

# Contracten maken

## Pathologische arbitrageclausules en het voorkomen daarvan

Mw. mr. C.C. de Vink\*

### 1. Inleiding

Een vereiste voor een goed contract is dat er duidelijkheid bestaat over de wijze waarop eventuele geschillen tussen partijen zullen worden beslecht. Als partijen bij een contract wensen dat geschillen op een andere wijze dan door de overheidsrechter worden beslecht, dan zullen zij daartoe in hun contract een geschilbeslechtsclausule moeten opnemen. Arbitrage is een van de alternatieve wijzen van geschilbeslechting waarvoor contractspartijen kunnen kiezen. In dit artikel worden de arbitrageovereenkomst en de potentiële gebreken daarin aan de orde gesteld. Het blijkt in de praktijk maar al te vaak voor te komen dat onduidelijkheden in de arbitrageovereenkomst voor problemen zorgen op het moment dat er daadwerkelijk een geschil rijst tussen contractspartijen.

In het hiernavolgende zal ik de problematiek behandelen die kan voortvloeien uit een onduidelijke of dubbelzinnige arbitrageovereenkomst, ook wel bekend als 'pathologische arbitrageclausule', '*pathological arbitration clause*' of '*clause d'arbitrage pathologique*'. Hierbij gaat het om iedere overeenkomst tot geschilbeslechting waarbij partijen schijnbaar arbitrage hebben willen overeenkomen. Het accent zal liggen op Nederlands recht.<sup>1</sup>

Allereerst zal ik ingaan op arbitrage in het algemeen (par. 2). Vervolgens zal ik de vereisten voor een goede

arbitrageclausule behandelen (par. 3). Daarna zal ik ingaan op zogenoemde pathologische arbitrageclausules en zal ik enkele voorbeelden geven van dergelijke clausules (par. 4). Tot slot zal ik een aantal vrij voor de hand liggende, maar wellicht niet vaak genoeg in acht genomen, oplossingen ter voorkoming van deze problematiek aandragen (par. 5). Het geheel zal ik afsluiten met een korte conclusie (par. 6).

### 2. Arbitrage algemeen

Ik begin met een aantal opmerkingen van algemene aard over arbitrage.<sup>2</sup>

Arbitrage is een vorm van particuliere geschillenbeslechting en is een alternatief voor beslechting van geschillen door de overheidsrechter (zie ook art. 1022 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Alle geschillen, behalve geschillen omtrent rechten die niet ter vrije beschikking van partijen staan, kunnen aan arbitrage worden onderworpen (art. 1020 lid 3 en 4 Rv). Zowel nationale als internationale geschillen kunnen zich lenen voor beslechting door arbitrage.<sup>3</sup>

Geschillen kunnen slechts aan arbitrage worden onderworpen als partijen daartoe een overeenkomst hebben

19

\* Mw. mr. C.C. de Vink is advocaat bij Simmons & Simmons te Rotterdam. De auteur dankt mr. J.W. Bitter voor zijn commentaar bij het schrijven van dit artikel.

1. In dit artikel wordt geen aandacht besteed aan het internationaal privaatrecht, omdat dat het bestek van dit artikel te buiten gaat. Het internationaal privaatrecht speelt echter wel een belangrijke rol bij het in dit artikel behandelde onderwerp.

2. Bij de behandeling van deze opmerkingen van algemene aard verwijs ik naar de Nederlandse Arbitragewet (art. 1020-1076 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). De Nederlandse Arbitragewet verschilt niet noemenswaardig van ander (statelijk) arbitragerecht.

3. Van internationale arbitrage is sprake als partijen een verschillende nationaliteit hebben of een of meer van hen in het buitenland woonachtig of gevestigd zijn, zie Stein en Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 324 en Van den Berg, Van Delden en Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 141.

