

DE OVEREENKOMST TOT ARBITRAGE EN DE BEVOEGDHEID VAN DE GEWONE RECHTER

Prof. mr B.Wessels *

* Hoogleraar burgerlijk recht en handelsrecht Vrije Universiteit Amsterdam

1. Arbitrage in het vermogensrecht

1. De redactie heeft mij gevraagd vanuit het perspectief van het contractenrecht aan de ‘overeenkomst tot arbitrage’ in het voorstel-Van den Berg aandacht te geven. Aan dit uitdagende verzoek heb ik graag voldaan. Indien ik in het kader van de toepassing van de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) naar ‘arbitrage’ kijk is de eerste constatering dat het met ingang van 1 januari 1992 grotendeels vernieuwde vermogensrecht zich amper met arbitrage inlaat. Het meest in het oog lopende voorstel tot vernieuwing (‘arbitrage’ op de zwarte lijst van art. 6:236 onder n BW) is reeds vóór de invoering in 1992 ingetrokken. Wel duikt het woord ‘scheidsmannen’ op in art. 3:305 BW en komt ‘arbitrale uitspraak’ voor in de verjaringsregel van art. 3:324 lid 1 BW. Het belang van art. 3:305 BW is er vooral in gelegen dat aan arbiters ook art. 3:300 BW (reële executie door toepassing van de regel ‘vonnis vervangt akte’) in samenhang met art. 3:301 BW (inschrijving van deze uitspraak in de openbare registers) ten dienste staat. Art. 3:303 BW (‘geen belang; geen vordering’) verschaft daarnaast een grondslag voor een niet-ontvankelijk verklaring, terwijl het genoemde art. 3:324 lid 1 BW bewerkstelligt dat de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak in principe na twintig jaren verjaart. Alles bijeen een schaarse oogst.¹ Daarbij zij aangetekend dat partijen anders kunnen overeenkomen. Art. 3:305 geeft hen expliciet deze bevoegdheid, terwijl de genoemde verjaring(stermijn) in beginsel van regeland recht is.² Kort na de inwerkingtreding van het ‘nieuwe’ BW treedt op 1 september 1993 vervolgens Boek 7, titel 15 (‘Vaststellingsovereenkomst’) in werking. De titel is echter ‘... niet van toepassing op de overeenkomst van arbitrage’, zie art. 7:900 lid 4 BW. De hoofdreden is dat de wetgever meent dat voor de arbitrageovereenkomst de art. 1020 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gelden en dat de bijzondere bepalingen voor de arbitrageovereenkomst onverenigbaar zijn met de bepalingen van Titel 7.15.³ Latere wijzigingen in het vermogensrecht van het BW laten het onderwerp ongemoeid. Slechts één wijziging leidt tot een aanpassing van de wettelijke arbitrageregeling zelf. Met de Aanpassingswet Richtlijn inzake elektronische handel is art. 1021 Rv in die zin gewijzigd dat de overeenkomst tot arbitrage tevens kan worden bewezen door elektronische gegevens, waarbij art. 6:227a lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard. De wijziging is op 30 juni 2004 in werking getreden.⁴

1 Zie B.Wessels, Het nieuw BW en het procesrecht, in: Vorm en Wezen. Opstellen aangeboden aan W.H.Heemskerk, 1991, p. 345 e.v.

2 Vergelijk M. Koopmann, Bevrijdende verjaring, diss. VU Amsterdam, 1993, p. 19 e.v.

3 Zie Mon. Nieuw BW B-80 (Van Rossum), 2001, nr. 1.

4 Stb. 2004, 210.

2. In vergelijking met de regeling van de vaststellingsovereenkomst valt een terminologisch verschil terstond op. Art. 7:900 lid 4 BW spreekt over ‘overeenkomst van arbitrage’, terwijl art. 1020 lid 2 Rv en ook het voorstel-Van den Berg (bijvoorbeeld art. 1020 lid 2 en lid 3, art. 1021 lid 1, lid 3 en lid 5, art. 1022A, art. 1022B en art. 1022C lid 1) reppen over ‘overeenkomst tot arbitrage’. Er is geen reden te veronderstellen dat een verschil in betekenis is beoogd. Een tweede constatering betreft uiteraard de contractuele context. Arbitrage is gebaseerd op een ‘overeenkomst’ (art. 1020 lid 1 voorstel) en dus ligt de toepasselijkheid van in het bijzonder de regels omtrent rechtshandelingen en de nulliteitenregeling (Boek 3, Titel 2 BW) en die over het contractenrecht (Boek 6, Titel 5 BW) voor de hand. Ik kom hier zo op terug.

3. Heeft het BW verder aan arbitrage dan helemaal niets te bieden? Beslist wel,⁵ want voor het in 1986 vernieuwde arbitragerecht wordt ergens in de Toelichting het uitgangspunt aanvaard ‘..... dat, wat de rechter kan, ook de arbiter vermag’.⁶ Als dat inderdaad zo is, zou het dan niet aanbeveling verdienen om de gelijkstelling van vonnissen en arbitrale uitspraken van rechters en scheidsmannen in één wettelijke regel op te nemen?, zo oppert het Voorlopig Verslag. Dat vindt de regering te ver gaan, want de geciteerde woorden geven uitdrukking aan ‘... een niet in de wet uitgesproken hoofdregel waarvan de precieze reikwijdte moet worden bepaald aan de hand van de regels die in de artikelen 1020-1076 voor incidentele twijfelgevallen zijn uitgewerkt; men zie bijv. de artikelen 1055 (uitvoerbaarverklaring bij voorraad en zekerheidstelling), 1056 (dwangsom) en 1059 (gezag van gewijsde), alsook voor een geval dat de bevoegdheid van arbiters juist verder gaat dan die van de gewone rechter artikel 2004 lid 4’.⁷ De materie, aldus de MvA bij (thans) art. 3:305 BW, leent zich niet goed ‘..... voor één strakke regel op één plaats in de wet. Niet is immers te voorzien welke figuren zich in de toekomst op het gebied van rechterlijke bevoegdheden, van de werking van rechterlijke uitspraken en van de tenuitvoerlegging daarvan nog zullen ontwikkelen en of deze figuren zich dan steeds ook voor toepassing door arbiters of ter zake van de arbitrale uitspraak zullen lenen’. Voor zover ik kan nagaan heeft deze discussie in het Voorstel-Van den Berg geen vervolg gekregen. Ik meen dat het uit een oogpunt van overzichtelijkheid en praktische werkbaarheid overweging verdient de regeling van art. 3:305 BW mede in het Vierde Boek van Rv op te nemen. Daarnaast zou tot uitdrukking kunnen worden gebracht (in de Toelichting dan wel in een wettekst) dat de werking van arbitrale uitspraken een andere, en dus ook een verdergaande kán zijn, dan die van gewone rechterlijke uitspraken. Men denke aan de mogelijkheid van verwijzing naar ‘mediation’ indien zulks in de gegeven omstandigheden zinvol voorkomt.

2. Over codificatie en innovatie

4. Elders in deze Special heeft Snijders aan de redenen voor de herziening van het arbitragerecht al uitvoeriger aandacht aan gegeven. Ik plaats thans een korte kanttekening. De herziening heeft, als ik het wel zie, een viertal oogmerken:

⁵ De rechtsverhouding tussen partijen en arbiters en/of scheidsgerecht en die tussen arbiters onderling laat ik buiten beschouwing. Impliciet wordt in het Voorstel-Van den Berg eerstgenoemde als een opdracht beschouwd, zie art. 1046 lid 4, 1054 lid 3, 1058 lid 2, art. 1065 lid 1 onder c en art. 1069B lid 1.

⁶Memorie van Antwoord (MvA), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1405, verwijzend naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 894.

⁷ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1405. De laatste verwijzing in het citaat is duidelijk onjuist. Zij zal waarschijnlijk als een verwijzing naar art. 1020 lid 4 Rv moeten worden gelezen.

