

minitrage minder gebruikelijk dan bij mediation, maar uitgesloten is het niet. Artikel 11, lid 3 van het minitrageglement voorziet zelfs uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat de bemiddelaar 'afzonderlijk overleg' voert met ieder van de overige leden van de minitrage-commissie (dus: de door partijen aangewezen bestuurders die deze partijen vertegenwoordigen), 'onder handhaving van een strikte geheimhouding van hetgeen door een lid van de commissie afzonderlijk in het kader van dat overleg is medegedeeld.' Men versta mij wel: ik veroordeel zulk afzonderlijk overleg geenszins. Integendeel, ik juich het toe, als middel om in het kader van een minitrage, of elke andere vorm van ADR, een vergelijk te bereiken, en heb ook de ervaring dat het daartoe heel nuttig kan zijn. Ik signaleer alleen dat de gewetensvolle President die hierin een kennelijke schending van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor ziet (en is dat zo'n gekke gedachte?) aan een aldus tot stand gekomen 'vonnis' het exequatur zal moeten onthouden. De sluiproute van artikel 12 van het minitrageglement zal dan een doodlopende weg blijken te zijn. Het is misschien niet voor niets dat de Presidenten van de gerechtshoven in hun recente (eerste) jaarverslag³⁶ manen tot voorzichtigheid met de 'privatisering van de rechtspraak' en eraan herinneren dat 'de overheidsrechtspraak' [ook als het gaat om toetsing van arbitrale uitspraken, WE] 'duidelijk waarborgen biedt voor bewaking en handhaving van algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak'.

Tien jaar Arbitragewet en BW

Prof. mr. E.H. Hondius¹

I Inleiding

Tien jaar geleden is ons arbitragerecht grondig vernieuwd. Welke betekenis heeft de vernieuwing gehad voor het burgerlijk recht, en wat is – in andere richting – gedurende het afgelopen decennium de betekenis van het burgerlijk recht voor de nieuwe arbitragebepalingen geweest? Het zijn deze twee, elkaar rakende vragen, die in deze bijdrage aan de orde komen. Beoogd wordt geen volledig overzicht², maar een aanduiding van enkele controversiële pun-

ten die in de afgelopen periode aan de orde zijn geweest.

Een eerste, thans vrijwel vergeten chapter, betreft de afbakening tussen arbitrage en bindend advies (nr. 2). Een tweede punt dat onze aandacht vraagt is het arbitraal beding. Zowel de in 1986 ingevoerde eis van een geschrift als de in 1992 ingevoerde regeling inzake algemene voorwaarden hebben ons daarbij voor de nodige vragen gesteld (nr. 3). Daarbij komt een derde punt, te weten de internationalisering van het burgerlijk recht, welke ook voor de arbitrage niet zonder betekenis is (nr. 4). De internationalisering geschiedt mede door de totstandbrenging van beginselen, hetgeen meer in het algemeen de vraag doet rijzen naar de betekenis van beginselen voor de ontwikkeling van het arbitragerecht (nr. 5).

Zoveel nieuwe ontwikkelingen vergroten de kans dat arbiters wel eens het rechte spoor kwijtraken; kunnen zij of hun scheidsgerecht dan aansprakelijk worden gesteld (nr. 6)? Ten slotte besteed ik aandacht aan de kwestie dat arbitrage en rechtsvorming op gespannen voet met elkaar kunnen staan, maar elkaar ook kunnen versterken (nr. 7). Ik sluit af met een conclusie (nr. 8).

In deze bijdrage besteed ik geen aandacht aan ADR, omdat dit buiten het thema '10 jaar Arbitragewet en BW' valt. Evenmin biedt de omschrijving van het thema ruimte om aandacht te schenken aan de ontwikkelingen van het arbitragerecht in andere landen.

2 Arbitrage en bindend advies

Het Nederlandse recht kent de in veler ogen merkwaardige rechtsfiguur van het bindend advies. Niet de rechtsfiguur als zodanig is opmerkelijk, als wel het feit dat deze wordt toegepast op de beslechting van geschillen. In zo'n geval werd vroeger wel van 'onzuiver' bindend advies gesproken; van een 'zuiver' bindend advies zou sprake zijn als het advies bijvoorbeeld de hoogte van de koopsom betreft. Het 'onzuivere' bindend advies kan als een legaat van de bouw-arbitrage worden beschouwd. Nu daar anno 1986 geen behoefte meer aan bestond, kon het gebruik van het bindend advies voor het beslechten van geschillen worden beëindigd; de arbitrage zou deze taak wel overnemen. Zo was de gedachte van een deel van de rechtsleer tien jaar geleden.³

Het heeft niet zo mogen zijn. De figuur van het bindend advies bleek sterker dan verwacht. Inmiddels was zij doorgedrongen tot arbeidszaken en consumentenklachten. En in arbeids- en consumentenkringen bleek men allerm minst gecharmeerd van het inruilen van het bindend advies tegen de – formeler geachte – arbitrage. De wetgever heeft zich hier niet alleen bij neergelegd, maar het onderscheid zelfs een wettelijke basis gegeven. Naast de regeling van de arbitrage is er een wettelijke regeling voor het bindend advies in het kader van artikelen 7:900-906 BW inzake de vaststellingsovereenkomst. Ook de wettelijke regeling van de algemene voorwaarden noemt impliciet het bindend advies, in artikel 6:236 onder n

1 Hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht.

2 Zie daarvoor H.J. Sniijders, *Bouwarbitrage en civiele rechter*, preadvies Vereniging voor bouwrecht, Deventer 1995.

3 W.H. Heemskerk, *Bindend advies of arbitrage*, TvC 1986, pp. 188-191, met reacties van A. Brack, L. Dommering-van Rongen en P.A.M. Meijknecht, TvC 1986, pp. 191-196; W.H. Heemskerk, *Bindend advies en arbitrage*, Haardt-bundel, pp. 225-238.