gesloten (art. 1020 lid 1 Rv).<sup>4</sup> Een overeenkomst tot arbitrage kan de vorm hebben van een arbitraal beding of van een compromis. Van een arbitraal beding is sprake wanneer partijen overeenkomen dat toekomstige geschillen zullen worden beslecht door middel van arbitrage. Er is sprake van een compromis wanneer partijen achteraf, nadat een geschil is ontstaan, overeenkomen dat zij dit geschil wensen op te lossen door middel van arbitrage (art. 1020 lid 2 Rv). Dit bestaande geschil en de wijze van beslechting zullen nauwkeurig in de overeenkomst beschreven moeten worden. Omdat een arbitraal beding daarentegen betrekking heeft op toekomstige geschillen, moet met een globale omschrijving van de geschillen waarop het betrekking heeft en de dan te volgen procedure worden volstaan.<sup>5</sup> De kans op onduidelijkheden over de soort geschillen die onder de arbitrageovereenkomst vallen en de wijze van beslechting is dan ook groter bij een arbitraal beding dan bij een compromis, al is het natuurlijk niet uitgesloten dat zelfs in het stadium dat partijen een compromis overeenkomen nog onduidelijkheden in de arbitrageovereenkomst kunnen sluipen.<sup>6</sup>

Partijen kunnen ad hoc arbitrage of institutionele arbitrage overeenkomen. In geval van institutionele arbitrage verwijzen partijen in hun arbitrageovereenkomst naar een arbitrage-instituut of naar het arbitragereglement van een bepaald arbitrage-instituut.<sup>7</sup> Deze arbitragereglementen voorzien in de regel in bepalingen over de arbitrageprocedure, de benoeming van arbiters en de kosten van de arbitrageprocedure. Wordt in een arbitrageovereenkomst verwezen naar een arbitragereglement, dan wordt dat reglement geacht deel uit te maken van die arbitrageovereenkomst (art. 1020 lid 6 Rv). Naast het voordeel dat partijen gebruik kunnen maken van beproefde regels uit het arbitragereglement van het desbetreffende arbitrage-instituut fungeert het arbitrage-instituut vaak als administrateur<sup>8</sup> en wordt tevens de financiële afwikkeling van de arbitrage door het arbitrage-instituut verzorgd. Bovendien houdt het arbitrage-instituut toezicht op de arbiters en waarborgt het instituut op die wijze de kwaliteit. Arbitrage-instituten voorzien veelal ook in een standaard arbitrageclausule waar partijen gebruik van kunnen maken (zie hierover verder par. 5 hierna). Enkele voorbeelden van bekende arbitrage-instituten met een eigen arbitragereglement en standaardclausule zijn: het Nederlands Arbitrage Instituut in Rotterdam (NAI), de *International Chamber of Commerce* in Parijs (ICC), de *London Court of International Arbitration* (LCIA), het *WIPO Arbitration Center* in Genève, de *American Arbitration Association* (AAA) in New York en het *International Centre for Dispute*

*Resolution* (ICDR) in Dublin. Ook de *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) heeft een arbitragereglement en een standaardclausule waarvan partijen gebruik kunnen maken. UNCITRAL administreert de arbitrages echter niet.<sup>9</sup>

Van ad hoc arbitrage is sprake indien de uitvoering van de arbitrageovereenkomst geheel is overgelaten aan de partijen (waar het de benoeming van de arbiters betreft (art. 1026 Rv))<sup>10</sup> en aan de arbiters (waar het de administratie van de procedure betreft (art. 1036 en 1039 lid 5 Rv)).<sup>11</sup>

Bij het opstellen van een overeenkomst tot arbitrage moeten partijen ook rekening houden met de mogelijkheid van hoger beroep. Arbitraal hoger beroep van een arbitraal vonnis is slechts mogelijk indien de partijen daarin bij overeenkomst hebben voorzien (art. 1050 lid 1 Rv). Zwijgen partijen in hun arbitrageovereenkomst hierover, dan staat de mogelijkheid van hoger beroep dus niet open.

Partijen dienen in hun overeenkomst tot arbitrage tevens de plaats van arbitrage te bepalen. Indien partijen hierin niet hebben voorzien, dan wordt de plaats van arbitrage bepaald door de arbiter(s) (art. 1037 Rv). De plaats van arbitrage ziet niet (noodzakelijkerwijs) op de plaats waar de arbiter(s) hun werkzaamheden uitvoeren. Het is een juridisch begrip: de plaats van arbitrage bepaalt het statelijke recht dat op de arbitrageovereenkomst van toepassing is. Is Nederland gekozen als plaats van arbitrage, dan is de Nederlandse arbitragewet van toepassing op de arbitrageprocedure (art. 1073 Rv).<sup>12</sup> Ook al kiezen partijen dus voor beslechting van hun geschillen door middel van arbitrage in plaats van beslechting door de overheidsrechter, er zal altijd een statelijk recht (moeten) worden vastgesteld om de arbitrageovereenkomst in bepaalde gevallen te laten functioneren.<sup>13</sup>

