

MR. G.J. MEIJER EN MR. I.P.M. VAN DEN NIEUWENDIJK<sup>1</sup>

# Kroniek Arbitrage 2004-2006

## Inleiding

De jurisprudentie over arbitrage van de gewone rechter van de afgelopen drie jaren (2004-2006) is omvangrijk. Het zijn voor de arbitrage turbulente jaren geweest waarin met name het *Nannini*-arrest inzake de toetsing van arbitrale vonnissen door de gewone rechter veel pennen in beweging heeft gebracht en zelfs tot een toename van het aantal vernietigingsacties heeft geleid. Ook op resterende punten, als bijvoorbeeld de overeenkomst tot arbitrage en de wraking van arbiters is belangrijke jurisprudentie verschenen. Wij zullen de belangrijkste jurisprudentie de revue laten passeren. Naast de ontwikkelingen in de jurisprudentie vraagt ook de wetgeving inzake arbitrage de nodige aandacht.<sup>2</sup> Zo is in 2004 het bewijsvoorschrift voor de overeenkomst tot arbitrage aangepast met het oog op de elektronische handel.<sup>3</sup> Onlangs is in de Tweede Kamer het verbod van arbitrage in aanbestedingsgeschillen aanvaard.<sup>4</sup> Boeiend zijn ten slotte ook de verschenen voorstellen tot de – nogal ingrijpende – wijzigingen van de arbitrage-wet.<sup>5</sup> Wij zullen daaraan tot besluit kort aandacht besteden, dit mede omdat de voorstellen ook in de praktijk bij de uitleg van de huidige wet een rol spelen.

## Overeenkomst tot arbitrage

Partijen kunnen een geschil niet aan arbitrage onderwerpen als daartoe geen geldige overeenkomst tot arbitrage tussen hen bestaat (art. 1020 lid 1 Rv). De vraag of een geldige overeenkomst tot arbitrage tussen partijen bestaat, kan in de volgende gevallen aan de orde komen: (i) als een partij zich in een

geding bij de gewone rechter erop beroept dat de gewone rechter onbevoegd is op de grond dat met de wederpartij een overeenkomst tot arbitrage is gesloten (art. 1022 lid 1 Rv), (ii) als een partij zich in een arbitraal geding bij het scheidsgerecht erop beroept dat het scheidsgerecht onbevoegd is op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1052 lid 2 Rv) en (iii) als tegen de bevoegdverklaring van het scheidsgerecht het rechtsmiddel van vernietiging bij de gewone rechter wordt ingesteld op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 (a) Rv).

### *Ooneerlijk (arbitraal) beding in consumentenovereenkomst*

Het Europees Hof van Justitie heeft op 26 oktober 2006 in de uitspraak *Mostaza Claro/Móvil*, C-168/05<sup>6</sup>, een belangrijke uitspraak gedaan over de richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten<sup>7</sup> (hierna: “richtlijn”). Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bepaalt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Het is aan de nationale rechter om – in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval – te oordelen of een contractueel beding, voldoet aan de criteria om als oneerlijk in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn te worden aangemerkt.<sup>8</sup> De bijlage bij de richtlijn bevat een

<sup>1</sup> Beiden advocaat, NautaDutilh, Rotterdam.

<sup>2</sup> De inwerkingtreding van de Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken van 2002 valt buiten het bereik van de kroniek, doch de arbitragewet is bij die herziening nagenoeg ongewijzigd gebleven (zie daartoe Snijders, *TvA* 2002, p. 1-3, en Meijer 2005 (*T&C Rv*), Vierde Boek, Inleidende opmerkingen, aant. 2).

<sup>3</sup> *Stb.* 2004, 210.

<sup>4</sup> *Handelingen II*, 14 september 2006, p. 107-6547-6564 en *Handelingen II*, 20 september 2006, p. 211.

<sup>5</sup> Zie *Special TvA/2005*; zie ook [www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl).

<sup>6</sup> Zie [http://curia.europa.eu/nl/content/juris/index\\_form.htm](http://curia.europa.eu/nl/content/juris/index_form.htm).

<sup>7</sup> PB L 95, p. 29.

<sup>8</sup> Zie ook r.o.22 van het onderhavige arrest met verwijzing naar HvJ 1 april 2004 (*Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter*), C237/02, p. I-3403, no. 22 (zie [http://curia.europa.eu/nl/content/juris/index\\_form.htm](http://curia.europa.eu/nl/content/juris/index_form.htm)).

indicatieve lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, waaronder (punt 1, sub q) het beding dat tot doel of tot gevolg heeft “het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden (...)”.

Het Hof heeft zijn uitspraak gedaan op een verzoek om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van genoemde richtlijn. Dit verzoek is ingediend door een Spaans gerecht, de *Audiencia Provincial de Madrid*, in het kader van een geding tussen E.M. Mostaza Claro (hierna: “Mostaza Claro”) en het Centro Móvil Milenium SL (hierna: “Móvil”), ter zake van de geldigheid van een arbitraal beding in een abonnementsovereenkomst voor een mobiele telefoonlijn die Mostaza Claro met Móvil heeft gesloten. Het arbitraal beding in de abonnementsovereenkomst hield in dat elk geschil met betrekking tot de overeenkomst via arbitrage moest worden beslecht door de *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* (Europese organisatie voor arbitrage en bemiddeling; hierna: “AEADE”).

Vooropgesteld zij dat volgens de nationale wetgeving van Spanje van rechtswege nietig zijn oneerlijke algemene voorwaarden in consumentovereenkomsten waarbij als oneerlijk beding wordt aangemerkt “het onderwerpen van het geschil aan een ander arbitragesysteem dan dat voor consumentenzaken, tenzij het arbitrage-instanties betreft die bij wet voor een bepaalde sector of voor een bepaald geval zijn ingesteld”.

Aangezien Mostaza Claro niet de minimumabonnementsperiode in acht had genomen, heeft Móvil bij de AEADE een arbitraal geding ingeleid. Bij brief van 25 juli 2003 heeft de AEADE aan Mostaza Claro een termijn van 10 dagen verleend om de arbitrage te weigeren, en gepreciseerd dat bij weigering beroep in rechte mogelijk bleef. Mostaza Claro heeft opmerkingen gemaakt over de grond van het geschil, doch deelname aan het arbitraal geding niet geweigerd noch de nietigheid van de arbitrageovereenkomst opgeworpen. Nadat het geschil door arbiters ten nadele van Mostaza Claro was beslecht, heeft zij bij de gewone rechter (de *Audiencia Provincial de Madrid*) het arbitraal vonnis aangevochten met het betoog dat de arbitrageovereenkomst nietig was op de grond dat

het arbitraal beding oneerlijk was. In de verwijzingsbeslissing heeft de *Audiencia Provincial de Madrid* vastgesteld dat het geen twijfel lijdt dat het arbitraal beding een oneerlijk beding is en dat dit derhalve nietig is. Aangezien Mostaza Claro deze nietigheid evenwel niet heeft opgeworpen in het kader van het arbitraal geding – hetgeen volgens de Spaanse (destijds geldende) arbitragewet wel noodzakelijk is<sup>9</sup> – heeft de rechter, teneinde het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie hierover een prejudiciële vraag voor te leggen.

Het Hof van Justitie beslist dat richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus moet worden uitgelegd dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van een arbitrageovereenkomst beoordeelt en het vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens het arbitraal geding, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen. Vorenstaande beslissing strekt zich mede uit tot het geval waarin de consument tijdens het arbitraal geding de kans heeft gekregen de arbitrage te weigeren, doch die kans niet heeft aangegrepen, zoals thans het geval was.<sup>10</sup>

Dit arrest van het Hof van Justitie zal grote gevolgen hebben waarvan de consequenties in het bestek van de onderhavige kroniek niet ten volle kunnen worden uiteengezet. Wij wijzen alleen al op ons art. 1052 lid 2 Rv dat bepaalt dat, indien een partij zich niet tijdig ten overstaan van het scheidsgerecht erop heeft beroepen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, zij niet later een actie tot vernietiging kan instellen op grond van art. 1065 lid 1 (a) Rv, dit tenzij het geschil niet vatbaar is voor arbitrage (zie ook art. 1065 lid 2 Rv). Het is de vraag of met de thans voorliggende uitspraak van het Hof van Justitie hieraan wordt getornd als het gaat om een arbitraal beding waarbij een consument partij is. Uiteraard vormt wel een verschil dat volgens Spaans recht een arbitraal beding in een overeenkomst met een consument nietig was, terwijl dit volgens ons recht thans niet het geval is.<sup>11</sup> De uitspraak van het Hof lijkt zich

<sup>9</sup> Art. 23 lid 1 van de Spaanse arbitragewet (no. 36/1988) bepaalde: “Verzet tegen de arbitrage wegens een gebrek aan objectieve bevoegdheid van de scheidsrechters dan wel ontbreken, nietigheid of ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst moet worden gedaan op het ogenblik dat partijen hun oorspronkelijke eis indienen.”.

<sup>10</sup> Zie ook r.o. 29 van dit arrest.

<sup>11</sup> Zie wél de Voorstellen tot Wijziging van de Arbitragewet die daarin wijziging aanbrenge(n) (zie het slot van de kroniek bij “Wetgeving”).

te beperken tot de beslissing dat, als moet worden aangenomen dat een arbitraal beding oneerlijk is, de gewone rechter een arbitraal vonnis kan – of zelfs moet – vernietigen als de consument zich terecht erop beroept dat het arbitraal beding oneerlijk is, dit ook als daarop tijdens het arbitraal geding geen beroep is gedaan. Verdedigd wordt overigens wel dat wij ons recht thans al richtlijnconform moeten uitleggen en dat wij een arbitraal beding in een overeenkomst met een consument als oneerlijk zullen kunnen – of zelfs moeten – aanmerken, ondanks het feit dat de lijst met oneerlijke bedingen (inclusief het arbitraal beding) slechts *indicatief* is.<sup>12</sup>

Opmerking verdient overigens nog dat het Hof niet overweegt dat de *arbitrageovereenkomst* zelf oneerlijk is, doch slechts dat een *beding* in de *arbitrageovereenkomst* oneerlijk is. Waarschijnlijk doelt het Hof op de bepaling in de *arbitrageovereenkomst* dat elk geschil met betrekking tot de overeenkomst (met uitsluiting van de gewone rechter) via arbitrage moest worden beslecht door de *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad*. Dit komt ons inziens op hetzelfde neer als de conclusie dat de *arbitrageovereenkomst* zelf oneerlijk is.

