

Tijdschrift voor Arbitrage

Internationale Arbitrage
In Nederland onder
de Huidige Arbitragewet

Prof. mr A.J. van den Berg

VUGA/TvA 1997/I

INHOUD

- I Inleiding
- 2 Plaats van arbitrage - Het op de arbitrage
toepasselijke formele recht
- 4 Meerpartijenarbitrage
- 5 Termijnen in de internationale context
- 6 De Anglo-Amerikaanse invloed
- 6 Rechterlijke ondersteuning in Nederland voor
arbitrage in het buitenland
- 7 Bepaling van het toepasselijke materiële recht
- 9 Tenuitvoerlegging van een arbitraal tussenvonniss
- 10 Termijnen voor vernietiging van een arbitraal vonnis
- 11 Gevolgen van onbevoegdverklaring
- 12 Gevolgen van vernietiging van een arbitraal vonnis
- 13 Vertrouwelijkheid en geheimhouding
- 16 Slotopmerking

Internationale Arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet¹

Prof. mr. A.J. van den Berg

Inleiding

Een van de redenen voor de vernieuwing van onze arbitragewet in 1986 was het klimaat voor de internationale arbitrage in Nederland te verbeteren. Daarin is de wetgever zeker geslaagd. De nieuwe wet wordt in het buitenland algemeen geprezen als één van de meest moderne arbitragewetten van onze tijd.

Dit is echter geen reden om op onze lauweren te rusten. De praktijk leert dat de arbitragewet van 1986 op een aantal punten voor verbetering vatbaar is. Van die mogelijkheid was men zich reeds in 1986 bewust. Het was toen de bedoeling van het Departement dat na een periode van 5 à 10 jaar de wet op basis van de in de praktijk opgedane ervaringen zou worden door-gezicht en waar nodig aangepast.

Daarbij komt, dat ook het buitenland niet heeft stilgezeten. Het laatste decennium heeft een ware explosie van nieuwe arbitragewetten te zien gegeven.² De meeste nieuwe wetten zijn gebaseerd op de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration van 1985.³ Andere landen, zoals Zwitserland, zijn hun eigen weg gegaan doch blijken de principes van de Uncitral Model Law te hebben geïncorporeerd. Een van de meest recente vernieuwingen is de English Arbitration Act 1996. Deze nieuwe wet met maar liefst 109 artikelen en 4 'schedules' is van eigen receptuur doch duidelijk ook geïnspireerd door de *Model Law*. Bij een herijking van onze arbitragewet van 1986 is het raadzaam aandacht aan deze vernieuwingen in het buitenland te besteden.

In mijn oratie bij aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar in het nationale en internationale arbitragerecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op 11 april 1990, heb ik reeds een aantal kanttekeningen gemaakt bij de gastvrijheid van Nederland voor de internationale arbitrage.⁴ Het is niet de bedoeling het daar besprokene hier te herhalen. Ik zou willen volstaan met een samenvatting van de onderwerpen en conclusies:

Aantal arbiters: Ofschoon in de praktijk er niet zozeer een behoefte bestaat aan een even aantal arbiters, kan het wettelijk vereiste van een oneven aantal (artikel 1026 Rv.) vervallen.⁵

Benoeming van arbiters: De wettelijke bepaling dat arbiters binnen twee respectievelijk drie maanden na het ahangig maken van het geschil moeten worden benoemd (artikel 1027 lid 2 Rv.) zou kunnen worden vervangen door een benoeming die moet plaatsvinden binnen een redelijke termijn.

Voorts zou, indien niet alle arbiters binnen de wettelijke of overeengekomen termijn zijn benoemd, de bepaling dat in dat geval de President van de Rechtbank *alle* arbiters benoemt (ook als reeds twee van de drie arbiters zijn benoemd) kunnen worden vervangen door een benoeming door de President van slechts de ontbrekende arbiter (artikel 1027 lid 3 Rv.).

Wraking van arbiters: De verplichting om bij het onderzoek tot arbiter mededeling te doen van redenen, die tot wraking zouden kunnen leiden (artikel 1034 lid 1 Rv.), zou kunnen worden uitgebreid tot een verplichting gedurende de gehele arbitrage.⁶ Voorts zouden partijen de mogelijkheid behoren te hebben de behandeling van de wrakingsprocedure door de President te vervangen door een eigen (institutionele) wrakingsregeling (artikel 1035 Rv.).⁷

Arbitrale procedure: Ofschoon niet noodzakelijk, zou het de voorkeur verdienen indien de rechtsverwerkingsbepaling vervat in artikel 1065 lid 4 Rv. niet blijft beperkt

- 1 De volgende personen (in alfabetische volgorde) wil ik gaarne bedanken voor het becommentariëren van het oorspronkelijke manuscript van dit artikel: mr. P.W. van Baal; Prof. mr. R. van Delden; mr. J.J. van Haersolte-van Hof; mr. L. Hardenberg; mr. F. von Hombracht-Brinkman; Prof. mr. F. de Ly; mr. G. Meijer; Prof. mr. P. Sanders; mr. J.L.W. Sillevius Smitt; Prof. mr. H.J. Snijders; mr. O.L.O. de Witt Wijnen.
- 2 Zie bijvoorbeeld Spanje (1988); Algerije (1993), Colombia (1989/1991); Italië (1994); Verenigde Arabische Emiraten (1992); Volksrepubliek China (1994); Tsjechische Republiek (1994); Ivoorkust (1993); Roemenië (1993); zie 'National Reports' in P. Sanders en A.J. van den Berg, eds., *The International Handbook on Commercial Arbitration* (Deventer, losbladig).
- 3 Voor een overzicht zie A. Broches, 'Commentary Uncitral Model Law', P. Sanders en A.J. van den Berg, eds., *The International Handbook on International Commercial Arbitration* (Deventer, losbladig).
- 4 *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (Deventer 1990).
- 5 Anders, R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage* (Deventer 1996) p. 15.
- 6 Zie ook het in 1993 gewijzigde artikel 11 van het NAI Reglement, waarvan lid 3 bepaalt: 'De arbiter die hangende het geding het vermoeden krijgt dat hij zou kunnen worden gewraakt, doet daarvan onder vermelding van de vermoedelijke redenen tot wraking schriftelijk mededeling aan de administrateur, die de mededeling in afschrift toezendt aan partijen en, indien het scheidsrecht uit meer arbiters bestaat, aan de mede-arbiters.'
- 7 Het NAI Reglement voorziet in artikel 19 in een institutionele wrakingsprocedure die voorafgaat aan een eventuele procedure bij de President. Dit wordt mogelijk gemaakt door een 'kunstgreep' in het achtste lid van artikel 19 dat bepaalt: 'Indien het dagelijks bestuur de wraking afwijst, kan de wrakende partij de door hem aangevoerde wrakingsgronden aan het oordeel van de rechter onderwerpen. De afwijzende beslissing van het dagelijks bestuur geldt als kennisgeving bedoeld in de tweede zin van artikel 1035 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.' Praktisch alle arbitragereglementen van vooraanstaande internationale arbitrage-instituten bevatten een eigen, institutionele wrakingsregeling (zie bijvoorbeeld artikel 2 lid 8-9 van het ICC Arbitragereglement). Zie ook R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage* (Deventer 1996) pp. 50-51.

tot een vernietigingsprocedure ten overstaan van de Nederlandse rechter doch wordt veralgemeend, zodat zij ook kan worden ingeroepen in tenuitvoerleggingsprocedures van Nederlandse arbitrale vonnissen in het buitenland.

Samenvoeging van arbitrages: In mijn oratie had ik bepleit de samenvoeging van verknochte arbitrale procedures door de President van de Rechtbank Amsterdam optioneel te maken. Ik ben daar nu niet meer zo zeker van. Hierop zal ik nader ingaan in § 3 van deze bijdrage.

Termijn voor het arbitrale vonnis: Artikel 1048, dat bepaalt dat de bepaling van het tijdstip waarop het vonnis zal worden gewezen, aan het scheidsgerecht is voorbehouden, zou kunnen worden uitgebreid met de woorden 'tenzij partijen anders zijn overeengekomen'.

Motivering van het arbitrale vonnis: Ofschoon ik zelf geen voorstander ben van arbitrale vonnissen zonder motivering, zou partijen de vrijheid kunnen worden geboden dit overeen te komen (artikelen 1057 lid 4 sub e en 1065 lid 1 sub d Rv.).⁸

Interpretatie van het arbitrale vonnis: De arbitragewet zou het partijen mogelijk kunnen maken overeen te komen, dat het scheidsgerecht kan worden verzocht een interpretatie van zijn vonnis te geven.

Internationale openbare orde: De arbitragewet hoeft niet te worden gewijzigd in die zin dat daarin een uitdrukkelijke verwijzing naar de internationale openbare orde wordt vastgelegd.

De Redactie van het Tijdschrift heeft mij verzocht de praktijk van de internationale arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet te commentariëren. Gezien de vele onderwerpen die daar-

voor in aanmerking komen, is dat geen geringe opgave. Ik zal mij beperken tot een aantal vraagpunten, die naar eigen ervaring in de praktijk naar voren zijn gekomen.⁹ Ten aanzien van een aantal vraagpunten heb ik echter terughoudendheid te betrachten. In de eerste plaats vloeit dit voort uit de vertrouwelijkheid die bij arbitrage in acht moet worden genomen (ofschoon daarover het laatste woord nog niet is gesproken, zie hoofdstuk 12). Een aantal zaken die ik hierna behandel, is dan ook zodanig bewerkt dat partijen en de zaak zelf niet herkenbaar zijn. Voorts is een aantal zaken *sub judice* en ben ik bij een aantal (andere) zaken als advocaat betrokken. Ik ben nog altijd van mening dat het niet past daarop achteraf in vakliteratuur 'na te pleiten' (hoewel de aandrang uit wetenschappelijk oogpunt daartoe soms groot is). De lezer vergeve het mij dan ook dat ik in een aantal gevallen slechts het probleem schets zonder mijn mening voor een mogelijke oplossing te geven.

Anderzijds heeft de Redactie van het Tijdschrift mij verzocht niet de Tweede Titel van de arbitragewet (erkenning van overeenkomsten tot arbitrage in het buitenland en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen in Nederland) te behandelen gezien de beperkte ruimte die het Tijdschrift kan bieden en de uitvoerige overzichtsliteratuur.¹⁰ Ik volsta dan ook met op te merken dat deze bepalingen in de praktijk goed functioneren, zij het dat sommige advocaten en Presidenten nog niet geheel op de hoogte zijn van het bestaan van artikel 1076 Rv. Dit artikel bevat een eigen regeling voor tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen buiten het New Yorkse Arbitrage Verdrag om.¹¹

De kwesties die ik hierna behandel zouden de indruk kunnen wekken dat Nederland in het geheel niet gastvrij is voor de internationale arbitrage. Zo die indruk zou ontstaan, dan is dat niet terecht. Naar mijn mening vormt de huidige Nederlandse arbitragewet een van de meest solide wettelijke grondslagen voor een internationale arbitrage.¹² Het zijn slechts marginale kwesties, die mogelijk voor verbetering door een wettelijke aanpassing of een daartoe geëigende interpretatie in aanmerking komen.

Plaats van arbitrage – Het op de arbitrage toepasselijke formele recht

Het blijft enigszins een paradox: hoe internationaal een arbitrage ook moge zijn, in verreweg de meeste gevallen wordt deze beheerst door de arbitragewet van de plaats van arbitrage.¹³ De reden hiervoor is dat een voor de internationale arbitrage alomvattend Verdrag ontbreekt.¹⁴ Het voor internationale arbitrage belangrijkste Verdrag, het New Yorkse Arbitrage Verdrag van 1958, regelt slechts de erkenning van de arbitrage-overeenkomst en de tenuitvoerlegging van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis (ofschoon deze twee onderwerpen voor de internationale arbitrage van zeer groot praktisch belang zijn).

De Nederlandse arbitragewet van 1986 legde deze regel van territorialiteit, die niet of nauwelijks tot misverstanden aanleiding kan geven, uitdrukkelijk

⁸ Anders, R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage* (Deventer 1996) pp. 16-17.

⁹ Een kwestie die ik niet zal behandelen, is de vraag of arbiters in Nederland uit eigen beweging EG mededingingsrecht moeten toepassen en of de Nederlandse rechter een arbitraal vonnis kan vernietigen indien de litigieuze overeenkomst geacht wordt in strijd met EU recht te zijn. Dit is een 'question brûlante' waarover de Nederlandse rechter zich thans buigt in een levendige internationale NAI arbitrage. Daarover wordt wellicht in een van de komende nummers van het Tijdschrift gerapporteerd. Zie over dit onderwerp B. Hanotiau 'Competition law issues in international commercial arbitration: an arbitrators viewpoint', *The American Review of International Arbitration* 1995/Vol.6, No.3; P.J. Slot 'Tien jaar arbitragewet en het recht van de Europese Gemeenschappen' in TvA 1996, nr. 4, pp. 148-157; Voor een uitvoerig overzicht, H.J. Sniijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken', Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, in *Bouwarbitrage en civiele rechter*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht no. 23 (Deventer 1995) pp. 52-69.