Ook de door de arbiters te hanteren beslissingsmaatstaven kunnen door partijen in de arbitrageovereenkomst worden vastgelegd. In beginsel doen arbiters uitspraak naar de regelen des rechts. Partijen kunnen echter arbiters de bevoegdheid verlenen om te oordelen als goede mannen naar billijkheid (art. 1054 lid 1 en 3 Rv). ‘Naar de regelen des rechts’ veronderstelt een striktere wetstoepassing, terwijl ‘als goede mannen naar billijkheid’ een wat vrijere opstelling ten opzichte van dezelfde rechtsregels geeft.<sup>14</sup> Het verschil is in de praktijk echter niet altijd evident.<sup>15</sup> Vervolgens is nog van belang dat de overeenkomst tot arbitrage als een afzonderlijke overeenkomst dient te worden beschouwd en beoordeeld (art. 1053 Rv). Het gaat hier om de separabiliteitsleer: de rechtsgeldigheid van de

4. Zie in dit verband ook art. 17 Grondwet: ‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’ en art. 112 lid 1 Grondwet: ‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.’

5. Stein & Rueb 2009, p. 307.

6. In de paragrafen 3 en verder zal ik mij beperken tot arbitrale bedingen, dus arbitrageclausules waarbij partijen overeenkomen dat toekomstige geschillen door arbitrage zullen worden beslecht (hiervoor zal ik tevens de term ‘arbitrageclausule(s)’ blijven gebruiken).

7. H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2007, art. 1020 Rv aant. 9.

8. Snijders 2007, art. 1020 Rv aant. 9.

9. Snijders noemt dit type arbitrage ‘reglementaire arbitrage’, omdat strikt genomen geen sprake is van institutionele arbitrage. Zie: Snijders 2007, art. 1020 Rv aant. 9.

10. Op grond van art. 1026 Rv moet een oneven aantal arbiters of één arbiter worden benoemd.

11. Snijders 2007, art. 1020 Rv aant. 9.

12. Stein & Rueb 2009, p. 309 en 324.

13. Denk bijvoorbeeld aan de gevallen zoals genoemd in art. 1062 lid 1 Rv (verkrijging van het exequatur), art. 1064 lid 2 (instellen van de eis tot vernietiging) en art. 1068 lid 2 Rv (herroeping). Zie Stein en Rueb 2009, p. 310.

14. Stein & Rueb 2009, p. 314.

15. Snijders 2007, art. 1054 Rv aant. 2.

hoofdovereenkomst moet los van de rechtsgeldigheid van de met betrekking tot die hoofdovereenkomst gesloten arbitrageovereenkomst worden beoordeeld.<sup>16</sup> Een arbitrageovereenkomst moet gezien worden als een *stand alone agreement*, waardoor in de meeste gevallen de arbitrageovereenkomst een aanval op de onderliggende hoofdovereenkomst overleeft.

Partijen bij een contract kunnen uiteenlopende redenen hebben om hun geschil, in plaats van aan de overheidsrechter, aan arbiters voor te leggen. Daarbij valt te denken aan specifieke deskundigheid, snelheid en vertrouwelijkheid.<sup>17</sup> Kiezen partijen voor overheidsrechtspraak, dan kiezen zij tevens voor beslechting van hun geschil op basis van het hele Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De wet bevat geen uitgebreide regeling over de wijze waarop de procedure ten overstaan van arbiters wordt gevoerd.<sup>18</sup> Daardoor bestaat een grote vrijheid voor de vaststelling en toepassing van procedurele regels. Hierdoor wordt (ook) recht gedaan aan de bij partijen levende wens van procesvoering op maat. De arbiters oordelen over het tussen partijen gerezen geschil op basis van de overeenkomst tussen partijen. In beginsel is de overeenkomst tussen partijen leidend en niet enige wettelijke bepaling. Zekerheid wordt vervolgens ontleend aan het eventueel gekozen arbitragereglement en aan het statelijke recht dat voortvloeit uit de plaats van arbitrage (zie hiervoor).

Kortom: overheidsrechtspraak is regel, arbitrage uitzondering. Willen partijen bij een contract dat eventuele geschillen die tussen partijen kunnen rijzen worden beslecht door middel van arbitrage, dan zullen zij dit ondubbelzinnig en duidelijk moeten vastleggen.