Wij wijzen in aansluiting op dit arrest ten slotte nog op het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 23 november 2005. In een bevoegdheidsincident stelt de eiser in de hoofdzaak (gedaagde in het incident) dat het arbitraal beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. Hij beroept zich daarom op de vernietigbaarheid van het beding. De algemene voorwaarden bevatten onder andere de volgende bepaling: “Voorts heeft uitsluitend de verkoper, wanneer de aard van het geschil daartoe aanleiding geeft het recht het geschil aan het oordeel van de gewone rechter te onderwerpen, in welk geval elk recht op arbitrage vervalt. (...)”. De Rechtbank beslist – met een beroep op richtlijnconforme interpretatie – dat genoemd arbitraal beding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a BW.

#### *Arbitraal beding in van toepassing verklaarde CAO mede van toepassing?*

In de zaak *ABN AMRO/Teisman* (HR 17 januari 2003, NJ 2004, 280, m.nt. HJS) beroept werkgever ABN AMRO zich in het geding bij de gewone rechter, dat werknemer Teisman tegen ABN AMRO heeft aangespannen, op een arbitraal beding in de CAO voor het Bankbedrijf. Het gaat daarbij om de vraag of een werknemer, die in zijn arbeidsovereenkomst met

de werkgever afzonderlijk is overeengekomen dat de CAO op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, slechts aan het in de CAO opgenomen *arbitraal beding* gebonden is als hij een uitdrukkelijk op de gelding van het arbitraal beding gerichte verklaring heeft afgelegd.

De rechtbank beslist (in hoger beroep) dat voor de werking in de individuele arbeidsovereenkomst tussen ABN AMRO en Teisman van het in de CAO opgenomen arbitraal beding in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een niet-gebonden werknemer als bedoeld in art. 14 Wet CAO, een *uitdrukkelijke* op de gelding van het arbitraal beding gerichte verklaring van de werknemer nodig is. Hierbij wordt mede betekenis toegekend aan artikel 17 Grondwet, bepalend dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent, alsmede aan art. 2 lid 5 (a) de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV), bepalend dat van verbindendverklaring zijn uitgesloten bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst die ten doel hebben de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten.

ABN AMRO stelt met succes beroep in cassatie in. De Hoge Raad oordeelt eerst in algemene termen dat ingevolge art. 1021 Rv voor het bewijs van de overeenkomst tot arbitrage voldoende is een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. In het licht van deze bepalingen moet volgens de Hoge Raad worden geoordeeld dat het arbitrale beding in de CAO is aan te merken als een geldige overeenkomst tot arbitrage, zoals bedoeld in art. 1020 lid 1 Rv. Art. 17 van de Grondwet staat, aldus de Hoge Raad, niet in de weg aan de regeling die in art. 1020 e.v. Rv is gegeven voor het overeenkomen van arbitrage. Art. 2 lid 5 (a) Wet AVV bepaalt slechts dat van verbindendverklaring zijn uitgesloten bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, die ten doel hebben de beslissing van de rechter omtrent twistgedingen uit te sluiten. Daarin valt geen bepaling te lezen omtrent de eisen die kunnen worden gesteld aan een in een CAO opgenomen overeenkomst tot arbitrage die van toepassing is ingevolge een verwijzing naar de CAO in een individuele arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer. Art. 14 Wet CAO verplicht een werkgever die door een

<sup>12</sup> Zie daartoe E.H. Hondius, *NTBR* 1993, p. 108 e.v. alsmede HvJ 27 juni 2000 (*Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*), NJ 2000, 730 met betrekking tot een forumkeuzebeding in een consumentenovereenkomst dat vrijwel 1 op 1 als oneerlijk leek te worden aangemerkt; zie (wél) ook r.o. 22-23 en 35-38 in het arrest dat thans aan de orde is.

collectieve arbeidsovereenkomst gebonden is, tijdens de duur van die overeenkomst haar bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden ook na te komen bij de arbeidsovereenkomsten, als in de collectieve arbeidsovereenkomst bedoeld, welke hij aangaat met werknemers die door de collectieve arbeidsovereenkomst niet gebonden zijn, zulks tenzij bij de collectieve arbeidsovereenkomst anders is bepaald. Deze verplichting is beperkt tot bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden en strekt zich niet uit tot bepalingen omtrent arbitrage. Deze bepaling geeft – aldus de Hoge Raad – geen grond om aan te nemen dat, wanneer een werkgever en een niet gebonden werknemer, als bedoeld in art. 14 Wet CAO, zelf overeenkomen dat een collectieve arbeidsovereenkomst waarin een arbitraal beding voorkomt, op hun arbeidsverhouding van toepassing zal zijn, het arbitrale beding, in afwijking van de algemene bepalingen van Boek 4 Rv, tussen hen slechts gaat gelden indien de werknemer een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring jegens de werkgever heeft afgelegd.<sup>13</sup>

#### Arbitrabiliteit

De vraag van arbitrabiliteit betreft de vraag over welke zaken partijen kunnen arbitreran, ofwel welke zaken al dan niet vatbaar zijn voor arbitrage. Ingevolge art. 1020 lid 3 Rv mag de overeenkomst tot arbitrage niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. In het algemeen wordt aangenomen dat partijen zaken die van openbare orde zijn niet aan arbitrage kunnen onderwerpen.<sup>14</sup> Of een zaak van openbare orde is zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

HR 10 november 2006 (no. R05/063HR)<sup>15</sup> betreft een geschil tussen aandeelhouders en de vraag of zij op de voet van art. 500 (oud) Wetboek van Bur-

gerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen (RvNA) de vrije beschikking hadden om de rechtsgeldigheid van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders – tot benoeming en ontslag van bestuurders – alsmede de rechtsgeldigheid van besluiten van een (beweerdelijk niet rechtsgeldig benoemde) bestuurder aan de beslissing van een scheidsman te onderwerpen. Art. 500 (oud) RvNA luidt: “Ieder is bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen”.<sup>16</sup> De bepaling komt overeen met art. 620 (oud) Rv en art. 1020 lid 3 Rv (zie *supra*). De Hoge Raad beslist dat moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat.<sup>17</sup> Voorts, aldus de Hoge Raad, dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking, zo concludeert de Hoge Raad, is de tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

Al vaker is verdedigd dat, als een uitspraak *erga omnes* werking heeft, arbitrage niet mogelijk is.<sup>18</sup> Dit lijkt ook (mede) de ratio van de onderhavige beslissing van de Hoge Raad. Ook is wel in algemene termen verdedigd dat geschillen inzake de “staat van (rechts)personen” niet ter vrije beschikking van partijen staan en daarom niet voor arbitrage vatbaar zijn.<sup>19</sup> De Hoge Raad plaatst zijn arrest vooral in het

<sup>13</sup> De Hoge Raad overweegt – gelet op de casuspositie welhaast ten overvloede – ook nog dat de veronderstelde eis evenmin voortvloeit uit art. 9 Wet CAO. Art. 9 Wet CAO luidt: “1. Allen, die tijdens den duur der collectieve arbeidsovereenkomst, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, lid zijn of worden eener vereeniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan, en bij de overeenkomst zijn betrokken, zijn door de overeenkomst gebonden. 2. Zij zijn tegenover elk der partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst gehouden al datgene, wat te hunnen aanzien bij die overeenkomst is bepaald, te goeder trouw ten uitvoer te brengen, als hadden zij zelve zich daartoe verbonden.”

<sup>14</sup> Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv, 2003*, art. 1020 Rv, aant. 5.

<sup>15</sup> [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>16</sup> Op 1 augustus 2005 is de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration in de Nederlandse Antillen in werking getreden. Daarin is met betrekking tot de arbitrabiliteit bepaald: “This law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.”

<sup>17</sup> Zie ook al H.J.M.N. Honée, ‘Arbitrage in het vennootschapsrecht’, in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997*, p. 27-42; Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 1992, no. 89; Asser/Van der Grinten/Maeijer, *De Rechtspersoon*, 1997, no. 140; Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht*, 2001, p. 48.

<sup>18</sup> Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv, 2003*, art. 1020 Rv, aant. 5.

