

Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht

Aan Zijne Excellentie
Mr. I.W. Opstelten
Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH 's-Gravenhage

's-Gravenhage, 20 december 2012

Inzake: het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de herziening van het arbitragerecht

Excellentie,

Naar aanleiding van uw verzoek om schriftelijk te adviseren over bovengenoemd wetsvoorstel, kan de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht u als volgt berichten.

Inleiding

1. De Adviescommissie stelt voorop dat zij voorstander is van verdere modernisering en optimalisering van het arbitragerecht. Zij plaatst echter vraagtekens bij de wijze waarop het wetsvoorstel is ingericht, zowel daar waar het de opzet en enkele hoofdonderwerpen betreft, als op diverse detailpunten. Tegen deze achtergrond geeft de Adviescommissie in overweging om het wetsvoorstel in sterk afgeslankte vorm, namelijk beperkt tot wijzigingen waaraan daadwerkelijk behoefte bestaat, verder te brengen tot wetgeving. Een en ander wordt in het navolgende toegelicht.
2. De Adviescommissie beperkt zich tot de navolgende opmerkingen die in haar ogen de belangrijkste zijn. Mocht u behoefte hebben aan advisering op meer detailniveau, dan is de Adviescommissie uiteraard graag bereid aanvullend advies uit te brengen.

Algemene opmerkingen

3. De Adviescommissie heeft zich gebogen over de opzet van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel beoogt het huidige arbitragerecht integraal ter hand te nemen om te bezien waar modernisering en verdere optimalisering mogelijk is. De Adviescommissie constateert echter dat bepaalde onderwerpen bij die aanpak nog verdere overdenking behoeven en dat bepaalde voorgestelde teksten verdere aanscherping verdienen. Bij dit laatste speelt een rol dat, anders dan in het Voorontwerp-Van den Berg, het

wetsvoorstel uitgaat van het huidige Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarvan uitgaande worden alle wijzigingen voorgesteld. Die aanpak heeft als nadeel dat daarmee het zicht op het arbitragerecht als geheel wordt ontnomen, terwijl men zich bij elke voorgestelde wijziging moet afvragen of die niet doorwerkt in andere bepalingen. Tegen deze achtergrond zou de Adviescommissie ervoor willen pleiten om op dit punt een duidelijke keuze te maken. Ofwel de wetgever kiest voor een integrale aanpassing van het arbitragerecht, waarbij dan ook het hele systeem moet worden doordacht en opnieuw moet worden opgebouwd in een integraal vernieuwde tekst. Ofwel de wetgever kiest ervoor om alleen enkele in de praktijk gesignaleerde problemen te verhelpen, in welk geval volstaan kan worden met wijzigingsvoorstellen ten opzichte van de huidige tekst. Uit paragraaf 1 van dit advies en de verdere uitwerking volgt dat de Adviescommissie voorstander is van laatstgenoemde variant. Teneinde toch ook in die variant de toegankelijkheid van het wetsvoorstel te vergroten, zou het in de ogen van de Adviescommissie overweging verdienen om aan de memorie van toelichting een doorlopende tekst van Boek 4 te hechten.

4. De Adviescommissie heeft zich vervolgens de vraag gesteld of binnen het arbitragerecht (meer dan thans het geval is) onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen internationale en nationale arbitrages. Met name voor het internationale arbitragerecht geldt immers dat de daarop krachtens tal van reglementen toepasselijke regels (denk bijvoorbeeld aan de wrakingsregeling in ICC-arbitrages) soms minder goed aansluiten bij ons huidige arbitragerecht. De Adviescommissie is geen voorstander van een dergelijk onderscheid. Het arbitragerecht zou vanuit een oogpunt van rechtseenheid en hanteerbaarheid zo moeten worden ingericht dat het zo veel als mogelijk aansluit bij de praktijk van zowel de nationale als de internationale arbitrages.
5. Dat brengt de Adviescommissie bij haar laatste algemene opmerking. Arbitrage is een vorm van particuliere rechtspraak, waarbij voor wat betreft de inrichting van de procedure veel wordt overgelaten aan de vrijheid van partijen. Tegen deze achtergrond plaatst de Adviescommissie vraagtekens bij de mate van detaillering van de regels in het wetsvoorstel. Sommige regels zijn zelfs gedetailleerder dan de parallelle regels voor de overheidsrechter; zie bijvoorbeeld de voorgestelde regeling van artikel 1038c en 1038d inzake de tegenvordering en artikel 1072b over elektronische middelen. De Adviescommissie meent dat als uitgangspunt zou moeten gelden zo veel als mogelijk een regeling op hoofdlijnen, waarna de verdere invulling kan worden overgelaten aan partijen en/of de reglementen van arbitrage-instituten. Tegen deze achtergrond pleit de Adviescommissie ervoor alle voorstellen die een nadere detaillering behelzen waarvan niet is gebleken dat daaraan behoefte bestaat, te schrappen.