### 3. Vereisten voor een goede arbitrageclausule

In 1974 formuleerde Frédéric Eisemann, toentertijd secretaris-generaal van de *Court of Arbitration*<sup>19</sup> van de *International Chamber of Commerce (ICC)*, een viertal criteria waaraan een goede arbitrageclausule moet voldoen.<sup>20</sup>

1. creëer bindende gevolgen voor de partijen;
2. voorkom interventie door de overheidsrechter bij de beslechting van een geschil, ten minste tot aan het uitspreken van het vonnis;
3. geef bevoegdheid aan de arbiters om de eventuele geschillen die tussen partijen kunnen rijzen op te lossen;

16. Snijders 2007, art. 1053 Rv aant. 1.

17. Stein en Rueb 2009, p. 303.

18. Stein en Rueb 2009, p. 310.

19. Tegenwoordig '*International Court of Arbitration*'.

20. F. Eisemann, 'La clause d'arbitrage pathologique', in: *Arbitrage Commercial Essais in Memoriam Eugenio Minoli*, Turijn: 1974.

4. voorzie in een efficiënt functionerende procedure die leidt tot een vonnis dat vatbaar is voor executie.<sup>21</sup>

Deze vier samenhangende criteria vormen de kern van hetgeen iedere opsteller van arbitrageclausules in het achterhoofd zou moeten houden terwijl ieder woord van de op te stellen clause zorgvuldig moeten worden afgewogen.<sup>22</sup>

Eisemann formuleerde deze vier criteria in een artikel waarin hij aandacht besteedde aan slecht geredigeerde arbitrale bedingen die in de praktijk niet of slechts na uitleg toepasbaar zijn.<sup>23</sup> Hij introduceerde hierbij voor het eerst de term '*clause d'arbitrage pathologique*'.<sup>24</sup>

## 4. Pathologische arbitrageclausules

Bij een pathologische arbitrageclausule gaat het om een clause die op voorhand al een of meer mankementen of onduidelijkheden in zich bergt.<sup>25</sup> Een dergelijke pathologische arbitrageclausule kan verschillende nadelige gevolgen voor één of beide partijen met zich meebrengen voor de geschilbeslechtingsprocedure. Enerzijds is het mogelijk dat bij gebrek aan duidelijkheid in de arbitrageclausule de partijen pas na (lange) discussie of zelfs na een procedure voor de overheidsrechter uiteindelijk een arbitrage kunnen starten. In dit geval is er 'slechts' sprake van een vervelend oponthoud. Anderzijds is het mogelijk dat door het gebrek aan duidelijkheid – is er nu wel of geen arbitrage overeengekomen – de gehele geschilbeslechtingsclausule onderuitgaat, waardoor de partijen gedwongen worden zich tot de overheidsrechter te wenden teneinde hun geschil te (laten) beslechten. De pathologische clause heeft in dat geval dus fatale gevolgen voor de arbitrageprocedure.<sup>26</sup>

Er zijn verschillende soorten pathologische clausules te onderscheiden. Denk bijvoorbeeld aan:

1. clausules waarbij onduidelijk is welk arbitrage-instituut voor geschilbeslechting partijen hebben gekozen;
2. clausules waarbij onduidelijk is op welke wijze de arbiters worden benoemd;

21. Vrij vertaald vanuit het Frans, waarin Eisemann de criteria oorspronkelijk formuleerde.

22. B.G. Davis, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, <www.kluwarbitration.com> ('These comments were first presented at the International Bar Association's 23rd Biennial Conference, 19-23 September 1990, New York').

23. F.J.M. De Ly, *Internationale Arbitrage*, TvA 2006, 27.

24. F. Eisemann 1974.

25. H.J. Snijders, *Pathologische geschilbeslechtingsclausules*, in: *Amice (Rutgers-bundel)*, Deventer: Kluwer 2005 (zie ook H.J. Snijders, *Pathologische geschilbeslechtingsclausules*, TvA 2005, 1.)

26. Zelfs in de fase van tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis, dus na de arbitrageprocedure, kan een pathologische arbitrageclausule nog nadelige gevolgen met zich meebrengen. Dit zou het geval kunnen zijn indien de exequaturrechter tot het oordeel komt dat er geen geldige arbitrageovereenkomst aan het arbitraal vonnis ten grondslag ligt, hetgeen ertoe leidt dat hij het exequatur zal weigeren. Zie ook: Craig, Park & Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications 2000, p. 128.

