

Vergaderjaar 2013–2014

33 611

Wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 15 mei 2014

1. Inleiding

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen van de leden van de fractie van de PvdA, waarbij de leden van de fracties van het CDA en de SP zich hebben aangesloten, en de vragen van de leden van de fractie van het CDA, waarbij de leden van de fracties van de VVD, de PvdA, de SP, D66 en de SGP zich hebben aangesloten. Het verheugt mij dat de aan het woord zijnde leden, zonder uitzondering, een positieve grondhouding met betrekking tot het wetsvoorstel hebben ingenomen. Ik zal de vragen hieronder beantwoorden in de volgorde waarin zij zijn gesteld.

2. Verbetering Nederlandse concurrentiepositie

De leden van de PvdA-fractie hebben terecht uit de toelichting bij het wetsvoorstel en het schriftelijk overleg met de Tweede Kamer afgeleid dat bij de modernisering van het Nederlandse arbitragerecht de UNCITRAL Model Law voor arbitrage een belangrijke inspiratiebron is geweest. De aan het woord zijnde leden hebben gevraagd of de opgedane ervaring bij de aanpassing van het Nederlandse arbitragerecht zal worden ingebracht bij UNCITRAL. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Wellicht kan daarmee bij een volgende wijziging van de Model Law wellicht nog voordeel worden gedaan.

3. Voorbereiding, advies en consultatie

De leden van de fractie van het CDA stellen een vraag over het ontbreken van een bepaling inzake vertrouwelijkheid in het wetsvoorstel. Zij achten het door de NVvR gegeven argument dat «daarvan misbruik zou kunnen worden gemaakt» op zich zelf niet doorslaggevend. Daarbij verwijzen de aan het woord zijnde leden naar een redactioneel commentaar van prof. mr. H.J. Snijders in het Tijdschrift voor Arbitrage, die schrijft: «In het algemeen wordt vertrouwelijkheid (met inbegrip van de daarmee verband houdende geheimhoudingsplicht) dan ook als een vast kenmerk en

beginsel van ongeschreven Nederlands arbitragerecht beschouwd afgezien van uitzonderingen op grond van enige overeenkomst». Gevraagd is op de door Snijders gehanteerde argumenten en conclusies in te gaan. De leden van de fractie van het CDA vragen dit mede omdat de ervaring leert dat juist in het bedrijfsleven een begrijpelijke behoefte bestaat om bedrijfsgeheimen en know-how niet publiek te maken en te voorkomen dat het voeren van een arbitraal geding de aandelenkoersen zal beïnvloeden. Wel menen deze leden dat de argumenten ten faveure van vertrouwelijkheid niet opgaan voor (internationale) arbitrages met een expliciet publiekrechtelijk gehalte (bijvoorbeeld investeringsbeschermingsovereenkomsten), die een nauwe band hebben met het algemeen belang en dat voor deze categorie een opt-out ten aanzien van de vertrouwelijkheid zou kunnen gelden.

Ik maak graag van de gelegenheid gebruik mijn standpunt inzake de vertrouwelijkheid van arbitrage in Nederland nog eens uiteen te zetten. Daarbij ga ik overeenkomstig de wens van leden van de fractie van het CDA in op de door professor Snijders aangevoerde argumenten. De door de leden van de CDA-fractie geciteerde opmerking van Snijders dat vertrouwelijkheid als een vast kenmerk en beginsel van ongeschreven Nederlands arbitragerecht wordt beschouwd, onderschrijf ik volledig. Ik deel dus het standpunt dat arbitrages, met uitzondering van arbitrages met een publiekrechtelijk gehalte zoals investeringsarbitrages, in beginsel vertrouwelijk zijn. Dit geldt onder de huidige arbitragewet. Onder de nieuwe arbitragewet wordt het niet anders. Het gaat dus vooral om de vraag waarom dit ongeschreven kenmerk niet wordt gecodificeerd in het wetsvoorstel, terwijl het consultatiedocument daartoe wel een bepaling bevatte.