- a. aanbrengen van aanpassingen van terminologische aard, in het bijzonder aan recent herziene wetteksten op het terrein van het burgerlijk procesrecht⁸ en de eerder genoemde wetgeving inzake de elektronische handel;
- b. tegemoet komen aan de tekortkomingen in de tekst en het systeem van de huidige arbitragewet, zoals deze in de praktijk sedert 1986 zijn gebleken. De bron hiervoor schuilt vooral in specifiek aan arbitrage gewijde rechtsliteratuur;
- c. aanpassen aan de rechtsontwikkeling in de ons omringende landen. Deze hebben de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration van 1985, die tot op zekere hoogte destijds mede de Nederlandse wettelijke regeling heeft geïnspireerd, als voorbeeld gebruikt bij het opstellen van hun wetten. De Toelichting noemt de arbitragewetgeving uit Engeland (English Arbitration Act 1996), Duitsland (art. 1020-1066 ZPO; 1998) en België (1998).⁹
- d. aanpassen aan een aantal belangrijke arbitragereglementen die recentelijk grondig zijn herzien, waarbij de Toelichting noemt het reglement van de International Chamber of Commerce (ICC) en van de London Court of International Arbitration (LCIA), beide uit 1998, en het arbitragereglement van het NAI, ook uit 1998.

Kortom, zoals de Toelichting samenvat: ‘De voorgestelde wijzigingen van de Nederlandse arbitragewet van 1986 zijn derhalve voornamelijk gebaseerd op de in de praktijk gebleken tekortkomingen in de huidige wet, alsmede op de UNCITRAL Model Law, voornoemde arbitragewetten en -reglementen.’

5. Het eerste en tweede oogmerk is schier aan elke wetsherziening eigen, zij het dat niet bij elke wetswijziging altijd expliciet rekenschap wordt gegeven – zoals in casu wel geschiedt – van het gebodene in de rechtsliteratuur. In de laatste twee oogmerken klinkt een open houding door ten aanzien van de praktijk van de (institutionele) arbitrage. De Toelichting stelt: ‘De wijzigingen in deze arbitragereglementen reflecteren een veranderd inzicht in het recht en [de] praktijk van de nationale en internationale arbitrage. Ze betekenen ook dat, in sommige opzichten, bepalingen in deze reglementen op gespannen voet staan met de huidige bepalingen van de Nederlandse arbitragewet. De Nederlandse wetgever dient op bovengenoemde, nieuwe ontwikkelingen in te spelen door, waar nodig, de Nederlands arbitragewet in overeenstemming met deze ontwikkelingen te brengen.’ Leren van en verbeteren aan de hand van ervaringen uit de praktijk is alleen maar te prijzen, zij het dat zij ook wel met de aard van arbitrage als verschijnsel samenhangt. In het (internationale) handelsrecht ligt immers een deel van de privaatrechtelijke rechtsvorming niet in handen van de overheidsrechter, maar in die van arbiters.¹⁰ De vraag is evenwel of alleen de praktijk rond de NAI-arbitrage als doorslaggevend heeft te gelden. Uit de Toelichting blijkt niet of reglementstoepassing c.q. –wijziging van andere instituten eveneens in ogenschouw is genomen.¹¹ De openheid ten aanzien van buitenlandse ontwikkelingen is, zeker vergeleken

8 De wetswijzigingen in Rv die op 1 januari 2002 in werking zijn getreden en die inzake het voorstel van Wet tot Aanpassing van enkele onderdelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met het nieuwe procesrecht, zie Kamerstukken 28 863.

9 De liefhebber wijs ik op de met ingang van 27 maart 2004 in werking getreden nieuwe Spaanse arbitragewetgeving, met 46 wetsartikelen (Ley 60/03, de 23 de diciembre, de Arbitraje), die eveneens aan de UNCITRAL Model Law gespiegeld is. Deze heeft in het Voorstel-Van den Berg kennelijk geen rol gespeeld.

10 Zie B. Wessels, De relatieve betekenis van arresten van de Hoge Raad voor de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling, NJB 1989, p. 1118 e.v.

11 Er is echter een website geopend, die de tekstvoorstellen bevatten, waarop commentaar kan worden gegeven, zie www.arbitrage.nl.

met rechtsterreinen als goederenrecht en insolventierecht, beslist opvallend te noemen. Uit de mond van de toelichter klinkt het zelfs vrij gebiedend: ‘In het kader van de internationale harmonisatie en unificatie van arbitragewetten behoort Nederland de voornaamste bepalingen van de Model Law te volgen. Een dergelijke aanpak zou de aantrekkingskracht van Nederland als plaats voor de internationale arbitrage vergroten en in ieder geval consolideren.’

6. Deze ratio is een volmondige erkenning van het feit dat op het terrein van arbitragewetgeving de ‘regulatory competition’ tussen Staten voortgaat. Leidt dit nu ook tot een ‘race to the bottom’, dat wil zeggen de (bittere) noodzaak om Nederland als meest aantrekkelijke jurisdictie te presenteren met het gevaar (in ander verband geconstateerd) dat dit ‘... means the introduction of pressures on national legislators to create ‘a “race to the bottom”, met de grote partijen ‘.... disproportionately influencing the competitive drafting process.’¹² Moet Nederland op het terrein van arbitrage beducht zijn voor een ‘Delaware effect’? Ik zou menen van niet. Het staat geenszins vast dat Staten op het terrein van het ontwerpen en vastleggen van regelgeving concurrentie aangaan die belangen van rechtzoekenden opofferen.¹³ Het creëren van een aansprekende jurisdictie impliceert niet noodzakelijk dat een loopje met beschermenswaardige belangen wordt genomen. Recent onderzoek op het terrein van effectenrechtwetgeving toont aan dat de inhoud van nationale regelgeving juist een signaal van ‘quality to outside investors’ kan betekenen.¹⁴ Zie ik het wel, dan zit ook Van den Berg op dit spoor. Ik meen echter dat in het voorstel onvoldoende het in de literatuur erkende voordeel van ‘regulatory competition’ uit de verf komt, namelijk de mogelijkheid van innovatie.¹⁵ In het bijzonder zou ik denken aan het vastleggen van regels inzake de arbitrale gedingvoering, inclusief een behandeling ter zitting, waarbij de zegeningen van telecommunicatie kunnen worden ingezet.¹⁶

7. De ontwerper van het voorstel codificeert in gang zijnde of voldongen ontwikkelingen. Dit volgt ook uit de volkomen begrijpelijke aansluiting die is gezocht bij de ‘waardevolle uitgangspunten’ die aan de wet van 1986 ten grondslag hebben gelegen. De Toelichting noemt de keuze van de wetgever (i) voor een gedetailleerde wettelijke regeling van, waar mogelijk, aanvullend recht ten einde de praktijk van rechtspraak door particulieren zoveel mogelijk ter wille te zijn, en (ii) voor een monistische wettelijke

12 K. Andersen, The Cross-border Insolvency Paradigm: a defence of the modified universal approach considering the Japanese experiment, in: 21 University of Pennsylvania Journal of Economic Law 2000, p. 679 e.v.

13 Vergelijk Horatia Muir Watt, Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: a Matter of Political Economy. Ius Commune Lectures on European Private Law No. 7, 2003.

14 Zie E.M. Iacobucci, Towards a Signaling Explanation of the Private Choice of Corporate Law, in: American Law and Economics Review 2004/2, p. 319 e.v.

15 Vergelijk C. Woolcock, Competition among rules in the single European Market, in: Bratton et al (eds.), International Regularly Competition and Coordination, 1996, p. 289 e.v., en – met het oog op mogelijkheden van innovatie van wettelijk vennootschapsrecht – S. Lombardo, Regulatory Competition in Company Law in the European Community. Prerequisites and Limits, 2002, p. 64 e.v.