3. clausules waarbij onduidelijk is welke soort geschillen partijen aan een bepaalde instantie voor geschilbeslechting wensen voor te leggen;
4. clausules waarbij onduidelijk is welke wijze van geschilbeslechting door partijen is gekozen.

Er zijn nog meer soorten pathologische clausules te bedenken. In het hiernavolgende zal ik mij echter beperken tot een aantal sprekende voorbeelden bij de hier genoemde soorten pathologische arbitrageclausules en de uitkomsten daarvan.

*Ad 1 Clausules waarbij onduidelijk is welk arbitrage-instituut voor geschilbeslechting partijen hebben gekozen*

Bij deze soort pathologische arbitrageclausules gaat het om een onduidelijke aanwijzing van het arbitrage-instituut dat partijen hebben willen kiezen voor het administreren van hun geschil. Doorgaans zullen deze clausules niet fataal zijn voor de arbitrageprocedure, maar 'slechts' leiden tot een ophoud in de arbitrageprocedure.

Bij een clause waarin is opgenomen: '*International Chamber of Commerce in Zürich*' of '*International Chamber of Commerce in New York*', mag worden aangenomen dat voor ICC-arbitrage is gekozen. Er is echter maar één ICC, gevestigd in Parijs, met verschillende *National Committees* over de gehele wereld.<sup>27</sup>

In dergelijke gevallen pleegt de ICC *International Court of Arbitration*<sup>28</sup> de vermelding van de plaats in dergelijke clausules uit te leggen als de door partijen gekozen plaats van arbitrage om toch nog enige betekenis aan de vermelding van deze plaats te geven. Ook in de gevallen waarin de '*International Chamber of Commerce in Parijs*' is genoemd en waarbij partijen niet expliciet een andere plaats van arbitrage hebben gekozen, wordt door de ICC *International Court of Arbitration* aangenomen dat partijen Parijs als plaats van arbitrage hebben willen aanwijzen.<sup>29</sup>

*Ad 2 Clausules waarbij onduidelijk is op welke wijze de arbiters worden benoemd*

In het arrest van de Hoge Raad van 11 januari 1985, *Citronas B.V. tegen Egyptian Navigation Company*,<sup>30</sup> speelde het volgende. Partijen hadden een arbitrageclausule opgenomen in een contract die voorzag in de benoeming van twee arbiters, waarvan iedere partij er een zou benoemen. Mochten die arbiters het niet met elkaar eens worden, dan zouden zij een derde benoemen die dan uiteindelijk als '*umpire*' als enige zou beslissen:

'Any dispute arising under this contract at loading port shall be referred to arbitration in Alexandria each party to appoint his own arbitrator and in case both arbitrators disagree they appoint an umpire whose award will be final and binding for. All parties the claim arising

under this contract must be made in writing within six months after final discharged, should one of this parties neglect or refuse to appoint an arbitrator within 21 days after receipt written request from the other party, the arbitrator of the other party shall decide the dispute as a sole arbitrator and his decision will be final and binding for both parties. At discharging port arbitration to take place at the same discharging port in the same above manner.'<sup>31</sup>

Probleem hierbij was dat (ook) onder het ten tijde van de uitspraak vigerende recht een oneven aantal arbiters behoorde te worden benoemd (onder het oude recht was dit vastgelegd in art. 624 Rv, in het huidige recht in art. 1026 lid 1 Rv). In de Nederlandse rechtspraak is geen plaats voor een arbitraal beding waarin een even aantal arbiters wordt voorgeschreven.

Het hof besliste in deze zaak dat het beding nietig was voor zover het voorzag in beslechting van geschillen door twee arbiters en dat het beding voor het overige in stand kon blijven. Nu het hof deze partiële nietigheid uitsprak, was het noodzakelijk daarbij duidelijk aan te geven welk deel nietig was en welk deel in stand bleef. Het hof liet dit in het midden. De Hoge Raad heeft een interpretatie aan het arrest van het hof gegeven, waarin hij precies de grens tussen het geldige en het nietige deel aangeeft zoals het hof het zou hebben bedoeld. De benoemingsregeling wordt daarbij als nietig beschouwd, maar de arbitrageafspraken op zichzelf, de plaats van arbitrage en de termijn van instellen van de vordering blijven in stand.<sup>32</sup> Deze partiële nietigheid van het arbitraal beding brengt met zich mee dat wel arbitrage moet plaatsvinden, maar dat niet duidelijk is hoeveel arbiters op welke wijze moeten worden benoemd. Dit blijkt niet uit het beding en ook niet uit de wet. De partijen moeten hierover dus overeenstemming zien te bereiken. Bij geschil daarover moet de gewone Nederlandse regeling voor benoeming van arbiters worden gevolgd<sup>33</sup> (naar huidig recht art. 1027 Rv).