Ik meen dat aan een dergelijke codificatie meer bezwaren dan voordelen kleven. Allereerst bestaat er in de arbitragewereld geen eenstemmigheid over het antwoord op de vraag of een wettelijke regeling wenselijk is en hoe deze eruit zou moeten zien. Zie bijvoorbeeld de Nieuwsbrief van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) van september 2013 (te kennen via <http://www.nai-nl.org/nl/newsletter.asp?id=536>). Daarin wordt door Van der Bend opgemerkt dat vertrouwelijkheid beter ongeregeld kan blijven, omdat de regeling zoals voorgesteld in het consultatiedocument veel ruimte laat voor discussie over de reikwijdte, met het risico van rechtsonzekerheid. Daarnaast wordt erop gewezen dat vertrouwelijkheid van arbitrage lang niet overal wettelijk geregeld is, dat ook UNCITRAL geen algemene bepaling inzake vertrouwelijkheid bevat en dat sommige buitenlandse regelingen vertrouwelijkheid voor internationale arbitrages juist uitsluiten. Het punt van de onduidelijke reikwijdte van de in het consultatiedocument voorgestelde regeling is een reëel. Niet alleen de kritische kanttekening van de NVvR, waaraan de leden van de fractie van het CDA ook hebben gerefereerd, illustreert dat. Wat wel en wat niet onder een wettelijke vertrouwelijkheidsregeling zou moeten vallen, is niet in een eenvoudige wettelijke formulering te vatten. Dit blijkt uit de lijst van tien elementen, die blijkens het redactionale commentaar van Snijders in regelgeving inzake vertrouwelijkheid van arbitrage verdisconteerd zouden moeten worden. Een aantal van de elementen heeft betrekking op de vertrouwelijkheid van procedures bij de overheidsrechter rond de arbitrage. Snijders merkt daarover op dat de tekst van artikel 1069A van het conceptwetsvoorstel en van het Ontwerp Van de Berg deze elementen niet dekt, maar dat deze elementen volgens de toelichting op het Ontwerp Van de Berg wel onder de toepassing van artikel 1069A vallen. Snijders merkt daarnaast zelf al op dat het vertrouwelijk maken van deze elementen betreffende procedures bij de overheidsrechter de openbaarheid van overheidsrechtspraak zou doorkruisen. Terecht wijst hij erop dat artikel 1058 lid 3 van het wetsvoorstel erin voorziet dat van arbitrale vonnissen geen afschriften of uittreksels aan derden worden verstrekt. Daarmee is de vertrouwelijkheid op dit punt gewaarborgd.

De leden van de CDA-fractie noemen daarnaast het belang van de geheimhouding van bedrijfsgeheimen. Snijders noemt in dat verband terecht het voorstel voor een richtlijn inzake de bescherming van bedrijfsgeheimen (COM 2013, 813). Dit voorstel regelt dat de geheimhouding van bedrijfsgeheimen zoals gedefinieerd in de richtlijn is gewaarborgd, ook als zij onderwerp zijn van een procedure in rechte. De onderhandelingen over de richtlijn verlopen voorspoedig. Als deze richtlijn wordt vastgesteld, is dit punt van zorg van de leden van de CDA-fractie opgelost, niet alleen voor procedures in Nederland maar voor de hele Europese Unie. In de praktijk bestaat daarnaast behoefte aan ruimte voor nuance in de wijze waarop met de vertrouwelijkheid en geheimhouding in arbitrage wordt omgegaan. Deze nuances zijn beter aan te brengen in de rechtspraktijk dan in een wettelijke formule. Snijders lijkt dit zelf ook in ieder geval deels te onderschrijven, namelijk waar hij het in paragraaf 2 heeft over informatie die niet geheim hoeft te blijven voor de rechter maar wel voor derden die niet bij de arbitrage zijn betrokken.