BW. Dit betekent niet dat de rechtsleer zich bij het *fait accompli* hoeft neer te leggen. Het blijft geboden om kritisch te staan tegenover de noodzaak van het in stand houden van twee onderscheiden rechtsfiguren om in wezen een en hetzelfde verschijnsel vorm te geven. Zelf meen ik dat de figuur van het bindend advies een nuttige rol speelt. Elders heb ik gewezen op het nut van enige concurrentie bij de keuze voor rechtsnormen.⁴ Ik zou dat betoog ook met betrekking tot de keuze tussen arbitrage en bindend advies kunnen houden. Overigens zal het voor arbitrage geldende vaak bij wege van analogie kunnen worden toegepast op bindend advies.⁵

3 Het arbitraal beding

Het zwaartepunt van de relatie tussen Arbitragewet en BW heeft de afgelopen tien jaren gelegen bij het arbitraal beding. Twee ontwikkelingen hebben hierbij centraal gestaan. In de eerste plaats is er de eis van het geschrift. En in de tweede plaats moet het zojuist reeds aangeroerde onderwerp van de algemene voorwaarden worden vermeld. Met betrekking tot de eis van het geschrift, welke in 1986 is ingevoerd, bestaat een duidelijke spanning met de praktijk waar arbitrage vaak op de gewoonte berust. De wet maakt het thans nodig om deze gewoonte schriftelijk te onderbouwen. Dat kan bijvoorbeeld door het lidmaatschap van een organisatie of door verwijzing naar schriftelijke totstandkoming van een overeenkomst, waarin (ooit) naar algemene voorwaarden is verwezen die in arbitrage voorzien. Een standaardregeling zou mogelijkwijs in het hier besproken probleem kunnen voorzien, maar in de eerste plaats is dit niet onomstreden en in de tweede plaats is de hele figuur van de standaardregeling tot dusver een dode letter gebleken: er is nog nooit gebruik van gemaakt.

Met het aangeven van een spanning tussen wet en gewoonte wil ik niet beweren dat dit een onwenselijke situatie is. Integendeel: in het recht is een zekere mate van spanning meestal onvermijdelijk en vaak nuttig. Tegenover het nut van het in één hand houden van de geschillenbeslechting in een bepaalde branche – en daarmee het stellen van zeer lage eisen aan een arbitraal beding – staat de gedachte dat adequate voorlichting over de arbitrale procedure en kwaliteitsbewaking van de gehele arbitrale rechtsgang voor de eis van een geschrift pleiten.

Over het arbitraal beding in algemene voorwaarden is, ook in dit tijdschrift, al veel geschreven.⁶ Hier wil ik nog eens een stuk wetsgeschiedenis in de herinnering roepen. Toen de regering een wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden had ontworpen, was het lange tijd twijfelachtig of de regeling het politiek zou redden. De regeling leek niet aan te sluiten bij het streven naar deregulering, de rechtsleer was ook al niet unaniem enthousiast en de Eerste Kamer toonde zich evenmin overtuigd van het nut van de regeling. Toen ook nog de arbitragewereld vertoerd was over de plaatsing van het arbitraal beding op de zwarte lijst van bedingen die in consumententransacties voor onredelijk bezwarend worden gehouden⁷,

toonde de regering zich bezorgd en het arbitragebeding werd alsnog van de zwarte lijst gehaald. Daarmee was de wettelijke regeling gered. Inderdaad is die er, zoals we weten, uiteindelijk gekomen. Per 1-1-1992 geldt afdeling 6.5.3 BW, sinds 1-1-1993 krachtens het speciale overgangsregime ten volle.

Achteraf geoordeeld kan over deze affaire nog het volgende worden opgemerkt. Arbitrale bedingen komen, behalve in de bouw, vrijwel niet voor in consumentenvoorwaarden: het is een en al bindend advies dat wordt voorgeschreven. In die zin was sprake van een arbitrale storm in een glas water. De thans vigerende wet heeft het onderscheid tussen arbitrage en bindend advies nog verscherpt. Ook de regeling van de algemene voorwaarden voorziet hier thans in. Was het terughalen uit de regeling van het arbitraal beding echt nodig? Men kan er over twifelen. Echt in de ban gedaan was het arbitraal beding in het regeringsvoorstel niet: het was alleen dan zwart indien het de wederpartij geen keus liet om na het ontstaan van het geschil alsnog naar de gewone rechter te stappen. Door in deze mogelijkheid uitdrukkelijk te voorzien kon het arbitraal beding worden gewit.⁸ En de vraag kan worden gesteld of als arbitrage echt zo voortreffelijk is, zij niet op eigen kracht er in zou moeten kunnen slagen om partijen voor zich te winnen. Indien de regering indertijd voet bij stuk had gehouden, was de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden er indertijd wellicht niet gekomen. Dat neemt niet weg dat wij inmiddels een Europese richtlijn oneerlijke contractsbedingen hebben, die de lidstaten verplicht om maatregelen te treffen die goeddeels overeenstemmen met de huidige wettelijke regeling en op enkele punten zelfs nog verder gaan.⁹ Deze richtlijn geldt echter uitsluitend voor consumententransacties. Het is niet uit te sluiten dat het feit dat nu de huidige regeling tot stand is gebracht in een tijd waarin nog aan een Nieuw Burgerlijk Wetboek werd gewerkt, het mogelijk heeft gemaakt om bijvoorbeeld ook de toepasselijkheid van onderdelen van de regeling op zuiver commerciële transacties, tussen ondernemers onderling, te regelen. In die zin is het goed dat de regeling er in 1992 is gekomen.