De overeenkomst tot arbitrage is in voornoemde zaak in stand gebleven. De pathologische arbitrageclausule had in dit geval dus geen fatale gevolgen, maar de onduidelijkheid in de clause heeft wel geleid tot ernstige vertraging. Partijen hebben tot de Hoge Raad doorgeprocedeerd, voordat zij het daadwerkelijk tussen hen gerezen geschil ter beslechting aan arbiters konden voorleggen.

27. B.G. Davis, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, <www.kluwerarbitration.com>, p. 2.

28. De ICC *International Court of Arbitration* beoordeelt arbitrageclausules prima facie op grond van art. 6 (2) van de *Rules of Arbitration*.

29. B.G. Davis, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, <www.kluwerarbitration.com>, p. 2.

30. HR 11 januari 1985 m.nt. WHH, NJ 1985, 421. Dat dit arrest nog met inachtneming van het oude (arbitrage)recht is geweest, doet aan de toepasselijkheid niet af.

31. HR 11 januari 1985 m.nt. WHH, NJ 1985, 421, r.o. 3.1, de spel- en schrijffouten zijn overgenomen uit de clause zoals geciteerd in het arrest.

32. Noot Heemskerk bij HR 11 januari 1985, NJ 1985, 421. In HR 28 maart 1935, NJ 1935, p. 829, W 12914, m.nt. W. Nolen lag eenzelfde beding ter beoordeling voor. Het hof legde het beding zo uit, dat arbitrage door twee arbiters essentieel was voor partijen en verklaarde daarom het beding in zijn geheel nietig. De Hoge Raad achtte deze beslissing feitelijk en in cassatie niet aantastbaar.

33. Noot Heemskerk bij HR 11 januari 1985, NJ 1985, 421.



*Ad 3 Clausules waarbij onduidelijk is welke soort geschillen partijen aan een bepaalde instantie voor geschilbeslechting wensen voor te leggen*

In een Engelse uitspraak van de House of Lords uit 2007<sup>34</sup> speelde het volgende. Eisers in deze zaak waren bedrijven die scheepseigenaar waren en dochtervennootschappen van de Russische scheepvaartmaatschappij Sovcomflot. Zij hadden verschillende overeenkomsten gesloten met reders met gebruikmaking van een standaardformulier waarin een arbitrageclausule was opgenomen. In deze zaak zouden verschillende reders de directeuren van Sovcomflot hebben omgekocht om op basis van gunstiger voorwaarden te contracteren. Zowel de reders als enkele directeuren die vermoedelijk waren omgekocht, waren gedaagden in deze zaak.

Uit de arbitrageclausule werd niet duidelijk welke geschillen wel en welke niet onder de arbitrageclausule konden worden geschaard. De arbitrageclausule bevatte een verwijzing naar geschillen *'arising under this charter'* en geschillen *'having arisen out of this charter'*, en er ontstond een geschil over de precieze reikwijdte van deze omschrijving.

De House of Lords oordeelde in dit verband dat de omschrijving van de categorieën van geschillen waarop een arbitraal beding van toepassing is extensief geïnterpreteerd moet worden.<sup>35</sup> De partijen moeten steeds geacht worden elk geschil dat tussen hen ontstaan is door arbitrage te hebben willen beslechten, tenzij uit de tekst van het arbitraal beding duidelijk wordt dat bepaalde vragen niet bedoeld waren om aan arbiters voor te leggen. Indien partijen bepaalde gevallen niet wensen voor te leggen aan arbiters, moeten ze deze gevallen dus ook expliciet uitsluiten van arbitrage door dit op te nemen in het arbitraal beding.<sup>36</sup>

Ook in deze zaak waren de gevolgen van de onduidelijkheid in de arbitrageclausule dus niet fataal voor de arbitrageprocedure, maar leverde de onduidelijkheid wel een vertraging op voor de arbitrageprocedure.

