

NEDERLANDS ARBITRAGE INSTITUUT

AERT VAN NESSTRAAT 25 J-K 3012 CA ROTTERDAM



0 BD

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

31 juli 2012

Geachte heer,

Inzake: **Concept wetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht**

Bij brief van 13 maart 2012 heeft u aan het Nederlands Arbitrage Instituut advies gevraagd over het concept wetsvoorstel tot herziening van de arbitrageregels. Hierbij zend ik u in bijlage het commentaar zoals dat mede vorm heeft gekregen op basis van een gedachtewisseling over het wetsvoorstel tijdens een bijeenkomst van NAI arbiters op 23 mei 2012 te Amsterdam, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het Ministerie.

De doelstellingen van het wetsvoorstel, het wegnemen van belemmeringen voor het gebruik van arbitrage en door het bieden van hoogwaardige geschillenbeslechting zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage de concurrentiepositie van Nederland te verbeteren, worden van harte ondersteund door het NAI. In dit verband vragen wij met name aandacht voor aanpassing van de voorstellen ten aanzien van de wrakingsprocedure, die de concurrentiepositie van Nederland als plaats van arbitrage verder zou kunnen versterken.

Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u onze adviezen bij uw besluitvorming zou willen betrekken. Voor eventuele nadere toelichting zijn wij beschikbaar.

Met vriendelijke groet,


W.H. van Baren
Voorzitter

Opmerkingen NAI over het wetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht.

Inleiding

Op 13 maart 2012 heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht gepubliceerd. Met de voorgestelde wijzigingen wordt beoogd belemmeringen voor het gebruik van arbitrage weg te nemen. Daarnaast wordt het bieden van hoogwaardige geschillenbeslechting zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage essentieel geacht voor het verbeteren van de concurrentiepositie van Nederland.

Het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) biedt sinds haar oprichting in 1949 aan het bedrijfsleven een goed geregelde arbitrageprocedure op basis van het NAI Arbitragereglement. De laatste jaren worden op jaarbasis 125-150 arbitrages aanhangig gemaakt, waarvan circa 35% internationale arbitrages betreft (arbitrages met tenminste een niet-Nederlandse partij).

Het NAI onderschrijft de doelstellingen van het wetsvoorstel van harte en maakt hierbij, mede vanuit haar jarenlange ervaring als Nederlands algemeen arbitrage-instituut, een aantal opmerkingen die de wetgever bij het opstellen van het definitieve wetsvoorstel in overweging zou kunnen nemen teneinde die doelstellingen nog beter na te kunnen streven. De onderstaande opmerkingen zijn mede de weerslag van de gedachtewisseling over het wetsvoorstel tijdens een bijeenkomst van NAI arbiters op 23 mei 2012 te Amsterdam, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van het Ministerie.

1. Kwaliteitseis scheidsgerecht (artikel 1023 lid 2)

In het artikel 1023 lid 2 wordt de nieuwe eis gesteld dat ten minste een van de personen die deel uitmaakt van het scheidsgerecht de graad van meester in de rechten of een daarmee vergelijkbare graad in het recht bezit, tenzij aan het scheidsgerecht een secretaris wordt toegevoegd die over een dergelijke graad beschikt. Deze nieuwe wettelijke kwaliteitseis volgt de door het NAI al jarenlang gehanteerde praktijk bij benoemingen.

De eis beoogt volgens de toelichting te waarborgen dat het scheidsgerecht de nodige juridische bagage beschikt. Zeker internationaal is dit een ongebruikelijke eis en het is geenszins ondenkbaar dat aan de regeling niet de hand wordt gehouden. Dat zou inhouden dat mogelijk in strijd is gehandeld met de voor de samenstelling van het scheidsgerecht geldende regels, hetgeen een grond voor vernietiging van het arbitraal vonnis oplevert op grond van artikel 1065 lid 1 sub b. Dat het partijen vrij staat bij overeenkomst af te wijken van de regeling, biedt dit het NAI de mogelijkheid in haar reglement de kwestie nader te regelen. Het ligt echter niet in de lijn van verwachting dat buitenlandse arbitrage-instituten rekening zullen houden met deze bijzondere bepaling. De voorgestelde regeling maakt evenmin duidelijk wat precies wordt bedoeld met een "daarmee vergelijkbare graad in het recht", vooral in een internationale context, hetgeen tot onnodige discussies en mogelijk tot onnodige vernietigingsacties leidt. Het is bovendien de vraag of het enkele bezit van een graad van meester in de rechten of een daarmee vergelijkbare graad waarborgt dat het scheidsgerecht deskundigheid en inzicht heeft op gebieden als internationaal privaatrecht, arbitraal en burgerlijk procesrecht, bewijsrecht, overeenkomstenrecht, mededingingsrecht en (overig) materieel recht.