Snijders wijst voorts op de regeling inzake het verschoningsrecht bij mediation in grensoverschrijdende zaken als inspiratiebron voor een regeling inzake de vertrouwelijkheid van arbitrage. De regeling van artikel 5 van de Implementatiewet mediationrichtlijn is indertijd op uitdrukkelijk verzoek van de Eerste Kamer beperkt tot grensoverschrijdende gevallen. Inhoudelijk is de regeling beperkt tot gevallen waarin partijen vertrouwelijkheid uitdrukkelijk zijn overeengekomen voor een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan (lid 1). Een uitzondering geldt bovendien op grond van de openbare orde en voor zover dit nodig is voor de uitvoering of tenuitvoerlegging van de vaststellingsovereenkomst die de uitkomst is van de mediation (lid 2). De bewoordingen van lid 1 komen op hetzelfde neer als de tekst van artikel 153 Rv inzake de bewijsovereenkomst. Een bewijsovereenkomst kan inhouden dat partijen en arbiters afspreken dat al hetgeen in de arbitrale procedure aan informatie wordt gewisseld geheim moet blijven en niet in rechte mag worden gebruikt ter bewijs van enige stelling. Een bewijsovereenkomst blijft buiten toepassing voor zover zij betrekking heeft op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Dit is voor arbitrage echter geen bezwaar aangezien artikel 1020, derde lid, Rv arbitrage slechts toelaat voor rechtsgevolgen die ter vrije bepaling van partijen staan. De vertrouwelijkheid van arbitrage wordt dus niet vergroot door het opnemen van een wettelijke regeling vergelijkbaar met artikel 5 van de Implementatiewet mediationrichtlijn.

De Transparantieregels voor investeringsarbitrages van UNCITRAL uit 2013 gaan uit van een ruime mate van transparantie als het gaat om investeringsarbitrages. Voor bestaande investeringsverdragen waarop de Transparantieregels niet van toepassing zijn verklaard, kunnen de regels een reden zijn om als het komt tot een arbitrale procedure nadere afspraken te maken over transparantie en vertrouwelijkheid. Een algemene wettelijke regeling inzake vertrouwelijkheid zou, ook volgens de leden van de CDA-fractie, een uitzondering moeten bevatten voor investeringsarbitrages en arbitrages met een publiekrechtelijk belang. Dit betekent een nieuwe bron van discussie en rechtsonzekerheid. Het zal immers niet eenvoudig in een wettelijke regeling te vatten zijn welke arbitrages hieronder vallen. Elke formulering zal aanleiding kunnen zijn voor uitvoerig debat over de vraag of een bepaald soort arbitrage in voldoende mate publiekrechtelijk is om onder de uitzondering te vallen. Het bovenstaande is voor mij voldoende reden om op dit moment de voorkeur te geven aan het niet wettelijk regelen van de vertrouwelijkheid van arbitrage. Zoals gezegd, neemt dit niet weg dat ik de vertrouwelijkheid als uitgangspunt in arbitrale procedures volledig onderschrijf. Het past daarnaast in mijn wens om partijen zelf zoveel mogelijk de ruimte te

laten, dat het ook hun eigen verantwoordelijkheid is om de vertrouwelijkheid van hun arbitrage bij overeenkomst te regelen. Voordeel is dat dit maatwerk mogelijk maakt. Partijen kunnen er dan voor kiezen bepaalde onderdelen wel en andere onderdelen niet vertrouwelijk te laten zijn of om in het algemeen vertrouwelijkheid overeen te komen, maar een uitzondering op te nemen voor situaties waarin hun beider belang dit eist, bijvoorbeeld met het oog op de tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak.