¹⁰ Zie rechtspraakrubriek van P. Sanders in het Tijdschrift voor Arbitrage en mijn commentaar op het New Yorkse Arbitrage Verdrag van 1958 in Part V van het *Yearbook Commercial Arbitration*.

¹¹ In één geval ging een President zelfs zover in zijn beschikking te overwegen dat verzoekster 'kennelijk had bedoeld' (een uitdrukking die een advocaat naar de collegebanken terugverwijst) haar verzoek, overeenkomstig artikel 1075 Rv., op het New Yorkse Arbitrageverdrag van 1958 te baseren, ondanks het feit dat verzoekster uitdrukkelijk had gesteld dat artikel 1076 Rv. diende te worden toegepast.

vast. De Eerste Titel (artikelen 1020 tot en met 1073) betreft arbitrage binnen Nederland en de Tweede Titel (artikelen 1074 tot en met 1076) heeft betrekking op arbitrage buiten Nederland. Artikel 1073 lid 1 Rv. laat aan duidelijkheid niets te wensen over: 'Het in deze Titel bepaalde is van toepassing indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.'

Het territorialiteitsbeginsel van het toepasselijke arbitragerecht is ook vastgelegd in de Uncitral Model Law van 1985.¹⁵ De Engelse wetgever heeft voor eenzelfde aanpak gekozen. Na een aantal voorontwerpen die een ingewikkelde regeling bevatten ten aanzien van het op de arbitrage toepasselijke recht, is uiteindelijk voor een ondubbelzinnige regel gekozen: Section 2(1) van de English Arbitration Act 1996 bepaalt: 'The provisions of this Part [I] apply where the seat of arbitration is in England and Wales or Northern Ireland'.¹⁶

In een enkel geval blijken ICC arbiters die in Nederland arbitrerende moeite te hebben met de regel van territoriale toepassing van onze arbitragewet. De vermoedelijke reden hiervoor is, dat in de jaren '70 en begin '80 bij de ICC een sterke stroming bestond, die vond dat ICC arbitrage buiten het bereik van nationale arbitragewetten moest blijven. Deze 'partijlijn' is inmiddels weer grotendeels verlaten doch er zijn nog internationale arbiters die daaraan moeilijk kunnen wennen. Advocaten doen er mijns inziens dan ook goed aan bij het opstellen van de Terms of Reference arbiters te wijzen op artikel 1073 lid 1 Rv.¹⁷

In beginsel zijn alle bepalingen in de Nederlandse arbitragewet van dwingendrechtelijke aard, tenzij uit de bepaling blijkt, dat deze aanvullend recht betreft (met name indien in een bepaling is vermeld 'tenzij de partijen anders zijn overeengekomen').¹⁸ In één ICC arbitrage kwam de vraag op wat er moet gebeuren indien een bepaling mogelijk maakt bij overeenkomst daarvan af te wijken doch partijen dat niet hebben gedaan. Moet een dergelijke bepaling alsdan ook van dwingendrechtelijke aard worden beschouwd, althans binnen het bereik van artikel 1065 lid 1 sub b en c Rv.¹⁹ geacht worden te vallen?

Een voorbeeld is artikel 1027 lid 1 Rv. Daarin is bepaald dat de arbiter(s) worden benoemd op de wijze die partijen zijn overeengekomen en, indien geen wijze van benoeming is overeengekomen, de arbiter(s) door partijen gezamenlijk worden benoemd. Ten overstaan van het scheidsrecht bestaande uit drie arbiters stelde één van de partijen, dat het betrokken arbitragereglement niet voorzag in de door het arbitrage-instituut uitgevoerde wijze van benoeming en dat derhalve geen benoemingsregeling was overeengekomen, zodat ingevolge artikel 1027 lid 1 Rv. alle drie arbiters door partijen gezamenlijk hadden moeten worden benoemd (hetgeen niet was geschied). In het arbitrale tussenvonnis meenden de arbiters echter aan de bepaling van aanvullend recht zoals neergelegd in artikel 1027 lid 1 Rv. voorbij te kunnen gaan, overwegende dat slechts de regels van dwingend recht van de Nederlandse arbitragewet van toepassing waren. Aangezien deze zaak *sub judice* is, kan ik op deze overweging niet ingaan.

Artikel 1073 lid 2 Rv. bepaalt voorts dat indien

partijen de plaats van arbitrage niet hebben bepaald, de benoeming of wraking van arbiters met toepassing van de voorzieningen in de Eerste Afdeling van de Eerste Titel reeds kan plaatsvinden indien ten minste één der partijen in Nederland woont, dan wel feitelijk verblijf houdt. Sommige buitenlandse commentatoren hebben hun wenkbrauwen gefronst bij het lezen van deze bepaling die eenzijdig internationale bevoegdheid aan de Nederlandse rechter toekent (de bepaling is overigens naar mijn weten nog nimmer toegepast). De bepaling kan echter nuttig zijn in situaties, waarbij partijen hebben nagelaten de plaats van arbitrage in de overeenkomst vast te leggen, althans hebben nagelaten een methode voor plaatsbepaling overeen te komen. Gelukkig komt dit minder en minder voor, omdat partijen zich bewust zijn van het eminente belang van de plaats van arbitrage voor de internationale arbitrage. Ondanks voornoemde commentatoren vonden de Engelsen de regel van artikel 1073 lid 2 Rv. prachtig. In Section 2(4) van de Engelse Arbitration Act 1996 hebben zij deze zelfs uitgebreid naar de gehele Part I van hun nieuwe wet 'for the purpose of supporting the arbitral process where (a) no seat of the arbitration has been designated or determined, and (b) by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland [...] the court is satisfied that it is appropriate to do so'.

In het voorafgaande is de plaats van arbitrage in de *juridische* zin besproken.²⁰ Dat betekent niet dat een arbitrage ook *feitelijk* zich op de door partijen overeengekomen plaats moet afspelen. Artikel 1037 lid 3 stelt onomwonden: 'Het scheidsrecht kan zitting houden, beraadslagen, getuigen en deskundigen horen op elke andere plaats, *in of buiten Nederland*, die het daartoe geschikt acht.' Niettemin meenden arbiters in een ICC arbitrage, waarin Amsterdam als plaats van arbitrage was vastgesteld doch de zitting en beraadslagingen in Parijs hadden plaatsgevonden, dat zij naar Amsterdam moesten afreizen om het arbitrale vonnis te tekenen. Onder de Nederlandse arbitragewet is een dergelijke excursie overbodig: vonnissen kunnen overal worden getekend zolang zij maar de

3
TVA
97/1

14 Zie m.n. Rijken in Bb 89/21, p. 244 e.v.; voorts Verbintenissenrecht aant. 93 op art. 236 alsmede Contractenrecht VII nr. 296.

15 I.c. de lijst behorende bij de Europese richtlijn Publicatieblad EG L 95/29 d.d. 5-4-1993.

16 Voorstander van een ruime uitleg van de richtlijn is Hondius in NTBR 93/6, p. 110; zie ook Verbintenissenrecht aant. 96 op art. 6:236. Anders: Snijders, preadvies, p. 68.

17 O.m. HR 20-11-1981, NJ 1982, 517; zie Hondius in NTBR 94/8, p. 200 e.v. voor een helder overzicht van de materie, en verder Contractenrecht VII nr. 44.

18 Bijv. HR 21-11-1986, NJ 1987, 946. Zie voorts Contractenrecht VII nr. 40.

19 Vgl. HR 7-6-1991, NJ 1991, 525.

20 Deze rechtsfiguur werd onder het oude recht veelal een 'tussen partijen bestendig gebruikelijk beding' genoemd. Zie Contractenrecht VII nr. 85; voorts Snijders preadvies, p. 16 die aldaar voorstelt om deze term maar geheel te vermijden en alleen nog te spreken over een 'veelvoorkomend beding'.

overeengekomen/vastgestelde plaats van arbitrage vermelden (die tevens als plaats van uitspraak fungeert, zie artikel 1037 lid 1 Rv.).²¹

Meerpartijenarbitrage

In toenemende mate zijn internationaal bij een project meer dan twee partijen betrokken. Op het gebied van de arbitrage kan dat aanleiding geven tot behoorlijk lastige problemen omdat arbitrage een daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen vereist en een derde partij, die ook bij het project betrokken is, niet zonder meer bij de arbitrage betrokken kan worden.

Deze problemen doen zich vooral voor bij grote internationale joint-venture-overeenkomsten en in het bijzonder bij omvangrijke internationale bouwprojecten.²² Globaal kunnen de situaties met betrekking tot dergelijke projecten als volgt worden onderscheiden:

Double bind: De opdrachtgever sluit een overeenkomst met een hoofdaannemer, die op zijn beurt een overeenkomst sluit met een onderaannemer; de hoofdaannemer is in een 'double bind';

Parallele contracten: De opdrachtgever sluit een overeenkomst met aannemer A met betrekking tot één gedeelte van het project en met aannemer B met betrekking tot een ander gedeelte van het project; indien met het project iets misgaat, is het vaak de vraag of dat te wijten is aan aannemer A of aannemer B; en

Consortium: De opdrachtgever sluit een overeenkomst met een consortium bestaande uit partners A en B.

Veelal bevatten bovengenoemde overeenkomsten een arbitraal beding, dat niet verder reikt dan de contractuele relatie tussen beide partijen. Ingeval van een geschil worden meestal twee of meer separate arbitrages gestart waarbij het gevaar van conflicterende beslissingen ontstaat.

Een eiser tracht nog wel eens beide andere partijen in de arbitrage te betrekken doch vaak zal de 'derde' partij succesvol kunnen aanvoeren dat een arbitraal beding met één van de andere partijen ontbreekt. De gedaagde zal op zijn beurt ook in een aantal gevallen de 'derde' partij bij zijn arbitrage willen betrekken.

Ingeval van het consortium komt het voor, dat de opdrachtgever slechts de partij met de 'deep pocket' aanpakt terwijl deze draagkrachtige partner vindt dat de andere partner ook in de arbitrage moet worden betrokken, of dat, indien de opdrachtgever beide partijen in de arbitrage heeft betrokken, één van de partners stelt dat hij een 'silent partner' ('sleeping beauty')

is en dat hij niet aan het arbitraal beding gebonden is.

Dit overzicht van varianten van meerpartijen arbitrage (in het buitenland aangeduid met 'multi-party arbitration') is relatief eenvoudig gehouden. In de praktijk zijn nog vele, gecompliceerde situaties denkbaar.

De Nederlandse arbitragewet is echter redelijk goed geëquipeerd voor het oplossen van problemen waartoe meerpartijenarbitrage aanleiding kan geven. Voorwaarde is wel dat partijen daarop inspelen in hun arbitrage-overeenkomst(en).

In de eerste plaats biedt de wet de mogelijkheid van algehele of gedeeltelijke samenvoeging van arbitrages in Nederland waarvan het onderwerp van geschil verknocht is (artikel 1046 Rv.). Daarmee kan een groot aantal van de problemen in de eerste twee bovengenoemde situaties worden opgelost.

In de tweede plaats biedt de wet in artikel 1045 Rv. de mogelijkheid tot voeging, tussenkomst en vrijwaring.²³ Daarvoor is nodig een aparte schriftelijke overeenkomst tussen de derde en de bij de arbitrage-overeenkomst betrokken partijen (artikel 1045 lid 3 Rv.).

Voor grote internationale projecten waarbij vele partijen zijn betrokken, ziet men in de praktijk tegenwoordig dan ook zgn. *Master Arbitration Agreements*, waarin Nederland als plaats van arbitrage wordt overeengekomen en uitdrukkelijk wordt gestipuleerd dat deze overeenkomst geldt als een overeenkomst bedoeld in artikel 1045 lid 3 Rv. Voorts wordt in dit soort agreements verwezen naar een reglement dat voorziet in een zgn. lijstprocedure voor de benoeming van arbiters (bijvoorbeeld NAI). Dat laatste is van belang voor de *Dutco*-problematiek, waarover hierna meer. De afzonderlijke contracten verwijzen dan op hun beurt naar de *Master Arbitration Agreement*. Het zijn relatief eenvoudige overeenkomsten die echter bijzonder effectief kunnen zijn.