Het voordeel dat de regeling probeert te bewerkstelligen, waarborgen van de kwaliteit van - vooral nationale - arbitrage, is uiteindelijk wellicht minder groot dan het nadeel van het creëren van additionele vernietigingsrisico's in internationale arbitrages. In dat kader verdient het stellen van deze internationaal ongebruikelijke kwaliteitseis heroverweging.

2. *Ontheffing opdracht bij onaanvaardbaar trage wijze van uitvoering (artikel 1029, lid 1 en lid 5)*

Artikel 1029 lid 5 treedt in de plaats van het huidige artikel 1031 lid 2, waarbij in de toelichting uitdrukkelijk wordt vermeld dat de bepaling geen ruimte laat slechts enkele arbiters van hun opdracht te ontheffen. Blijkens de toelichting wordt daarmee beoogd de zaak zo spoedig mogelijk af te doen zonder discussie over aan wie van de arbiters de vertraging is te wijten.

Artikel 17 lid 4 NAI Reglement biedt de administrateur de mogelijkheid uit eigener beweging een arbiter van zijn opdracht te ontheffen indien hij (i) rehtens of feitelijk niet meer in staat is zijn opdracht te vervullen, of (ii) zijn opdracht niet overeenkomstig het reglement uitvoert. Op grond van deze bepaling kan de administrateur ook een arbiter van zijn opdracht ontheffen die onvoldoende toeziet op een voortvarend verloop van de arbitrale procedure (artikel 23 lid 3 NAI Reglement). De nieuwe toevoeging aan het slot van het eerste lid van artikel 1029, die ook ten aanzien van de ontheffing van de opdracht aan het scheidsgerecht de mogelijkheid laat dat partijen anders overeenkomen, laat naar het NAI begrijpt voortzetting van de praktijk dat in een dergelijk geval ook één arbiter op grond van artikel 17 lid 4 van het NAI Reglement kan worden vervangen toe. Het NAI zou het op prijs stellen indien dit in de toelichting wordt verduidelijkt.

3. *Wrakingsprocedure (artikel 1035)*

De voorgestelde regeling voorziet in de handhaving van de al in het huidige artikel 1035 voortvloeiende bevoegdheid van de voorzieningenrechter van de rechtbank om te beslissen over de gegrondheid van wraking. Het NAI heeft om die reden in 2010 de wrakingsprocedure uit haar Reglement geschrapt.

Internationaal gezien neemt Nederland hiermee een nogal uitzonderlijke positie in. In het Voorontwerp van de werkgroep Van den Berg is gekozen voor een exclusieve bevoegdheid van de institutionele wrakingsregeling in de zin dat indien de wraking door de door partijen aangewezen derde niet ontvankelijk dan wel ongegrond wordt bevonden, de wraking niet alsnog aan de voorzieningenrechter van de rechtbank kan worden voorgelegd, terwijl de mogelijkheid tot vernietiging van het arbitraal vonnis blijft openstaan. Dat laat alle ruimte aan de institutionele wrakingsprocedures. Indien twijfel zou bestaan over het waarborgen van een goede afgewogen beslissing door de instituten, zou overwogen kunnen worden de mogelijkheid te scheppen bij AMvB instituten aan te wijzen die bevoegd zijn om op een wrakingsverzoek te beslissen. Als mogelijk alternatief zou kunnen worden gedacht aan de regeling in Section 24 van de Engelse Arbitration Act, die toegang biedt tot de burgerlijke rechter voor wrakingsverzoeken op daarin opgenomen specifieke gronden. Die regeling bepaalt uitdrukkelijk *"If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has First exhausted any available recourse to that institution or person."*

Het NAI adviseert de voorgestelde regeling te heroverwegen en in het wetsvoorstel ruimte te scheppen voor institutionele wrakingsprocedures.

4. *Mondelinge toelichting ter zitting (artikel 1038b)*

Uit de toelichting blijkt dat ook wanneer partijen vooraf overeenkomen af te zien van een mondelinge toelichting, dit het scheidsgerecht niet belet een zitting te bevelen wanneer dit nodig wordt geacht. De tekst van de voorgestelde bepaling laat echter de mogelijkheid open dat partijen overeenkomen dat het scheidsgerecht dit niet uit eigener beweging kan doen. De bepaling, althans de toelichting zou op dit punt kunnen worden verduidelijkt.