16 Het voert te ver dit hier en nu uit te werken. Ik denk aan E-filing en E-hearing, gebaseerd op een protocol, web-posting van documenten, e.d. Een innovatief arbitrageinstituut kan natuurlijk in haar reglementen hierin voorzien, maar een wettelijke regeling, die internationaal via een vertaling snel raadpleegbaar is, vind ik meer wenselijk. Algemeen hierover: D. Gisberger en D. Schramm, Cyber-Arbitration, in: European Business Organization Law Review 2002, p. 611 e.v. Ik gaf al aan dat ik er voorstander van ben rechtsvorming door de arbitragepraktijk breder te laten doorklinken, hetgeen mede zou kunnen plaatsvinden door het expliciet aangeven van de criteria die zijn gehanteerd om uiteindelijk een bepaalde bepaling uit de Model Law of een gedeelte ervan te volgen en/of een hierop gerichte vragenlijst – al dan niet via internet – aan de praktijk voor te leggen.

regeling voor de nationale en internationale arbitrage en niet voor een dualistisch wettelijk systeem waarbij de nationale en internationale arbitrage afzonderlijk worden geregeld. De zo genoemde ‘liberalisatie’ van de arbitrage (ook wel: ‘partij-autonomie’) komt tot in de arbitrageregeling in Rv en in het voorstel op tal van plaatsen tot uitdrukking met de zinsnede ‘tenzij de partijen anders zijn overeengekomen’ of woorden van gelijke strekking. Zoals aangegeven hebben partijen deze vrijheid ook ten aanzien van het bepaalde in art. 3:305 BW. Gegeven genoemde uitgangspunten zou het aanbeveling verdienen art. 3:305 BW in het voorstel op te nemen, zoals ik hiervoor al aangaf. Daarnaast kan worden overwogen een artikel op te nemen waarin al deze uitzonderingen op één plaats bijeen zijn gebracht.

8. Nu in concreto naar enkele onderdelen uit het mij toebedeelde onderwerp. De voornaamste wijzigingen worden in het kort in de Toelichting samengevat. Het zijn er niet minder dan negentien, waarvan er twee in verband staan met de overeenkomst tot arbitrage en de bevoegdheid van de gewone rechter, te weten: (a) een nadere uitwerking van de bepalingen inzake de arbitrageovereenkomst en daarmee samenhangend het voorstel om het arbitraal beding op de zwarte lijst te plaatsen (art. 6:236 onder n BW), en (b) de regeling van het voorlopig getuigenverhoor bij de rechter in geval arbitrage is overeengekomen (art. 1022B voorstel).

3. Kernpunten van arbitrage

9. Art. 1020 (voorstel) komt als volgt te luiden:

1. Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen.
2. De overeenkomst tot arbitrage mag niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan.
3. Bij overeenkomst kunnen tevens aan arbitrage worden onderworpen:
 - a. de enkele vaststelling van de hoedanigheid of van de toestand van zaken;
 - b. de enkele bepaling van de hoogte van een schadevergoeding of van een verschuldigde geldsom;
 - c. de aanvulling of wijziging van de rechtsbetrekking als bedoeld in het eerste lid.
4. Onder de overeenkomst tot arbitrage wordt mede begrepen een arbitraal beding dat is opgenomen in de partijen bindende statuten of reglementen.
5. Een arbitragereglement, waarnaar in een overeenkomst tot arbitrage wordt verwezen, wordt geacht deel van die overeenkomst uit te maken.

Art. 1020 lid 1 (voorstel) volgt letterlijk art. 1020 lid 1 Rv. De leden 2 tot en met 5 zijn ongewijzigd ontleend aan de huidige leden 3 tot en met 6 van art. 1020. Alleen art. 1020 lid 2 Rv is vervallen. Het luidt: ‘De overeenkomst tot arbitrage, bedoeld in het eerste lid, betreft zowel het compromis waarbij de partijen zich verbinden om een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen als het arbitraal beding waarbij de partijen zich verbinden om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage te onderwerpen.’ De Toelichting licht deze wijziging toe bij art. 1025 (voorstel). Zij geeft aan dat de huidige art. 1024 en 1025 Rv worden vereenvoudigd en worden verplaatst naar art. 1035B (voorstel).¹⁷ Het ‘terminologisch onderscheid’ tussen ‘compromis’ en ‘arbitraal beding’ wordt geschrapt, want in

¹⁷ Tekst art. 1035B (voorstel): ‘Een zaak is aanhangig op de dag van ontvangst door de wederpartij van een schriftelijke mededeling, waarbij een partij haar wederpartij bericht tot arbitrage met betrekking tot een bepaald geschil over te gaan. De partijen kunnen een andere wijze van aanhangig maken overeengekomen’.

navolging van buitenlandse wetgevingen had de Nederlandse wetgever in 1986 al de algemene term ‘overeenkomst tot arbitrage’ in de gehele wet ingevoerd, behalve in art. 1020, tweede lid en de genoemde art. 1024 en 1025 Rv. De Toelichting erkent dat het huidige art. 1020 lid 2 ‘..... een nadere definitie [geeft] van de overeenkomst tot arbitrage, zijnde een compromis of een arbitraal beding’, maar omdat de rechtsgevolgen van deze definitie beperkt zijn tot een verschil in de wettelijke regeling inzake het aanhangig maken van de arbitrage (de huidige art. 1024 en 1025 Rv) en deze regeling in art. 1035B (voorstel) wordt gelijk getrokken, vervalt volgens de Toelichting de noodzaak om een definitie van de arbitrageovereenkomst, zoals thans gegeven in art. 1020 lid 2 Rv, te handhaven.

10. Deze aanpak lijkt me niet zonder bezwaar. Zij heeft tot gevolg dat in de voorgestelde wet niet een omschrijving van ‘arbitrage’ voorkomt. In het voorstel staat art. 1020 lid 1 partijen toe geschillen aan arbitrage te onderwerpen en lid 2 geeft aan welke consequenties arbitrage niet mag hebben. Lid 3 somt drie onderwerpen op die ‘tevens’ (en dus kennelijk niet zijnde ‘geschillen’) aan arbitrage kunnen worden onderworpen, terwijl lid 4-voorstel een fictie en lid 5-voorstel een wettelijk vermoeden vastlegt. Het voorstel geeft niet aan wat arbitrage is.

11. Indien naar andere omschrijvingen van benoemde overeenkomsten, in het bijzonder in Boek 7 BW, wordt gekeken, dan is het gangbaar om een definitie van de desbetreffende overeenkomst in het openingsartikel van de desbetreffende titel of afdeling op te nemen. Als voorbeeld noem ik art. 7:1 BW: ‘Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen.’ Ander voorbeeld: ‘De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken’, zie art. 7:400 lid 1 BW. Kenmerkend voor de beide omschrijvingen zijn: (i) dat beide partijen zich verbinden, en (ii) dat de inhoud van hun verbintenissen wordt beschreven. Uit oogpunt van wetstoepassing lijkt me dit belangrijk omdat op deze wijze de aard van de overeenkomst (verbintenisscheppend) en de positie van partijen jegens elkaar (wederkerigheid) wordt aangegeven, waardoor binnen de gelaagde systematiek van het BW vaststaat dat zowel koop als de overeenkomst van opdracht obligatoire en wederkerige overeenkomsten zijn, waarop in beginsel de wettelijke regels van Boek 6, Titel 5, en die van Boek 6, Titel 5, Afdeling 5 (‘Wederkerige overeenkomsten’) van toepassing zijn. Art. 7:900 lid 1 BW hanteert een ander patroon in de formulering: ‘Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.’ Het is mijns inziens echter duidelijk dat ook de vaststellingsovereenkomst een obligatoire (partijen ‘binden’ zich), wederkerige (‘jegens elkaar’) overeenkomst is, terwijl de inhoud van hun verbintenissen vaststaan (partijen zijn gebonden aan ‘een vaststelling daarvan’, namelijk aan hetgeen tussen hen rechtens geldt). Die inhoudsduiding van een verbintenis is in het bijzonder van belang voor de vraag van juridische kwalificatie: is de afspraak tussen partijen wel een ‘koop’, een ‘opdracht’ of een ‘vaststelling’ of voldoet zij aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten? In het laatste geval geeft in beginsel art. 6:215 BW het uitgangspunt aan voor verdere uitleg van die overeenkomst.¹⁸

¹⁸ Buiten beschouwing laat ik nu de vraag of de overeenkomst tot arbitrage wel een door de wet geregelde bijzondere soort overeenkomst is waarop art. 6:215 BW het oog heeft (al dan niet via de schakelbepaling van art. 6:216 BW).