Opmerkelijk is nog dat de House of Lords in de voornoemde zaak een vrij algemene regel over de interpretatie van arbitrale bedingen heeft geformuleerd ten faveure van arbitrage: zijn partijen arbitrage overeengekomen, dan worden zij geacht de beslechting van al hun geschillen aan (dezelfde) arbiters te hebben willen voorleggen. Wensen de partijen dat dit anders is, dan moeten zij de gevallen die ze niet aan arbiters willen voorleggen expliciet uitsluiten van arbitrage.<sup>37</sup>

*Ad 4 Clausules waarbij onduidelijk is welke wijze van geschilbeslechting door partijen is gekozen*

Bij sommige soorten pathologische clausules speelt de vraag of partijen wel arbitrage overeen zijn gekomen.

Dergelijke pathologische clausules kunnen fatale gevolgen hebben voor de arbitrageprocedure.

Bijvoorbeeld de clausule waarbij verschillende soorten van geschilbeslechting naast elkaar worden gebruikt:

‘Eventuele geschillen tussen partijen ter zake van deze overeenkomst worden behandeld door arbiters (...) die hierover zullen oordelen bij wege van bindend advies.’

Of de clausule die erop neerkomt dat voor geschillen verwezen wordt naar (het reglement) van een bepaald instituut dat verschillende soorten van geschilbeslechting kent en waarbij onduidelijk is voor welke soort van geschilbeslechting is gekozen:

‘Eventuele geschillen tussen partijen ter zake van deze overeenkomst zullen bij uitsluiting worden voorgelegd aan het NAI.’

Probleem hierbij is dat het NAI naast arbitrage ook diensten verleent op het gebied van bindend advies en mediation.

Deze problemen zijn gemakkelijk op te lossen. Bij de eerste clausule moet één manier van geschilbeslechting worden gekozen. Bij de tweede clausule moet worden vermeld aan welke soort van geschilbeslechting partijen hun geschillen bij het desbetreffende instituut wensen te onderwerpen.<sup>38</sup>

Moeilijker is het beantwoorden van de vraag welke wijze van geschilbeslechting uiteindelijk moet worden gekozen in de gevallen dat partijen daadwerkelijk een beroep doen op een dergelijke clausule.<sup>39</sup> In de Nederlandse literatuur is men het er wel over eens dat dergelijke bedingen in ieder geval zo uitgelegd moeten worden dat partijen ervoor hebben gekozen om de overheidsrechter te passeren en dat dus een alternatieve vorm van geschilbeslechting is overeengekomen.<sup>40</sup>

Uit vorenstaande voorbeelden<sup>41</sup> blijkt wel dat de nadelige gevolgen van pathologische arbitrageclausules – (ernstige) vertraging bij de geschilbeslechting door middel van arbitrage of in het geheel geen geschilbeslechting door middel van arbitrage – zich in de praktijk daadwerkelijk voordoen. Hoe kunnen deze nadelige gevolgen nu worden voorkomen?

34. Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others [2007] UKHL 40. Besproken door: Jedediah Coleman, Premium Nafta (aka Fiona Trust): the House of Lords hands down a decision firmly in favour of arbitration, IBA Legal Practice Division, Arbitration Committee Newsletter, March 2008.

35. Jedediah Coleman 2008.

36. Jedediah Coleman 2008, p. 34.

37. Jedediah Coleman 2008, p. 34.

38. Voorbeelden ontleend aan H.J. Sniijders, 'Pathologische geschilbeslechttingsclausules', in: *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 315-316. Sniijders schaaft deze voorbeelden echter onder de soort pathologische clausules waarbij onduidelijk is welke geschilbeslechttingsinstantie partijen kiezen.

39. Deze vraag is ook behandeld bij de bijeenkomst van NAI Jong Oranje, gehouden op 17 januari 2009. Zie: Verslag van de bijeenkomst van NAI Jong Oranje gehouden op 17 januari 2009. De arbitrageclausule: to arbitrate or not to arbitrate?, *TvA* 2009, 26.

40. H.J. Sniijders, Pathologische geschilbeslechttingsclausules, in: *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 316-318. Sniijders voegt daar overigens aan toe dat ook toepassing van het Haviltex-criterium (HR 13 maart 1981 (Ermes/Haviltex), NJ 1981, 635 m.nt. Brunner) tot deze uitkomst leidt. Ook de vervolgvraag welke specifieke wijze van alternatieve geschilbeslechting nu door partijen is gekozen, beantwoordt Sniijders (gedeeltelijk) met toepassing van het Haviltex-criterium, p. 319.