<sup>19</sup> Vgl. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht*, 2001, p. 48 en A-G Timmerman, no. 2.7 met vermelding van bronnen.



licht van de werking ten opzichte van derden. De vraag of het gaat om de *staat van de rechtspersoon* komt in het arrest van de Hoge Raad als zodanig niet aan de orde.<sup>20</sup> Vorenstaande beslissing zal ook van belang kunnen zijn voor de vernietiging van een octrooi op grond van art. 80 lid 1 ROW.<sup>21</sup> Aangenomen wordt wel dat arbitrage in dit soort zaken ook niet mogelijk is aangezien ook de vernietiging van een octrooi jegens derden werkt.<sup>22</sup>

*Tussentijds appèl tegen bevoegdverklaring van gewone rechter volgend op beroep op overeenkomst tot arbitrage?*

Partijen lopen nogal eens op tegen het appèl- en cassatieverbod van art. 337 lid 2 Rv respectievelijk art. 401a lid 2 Rv als de gewone rechter zich volgend op een beroep op de overeenkomst tot arbitrage als bedoeld in art. 1022 lid 1 Rv bevoegd verklaart. Het nadeel daarvan is dat partijen wegens de uitsluiting van tussentijds beroep bij een bevoegdverklaring gedwongen worden voort te procederen bij de gewone rechter die later alsnog onbevoegd kan blijken, met als gevolg dat de procedure bij de gewone rechter dan voor niets is geweest.<sup>23</sup>

In HR 17 maart 2006 (*Sprangers Bouwbedrijf/Nationale Nederlanden Schadeverzekering*), RvdW 2006, 289, JBPr 2006, 60, m.nt. W.H. Wiersma wordt nog eens bevestigd dat een vonnis in een incident waarin de rechter een beroep op zijn onbevoegdheid verwerpt, een tussenvonnissen vormt en dat op grond van art. 337 lid 2 Rv tussentijds hoger beroep daarvan is uitgesloten tenzij de rechter anders heeft bepaald.<sup>24</sup> Volgens de Hoge Raad moet aan deze, met het oog op de vereiste rechtszekerheid op dit punt, strakke regel worden vastgehouden ingeval op de voet van art. 1022 lid 1 Rv aan het beroep op onbevoegdheid ten grondslag is gelegd dat over het bij de rechter aanhangig gemaakte geschil een overeenkomst tot arbitrage is gesloten.<sup>25</sup> De Hoge Raad ziet geen

reden op de regel een uitzondering toe te laten wegens het genoemde nadeel dat de partijen wegens de uitsluiting van tussentijds beroep moeten voortprocederen bij de gewone rechter die later alsnog onbevoegd kan blijken. Aan dit nadeel wordt volgens de Hoge Raad voldoende tegemoet gekomen aangezien de rechter de partij die op de onbevoegdheid een beroep heeft gedaan, eventueel naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek, kan toestaan tussentijds beroep in te stellen.

Wij wijzen erop dat de gewone rechter ook nog volgend op het tussenvonnissen waarin hij zich bevoegd verklaart desverzocht, nadat de wederpartij op het verzoek is gehoord, alsnog kan bepalen dat tussentijds beroep kan worden ingesteld, dit ongeacht of een daartoe strekkend verzoek aanvankelijk in de processtukken is gedaan. Een zodanig verzoek moet hoe dan ook binnen de beroepstermijn worden gedaan en met het instellen van het desbetreffende rechtsmiddel tegen het tussenvonnissen behoeft dan ook niet te worden gewacht totdat op het verzoek is beslist (zie HR 23 januari 2004 (*Ponteecken/Stratex*), NJ 2005, 510, m.nt. DA in NJ 2005, 511 en HR 17 december 2004 (*Bosta/Van de Lande*), NJ 2005, 511, m.nt. DA).

*Werkingsbevoegdheidsbeperkingen t.a.v. partij bij arbitrageovereenkomst*

Een uitzonderlijk geval, doch voor de praktijk van de internationale arbitrage van groot belang, vormt de zaak *Defence Industries Organisation of the Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran/International Military Services* (HR 28 januari 2005, NJ 2006, 469, m.nt. ThMdB). Tussen een Iraanse overheidsorganisatie (DIO), en een Britse leverancier (IMS) is in 1978 een overeenkomst gesloten voor de “turn key” oplevering van een werkplaats voor gevechtsvoertuigen in Iran. Na de Iraanse revolutie in 1979 zijn over de uitvoering van de overeen-

<sup>20</sup> De Witt Wijnen meent dat, anders dan bij de ontbinding van de rechtspersoon, de vernietiging of de nietigheid van een besluit niet per definitie de staat van de rechtspersoon betreft en arbitrage in die gevallen mogelijk kan zijn (‘Ondernemingsrecht en arbitrage’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon* (red. A.F.J.A. Leijten et al.), 2000, p. 129).

<sup>21</sup> Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht*, 2001, p. 36-37; Sniijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, 2003, art. 1020 Rv, aant. 5d; Meijer 2005 (*T&C Rv*), art. 1020 Rv, aant. 6a.

<sup>22</sup> M.W.D. van den Burg, ‘De arbitrabiliteit van inbreuk en nietigheid in octrooizaken’, *TvA* 2003, p. 4-12.

<sup>23</sup> Zie ook Meijer 2005 (*T&C Rv*), art. 1022 Rv, aant. 1g; zie ook *JBPr* 2005, 40, 41 en 44, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.

<sup>24</sup> De Hoge Raad borduurt voort en overweegt dat, indien tegen het vonnis waartegen geen tussentijds beroep openstaat toch tussentijds beroep wordt ingesteld en de appellant in dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, het desbetreffende arrest een tussenarrest is en van dit tussenarrest tussentijds cassatieberoep ingevolge art. 401a lid 2 Rv is uitgesloten, tenzij de rechter anders heeft bepaald.

<sup>25</sup> Zie ook HR 9 juli 2004 (*X/Cavalier Marine Supply*), *C03/102HR* (www.rechtspraak.nl), *JBPr* 2004, 66, m.nt. H.W. Wiersma in *JBPr* 2004, 67, HR 4 februari 2005 (*Muileman/Kuik Bouw*), NJ 2005, 142 en HR 7 april 2006 (*Kintetsu/Quantum c.s.*), *RvdW* 2006, 367; volgens Hof ‘s-Gravenhage 30 november 2004, rolno. 2004/814 (*JBPr* 2005, 44, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk) kan de niet-ontvankelijkverklaring wegens het appelverbod zelfs in een uiterst vroeg stadium van het appèlgeding – zelfs vóórdat de memorie van grieven en de memorie van antwoord zijn genomen – bij incidentele vordering worden uitgelokt en vervolgens ook in een vroeg stadium worden uitgesproken.

komst geschillen gerezen die partijen in de daaropvolgende jarenlange onderhandelingen tussen hen niet hebben kunnen oplossen. Door een uitwisseling van telexberichten rond 1990 zijn partijen op aanbod van DIO arbitrage overeengekomen volgens de regels van de *International Chamber of Commerce* (ICC) te Parijs. De plaats van arbitrage was 's-Gravenhage.

IMS maakt een arbitrage aanhangig. DIO heeft vervolgens in het arbitraal geding de bevoegdheid van het scheidsrecht betwist op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. De arbitrageovereenkomst was volgens DIO onverbindend omdat zij in strijd was met art. 139 van de Iraanse Grondwet, welk artikel bepaalt dat geschillen tussen een Iraanse overheidsorganisatie en een buitenlandse partij niet verwezen kunnen worden naar arbitrage zonder toestemming van het Iraanse Parlement. DIO stelt dat die toestemming heeft ontbroken.

Het scheidsrecht heeft bij "interim award on jurisdiction" het bevoegdheidsverweer van DIO verworpen en bij "final award" de schadevordering van IMS gedeeltelijk toegewezen en de tegenvorderingen van DIO afgewezen. DIO heeft daarop bij de Nederlandse rechter de vernietiging van beide vonnissen gevorderd op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 (a) Rv).

Het hof oordeelt – kort gezegd – dat een Staat of een van een Staat deel uitmakende organisatie, zoals DIO, geen beroep toekomt op het eigen interne recht om te betogen dat een door de Staat gesloten overeenkomst die voorziet in internationale arbitrage ongeldig is. DIO stelt daartegen vergeefs beroep in cassatie in.

De Hoge Raad oordeelt dat naar Nederlands internationaal privaatrecht het incorporatierecht van toepassing is, dit zowel op de vraag naar de bevoegdheidsbeperkingen van een rechtspersoon als op de vraag naar de externe werking van die bevoegdheidsbeperkingen, en dat geen beroep op bevoegdheidsbeperkingen mogelijk is ten aanzien van de wederpartij die deze beperkingen niet kende en redelijkerwijze niet behoefde te kennen. In beginsel wordt de partij die in het internationale rechtsverkeer te goeder trouw is afgestaan op de handelingsbevoegdheid van haar wederpartij beschermd (de zogeheten *Lizardi*-regel die ook is neergelegd in art. 11 EVO).<sup>26</sup> Deze regel kan ook voorschriften van een dwingend

karakter opzij zetten, zoals *in casu* art. 139 van de Iraanse Grondwet. De Hoge Raad overweegt voorts – kort samengevat – dat niet blijkt dat het hof heeft miskend dat van een partij die zich op deze bescherming beroept, mag worden gevegd dat zij zich, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, heeft ingespannen om zich te vergewissen van de bevoegdheid van haar wederpartij. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat IMS niet op de hoogte was of behoorde te zijn van de door DIO ingeroepen beperkingen van haar bevoegdheid volgens Iraans recht. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering, nu de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten dan dat DIO, toen zij IMS aanbod de tussen partijen gerezen geschillen door middel van arbitrage te beslechten, niet op enigerlei wijze kenbaar heeft gemaakt dat haar bevoegdheid tot het aangaan van arbitrageovereenkomsten aan een bijzondere, door de Iraanse Grondwet voorgeschreven, beperking was onderworpen.

#### *Litispendentie (competentie gewone rechter en competentie arbiters)*

Als niet duidelijk is of de gewone rechter of arbiters bevoegd zijn, wordt nog wel eens zowel een arbitraal geding als een geding bij de gewone rechter aanhangig gemaakt. Zulks geschiedt met name met het oog op overeengekomen vervaltermijnen.<sup>27</sup> De gedachte is dan dat de vordering, als die alléén bij de gewone rechter wordt ingesteld, zal blijken te zijn vervallen als (achteraf) komt vast te staan dat de gewone rechter toch niet bevoegd is over het geschil te beslissen (bijvoorbeeld op de grond dat het arbitraal beding ruimer wordt uitgelegd dan men voor ogen had). De vordering blijkt dan achteraf niet (tijdig) te zijn ingesteld. Indien men eerst op dat moment een geding bij het scheidsrecht entameert, is men waarschijnlijk te laat.