4 AA 1996, pp. 324-331.

5 Bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 3-8-1994, NJ 1995, 242.

6 Zie laatstelijk G.J. Knijp, De vakarbiter en het arbitraal beding in algemene voorwaarden, TvA 1996, pp. 81-87.

7 Zie de standpunten van het Nederlands Arbitrage Instituut, TvA 1982, p. 50 en de Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven, BR 1982, pp. 811-813, alsmede B.H.G.J. Randag, BR 1984, p. 795 en J.C. Schultsz, preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 1986, p. 40 e.v.

8 Zie P. Clausing, NJB 1983, pp. 1366-1367, A.S. Hartkamp, NJB 1984, p. 865 en NJB 1986, p. 612, alsmede in Asser-Hartkamp nr. 364, C.A. Adriaansens, BR 1988, p. 352, Wessel/Jongeneel, eerste druk, nr. 134 en G.J. Rijken, Bb 1989, pp. 244-245.

9 Nederland maakt dan ook een goede kans in een artikel 169-procedure door het Hof van Justitie te worden veroordeeld wegens onjuiste implementa-

4 Internationalisering van het burgerlijk recht

Behalve via Europese richtlijnen heeft het internationale verkeer nog andere invloeden op de arbitrage. Op een van deze invloedslijnen wil ik hier de aandacht vestigen. Sinds het einde van de jaren zeventig wordt op diverse fronten gewerkt aan de totstandkoming van *Restatements* van het contractenrecht. De meeste bekendheid hebben bij ons de 'Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European Contract Law' gekregen.¹⁰ Beide bevatten bepalingen inzake internationale overeenkomsten, met de bedoeling bij te dragen aan het scheppen van rechtszekerheid. De Principles kunnen ook worden gezien als een van verschillende methoden om te geraken tot uniformiteit dan wel harmonisatie van contractenrecht. Boven een verdrag, verordening, richtlijn of aanbeveling hebben Principles het voordeel van hun eenvoudiger totstandkoming en wijziging. Nadeel is het ontbreken van automatische autoriteit.

4.1 De Unidroit Principles

De Unidroit Principles zijn afkomstig van het *Institut pour l'Unification du Droit privé* te Rome. In 1926 werd dit instituut opgericht onder auspiciën van de Volkenbond. Sinds 1947 is het een onafhankelijk instituut met 57 lidstaten, waaronder alle lidstaten van

tie van de richtlijn, met name op het punt van de uitleg van onduidelijke bedingen ten nadele van de gebruiker.

¹⁰ Zie hieromtrent K. Boele-Woelki, *Principles en IPR – Enkele beschouwingen over de toepassing van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law*, rede Utrecht, Lelystad 1995, met verdere verwijzingen, alsmede C. Castronovo, I 'Principi di diritto europeo dei contratti' e l'idea di codice, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* – 1-38 (1995); Franco Ferrari, *Le champ d'application des 'Principes pour les contrats commerciaux internationaux' élaborés par Unidroit*, *Revue internationale de droit comparé* 1995, pp. 985-993; Arthur Hartkamp, *Principles of Contract Law*, in: *Towards a European Civil Code* (1994), pp. 37-50; A.S. Hartkamp, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code*, in: CJHB/Brunner-bundel, Deventer (1994), pp. 127-137; A.S. Hartkamp, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: *Comparability and Evaluation/Kokkini-bundel*, Dordrecht (1994), pp. 85-98; Peter-Christian Müller-Graff, *Private Law Unification by Means other than of Codification*, in: *Towards a European Civil Code* (1994), pp. 19-36; B. Wessels, *Enkele opmerkingen over de betekenis van de 'Unidroit Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European contract law' in de adviespraktijk*, *NTBR* (1996), pp. 75-77; Reinhard Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrecht*, *Juristen Zeitung* (1995), pp. 477-491.

¹¹ Ole Lando, Hugh Beale (red.), *The Principles of European Contract Law, Part 1: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht 1995.

de Europese Unie. Tot op heden houdt Unidroit zich vooral bezig met het opstellen van ontwerpverdragen, zoals het Weense koopverdrag van 1980 en het Verdrag van Ottawa inzake factoring van 1988. De Principles zijn een geheel nieuwe techniek. Aan de basis hiervan stonden René David, Popescu en Clive Schmitthoff. De werkzaamheden voor de Principles zijn verricht door een commissie onder voorzitterschap van M.J. Bonell. Veel invloed op de werkzaamheden is uitgeoefend door E. Allan Farnsworth, die in 1977 tot de commissie toetrad. Farnsworth is de opsteller van de *Restatement of Contract* van het American Law Institute.