Ik heb mij in het verleden sceptisch uitgelaten over het huidige artikel 1046 Rv. dat de President van de Rechtbank te Amsterdam de mogelijkheid biedt arbitrages in Nederland, waarvan het onderwerp samenhangt, geheel of gedeeltelijk samen te voegen, tenzij partijen deze mogelijkheid bij overeenkomst hebben uitgesloten. Gezien de goede ervaringen (een enkele uitzondering daargelaten²⁴) met de beslissingen van de President te Amsterdam inzake samenvoeging van arbitrages en de slechte ervaringen met meerpartijenarbitrages in het buitenland, heb ik mijn bedenkingen laten varen en ben ik een voorstander van de huidige regeling geworden.²⁵

Een ander probleem van meerpartijenarbitrage is de situatie waarin meer dan één gedaagde door de eiser in het arbitrageverzoek wordt genoemd en de overeengekomen benoemingsregeling zodanig is dat eiser en gedaagde ieder één arbiter benoemen en deze twee een derde. Een dergelijke benoemingsregeling komt bijvoorbeeld voor in het ICC arbitrage-reglement. De ICC neemt het standpunt in dat in dat geval beide gedaagden gezamenlijk één arbiter moe-

21 HR 1-7-1993, NJ 1993, 688.

22 Bouwrecht 95/10, p. 874: incidenteel arbitraal vonnis RABB d.d. 25-7-1995.

23 Bouwrecht 95/10, p. 876 l.k.

24 Het 'ouderwetse' tussen pp bestendig gebruikelijke beding. De overeenkomsten werden gesloten onder de werking van het oude recht.

25 HR 15-3-1991, NJ 1991, 416.

ten aanwijzen. Volgens de Franse *Cour de Cassation* in het arrest van 7 januari 1992, *BKMI & Siemens ca. Dutco* is deze praktijk van de ICC in strijd met de gelijkheid van partijen bij benoeming van arbiters.²⁶

Het geval *Dutco* betrof een consortium overeenkomst tussen de twee Duitse ondernemingen *BKMI* en *Siemens*, en *Dutco*, een onderneming uit de Verenigde Arabische Emiraten, met betrekking tot de bouw van een fabriek in Oman. Het arbitraal beding in de overeenkomst voorzag in ICC arbitrage te Parijs door drie arbiters benoemd overeenkomstig het reglement. Nadat een geschil tussen partijen was gerezen initieerde *Dutco* ICC arbitrage door middel van één arbitrageverzoek tegen zowel *BKMI* als *Siemens*. Nadat *Dutco* haar arbiter had benoemd, vereiste de ICC van *BKMI* en *Siemens* een arbiter gezamenlijk te benoemen. Toen *BKMI* en *Siemens* weigerden hieraan gehoor te geven, dreigde de ICC één arbiter voor hen aan te wijzen. Onder deze dreiging benoemden *BKMI* en *Siemens* gezamenlijk één arbiter, daarbij hun recht voorbehoudende de rechtmatigheid van deze benoeming in rechte aan te vechten. Het scheidsgerecht besliste in een tussenvonnis dat de benoemingsprocedure geldig was verlopen. *BKMI* en *Siemens* vorderden vervolgens de vernietiging van het tussenvonnis bij de *Cour d'appel* van Parijs. De *Cour d'appel* wees de vordering tot vernietiging af, overwegende dat het arbitraal beding in de consortium overeenkomst de wil van partijen tot uitdrukking bracht geschillen aan een scheidsgerecht van drie arbiters voor te leggen, waaruit noodzakelijkerwijs volgde, dat partijen hadden voorzien in de mogelijkheid van één scheidsrecht bestaande uit drie arbiters dat zou beslissen over een geschil waarbij de drie partijen betrokken zouden zijn. De *Cour de Cassation* casseerde de beslissing van de *Cour d'appel*. Het hoogste Franse gerecht overwoog dat het principe van gelijkheid van partijen bij de benoeming van arbiters behoort tot de openbare orde en dat een partij van dat recht pas kan afzien nadat het geschil is gerezen.²⁷

Zal de Nederlandse rechter er net zo over denken? Wij zullen dat over enige tijd weten want een gelijksoortig geval, waarvan de plaats van de ICC arbitrage in Nederland is gelegen, is thans *sub judice* bij een Nederlandse rechtbank. Vanuit de optiek van de Nederlandse arbitragewet spelen daarbij twee vragen. In de eerste plaats: Geldt onder de Nederlandse wet ook het beginsel van gelijkheid van partijen bij de benoeming van arbiters? Ten tijde van het voorleggen van het ontwerp van wet aan het Parlement meende de Minister van Justitie van wel, getuige zijn opmerking in de Memorie van Toelichting op wat thans artikel 1028 Rv. is: 'Dit artikel wil uitdrukking geven aan het fundamentele beginsel van de gelijkheid van partijen bij de benoeming van arbiters.'²⁸ In de tweede plaats doet zich de vraag voor of het bepaalde in artikel 1027 lid 1 Rv. gevolgd had moeten worden. Zoals reeds vermeld, bepaalt artikel 1027 lid 1 Rv. dat indien partijen geen wijze van benoeming van arbiters zijn overeengekomen, alle arbiters door partijen gezamenlijk moeten worden benoemd. Deze tweede vraag hangt in de eerste plaats weer af van een interpretatie van het ICC arbitragereglement dat niet uitdrukkelijk in de benoeming van arbiters ingeval van 'multiple respondents' voorziet. Aannemende dat het ICC reglement ook impliciet daarin niet voorziet, is de vraag of de 'fall back provision' van artikel 1027 lid 1 Rv. had moeten worden toegepast.

Termijnen in de internationale context

Artikel 1027 lid 2 Rv. bepaalt dat de termijn van twee maanden voor de benoeming van arbiters drie maanden is indien ten minste één der partijen buiten Nederland woont of feitelijk verblijf houdt. Ten aanzien van de procedure voor de wraking van arbiters bepaalt artikel 1035 lid 4 Rv. dat indien de betrokken arbiter, één der partijen of beide partijen buiten Nederland wonen of feitelijk verblijf houden, de in het tweede lid vermelde termijnen zes onderscheidenlijk acht weken zijn (in plaats van twee respectievelijk vier weken).²⁹

Dit onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse partijen c.q. arbiters stamt uit een tijd dat de informatietechnologie nog in haar kinderschoenen stond. De opstellers van de arbitragewet meenden dat de communicatie met het buitenland langere termijnen noodzakelijk maakte. Tien jaar later is die gedachte achterhaald. Men communiceert even makkelijk met Tahiti als met Almelo. In een tijdvak van de facsimile en e-mail valt het onderscheid niet meer te rechtvaardigen. Bovendien bestaat er naar mijn weten geen enkele andere arbitragewet waarin dit onderscheid in termijnen wordt gemaakt. Op dit punt kan mijns inziens dan ook de wet worden vereenvoudigd door één termijn te noemen.³⁰

Anders is het gesteld met artikel 1028 Rv. Dat artikel bepaalt dat, indien in de arbitrage-overeenkomst aan één der partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters is toegekend, de wederpartij, in afwijking van de in deze overeenkomst neergelegde benoemingsregeling, 'binnen een maand nadat de zaak aanhangig is', de President kan verzoeken de arbiters te benoemen.

Deze termijn van één maand is in een aantal gevallen te kort. Indien bijvoorbeeld het aantal arbiters niet is vastgesteld en het aantal niet alsnog door partijen wordt overeengekomen nadat de zaak aanhangig is, wordt op verzoek van de meeste gerede partij het aantal bepaald door de President van de Rechtbank (zie artikel 1026 lid 2 Rv.). Volgt de beschikking van de President later dan één maand nadat de zaak aanhangig is dan kan een partij geen beroep meer doen op artikel 1028.

Dit is een enigszins theoretisch geval. Een geval uit de praktijk daarentegen was dat partijen aan een arbitrage-instituut hadden overgelaten het aantal te bepalen en dat deze bepaling (in casu drie arbiters) plaatsvond na de termijn van één maand van aanhangig maken.

26 Conclusie voor HR 6-11-1992, NJ 1993, 27 en herhaald in de conclusie voor HR 10-6-1994, NJ 1994, 611.

27 Advocatenblad 96/8, p. 330, citaat uit NRC-Handelsblad d.d. 28-3-1996.

28 Bouwrecht 95/11, p. 952, incidenteel arbitraal vonnis RABB d.d. 3-10-1994. Bij de bespreking van dit vonnis zal ik mij met name baseren op de grondslag van de vordering zoals deze in het 'kopje' is vermeld; een andere grondslag – een overeenkomst – is door arbiters kennelijk stilzwijgend verworpen.

29 Bouwrecht 95/11, p. 953 r.k.

30 Art. 6:225, lid 3 BW.

Het bijzondere is dat ingevolge de wetstekst van artikel 1028 de termijn van één maand van artikel 1028 niet bij overeenkomst kan worden verlengd (zoals dat wel het geval is voor de termijn voor benoeming in artikel 1027 lid 2 Rv.). Ik zou er dan ook een voorstander van zijn de wettekst van artikel 1028 zodanig te wijzigen, dat deze eenzelfde bepaling bevat als artikel 1027 lid 2 Rv. (al dan niet versoepeld). Een andere mogelijkheid is te bepalen dat de termijn van artikel 1028 Rv. één maand wordt nadat het geschil aanhangig is gemaakt of, indien het aantal arbiters niet is overeengekomen, nadat het aantal is vastgesteld, en dat partijen de mogelijkheid hebben deze termijn bij overeenkomst te verlengen (waaronder begrepen de mogelijkheid verlenging aan een arbitrage-instituut over te laten).

Overigens zijn de geleerden het er niet over eens of het niet kunnen of willen gebruikmaken van artikel 1028 Rv. een partij belet een vordering tot vernietiging in te stellen op grond van de onregelmatige samenstelling van het scheidsgerecht (artikel 1065 lid 1 sub b en/of sub c Rv.).³¹

De Anglo-Amerikaanse invloed

Globaal gesproken zijn er drie wijzen van procederen in internationale arbitrage: (i) Civil Law; (ii) Common Law; (iii) Middle and Far East.

De derde categorie zal ik onbesproken laten. Zeer generaliserend gesteld, is deze wijze van 'arbitreren' een mengeling van procederen en verzoenen.

Ten aanzien van de eerste twee genoemde categorieën wordt veelal gesteld dat een convergentie waarneembaar is in die zin, dat de meeste arbitrages thans zowel Civil-Law als Common Law-procedures in zich herbergen. Of men het wil of niet, de praktijk is mijns inziens dat de Common Law-wijze van procederen de overhand heeft. Dit is met name het geval op het gebied van het overleggen van stukken en het horen van getuigen.

(a) Overlegging van stukken

Onze arbitragewet nam reeds een voorschot op de Anglo-Amerikaanse invloed door in artikel 1039 lid 4 Rv. te bepalen dat het scheidsgerecht bevoegd is overlegging van stukken te bevelen. Artikel 28 lid 2 van het NAI Reglement preciseert dit nader: 'Het scheidsgerecht is bevoegd overlegging van bepaalde, door het scheidsgerecht voor het geschil relevant geachte stukken, te bevelen.'³² In de praktijk wordt hiervan in gepaste mate gebruikgemaakt. In het algemeen voldoen partijen aan een Order tot *production of docu-*

ments van het scheidsgerecht. Wel is het zo, dat partijen uit Civil Law-landen de neiging hebben een dergelijke Order *de minimis* op te volgen, terwijl partijen uit Common Law-landen deze strikt nakomen. Dit hangt samen met het feit dat advocaten uit Common Law-landen zwaarwegende maatregelen boven het hoofd hangen indien zij niet aan zgn. *production of documents* meewerken. Dergelijke sancties ontbreken in Civil Law-landen.³³

Over sancties gesproken, daarin voorziet artikel 1039 lid 4 Rv. niet. Het is echter in de praktijk onverstendig een Order tot *production of documents* van een scheidsgerecht niet op te volgen omdat het scheidsgerecht daaraan op het gebied van bewijs de nodige conclusies kan verbinden. Voorts kan ook worden gewezen op de mogelijkheid van request civiel voor geval dat stukken zijn achtergehouden (artikel 1068 lid 1 sub c Rv.).³⁴

De praktijk laat zien dat in het algemeen internationale arbiters in Nederland een *request for production of documents* niet laten ontfaan in een *fishing expedition*.