Wij zagen dit ook in de zogenaamde "bouwfraude-zaak" bij de Rechtbank 's-Gravenhage 19 mei 2004, JBPr 2004, 63, m.nt. G.J. Meijer. De opdrachtgevers (eisers in het geding bij de rechtbank) hadden hun vordering eerst óók bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw ingesteld om het risico te vermijden dat hun vordering kwam te vervallen, *in casu* op grond van de vervaltermijn ex art. 67 lid 3 UAR-EG.

<sup>26</sup> Art. 11 EVO luidt: "Bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, kan een natuurlijke persoon die volgens het recht van dat land handelingsbekwaam is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens een ander recht handelingsonbekwaam is, indien de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst deze onbekwaamheid kende of door nalatigheid niet kende."

<sup>27</sup> Wij noemen bijvoorbeeld de vervaltermijn ex art. 21 lid 2 FENEX-expeditievoorwaarden; de problematiek kan ook aan de orde zijn als het resterende gevallen van verval van recht betreft (denk bijvoorbeeld aan het verval van beslag als niet binnen de gestelde termijn een hoofdzaak aanhangig wordt gemaakt als bedoeld in art. 700 lid 3 Rv).

Vervolgens is de zaak bij de gewone rechter aanhangig gemaakt. Vraag was welke instantie zich als eerste over de bevoegdheidsvraag mocht buigen, de gewone rechter of het scheidsrecht.

De rechtbank overweegt dat zij niet eraan kan voorbijgaan dat de opdrachtgevers hun vordering tot schadevergoeding allereerst aanhangig hebben gemaakt bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, ook al is het duidelijk dat de opdrachtgevers hun zaak daar enkel aanhangig hebben gemaakt ter sauvering van de vervaltermijn van artikel 67 UAR-EG 1991. Uit art. 1052 Rv volgt volgens de rechtbank dat het daarom primair aan de Raad van Arbitrage was om zich over zijn bevoegdheid – en daarmee over de reikwijdte van het arbitrale beding – uit te spreken. De civiele rechter zal in beginsel, zoals de aannemers volgens de rechtbank terecht hebben betoogd, over de (on)bevoegdheid van de arbiters pas hebben te oordelen, nadat de arbiters eindvonnis zullen hebben gewezen. Denkbaar is, aldus de rechtbank, dat een uitzondering kan worden gemaakt in evidente gevallen, waarbij op het eerste gezicht reeds duidelijk is dat van een geschil in de zin van het arbitrale beding geen sprake is. Dat zich hier een zodanige uitzondering zou voordoen is volgens de rechtbank niet evident.

De rechtbank verklaart zich, in het incident, onbevoegd van het onderhavige geschil kennis te nemen zolang de Raad van Arbitrage voor de Bouw zich niet (definitief) onbevoegd heeft verklaard; in de hoofdzaak, verwijst zij de zaak naar de parkeerrol.

De beslissing van de rechtbank is ons inziens juist. Volgens het systeem van de wet is een scheidsrecht, als eenmaal een arbitraal geding aanhangig is gemaakt, bevoegd (in eerste instantie) over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. Dit wordt aangeduid met de Kompetenz-Kompetenz die is weergegeven in art. 1052 lid 1 Rv. Aangenomen wordt dat de Kompetenz-Kompetenz teniet wordt gedaan als de gewone rechter, ondanks een aanhangig arbitraal geding, tóch zelf nog toetst of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat en of arbiters bevoegd zijn. Zulks vloeit ook voort uit art. 1052 lid 4 Rv: “De beslissing, waarbij het scheidsrecht zich bevoegd verklaart, kan slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen, genoemd in artikel 1064, eerste lid, worden bestreden.” Hieruit moet tevens worden afgeleid dat art. 1022 lid 1 Rv slechts betrekking heeft op het geval dat een zaak aanhangig wordt gemaakt bij de gewone rechter vóórdat over die zaak een arbitraal geding aanhangig is gemaakt.

De rechtbank beslist nog wél dat een uitzondering kan worden gemaakt op de regel dat eerst het scheidsrecht over zijn bevoegdheid mag beslissen als prima facie duidelijk is dat van een geschil in de zin van het arbitrale beding geen sprake is.

Opmerkelijk genoeg verwijst de rechtbank de zaak – in de hoofdzaak – naar de parkeerrol, terwijl zij zich – in het incident – onbevoegd verklaart van het onderhavige geschil kennis te nemen zolang de Raad van Arbitrage voor de Bouw zich niet (definitief) onbevoegd heeft verklaard. Wij leggen de beslissing van de rechtbank zo uit dat zij de hoofdzaak heeft willen aanhouden (schorsen) opdat deze, zo nodig, op een later tijdstip kan worden voortgezet, zulks waarschijnlijk met het oog op de overeengekomen vervaltermijn. Als het scheidsrecht – dat als eerste aan zet is – zich onbevoegd verklaart, is de vordering tenminste niet vervallen (ervan uitgaande dat het geding bij de rechtbank binnen de vervaltermijn aanhangig is gemaakt). Ons inziens was het in dit opzicht dogmatisch fraaier geweest als de rechtbank het vonnis (in het incident en dus ook in de hoofdzaak) had aangehouden totdat het scheidsrecht over zijn bevoegdheid had beslist (vgl. art. 27 EEX).

Zie in dezelfde zin – als de zojuist besproken beslissing – Rechtbank Groningen 13 oktober 2004, TvA 2006, 52, m.nt. B.C. Punt, die opmerkelijk genoeg ook de voorzitter was van de kamer die het zojuist genoemde inhoudelijk gelijklopende vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage heeft gewezen.

### Wraking van arbiters

Ingevolge art. 1033 Rv kan een arbiter worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid. Bij de beoordeling of voldoende aanleiding bestaat tot wraking, valt onder omstandigheden ook rekening te houden met de uiterlijke schijn van partijdigheid.<sup>28</sup> Verzoeken tot wraking van arbiters blijven met enige regelmaat voorkomen. Wij zullen thans eerst ingaan op de vraag wie (uiteindelijk) bevoegd is tot kennisgeving van een wrakingsverzoek. Vervolgens zullen wij kort ingaan op de toepassing van de wrakingsgronden.

#### *Wie beslist (eerst) omtrent de wraking? Het arbitrage-instituut en/of de gewone rechter?*

Een wrakende partij moet de wraking, onder opgave van redenen, schriftelijk ter kennis van de betrokken arbiter, het scheidsrecht, haar wederpartij en tevens, indien een derde de gewraakte arbiter

<sup>28</sup> Zie HR 18 februari 1994 (*Nordström/Nigoco*), NJ 1994, 765, m.nt. HJS; vgl. ook EHRM 24 mei 1989 (*Hauschildt/Denemarken*), NJ 1990, 627.

heeft benoemd, van die derde brengen (art. 1035 lid 1 Rv). De derde als zojuist bedoeld, is veelal een arbitrage-instituut.

Indien een gewraakte arbiter zich niet binnen twee weken na ontvangst van de kennisgeving terugtrekt, dan wordt over de gegrondheid van de wraking op verzoek van de meest gereede partij door de voorzieningenrechter van de rechtbank beslist. Wordt dit verzoek niet binnen vier weken na de dag van de ontvangst van de kennisgeving gedaan, dan vervalt het recht tot wraking (art. 1035 lid 2 Rv).

Veelal voorziet ook het toepasselijk arbitragereglement in een wrakingsprocedure bij (een orgaan van) het arbitrage-instituut. Zo bepaalt art. 19 leden 7 en 8 van het NAI Arbitrage Reglement dat, indien een gewraakte arbiter zich niet terugtrekt, het dagelijks bestuur over de wraking zal beslissen en dat, indien het dagelijks bestuur de wraking afwijst, de wrakende partij de door haar aangevoerde wrakingsgronden aan het oordeel van de rechter kan onderwerpen.

In de beslissing van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in zijn beschikking van 8 juni 2006 (261095/06-1154vr) (n.g.) ging het om de vraag of een partij in een wrakingsverzoek ontvankelijk is (althans de procedure tot wraking bij de gewone rechter moet worden aangehouden), terwijl nog een institutionele wrakingsprocedure loopt. De wet zegt niets over deze samenloop.

De voorzieningenrechter stelt vast dat de letterlijke tekst van art. 19 lid 8 NAI Arbitrage Reglement ervan uitgaat dat de procedure bij de voorzieningenrechter wordt gevoerd nadat de procedure bij het NAI is afgerond, doch dat op schending van dit uitgangspunt geen sanctie in het reglement is gesteld. De voorzieningenrechter beslist voorts dat een partij ervoor kan kiezen al dan niet *eerst* de institutionele wrakingsprocedure af te ronden alvorens hij bij de voorzieningenrechter aanklopt. De voorzieningenrechter overweegt daartoe dat, tegen de achtergrond van artikel 1035 lid 2 Rv – volgens welke bepaling het wrakingsverzoek binnen vier weken na de kennisgeving van de wraking, op straffe van verval van het recht tot wraking, aan de voorzieningenrechter moet zijn voorgelegd – niet valt in te zien dat de wetgever heeft beoogd ruimte te laten voor een regeling die ertoe noopt eerst als “tussenfase” een wrakingsprocedure bij het NAI zelf af te ronden. De voorzieningenrechter concludeert dat het standpunt dat het niet afronden van de wrakingsprocedure bij het NAI dient te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van de verzoekster in de onderhavige procedure (althans tot aanhouding van de beslissing van de voorzieningenrechter) geen steun vindt in het recht.

Wij leiden uit de beslissing af dat een partij zelfs ervoor kan kiezen meteen bij de voorzieningenrechter – geheel met voorbijgaan aan het arbitrage-instituut – aan te kloppen voor de wraking van een arbiter. Anders moet de beslissing zo worden gelezen dat een partij eerst wél de wrakingsregeling bij het instituut moet initiëren, doch deze niet hoeft af te ronden, hetgeen zinloos voorkomt.