4.2 De Principles of European Contract Law

De Principles of European Contract Law zijn het resultaat van een particulier initiatief. Het initiatief is afkomstig van de Deen Ole Lando. In de jaren zeventig kreeg deze van huis uit ipr-specialist het idee dat het internationaal privaatrecht onvoldoende rechtszekerheid biedt voor een gemeenschappelijke Europese markt. Begin jaren tachtig kon Lando met financiële steun van de Europese Commissie een verkennend overleg voeren. Van 1982-1990 hield vervolgens een commissie bestaande uit vijftien personen zich bezig met het eerste deel van de geplande werkzaamheden. Nadat deze werkzaamheden waren afgerond, kostte het nog geruime tijd alvorens ook de Notes waren geschreven en in 1995 kon deel I worden gepubliceerd.¹¹ Het bestaat uit een viertal hoofdstukken: 1 General Provisions, 2 Terms and Performance of the Contract, 3 Non-Performance and Remedies in General en 4 Particular Remedies for Non-Performance.

In 1990 begon de commissie in licht gewijzigde samenstelling aan het tweede deel van haar werkzaamheden, hetgeen in 1996 uitmondde in de vaststelling daarvan. Thans wordt gewerkt aan het persklaar maken van deel II, dat de hoofdstukken Formation, Authority of Agents, Validity, Interpretation, en Contents and Effects beslaat. In de definitieve uitgave worden de hoofdstukken henummerd: 1 General Provisions, 2 Formation, 3 Authority of Agents, 4 Validity, 5 Interpretation, 6 Contents and Effects, 7 Performance, 8 Non-Performance and Remedies in General en 9 Particular Remedies for Non-Performance. Bij gelegenheid van de vaststelling van deel II zijn voorts in deel I enkele kleine wijzigingen aangebracht.

De tekst van deel I is uitgegeven in het Engels en het Frans. De toelichting en de noten zijn tot dusver alleen in het Engels gepubliceerd. Een Franse vertaling hiervan is op komst, terwijl ook vertalingen in het Duits, Italiaans en Nederlands in voorbereiding zijn. In deze uitgave wordt de Engelse tekst aangehouden; deze is het meest authentiek en voorts worden internationale overeenkomsten waarbij Nederlandse ondernemers partij zijn veelal in de Engelse taal gesteld.

4.3 Rechtskarakter van de Principles

Hoe moeten we de *Principles* duiden? De Duitse auteur Klaus Peter Berger spreekt van 'Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts' (Berlijn 1996). In dit boek gaat de schrijver allereerst in op het leerstuk van de *lex mercatoria*. Nadat hij het probleem heeft uiteengezet, concludeert hij: 'Die bisher entwickelten Lösungen können keinen wirklichen Ausweg aus diesem Dilemma anbieten. Dies liegt zum einen daran, daß die klassische IPR-Doktrin erhebliche Schwierigkeiten hat, ein harmonisches Ineinandergreifen von materiellem Recht und Kollisionsrecht zu gewährleisten' (p. 28). Hij signaleert echter 'daß im Bereich der internationalen Wirtschaft eine neue Rechtsordnung im Wege dezentraler, "spontaner" Rechtsetzung im Entstehen begriffen ist, die zwischen Einheitskonventionsrecht und Völkerrecht steht' (p. 107). De oplossing moet volgens Berger worden gezocht in 'schleichende Kodifizierung durch Listenbildung' (p. 194 e.v.). Bij dat 'schleichen' kent de auteur een prominente rol toe aan eerdergenoemde Unidroit en European Principles (p. 209). Hij geeft zelf een aanzet tot een lijst van een reeks 'Grundsätzen, Regeln und Instituten der Lex Mercatoria' (pp. 217-244).¹²

Op de verhouding tussen beide Principles wordt ingegaan door M.J. Bonell.¹³ De auteur, die mede-opsteller is/was van beide Principles, komt tot de conclusie dat 'The Unidroit Principles relate specifically to international commercial contracts, while the European Principles are intended to apply to all contracts, including transactions of a purely domestic nature and those between merchants and consumers. Moreover, while the territorial scope of the Unidroit Principles that apply, while within the European Union or in purely intra-European contracts, especially between merchants and consumers, it will be the European Principles that prevail' (p. 245).

De beide juist genoemde Principles zijn niet de enige projecten die harmonisatie van privaatrecht beogen. Met name in Italië zijn nog enige groepen bezig met soortgelijke pogingen. Het bekendst is de groep rond de Romanist Gandolfi, die op basis van de Italiaanse *Code civile* een Europees burgerlijk wetboek wil ontwerpen. Ook op het gebied van het procesrecht wordt aan harmonisatie gewerkt.

Wanneer zullen de Principles toepassing vinden? Beide reeksen bepalingen zeggen daar zelf iets over. In de eerste plaats kunnen partijen er zelf naar verwijzen (Preamble Unidroit; artikel 1:101(2) PECL). Men kan zich dan de vraag stellen of partijen de Principles als algemene voorwaarden dan wel als wetgeving zien. In ons recht lijkt ook dit laatste mogelijk, zodat naar de bedoeling van partijen zal moeten worden gespeurd. De meeste andere rechtsstelsels kennen slechts de toepasselijkverklaring als ware sprake van algemene voorwaarden.