Enkele hoofdonderwerpen

6. De belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel zien op de verhouding tussen arbitrage en procedures bij de overheidsrechter. Zo wordt de procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis en de procedure ter verkrijging van een exequatur overgeheveld naar de hoven en wordt de mogelijkheid van beroep tegen een onbevoegdverklaring door de rechtbank uitgesloten (zie het voorgestelde artikel 1022d). Om met deze laatste wijziging te beginnen: deze wijziging leidt ertoe dat in de voorgestelde regeling – in elk geval in theorie, maar naar alle waarschijnlijkheid ook in de praktijk – drie maal achtereen kan worden geprocedeerd over dezelfde vraag naar de bevoegdheid van arbiters dan wel de overheidsrechter. Ten eerste in de procedure bij de overheidsrechter, waarbij gedaagde zich beroept op onbevoegdheid vanwege het bestaan van een arbitrageovereenkomst. Die procedure komt in het voorgestelde systeem in geval van onbevoegdverklaring niet verder dan de rechtbank in eerste aanleg (behoudens het meer uitzonderlijke geval, waarin de rechtbank zich bevoegd verklaart en eerst in hoger beroep dan wel cassatie een onbevoegdverklaring volgt). Ten tweede in de daarop volgende arbitrage, waarin het dan vreemd genoeg eiser in de arbitrage (tevens eiser in de eerdere civiele procedure die ondanks zijn verweer in het bevoegdheidsincident is geëindigd met onbevoegdverklaring) is die een beroep moet doen op onbevoegdheid van arbiters (ervan uitgaande dat hij zich niet wil neerleggen bij de onbevoegdverklaring door de rechtbank). Bij gebreke daarvan kan hij het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst immers in een vernietigingsprocedure niet meer invoeren. En ten derde dan nog in de vernietigingsprocedure, waarin het arbitrale vonnis wordt aangevochten op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Die procedure wordt dan bij het Hof gevoerd, waarna partijen de zaak dan uiteindelijk nog aan de Hoge Raad kunnen voorleggen. De Adviescommissie acht dit voorgestelde systeem, waarin dus drie maal achtereen over de bevoegdheid van arbiters dan wel de rechter kan worden geprocedeerd, verre van praktisch en daarmee onwenselijk. Daarnaast roept het systeem ook enkele juridische vragen op. Zo rijst de vraag hoe het beroep op onbevoegdheid tijdens de arbitrale procedure en het daarop volgende oordeel van de arbiter zich eigenlijk verhouden tot de eerdere onbevoegdverklaring door de overheidsrechter. En de vervolgvraag is dan uiteraard hoe het beroep op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst in een latere vernietigingsprocedure en het oordeel van de overheidsrechter in die vernietigingsprocedure zich verhouden tot die eerdere onbevoegdverklaring door de overheidsrechter. Teneinde al deze perikelen te voorkomen, pleit de Adviescommissie ervoor op dit punt vast te houden aan de huidige regeling.
7. Het wetsvoorstel beperkt de procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis en tot het verkrijgen van een exequatur tot één feitelijke instantie en wel bij de hoven. De

Adviescommissie acht dit voor de procedure tot vernietiging een verdedigbare keuze. Gelet op de tendens om in hoger beroep steeds meer enkelvoudige afdoening toe te laten, tekent de Adviescommissie wel aan dat de vernietigingsprocedure in haar ogen altijd meervoudig zou moeten worden afgedaan. Vanuit een oogpunt van overtuigingskracht is het immers niet wenselijk dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd dan wel in stand gelaten door een enkelvoudige kamer van het hof. De Adviescommissie geeft in overweging een en ander in de memorie van toelichting tot uiting te laten komen.