### *Wrakingsgrond*

In zijn beschikking van 21 april 2005 heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een belangwekkende beslissing gegeven omtrent de wraking van arbiters die omwille van hun expertise waren benoemd en hun expertise actief hadden aangewend.

De zaak betreft een geschil tussen verzekerde Nijburg en verzekeringsmaatschappij Aegon omtrent een tussen de partijen gesloten pensioen- en hypotheekverzekering. Het geschil is ingevolge het arbitraal beding in de verzekeringsovereenkomsten tussen partijen voorgelegd aan drie (door het NAI benoemde) arbiters: twee arbiters-medici (dr. Willems en dr. Van Wijngaarden) en één arbiter-jurist (mr. Van S.). Bij Nijburg is twijfel ontstaan over de onpartijdigheid dan wel onafhankelijkheid van Willems en van Van Wijngaarden. Die twijfel van Nijburg is met name ingegeven door een door Willems, mede namens de twee resterende arbiters, ondertekend verslag van 9 november 2004 met betrekking tot de onderdelen “anamnese”, “lichamelijk onderzoek” en “röntgenonderzoek”. Uit dit verslag blijkt dat de arbiters Nijburg hebben gezien en dat de arbiters-medici Nijburg zelf lichamelijk hebben onderzocht. Nijburg meent dat de arbiters de uitingen van Nijburg steeds verkeerd bleken te begrijpen en met verkeerde samenvattingen kwamen.

Nijburg heeft de twee arbiters-medici vervolgens gewraakt. De door het NAI aangestelde wrakingscommissie heeft beslist dat de wraking ongegrond is. Een maand later hebben de arbiters een (gedeeltelijk eind)vonnis gewezen. Nijburg heeft daarop een verzoek tot wraking bij de voorzieningenrechter van de rechtbank ingediend (vgl. art. 1035 lid 2 Rv).

De voorzieningenrechter stelt voorop dat een wrakingsverzoek gegrond is als sprake is van een, vanuit het gezichtspunt van verzoeker bekeken, objectief gerechtvaardigde vrees voor een gebrek aan onpartijdigheid dan wel onafhankelijkheid (vgl. art. 1033 lid 1 Rv). De voorzieningenrechter meent dat in casu voldoende grond tot wraking bestaat en overweegt daartoe als volgt. Vaststaat dat de arbiters-medici verzoeker zelf medisch hebben onderzocht en daaraan



conclusies hebben verbonden en dat het in het arbitraal geding ging om een geschil over een medische kwestie (namelijk de vraag of verzoeker ten gevolge van bepaalde rugklachten wel of niet arbeidsongeschikt is).

De voorzieningenrechter gaat voorts ervan uit dat de door het NAI benoemde arbiters medici zijn omdat zij daardoor bij uitstek deskundig worden geacht het in het arbitraal geding naar voren te brengen medisch bewijsmateriaal op zijn merites te beoordelen, en niet om zelf de patiënt te onderzoeken. In hun positie van arbiter staat hun rol als scheidsman voorop.

De combinatie van de rol van scheidsman met die van medisch deskundige is volgens de voorzieningenrechter riskant voor de schijn van partijdigheid. De scheidsman is in beginsel niet tevens deskundige die het scheidsgerecht adviseert. Wanneer een arbiter-medicus in een zaak als de onderhavige zelf medisch onderzoek verricht, kan hij in de positie komen te verkeren, dat hij de waarde van zijn eigen onderzoek en conclusies moet afwegen tegen die van andere deskundigen. Het is niet onredelijk dat verzoeker in geval van een eigen medisch onderzoek door de arbiter-medicus kan denken, dat de arbiter de neiging zal hebben meer waarde te hechten aan zijn eigen onderzoek dan aan dat van andere deskundigen. Daardoor staat de arbiter volgens de voorzieningenrechter niet meer onbevooroordeeld tegenover het bewijsmateriaal. Indien het eigen onderzoek van de arbiter tot conclusies ten nadele van verzoeker leidt, kan verzoeker de gerechtvaardigde vrees koesteren dat de arbiter tegenover hem niet meer onpartijdig zal zijn. Voorts kan verzoeker bij het medisch onderzoek door de arbiter gemakkelijk de indruk hebben gekregen dat deze zijn klachten niet zo ziet als hij ze zelf ervaart, waardoor de vrees voor een gebrek aan onpartijdigheid toeneemt.

De voorzieningenrechter oordeelt ten slotte dat de gang van zaken rond een tweede verslag onduidelijk is en het begrijpelijk is dat daardoor de schijn van partijdigheid slechts nog verder is toegenomen. Immers, tijdens een zitting in de arbitrage hebben partijen zich over het verslag van 9 november 2004 uitgelaten. Naar aanleiding daarvan hebben de arbiters het verslag op wezenlijke punten gewijzigd in een tweede verslag. Uit de beslissing van de wrakingscommissie blijkt dat Nijburg tijdens de bij het NAI in het kader van die interne wrakingsprocedure gehouden mondelinge behandeling niet de beschikking heeft gehad over het tweede verslag en dat ook die wrakingscommissie niet beschikte over dat verslag.

Al met al bestaat volgens de voorzieningenrechter voldoende redenen voor wraking. Daar komt volgens de voorzieningenrechter nog bij dat niet goed is in te zien waarom arbiters de procedure niet hebben geschorst nadat twee van hen waren gewraakt. Weliswaar zijn arbiters hiertoe wettelijk niet verplicht, maar volgens rechtspraak en wetsgeschiedenis is het duidelijk dat deze vrijheid alleen is gegeven om te voorkomen dat wrakingen worden gedaan uitsluitend om de procedure te vertragen. Daarvan is in dit geval geen sprake. Het feit dat arbiters niettemin de wraking hebben genegeerd en inmiddels een (gedeeltelijk eind)vonnissen hebben gewezen versterkt de schijn van partijdigheid.

Afgezien van het laatste, ons inziens uiterst controverste punt met betrekking tot de schorsing van het arbitraal geding, raakt de beslissing het wezen van de arbitrage. Een voordeel van arbitrage is immers de expertise van de arbiter(s), die hun expertise vaak zelf aanwenden. Zulks geschiedt niet alleen in zaken als de onderhavige, doch bijvoorbeeld ook in bouwzaken (waarin bijvoorbeeld een "arbiter-commissaris" met technische expertise een descente uitvoert). Mede gelet op de vergaande strekking van de beslissing heeft A-G Huydecoper (op 13 januari 2006) cassatie in het belang der wet ingesteld. Het voert binnen het bestek van deze kroniek te ver om dieper op de merites van deze zaak in te gaan, doch het lijdt geen twijfel dat de beslissing van de Hoge Raad op de vordering tot cassatie in het belang der wet voor de gangbare praktijk van de arbitrage van groot belang zal zijn.

### Vernietiging van arbitraal vonnis

Vernietiging van een arbitraal vonnis is (volgens art. 1065 lid 1 Rv) slechts mogelijk op een vijftal limitatief opgesomde gronden:

- (a) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- (b) het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- (c) het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- (d) het vonnis is niet overeenkomstig het in art. 1057 Rv bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- (e) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of goede zeden.

Wij zullen thans met name ingaan op de vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1 (c) Rv) en op de grond dat het vonnis niet overeenkomstig het in art. 1057 Rv bepaalde is ondertekend of niet met redenen is

omkleed (art. 1065 lid 1 (d) Rv). De vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt is tevens (*supra*) bij de overeenkomst tot arbitrage aan de orde gekomen.<sup>29</sup>

*Partiële vernietiging bij vernietiging van arbitraal vonnis op grond van ontbreken van overeenkomst tot arbitrage?*

De zaak *ASB Grünland en ASB Greenworld/Sagro* betreft de vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, doch daarin ging het om de vraag of een arbitraal vonnis partieel kan worden vernietigd als (slechts) ten opzichte van één van de twee verweerders in het arbitraal geding een overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (zie HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 77, *JBP* 2006/43, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk).

Sagro had zowel Grünland als Greenworld in een arbitraal geding betrokken. Greenworld heeft zich erop beroepen dat zij geen partij was bij de overeenkomst tot arbitrage. Het scheidsgerecht oordeelt dat zijn competentie ten aanzien van het geschil tussen Sagro en Greenworld voortvloeit uit de overeenkomst tussen Grünland en Sagro alsmede uit de op grond daarvan gesloten nadere overeenkomst en de aanvaarding daarvan door Greenworld. Het scheidsgerecht heeft zich tevens bevoegd verklaard op de grond dat ten aanzien van de betalingsverplichting van Grünland en Greenworld ten opzichte van Sagro sprake is van hoofdelijkheid. Bij eindvonnis heeft het scheidsgerecht Grünland en Greenworld hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bepaalde geldsom aan Sagro.

Grünland en Greenworld hebben vernietiging van het arbitraal vonnis gevorderd op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 (a) Rv). In het geding tot vernietiging heeft het hof het arbitraal vonnis slechts ten opzichte van Greenworld, die volgens het hof geen partij was bij de overeenkomst tot arbitrage, vernietigd en ten opzichte van de Grünland, die volgens het hof wél partij was bij de overeenkomst tot arbitrage, in stand gelaten.