Denkbaar is ook dat niet *en bloc* naar de

Principles wordt verwezen, maar dat deze als checklist dienen bij het opstellen van contracten.¹⁴

In de tweede plaats kan het zijn dat partijen de 'lex mercatoria' of iets soortgelijks van toepassing hebben verklaard (Preamble Unidroit; artikel 1:101(3)(9a) PECL). Dat zal zich wellicht niet zo vaak voordoen; de zogenoemde Channel cases – over de bouw van de tunnel onder het Kanaal – zullen uitzondering blijven.

Ten derde kunnen zij als model dienen voor nationale en internationale wetgevers (Preamble Unidroit). Inderdaad hebben zich hiertoe reeds verscheidene wetgevers uit het voormalige Sowjet-blok tot Unidroit gewend. En ten slotte – en dan zijn we weer bij de arbitrage – kunnen de Principles uitkomst bieden indien partijen hebben verzuimd naar enige regeling te verwijzen (Preamble Unidroit; artikel 1:101(3)(b) PECL).

5 Arbitrage en beginselen

De afgelopen jaren lijken rechtsbeginselen meer aandacht te krijgen. Wat precies onder rechtsbeginselen moet worden verstaan, lijkt nog open voor discussie. Zo vinden we in het Leidse BW-krant Jaarboek¹⁵ bijdragen over autonomiebeginsel en vertrouwensbeginsel (M.E. Storme), het causa-beginsel (M.W. Scheltema), het gelijkheidsbeginsel (E.B. Rank-Berenschot), het beginsel van legaliteit (M.V. Polak), het *nemo plus*-beginsel (D.H. de Witte), het relativiteitsbeginsel (S.C.J.J. Kortmann), het beginsel van slachtofferbescherming (J.M. van Dunné), de beginselen van vermogensrecht, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking (R. Feenstra).

L. Reurich maakt onderscheid tussen twee typen beginselen, in de betekenis van rechtvaardiging respectievelijk eenvoudige eigenschap. J.M. Smits ziet in het gebruik van rechtsbeginselen een kenmerkend verschil tussen het Europees-continentale en het Anglo-Amerikaanse recht.

Met betrekking tot rechtsbeginselen onderscheidt Vranken in zijn beroemde Algemeen deel van de Asser-serie twee categorieën: zedelijkheidsbeginselen (nr. 132) en karakteristieke eigenschappen (nr. 139).

¹² Ook in het opstel van Johannes Christian Wichard, Die Anwendung der Unidroit-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, *RabelsZ* 1996, pp. 269-302 komt het vraagstuk van de status van de Principles aan de orde.

¹³ In zijn bijdrage 'The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?', *Uniform Law Review* 1996, pp. 229-246.

¹⁴ M.J. Bonell, Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts, 40 *American Journal of Comparative Law* 617, 628 (1992); B. Wessels, Enkele opmerkingen over de betekenis van de 'Unidroit Principles for international commercial contracts' en de 'Principles of European contract law' in de adviespraktijk, *NTBR* (1996), pp. 75, 76.

Van deze twee zijn de zedelijkheidspostulaten veruit het belangrijkste. Het zijn oriëntatiepunten, die geen direct herleidbare oplossingen leveren maar ertoe dwingen 'het recht te beschouwen in al zijn elkaar versterkende en tegenwerkende krachten' (nr. 135). We moeten hierbij niet alleen aan het personen- en familierecht denken, maar ook aan het vermogensrecht. Tot de beginselen rekent hij het evenredigheidsbeginsel (nr. 137), het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel dat niemand van zijn eigen kwalijk gedrag mag profiteren (nr. 138). Deze beginselen zouden in onze literatuur veel meer aandacht moeten krijgen.

De arbitrage is een voorbeeld waar deze ontwikkeling reeds bekend is, met name omdat beginselen van procesrecht eerder tot ontwikkeling zijn gekomen dan materieelrechtelijke beginselen. Ik behoeft slechts te wijzen op de zeer belangrijke gevolgen van het niet in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor om dit te illustreren.

6 Aansprakelijkheid van arbiters

Kort wil ik wijzen op een punt dat in het voorbije decennium nauwelijks aandacht heeft gekregen, maar dat niet onvermeld mag blijven. Het is de zaak van de uitdijende aansprakelijkheid van beroepsuitoefenaren. Deze ontwikkeling, gekoppeld aan de reeds eerder onderkende aansprakelijkheid van de overheid voor onjuiste rechterlijke uitspraken, zou de arbitrale praktijk enige kopzorg kunnen geven. Ik meen dat de ontwikkelingen van de afgelopen jaren niet wijzen op een prangend probleem, maar het kan dienstig zijn om een verzekering tegen dit soort aansprakelijkheid te sluiten. Nog zinvoller lijkt mij voortdurende bezinning op de vraag hoe de kwaliteit van de arbitrage kan worden bewaakt. Een van de instrumenten hiervoor is de publicatie – en zo mogelijk annotatie – van arbitrale uitspraken, waarover zo dadelijk meer.

7 Arbitrage en rechtsvorming

De populariteit van arbitrage heeft ook een schaduwzijde. Rechtspraak heeft twee functies. De eerste is de meest voor de hand liggende: het beslechten van geschillen tussen partijen. De tweede functie springt met name voor de aankomend jurist in het oog: het is de rechtsvormende betekenis van de rechtspraak, met name de rechtspraak van de Hoge Raad. Het gevaar nu dreigt dat arbitrage aan rechtsvorming in de weg staat. Ten minste drie argumenten kunnen voor deze stelling worden aangevoerd. Arbitrage wordt vaak achter gesloten deuren gedaan; voorzover zij al in het openbaar geschiedt, plegen redelijkheid en billijkheid tot een *ius in causa positum* te leiden; en ten slotte komen de arbitrale geschillen niet uiteindelijk voor de Hoge Raad of nog hogere instanties.