12. Hoewel ook het huidige art. 1020 Rv weinig gelijkenis vertoont met wat de wetstechniek voor de aanduiding van bijzondere overeenkomsten in het BW is geworden, komt met het voorgestelde vervallen van art. 1020 lid 2 naar mijn mening de aard en inhoud van de ‘overeenkomst tot arbitrage’ in de lucht te hangen. Wat is een overeenkomst tot arbitrage of waartoe bindt zij partijen? In de Toelichting vindt men wel enige ammunities voor een antwoord op deze vragen, opmerkelijkerwijs ontleend aan passages waarin ‘broer en zus’ van arbitrage aan de orde komen. De Commissie Fundamentele Herziening van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht beschouwt arbitrage niet als onderdeel van de aan haar opgedragen taak, waarop de voorsteller mijmert: ‘Het is inderdaad zo, dat de aard van arbitrage met zich meebrengt dat het onafhankelijk van het procederen bij de overheidsrechter dient te worden beschouwd en beoordeeld.’¹⁹ Met betrekking tot conciliatie en mediation overweegt de voorsteller dat de aard van deze procedures en die van de arbitrageprocedure op essentiële punten van elkaar verschilt: ‘Conciliatie/mediation is gericht – al dan niet met behulp van een derde (evaluatieve of faciliterende bemiddeling) – op het bereiken van een schikking tussen partijen, terwijl arbitrage inhoudt dat een of meer onafhankelijke derden een voor partijen bindende uitspraak doet inzake hun geschil in een procedure die aan bepaalde wettelijke vereisten (de arbitragewet) moet voldoen.’²⁰ De aanduiding van hetgeen de partijen aan arbitrage wensen te onderwerpen (vereiste voor het bestaan van een compromis, art. 1024 lid 1 Rv) acht de Toelichting bij nader inzien overbodig omdat het al voortvloeit uit het huidige art. 1020 lid 1.²¹

13. Uit de beide strofen kan worden afgeleid dat het bij arbitrage gaat om een figuur die geheel los staat van procederen bij de overheidsrechter. De arbitrageovereenkomst richt zich op het nemen door een of meer onafhankelijke derden van een beslissing, zijnde een voor partijen bindende uitspraak, inzake hun geschil in een procedure die aan bepaalde wettelijke vereisten moet voldoen. Na behandeling van het schriftelijkheidsvereiste kom ik terug op de opgeworpen vraag van definiëring van de overeenkomst tot arbitrage.

4. Vereiste van schriftelijkheid

14. Art. 1021 (voorstel) komt als volgt te luiden:

1. De overeenkomst tot arbitrage wordt schriftelijk gesloten.
2. Voor een geschrift als bedoeld in het eerste lid is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard.

¹⁹ Om te vervolgen met de opmerking dat wel enige ‘kruisbestuiving’ met de regeling van het procesrecht dient plaats te vinden.

²⁰ Met als vervolg: ‘De bepalingen van de arbitragewet laten zich ook moeilijk verenigen met methoden die gangbaar zijn in conciliatie/mediation (bijvoorbeeld overleg tussen de bemiddelaar en een partij in de afwezigheid van de wederpartij; dit zou in strijd zijn met de fundamentele beginselen van de arbitrage, zie artikel 1036, tweede lid, ex artikel 1039, eerste lid).’ Ik laat nu buiten behandeling de vraag of arbitrage dergelijke beginselen kent, en zo ja of er dan méér zijn dan het hier bedoelde beginsel van behandeling van partijen op gelijke voet. Vergelijk recentelijk A.H. Santing-Wubs, *Beginselen van procesrecht en ‘bijzondere’ rechtspraak*, in: De Jong et al (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, 2003, p. 205 e.v.

²¹ De Toelichting geeft aan dat nagenoeg wereldwijd de onderscheiden behandeling van het compromis en het arbitraal beding achterhaald is en in Nederland ‘een overblijfsel van een achterhaald concept [is] dat dateert uit de tijd dat wetgever en rechtspraak arbitrage met de nodige argwaan bekeken en aan met name het arbitraal beding strenge eisen stelden’.

3. Een overeenkomst tot arbitrage komt eveneens tot stand indien een verweerder nalaat overeenkomstig het bepaalde van artikel 1052, tweede lid, een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt.

4. Onverminderd het bepaalde in het eerste tot en met derde lid, is een overeenkomst tot arbitrage geldig indien zij geldig is ingevolge Nederlands recht dan wel het toepasselijke recht als bedoeld in artikel 1054, tweede lid.

5. Indien een Staat, andere publiekrechtelijke rechtspersoon of staatsonderneming, partij is bij een overeenkomst tot arbitrage, kan hij geen beroep doen op zijn wet of regelgeving teneinde zijn bekwaamheid of bevoegdheid de overeenkomst tot arbitrage aan te gaan of de vatbaarheid van het geschil voor beslissing door arbitrage te betwisten.

6. Aan de eis van geschrift als bedoeld in het eerste lid derde lid is tevens voldaan indien de overeenkomst tot arbitrage langs elektronische weg is totstandgekomen en

(a) raadpleegbaar door partijen is;

(b) de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;

(c) het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld; en

(d) de identiteit van de partijen met voldoende [lees: voldoende, Wess.] zekerheid kan worden vastgesteld.

In art. 1021 lid 1 (voorstel) wordt het bekende bewijsvoorschrift ('geschrift') omgezet in een bestaansvoorwaarde ('schriftelijk') voor de overeenkomst tot arbitrage. Art. 1021 lid 1, tweede zin Rv is naar lid 2 (voorstel) verplaatst. De derde en vierde zin uit dit lid zijn verplaatst naar lid 6 (voorstel), terwijl de leden 3, 4 en 5 in het voorstel in het huidige recht geen overeenkomstige bepaling in het huidige Rv kennen.

15. De overeenkomst tot arbitrage wordt schriftelijk gesloten, aldus lid 1 (voorstel), hetgeen volgens de Toelichting aansluit bij de regeling in enkele ons omringende landen en bij art. 7 van de UNCITRAL Model Wet. De eis van een geschrift als geldigheidsvereiste strookt volgens de Toelichting tevens met de ratio van de eis van een geschrift die een extra waarborg moet vormen omdat partijen met een arbitrageovereenkomst afstand doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter als bedoeld in art. 6 EVRM. De Toelichting verwacht dat deze totstandkomingseis de praktijk scherper zal aanzetten met die eisen van de wet voor het geschrift rekening te houden dan het geval is met een bewijsvoorschrift. Ik teken aan dat art. 7 lid 2 van de Model Wet veel uitvoeriger ingaat op de vraag wanneer er sprake is van 'schriftelijkheid'. Het voorstel verwerkt haar kennelijk in de Europese variant ervan in (thans) lid 6.

De MvT is duidelijk over de reikwijdte van de eis van geschrift als een bestaansvoorwaarde: '... in die zin dat op straffe van nietigheid de arbitrageovereenkomst schriftelijk moet zijn aangegaan.' Ik kom hier zo op terug.

16. Lid 3 (voorstel) trekt, zoals in de Toelichting wordt opgemerkt, de logische consequentie uit het vereiste van een geschrift als bestaansvoorwaarde voor de arbitrageovereenkomst. Het treft een regeling voor het geval dat de verweerder nalaat zich tijdig bij het scheidsgerecht erop te beroepen dat een arbitrageovereenkomst ontbreekt. Lid 3 gaat in dat geval ervan uit dat er een arbitrageovereenkomst bestaat. De Toelichting: 'Juist ook wegens de uitzondering voor dit specifieke geval blijft de eis van geschrift (met de wijziging van een bewijsvoorschrift in een totstandkomingseis of bestaansvoorwaarde) in de praktische toepassing ervan strikt genomen ongewijzigd ten opzichte van het huidige artikel 1021 Rv omdat ook nu al, als de verweerder zich erop beroept dat een arbitrageovereenkomst ontbreekt, een geschrift van de arbitrageovereenkomst moet bestaan. Met de eis van geschrift in de huidige redactie komt dit duidelijker tot uiting.' Ik ga hierna ook in op deze in lid 3 gelegen gefingeerde contractsvorming.