De wet laat partiële vernietiging slechts toe indien het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden door meer of anders toe te wijzen dan gevorderd. Art. 1065 lid 1 (c) Rv jo. art. 1065 lid 5 Rv bepaalt: "Indien het scheidsgerecht meer of anders heeft toegewezen dan werd gevorderd, wordt het arbitraal vonnis gedeeltelijk vernietigd, voorzover het meer of anders toegewezen kan worden gescheiden van het overige gedeelte van het vonnis."<sup>30</sup>

De Hoge Raad maakt in de zaak *Grünland en Greenworld/Sagro* duidelijk dat partiële vernietiging ook mogelijk is buiten het in art. 1065 lid 5 Rv voorziene geval van schending van de opdracht. De Hoge Raad overweegt dat niet valt in te zien waarom een arbitraal vonnis niet voor een deel kan worden vernietigd op de grond dat voor dat deel een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt als bedoeld in art. 1065 lid 1 (a) Rv.<sup>31</sup> De Hoge Raad voegt daaraan nog wél toe dat zulks slechts mogelijk is als het arbitraal vonnis verschillende beslissingen bevat die niet onverbrekkelijk samenhangen en aldus ten aanzien van enig gedeelte vernietiging kan volgen en een ander daarmee niet onverbrekkelijk samenhangend gedeelte in stand kan blijven (vgl. ook art. 1065 lid 5 Rv).<sup>32</sup> De klacht dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en een verrassingsbeslissing heeft gegeven op de grond dat het tot partiële vernietiging is overgegaan zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich omtrent partiële vernietiging uit te laten, faalt – aldus de Hoge Raad – aangezien het gehele processuele debat gericht was op het antwoord op de vraag of naast Grünland ook Greenworld zich tot arbitrage had verbonden.

Vorenstaande beslissing *preter legem* kan worden toegejuicht. Zij voorkomt immers de vernietiging van het gehele arbitrale vonnis in gevallen waarin dit niet nodig is.

Zie voor een voorbeeld van partiële vernietiging ook Hof Amsterdam 28 juli 2005, *NJF* 2005, 427 dat op gronden van proceseconomie partiële vernietiging toelaat, zij het dat het wel een geval van schending van de opdracht betrof, doch partieel is vernietigd buiten de strikte mogelijkheden van art. 1065 lid 5 Rv om.

<sup>29</sup> Naast de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis kent de wet nog het rechtsmiddel van herroeping van een arbitraal vonnis (art. 1064 lid 1 Rv en art. 1068 Rv). De vordering tot herroeping van een arbitraal vonnis stond centraal in HR 21 maart 1997 (*Benetton International/Eco Swiss China Time en Bulova*), *NJ* 1998, 206, m.nt. HJS en HR 20 juni 2003 (*Waterschappen/Milieutech Beheer*), *NJ* 2004, 569, m.nt. HJS, *JBP* 2003, 57, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk; genoemde uitspraken vallen buiten de periode die de kroniek beslaat.

<sup>30</sup> Vergelijk in dezelfde zin art. 1076 lid 5 Rv inzake de *gedeeltelijke* erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van een buitenlands arbitraal vonnis.

<sup>31</sup> In de literatuur is al langer verdedigd dat partiële vernietiging mogelijk moest zijn in geval van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst (vergelijk Meijer 2005 (T&C Rv), art. 1065 Rv, aant. 2d en 9c).

<sup>32</sup> Vgl. voor de samenhang op dit punt ook HR 23 januari 2004 (*Ponteccon/Stratex*), r.o. 3.3, *NJ* 2005, 510, m.nt. DA.

*Schending van de opdracht*

Een arbitraal vonnis kan worden vernietigd als het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1 (c) Rv). De opdracht vormt zowel de wettelijke opdracht (*i.e.* hetgeen het scheidsgerecht volgens de wet wordt opgedragen) als de overeengekomen opdracht (*i.e.* hetgeen het scheidsgerecht volgens de overeenkomst tussen partijen wordt opgedragen). Voorts wordt onderscheid gemaakt tussen de formele zijde van de opdracht (*i.e.* de wettelijke en overeengekomen procedureregels die het scheidsgerecht moet volgen) en de materiële zijde van de opdracht (*i.e.* de beslissingsmaatstaf die het scheidsgerecht moet aanleggen alsmede de grenzen van de rechtsstrijd). Op het laatstgenoemde punt – *i.e.* de grenzen van de rechtsstrijd – oordeelt Hof Amsterdam 28 juli 2005, *NJF* 2005, 427 dat de rechtbank op juiste gronden heeft overwogen en beslist dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden op de grond dat het zijn beslissing heeft gebaseerd op feiten die niet zijn gesteld en die de verweerder ook niet voor zijn verweer heeft aangevoerd.<sup>33</sup> Verdedigd kan worden dat in dit opzicht hetzelfde heeft te gelden als bij de gewone rechter (vgl. art. 23-25 Rv).<sup>34</sup>

*Ondertekeningsperikelen*

Ingevolge art. 1057 lid 2 Rv wordt een arbitraal vonnis op schrift gesteld en door de arbiter of arbiters ondertekend. Indien een minderheid van de arbiters weigert te ondertekenen, dan moet daarvan ingevolge art. 1057 lid 3 Rv door de andere arbiters onder het door hen ondertekende vonnis melding worden gemaakt en moet ook deze melding door hen worden ondertekend. Wij noemden zojuist al dat een arbitraal vonnis, als het vonnis niet overeenkomstig het in art. 1057 bepaalde is ondertekend, kan worden vernietigd (art. 1065 lid 1 (d) Rv). Waarschijnlijk verwacht men niet dat op dit punt veel problemen bestaan. Nochtans gaat nogal eens wat mis en is nog wel eens een arbitraal vonnis gesneuveld wegens gebreken in de ondertekening ervan. De ondertekeningsevise vormt eigenlijk de weerslag van de essentiële voorwaarde dat alle arbiters (kunnen) participeren bij het wijzen van het arbitraal vonnis.

De eerste beslissing op dit punt vormt het vonnis van Rechtbank 's-Gravenhage van 25 augustus 2004, rolno. 03/1015 (n.g.). Daarin is met name de vraag aan de orde of (de ondertekening van) een dissenting

opinion van een arbiter in de plaats kan komen van een ontbrekende handtekening van de desbetreffende arbiter.

De gang van zaken was als volgt. Bij brief van 14 januari 2002 heeft Ayar (één van de drie arbiters) aan de ICC (het arbitrage-instituut) medegedeeld het arbitraal vonnis niet te zullen ondertekenen en de ICC na ontvangst daarvan een *dissenting opinion* te zullen doen toekomen. De ICC heeft de twee resterende arbiters, Ortan (voorzitter) en Hoca, diezelfde dag daarvan mededeling gedaan. Op 22 februari 2002 heeft de ICC het concept arbitraal vonnis goedgekeurd. Op 23 februari 2002 hebben Ortan en Hoca het arbitraal eindvonnis ondertekend. Ayar heeft dit vonnis niet ondertekend. Daarvan hebben Ortan en Hoca in het vonnis géén melding gemaakt (en bijgevolg hebben zij een dergelijke mededeling in het vonnis ook niet ondertekend). Bij brief van 28 maart 2002 heeft de ICC aan partijen het origineel van het arbitraal vonnis gezonden. De ICC heeft daarbij een kopie bijgevoegd van de *dissenting opinion* van Ayar die dateert van 25 maart 2002. Bij het depot van het arbitraal vonnis ter griffie van de rechtbank op 19 augustus 2003 is tevens nedergelegd een schriftelijke door Ortan en Hoca ondertekende verklaring waarin uiteengezet wordt waarom Ayar het arbitraal vonnis niet heeft ondertekend.

Wij tekenen aan dat de rechtbank tot kennisneming van de vordering tot vernietiging bevoegd was omdat de plaats van arbitrage in Nederland was gelegen (zie art. 1073 lid 1 Rv jo. art. 1064 lid 2 Rv).

Bij de vordering tot vernietiging gaat de rechtbank eerst in op de vraag of de ondertekening door Ayar van de *dissenting opinion* kan worden aangemerkt als ondertekening van het arbitraal vonnis dan wel of diens *dissenting opinion* kan worden aangemerkt als deel uitmakend van het arbitraal vonnis. Uit art. 27 ICC Rules volgt dat het vonnis van de arbiters totstandkomt nadat de ICC aan het concept zijn goedkeuring heeft verleend. Die goedkeuring is verleend op 22 februari 2002. Het vonnis is een dag later gewezen, de dag waarop dit vonnis door Ortan en Hoca is ondertekend. Hierin is niet de *dissenting opinion* opgenomen. Dat kon ook niet, want die *dissenting opinion* was op 23 februari 2003 nog niet beschikbaar. Deze dateert immers eerst van 25 maart 2002. De *dissenting opinion* maakt dus geen deel uit van het arbitraal vonnis en met de ondertekening van de dissenting opinion door Ayar is niet voldaan aan

<sup>33</sup> Vgl. ook HR 1 maart 1957, *NJ* 1957, 210 en HR 21 maart 1997 (*Eco Swiss China Time/Benetton International*), r.o. 4.5, *NJ* 1998, 207, m.nt. HJS.

<sup>34</sup> Zie wél voor de toepassing van EG-recht in arbitrage HvJ EG 1 juni 1999 (*Eco Swiss China Time/Benetton International*), *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS in *NJ* 2000, 340.

de eis van ondertekening in de zin van art. 1057 lid 2 Rv.

De rechtbank ziet vervolgens de vraag onder ogen of het ontbreken van de in art. 1057 lid 3 Rv bedoelde vermelding in dit geval tot vernietiging van het arbitrale vonnis moet leiden, dit gegeven het feit dat Ortan en Hoca in hun bij het depot van het vonnis geproduceerde en door hen ondertekende verklaring (alsnog) uiteen hebben gezet waarom Ayar het arbitraal vonnis niet heeft ondertekend. Deze vraag beantwoordt de rechtbank bevestigend. Het arbitraal vonnis is in beginsel vernietigbaar op grond van art. 1065 lid 1 Rv aangezien deze vernietigingsgrond zich in dit geval voordoet en op deze grond vernietiging is gevorderd. De op 19 augustus 2003 ter griffie van de rechtbank gedeponeerde ondertekende verklaring van Ortan en Hoca waarin zij uiteenzetten waarom Ayar het arbitraal vonnis niet heeft ondertekend, kan niet als een rectificatie worden beschouwd op de voet van art. 1060 Rv omdat art. 1060 Rv slechts voorziet in rectificatie van gebreken als bedoeld in art. 1057 lid 4 (a)-(d) Rv en bijgevolg niet in rectificatie van gebreken als bedoeld in art. 1057 leden 2 en 3 Rv.