Het eerste argument is maar al te juist. In veel

arbitragereglementen is geheimhouding voorgeschreven. Vaak is dat met goede reden; de ondernemer die in een automatiseringsconflict naar buiten treedt met wat er allemaal in zijn onderneming is misgelopen, kan zich van een geïnteresseerde lezerskring onder zijn concurrenten verzekerd weten. De gedachte dat arbiters veelal beslissen als goede mannen naar billijkheid (artikel 1054 Rv.) leidt tot de conclusie dat in de bekende strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid de arbitrale balans gemakkelijk naar het laatste uitslaat. Ten onrechte: wie de arbitrale rechtspraak bestudeert, zal bemerken dat ook wanneer arbiters de opdracht hebben te beslissen als goede mannen naar billijkheid hun uitspraken zich in weinig van die van de gewone rechtspraak onderscheiden. Sterker nog: toepassing van nieuwe regels als de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden of de toetsing van algemene voorwaarden, is vaak eerder door de overheidsrechter dan door arbiters ter hand genomen.

Is deze conclusie niet in strijd met het eerst aangevoerde punt, dat arbitrage vaak achter gesloten deuren geschiedt? Zij vooronderstelt immers dat arbitrale uitspraken bestudeerd kunnen worden. Gelukkig is dat inderdaad het geval, mede dankzij publicaties als dit tijdschrift. Dankzij het feit dat een klein aantal personen zich actief inzet voor publicatie, is deze ook gewaarborgd. Het is echter zaak om oplettend te zijn. Er is een constante dreiging dat een bedrijfstak meent de vuile was binnen te moeten houden en de medewerking aan publicatie weigert. Ook merkt men dat in sommige bedrijfstakken de – illusoire – gedachte leeft dat aan dergelijke publicatie 'wat te verdienen' valt. De privacy-inbreuk kan worden beperkt – en wordt in de praktijk ook beperkt – door anonimisering van de te publiceren uitspraken. Het vuile-was-argument kan worden bestreden door arbitrale uitspraken van een bonte waaier van branches te publiceren. Het meest overtuigende punt lijkt mij echter – ik roerde het hierboven al aan – dat publicatie, en zo mogelijk annotatie, van rechterlijke uitspraken gewoonlijk zal bijdragen aan verhoging van de kwaliteit van de arbitrage en daarmee ook aan vermindering van bijvoorbeeld aansprakelijkstelling van arbiters en hun scheidsgerechten voor onjuist gewezen uitspraken.

Dat brengt ons bij het laatste argument: terwijl een zaak die voor de gewone rechter komt uiteindelijk bij de Hoge Raad of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap terecht kan komen, geldt dit niet voor zaken die door middel van arbitrage of bindend advies worden beslecht. Indien een hele branche door buitengerechtelijke geschillenbeslechting wordt beheerst, betekent dit dat de rechtsontwikkeling in deze tak van bedrijf of beroep niet wordt gestuurd door een hoog rechtscollege. Dit kan nadelige gevolgen hebben voor zowel de branche als de rechtsvorming in het algemeen. De rechtsvorming in het algemeen wordt benadeeld, indien maatschappelijk belangrijke sectoren hier niet aan bijdragen. De branche wordt benadeeld, omdat zij niet mee profiteert van de samenballing van juridisch intellect in de hoogste rechtscolleges, aan de financiering waarvan

15 Beginselen van vermogensrecht, BW-krant
Jaarboek 1993, Arnhem 1993.

wij allen als belastingbetalers meebetalen.

Hoe zou dit laatste probleem tot een bevredigende oplossing kunnen worden gebracht? Een mogelijkheid waarvoor in het verleden wel is gepleit, is om hoger beroep, cassatie of het stellen van prejudiciële vragen aan de (hoogste) gewone rechter mogelijk te maken. Een minderheid van de werkgroep standaardregelingen in de bouw van het Instituut voor bouwrecht heeft er jaren geleden voor gepleit om bij arbitrage de mogelijkheid van hoger beroep op de overheidsrechter in te voeren.¹⁶ In de bindend-adviessector is inmiddels een dergelijke mogelijkheid gerealiseerd en wel in de banksector. Lid 1 van artikel 23 van het Reglement Geschillencommissies Bankzaken luidt per 1-7-1995:

1 Het bindend advies van de Geschillencommissie kan binnen twee maanden na ontvangst door partijen uitsluitend ter marginale toetsing aan de gewone rechter worden voorgelegd, indien de uitspraak in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en de in het gelijk gestelde partij in strijd zou handelen met de redelijkheid en billijkheid door de wederpartij aan de uitspraak te houden.

Tot zover niets bijzonders: lid 1 bevat een codificatie van hetgeen reeds krachtens de bekende Huize-Lydia-rechtspraak¹⁷ zonder meer geldt. Maar nu komt het:

2 Het geschil kan evenwel binnen twee maanden na ontvangst van het bindend advies door partijen in volle omvang en met terzijdelating van het bindend advies door de bank aan de gewone rechter worden voorgelegd, indien het een geschil betreft met een financieel belang beneden de f 100.000,-, waarvan de bank naar het oordeel van de gewone rechter aanneemelijk maakt dat de uitspraak zo principieel moet worden geacht, dat het daarmee gemoeide belang voor de bank en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid, de grens van f 1.000.000,- zal overschrijden.

