



0 BD



NEDERLAND

International Chamber of Commerce

The world business organization

Zijne Excellentie
Mr. I.W. Opstelten
Minister
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Schedeldoekshaven 100
2511 EX DEN HAAG

Den Haag, 12 juni 2012

Onderwerp: consultatiewetsvoorstel herziening van het arbitragerecht

Geachte heer Opstelten,

In reactie op het consultatiewetsvoorstel herziening van het arbitragerecht bied ik u bijgaand commentaar aan namens het Nederlands bedrijfsleven verenigd in ICC Nederland, onderdeel van ICC The world business organization.

Onderdeel van onze mondiale organisatie is het in 1923 opgerichte International Court of Arbitration, dat jaarlijks meer dan 800 zaken in behandeling neemt en wereldwijd geldt als het voornaamste instituut op het gebied van internationale commerciële geschillenbeslechting. Nederland neemt thans de 12^e plaats in van landen waarin arbitrage plaats heeft.

Onze organisatie volgt de herziening van het arbitragerecht dan ook nauwgezet. Graag zou ik van de in de bijlage genoemde punten uw bijzondere aandacht willen vragen voor onze argumenten voor aanpassing van de wrakingsprocedure. Het recht op een behoorlijke en relatief laagdrempelige wrakingsprocedure is voor partijen in internationale arbitrage van essentieel belang. De wrakingsprocedure zoals thans geformuleerd in het consultatiewetsvoorstel zou Nederland in de toekomst als plaats van arbitrage hoogst onaantrekkelijk maken.

Wij zouden het bijzonder op prijs stellen als u bijgevoegd commentaar bij uw besluitvorming zou willen betrekken.

Uiteraard is ICC graag bereid u nader in te lichten over de feitelijke en praktische situatie rond internationale arbitrage en wrakingsprocedures in het bijzonder.

Voor vragen of commentaar sta ik gaarne tot uw beschikking.

Met vriendelijke groet


H.W. Broeders
Voorzitter

Bijlage

International Chamber of Commerce

Postbus 95309, 2509 CH Den Haag
Bezuidenhoutseweg 12, 2594 AV Den Haag
Telefoon: 070-3836646 Telefax: 070-3819563
E-mail: info@icc.nl/Website: www.icc.nl

Postbank rek. nr. 62.148
MeesPierson Den Haag
rek. nr. 25.76.18.902

06/13/2012 14:58 040

Het consultatiewetsvoorstel herziening van het arbitragerecht gezien vanuit het arbitragereglement van de *International Chamber of Commerce*

Inleiding

Op 13 maart jl. heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie het consultatiewetsvoorstel herziening van het arbitragerecht (het "**Consultatiewetsvoorstel**") gepubliceerd met het doel om het huidige arbitragerecht in Nederland te moderniseren naar een volwaardig alternatief naast overheidsrechtspraak. De International Chamber of Commerce ("ICC") wordt wereldwijd beschouwd als toonaangevend internationaal arbitrage instituut. Het administreert arbitrages die overal ter wereld plaatsvinden. Ieder jaar worden er meer dan 800 nieuwe zaken ingeschreven, waarbij partijen betrokken zijn uit meer dan 130 landen ter wereld. Veel Nederlandse partijen kiezen voor ICC arbitrage. Daarnaast neemt Nederland volgens onderzoek de 12^e plaats in van landen waarin de plaats van ICC arbitrages is gelegen. De Nederlandse juridische infrastructuur voor arbitrages is derhalve van belang voor het ICC. Indien het Consultatiewetsvoorstel wordt gezien in het licht van het ICC arbitragereglement, dan zijn er een aantal in het oog springende punten die de wetgever bij het opstellen van het wetsvoorstel in overweging zou moeten nemen.

