als kwalificatie van arbitrageclausules (mogelijk voor het eerst, vgl. F.J.M. de Ly, *TvA* 2007/27) F. Eisemann, La clause d'arbitrage pathologique, in: *Arbitrage commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Rome 1974, p. 129 e.v. (de term ‘clause pathologique’ wordt in het algemeen contractenrecht overigens al langer gebruikt).

24. Zie tevens Mw. C.C. de Vink, *Contracteren* 2010, p. 19 e.v.

component voor een der partijen, kenbaar voor de ander, als *condicio sine qua non* van de overeenkomst tot arbitrage kan worden beschouwd, waarover in menig geval verschillend kan worden gedacht.

Zo is een overeenkomst die voorziet in arbitrage door een niet bestaand instituut, zoals 'arbitrage overeenkomstig (...) de Raad van Arbitrage voor de Bouwkunst', door de RvAB zonder betekenis geacht.²⁵ Daarentegen is een verwijzing naar de oude naam van deze raad wel geconverteerd in een verwijzing naar de nieuwe.²⁶ Ook een verwijzing naar het niet bestaande 'Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Netherlands' is wel gered (men zou dit beding met een beetje goede wil dan ook kunnen lezen als een clause die in ICC-arbitrage in Nederland voorziet);²⁷ zo ook een verwijzing naar de niet bestaande 'German International Economic and Trade Arbitration Commission', die zou duiden op verwijzing naar de 'German Institution of Arbitration'.²⁸ Zelfs een beding strekkende tot arbitrage bij het 'Court of Arbitration of the Centre of the Arbitral Consultations in the City of The Hague' werd gered, waarbij echter in het midden wordt gelaten of het dan wel gaat om institutionele arbitrage en zo ja bij welk instituut,²⁹ misschien aan aanwijzing voor kwalificatie als ad hoc arbitrage.

Verwijzen partijen naar arbitrage door een scheidsgerecht dat zich nu juist reglementair beperkt tot andere typen geschillen (bijvoorbeeld aannemingsgeschillen) dan het geschil dat partijen overeenkomstig hun overeenkomst tot arbitrage aan arbiters voorleggen (bijvoorbeeld een koopgeschil), dan is het arbiters in de praktijk wel toegestaan om het geschil te beoordelen.³⁰

Een pijnlijk mooi voorbeeld van een *pathological arbitration clause* vormt een arbitrageclause die inhoudt dat alle geschillen van partijen 'kunnen' worden beslecht overeenkomstig een bepaald arbitragereglement. Uit die mogelijkheid valt nog niet af te leiden dat partijen ook werkelijk arbitrage zijn overeengekomen, aldus een rechtbank.³¹ Interessant is ook een uitspraak van het Amsterdamse Hof over de volgende clause: 'All the disputes which may arise out of the contract will be settled in Turkmenistan arbitration', een clause die dezerzijds in afwijking van het hof maar conform de commentator nog wel als arbitraal beding beschouwd wordt.³²

25. RvAB 9 juni 1997, *TvA* 1997/74.

26. RvAB 24 januari 2006, *TvA* 2006/43.

27. Hof Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:512, *JBP* 2016/52, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.

28. Rb. Gelderland 19 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2844.

29. Rb. Oost-Brabant 28 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1456.

30. Vgl. N.J.M. Donders, *BR* 1995, p. 399 e.v. en H.J. Sniijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken' (*Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht*, nr. 23), Deventer: Kluwer 1995, nr. 2.25 met verdere literatuurverwijzingen.

31. Rb. Rotterdam 28 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AN8217, *S&S* 2003/127. Zie voorts bijv. Rb. Rotterdam 10 maart 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AS4044, *S&S* 2005/3. In dezelfde zin Meijer, diss., p. 91-92.

32. F.J.M. de Ly, *TvA* 2006/27 jo. Hof Amsterdam 27 oktober 2005, rolnr. 1706/04.

De clause 'All disputes and differences originating in connection with the present contract, non-authorised by negotiations, are subject to final settlement by arbitration of the Dutch Court' werd door een NAI-scheidsgerecht, mede onder verwijzing naar buitenlandse arbitrageuitspraken over soortgelijke problemen, geïnterpreteerd als een arbitraal beding en wel als een arbitraal beding strekkende tot NAI-arbitrage.³³

Zie hier een greep uit de voorbeelden van pathologische clauses ten aanzien van de vraag of arbitrage overeengekomen is.³⁴

Pathologisch kan de tekst van de clause niet alleen zijn ten aanzien van de vraag of arbitrage overeengekomen is maar ook ten aanzien van de vraag of gegeven arbitrage een bepaald arbitragereglement van toepassing is³⁵; op dat punt dient de clause eveneens ondubbelzinnig te zijn geredigeerd, al kan aan die eis voldaan worden op basis van uitleg van de betrokken bepaling (vgl. zojuist aangehaalde uitspraak van het NAI).