De aan het woord zijnde leden hebben terecht geconstateerd dat in het wetsvoorstel niet wordt voorgesteld juridische kwaliteitseisen te stellen aan arbiters of secretarissen van arbitrale colleges. Zij hebben gevraagd om een nadere motivering. Een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel is Nederland nog aantrekkelijker te maken voor internationale arbitrages. De Permanent Court of Arbitration, de International Chamber of Commerce (ICC) en P.R.I.M.E. finance hebben er tijdens de consultatie op gewezen dat Nederland door het stellen van dergelijke kwaliteitseisen juist minder aantrekkelijk wordt. De Nederlandse arbitragewet zou daarmee eisen stellen die de belangrijkste arbitrageinstellingen niet stellen. Daardoor zou vaker kunnen voorkomen dat een arbitraal college geheel volgens de eisen van de reglementen van deze instellingen is samengesteld, maar niet in overeenstemming met de Nederlandse wet. Dit levert onzekerheid op voor partijen. Deze onzekerheid maakt het voor partijen minder aantrekkelijk om voor Nederland als plaats van arbitrage te kiezen. Daarom is ervoor gekozen af te zien van het stellen van kwaliteitseisen. Zo kan er geen discussie ontstaan over de vraag of de nota bene door partijen zelf benoemde arbiters c.q. de secretarissen wel aan de gestelde eisen voldoen c.q. voldeden. Het zou in de praktijk ook niet steeds eenvoudig zijn de wereldwijd uiteenlopende juridische graden goed met elkaar te vergelijken.

Dat arbiters en secretarissen van nationale arbitrale colleges in de praktijk niettegenstaande het ontbreken van een daartoe strekkend wettelijk voorschrift wel degelijk aan de nodige juridische kwaliteitsvereisten voldoen, betekent niet dat er geen problemen zouden kunnen rijzen, aldus de aan het woord zijnde leden. Het valt voorshands nimmer uit te sluiten dat er problemen kunnen rijzen. Zowel de huidige arbitragewet als het onderhavige wetsvoorstel voorziet daarom in mogelijkheden voor de overheidsrechter om arbitrale uitspraken te controleren. Mocht een arbitraal vonnis juridisch gezien niet deugen, dan kan de overheidsrechter onder de in de wet aangegeven voorwaarden en omstandigheden het verlenen van een verlot tot tenuitvoerlegging weigeren. Het is ook mogelijk dat de overheidsrechter het desbetreffende arbitraal vonnis onder de in de wet aangegeven voorwaarden en omstandigheden vernietigt.

Ingeval van kwaliteitsarbitrage is uitsluitend de enkele vaststelling van de hoedanigheid of toestand van zaken aan de orde (is er sprake van bijvoorbeeld sprake van aardappelrot of niet). Juridische kwaliteitsvereisten voor arbiters en secretarissen zijn daarbij van ondergeschikt belang.

4. Artikelsgewijs

Artikel 1

Op verzoek van de leden van de PvdA-fractie bevestig ik graag nog eens het uitgangspunt dat arbitrage als privaat alternatief voor een gang naar de overheidsrechter op geen enkele wijze het grondwettelijk en internationaalrechtelijk burgerrecht van toegang tot de rechter beknort (zie artikel 17 Grondwet, artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR). De aan het woord zijnde leden hebben ook gevraagd hoe het wetsvoorstel zich verhoudt met

artikel 112 Grondwet. Laatstgenoemde bepaling draagt de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen op aan de rechterlijke macht. Dit betekent dat de overheid voor de beslissing van dit soort geschillen burgers niet mag afhouden van de overheidsrechter door hen te verplichten gebruik te maken van arbitrage. Noch de huidige arbitragewet noch het wetsvoorstel bevat een dergelijke verplichting. Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering reikt burgers arbitrage aan als alternatief voor geschilbeslechting door de overheidsrechter. Burgers kunnen daar dus zelf voor kiezen. Voor het onderwerpen van een geschil aan arbitrage vereist de wet in artikel 1020, eerste lid, Rv een overeenkomst tussen partijen, waaruit hun wil blijkt om het geschil aan arbitrage te onderwerpen. De overeenkomst tot arbitrage mag bovendien niet leiden tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Hierbij valt te denken aan tal van familierechtelijke onderwerpen zoals huwelijk en echtscheiding, maar ook aan bepaalde vermogensrechtelijke onderwerpen zoals faillissement en surseance van betaling.