De ondertekening door arbiters vormt volgens de rechtbank één van de essentialia van een arbitraal vonnis. Ook de verklaring van de meerderheid van de arbiters dat een minderheid weigert te tekenen kan als zodanig gelden. Arbiters wordt aldus "ingescherpt" dat zij in geval van meervoudige samenstelling van het scheidsgerecht daadwerkelijk collegiaal tot een beslissing komen. In het verlengde hiervan merkt de rechtbank op dat het ondertekening gebrek in de onderhavige zaak ernstiger is dan het ondertekening gebrek dat in HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 214, reden vormde om een arbitraal vonnis – volgens het destijds geldende arbitragerecht – rechtskracht te ontzeggen.<sup>35</sup> Daarin ging het om een arbitraal vonnis waarbij onder de handtekening van arbiters wél de verklaring was opgenomen dat de minderheid weigerde te tekenen, doch waarbij deze verklaring niet door de meerderheid der arbiters was ondertekend. In het onderhavige geval ontbreekt zelfs de gehele verklaring van de meerderheid der arbiters op het arbitrale vonnis.

Zie in soortgelijke zin (als het vorenstaande vonnis) het vonnis van Rechtbank Amsterdam 28 september 2005, *NJF* 2005, 448 en Hof Amsterdam 7 april 2005, *NJF* 2005, 274.

### Motiveringsgebreken

Ingevolge art. 1057 lid 4, aanhef en sub e Rv moet een arbitraal vonnis, naast de beslissing, in elk geval de gronden voor de in het vonnis gegeven beslissing bevatten. Een arbitraal vonnis kan worden vernietigd als het niet met redenen is omkleed (art. 1065 lid 1 (d) Rv).

De gewone rechter mag een arbitraal vonnis in beginsel niet inhoudelijk toetsen. De Hoge Raad verwoordt het ook wel aldus dat een vernietigingsgeding op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt appèl.<sup>36</sup> Op het verbod tot inhoudelijke toetsing bestaat slecht uitzondering als het arbitraal vonnis strijdt met de openbare orde of de goede zeden (art. 1065 lid 1 (e) Rv). Overigens zien wij dat de gewone rechter ook enigszins inhoudelijk toetst als het gaat om de vernietigingsgrond dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden (art. 1065 lid 1 (c) Rv).<sup>37</sup>

Inzake de vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat het niet met redenen is omkleed, bestaan al enige tijd uiteenlopende opvattingen. Volgens de eerste opvatting (ook wel aangeduid als de opvatting Sanders) kan een arbitraal vonnis slechts worden vernietigd als elke motivering ontbreekt. Aldus voorkomt men inhoudelijke toetsing van het arbitraal vonnis door de gewone rechter.<sup>38</sup> Volgens de tweede opvatting (ook wel aangeduid als de opvatting Snijders) wordt een arbitraal vonnis niet alleen vernietigbaar geacht bij het ontbreken van elke motivering, doch ook als het arbitraal vonnis wel een motivering behelst, doch deze apert ondeugdelijk is.<sup>39</sup>

Nu had de Hoge Raad nog niet zo lang geleden een standaardbeslissing omtrent de mogelijkheden tot vernietiging van arbitrale vonnissen wegens motiveringsgebreken gegeven. HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508 (*Benetton/Eco Swiss en Bulova*), m.nt. HJS oordeelt dat vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed

<sup>35</sup> Dit arrest is door W. Nolen, *Arbitrale Rechtspraak* 1966, 541 als formalistisch 'arbitrage-drama' bestempeld.

<sup>36</sup> HR 17 januari 2003 (*International Military Services/Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran*), *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS, *JBP* 2003, 38, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.

<sup>37</sup> Zie hiervoor Meijer 2005 (*T&C Rv*), art. 1065 Rv, aant. 1.

<sup>38</sup> Zie Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, 2001, p. 136; zie voorts MvA, *TvA* 1986/02, art. 1065 Rv, p. 90-91; Sanders erkent wel dat in elk geval elk punt van het dictum in een arbitraal vonnis een motivering zal moeten behelzen (zie Sanders in zijn annotatie in *TvA* 1995, p. 32, bij Hof 's-Gravenhage 16 december 1993, *TCR* 1995, p. 67, m.nt. G.J. Meijer).

<sup>39</sup> Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijze commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, 2003, art. 1057 Rv, aant. 5.



(art. 1065 lid 1 (d) Rv), slechts mogelijk is wanneer de motivering *ontbreekt*, en dus niet in gevallen van *ondeugdelijke* motivering, dit juist ook met het oog op het verbod van inhoudelijke toetsing. Hiermee leek het pleit beslecht in het voordeel van Sanders.<sup>40</sup>

Nog geen 4 jaren later, in de zaak *Nannini/SFT Bank*, preciseert de Hoge Raad zijn Benetton-arrest (zie HR 9 januari 2004, (*Nannini/SFT Bank*), NJ 2005, 190, m.nt. HJS<sup>41</sup>), zij het dat die precisering wel een vergaande mate van nuancering vormt. Overigens kan het Nannini-arrest gerust de belangrijkste uitspraak op het terrein van de arbitrage van de jurisprudentie in de afgelopen drie jaren worden genoemd.

De Hoge Raad stelt wél nog voorop dat de rechter bij zijn onderzoek of een grond voor vernietiging bestaat, terughoudend moet optreden, dit omdat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt appèl en het algemeen belang bij een effectief functionerende rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen mag ingrijpen in arbitrale beslissingen.<sup>42</sup> Voorts herhaalt de Hoge Raad letterlijk zijn Benetton-beslissing dat vernietiging op de grond genoemd in art. 1065 lid 1 (c) Rv slechts mogelijk is wanneer de motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het oordeel in de Benetton-beslissing nadere precisering behoeft aldus, dat met het ontbreken van een motivering op een lijn moet worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige *steekhoudende verklaring* voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.

Met betrekking tot de reële vraag die in het arbitraal geding aan de orde was (*i.e.* de vraag of aanleiding bestond reeds op grond van het over en weer gestelde te oordelen dat Nannini voorshands het bestaan van het door hem gestelde, doch door SFT betwiste, oorzakelijk verband bewezen had), overweegt de Hoge Raad dat het ging om een – bezien in het geheel van de rechtsstrijd tussen partijen – wezenlijke kwestie waarover arbiters een gemotiveerde beslissing dienden te geven. Arbiters hebben

voor hun bevestigende antwoord op deze vraag, aldus de Hoge Raad, weliswaar een motivering gegeven, doch in aanmerking genomen dat deze geheel berust op een uitgangspunt dat elke grond mist, heeft het hof evenwel terecht geoordeeld dat te dezen de vereiste motivering ontbreekt. De beslissing van de Hoge Raad dat de motivering in het arbitraal vonnis geheel berustte op een uitgangspunt dat elke grond mist, betrof het feit dat arbiters een verkeerde uitleg hebben gegeven aan een uitspraak van de gewone rechter die met name de vraag betrof of SFT Bank aansprakelijk was en die de basis vormde van het arbitraal geding. Anders dan volgens de uitleg van de arbiters, is volgens de Hoge Raad in de basisuitspraak van de gewone rechter slechts de mogelijkheid van schade aannemelijk geoordeeld, doch was geen beslissing gegeven omtrent het causale verband tussen de tekortkoming van SFT Bank en de door Nannini geleden schade.<sup>43</sup>

Het lijkt sterkt erop dat het arrest een bepaalde mate van inhoudelijke toetsing met zich brengt.<sup>44</sup> Het arrest laat nog veel vragen onbeantwoord. Heeft de Hoge Raad daadwerkelijk een bepaalde mate van inhoudelijke toetsing van het arbitraal vonnis voor ogen gestaan? Wat heeft de Hoge Raad bedoeld met steekhoudend? Is een vonnis in de motivering waarvan een steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing ontbreekt hetzelfde als een apert ondeugdelijk gemotiveerd vonnis? Niemand weet precies waar de grens ligt.

Het aantal vernietigingsacties is “post Nannini” sterk gestegen, doch de vraag is of ook het aantal succesvolle acties is toegenomen.<sup>45</sup> Illustratief is de zaak *Rijpma/Kers* van Hof Amsterdam 9 juni 2005, rolno. 1939/03, *TvA* 2006, 26, m.nt. H.L.J. Roelvink, waarin het hof concludeert dat in het arbitraal vonnis op essentiële onderdelen een motivering ontbreekt, althans dat daarin niet enige steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de op die onderdelen gegeven beslissingen. Het hof wijst vervolgens de vordering tot vernietiging op grond van art. 1065 lid 1 (d) Rv toe. Op de fijnmazige merites van de zaak kunnen wij binnen het huidige bestek niet ingaan.

<sup>40</sup> Het was overigens nog niet helemaal duidelijk of een arbitraal vonnis wél voor vernietiging in aanmerking kwam als het *apert* ondeugdelijk was gemotiveerd (zie G.J. Meijer, *TvA* 2000, p. 131-136).

<sup>41</sup> Zie voorts *JBPr* 2004, 31, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk en *TvA* 2004, 47, m.nt. F. De Ly.

<sup>42</sup> Met referentie aan HR 17 januari 2003 (*International Military Services/Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran*), NJ 2004, 384, m.nt. HJS, *JBPr* 2003, 38, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk.