5. *Voorlopige voorzieningen (artikel 1043b)*

Artikel 1051 lid 1 oud biedt partijen de mogelijkheid niet alleen het scheidsgerecht, maar ook de voorzitter daarvan bij overeenkomst de bevoegdheid te verlenen in kort geding vonnis te wijzen. In het wetsvoorstel is die mogelijkheid ten aanzien van de voorzitter zonder verdere toelichting vervallen. Enerzijds kan worden geredeneerd dat een eenmaal benoemd scheidsgerecht als een geheel dient op te treden en dus ook als geheel scheidsgerecht uitspraak dient te doen in kort geding. Anderzijds kan het in de praktijk niet altijd eenvoudig blijken het scheidsgerecht op korte termijn bij elkaar te krijgen om een kort geding vonnis te wijzen. Indien de insteek van de wetgever is om ook verzoeken om voorlopige voorzieningen zoveel mogelijk bij het scheidsgerecht te laten, dan ligt het wellicht voor de hand in geval van spoedeisendheid gedurende de arbitrale procedure ook de voorzitter van het scheidsgerecht de bevoegdheid te laten in kort geding voorlopige voorzieningen te treffen. Wellicht dat de door de wetgever op dit punt gemaakte keuze in de toelichting kan worden verduidelijkt. Het NAI Reglement kent overigens niet de mogelijkheid om bij een kort geding op de voet van artikel 37 van het NAI Reglement alleen de voorzitter uitspraak te laten doen, omdat dit recht doet aan de keuze van partijen hun geschil (ook in kort geding) door drie arbiters te laten beslechten.

Artikel 1043b lid 4 bepaalt dat een uitspraak van het scheidsgerecht over het verzoek een voorlopige voorziening te treffen geldt als een arbitraal vonnis. Dat komt overeen met een vonnis gewezen overeenkomstig artikel 37 en de Vierde afdeling A van het NAI Reglement. Het wetsvoorstel maakt niet duidelijk in hoeverre daarnaast nog ruimte bestaat voor voorlopige maatregelen in de vorm van een opdracht (order) uit hoofde van artikel 38 van Het NAI Reglement (beslissingen of maatregelen ten aanzien van de zaken in geschil die het scheidsgerecht nodig of nuttig voorkomt). De zinsnede "tenzij partijen anders zijn overeengekomen" lijkt daarvoor geen ruimte te bieden. Het lijkt nuttig de mogelijkheid te handhaven om ook zonder toepasselijkheid van de derde tot en met vijfde titel dergelijke beslissingen of maatregelen te nemen.

6. *Samenvoeging (artikel 1046)*

In de toelichting wordt een scheidsgerecht genoemd als een voorbeeld van een door partijen aangewezen derde die over samenvoeging van arbitrale gedingen kan beslissen. Wordt daar niet geduid op arbitrage-instituten in plaats van scheidsgerechten?

7. *Aanvullend vonnis (artikel 1061)*

In artikel 1061 lid 5 wordt nog gerefereerd aan een door de secretaris van het scheidsgerecht getekend afschrift, terwijl in het nieuwe artikel 1058 lid 1 wordt gerefereerd aan een door partijen aangewezen derde gewaarmerkt afschrift. Het verdient aanbeveling de tekst van lid 5 hieraan aan te passen.

8. *Terugverwijzing gedurende vernietigingsprocedure (artikel 1065a)*

In de toelichting wordt opgemerkt dat door een terugverwijzing de bevoegdheid van het scheidsgerecht herleeft en 'zo nodig' nieuwe arbiters worden benoemd. Wordt met dat laatste bedoeld op de situatie dat een of meer arbiters niet meer in staat of bereid zijn hun opdracht nader te vervullen? Of dient dit ruimer te worden gezien en omvat het mede situaties waarin er gerede twijfel bestaat of het scheidsgerecht in voldoende mate bereid en in staat is onbevooroordeeld naar de zaak te kijken. Mogelijk moet het scheidsgerecht immers toegeven dat het een fout heeft gemaakt. Het NAI gaat er van uit benoeming van nieuwe arbiters geschied volgens de daartoe door partijen gemaakte afspraken (en het door partijen van toepassing verklaarde arbitragereglement). Dit kan wellicht in de toelichting worden verduidelijkt.

In lid 3 wordt bepaald dat het door het scheidsgerecht te wijzen arbitraal vonnis in de plaats komt van het vonnis waarvan vernietiging is gevorderd. Houdt dat in dat verbetering en aanvulling van een op grond van artikel 1065a lid 3 gewezen arbitraal vonnis alleen kan geschieden binnen de - inmiddels hoogstwaarschijnlijk verlopen - termijnen vanaf het depot of het wijzen van het oorspronkelijke vonnis waarvan vernietiging is gevorderd?

9. *Gebruikmaken van elektronische middelen (artikel 1072b)*

In lid 1 wordt door het gebruik van de zinsnede "indien de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg bereikbaar is" valt in potentie een ieder die aangeeft een e-mail adres te hebben onder deze regeling. Uit de toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs elektronische weg bereikbaar is. Die voorwaarde lijkt beter vervuld te worden wanneer in de wettekst het woord "daarvoor" wordt gevoegd tussen de woorden "hij" en "langs".

10. *Overgangsrecht (artikel VI)*

Het ware te overwegen partijen de mogelijkheid te bieden overeen te komen dat de herziene wet van toepassing is op lopende arbitrages.

In de toelichting wordt gesproken over arbitragereglementen van scheidsgerechten, aar bedoeld zal worden op arbitragereglementen van arbitrage-instituten.