De voor de consument met deze procedure en eventuele vervolgpcedures samenhangende kosten voor rechtsbijstand en de proceskosten komen voor rekening van de bank.

Bovendien betaalt de bank ongeacht de uitspraak van de gewone rechter de door de Geschillencommissie aan de consument toegekende vergoeding, mits de consument bereid is in deze procedure(s) als partij op te treden. Is de consument daartoe niet bereid, dan wordt het advies geacht niet bindend te zijn en is de bank niet gehouden de uitspraak van de Geschillencommissie gestand te doen en kan in afwijking van het bepaalde in het derde lid geen beroep op de nakomingsgarantieregeling van de NVB worden gedaan.

De verwijzing naar het derde lid noopt mij om ook dit te citeren:

3 Indien het bindend advies van de Geschillencommissie niet binnen twee maanden na ontvangst ervan door de bank is nagekomen en niet ter toetsing aan de gewone rechter is voorgelegd, treedt op verzoek van de consument de nakomingsgarantieregeling in werking van de NVB, indien de bank daarvan lid is.

Het zal duidelijk zijn dat over deze regeling heel wat te zeggen valt. Er is tot dusver nog geen gebruik van gemaakt.

Ten slotte is er een wat meer filosofische vraag die onze aandacht behoeft. Staat arbitrage aan rechtsvorming in de weg, of draagt zij hier juist toe bij? De vrees is wel eens uitgesproken dat het bestaan van een aparte rechtsgang ertoe leidt dat bouwgeschillen niet meer tot de Hoge Raad doordringen. Nu onze rechtsvorming in belangrijke mate een zaak van de hoogste rechter is geworden, zo luidt deze gedachtegang, ontstaat er een dubbel tekort: de rechtsvorming in het algemeen moet het stellen zonder de bijdrage vanuit de bouwsector en de bouwsector moet het doen zonder de bijdragen van de Hoge Raad.

8 Conclusie

In deze bijdrage konden slechts enkele ontwikkelingen summier worden geschetst. De aanvankelijke strijd tussen voor- en tegenstanders van het bindend advies als afzonderlijke rechtsfiguur naast de arbitrage is geluwd, maar voor hoelang (nr. 2). De implicaties van de in 1986 ingevoerde eis van een geschrift hebben nog niet geresulteerd in een uitgekristalliseerd regime; de praktijk lijkt zich overigens niet al te veel zorgen om deze eis te maken, wellicht mede omdat zij ook internationaal wordt gesteld. De afwezigheid van het arbitraal beding op de lijst van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden is ten departemente nog steeds 'oud zeer'. De rechtspraak heeft de leemte inmiddels met het instrument van de reflexwerking¹⁸ weten te redresseren (nr. 3). In het afgelopen decennium zijn er regels van internationaal contractenrecht ontworpen, welke in de naaste toekomst mogelijkerwijs mede dankzij arbitrage betekenis zullen krijgen. Of dit 'wishful thinking' of realiteit is, zal nog moeten blijken (nr. 4). Ook de voorspelde doorwerking van algemene beginselen in de arbitrage zal zich nog moeten bewijzen (nr. 5). Dit geldt al evenzeer voor de vraag of arbiters vaker aansprakelijk zullen worden gesteld voor onjuiste arbitrale uitspraken (nr. 6). Ten slotte is het gewenst dat ook het door arbitrage bestreken recht een bijdrage levert aan de rechtsvorming. Daarvoor dienen zich verschillende mogelijkheden aan (nr. 7). Wat de toekomst nog meer in petto heeft, is naar ik vermoed een onderzoek naar verdere arbitreringsmogelijkheden buiten de thans

143
TvA
96/4

¹⁶ Harmonisatie van Standaardvoorwaarden in de Bouw, Deventer/Alphen aan den Rijn 1981, pp. 217-219.

¹⁷ HR 29-1-1931, NJ 1931, 1317 (EMM)(Huize Lydia); zie ook HR 25-3-1994, NJ 1995, 23 inzake Gronden Exploitatiemaatschappij Midden Gelderland/Lukkien Foto & Design.

¹⁸ HR 23-3-1990, NJ 1991, 214 (HJS).

¹⁹ Zie daaromtrent Ktg. Amersfoort 20-1-1992, NJ 1993, 442 en Pres. Rb. Utrecht 12-5-1992, NJ 1993, 443.