Institutionele wrakingsprocedure

Anders dan het conceptwetsvoorstel van de werkgroep Van den Berg¹, voorziet het Consultatiewetsvoorstel (art. 1035 lid 2 Rv.) niet in de mogelijkheid om een derde aan te wijzen die over een wrakingsverzoek kan beslissen. Zodoende kan (een orgaan van) een arbitrage-instituut ter zake van een in Nederland gesitueerde arbitrage dus niet rechtsgeldig beslissen over wrakingsverzoeken. Daarmee zou Nederland een zeer uitzonderlijke, zo niet unieke positie innemen. Het concept art. 1035 lid 2 Rv is zeer ongebruikelijk en bijvoorbeeld niet terug te vinden in de UNCITRAL Model Law. Naast het ICC heeft ook een groot aantal andere internationale arbitrage-instituten die arbitrages administreren waarvan de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, een eigen wrakingsregeling. Partijen in internationale arbitrages hebben daaraan behoefte, onder meer vanwege de vertrouwelijkheid ervan. De wrakingsprocedure bij de overheid is dat niet en het is helaas bij herhaling voorgekomen dat details van vertrouwelijke arbitrageprocedures via dergelijke wrakingsprocedure in het publieke domein terecht zijn gekomen. Een ander voordeel is dat de betreffende instituten de zaak waarin de wraking zich voordoet steeds al op de voet volgen. Een rechterlijke wrakingsprocedure dwingt partijen zich ten slotte te wenden tot een Nederlandse advocaat – daar waar de enige band met Nederland in een arbitrage soms de plaats van arbitrage is – die zich volledig in de zaak zal moeten inwerken om de Nederlandse rechter volledig over de zaak en achtergronden te kunnen informeren, hetgeen onnodig tijdverlies oplevert en kostbaar kan zijn.

¹ 'Tekst van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde boek (Arbitrage) Artikelen 1020 – 1076 Rv', *TvA*, 2005, p. 36.

Art. 14 ICC arbitragereglement voorziet in een met waarborgen omklede institutionele wrakingsprocedure, waarbij het ICC Court beslist over wrakingsverzoeken. Als het Nederlandse recht uitsluitend voorziet in een rechtsgeldige wrakingsprocedure bij de nationale rechter, dient bij een ICC arbitrage met plaats van arbitrage in Nederland in ieder geval de procedure voor de Nederlandse rechter te worden doorlopen. Als een partij desondanks de institutionele wrakingsprocedure wenst te doorlopen, dan wordt hij gezien de in art. 1035 lid 1 Rv. en art. 14 lid 2 ICC arbitragereglement opgenomen termijnen genoodzaakt om beide procedures parallel te laten lopen, ter voorkoming van verval van rechten. Indien een partij niet bekend is met de Nederlandse wetgeving op dit gebied, zou dat bovendien kunnen leiden tot verval van rechten indien niet tijdig de rechtelijke wrakingsprocedure in Nederland wordt ingeleid. Een en ander zou ten slotte voor partijen die een ICC arbitragebeding opnemen zeer wel een reden kunnen zijn om niet voor Nederland als plaats van arbitrage te kiezen. Zeker in het internationale verband waarin veel ICC arbitrages zich afspelen, is partijen er veel aan gelegen de gang naar de nationale rechter tijdens de procedure zoveel als mogelijk uit te sluiten.

Het strekt derhalve tot aanbeveling om institutionele wrakingsprocedures wel toe te staan in het wetsvoorstel. Hierbij lijkt het volledigheidshalve raadzaam om de bepaling als opgenomen in art. 1035 lid 8 Rv van het consultatiewetsvoorstel van de werkgroep Van den Berg toe te voegen. Hierin is bepaald 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 wordt voorgelegd, terwijl de mogelijkheid tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van de bepalingen van art. 1065 Rv. blijft openstaan. De reden hiervoor is dat indien partijen de wraking aan een derde hebben toevertrouwd, tegen die beslissing geen gerechtelijke wrakingsprocedure meer openstaat. Het is echter wel van belang dat deze beslissing getoetst kan worden in een vernietigingsprocedure in het kader van art. 1065 lid 1 sub e Rv.²

Het Hof van Arbitrage van de ICC heeft ervaring met het behandelen van vele tientallen wrakingsverzoeken per jaar. De praktische en juridische gevolgen van de thans voorgestelde regeling kunnen door leden van het Hof en het secretariaat uitstekend aan u worden uitgelegd. De President van het Hof, de heer Beechey, en de nieuwe secretaris-generaal, de heer Carlevaris, zijn daarvoor – naast het Nederlandse lid van het Hof, de heer M. Leijten– gaarne beschikbaar.