41. Zie voor meer voorbeelden: H.J. Sniijders, Pathologische geschilbeslechttingsclausules, in: *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005 en F.J.M. De Ly, *Internationale Arbitrage*, *TvA* 2006, 27.

## 5. Oplossingen

De nadelige gevolgen van pathologische arbitrageclausules zijn goed te voorkomen als partijen bij het opstellen van de arbitrageclausule rekening houden met het volgende:

- denk aan de criteria van Eisemann;
- probeer zo duidelijk mogelijk te zijn;
- bedenk dat een gebrek aan duidelijkheid niet alleen in het nadeel van de andere contractspartij kan werken;
- leg van tevoren de plaats van arbitrage vast;
- leg van tevoren de taal vast waarin de arbitrageprocedure moet worden gevoerd;
- vermijd ingewikkelde clausules die voorzien in verschillende manieren van geschilbeslechting voor verschillende categorieën van geschillen;
- denk aan de consequenties van de separabiliteitsleer;
- indien is gekozen voor institutionele arbitrage: gebruik de standaard arbitrageclausule van het arbitrage-instituut (zie hierna).

Een zeer voor de hand liggende oplossing ter voorkoming van het ontstaan van een pathologische arbitrageclausule is het opnemen van een standaard arbitrageclausule in een contract. De verschillende (bekende) arbitrage-instituten hebben alle een standaard arbitraal beding beschikbaar, waarvan partijen bij een contract kosteloos en zonder toestemming gebruik kunnen maken. Hierna volgen enkele voorbeelden.

24 Het door het NAI aanbevolen arbitraal beding luidt:<sup>42</sup>

‘Alle geschillen welke mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst dan wel van nadere overeenkomsten, die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen worden beslecht overeenkomstig het Arbitrage Reglement van het Nederlandse Arbitrage Instituut.’

Optioneel bij het standaard arbitraal beding van het NAI:

- het scheidsgerecht zal bestaan uit één arbiter of drie arbiters;
- de plaats van arbitrage zal zijn gelegen in \_\_\_\_\_ (stad);
- de procedure zal worden gevoerd in de \_\_\_\_\_ (taal);
- het scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts;
- samenvoeging van het arbitraal geding met een ander arbitraal geding, zoals voorzien in art. 1046 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, is uitgesloten.’

Het door de ICC aanbevolen arbitraal beding luidt:

‘All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Com-

merce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.’

Optioneel bij het standaard arbitraal beding van de ICC: het aantal arbiters, de taal en de plaats van arbitrage.

Het door UNCITRAL aanbevolen arbitraal beding luidt:

‘Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force.’

Naast het aantal arbiters, de taal en de plaats van arbitrage is ook optioneel wie (naam van instituut of persoon) zal worden aangewezen als ‘*appointing authority*’. Dit omdat, zoals opgemerkt in paragraaf 2, UNCITRAL ‘slechts’ een arbitragereglement en een standaardbeding ter beschikking heeft gesteld, maar niet als administrateur van arbitrage fungeert.

## 6. Conclusie

Een nadere beschouwing van arbitrageclausules leidt tot de conclusie dat pathologie niet alleen voorkomt in de medische wetenschappen, maar ook in arbitrage. Zoals uit het vorenstaande blijkt, kunnen pathologische arbitrageclausules vrij gemakkelijk worden voorkomen. In veel gevallen kunnen de standaard arbitrageclausules van de verschillende arbitrage-instituten letterlijk worden overgenomen en in andere gevallen kunnen deze standaardclausules helpen bij het opstellen van een meer specifieke arbitrageclausule.

Als bij het opstellen van een contract zorgvuldig wordt omgegaan met het formuleren van de arbitrageclausule, kan in geval van een geschil tussen partijen direct een arbitrage worden gestart zonder dat daarvoor eerst een mogelijk oeverloze discussie of zelfs een procedure bij de overheidsrechter nodig is om uit te maken wat partijen nu eigenlijk hebben afgesproken. ■

42. De tekst van het standaard arbitraal beding van het NAI is ook in het Engels beschikbaar op de website van het NAI: <[www.nai.org](http://www.nai.org)>.