17. Het nieuwe lid 5²² ontnemt de Staat een beroep op haar immuniteit. De Toelichting meldt dat de bepaling is ontleend aan de Zwitserse Wet op het Internationaal Privaatrecht van 1987 en dat de wenselijkheid van een dergelijke regel wordt bevestigd in de literatuur en dat de aan lid 5 ten grondslag liggende gedachte recentelijk is bevestigd in HR 28 januari 2005.²³ In zoverre is er dus sprake van traditionele codificatie. Met het oog op de formulering van lid 5 wijs ik er alleen op dat Nederland sedert 1985 gebonden is aan de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten, die in 1972 is tot stand gebracht door de Raad van Europa.²⁴ Uit de huidige Toelichting is niet duidelijk of, en zo ja op welke wijze, deze Overeenkomst in casu een rol speelt.²⁵

Lid 5 geeft bij wijze van analogie aanleiding om de vraag op te werpen of het een ('gewone') rechtspersoon wel is toegestaan om bijvoorbeeld op statutaire bepalingen inzake onbevoegdheid een beroep te doen. Die vraag zal eerder aan de orde komen bij de vraag of een geschrift, dat verwijst naar algemene voorwaarden die in arbitrage voorzien, in de zin van lid 2 'namens' de wederpartij is aanvaard. Ik kom op lid 2 hierna terug, maar merk op dat het voorstel niet een regeling bevat (en de Toelichting daaraan geen aandacht geeft) aan de problematiek van de al of niet gebondenheid van een bijvoorbeeld een vennootschap uit een groep aan een door een andere vennootschap binnen die groep aangegane overeenkomst tot arbitrage.²⁶

18. Lid 6 beoogt terecht de leesbaarheid te bevorderen door de sinds 30 juni 2004 aan lid 1 van art. 1021 Rv geplakte twee zinnen in een afzonderlijke lid onder te brengen, waarin de elementen van art. 6:227a lid 1 BW zijn herhaald. Omdat een geschrift niet langer een bewijsvoorschrift, maar een bestaansvoorwaarde is, acht de Toelichting het logisch dat dit tot uitdrukking is gebracht met de woorden 'langs elektronische weg is totstandgekomen' ter vervanging van de huidige 'worden bewezen door elektronische gegevens.'

5. Positie gewone rechter

19. Een nieuwe Tweede Afdeling, met het opschrift 'De overeenkomst tot arbitrage en de bevoegdheid van de gewone rechter' telt vier artikelen, art. 1022 – 1022C (voorstel). Zij luiden als volgt:

22 Lid 4 bevat een regel van i.p.r. en laat ruimte om de lex arbitri (het recht dat de arbitrage zelf beheerst), afgezien van specifieke rechtskeuze, te bepalen aan de hand van het recht van het land van de plaats van arbitrage dan wel het recht dat op de hoofdovereenkomst van toepassing is. Indien de plaats van arbitrage in Nederland gelegen is, is Nederlands arbitragerecht van toepassing, zie art. 1073 Rv lid 1, dat in het voorstel ongewijzigd blijft. Ik ga op de i.p.r.-problematiek verder niet in.

23 C03/253HR, zie www.rechtspraak.nl onder LJN: AR3645; RvdW 2005,20.

24 Trb. 1973, 43.

25 De Toelichting geeft aan dat voor de uitleg van het begrip 'Staat' aansluiting kan worden gezocht bij regelingen als de UN Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property van de International Law Commission. Ik voeg toe dat mogelijk ook een ontwerp Convention on State Immunity van de International Law Association nog een rol kan spelen.

26 Zie O. Sandrock, Groups of companies and arbitration, TvA 2005, 2, en James J. Sentner, Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories, in: Business Law International, January 2005, p. 55 e.v. In de zaak *Kaiser Group Int'l Inc.*, 307 B.R. 449 (D. Del. 2004) hield de rechtbank een Amerikaanse vennootschap, die was onderworpen aan de Chapter 11 procedure van de U.S. Bankruptcy Code, aan de arbitrageovereenkomst, die door de Nederlandse dochter was aangegaan.

Art. 1022. De rechter, bij wie een geschil aanhangig is gemaakt waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten, verklaart zich onbevoegd, indien een partij zich voor alle weren op het bestaan van deze overeenkomst beroept, tenzij de overeenkomst ongeldig is.

Art. 1022A. Een overeenkomst tot arbitrage belet niet dat een partij de gewone rechter verzoekt om een maatregel tot bewaring van recht dan wel een voorlopige voorziening in kort geding vordert.

Art. 1022B. Een overeenkomst tot arbitrage belet niet dat een partij de gewone rechter verzoekt een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging te bevelen.

Art. 1022C.

1. Indien in de gevallen genoemd in de artikelen 1022A en 1022B een partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage, verklaart de rechter zich onbevoegd, tenzij de gevraagde voorziening niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen dan wel de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is.

2. Het bepaalde in het eerste lid geldt eveneens ingeval van voorlopige voorzieningen als bedoeld in artikel 1043B.

Art. 1022D. Onverminderd het bepaalde in de artikelen 1052, tweede lid, en 1065, eerste lid onder a, staat tegen een onbevoegdverklaring, als bedoeld in de artikelen 1022 en 1022C, geen voorziening open.

Het huidige art. 1022 lid 2 Rv is gewijzigd en verplaatst naar art. 1022A en art. 1022 lid 3 Rv is gewijzigd en verplaatst naar art. 1022B. Art. 1022 lid 1 Rv is in art. 1022 (voorstel) een zelfstandige bepaling geworden. Art. 1022C bevat een herformulering van de huidige art. 1022 lid 2 en lid 3 en art. 1051 lid 2 Rv. Art. 1022D is nieuw.

20. De wijziging in art. 1022A (voorstel) sluit aan op art. 254 lid 4 Rv, waarin is bepaald dat ook de kantonrechter in kort geding bevoegd kan zijn.²⁷ Art. 1022B (voorstel) beoogt een oplossing te geven voor de verenigbaarheid van enkele voorlopige bewijsverrichtingen, maar in het bijzonder inzake het voorlopig getuigenverhoor en arbitrage. Art. 1022C bevat een collisie-regel. Het voorstel kiest als uitgangspunt dat het de voorkeur geniet dat het nemen van voorlopige maatregelen en het activeren van voorlopige bewijsverrichtingen in handen van het scheidsgerecht ligt. Bij een beroep op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage verklaart de rechter zich in beginsel onbevoegd, tenzij (a) de gevraagde voorziening niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen dan wel (b) de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is. In afwijking van het huidige art. 1022 lid 3 formuleert het voorstel een regel die de rechter een discretionaire bevoegdheid verschaft, met als criterium: het niet of niet tijdig kunnen verkrijgen van voorlopige maatregelen in de arbitrage. Onder ‘niet’ zal kunnen worden begrepen de maatregel van verlof tot beslaglegging, welke alleen door de voorzieningenrechter kan worden genomen. Bij ‘niet tijdig’ denkt de Toelichting aan de situatie dat het scheidsgerecht reeds is benoemd of indien benoeming op korte termijn zal plaatsvinden. Gezien de prioriteit voor arbitrage ligt het voor de hand dat de rechter zich dan onbevoegd verklaart. Minder logisch lijkt in dit verband echter het voorstel om de benoemingstermijn van arbiters te verruimen (van twee naar drie maanden, zie art. 1027 lid 2 (voorstel)).