Meester in de rechten in scheidsgerecht

Een ander aspect van het Consultatiewetsvoorstel dat er bij invoering toe zal leiden dat Nederland internationaal uit de pas gaat lopen is de bepaling in art. 1023 lid 2 dat in ieder geval een persoon van het scheidsgerecht de graad van meester in de rechten of een daarmee vergelijkbare graad in het recht heeft gehaald. Dit is internationaal zeer ongebruikelijk en het ICC arbitragereglement

² 'Tekst van de Voorstellen tot wijziging van het Vierde boek (Arbitrage) Artikelen 1020 – 1076 Rv', *TvA*, 2005, p. 33.

voorziet ook niet in een dergelijke bepaling. Er kan ter zake een probleem ontstaan wanneer partijen niet op de hoogte zijn van deze regeling en geen meester in de rechten in het scheidsgerecht is benoemd. Gezegd kan worden dat dan in strijd is gehandeld met de voor de samenstelling van het scheidsgerecht geldende regels, wat een grond tot vernietiging van het arbitrale vonnis oplevert op grond van art. 1065 lid 1 sub b Rv. Om discussie daaromtrent te voorkomen, strekt het tot aanbeveling om dergelijke voorwaarde niet te introduceren.

Hoewel art. 1023 lid 2 Rv als voorgesteld een opt-out regeling kent, ligt het niet in lijn der verwachting dat internationale arbitrage-instituten rekening houden met deze exotische Nederlandse bepaling. Daardoor is te verwachten dat ook onder institutionele arbitrage handelen in strijd met deze bepaling zal kunnen voorkomen.

Voeging van procedures

Op grond van art. 1046 Rv. (Consultatiewetsvoorstel) kan indien voor een scheidsgerecht in Nederland een arbitraal geding aanhangig is, de meest gereede partij een door de partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, de voorzieningenrechter van de rechtbank te Amsterdam verzoeken de samenvoeging met een ander in Nederland aanhangig arbitraal geding te gelasten, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Het is een verbetering dat in het Consultatiewetsvoorstel partijen deze bevoegdheid ook aan een door hen aangewezen derde kunnen toekennen, zoals het ICC Court.

Het ICC Court heeft namelijk op grond van art. 10 ICC arbitragereglement de bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden op verzoek van een partij twee of meer aanhangige ICC arbitrages te voegen. Het ICC Court heeft ook de (discretionaire) bevoegdheid om voeging te bewerkstelligen van een arbitraal geding voor een scheidsgerecht in Nederland met een arbitraal geding voor een scheidsgerecht in een ander land indien partijen dat expliciet zijn overeengekomen. Zie art. 10 sub a ICC arbitragereglement. Of het in andere gevallen ook kan, zal afhangen van de vraag of het ICC Court in de praktijk de arbitrageovereenkomsten op dat punt verenigbaar acht.

Naar de letter van de tekst van art. 1046 Rv. kan discussie bestaan over de vraag of partijen wel een dergelijke bevoegdheid kunnen verlenen aan het ICC Court of dat dit een niet-toegestane afwijking van art. 1046 Rv. is. Art. 1046 Rv. voorziet immers alleen in voeging van in Nederland aanhangige procedures en onduidelijk is of de opting-out bepaling partijen de bevoegdheid geeft om een ruimere bevoegdheid aan een derde te verlenen ten aanzien van in het buitenland aanhangige arbitrale gedingen. Het strekt tot aanbeveling om partijen expliciet de bevoegdheid toe te kennen om een derde (zoals het ICC Court) aan te wijzen die kan bepalen dat samenvoeging van een in Nederland aanhangig arbitraal geding met een in een ander land aanhangig arbitraal geding kan plaatsvinden, in ieder geval indien partijen dat zijn overeengekomen. In het licht hiervan kan worden verondersteld dat art. 1046 Rv. samenvoeging onder het ICC arbitragereglement niet beperkt. Het zou geen kwaad kunnen om in de memorie van toelichting van het wetsontwerp te vermelden dat de opt-out regeling in art. 1046 Rv. zo dient te worden

uitgelegd dat partijen inderdaad kunnen overeenkomen dat de voorzieningenrechter of de door partijen aangewezen derden die bevoegdheid heeft indien partijen een dergelijke samenvoeging zijn overeengekomen.