(b) Horen van getuigen

Een ander voorbeeld van de Anglo-Amerikaanse invloed is de *cross-examination*. In de meeste internationale arbitrages wordt thans deze wijze van ondervragen van getuigen, al dan niet in verwaterde vorm, toegepast. Naar mijn mening verdient in vele gevallen deze techniek de voorkeur boven het ondervragen van de getuigen door (de voorzitter van) het scheidsgerecht, omdat partijen nu eenmaal beter weten welke vragen moeten worden gesteld. De ruime bewoording van de eerste zin van artikel 1041 lid 1 Rv. biedt daartoe alle mogelijkheid ('Indien een getuigenverhoor plaatsvindt, bepaalt het scheidsgerecht tijdstip en plaats van het verhoor en *de wijze waarop het verhoor zal plaatsvinden*').

Bij de *cross-examination* behoren echter wel de regels van het spel in acht te worden genomen. Daarvan geven niet alle internationale arbiters in Nederland blijk. Zo sloeg één scheidsgerecht de *direct examination* over, terwijl een ander scheidsgerecht zich afvroeg of *re-direct* nu wel nodig was.³⁵

Bij dit alles moet het scheidsgerecht wel ervoor waken dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld (zie artikel 1039 lid 1 Rv.). Indien aan de ene kant een advocaat uit een Civil Law-land staat en aan de andere kant een advocaat uit een Common Law-land, heeft laatstgenoemde het voordeel dat hij of zij met *cross-examination* is opgegroeid. Om beiden toch procedureel gelijke kansen te geven vereist de nodige diplomatie van de voorzitter van het scheidsgerecht.

Rechterlijke ondersteuning in Nederland voor arbitrage in het buitenland

In samenhang met de internationale arbitrage in Nederland, kan ook de vraag worden gesteld of een Nederlandse rechter ondersteuning zou kunnen c.q.

³¹ Zie o.m. Wessels in NbBW 94/11, p. 121.

³² Jongeneel, De Wet Algemene Voorwaarden en het AGB-Gesetz, p. 127.

³³ Bouwrecht 95/12, p. 1018, incidenteel arbitraal vonnis RABB d.d. 21-2-1994.

³⁴ Bouwrecht 95/12, p. 1019 l.k.

³⁵ Zie noot 18.

behoren te verlenen aan arbitrages die plaatsvinden of zullen plaatsvinden in het buitenland.

Met de mogelijkheid van de maatregel tot bewaring van recht en het kort geding, die beide uitdrukkelijk zijn voorzien in artikel 1074 lid 2 Rv. (vervat in de Tweede Titel betreffende arbitrage buiten Nederland), kunnen we al een aardig eind komen. Het is echter onduidelijk in hoeverre de President maatregelen wil of kan nemen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de Nederlandse arbitragewet daarover niet meer duidelijkheid zou kunnen verschaffen.

Een voorbeeld vormt de nieuwe English Arbitration Act 1996. Deze wet bepaalt in Section 2(3):

'The powers conferred by the following sections apply even if the seat of arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined:

(a) section 43 (securing the attendance of witnesses), and

(b) section 44 (court powers exercisable in support of arbitral proceedings);

but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.'

Een voorbeeld is een arbitrage die plaatsvond te Parijs waarin iemand woonachtig in Brabant werd verzocht als getuige op te treden. Zich prinsheerlijk in Brabant wanend, was de reactie van deze getuige 'mij krijg je niet... zoek het maar uit'. Kan deze getuige door middel van een kort geding op straffe van een dwangsom toch worden gedwongen in Parijs te getuigen? Of kan deze getuige worden gehoord door de Rechter-Commissaris overeenkomstig het bepaalde in artikel 1041 Rv. (dat overigens voorkomt in de Eerste Titel van de arbitragewet betreffende arbitrage binnen Nederland)? Of moet het zwaarder geschut van Verdragen in stelling worden gebracht (bijvoorbeeld het Haagse Verdrag inzake verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken van 18 maart 1970, zo dat al ingeval van arbitrage mogelijk is)?

Om een ander voorbeeld te noemen: is een voorlopig getuigenverhoor op de voet van artikel 214 Rv. mogelijk c.q. wenselijk voor een arbitrage die in het buitenland plaatsvindt? Het voorlopige getuigenverhoor bij arbitrage binnen Nederland is reeds een omstreden kwestie.³⁶ Ten aanzien van een ICC arbitrage meende de rechtbank Den Bosch dat dit mogelijk was.³⁷ De Rechtbank heeft bij deze vraag niet lang stilgestaan. Zij was veeleer gefixeerd op wat zij opvatte als een foefje van de verweerster die, nadat het verzoek tot voorlopig getuigenverhoor bij de Rechtbank aanhangig was gemaakt, schielijk ICC arbitrage te Parijs had geïnitieerd.

Bepaling van het toepasselijke materiële recht

Artikel 1054 lid 2 Rv. bepaalt:

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

Deze bepaling van internationaal privaatrecht is met veel instemming begroet als zijnde overeenkomstig de in de internationale arbitrages gevolgde praktijk.³⁸ De vraag kan echter worden gesteld of wij met deze praktijk zo gelukkig moeten zijn.

In de eerste plaats geldt dat voor de primaire conflictregel van de 'door de partijen aangewezen regelen des rechts'. In al zijn enthousiasme, stelt de opsteller van de Memorie van Toelichting:

'Dit zijn niet noodzakelijkerwijs alleen de nationale rechtsregels maar ook de *lex mercatoria*. Onder de *lex mercatoria* ware te verstaan: de internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken die in principe onafhankelijk van nationaal recht geldend zijn. Vgl. onder meer B. Goldman *Lex mercatoria*, *Forum Internationale*, 1983 no. 3.³⁹

Moeten we de Memorie van Toelichting geloven, dan behoeven de 'door partijen aangewezen regelen des rechts' niet te zijn beperkt tot één of meer nationale rechtsstelsels, doch kunnen ook omvatten een internationaal rechtstelsel. Daar zette Prof. mr. R. van Delden in zijn inaugurele rede in 1986 de nodige vraagtekens bij.⁴⁰ Het Departement reageerde daarop in de Memorie van Antwoord als volgt:

'Aan het slot van de bespreking van art. 1054 moge de ondergetekende nog aandacht besteden aan de inaugurele rede van Van Delden, gehouden op 23 januari 1986 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Ten aanzien van het rechtstheoretisch aspect omtrent het karakter van de *lex mercatoria* kan naar aanleiding van de beschouwingen van Van Delden worden opgemerkt, dat het inderdaad niet slechts handelt om internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken, zoals in de Memorie van Toelichting is vermeld, doch eveneens om supranationale, algemene rechtsregelen en rechtsbeginselen. Het voorstel van wet

7
TVA
97/1

36 Zie verder Contractenrecht VII nr 40.

37 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1619/1620.

38 Het Hof van justitie EG stelde in zijn uitspraak d.d. 14-12-1976, NJ 1977, 447 in dit verband de eis dat de (mondelinge) overeenkomst waarop de AV toepasselijk zouden zijn, deel uitmaakt van 'lopende handelsbetrekkingen tussen partijen' welke betrekkingen in hun geheel worden beheerst door die AV. Ook Hartkamp (concl. voor HR 10-6-1994, NJ 1994, 611) wijst er in een vergelijkbaar geval op dat de rechtspraak h.t.l. uitgaat van een 'handelsrelatie van enige duur'.

39 Preadvies, p. 75.

40 Daargelaten thans de vraag of het een geschil betreft over rechten die aan partijen ter vrije beschikking staan, art. 1020, lid 3 Rv.

bedoelt te dezen aanzien een zo groot mogelijke ruimte te bieden aan de rechtspraktijk.⁴¹

Zoals ik ook al elders heb betoogd, is het onduidelijk wat de *lex mercatoria* inhoudt. Daarover is bijzonder veel geschreven doch deze biedt mij niet meer houvast dan in enig nationaal rechtstelsel.⁴² Mede gezien de onzekerheid omtrent de *lex mercatoria* en aanverwante academische vondsten van transnationaal handelsrecht, komt een dergelijke overeengekomen verwijzing in de praktijk bijzonder weinig voor.

De nodige terughoudendheid voor internationale arbiters lijkt dan ook op zijn plaats. Die terughoudendheid geldt naar mijn mening zeker voor de toepassing van de *lex mercatoria*, *general principles of law* en al wat dies meer zij ingeval van de subsidiaire conflictregel van artikel 1054 lid 2 Rv. Indien partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, moeten arbiters toch wel zeer zwaarwegende argumenten hebben een anationaal recht toepasselijk te verklaren. Het is zelfs de vraag of arbiters dat wel ooit mogen doen op basis van de subsidiaire conflictregel.

Mij is één geval bekend van een internationale arbitrage in Nederland waarin in een serie van koopcontracten, gesloten in de jaren 70, naar '*natural justice*' wordt verwezen. De achtergrond van deze verwijzing is van procedurele aard. Ingevolge Engelse opvattingen betekent een verwijzing naar '*natural justice*' een verwijzing naar een procedurele notie van *fair hearing*. In een recente beslissing dachten (niet Nederlandse) arbiters daar echter anders over. Zij beslisten dat nu partijen niet tot een rechtskeuze hadden kunnen komen, de Unidroit Principles van toepassing waren. Die principles zijn tot stand gekomen in 1994.⁴³

Deze beslissing was ook gebaseerd op de theorie van de zgn. *negative choice*, d.w.z. indien partijen niet tot een overeenstemming ten aanzien van het toepasselijke recht komen, zij in ieder geval zijn overeengekomen, dat het recht van geen van beiden behoort te worden toegepast.⁴⁴

De subsidiaire conflictregel valt naar mijn mening onder de categorie dat niet alles wat modern is, ook goed is. De subsidiaire regel bestaat uit de zgn. *voie directe* voor de bepaling van het toepasselijke recht. Dus, indien partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, mogen arbiters direct het rechtstelsel vast-

stellen dat het 'in aanmerking acht te komen'. De traditionele methode is de *voie indirecte*. Ingevolge deze methode dient het scheidsrecht eerst vast te stellen welke conflictregels van toepassing zijn om vervolgens op basis daarvan vast te stellen welke het toepasselijke materiële recht is. De *voie indirecte* is bijvoorbeeld voorzien in artikel 28 lid 2 van de UNCITRAL Model Law:

'Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.'

Ondanks de schijnbare tegenstelling, is het verschil in techniek miniem. Zoals Prof. mr. J.C. Schultsz, met de hem kenmerkende helderheid, stelde met betrekking tot de subsidiaire conflictregel van artikel 1054 lid 2 Rv.:

'If no law has been chosen by the parties, arbitrators are free to determine the applicable rules of law. There is no 'intermediate stage' where arbitrators must consider which conflict of laws rules they deem applicable as there is in Article 28 of the UNCITRAL Model Law. It is submitted, however, that there is no intrinsic difference: arbitrators cannot, in international cases, apply cumulatively the domestic laws of all countries which have connections with the case. As soon as there is a divergence between these laws, they must make a choice one way or another and that forms part of conflict of laws technique.'⁴⁵

Terwijl het verschil in techniek miniem is, verdient naar mijn mening het gebruik van de *voie indirecte* de voorkeur. Het voordeel van de tweestappen-procedure van de *voie indirecte* is dat de eerste stap kan worden genomen zonder acht te slaan op de tweede stap. Deze wijze van bepalen van het toepasselijke materiële recht versterkt de neutraliteit en objectiviteit die vereist is voor het vaststellen van het toepasselijke recht. Bovendien kan ingeval van de *voie indirecte* het scheidsrecht beter verantwoorden hoe het tot de vaststelling van het toepasselijk recht is gekomen. De *voie directe* zou een resultaatgerichte vaststelling van het toepasselijk recht doen vermoeden.⁴⁶

De conflictregels van artikel 1054 lid 2 Rv. leveren ook nog de aardige vraag op hoe deze zich verhouden met door partijen overeengekomen conflictregels. Indien bijvoorbeeld ICC arbitrage is overeengekomen, maken de conflictregels vervat in artikel 13 lid 3 van het huidige ICC Reglement onderdeel van de overeenkomst uit. Artikel 13 lid 3 bepaalt:

'The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate.'

Deze conflictregels zijn anders dan die neergelegd in artikel 1054 lid 2 Rv. In het bijzonder geldt dat voor het verschil tussen de *voie directe* (artikel 1054 lid 2 Rv.) en de *voie indirecte* (artikel 13 lid 3 van het ICC Reglement). Welke regeling gaat voor? In de praktijk

41 Zie art. 17 grondwet en 6 EVRM, alsmede noot 11 op p. 7 van het preadvies van Snijders.

42 Zie noot 7.

43 Art. 1052, lid 1 Rv., waarbij opgemerkt moet worden dat arbiters hun bevoegdheid *steeds* naar de 'regelen des rechts' moeten beoordelen; vgl. Snijders preadvies, p. 6.