21. Art. 1022D vult, volgens de Toelichting, een lacune in de huidige wettelijke regeling. Zij noemt als één van de beginselen van de arbitragewet de regel dat de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, primair dient te worden voorgelegd aan het scheidsgerecht (art. 1052 lid 2) en pas daarna aan de overheidsrechter (art. 1065 lid 1 onder a Rv). De bestaande mogelijkheid van het instellen van hoger beroep en cassatie betreffende een onbevoegdverklaring door de rechter doorkruist dat beginsel en om

²⁷ Art. 96 Rv biedt partijen de mogelijkheid om een zaak vrijwillig aan de kantonrechter voor te leggen, ook wel ‘arbitrage’ bij de kantonrechter genoemd, vergelijk Ten Cate, BR 2004, p. 187.

deze reden is in het voorstel thans bepaald dat geen voorziening openstaat in het geval van een onbevoegdverklaring door de rechter in het kader van art. 1022 en art. 1022C.²⁸

6. Arbitrage beding op de zwarte lijst

22. Ik gaf al eerder aan dat het voorstel het arbitraal beding op de zwarte lijst van art. 6:236 sub n BW plaatst.²⁹ Zie ik het wel dan is het een centraal idee in het Voorstel-Van den Berg om de positie van de ‘justitiabel zwakkere’ aanzienlijk te verbeteren. Zonder zoveel woorden erkent het voorstel op dit punt dus waarschijnlijk een tekortkoming in de huidige systematiek. Als andere verbeteringen worden gepresenteerd art. 1028 (aanscherping van de bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters), art. 1036 (het waarborgen van beginselen voor de gedingvoering in arbitrage), art. 1036-1043 (overzichtelijker regeling gedingvoering), art. 1058 (afschaffing van het depot van het arbitrale vonnis ter griffie van de rechtbank) en de regeling van art. 1069A (arbitrage is in beginsel niet openbaar, maar partijen kunnen anders overeenkomen). Ik ga nu alleen op het voorgestelde art. 6:236 onder n BW in.

23. De plaatsing van het arbitraal beding op de zwarte lijst is een antwoord op de vrij breed in de literatuur bekritiseerde positie van de consument die gebonden is aan een in algemene voorwaarden opgenomen arbitraal beding.³⁰ Begin jaren ‘80 meende de wetgever dat plaatsing op de zwarte lijst geboden was omdat de consument gewoonlijk geen invloed kon uitoefenen op de keuze van de arbiters en zo een reële kans aanwezig was dat zij uitsluitend uit de kring van de ondernemer(s) zelf zouden voortkomen en in de ogen van de consument niet onpartijdig waren. Het arbitraal beding is uiteindelijk niet op de zwarte lijst terechtgekomen ‘...omdat de nieuwe wettelijke regeling inzake arbitrage volgens de wetgever verbeterde processuele waarborgen voor kwaliteit en onpartijdigheid in arbitrage bood’, aldus de Toelichting, waarin wordt gesteld dat wettelijke arbitrageregeling van 1986 ‘..... en ook de voorgestelde wettelijke regeling inderdaad voldoende processuele waarborgen voor kwaliteit en onpartijdigheid in arbitrage [bieden]’.

Terecht overigens neemt de Toelichting het standpunt in dat in bijzondere gevallen een beroep op een arbitraal beding kan worden gepareerd met art. 6:233 onder a BW (onredelijke bezwarendheid) dan wel art. 6:248 lid 2 BW (strijd met redelijkheid en billijkheid).³¹ Toch acht de Toelichting het geraden het

28 De Toelichting wijst erop dat tegen een bevoegdverklaring door de rechter wel hoger beroep openstaat en dat art. 1022D (voorstel) onverlet laat het bepaalde in art. 188 lid 2 lid Rv (geen voorziening staat open tegen toestaan verzoek tot voorlopig getuigenverhoor), en art. 204 lid 4 (idem tegen toestaan verzoek tot voorlopig bericht of verhoor van deskundigen, voorlopige plaatsopneming en bezichtiging).

29 Dit geschiedt door de hierna recursiveerde woorden te schrappen. Voluit wordt de bepaling volgens het voorstel: ‘Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding n. dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.’

30 Zie behalve de in de Toelichting aangehaalde literatuur ook M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2001, nr. 164 en Asser-Hartkamp II (2005), nr. 363.

31 De kantonrechter uit Zierikzee schrijft hier geschiedenis. De Toelichting verwijst naar het vóór de invoering van Boek 6 BW door deze besliste geval (Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, Prg 1988, 2870; TvA 1988, p. 147; Agrarisch Recht 1989, p. 53 e.v.), waarin een beroep op een arbitraal beding in strijd met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) is geoordeeld in een zaak

arbitraal beding alsnog op de zwarte lijst op te nemen. Vóór opname pleit het arrest Hof van Justitie EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730, waarin een beroep op een forumkeuzebeding in het licht van de daarmee gemoeide kosten voor een consument als oneerlijk moet worden beschouwd in de zin van de Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, in het bijzonder de bijlage met de indicatieve lijst van oneerlijke bedingen (sub q).³² Daarnaast acht de Toelichting de ‘beeldvorming niet onbelangrijk’, want plaatsing op de zwarte lijst ‘.... voorkomt de schijn dat consumenten tegen wil en dank gebonden zullen zijn aan arbitrage waaraan hogere kosten zouden kunnen zijn verbonden dan aan een geding bij de gewone rechter’.³³

7. De contractuele context van arbitrage

23. Ik heb hiervoor met betrekking tot contractuele aspecten van de arbitrageovereenkomst enkele keren de pas ingehouden. Dienaangaande kom ik voorlopig tot de volgende bevindingen. Gegeven de rechtsgevolgen die het vermogensrecht eraan verbindt kunnen modelmatig een aantal wijzen van contractssluiting, waarbij arbitrage aan de orde is, worden onderscheiden. Ik noem hier de belangrijkste: (i) de stilziggend/mondeling aangegane overeenkomst, waarbij partijen (kennelijk) mede in arbitrage voorzien; (ii) de schriftelijk aangegane overeenkomst, waarbij partijen tevens in arbitrage voorzien, bijvoorbeeld de overeenkomst houdende overname van aandelen, in welke overeenkomst een arbitrageclausule (‘boilerplate’) voorkomt; (iii) de overeenkomst, waarin wordt verwezen naar algemene voorwaarden, waarin een arbitragebeding voorkomt; (iv) de overeenkomst waarbij partijen enkel en alleen een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage onderwerpen.

waarin de desbetreffende justitiabele, gelet op de kosten van het arbitraal geding in verhouding tot het onderliggende belang, niet zijn recht zou kunnen halen als hij aan het arbitraal beding gebonden was. Voor de context: R.H.C. Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz, diss. VU Amsterdam, 1991, p. 204. Rb. Arnhem 20 augustus 2003, LJN: AI 1623; Zaaknr. 99675 /HA ZA 03-768 wijst onredelijke bezwarendheid af: ‘De arbitrale procedure is een met wettelijke regels omklede procedure. De artikelen 1020 tot en met 1076 Rv. voorzien in de procedure tot arbitrage in Nederland. In deze artikelen zijn waarborgen neergelegd met betrekking tot fundamentele (rechts)beginselen, betreffende onder meer de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters en het beginsel van hoor en wederhoor. Art. 1064 Rv. biedt uiteindelijk de mogelijkheid om van een arbitraal vonnis eventueel vernietiging te vorderen bij de burgerlijke rechter.’

32 Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993, Pb. EG 1993, L 95/29. Het betreft hier een ambtshalve toetsing door de rechter, zie bijvoorbeeld Loos, NTER 2003, p. 73 e.v. en – thans ook – Asser-Hartkamp (2005), nr. 355. Anders: M.A.B. Chao-Duivis, Ontwikkelingen in de bouw-arbitrage; Aanbestedings- en consumentengeschillen, BR 2004, p. 216 e.v. Zie voorts het m.i. juiste bezwaar dat tegen art. 1052 lid 2-voorstel wordt ingebracht door Ten Cate in zijn bijdrage aan dit thema-nummer.