Andere pathologische clauses komen aan de orde in aant. 7 hieronder en in aant. 1.3 op art. 1020.

1.5. Hoofdbeginselen van arbitrage

1.5.1. Algemeen

Voor de arbitrage gelden voor een belangrijk deel dezelfde hoofdbeginselen (fundamentele beginselen) van procesrecht als voor de overheidsrechtspraak, zoals die van hoor en wederhoor (art. 1039 lid 1 Rv), onafhankelijkheid en onpartijdigheid (art. 1033 Rv) en behandeling binnen redelijke termijn (art. 1031 lid 2 Rv). Het beginsel van de partij-autonomie doet zich bij de arbitrage zelfs nog sterker voelen dan bij de overheidsrechtspraak (zie bijvoorbeeld art. 1036 en 1039 lid 5 Rv).³⁶

Het openbaarheidsbeginsel geldt echter in het algemeen niet voor arbiters. Integendeel, de behandeling van arbitrages en ook het arbitraal vonnis gelden in de regel als vertrouwelijk. Zie hierover nader aant. 5 op art. 1036 Rv respectievelijk aant. 6 op art. 1057 Rv.

Bovendien ontbreken het appel- en cassatiebeginsel.³⁷

Verder worden aan de motivering van arbitrale vonnissen minder hoge eisen gesteld dan aan uitspraken van de overheidsrechter (zie nader art. aant. 2-5 op 1057).

33. NAI 2 oktober 2008, *TvA* 2011/58.

34. Nog enkele voorbeelden: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2161, *NJF* 2014/189; RvAB 22 oktober 2012, *TvA* 2013/20. Zie ook Meijer, diss., nr. 4.1, p. 91 e.v.

35. Zie bijv. Rb. Rotterdam 25 januari 2006, *TvA* 2007/10, m.nt. H.L.J. Roelvink.

36. Zie nader bijv. W.D.H. Asser, *TvA* 2013/40 en internationaal Franco Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, New York: Juris 2016.

37. Zie over de hoofdbeginselen voorts: A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 2.3; Snijders, Preadvies, nr. 3.1. e.v., *Snijders, Klaassen & Meijer*, nr. 384, waarover Filip de Ly, *TvA* 2002, p. 124; P. Sanders, in: *De bankier als jurist tegen wil en dank* (de Langman-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 183; G.J. Wiarda & H.J. Snijders in *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, p. 413 e.v. respectievelijk 401 e.v.

1.5.2. EVRM en Europees Handvest

Art. 6 EVRM is in het algemeen slechts in beperkte mate van toepassing op de arbitrage. Partijen doen door arbitrage immers juist afstand van het in art. 6 EVRM toegekende recht op een overheidsrechter, al impliceert deze geen afstand van alle fundamentele aan die bepaling te ontnemen rechten en krijgen de meeste rechten van art. 6 EVRM toch wel – in het bijzonder via art. 1063, 1065, 1075 en 1076 Rv, waarop art. 6 EVRM rechtstreeks van toepassing is³⁸ – gestalte als fundamentele beginselen van openbare orde; zie de zojuist genoemde wetsartikelen waarin de openbare orde een belangrijke rol speelt, waarover nader de aantekeningen op die bepalingen.³⁹ De vraag of het ontbreken van verzet, in de zin van een rechtsmiddel tegen een arbitraal verstekvonnis en tegelijkertijd als vormgeving van het beginsel van hoor en wederhoor, in strijd is met art. 6 EVRM, werd overigens ontkennend beantwoord.⁴⁰

Gaat het om een arbitrage ten overstaan van een ‘arbitral tribunal established by law’ dan is art. 6 EVRM daarop in beginsel wel integraal van toepassing. Aldus oordeelde het EHRM onder meer⁴¹ in de zaak *Regent Company/Oekraïne*.⁴² De criteria voor die kwalificatie zijn niet bepaald duidelijk. In de zaak *Regent Company/Oekraïne* kwalificeerde het EHRM het International Commercial Arbitration Court van de Oekraïense Kamer van Koophandel als zodanig. Bijzonder bij dit arbitragehof was met name, zoals het EHRM ook ter onderbouwing van zijn oordeel aangeeft, dat het ‘similar’ procesregels hanteerde als de overheidsrechter ter plaatse en dat het bij Oekraïense wet als enige hof was toegelaten om ‘commercial disputes with a foreign element’ in de Oekraïne te behandelen.⁴³

De procedures rond arbitrage ten overstaan van de overheidsrechter moeten zelf steeds aan alle eisen van art. 6 EVRM voldoen; wordt een arbitraal vonnis door de overheidsrechter ten onrechte onder invloed van schending van een beginsel van art. 6 vernietigd, dan wordt daarmee tevens een ‘property right’ in de zin van art. 1 van het Eerste Protocol bij het verdrag geschonden, namelijk het recht op effectuering van het arbitraal vonnis; de staat is dan schadeplichtig.⁴⁴

38. Zie ook A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, *NJ* 2012/55, m.nt. H.J. Snijders, *TvA* 2011/9, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, *JBPr* 2010/55, m.nt. R.P.J.L. Tjittes en de door Strikwerda aangehaalde bronnen (*Rosneft/Yukos*), besproken door H.J. Snijders, *TPR* 2014/2, p. 934.