44 Het woord is van J.M. Polak in NJB 86/14, p. 442, die in een pleidooi voor het bindend advies stelt dat de wetgever niet moeilijk moet doen over particuliere rechtspraak nu de wet toch ook de vrijheid biedt om slechte arbitrageovereenkomsten met onbekwame arbiters te sluiten.

45 Snijders, preadvies, p. 30.

46 Met name bij de institutionele arbitrage.

redde ICC arbiters in Nederland zich met een toepassing van beide, doch de spanning is voelbaar.

Tenuitvoerlegging van een arbitraal tussenvonnissen

Artikel 1049 Rv. somt drie typen van arbitrale vonnissen op: geheel arbitraal eindvonnis, gedeeltelijk arbitraal eindvonnis en arbitraal tussenvonnissen.⁴⁷ Volgens de tekst van de wet komt het tussenvonnissen niet voor tenuitvoerlegging in aanmerking. Dit blijkt uit artikel 1062 lid 1 Rv. dat verwijst naar 'De tenuitvoerlegging in Nederland van een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep dan wel uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, of van een geheel of gedeeltelijk eindvonnis, gewezen in arbitraal hoger beroep ...' Het arbitraal tussenvonnissen wordt niet genoemd. Dit in tegenstelling tot de arbitrale vonnissen die voor vernietiging in aanmerking komen. Daarvoor bepaalt artikel 1064 lid 4 Rv.: 'Tegen een arbitraal tussenvonnissen kan de vordering tot vernietiging slechts worden ingesteld te zamen met de vordering tot vernietiging van het geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.' De stiefmoederlijke behandeling blijkt ook uit de bepalingen betreffende de deponering van arbitrale vonnissen: artikel 1058 lid 1 sub b vereist dat slechts 'het origineel van een geheel of gedeeltelijk eindvonnis wordt nedergelegd ter griffie...'. Het tussenvonnissen behoort derhalve in beginsel niet te worden gedeponeerd (ofschoon dat in de praktijk in een aantal gevallen toch gebeurt). Voorts blijkt uit de tekst van artikel 1059 Rv. dat een tussenvonnissen geen gezag van gewijsde verkrijgt ('Slechts een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis kan gezag van gewijsde verkrijgen').

Met deze bepalingen kan men redelijk uit de voeten indien het geschil tot Nederland beperkt blijft. Prof. mr. P. Sanders ziet voornamelijk emplooi voor het tussenvonnissen in twee gevallen: (a) het geval dat arbiters zich bevoegd oordelen (artikel 1052 lid 4 Rv.), en (b) het geval dat arbiters uitspraak doen over het op het geschil toepasselijke recht (artikel 1054 lid 2 Rv.).⁴⁸ Prof. mr. H.J. Snijders ziet meer mogelijkheden: beslissingen strekkende tot getuigenverhoor, deskundigenbericht, persoonlijke verschijning van partijen, voeging, tussenkomst en vrijwaring van een partij.⁴⁹

Het feit dat een tussenvonnissen niet voor tenuitvoerlegging in aanmerking komt neemt Prof. mr. P. Sanders voor kennisgeving aan. Prof. mr. H.J. Snijders meent: 'Tenuitvoerlegging van een tussenvonnissen – men spreekt hier wel van 'exécution par suite d'instance', oneigenlijke tenuitvoerlegging – kan uiteraard zonder exequatur plaats vinden', zonder dat hij aangeeft op welke wijze dit kan geschieden.⁵⁰

Het maakt ook in de internationale praktijk niet veel uit of bovengenoemde zaken in een al dan niet voor tenuitvoerlegging vatbaar arbitraal vonnis kunnen worden vastgelegd. Daarentegen zijn er andere 'interim measures' waarvoor het internationaal wel degelijk verschil uitmaakt of zij in een voor tenuit-

voerlegging vatbaar arbitraal vonnis zijn neergelegd. Deze betreffen in het bijzonder de 'sale of perishable goods', de 'security for arbitration costs' en de 'security for the claim or counterclaim'. Prof. mr. P. Sanders meent: 'Aan een tussenvonnissen zou men ook nog kunnen denken als arbiters de verkoop van bederfelijke goederen gelasten of het stellen dan wel intrekken van een bankgarantie gelasten. Dit kan echter ook per Order [aanwijzing van het scheidsgerecht] geschieden. Het tussenvonnissen is immers toch niet voor t.u.l. vatbaar.'⁵¹

Omdat een tussenvonnissen volgens de tekst van artikel 1062 niet voor tenuitvoerlegging door middel van een eenvoudig exequatur in aanmerking komt, neemt menig rechtzoekende in Nederland zijn toevlucht tot conservatoir beslag en kort geding bij de President (zie artikel 1022 lid 2 Rv.). Dat gaat in het algemeen goed zolang de maatregelen binnen Nederland moeten worden genomen. Echter, beveelt een scheidsgerecht in Nederland bijvoorbeeld zekerheidsstelling door een buitenlandse partij dan is de afdwingbaarheid minder evident. Een Order is geen arbitraal vonnis en kan derhalve niet in het buitenland onder het New Yorkse Arbitrage Verdrag worden geëxecuteerd. Kan een Nederlands arbitraal tussenvonnissen dat wel?

Op zichzelf zie ik geen bezwaar tegen de mogelijkheid van tenuitvoerlegging van een arbitraal tussenvonnissen (interim arbitral award) onder het New Yorkse Verdrag.⁵² Een dergelijk vonnis is naar mijn mening 'binding' als bedoeld in artikel V lid 1 sub e van het Verdrag, al is dat maar tijdelijk. De Nederlandse wetgever heeft het echter de verzoeker tot tenuitvoerlegging van een Nederlands arbitraal tussenvonnissen in het buitenland niet gemakkelijk gemaakt. Ingevolge de tekst van de wet is een dergelijk vonnis in Nederland niet uitvoerbaar (artikel 1062 lid 1 Rv.) hetgeen de buitenlandse rechter kan verleiden tot eenzelfde zienswijze onder het New Yorkse Verdrag op basis van een toepassing van het Nederlandse recht op het tussenvonnissen. De mogelijkerwijs enige redding voor een verzoeker is een autonome interpretatie van een 'arbitral award' onder het Verdrag, d.w.z. zonder acht te slaan op de mogelijkheid tot tenuitvoerlegging in het land waar het vonnis is gewezen. Doch indien die interpretatie wordt gevolgd, ontstaat een scheve verhouding: een arbitraal tussenvonnissen zou dan in Nederland niet voor tenuitvoerlegging vatbaar zijn, terwijl dat wel zo zou zijn in het buitenland.

Al met al genoeg redenen ons af te vragen of het

9
TvA
97/1

47 Snijders, preadvies, p. 75.

48 Buruma, preadvies 'Capita selecta terzake van de beslechting van geschillen door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, en andere arbitrage-instituten en de overheidsrechter', p. 89 e.v.

49 Snijders, preadvies t.a.p.

50 Buruma, preadvies t.a.p.; zie tevens Van Baal in 'De rechter aan de kant', Jonge Balie Congresbundel 1992, p. 38 e.v.

51 Burgerlijke Rechtsvordering, aant. 3 op art. 1033.

52 Aldus Buruma t.a.p.

echt nodig is dat de Nederlandse arbitragewet de tenuitvoerlegging van een arbitraal tussenvonnis uitsluit. Zoals gezegd redden we ons in de nationale context.⁵³ In het buitenland zijn de rechters echter veelal niet zo snel en welwillend als de Nederlandse Presidenten. Bovendien verdient het de voorkeur dat bij de internationale arbitrage alles in één hand blijft. Zo kan een internationaal scheidsrecht in veel gevallen beter beoordelen of bijvoorbeeld zekerheidsstelling voor de vordering nodig is dan een nationale rechter.

Er bestaat mijns inziens dan ook voldoende grond de arbitragewet op dit punt te wijzigen of extensief uit te leggen, zodanig dat een arbitraal tussenvonnis ten uitvoer kan worden gelegd op dezelfde wijze als waarop dat mogelijk is voor een geheel of gedeeltelijk eindvonnis (onder handhaving van de keuze tussen arbitrage en de President in kort geding die artikel 1022 lid 2 Rv. aan een partij biedt).⁵⁴

Termijnen voor vernietiging van een arbitraal vonnis

Artikel 1064 lid 3 Rv. bepaalt:

‘Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Wordt echter het vonnis, voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij betekend, dan kan die partij, ongeacht het verstrekken zijn van de termijn van drie maanden, genoemd in de vorige zin, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen.’

In de Memorie van Antwoord wordt deze bepaling omschreven als ‘het stelsel Van den Berg’ waarvoor de Minister van Justitie bij nader inzien had gekozen.⁵⁵ Na 10 jaar praktijkervaring met deze bepaling vraag ik mij af of ik het bij het rechte eind heb gehad.⁵⁶ Wetgeving op het gebied van arbitrage in de ons omringende landen laat zien dat de termijn voor het instellen van de vernietigingsactie daar ogenschijnlijk eenvoudiger is geregeld:

België: in de meeste gevallen drie maanden na datum van betekening van het vonnis (artikel 1707 lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek).

Engeland: 28 dagen na datum van het vonnis (Section 70(3) van de English Arbitration Act 1996).⁵⁷

Zwitserland: in geval van internationale arbitrage, 30 dagen na betekening van het vonnis.⁵⁸

Uncitral Model Law: drie maanden na ontvangst van het vonnis (Section 34(3)).

De ‘tweede termijn’ in de huidige tekst van artikel 1064 lid 3 Rv. is ontleend aan de Franse internationale arbitragewet van 1981 die bepaalde dat de vernietiging kon worden ingesteld binnen één maand na betekening van het verlot tot tenuitvoerlegging (artikel 1503 van de Code de procédure civile).

Afgezien van de ingewikkeldheid van artikel 1064 lid 3, kunnen deze bepalingen in de internationale context twee problemen opleveren (hoewel, voorzover mij bekend, deze problemen zich nog niet in de praktijk hebben voorgedaan; evenmin hebben rechtspraak en literatuur zich daarover uitgelaten).

In de eerste plaats betreft dat het depot van het arbitrale vonnis. Zoals in de praktijk is gebleken, kan depot van een arbitraal vonnis een probleem voor de vertrouwelijkheid opleveren. Reeds om die reden zou ik een voorstander zijn de eis tot deponeren van arbitrale vonnissen te herzien. In het buitenland kan men het in vele gevallen zonder de deponering van het vonnis bij een overheidsrechter stellen. Ik vraag mij af waarom dat in Nederland ook niet zou kunnen. Reeds de theoretische onmogelijkheid voor derden van een arbitraal vonnis kennis te nemen zou het vertrouwen in de internationale arbitrage in Nederland kunnen vergroten.

Een mogelijke oplossing is artikel 1058 lid 1 sub b Rv. te wijzigen in die zin, dat partijen een andere wijze van deponeren kunnen overeenkomen (bijvoorbeeld bij een arbitrage-instituut). De andere artikelen van de wet waarin naar deponering ter Griffie wordt verwezen zouden dan kunnen worden gewijzigd door aanvulling van ‘of op de door partijen overeengekomen wijze van nederlegging’.⁵⁹

Een tweede probleem vormt de bepaling inzake de ‘tweede termijn’ in artikel 1064 lid 3 Rv. Ingevolge die bepaling kan de partij aan wie een vonnis voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging is betekend, ongeacht het verstrekken zijn van de termijn van drie maanden, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen. Deze mogelijkheid komt niet toe aan de partij die zelf een exequatur verkrijgt. Voor het gebruik van de ‘tweede termijn’ is een partij dus afhankelijk van een al dan niet instellen van een verzoek tot het verlenen van een exequatur door de wederpartij. Dat is op zichzelf nog een vrij theoretisch bezwaar omdat, indien een partij die buiten de eerste termijn van drie maanden een vordering tot vernietiging wil instellen, wellicht niet aan het vonnis, heeft voldaan en de wederpartij derhalve genooddaakt is een verlot tot tenuitvoerlegging tegen haar te verkrijgen. Het werkelijke probleem in de internationale context is of onder het verlot tot tenuitvoerlegging als bedoeld in artikel 1064 lid 3 ook valt

⁵³ Buruma, preadvies, p. 90, waarbij opvalt dat (beide) preadviseurs aangeven niet precies te weten wat onder ‘adviserende stem’ moet worden verstaan; zie de pp. 75 en 91 van het preadvies.

⁵⁴ Op de pp. 90 en 91.

⁵⁵ Art. 1042 Rv.

⁵⁶ P. 82; zie ook Snijders in Bouwrecht 96/4, p. 278 l.k.