Artikel III

Onderdelen YY en BBB

De leden van de CDA-fractie hebben terecht geconstateerd dat de verlening van het verlot tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis door de voorzieningenrechter van de rechtbank wordt behandeld en de vordering strekkende tot vernietiging van een arbitraal vonnis door het gerechtshof. Zij hebben gevraagd of het niet efficiënter zou zijn geweest het gerechtshof bij uitsluiting bevoegd te verklaren om beide procedures in enige feitelijke aanleg te behandelen. De kwaliteit van de behandeling en de rechtseenheid zouden daarmee zijn gediend, aldus de aan het woord zijnde leden. Ik heb ervoor gekozen de tenuitvoerleggingsprocedure bij de voorzieningenrechter van de rechtbanken te handhaven voor nationale arbitrale vonnissen, omdat de voorzieningenrechter met die procedure, waarin niet meer dan summier wordt getoetst, veel ervaring heeft (vgl. de praktijk van de beslagverloven en de *ex parte* exequaturverlening op grond van de verordening Brussel I). De voorzieningenrechter is daarmee bij uitstek geschikt voor deze taak. De Adviescommissie burgerlijk procesrecht, de Raad voor de rechtspraak en de NVvR hebben hierop in hun advisering over het wetsvoorstel terecht gewezen. Via de voorzieningenrechter kan een exequatur *ex parte* in enkele uren of dagen worden verkregen. De doorlooptijd is kort. Daar komt nog bij dat de griffierechten bij de rechtbank lager zijn dan bij het gerechtshof. Alleen tegen een in de praktijk niet zo vaak voorkomende afwijzende beslissing staat hoger beroep open. Als een exequatur wordt verleend, dan staat daartegen geen hogere voorziening open. Het verlenen van een verlot tot tenuitvoerlegging blijft in de praktijk dus ook tot een feitelijke instantie beperkt.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat de verlotverlening voor buitenlandse arbitrale vonnissen wel is overgeheveld van de voorzieningenrechter van de rechtbank naar het gerechtshof. De verlotverlening bij buitenlandse vonnissen vindt, in tegenstelling tot bij nationale vonnissen waar summier wordt getoetst, niet *ex parte* maar op tegenspraak plaats. Dit rechtvaardigt het voorgestelde verschil in behandeling. Daar komt bij dat het bij buitenlandse vonnissen slechts om een beperkt aantal verlotverzoeken per jaar gaat. Het gerechtshof is hierdoor goed in staat om deze verzoeken in eerste en enige feitelijke aanleg te behandelen.

De leden van de fractie van het CDA hebben terecht opgemerkt dat arbiters met Europeesrechtelijke vragen kunnen worden geconfronteerd. Zij hebben gevraagd waarom het wetsvoorstel niet regelt dat arbiters (via de overheidsrechter) prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie. Vooropgesteld zij dat het redigeren van een dergelijke bepaling geen zuiver nationale aangelegenheid is. Afstemming binnen de Europese Unie is daarvoor beslist noodzakelijk. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft 23 maart 1982 in zaak 102/81 (Nordsee) beslist dat het stellen van prejudiciële vragen niet openstaat voor arbiters. Niet vast staat hoe het Hof van Justitie omgaat met prejudiciële vragen waarbij de overheidsrechter slechts als «doorgeefluik» fungeert. De overheidsrechter zou bovendien zelf een verantwoordelijkheid moeten hebben voor de vraag of en wijze waarop eventuele prejudiciële vragen aan het Hof zouden moeten worden voorgelegd. Partijen zullen zich hierover moeten kunnen uitlaten. Dit betekent dat binnen de arbitrale procedure een procedure wordt gevoerd bij de overheidsrechter over het al dan niet stellen van de prejudiciële vraag en de wijze waarop. Zo kunnen prejudiciële vragen een arbitraal geding vertragen en compliceren. Wel kunnen in een arbitrale procedure bijvoorbeeld door middel van deskundigen antwoorden op Europeesrechtelijke vragen worden verkregen. Ik geef daaraan de voorkeur opdat arbitrale procedures zo efficiënt mogelijk verlopen en de overheidsrechter zo gericht mogelijk wordt ingezet.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I.W. Opstelten