<sup>43</sup> Op deze beslissing inzake de onjuiste uitleg die arbiters hebben gegeven valt overigens nog wel wat af te dingen; vgl. ook HJS in zijn noot bij het Nannini-arrest: “Op de beslissing van de Hoge Raad dat de overheidsrechter niet onbegrijpelijk besliste dat het scheidsrecht een onjuiste uitleg gaf aan een eerdere beslissing van de overheidsrechter door hierin de aannemelijkheid van causaliteit (...) besloten te achten (r.o. 3.7.2), valt overigens wel wat af te dingen. (...)”.

<sup>44</sup> Zie ook I.P.M. van den Nieuwendijk in *JBPr* 2004, 31.

<sup>45</sup> Vgl. ook H.J. Snijders, Post Nannini, *TvA* 2006, 1.

Daarbij komt dat inmiddels beroep in cassatie tegen dit arrest is ingesteld. Naar verluidt, zal begin 2007 het arrest van de Hoge Raad volgen.

Zie voor gevallen waarin de Nannini-norm – al dan niet met succes op deze grond – is ingeroepen ook Rechtbank Arnhem 28 juli 2004, LJN: AQ6834<sup>46</sup> (vernietiging afgewezen), Rechtbank Zwolle 1 september 2004, *TvA* 2005, 53 (vernietiging afgewezen), Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2004, *Prg.* 2005, 14, *TCR* 2006, p. 53-55, m.nt. M. de Boer (vernietiging toegewezen), Rechtbank Rotterdam 4 mei 2005, *TvA* 2006, 25 (vernietiging afgewezen), Rechtbank Arnhem 9 november 2005, LJN: AV0525<sup>47</sup> (vernietiging afgewezen), Rechtbank Rotterdam 8 maart 2006, LJN: AV5278<sup>48</sup> (vernietiging afgewezen), Gerechtshof Arnhem 25 juli 2006, LJN: AY5832<sup>49</sup> (vernietiging afgewezen).

### Wetgeving

Tot besluit zullen wij kort stilstaan bij een aantal ontwikkelingen in de wetgeving op het terrein van de arbitrage.

#### Artikel 1021 Rv

De wet verlangt dat de overeenkomst tot arbitrage met een geschrift wordt bewezen. Artikel 1021 Rv bepaalde daartoe dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift en dat daarvoor voldoende is 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. Artikel 1021 Rv is bij de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel gewijzigd.<sup>50</sup> Aan art. 1021 Rv, eerste en tweede volzin, zijn daarbij de volgende volzinnen toegevoegd: “De overeenkomst tot arbitrage kan tevens worden bewezen door elektronische ge-

vens. Artikel 227a, eerste lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing”.<sup>51</sup> Het gewijzigde art. 1021 Rv is op 30 juni 2004 in werking getreden.<sup>52</sup>

#### Art. 22 Aanbestedingswet

Op 20 september 2006 is in de Tweede Kamer het Wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet aangenomen.<sup>53</sup> Volgens art. 22 Aanbestedingswet zal arbitrage in aanbestedingsgeschillen – met een ons inziens ongelukkige formulering – worden verboden: “Artikel 1020 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is niet van toepassing op geschillen betreffende de naleving van deze wet of de daarop gebaseerde bepalingen”.<sup>54</sup> De reden is gelegen in de spanning die op dit punt thans bestaat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen waarin geschillenbeslechting bij de gewone rechter wordt verlangd, dit mede met het oog op de toepassing van Europees recht.<sup>55</sup>

#### Voorstellen tot wijziging van de Arbitragewet

Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht is Boek 4 Rv als gezegd slechts zijdelings gewijzigd. Wel is daarbij al een herziening van de arbitragewet aangekondigd.<sup>56</sup> De Voorstellen tot wijziging van de arbitragewet zijn in een werkgroep onder voorzitterschap van Prof. mr. A.J. van den Berg voorbereid.<sup>57</sup> De voorstellen en een toelichting daarop zijn inmiddels gepubliceerd in de *Special TvA/2005*.<sup>58</sup> De belangrijkste voorstellen zijn de volgende:

- (a) De eis van geschrift als totstandkomingseis voor de arbitrageovereenkomst (artikel 1021 Rv) en daarmee samenhangend de plaatsing van het arbitraal beding op de zwarte lijst (artikel 6:236 sub n BW).

<sup>46</sup> www.rechtspraak.nl.

<sup>47</sup> www.rechtspraak.nl.

<sup>48</sup> www.rechtspraak.nl.

<sup>49</sup> www.rechtspraak.nl.

<sup>50</sup> *Stb.* 2004, 210.

<sup>51</sup> Zie daaromtrent Meijer 2005 (*T&C Rv*), art. 1021 Rv, aant. 4.

<sup>52</sup> *Stb.* 2004, 285.

<sup>53</sup> *Handelingen II*, 14 september 2006, p. 107-6547-6564 en *Handelingen II*, 20 september 2006, p. 211.

<sup>54</sup> Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale sectorbedrijven (Aanbestedingswet), *Kamerstukken I* 2006/07, 30 501, A (Gewijzigd voorstel van wet), p. 8.

<sup>55</sup> Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale sectorbedrijven (Aanbestedingswet), *Kamerstukken II* 2005/06, 30 501, no. 3 (Memorie van Toelichting), p. 49-50.

<sup>56</sup> Nota naar aanleiding van het Eindverslag, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 855, no. 5, p. 3.

<sup>57</sup> Advocaat bij Hanotiau & van den Berg, Brussel/Amsterdam en Hoogleraar Nationaal en Internationaal Arbitragerecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>58</sup> Zie ook www.arbitragewet.nl.

- (b) De optie van institutionele wraking (artikel 1035 Rv).
- (c) Een vernieuwde regeling voor voorlopige voorzieningen en het arbitraal kort geding (het voorgestelde art. 1043B).
- (d) Een voorziening voor prejudiciële vraagstelling bij het Europese Hof van Justitie van de EG via de gewone rechter (het voorgestelde artikel 1044A).
- (e) Plaatsing van alle bepalingen inzake arbitraal hoger beroep in een aparte afdeling (de voorgestelde Zesde Afdeling).
- (f) De wijziging van de gevolgen van een onbevoegdverklaring door het scheidsgerecht (artikel 1052, vijfde lid Rv); de arbitrageovereenkomst blijft van kracht.
- (g) De afschaffing van de nederlegging van het arbitrale vonnis ter griffie van de rechtbank (het huidige artikel 1058, eerste lid onder b Rv).
- (h) De vereenvoudiging van de termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis (artikel 1064A, tweede lid Rv (huidig artikel 1064 lid 1 Rv)).
- (i) De competentie van het gerechtshof als eerste instantie voor de beoordeling van de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis (artikel 1064, tweede lid Rv).
- (j) De verwijzing van de zaak naar het scheidsgerecht ("remission") alvorens een arbitraal vonnis wordt vernietigd (het voorgestelde artikel 1065A).
- (k) De wijziging van de gevolgen van een vernietiging van een arbitraal vonnis (artikel 1067 Rv); de arbitrageovereenkomst blijft van kracht.
- (l) De wettelijke vastlegging van de vertrouwelijkheid en de geheimhouding van het arbitraal geding arbitrage (het voorgestelde artikel 1069A).
- (m) De uitsluiting van aansprakelijkstelling van arbiters en arbitrage-instituten (het voorgestelde artikel 1069B).

Hoewel de huidige arbitragewet (ingevoerd in 1986) geruime tijd als één van de modernste arbitragewetten gold, is het – gezien ook de ontwikkeling in de ons omringende landen – tijd geworden voor vernieuwing.<sup>59</sup> Met de voorgestelde wijzigingen zal de wet beter aansluiten op de huidige nationale en internationale arbitragepraktijk. Overigens worden de voorstellen al in de praktijk gebruikt bij de toepassing en uitleg van de huidige wet.<sup>60</sup>

### Conclusie

In een tamelijk kort tijdsbestek van 3 jaren hebben zich belangrijke ontwikkelingen voorgedaan op het terrein van de arbitrage. Wij zien vooral dat een aantal leemtes in de wettelijke regeling van 1986, ofschoon zij nog steeds als een goede wet te boek staat, worden opgevuld. Overigens is naast de zojuist genoemde rechtspraak nog een groot aantal lagere uitspraken verschenen die – gelet op het bestek van de bijdrage – niet aan de orde konden komen. Met de uitspraken die wij hebben aangestipt, hebben wij evenwel beoogd de voornaamste ontwikkelingen in de arbitrage over de afgelopen 3 jaren weer te geven.

Veruit de belangrijkste uitspraken zijn, als gezegd, de uitspraak van de Hoge Raad inzake de Nannini-norm (de vernietiging van arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1 (d) Rv) en de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake een oneerlijk arbitraal beding in consumentovereenkomsten. De praktijk zal uitwijzen in hoeverre volgens de Nannini-norm de inhoudelijke toetsing van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter geoorloofd is. Het arrest van het Hof van Justitie zal de komende tijd vast en zeker vele pennen in beweging brengen. Voorts zijn de ogen vooral ook gericht op de Voorstellen tot wijziging van de arbitragewet. Het belooft in elk geval een mooie toekomst voor de kroniek over de volgende drie jaren.

<sup>59</sup> Vergelijk de Uncitral Model Law van 1985, die in meer dan 40 landen is geïmplementeerd, de nieuwe English Arbitration Act van 1996, de nieuwe Duitse arbitragewet van 1998, de nieuwe Belgische arbitragewet van 1998, doch ook arbitragereglementen die zijn herzien: het arbitragereglement van de International Chamber of Commerce in 1998, het reglement van de London Court of International Arbitration in 1998 en het NAI Arbitragereglement in 1998.

<sup>60</sup> Zie daartoe het al genoemde Rechtbank 's-Gravenhage van 25 augustus 2004, rolno. 03/1015 (n.g.) inzake de vernietiging van een arbitraal vonnis wegens ondertekeningsgebreken waarin de rechtbank uitvoerig op de betekenis van de voorstellen ingaat.