⁵⁷ Zie m.b.t. de benoeming van arbiters: Hugenholtz/Heemskerk a.w. nr. 205, alsmede Hofhuis in eerdergenoemde Jonge Balie Congresbundel, p. 13, en vgl. ook Buruma in Bouwrecht 96/4, p. 288 l.k.: ‘partijen zijn heer en meester in de procedure’.

⁵⁸ Ik ga niet in op de vraag of e.e.a. meebrengt of (ook) de inhoud van het arbitraal beding en/of het institutionele reglement (indien op de arbitrage van toepassing) aanpassing behoeven.

⁵⁹ Zie noot 14.

een verlot tot tenuitvoerlegging verleend door een *buitenlandse* rechter.

Die situatie is niet denkbeeldig omdat een verlot tot tenuitvoerlegging veelal zal worden verzocht in het land van de partij die aan het vonnis moet voldoen. Dat land is niet noodzakelijkerwijze Nederland. Indien een in het buitenland verkregen verlot tot tenuitvoerlegging niet valt onder het verlot tot tenuitvoerlegging als bedoeld in artikel 1064 lid 3 Rv., zal een ongelijke situatie kunnen ontstaan. De 'tweede termijn' zou dan alleen kunnen worden gebruikt in geval het verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland is verleend.

Wellicht kan deze vraag door een extensieve interpretatie van artikel 1064 lid 3 Rv. worden opgelost in die zin dat daaronder ook valt het verlot tot tenuitvoerlegging verleend door een buitenlandse rechter (al dan niet onder voorbehoud van erkenning ex artikel 1075 of 1076 Rv.).

Gevolgen van onbevoegdverklaring

Komen arbiters tot de conclusie dat zij bevoegd zijn dan kan dit oordeel door de rechter in een vernietigingsprocedure worden getoetst (zie artikel 1052 lid 4 Rv.). Komen zij echter tot de conclusie dat zij onbevoegd zijn dan staat daartegen geen voorziening bij de rechter open. Dienaangaande bepaalt artikel 1052 lid 5 Rv.:

'Indien het scheidsgericht zich onbevoegd verklaart, is de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.'

Het uitgangspunt van de wetgever is kennelijk dat degenen die tot arbiter zijn benoemd een beroep op hun onbevoegdheid zorgvuldig zullen onderzoeken. Bepalen zij dat de rechtsmacht van de rechter is uitgesloten dan kan dat door de rechter worden gecontroleerd in een vernietigingsprocedure. Bepalen zij daarentegen dat zij geen bevoegdheid hebben als arbiter op te treden dan betekent dat het einde van de exercitie en wordt de rechter (weer) bevoegd zonder dat nadere toetsing mogelijk is. Dit verschil laat zich waarschijnlijk verklaren door het praktijkgegeven dat arbiters zich niet gaarne onbevoegd verklaren en dat als zij dat doen, het uitgesloten moet worden geacht dat daartoe geen goede gronden aanwezig zijn.

Niettemin roept de regel van artikel 1052 lid 5 Rv. in de internationale context een aantal vragen op.

In de eerste plaats betreft het de erkenning en tenuitvoerlegging in het buitenland van de onbevoegdverklaring. De juridische status van een onbevoegdverklaring is onduidelijk. Stel dat na de onbevoegdverklaring in Nederland het geschil bij een buitenlandse rechter wordt aangebracht en de gedaagde een beroep doet op de arbitrage-overeenkomst. De buitenlandse rechter kan dan het rechtsgevolg van artikel 1052 lid 5 Rv. erkennen. Hij kan echter ook de bevoegdheid van arbiters *de novo* onderzoeken. Komt hij tot de conclusie dat arbiters wel bevoegd zouden zijn geweest dan valt de eiser tussen de wal en het

schip omdat hij het geschil aan die buitenlandse rechter noch aan arbiter in Nederland meer kan voorleggen.⁶⁰

Voorts is er de vraag welke 'gewone rechter' bevoegd is 'van de zaak kennis te nemen' in de zin van artikel 1052 lid 5 Rv. Wellicht valt daaronder ook de buitenlandse rechter. Doch denkt men in het buitenland er net zo over? Dat zal in de eerste plaats afhangen van de hierboven gestelde vraag of de onbevoegdverklaring in het buitenland wordt erkend. Doch het hangt ook af van de regels van internationale bevoegdheid van het forum waar de zaak vervolgens wordt aangebracht.

Artikel 1052 lid 5 Rv is internationaal een novum. Naar mijn weten bevat geen enkele andere arbitrage-wet de bepaling dat wanneer privé-personen hebben beslist dat geen geldige arbitrage-overeenkomst voorhanden is, de gewone rechter zonder meer (weer) bevoegd wordt. Veelal staat tegen een dergelijke beslissing een voorziening bij de rechter open (al is dit meestal niet met zoveel woorden in de arbitrage-wet te lezen).

Curieus is de situatie waarop artikel 1052 lid 3 betrekking heeft: het 'scheidsgerecht' stelt vast dat het onbevoegd is omdat het 'in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld'. Men zou verwachten dat na een dergelijke uitspraak opnieuw arbitrage ahangig kan worden gemaakt en alsdan het scheidsgericht in overeenstemming met de daarvoor geldende regelen wordt samengesteld. Een letterlijke interpretatie van artikel 1052 lid 5 Rv. laat dit echter niet toe. Ook in dat geval is de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen.

De aanpak van artikel 1052 lid 5 Rv. wordt door Prof. mr. P. Sanders gerechtvaardigd met: 'Na een vergeefse arbitrale rechtsgang zal de liefde voor arbitrage wel zijn geblust'.⁶¹ Misschien is dat nationaal zo, omdat een partij haar liefde nu op de Nederlandse rechter kan richten. Internationaal blijft echter een partij waarschijnlijk van liefde verstoken: voor haar is het alternatief veelal de rechter in het land van de wederpartij. Dat strookt niet met de internationale praktijk waarbij de overgrote meerderheid van geschillen door arbitrage wordt beslecht. Hier is naar mijn mening het uitgangspunt dat een partij de voorkeur geeft aan arbitrage ook nadat een arbitrage is misgelopen.⁶² Dat geldt in het bijzonder voor de gevallen waarin het scheidsgericht zich onbevoegd heeft verklaard om andere redenen dan het ontbreken van een geldige arbitrage-overeenkomst. In deze gevallen mag een partij verwachten dat zij de mogelijkheid heeft de beslissing aan te vechten.

Artikel 1052 lid 5 Rv. vermeldt *in fine* als uitzondering 'tenzij de partijen anders zijn overeengekomen'. Een dergelijke overeenkomst wordt door partijen zelden of nooit in de praktijk gemaakt. Noch

⁶⁰ Vgl. HR 30-6-1989, NJ 1990, 382.

⁶¹ Art. 1064, lid 4 Rv.

⁶² Sanders, Het Nieuwe Arbitragerecht, 2e dr., p. 170.

bevat enige van de mij bekende nationale en internationale arbitragereglementen een bepaling voor een 'doorstart' van een mislukte arbitrage.⁶³

Een oplossing is onbevoegdverklaring als een arbitraal vonnis te beschouwen zoals onder meer mr. W. ten Cate met verve heeft betoogd, doch waartegen velen, waaronder mr. N. Koedam en Prof. mr. P. Sanders, de nodige bedenkingen hebben.⁶⁴ Alsdan zou de onbevoegdverklaring voor erkenning onder het New Yorkse Verdrag van 1958 in aanmerking kunnen komen.

Gezien de wankelende juridische basis van deze oplossing, verdient het naar mijn mening de voorkeur de regel van 1052 lid 5 Rv. om te draaien: Ingeval van een onbevoegdverklaring dient het geschil opnieuw aan arbitrage te worden onderworpen, tenzij en voorzover deze het ontbreken van een geldige arbitrage-overeenkomst betreft dan wel partijen anders zijn overeengekomen. Een dergelijke bepaling doet meer recht aan de verwachtingen van partijen en lost een groot aantal van de bovengenoemde problemen op.

Gevolgen van vernietiging van een arbitraal vonnis

Een met artikel 1052 lid 5 Rv. verwant probleem vormt artikel 1067 Rv. dat bepaalt:

'Zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.'

Over de juridische status van het rechterlijk vonnis waarbij het arbitrale vonnis wordt vernietigd, zal geen onduidelijkheid bestaan: het is een vonnis van de Nederlandse overheidsrechter. Doch daarmee wordt het probleem van de internationale erkenning en tenuitvoerlegging ook levensgroot. Het New Yorkse Verdrag van 1958 bepaalt dat het *arbitrale vonnis* niet langer voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt.⁶⁵ Voor erkenning van het *vonnis van de overheidsrechter* is echter meestal een Verdrag

inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke vonnissen vereist. Dergelijke Verdragen zijn zeldzaam.

Sterker nog, het EEX sluit zelfs arbitrage uit, ofschoon het nog steeds geen uitgemaakte zaak is of, en zo ja in hoeverre, vonnissen van overheidsrechters die betrekking hebben op arbitrage onder het EEX (in het bijzonder die waarbij een arbitraal vonnis wordt vernietigd) kunnen worden geëxecuteerd.⁶⁶

Als voorbeeld kan dienen een ICC arbitrage waarvan de Court of Arbitration (een administratief orgaan) oorspronkelijk de plaats van arbitrage in Nederland had bepaald. Na vernietiging van het arbitrale vonnis wegens onbevoegdheid door de Nederlandse rechter, wordt wederom arbitrage aangevraagd en bepaalt de Court Brussel als plaats van arbitrage. Kan op het Nederlandse rechterlijk vonnis waarbij het arbitrale vonnis werd vernietigd in België een beroep worden gedaan teneinde de tweede arbitrage in België te doen stranden?

Ook is er hier de vraag van welke 'gewone rechter' de bevoegdheid 'herleeft' (artikel 1067 Rv.). Met Prof. mr. P. Sanders meen ik dat daaronder ook de buitenlandse rechter valt.⁶⁷ De vraag of men in het buitenland er net zo over denkt zal in de eerste plaats afhangen van de hierboven gestelde vraag of het rechterlijk vonnis waarbij het arbitraal vonnis wordt vernietigd, in het buitenland wordt erkend. Doch zij hangt ook wederom af van de regels van internationale bevoegdheid van het forum waar de zaak vervolgens wordt aangebracht.

Prof. mr. P. Sanders billijkt de regel van artikel 1067 als volgt: 'Na vernietiging zullen partijen, na die droevige ervaring, weinig lust hebben een nieuwe arbitrage-overeenkomst aan te gaan.'⁶⁸ Ik neem gaarne aan dat degene die de vernietigingsprocedure heeft gewonnen geen arbitrage-overeenkomst meer wil sluiten. Maar wat kan de eiser in de arbitrage die de vernietigingsprocedure heeft verloren, doen? En is het niet veeleer zo, dat internationaal arbitrage de regel is, en een nationale rechter de uitzondering?

Een ander probleem waarover artikel 1067 Rv. in het geheel niet rept, is de gedeeltelijke vernietiging. Artikel 1065 lid 5 Rv. voorziet daarin ten dele als volgt:

'Indien het scheidsgerecht meer of anders heeft toegewezen dan werd gevorderd, wordt het arbitraal vonnis gedeeltelijk vernietigd, voorzover het meer of anders toegewezen kan worden gescheiden van het overige gedeelte van het vonnis.'

Ten aanzien van het meer of anders toegewezen wordt ingevolge artikel 1067 Rv. de gewone rechter weer bevoegd. Doch hoe is de situatie in een arbitrage waarin een tussenvonnis, een gedeeltelijk eindvonnis en een laatste eindvonnis zijn gewezen en het tussenvonnis dan wel het gedeeltelijk eindvonnis wordt vernietigd? Herleeft dan de bevoegdheid van de gewone rechter en zo ja, in hoeverre zou dat dan het geval zijn?

Een (gedeeltelijke) oplossing voor bovengenoemde problemen kan worden gevonden in een extensieve interpretatie van de uitzondering vervat in

⁶³ Art. 1066, lid 1 Rv.

⁶⁴ Bouwrecht 96/4, p. 281 r.k.

⁶⁵ Artikel V lid 1 sub e bepaalt dat erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis worden geweigerd indien 'the award ... has been set aside ... by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.' De vraag is recentelijk gesteld of een rechter gebruik kan maken van zijn 'residual discretion' om een exequatur te verlenen ondanks het feit dat de verweerder een grond voor weigering van tenuitvoerlegging heeft gesteld en bewezen.

⁶⁶ Zie D.T. Hascher, 'Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention', 12 *Arbitration International* (1996) p. 233 e.v.; H.J. Snijders, noot 9 *supra*, pp. 52-53.