8. De Adviescommissie is niet overtuigd van het voordeel van onderbrenging van de exequaturprocedure bij de hoven. In het merendeel van de exequaturprocedures wordt immers geen verweer gevoerd, waarna het exequatur in de praktijk vrijwel automatisch (met slechts een marginale toets door de rechter aan de hand van de weigeringsgronden en gevolgd door slechts een aantekening van het exequatur op het originele arbitrale vonnis) wordt verleend. Afdoening door de voorzieningenrechter lijkt dan praktischer en is bovendien vanuit een oogpunt van griffierechten goedkoper. In zaken waarin wel verweer wordt gevoerd, zou – met het oog op ingewikkelde en/of internationale zaken – het de voorkeur verdienen dat zaken ook meervoudig kunnen worden afgedaan. Dat vergt dan wel wetswijziging aangezien het huidige artikel 50 RO niet voorziet in de mogelijkheid van meervoudige afdoening. Bij gebreke daarvan zou in de memorie van toelichting kunnen worden gewezen op de thans al bestaande mogelijkheid om een zaak met instemming van partijen toch meervoudig af te doen. Afdoening door de voorzieningenrechter zou betekenen dat in het voorgestelde artikel 1063 lid 4 weer moet worden gerefereerd aan hoger beroep en aansluitend cassatieberoep. Een andere optie zou zijn om van de beschikking van de voorzieningenrechter enkel cassatieberoep open te stellen. In beide opties geldt dat de termijn voor beroep zou moeten worden vermeld, tenzij de reguliere beroepstermijn geacht wordt te gelden hetgeen dan echter in de toelichting duidelijk zou moeten worden gemaakt.
9. Naar huidig recht staan tegen de weigering van een exequatur hoger beroep en aansluitend cassatieberoep open, terwijl tegen de verlening van een exequatur geen rechtsmiddel openstaat. Voor de partij tegen wie tenuitvoerlegging wordt gezocht, resteren na verlening enkel nog de procedure tot vernietiging en die tot herroeping van het arbitrale vonnis. Het wetsvoorstel regelt dat – tenzij partijen anders zijn overeengekomen, in welk geval wederom enkel de buitengewone rechtsmiddelen vernietiging en herroeping resteren – beroep in cassatie openstaat tegen de verlening van een exequatur. De Adviescommissie is geen voorstander van deze voorgestelde wijziging. De openstelling van cassatieberoep past immers niet in het in de toelichting verwoorde streven naar het terugdringen van aan arbitrages gerelateerde procedures bij de rechter. Bovendien zoekt de partij tegen wie tenuitvoerlegging wordt gezocht in de praktijk zijn toevlucht eenvoudigweg tot een executiegeschil. De mogelijkheid dat

partijen anders kunnen overeenkomen, ziet de Adviescommissie niet als een genoegzame oplossing, omdat partijen dit soort onderwerpen zelden in hun arbitraal beding regelen en in plaats daarvan doorgaans gewoon verwijzen naar een arbitragereglement.