39. Een en ander lijkt miskend te worden door Marco Loos, *BR* 1998, p. 495.

40. Het gaat om een vraag van A.G.J. van Wassenaar en een antwoord van H.J. Snijders ter VvB-jaarvergadering 1995, *BR* 1996, p. 285 respectievelijk p. 291.

41. Zie eerder met name EHRM 8 juli 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0708JUD000900680, Series A nr. 102 (*Lithgow/Verenigd Koninkrijk*).

42. EHRM 3 april 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0403JUD000077303, Appl. nr. 773/03 (*Regent Company/Oekraïne*).

43. Filip de Ly, *TvA* 2009/57 leidt uit de uitspraak af dat arbitrage in beginsel wel onder art. 6 EVRM valt, maar het EHRM oordeelt dat alleen voor een ‘arbitral tribunal established by law’.

44. EHRM 9 december 1994, ECLI:NL:XX:1994:AC1182, *NJ* 1996/592, m.nt. E.J. Dommering (*Stran en Andreadis/Griekenland*), waarover H.J. Snijders, ‘Rond de arbitrage met name in bouwzaken’ (*Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht*, nr. 23), Deventer: Kluwer 1995, nr. 6.1 e.v.

Het laat zich echter aanzien dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – in het voetspoor van een geruchtmakende uitspraak van de inmiddels opgeheven Europese Commissie voor de Rechten van de Mens⁴⁵ – slechts marginaal controleert of en zo ja in welke uitleg de Nederlandse overheidsrechter fundamentele beginselen van art. 6 op de arbitrage toepast.

De horizontale werking van art. 6 EVRM is indirect verzekerd door de aansprakelijkheid van de staat voor onvoldoende verwezenlijking van de hierin neergelegde eisen van rechtspleging in de betrekkingen tussen private personen, die door het Europese Hof worden gezien als een waarde van 'l'ordre public des Etats membres du Conseil de l'Europe'.⁴⁶ Zo is de staat Oekraïne in het arrest *Regent Company/Oekraïne* door het EHRM veroordeeld het bedrag waartoe gedaagde Oriana door het scheidsgerecht was veroordeeld, zelf te betalen, dit wegens obstructie van staatswege van de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis (Oriana was wel een 'State-owned and managed company').

Verder wordt als toepassing van de horizontale werking andermaal in herinnering geroepen dat bij gebreke van een vrijwillige keuze voor arbitrage een partij haar 'right of effective access to the courts' in een arbitrageprocedure en in een procedure voor de overheidsrechter kan invoeren.

Art. 6 EVRM heeft al met al dus bepaald wel enige invloed op de arbitrage.⁴⁷ Dat ziet men ook in het recht van andere verdragsstaten.⁴⁸

Art. 47 Europees Handvest, dat ongeveer een zelfde voorziening biedt als art. 6 EVRM, heeft geen surpluswaarde; bovendien is het toegespitst op EU-zaken en is het trouwens ook niet zeker of deze bepaling directe horizontale werking heeft.⁴⁹

Arbiters zijn overigens niet alleen gebonden aan een aantal bovengenoemde fundamentele beginselen van rechtspleging, maar dienen, gezien hun opdracht, tevens de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen, waarover nader aant. 1 op art. 1029 Rv (art. 7:401 BW; zie ook art. 7:400 lid 2 BW).

45. ECRM 27 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2654, *NJ* 1997/505, m.nt. P.J. Boon, *TvA* 1997, p. 27 (R.A. Lawson/H.J. Snijders); *TPR* 2005, p. 1365 e.v. (E.J. Zippro) (*Nordström/Nederland*).

46. Vgl. bijv. EHRM 27 februari 1980, ECLI:NL:XX:1980:AC6833, i.h.b. § 49, *NJ* 1980/561 (*Deweert/België*); ECRM 12 oktober 1978, ECLI:CE:ECHR:1978:1012DEC000766976, Appl. nr. 7669/76 DR 15, p. 133 (*X Company/Netherlands*), ECRM 3 mei 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0503DEC000932281, Appl. nr. 9322/81, DR 32, p. 180, i.h.b. p. 182-183 (*Mühren/Netherlands*) en ECRM 6 september 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0906DEC001224286, Appl. nr. 12 242/86 DR 62, p. 151 i.h.b. p. 160-161 (*Rommelfanger/FRG*).

47. Zie ook Meijer, diss., nr. 3.3, p. 74 e.v.

48. Vgl. nader bijv. G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2004, nr. 109 e.v.

49. Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, 'Horizontale werking van het EU-Handvest voor grondrechten. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (Laboubi)', in N.M. Blokker e.a. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht* (de Lawson-bundel), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, pp. 115-123.