⁶⁷ P. Sanders en A.J. van den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986* (Kluwer 1986), noot 106.

⁶⁸ *Het nieuwe arbitragerecht*, 3e druk (Deventer 1996) p. 282.

artikel 1067 Rv.: 'tenzij de partijen anders zijn overeengekomen'. Een dergelijke interpretatie werd door het Hof Amsterdam gevolgd: nu 'zonder voorbehoud' arbitrage was overeengekomen, moest na vernietiging opnieuw worden gearbitreerd onder de 'oude' overeenkomst.⁶⁹

Een betere oplossing lijkt mij echter dat ook in artikel 1067 Rv. de regel wordt omgedraaid: Ingeval van vernietiging van een arbitraal vonnis dient het geschil opnieuw aan arbitrage te worden onderworpen, tenzij en voorzover deze het ontbreken van een geldige arbitrage-overeenkomst betreft dan wel partijen anders zijn overeengekomen. Voorts kan ook worden overwogen een bepaling in onze arbitragewet op te nemen welke vergelijkbaar is met artikel 34 lid 4 van de Uncitral Model Law:

'The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.'

Vertrouwelijkheid en geheimhouding

Een vaak gehoord voordeel van arbitrage is de vertrouwelijkheid. Internationaal bestaat daarover thans echter de nodige commotie omdat in een aantal rechterlijke uitspraken (met name in Australië, Engeland en de Verenigde Staten) dit voordeel niet zo absoluut blijkt te zijn als de voorstanders van arbitrage willen doen voorkomen.

De voor deze bijdrage toegestane ruimte laat toe slechts summierlijk op deze interessante problematiek in te gaan.⁷⁰ Ik moet derhalve volstaan met het in kaart brengen van vragen waarvan een aantal zich reeds in de praktijk van de internationale arbitrage heeft voorgedaan:

(i) Arbitrale procedure:

(a) Mogen derden bij de arbitrale procedure aanwezig zijn en zo nee, wie bepaalt wie 'derden' zijn?

Artikel 26 lid 3 van het NAI Reglement bepaalt: 'Het scheidsgerecht kan, behalve de partijen en personen genoemd in de artikelen 21 [advocaat of bijzonder daartoe schriftelijk gevolmachtigde en bijstand door personen naar keuze van een partij], 29 [getuigen], 30 [partij-deskundigen] en 31 [door het scheidsgerecht benoemde deskundigen], andere personen ter zitting toelaten, tenzij een partij zich daartegen verzet.' In een NAI arbitrage verschijnt een gemeente vergezeld door meer dan 50 sympathisanten (met spandoek) en journalisten (met camera) die zij als 'bijstand' in de zin van artikel 26 lid 3 kwalificeert. De tegenpartij, een projectontwikkelaar, verzet zich daartegen. Wat kan of moet het scheidsgerecht doen?

(b) Kan een partij weigeren bepaalde stukken over te leggen op grond van een beweerdelijk vertrouwelijk karakter (zgn. 'privileged documents' of 'trade secrets')?

In de praktijk redt men zich nog wel eens met de methode van 'redacted documents', doch dit geeft niet altijd een oplossing.

(c) Kan een partij stukken die door de wederpartij zijn overgelegd, in een andere arbitrage of een procedure bij de overheidsrechter waarbij die wederpartij niet is betrokken, in het geding brengen?

De Engelse rechters achten een 'implied term' tot geheimhouding aanwezig, behoudens toestemming van de wederpartij of bevel van de rechter (*Dolling-Baker v. Merrett* [1990] 1 WLR 1205). Deze regel is enigszins genuanceerd in *Hassneh Insurance Comp. v. Steuart J Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 242 (Q.B.) waarin werd beslist dat de plicht tot geheimhouding zich strekt tot documenten die tot stand zijn gekomen in het kader van de arbitrage (bijvoorbeeld Memorials), doch niet tot 'historical documents' die niet specifiek voor de arbitrage zijn opgesteld.

De Australische rechters zien dat anders. In de inmiddels beruchte zaak *Eso Australia Resources Ltd. v. Plowman*, gepubliceerd in XXI *Yearbook Commercial Arbitration* (1996) pp. 137-171, besliste de High Court of Australia: 'in Australia ... we are [not] justified in concluding that confidentiality is an essential attribute of a private arbitration imposing an obligation on each party not to disclose the proceedings or documents and information provided in and for the purposes of the arbitration.' In deze zaak, aangespannen door de Minister for Energy and Minerals (The Hon. Sidney James Plowman) tegen de bij de arbitrage betrokken partijen, had de Minister bij de rechter gevorderd een verklaring voor recht dat 'any and all information disclosed to the Gas and Fuel Corporation of Victoria in the course of its arbitration with [Eso] is not subject to any obligation of confidence.'

13
TvA
97/1

69 Hof Amsterdam te kennen uit HR 20 mei 1988, NJ 1988, 778, TvA 1989 p. 28, *Perels ca. Minerva*, met kritische noot van P. Sanders. De Hoge Raad vond deze overweging van het Hof 'van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk.' Anders Prof. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, 3e druk (Deventer 1996) p. 282. Een van de weinige reglementen die in een arbitrale 'doorstart' na vernietiging van een arbitraal vonnis voorziet is artikel 49 lid 4 van de UAR 1989 ('voor zover het dientengevolge onbeslist is gebleven'). Zie ook artikel 41 lid 4 van de UAR 1986 en artikel 67 lid 4 van de UAR-REG.

70 Zie onder anderen: J. Paulsson en N. Rawding, 'The Trouble with Confidentiality', 5 *ICC Bulletin* (mei 1994) pp. 48-59; E. Bertrand, 'The Confidentiality of Arbitration: Evolution or Mutation Following Eso/BHP vs. Plowman', *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal* (1996) pp. 169-177; F. Dessemontet, 'Arbitrage et confidentialité', J. Rapp en M. Jaccard, eds., *Le droit en action. Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996* (Lausanne 1996) pp. 61-97; L. Hardenberg, *Het openbaar maken van arbitrale vonnissen*, TvA 1989/3 pp. 65-67; W. ten Cate, *Boekbespreking 'Arbitragerecht'*, TvA 1989/3 pp. 68-70; R.E. Goodman-Everard, *Vertrouwelijkheid in de arbitrage. Een afdwingbaar voordeel?*, TvA 1991/1 pp. 11-13; special issue van *Arbitration International* (1995) pp. 231-340; P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, 3e druk (Deventer 1996) pp. 233-235.

(d) Kan een getuige een beroep doen op verscho-
ningsrecht in andere gevallen dan bij de rechter?

Te denken valt bijvoorbeeld aan een financieel advi-
seur. De Nederlandse arbitragewet opent daartoe naar
mijn mening de mogelijkheid gezien de bepalingen van
artikel 1039 lid 5 Rv. ('Voor zover de partijen niet
anders zijn overeengekomen, is het scheidsgerecht vrij
ten aanzien van de toepassing van de regelen van
bewijsrecht.')

(e) Meer in het bijzonder, kan het verschonings-
recht toegekend aan advocaten ook worden toegekend
aan bedrijfsjuristen?

Daar is veel voor te zeggen gezien de huidige (interna-
tionale) praktijk waarbij inhouse counsel in vele gevallen
dezelfde activiteiten ontplooit als advocaten. In een
recente ICC arbitrage besliste het scheidsgerecht dan ook
dat een memorandum van een inhouse counsel aan zijn
management een privileged document was op dezelfde
voet als een advies van een advocaat aan het management
dat zou zijn geweest.

(f) Kan een partij een wederpartij in de arbitrage
beletten mededelingen te doen omtrent onderhande-
lingen die 'without prejudice' ('sans préjudice') zijn
gevoerd en personen daarover laten getuigen?

In HR 26 juni 1942, NJ 1942, 584, *Asman ca. De
Joodsche Invalide*, waren partijen uitdrukkelijk overeenge-
komen dat omtrent de onderhandelingen voor een minne-
lijke schikking niets zou worden medegedeeld aan arbi-
ters. Een partij deed dat toch en het scheidsgerecht
baseerde mede daarop zijn beslissing. De Hoge Raad oor-
deelde dat de last (thans opdracht) van het scheidsgerecht
was beperkt door deze overeenkomst en dat het scheidsge-
recht zich niet aan zijn last had gehouden. De Hoge Raad
verwees de zaak terug naar het Hof ten einde te beoorde-
len in hoeverre de beslissing van het scheidsgerecht was
gebaseerd op de onderhandelingen.

In een recente internationale NAI arbitrage met
betrekking tot de uitleg van een settlement agreement was
het beroep op 'without prejudice' onderhandelingen ver-
worpen op grond van de overweging dat de 'without preju-
dice' overeenkomst was beperkt tot het mislukken van de
onderhandelingen en niet het slagen daarvan.

Gezien deze rechtspraak zal een 'without prejudice'
overeenkomst, indien afdoende geformuleerd, in arbi-
trage waarschijnlijk stand houden.

Ten aanzien van mededelingen gedaan in een NAI
Minitrage wordt de constructie van een bewijsovereene-
komst gehanteerd (zie artikel 20 lid 1 van het Minitrage
Reglement).

Het voorafgaande zou wel eens verschillend kunnen
zijn voor procedures ten overstaan van de Nederlandse
overheidsrechter omdat deze een zeer beperkte notie van
verschoningsrecht hanteert en de waarheidsvinding hoog
in het vaandel heeft staan, behorende tot de categorie
openbare orde.

In Engeland geldt het omgekeerde. In het standaard
arrest *Rush & Tomkins Ltd. v. Greater London Council and
Another* [1989] A.C. 1280, besliste de House of Lords: 'The
'without prejudice rule' is a rule governing the admissibi-
lity of evidence and is founded upon the public policy of
encouraging litigants to settle their differences rather

than litigate them to a finish.' Zie ook *Phipson on Evidence*,
14e druk (1990) p. 523: '... if a communication or docu-
ment has attracted privilege, it remains subject to it: 'once
privileged, always privileged'.'

(g) Mag een partij mededeling doen aan derden
omtrent een aanhangige arbitrage? Mag een arbiter of
arbitrage-instituut dat doen?

Een vennootschap is in het algemeen verplicht geschil-
len met mogelijk belangrijke financiële gevolgen voor de
vennootschap in de toelichting van haar jaarverslag te ver-
melden. De mate van detaillering hangt af van de regelge-
ving en gebruiken in de verschillende landen.

In de arbitrage onder de Washington Convention van
1965, *Amco Asia Corp. v. Indonesia*, maakte Indonesië
bezwaar tegen een artikel in *The Hong Kong Business
Standard* waarin Amco Asia haar versie van de beweerd-
lijke onteigening door Indonesië van haar hotel Kartiki
Plaza in Jakarta gaf. Het scheidsgerecht vond dat het arti-
kel 'could not have done any harm to Indonesia, nor
aggravate or exacerbate the legal dispute now put before
the tribunal'. Van belang is de overweging van het
scheidsgerecht: 'Finally, as to the 'spirit of confidentiality'
of the arbitral procedure, it is right to say that the
Convention and the Rules do not prevent the parties from
revealing their case'. Beslissing van 9 december 1983,
gepubliceerd in *XI Yearbook Commercial Arbitration* (1986)
pp. 159-161.

(ii) Arbitraal vonnis:

(a) Bestaat er auteursrecht op een arbitraal von-
nis, en zo ja, bij wie berust dit recht c.q. aan wie is het
overgedragen?

Volgens artikel 11 van de Auteurswet bestaat er geen
auteursrecht op uitspraken van de rechterlijke macht.
Over arbitrale vonnissen zwijgt de Auteurswet (en de
rechtspraak). Zie mr. L. Hardenberg, *Het openbaar maken
van arbitrale vonnissen*, vA 1989/3 pp. 65-67.

(b) Mag een partij eenzijdig een arbitraal vonnis
publiceren? Mag een arbiter of arbitrage-instituut dat
doen?

Eenzijdige en integrale publicatie van een vonnis door
een partij maakt soms deel uit van de strategie de druk op
de wederpartij tot nakoming van het vonnis op te voeren.
Een ruimhartig publicatiebeleid wordt bijvoorbeeld
gevolgd door Mealey's *International Arbitration Report*. Het
beleid van het *Yearbook Commercial Arbitration* is voor-
zichtiger: vonnissen worden slechts gepubliceerd onder
weglating van namen en andere gegevens die de identiteit
van partijen kunnen openbaren ('sanitized awards') tenzij
het vonnis reeds elders is gepubliceerd of het onderwerp
is (geweest) van een gerechtelijke procedure (tenuitvoer-
legging of vernietiging).