10. De Adviescommissie constateert dat enkele elementen van het huidige artikel 1062 zijn overgeheveld naar de regeling van het hoger beroep. De Adviescommissie geeft in overweging om dat terug te draaien, aangezien concentratie in artikel 1062 de overzichtelijkheid en daarmee de hanteerbaarheid ten goede komt.
11. De Adviescommissie geeft in overweging om de vernietigingsgrond dat het arbitrale vonnis niet met redenen is omkleed (artikel 1065 lid 1 sub d) ofwel in de tekst zelf te verduidelijken, al dan niet door aansluiting te zoeken bij de terminologie van de Hoge Raad (zie laatstelijk HR 22 december 2006, LJN AZ1593), ofwel in de memorie van toelichting te verduidelijken. Het moet immers aanstonds duidelijk zijn dat deze vernietigingsgrond enkel in evidente gevallen met succes kan worden opgeworpen.
12. Het verdient volgens de Adviescommissie aanbeveling om de verhouding tussen de exequaturprocedure en de procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis te verduidelijken en te vereenvoudigen. Het voorgestelde artikel 1065 lid 8 leidt tot een te ingewikkeld systeem. Overwogen zou kunnen worden om de vordering tot vernietiging enkel te koppelen aan de datum van het arbitrale vonnis, zodat een latere exequaturverlening niet weer opnieuw een aanknopingspunt biedt voor een vernietigingsprocedure. Met het oog op een duidelijke afbakening tussen beide procedures verdient het volgens de Adviescommissie ook geen aanbeveling om, zoals het voorgestelde artikel 1063 doet, de exequaturprocedure uit te breiden met vernietigingsgronden. Voorkomen moet worden dat de exequaturprocedure verwordt tot een pseudo-vernietigingsprocedure.

Diverse detailonderwerpen

13. Het wetsvoorstel stelt voor om het arbitraal beding in consumentenovereenkomsten op de zogeheten zwarte lijst van artikel 6:236 sub n BW te plaatsen. De Adviescommissie kan zich vanuit een oogpunt van consumentenbescherming met dit voorstel verenigen. De Adviescommissie vraagt wel aandacht voor het feit dat plaatsing op de zwarte lijst ogenschijnlijk niet geheel strookt met het feit dat de wetgever aan de andere kant juist arbitrage verder wil stimuleren. Dit aandachtspunt wint aan kracht ingeval een tendens zou ontstaan om de huidige bindendadviesprocedures in consumentenangelegenheden bij de diverse geschillencommissies om te bouwen tot arbitrages.

14. De Adviescommissie heeft zich gebogen over het onderwerp van de arbitrabiliteit van geschillen rond besluiten van organen van vennootschappen, dit naar aanleiding van het Groenselect-arrest (HR 10 november 2006, LJN AY4033) en de nadien op dat arrest wel geuite kritiek. De vraag is of de wetgever op dit terrein expliciet op ruimere schaal arbitrage mogelijk zou moeten maken. De Adviescommissie is geen voorstander van een dergelijke regeling. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt verdient het alleszins de voorkeur om regelingen zo algemeen mogelijk te maken en niet toe te spitsen op een bepaald onderwerp. Wel zou in de toelichting tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat arbitrabiliteit alleen dan ontbreekt indien sprake is van onderwerpen (waarop de vordering in arbitrage is gestoeld) die niet ter vrije beschikking van partijen staan en onderwerpen waarbij nodig is dat de uitspraak werking erga omnes heeft. Ook zouden in de toelichting voorbeelden kunnen worden gegeven van onderwerpen die wel en die niet arbitabel zijn.
15. Het verdient aanbeveling om de regeling inzake de verhouding tussen arbitrage en voorlopige bewijslevering ten overstaan van de overheidsrechter (artikel 1022b – 1022d) door te trekken naar de mogelijkheid van afgifte van stukken (artikel 1040 lid 2).
16. In artikel 1028 duidt "of anderszins" blijkbaar op een benoemingsregeling die los van de arbitrageovereenkomst is overeengekomen. Het verdient aanbeveling dit in de memorie van toelichting te verduidelijken. Daarnaast merkt de Adviescommissie op dat in haar ogen de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden, beperkt zou moeten blijven tot de benadeelde partij.
17. Ten aanzien van de wrakingsregeling in artikel 1033 en 1035 stelt de Adviescommissie voor de mogelijkheid te introduceren dat partijen ten aanzien van de procedure bij de voorzieningenrechter anders kunnen overeenkomen. Uit de toelichting zou dan wel moeten blijken dat als partijen, in hun arbitrageovereenkomst zelf dan wel door middel van verwijzing naar een arbitragereglement, van deze mogelijkheid gebruik maken, verlangd wordt dat de wrakingsprocedure aan de algemene eisen van behoorlijke rechtspraak voldoet, hetgeen doorgaans zal betekenen dat een juridisch geschoold persoon betrokken zal moeten zijn. Introductie van deze mogelijkheid maakt dat ons arbitragerecht beter aansluit bij de (internationale) praktijk.
18. In artikel 1041 lid 1 wordt gerefereerd aan de mogelijkheid dat arbiters het voorbrengen van getuigen en deskundigen kunnen bevelen. De Adviescommissie wijst erop dat alleen de rechter het voorbrengen van getuigen en deskundigen kan bevelen en afdwingen. Arbiters kunnen enkel bewijslevering door middel van getuigen en deskundigen opdragen. De tekst van lid 1 behoeft derhalve aanscherping. Voorts zou in

de tekst tot uitdrukking moeten worden gebracht dat het hier partijdeskundigen betreft.