33 Tenslotte vermeldt de Toelichting dat tijdens de najaarsvergadering 2003 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht overeenstemming leek te bestaan over een voorstel om het arbitraal beding op de zwarte lijst te plaatsen, zie J.M. Polak, De herziening van het arbitragerecht, Verslag van een vergadering, NJB 2004, blz. 71. Eenzelfde teneur schijnt te bespeuren geweest gedurende een door het Instituut voor Bouwrecht georganiseerde ‘Arbitrage Expert Meeting’ op 8 oktober 2003, zie Chao-Duivis, BR 2004, p. 231 en p. 233 e.v.

In model (ii) is zowel het voorwerp van de overeenkomst als de gang naar arbitrage onderdeel van de contractsonderhandelingen. Ook de mogelijk amper aan bod gekomen arbitrageclausule maakt onderdeel van de overeenkomst uit. Doorslaggevend is de wilsovereenstemming tussen partijen. Volgens het voorstel dient de ‘overeenkomst tot arbitrage’ schriftelijk te worden aangegaan. De schriftelijkheidseis heeft niet betrekking op de overeenkomst zelf, maar op de daarin besloten verbintenis om te arbitreran. In model (i) is daaraan niet, in model (ii) is daaraan wel voldaan. Deze beschouwing maakt eens te meer duidelijk dat de overeenkomst tussen partijen en de daarin opgenomen verbintenis tot arbitrage van elkaar moeten worden onderscheiden, hetgeen art. 1053 Rv (dat in het voorstel ongewijzigd blijft) ook doet. De eerstbedoelde overeenkomst wordt in deze bepaling ‘hoofdovereenkomst’ genoemd. Deze hoofdovereenkomst is in beginsel een obligatoire overeenkomst die mede een arbitrageovereenkomst behelst. De vergelijking met een hoofdovereenkomst, waarbij naar een bewijsbeding (bijvoorbeeld art. 11 Algemene Bankvoorwaarden) wordt verwezen, dringt zich op. De laatste wordt dan wel bewijsovereenkomst genoemd. Behalve obligatoir is de hoofdovereenkomst ook wederkerig in die zin dat partijen elkaar ertoe kunnen houden te arbitreran. Zij valt in beginsel onder de algemene regels voor wederkerige overeenkomsten (in het bijzonder de ontbindingsregeling) van Boek 6, titel 5, afdeling 5 BW. De hoofdovereenkomst betreft echter uit haar aard een ‘derde’ (arbiter(s); een instituut) bij de overeenkomst. Ik zou als regel willen aannemen dat de arbitrageclausule geen derdenbeding (art. 6:253 BW) behelst. De clausule schept voor de derde niet een recht om op de clausule een beroep te doen. Toch rijst de vraag of de arbitrage – evenals een nog niet aanvaard derdenbeding – kan worden herroepen indien de derde zijn benoeming heeft aanvaard. Niet een analogie met art. 6:253 BW wijst hier de weg, maar het (ongewijzigde) art. 1029 (partijen zullen de derde gezamenlijk van zijn opdracht moeten ontheffen). Ik ga nu niet in op de aard en de betrokkenheid van de ‘derde’ bij de hoofdovereenkomst.

24. Naast het obligatoire en wederkerige karakter van de hoofdovereenkomst valt vanuit het algemene vermogensrecht nog wel op het karakter van de arbitrageovereenkomst als voortbouwende overeenkomst te wijzen. De overeenkomst tot arbitrage steunt immers in haar bestaan op het bestaan van de hoofdovereenkomst. Art. 6:229 BW bepaalt dat een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, vernietigbaar is, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven. Deze vernietigingsgrond, die op de arbitrageovereenkomst zelf betrekking heeft, dient te worden onderscheiden van de vernietigingsgronden die art. 1065 Rv voor het arbitrale vonnis aangeeft.

25. Model (iv) geeft het huidige ‘compromis’ weer. Zij moet, om geldig te zijn, schriftelijk zijn aangegaan. Zij is mijns inziens een obligatoire, wederkerige overeenkomst, maar het karakter van voortbouwende overeenkomst staat voorshands niet vast. Een variant is nog de overeenkomst waarbij partijen alleen ‘arbitrage’ overeenkomen, bij welke overeenkomst tevens de beoogde arbiter(s) mede partij is/zijn. Ik laat deze variant buiten beschouwing. Naar geldend recht wordt het contractuele regiem van een dergelijke meerpartijenovereenkomst bepaald door art. 6:213 lid 2 en art. 6:279 lid 1 BW.

26. Voorlopig is wel duidelijk dat het onderscheid tussen ‘compromis’ en ‘arbitraal beding’ niet – zoals de Toelichting aangeeft – alleen een ‘terminologisch onderscheid’ weergeeft. Het kan mogelijk met het oog op de bepaling van het tijdstip van aanhangig maken van arbitrage (voorstel art. 1035B) worden gemist, contractueel dienen beide vormen te worden onderscheiden.

Mede op basis van het voorafgaande volgt hierna ter discussie een aanzet voor een definitie van de overeenkomst ‘tot’ arbitrage:

Lid 1. Bij een overeenkomst tot arbitrage binden partijen zich jegens elkaar aan een uitspraak die door een of meer onafhankelijke derden wordt gedaan over een geschil, dat tussen hen bestaat of zou kunnen ontstaan, in een procedure die voldoet aan de wettelijke vereisten van het Vierde Boek van Rv.

Lid 2. De overige bepalingen van Rv zijn niet van toepassing op de in het eerste lid genoemde procedure.³⁴

8. Arbitragebeding in algemene voorwaarden.

27. Een enkel woord over model (iii). Op het terrein van de totstandkoming van en de gebondenheid aan algemene voorwaarden zijn de ontwikkelingen in de rechtspraak recentelijk uitvoerig in de literatuur besproken.³⁵ Art. 1021 lid 2 (voorstel) kan tot de navolgende onderscheiding aanleiding geven. Aan het vereiste van 'schriftelijkheid' in de zin van lid 1 (voorstel) is voldaan als sprake is:

1. van een geschrift dat in arbitrage voorziet,
2. van een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien,
3. welk geschrift (ad 1 en ad 2) door de wederpartij uitdrukkelijk is aanvaard, dan wel
4. welk geschrift (ad 1 en ad 2) door de wederpartij stilzwijgend is aanvaard, of
5. welk geschrift (ad 1 en ad 2) namens de wederpartij uitdrukkelijk is aanvaard, dan wel
6. welk geschrift (ad 1 en ad 2) namens de wederpartij stilzwijgend is aanvaard.

Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om deze gevallen op al hun juridische consequenties door te rekenen. In mijn aangehaalde voordracht heb ik uiteengezet dat naar huidig recht het geschriftvereiste (voor het bewijs van het bestaan van het arbitraal beding) niet licht mag worden genomen. Ik plaats enkele kanttekeningen.

Ad 1. Voorop staat dat het geschrift ondubbelzinnig in 'arbitrage' voorziet. Aanduidingen als 'klachtenbehandeling' of 'behandeling van uw geschil' komen mij te weinig specifiek voor. Verwezen moet worden naar 'arbitrage'.

Ad 2. In het geval dat sprake is van een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard wordt in de (arbitrage)rechtspraak het vereiste van 'geschrift' ruim opgevat. Aan het vereiste van verwijzing naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien is echter niet voldaan bij de verwijzing naar een enkel beding (Bijvoorbeeld: 'Honorarium volgens de tabellen van de AR 1981'). De verwijzing dient ondubbelzinnig op de voorwaarden in haar geheel betrekking te hebben, indien zij geacht wil worden mede betrekking te hebben op het arbitraal beding in de voorwaarden.³⁶

34 Dan wel als alternatief, opnemen buiten Boek 4 Rv een bepaling in de zin van: Buiten de artikelen 1 tot en met 1012 Rv vinden de bepalingen van Rv overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de overeenkomst tot arbitrage zich daartegen niet verzet.