Voor de publicatie van arbitrale vonnissen door arbi-
trage-instituten, zie bijvoorbeeld artikel 55 van het NAI
Reglement: 'Het NAI is bevoegd het vonnis zonder ver-
melding van de namen van partijen en met weglating van
verdere gegevens welke de identiteit van partijen zouden
kunnen openbaren, te laten publiceren, tenzij een partij
binnen een maand na ontvangst van het vonnis schrift-
lijk bij de administrateur daartegen bezwaar heeft
gemaakt.' Een dergelijk bezwaar wordt overigens zelden
gemaakt.

Onder eenzijdige openbaarmaking kan ook vallen het geval waarin een partij een vernietigingsactie instelt louter en alleen om het arbitraal vonnis wereldkundig te maken (en kennelijk het niet-nakomen door de wederpartij aan de kaak te stellen). Bij de Cour d'appel de Paris leverde dat misbruik van procesrecht op waarvoor de eiser tot schadevergoeding werd veroordeeld. *Alta ca. Ojje*, 18 februari 1986, gepubliceerd in *Revue de l'arbitrage* (1986) pp. 583-585; zie mr. R.E. Goodman-Everard, *Vertrouwelijkheid in de arbitrage. Een afdwingbaar voordeel?*, TvA 1991/1 pp. 11-13.

(c) Mag de Griffie van een Rechtbank aan een derde een afschrift van een ingevolge artikel 1058 lid 1 sub b Rv. gedeponeerd arbitraal vonnis verschaffen?⁷¹

Deze vraag is afhankelijk van de kwestie of deponering ex artikel 1058 lid 1 sub b Rv. een deponering is in een openbaar register als bedoeld in artikel 838 Rv. In het algemeen wordt hierop ontkennend geantwoord. Zie mr. W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, 3e druk (Zwolle 1957) p. 135; mr. L. Hardenberg, *Het openbaar maken van arbitrale vonnissen*, TvA 1989/3 p. 66; P. Sanders en A.J. van den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986* (Deventer 1987) noot 75.

In een recente, politiek gevoelige internationale arbitrage, nam één van de advocaten de voorzorg deze stelling in de praktijk te testen. Zijn bevindingen waren onthutsend. De Griffier verschaftte niet alleen inzage in het overzicht van recentelijk gedeponeerde vonnissen, doch gaf ook nog (kosteloos!) een afschrift van een door de advocaat willekeurig gekozen arbitraal vonnis mee (dat overigens geschikt was voor onmiddellijke publicatie in de 'pulp-pers'). Beide partijen waren zo geschrokken van deze openheid, dat zij een acte van berusting tekenden en afzagen van deponering van het betrokken arbitrale vonnis. Inmiddels is hier tegen actie ondernomen op het niveau van het landelijk Presidentenoverleg en zijn de Griffiers opnieuw geïnstrueerd dat onder geen beding enige mededeling omtrent gedeponeerde arbitrale vonnissen aan derden mag worden gedaan. Het verdient mijns inziens aanbeveling dit met zoveel woorden in de wet vast te leggen, indien het deponeren van arbitrale vonnissen niet facultatief wordt gemaakt (waarvan ik een voorstander ben, zie § 10 van dit artikel).

(d) Mag een partij een afschrift van het arbitrale vonnis in andere arbitrage waarbij die wederpartij niet is betrokken in het geding brengen?

In de hierboven genoemde Engelse uitspraak *Hassneh Insurance Comp. v. Stuart J Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.) werd ook overwogen dat in tegenstelling tot de tijdens de arbitrage overgelegde stukken, het arbitrale vonnis de rechten en plichten vastlegt en derhalve een 'public document' kan zijn. Openbaarmaking van het arbitrale vonnis zonder toestemming van de wederpartij bij de arbitrage en zonder rechterlijk bevel levert, ingevolge deze uitspraak, geen schending op van een plicht tot geheimhouding wanneer openbaarmaking nodig is ter ondersteuning van een vordering of verweer.

(e) Kan de overheid de overlegging van een afschrift van een arbitraal vonnis vereisen? En van in de arbitrage overgelegde documenten?

Een voorbeeld is *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 118 FRD 346 (D.Del. 1988), waarin de Amerikaanse overheid van Panhandle de overlegging van stukken afkomstig uit een ICC arbitrage tussen Panhandle en het Algerijnse staatsbedrijf Sonatrach had gevorderd. Overwegende dat Panhandle niet kon aantonen dat zij jegens Sonatrach tot geheimhouding van de arbitrage

gehouden was (het ICC Reglement zwijgt hierover), besliste de Amerikaanse rechter dat Panhandle aan de Amerikaanse overheid moest overleggen zowel 'historical documents' als de processen-verbaal van de zitting en het arbitrale vonnis.

(f) Indien een arbitraal vonnis het onderwerp is (geweest) van een tenuitvoerleggings- of vernietigingsprocedure, kunnen derden daarvan kennis nemen en het arbitrale vonnis publiceren?

Openbaarheid van rechtspraak is verankerd in de artikelen 6 EVRM, 121 GW, 20 RO, 18 Rv. en 429 g Rv.

Deze vraag omvat een aantal subvragen:

(i) Kan openbaarmaking van het instellen van verzoek tot exequatur of een actie tot vernietiging door een partij of beide partijen worden tegengehouden?

Ofschoon van de rolzitting, die op zich openbaar is, een derde vaak niet veel wijzer wordt, kan openbaarmaking in beginsel niet worden tegengehouden.

(ii) Kan een derde het procesdossier inzien?

In het algemeen wordt een procesdossier niet aan een derde ter inzage gegeven.

(iii) Kan een derde de zitting bijwonen?

Tot een zitting achter gesloten deuren kan een rechter beslissen op grond van 'gewichtige redenen' (artikel 20 lid 1-2 RO). In de civiele praktijk is dat meestal beperkt tot familiezaken (zie ook artikel 18 lid 2 Rv.).

Een interessante bepaling is vervat in Section 2D van de Hong Kong Arbitration Ordinance 1990: 'Proceedings under this Ordinance in the Court or Court of Appeal shall on the application of any party to the proceedings be heard otherwise than in open court.'

(iv) Kan een partij de publicatie van de beschikking c.q. het vonnis van de rechter tegenhouden?

Indien en voorzover het arbitrale vonnis in de rechterlijke uitspraak is geciteerd, kan publicatie van die gedeelten thans niet worden tegengehouden. De vraag is echter of derden ook recht hebben op inzage in het arbitrale vonnis zelf en het vervolgens mogen publiceren.

(g) Kan een arbiter als getuige worden gehoord in een vernietigingsprocedure van een arbitraal vonnis?

Dit zou natuurlijk niet mogelijk moeten zijn (tenzij een arbiter heeft gefraudeerd). Ofschoon een arbiter naar mijn weten nog nimmer als getuige is opgeroepen in een vernietigingsprocedure in Nederland, kan een arbiter geen beroep doen op een verschoningsrecht. In sommige landen kan hij dat wel op basis van een zgn. 'judicial immunity' die ook aan arbiters wordt toegekend.

71 Zie ook P.W. van Baal, 'Tien jaar NAI-ervaring met de Arbitragewet I', TvA 1996 nr. 4, p. 127.

72 Zie artikelen 26 lid 3 en 55 van het NAI Reglement, hierboven geciteerd.

73 Section 2D, hierboven geciteerd.

(iii) *Geheimhouding in het algemeen:*

Hebben de volgende personen c.q. instellingen een geheimhoudingsplicht ten aanzien van zowel wat zich in een arbitrage heeft afgespeeld als het arbitrale vonnis:

- (a) de partijen;
- (b) hun raadslieden (advocaten, bedrijfsjuristen, etc.);
- (c) hun adviseurs (accountants; claims consultants; technische adviseurs);
- (d) de getuigen en getuigen-deskundigen;
- (e) de door het scheidsgerecht benoemde deskundigen;
- (f) de arbiters;
- (g) de aan het scheidsgerecht toegevoegde secretaris;
- (h) het arbitrage-instituut?

Met de meeste van bovengenoemde vragen zullen de lezers niet veel moeite hebben. Dat komt wellicht door de arbitragetraditie die wij in Nederland hoog houden en waardoor wij deze zaken vanzelfsprekend achten. Internationaal zijn de antwoorden minder vanzelfsprekend. En wanneer wij door het buitenland gevraagd worden naar de juridische basis van onze antwoorden, staan wij in een aantal gevallen met de mond vol tanden. Onze arbitragewet zwijgt in alle talen, en het NAI Reglement kent slechts twee bepalingen.⁷² Ter geruststelling, hetzelfde geldt voor bijna alle andere arbitragewetten en buitenlandse arbitrage-reglementen. Voorbeelden van uitzonderingen zijn de

Hong Kong Arbitration Ordinance 1990⁷³, en het Arbitragereglement van de World Intellectual Property Organization (WIPO) van 1994⁷⁴.

Ik meen dat de tijd is gekomen dat ook wij in Nederland dieper over deze materie gaan nadenken. Wellicht is een aanvulling op de arbitragewet en de arbitragereglementen de oplossing voor veel van de hierboven geschetste problemen (waarvan zoals gezegd zich reeds een aantal in de internationale arbitragepraktijk in Nederland hebben voorgedaan). Daarnaast lijkt het ook raadzaam in de daarvoor in aanmerking komende internationale contracten, adequate bepalingen inzake vertrouwelijkheid en geheimhouding in het arbitraal beding op te nemen.

Slotopmerking

Ondanks de oneffenheden in de huidige arbitragewet voor de internationale arbitrage die ik in dit artikel hebesignaleerd, ben ik van mening dat de nieuwe wet na 10 jaar praktijk in het algemeen goed heeft gefunctioneerd. Dit laat onverlet dat naar mijn mening de wet een aantal aanpassingen behoeft, zodat deze beter op de praktijk aansluit.

De vraag is gesteld of de internationale arbitrage apart dient te worden behandeld. 'Ja', antwoordt mr. L. Hardenberg, die daaraan nog toevoegt dat de nieuwe wet het werk was van een Nederlandse 'koopman [die] zich gaarne als zendeling voordoet'.⁷⁵ 'Nee', antwoordt Prof. mr. R. van Delden die zich afvraagt: '[I]s het dualisme niet gebaseerd op achterlijkheid, welke nationale wetgevingen tot voor kort of, bijvoorbeeld in enkele Zuid-Amerikaanse landen, nog steeds ten toon spreiden respectievelijk spreiden, wanneer het om arbitrage gaat?'⁷⁶

In mijn oratie heb ik betoogd dat onze nieuwe wet is gebaseerd op het beginsel: 'Wat goed is voor de internationale arbitrage, is ook goed voor de nationale arbitrage', en dat, gezien de ongewenste neveneffecten, de Nederlandse wetgever terecht een wettelijke tweedeling tussen de nationale en internationale arbitrage heeft verworpen.⁷⁷ Na 10 jaar ervaring met onze arbitragewet bestaat naar mijn mening nog minder aanleiding tot invoering van een dualistisch stelsel.

74 Artikelen 52 (Disclosure of Trade Secrets and Other Confidential Information), 73 (Confidentiality of the Existence of the Arbitration), 74 (Confidentiality of Disclosures Made During the Arbitration), 75 (Confidentiality of the Award), en 76 (Maintenance of the Confidentiality by the Center and the Arbitrator).

75 L. Hardenberg, *Internationale arbitrage in Nederland. Een voorstel tot wetswijziging*, TvA 1993/3 pp. 125-130. Zijn argumenten overtuigen mij niet. Mr. Hardenbergs grootste bezwaar is dat de Nederlandse wet 55 artikelen telt. Dat is echter wel de trend; zie bijvoorbeeld de English Arbitration Act 1996 die meer dan het dubbele aantal artikelen bevat. Overigens bepleit mr. Hardenberg niet een dualistisch wettelijk stelsel, doch een verzwijging van de dwingende regel van artikel 1073 Rv. voor internationale arbitrage in dier voege dat dit artikel en daarmee de Nederlandse wet weliswaar van toepassing zou zijn op in Nederland gevoerde internationale arbitrages, doch slechts voor zover partijen daarvan niet uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn afgeweken.

76 R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage*, (Deventer 1996) p. 14.

77 Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage? (Deventer 1990) p. 4. Akkoord, R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage* (Deventer 1996) p. 13, die echter ook stelt: 'Wat goed is voor internationale arbitrage is overigens niet alles, wat thans praktijk is bij de internationale arbitrages! En ook niet alles wat door sommigen als wenselijk wordt gepropageerd.' Enigszins anders, P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, 3e druk (Deventer 1996) p. 302: '[W]at goed is voor puur Nederlandse arbitrage is ook goed voor internationale'.