²⁰ Jean-Pierre Royer, Histoire de la justice en France, Paris 1995, p. 363.

door artikel 1020, lid 3 Rv. gelaten grenzen.¹⁹ Toekomst? Men kan het ook zien als een terugkeer naar het verleden. Ik besluit met een citaat uit het mooie boek van Royer, waaruit ook blijkt dat ADR geen Amerikaanse uitvinding is, al willen veel Amerikanen ons anders doen geloven:

'Considérant en effet que le principal objet du mariage était le bonheur des époux, le législateur introduisait dans le droit français la possibilité de rompre un lien devenu désormais insupportable, il voulait comme son prédécesseur "faire de la famille le médecin attitré des couples malades" et l'appeler, sous deux formes différentes, à "assister les époux candidats au divorce". En cas de consentement mutuel ou d'incomptabilité d'humeur, là où il n'y avait que constater la mésentente, l'affaire devait être soumise à une assemblée de famille paritaire, chaque époux, désignant au moins trois de ses parents les plus proches ou amis à défaut de parents. L'assemblée se bornerait à écouter les époux sans pouvoir décider à leur place. Mais si, en revanche, la demande était fondée sur un motif déterminé dont la réalité était à établir, alors entrait en scène un tribunal de famille, arbitral et paritaire (chaque époux devait nommer deux arbitres parmi ses parents ou, à défaut, ses amis ou voisins) muni d'un véritable pouvoir de décisions, habilité à rejeter la demande et à statuer en motivant son opinion à charge d'appel devant le tribunal de district et après... de son président.²⁰

144
TvA
96/4

Tien jaar Arbitragewet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

De toets van het verstek

Prof. mr. T.A.W. Sterk

'EDEL MOGENDE HEEREN!

Het is een natuurlijk regt, en in alle beschaafde maatschappijen aangenomen, dat de menschen hunne geschillen aan de uitspraak van door hen zelve gekozen en met hun vertrouwen bekleede vrienden, scheidsmannen of arbiteren genaamd, kunnen onderwerpen...'

(Beelaerts van Blokland, Tweede Kamer van de Staten-Generaal, 22-2-1828)

De titel van deze bijdrage, zoals vastgesteld door de redactie van dit blad, lijkt op het eerste gezicht tegenstrijdig: de 'arbitragewet' vormt immers als het vierde boek een deel van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Wel geeft die titel aan dat er een spanning bestaat tussen het vierde en de eerste drie boeken van dit wetboek. Maakt boek vier nu echt deel uit van het wetboek of is het veeleer een bijlage? Hiermee hangt samen een dieper liggende vraag: waarom zou de vanwege de overheid gegeven wet de arbitrale procedure regelen? De partijen beogen juist de overheidsrechtspraak te vermijden. Ligt een regeling door de 'arbitrage-genoten' zelf niet meer voor de hand?

Het wetboek behelst hoofdzakelijk regels voor procedures bij de overheidsrechter en de van overheidswege ter beschikking gestelde dwangmiddelen. Hoe verhoudt zich dat tot arbitrage? Geeft de wet soortgelijke regels voor de arbitrage of is de optiek veeleer hoe het verloop en de vruchten van de arbitrage aansluiting kunnen vinden op de regels van de eerste drie boeken? Gaat het dus hoofdzakelijk om aansluitingsproblemen in die gevallen waarin alsnog een beroep op de hulp van de overheidsrechter en de dwangmiddelen van de overheid wordt gedaan of hebben we een wetboek van burgerlijke en arbitrale rechtsvordering, waarin ook de procedure voor arbiters een regeling vanwege de nationale wetgever vindt?

Wie geen behoefte heeft aan rechtspraak en dwangmiddelen van overheidswege, heeft ook die overheid niet nodig voor procedureregels. Voor de nationale wetgever is er geen taak. Zijn taak komt pas aan de orde bij het grensoverschrijdend rechtsverkeer tussen beide territoria, dat van de arbitrage en dat van de staat. Deze optiek is vergelijkbaar met die van het internationaal procesrecht; het gaat dan bijvoorbeeld om erkenning, exequatur, rogatoire commissies, voorlopige maatregelen, bevoegdheid etc. Omdat bij de arbitrage het profijt in beginsel eenzijdig is, immers de overheidsrechtspraak doet geen beroep op rechtshulp van de arbitrage, kan de regeling enige gelijkenis vertonen met subsidie- of erkenningsvoorwaarden, zoals bijvoorbeeld zijn vastgesteld voor de consumentengeschillencommissies: de overheid helpt de arbitrage, mits... De regels van boek IV kunnen dan op die puntjes worden ingevuld.

Een geheel andere visie is de volgende: rechtspraak is een monopolie van de overheid. Die overheid staat de burger onder voorwaarden toe om te arbitren. Het komt neer op een delegatie van bevoegdheden. De arbiter is een plaatsvervangend overheidsrechter; zijn taak en de procedure worden in beginsel bij de wet geregeld. Er is overheidstoezicht op de naleving van die regels.

Als men de vrijheid van de arbitragegenoten als uitgangspunt neemt, kan men een fundament zoeken in de contractsvrijheid en aansluiting vinden bij het contractenrecht, met name de vaststellingsovereenkomst, waartoe men het bindend advies pleegt te rekenen. Arbitrage levert dan een 'bindend-advies-plus': een bindend advies, waarvan op een gemakkelijke manier een executoriale titel kan worden verkregen, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De arbitrage wordt aldus mede beheerst door het overeenkomstenrecht van het Burgerlijk Wetboek. Het overeenkomstenrecht is echter weinig toegesneden op het leveren van regels voor rechtspleging. Het wordt bovendien nodeloos ingewikkeld als ook hier de vraag moet worden beantwoord of vreemd overeenkomstenrecht toepasselijk is.

Wie voor de vrijheid daarentegen een fundament zoekt in de gedachte dat het rechtsgenoten, dus ook arbitragegenoten, vrijstaat hun eigen rechtspleging te organiseren, plaatst daarmee de arbitrage buiten de regels van het overeenkomstenrecht. Er is dan slechts