Status arbitraal vonnis bij voorlopige voorzieningen

De bepaling in art. 1043b lid 4 Rv. (Consultatiewetsvoorstel) op grond waarvan de beslissing van een scheidsgerecht over een verzoek tot voorlopige voorzieningen geldt als een arbitraal vonnis, kan in de praktijk bijdragen aan de keuze van partijen voor de plaats van arbitrage in Nederland. In art. 28 ICC arbitragereglement wordt bepaald dat het scheidsgerecht de bevoegdheid heeft om voorlopige voorzieningen te wijzen in de vorm van een order of een arbitraal vonnis. Volgens de tekst van art. 1043b lid 4 Rv. lijkt deze wetsbepaling van dwingend recht te zijn en zal een uitspraak van een scheidsgerecht in een in Nederland gesitueerde ICC arbitrage waarin een voorlopige voorziening wordt bevolen altijd gelden als een arbitraal vonnis, ook indien het scheidsgerecht deze heeft aangeduid als een order. Het lijkt nuttig dit toe te lichten in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel, nu het kan voortkomen dat buitenlandse arbiters niet op de hoogte zijn van art. 1034b lid 4 Rv en gebruik maken van de mogelijkheid van art. 28 ICC arbitragereglement om dergelijke beslissingen aan te duiden als order in plaats van een arbitraal vonnis.

Schrapping deponeringsverplichting arbitraal vonnis

Het consultatiewetsvoorstel bevat een nuancering van de verplichting om het arbitrale vonnis te deponeren. Zie art. 1058 Rv. (Consultatiewetsvoorstel). Uitgangspunt blijft echter dat deponering van het arbitrale vonnis de vernietigingstermijn doet starten (art. 1064a Rv.) en het mandaat van het scheidsgerecht doet eindigen (art. 1058 lid 2 Rv.), tenzij partijen anders zijn overeengekomen. In de praktijk is die deponeringsverplichting regelmatig bron van ongelukken, indien het scheidsgerecht – zeker in internationale arbitrages – vergeet om het arbitrale vonnis te deponeren. Het is een verbetering dat het consultatiewetsvoorstel toelaat dat partijen de deponeringsplicht kunnen uitsluiten. Art. 34(3) ICC arbitragereglement houdt reeds een afstand in van partijen van de verplichting van het scheidsgerecht tot deponering van het arbitrale vonnis.

Vertegenwoordigingsbevoegdheid

Art. 17 van het ICC arbitragereglement bepaalt dat het scheidsgerecht of het ICC Secretariaat op ieder moment na aanvang van de arbitrale procedure bewijs kan vragen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van degene die een partij vertegenwoordigt. Voorzover partijen worden bijgestaan door een advocaat, is dat strikt genomen in strijd met het huidige art. 1038 lid 1 Rv., aangezien een advocaat wordt geacht de bevoegdheid te hebben om een partij in een arbitraal geding te vertegenwoordigen en derhalve – anders dan een andere vertegenwoordiger – geen bewijs hoeft over te leggen aan het scheidsgerecht van zijn volmacht. In internationale arbitrages – waar partijen ook kunnen worden bijgestaan door buitenlandse advocaten die niet op

het tableau van de Nederlandse orde van advocaten zijn ingeschreven– is dit echter niet altijd evident. In overweging wordt gegeven om van art. 1038 lid 1 Rv. een opt-out mogelijkheid te maken, zodat partijen daarvan op dit punt af kunnen wijken en kunnen bepalen dat ook van advocaten overlegging van bewijs van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden gevraagd.

* * *