35 Zie mijn voordracht 'Het arbitragebeding in algemene voorwaarden', uitgave van de Stichting Scheidsgerecht voor de Grafische Industrie, Amstelveen, 2003, en M.H. Wissink, Terhandstelling van algemene voorwaarden. De stand na tien jaar toepassing door rechter en arbiter, TvA 2004, 54.

36 In deze zin HR 7 mei 1993, NJ 1993, 655 en Hof Amsterdam 15 juli 1999, TvA 2001, p. 177 e.v., met instemmende noot van Asser.

Ad. 4. Ten aanzien van het aannemen van stilzwijgende aanvaarding geldt naar huidig recht dat zij dient te passen binnen de regels die art. 3:37 BW kent omtrent vorm en werking van verklaringen.³⁷ Is het voldoende om aan te nemen dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn omdat zij aan de wederpartij zijn toegezonden en de laatste wist althans kon weten dat de gebruiker alleen onder die voorwaarden wilde handelen? Kan (stilzwijgende) aanvaarding van een arbitraal beding worden onderbouwd met een (enkel) beroep op het bestaan van een gewoonte of het gepretendeerde bestaan van een bestendig gebruik om een dergelijk beding in een handelsbetrekking binnen een bestaande tak van handel of sector van bedrijfsleven in een overeenkomst op te nemen? In enkele uitspraken worden deze redeneringen gevolgd, maar met het geschrift-vereiste als bestaansvereiste voor de overeenkomst tot arbitrage komt aan deze opvatting een eind.

De vraag rijst alleen hoe in het voorstel het 'geschrift' als bestaansvereiste moet worden verstaan. Art. 3:39 BW bepaalt dat, tenzij uit de wet anders voortvloeit, rechtshandelingen nietig zijn indien zij niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht. Indien de rechtshandeling (overeenkomst tot arbitrage) schriftelijk wordt gesloten en 'schriftelijkheid' als bestaansvoorwaarde geldt past het dan wel om, zoals art. 1021 lid 1 (voorstel) doet langs de weg van stilzwijgende aanvaarding deze voorwaarde vervuld te achten? Of beoogt het voorstel voor lid 2 juist aan te geven dat inderdaad uit de wet anders (dan de hoofdregel van art. 3:39 BW) voortvloeit? Gezien de stellige opmerking in de Toelichting dat op straffe van nietigheid de arbitrageovereenkomst schriftelijk moet zijn aangegaan ligt een bevestigd antwoord niet voor de hand. In dit licht past het niet een voorziening ten aanzien van 'stilzwijgende aanvaarding' op te nemen.

Ad 5 en 6. De 'namens de wederpartij'-gevallen zijn vrij ongedifferentieerd in lid 2-voorstel opgenomen. Het geschrift (dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien) moet namens de wederpartij uitdrukkelijk worden aanvaard dan wel namens haar stilzwijgend zijn aanvaard. Zie ik wel dan zou naar de huidige stand van zaken moeten worden aangenomen dat een wederpartij 'duidelijk en vrijwillig' afstand doet van een beroep op de overheidsrechter.³⁸ Het zal lastig zijn dit uit een stilzwijgende aanvaarding af te leiden.

28. Tenslotte, art. 1021 lid 3 (voorstel) gaat verder dan alleen 'schriftelijkheid' als voorwaarde vervuld te achten. Een overeenkomst tot arbitrage komt volgens de bepaling 'eveneens' tot stand indien een verweerder nalaat overeenkomstig het bepaalde van art. 1052, tweede lid, een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Ik zou menen dat deze contractssluiting van wetswege wel duidelijk, maar niet 'vrijwillig' tot stand komt. Zij strookt niet met het in art. 1021 lid 1 (voorstel) gelegen vormvereiste.

Voorlopige conclusies

In het bijzonder gebaseerd op een beschouwing ten aanzien van de 'overeenkomst tot arbitrage' in het Voorstel-Van den Berg kom ik tot de navolgende vier algemene conclusies:

1. In het voorstel heeft arbitrage geen hart. Het onderscheid tussen 'compromis' en 'arbitraal beding' heeft in het voorstel (arbitragerechtelijk) haar betekenis verloren, vermogensrechtelijk blijft zij evenwel van nut.

³⁷ Te lichtvaardig komt mij het oordeel van Hof Amsterdam 15 juli 1999, TvA 2001, p. 179 e.v. voor, in een geval waarin vaststond dat het geschrift de wederpartij niet had bereikt.

³⁸ Vergelijk Snijders, o.c., p. 34 e.v.

Het opnemen van een definitie voor de overeenkomst tot arbitrage, die de kernelementen van arbitrage weerspiegelt, verdient aanbeveling. Een aanzet daartoe is:

Lid 1. Bij een overeenkomst tot arbitrage binden partijen zich jegens elkaar aan een uitspraak die door een of meer onafhankelijke derden wordt gedaan over een geschil, dat tussen hen bestaat of zou kunnen ontstaan, in een procedure die voldoet aan de wettelijke vereisten van het Vierde Boek van Rv.

Lid 2. De overige bepalingen van Rv zijn niet van toepassing op de in het eerste lid genoemde procedure;

2. Het fundament en de reikwijdte van het voorstel kunnen worden verbeterd:

(i) door het uitgangspunt ‘dat, wat de rechter kan, ook de arbiter vermag’ te verwoorden;

(ii) door de inhoud van art. 3:305 BW in het voorstel op te nemen;

(iii) door tot uitdrukking te brengen dat de werking van arbitrale uitspraken een andere kán zijn, dan die van gewone rechterlijke uitspraken. Ik heb gewezen op de mogelijkheid van verwijzing naar ‘mediation’ indien zulks in de gegeven omstandigheden zinvol voorkomt;

(iv) door het opnemen van een meer innovatieve uitwerking van efficiency bevorderende gedingvoering in de praktijk (bijv. regels inzake gebruik telecommunicatie).³⁹

Het is wellicht aan te bevelen een afdeling met ‘Algemene bepalingen’ op te nemen, waarin onder meer plaats is voor de definitie van de overeenkomst tot arbitrage, de verhouding met het BW (waaronder art. 3:305), de verhouding tot Rv (waaronder de hiervoor genoemde collisieregels van art. 1022 C) en enkele in de Toelichting naar voren gebrachte ‘beginselen’ c.q. uitgangspunten (vergelijk bijvoorbeeld art. 1022D).

3. Het vereiste van schriftelijkheid als bestaansvoorwaarde in de plaats van haar huidige functie als bewijsvoorschrift ten aanzien van de arbitrageovereenkomst houd ik voor een verbetering. Tot uitdrukking dient te worden gebracht dat het geschrift ondubbelzinnig in ‘arbitrage’ voorziet.

4. Nadere overdenking verdient de regeling van de aanvaarding van het geschrift (dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden met een arbitragebeding). Aandacht verdienen hierbij vragen naar:

(i) de betekenis en de werking van ‘namens’ (bij het optreden door bijvoorbeeld een werknemer, een handelsagent of een lasthebber respectievelijk het gehouden achten van een groepsvennootschap aan een door moeder-, zuster- of dochtervennootschap aangegane overeenkomst tot arbitrage);

(ii) de betekenis van het vormvereiste van schriftelijkheid en de nullitietsregel van art. 3:39 BW (en de verhouding tot de in het voorstel toegelaten ‘stilzwijgende’ aanvaarding), als ook

(iii) de geldigheid van de regel dat voor het aannemen van een ‘geschrift’ voldoende is indien het ‘namens’ de wederpartij is aanvaard, zulks in het licht van art. 17 Gw en art. 6 EVRM.

³⁹ Men mag verwachten dat breder dan thans uit de Toelichting blijkt rekening wordt gehouden met in de praktijk noodzakelijk gebleken reglementstoepassing c.q. –wijziging van andere instituten dan alleen NAI c.q. met in de praktijk levende behoeften ten aanzien van het nut van opname van bepalingen, geïnspireerd op de Model Law. Zie ook de hiervóór genoemde internetsite.