19. Het komt de Adviescommissie voor dat lid 1 en 4 enerzijds en lid 2 anderzijds van artikel 1042 op gespannen voet met elkaar staan. Indien partijen krachtens lid 1 en 4 anders kunnen overeenkomen, ligt het niet voor de hand dat schending van lid 2 een vernietigingsgrond kan opleveren. Overigens gaat lid 2 verder dan de regeling voor de overheidsrechter, hetgeen de vraag oproept of daarvoor wel een rechtvaardiging bestaat.
20. De Adviescommissie geeft in overweging om de woorden "in of buiten Nederland" in artikel 1042a te schrappen, aangezien die bewoordingen ook niet voorkomen in de bepalingen voor getuigen en deskundigen.
21. Het verdient in de ogen van de Adviescommissie aanbeveling om aan artikel 1048 de mogelijkheid toe te voegen dat partijen anders kunnen overeenkomen. Onder omstandigheden kunnen partijen immers een gerechtvaardigd belang hebben bij het zelf kunnen bepalen op welke datum het arbitrale vonnis zal worden gewezen. Deze datum zal dan uiteraard wel ook op voorhand door de arbiter bij de aanvaarding van zijn opdracht moeten worden aanvaard.
22. In artikel 1048a ziet de Adviescommissie geen rechtvaardiging voor de eis dat bezwaar alleen schriftelijk kan worden gemaakt. Bezwaar zou ook mondeling moeten kunnen worden gemaakt.
23. Artikel 1056 refereert aan het moment waarop de opdracht van het scheidsgerecht niet voortduurt. Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling dan ook ergens expliciet te regelen wanneer die opdracht precies eindigt.
24. De Adviescommissie beveelt aan de regeling in artikel 1058 van het depot (nederlegging) van het arbitrale vonnis af te schaffen. Dat depot voegt eigenlijk niets toe en ook internationaal neemt Nederland op dit punt een uitzonderingspositie in. Voordeel van afschaffing zou ook zijn dat termijnen niet meer zoals nu gekoppeld worden aan zowel de datum van depot als een ander aanvangsmoment. Dat komt de eenvormigheid ten goede.
25. De Adviescommissie geeft in overweging om de terminologie zoals die wordt gebruikt bij de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1 sub d, het vonnis is niet met redenen omkleed, meer in overeenstemming te brengen met de terminologie zoals de Hoge Raad die gebruikt in zijn jurisprudentie op dit terrein.

26. De Adviescommissie geeft ten slotte in overweging om het wetsvoorstel en de memorie van toelichting te toetsen op consistente terminologie. Zo wordt in het wetsvoorstel gesproken over "hoger beroep tegen", terwijl elders wordt gesproken over "hoger beroep van". Het wetsvoorstel spreekt over het "verslag" van het verhoor, terwijl bij de overheidsrechter wordt gesproken van een "proces-verbaal". Ook terminologie zoals een bevoegdheid die verstrijkt (artikel 1063 lid 2) verdient geen aanbeveling. Indien in het voorgestelde artikel 1064a lid 1 het hof als bevoegde instantie in eerste aanleg wordt aangewezen, strookt daarmee niet om in lid 5 te refereren aan de uitspraak in hoger beroep op grond van het eerste lid.

27. De Adviescommissie onderschrijft ten slotte de mogelijkheid van heropening van het arbitrale geding als bedoeld in artikel 1065a. De verdere uitwerking daarvan verdient echter nog wel aandacht.

Hoogachtend,

mr. E.M. Wesseling-van Gent
voorzitter