



EEN SAMENWERKINGSVERBAND
VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID
VAN DE RABBOUD UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN EN

AEGON N.V.
AKZO NOBEL NV
ALLEN & OVERY
APG ASSET MANAGEMENT
DE BRAUW BLACKSTONE WESTBROEK
CLIFFORD CHANCE
DE NEDERLANDSCHE BANK
FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER
HOUTHOFF
ING BANK
LOYENS & LOEFF
NAUTA DUTILH
PELS RIJCKEN & DROOGLEEVER FORTUIJN
RABOBANK
STIBBE
STICHTING EUMEDION

 verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books



WWW.WOLTERSKLUWER.NL

GOING DUTCH: ADR IN NEDERLAND, IN HET BIJZONDER BIJ HET NAI

113



GOING DUTCH: ADR IN NEDERLAND, IN HET BIJZONDER BIJ HET NAI

Onder redactie van
Prof. mr. C.J.M. Klaassen
Prof. mr. G.J. Meijer
Mr. C.L. Schleijsen

SERIE ONDERNEMING EN RECHT
DEEL 113

 Wolters Kluwer

GOING DUTCH: ADR IN NEDERLAND, IN HET BIJZONDER BIJ
HET NAI

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

Onder redactie van

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. N.E.D. Faber

deel 113

GOING DUTCH: ADR IN NEDERLAND, IN HET BIJZONDER BIJ HET NAI

onder redactie van

Prof. mr. C.J.M. Klaassen

Prof. mr. G.J. Meijer

Mr. C.L. Schleijsen

Serie Onderneming en Recht
deel 113

 Wolters Kluwer

Deventer – 2019

Verkorte citeerwijze: Klaassen, Meijer & Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI (O&R nr. 113) 2019*/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI (Onderneming & recht nr. 113)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

ISBN 978 90 13 15449 8

ISBN 978 90 13 15450 4

NUR 827-704

Cremers visuele communicatie, grafisch ontwerp

© 2019, Wolters Kluwer Nederland BV, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, C.L. Schleijsen Nijmegen

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

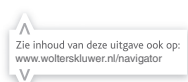
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland BV. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.



N/VIGATOR

WOORD VOORAF

Het is een eer en genoegen om deze opstellenbundel, die verschijnt ter gelegenheid van het 70-jarig bestaan van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) alsmede van het afscheid van mevrouw mr. Fredy von Hombracht-Brinkman als directeur van het NAI, op te nemen in de Serie Onderneming en Recht.

Het NAI is een toonaangevend instituut van naam en faam op het gebied van “ADR”: “Alternative Dispute Resolution” of, zo men wil, “Anders Dan Rechtspraak”. Zijn naam heeft het NAI vooral opgebouwd wegens het faciliteren van arbitrage en bindend advies, maar de laatste jaren begeeft het NAI zich ook op het terrein van de (zakelijke) mediation. Aan deze vormen van ADR is en wordt vanuit het Nijmeegse Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) in diverse opzichten aandacht besteed. Zo is Pauline Ernste in dit kader gepromoveerd op het boek *Bindend advies* (Serie Onderneming en Recht deel 74, 2012). In 2011 is in de Serie Onderneming en Recht de bundel *Onderneming en ADR* verschenen (deel 66, onder redactie van C.J.M. Klaassen, G. van Solinge, H.M. de Mol van Otterloo en P.E. Ernste). In deze bundel wordt vanuit diverse invalshoeken bezien wat de mogelijkheden en de beperkingen van ADR zijn ter oplossing van ondernemingsrechtelijke geschillen, in het bijzonder het soort geschillen dat tot de competentie van de Ondernemingskamer behoort. Enkele jaren later, in 2014, verscheen in dezelfde serie de bundel *Verzekering en ADR* (deel 83, onder redactie van C.J.M. Klaassen, N. van Tiggele-van der Velde, P.E. Ernste en A.Ch.H. Franken). Deze bundel bouwt in zekere zin voort op de voorgaande, en spitst zich toe op een specifieke onderneming: de verzekeraar.

De thans voorliggende bundel, met als titel “Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI”, past fraai in deze lijn. Het accent in deze bundel ligt op het traditionele zwaartepunt van het NAI, arbitrage, maar eveneens wordt aandacht besteed aan andere vormen van alternatieve geschilbeslechting, zoals mediation, bindend advies en combinaties hiervan. Enerzijds wordt aandacht besteed aan de toepasbaarheid van deze vormen van geschilbeslechting op uiteenlopende terreinen alsook aan de rol die een instituut zoals het NAI daarin speelt of kan

spelen. Anderzijds wordt aandacht besteed aan een aantal specifieke kwesties binnen diverse vormen van ADR en in het bijzonder arbitrage. Beoogd wordt met deze bundel (wederom) een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling rond ADR.

De totstandkoming van een opstellenbundel als deze vergt grote inspanning van met name de redactie en de auteurs. De redactie van de bundel (C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer en C.L. Schleijsen, redactiesecretaris) hebben tal van betrokkenen bij het NAI en/of (ervarings)deskundigen op het gebied van ADR bereid gevonden een bijdrage te leveren. Marianne Koopman maakte ook deze bundel weer met grote toewijding, en tijdig voor het NAI-lustrumsymposium op 28 juni 2019, drukklaar. Wij zijn redactie, auteurs en Marianne zeer erkentelijk voor de inzet waarmee zij aan dit fraaie resultaat hebben bijgedragen.

S.C.J.J. Kortman
N.E.D. Faber

Nijmegen, april 2019

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf	V
Hoofdstuk 1 - ADR en 70 jaar NAI	1
<i>C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (redactie)</i>	
I. TOEPASSINGSBEREIK ADR: WELKE TERREINEN LENEN ZICH VOOR (NAI-) ADR?	
Hoofdstuk 2 - Enkele gedachten naar aanleiding van ervaringen met arbitrages	
<i>M.W. Josephus Jitta</i>	
2.1 Inleiding	9
2.2 Arbitrage en de komst van het Netherlands Commercial Court ("NCC")	10
2.3 Arbitrage en de redelijkheid en billijkheid	13
2.4 Samenloop arbitrale bedingen en bedingen omtrent bindend adviesprocedures	17
2.5 Bewaarplicht arbiters	17
2.6 Afrondende opmerking	18
Hoofdstuk 3 - Arbitrage in Nederland in handelsgeschillen; de Nederlandse arbitragewet en het NAI	
<i>J.W. Bitter</i>	
3.1 Inleiding	19
3.2 Handel	20
3.3 Arbitrage en handel	22
3.4 Waarom wordt voor arbitrage gekozen?	25
3.5 Arbitrage in handelsgeschillen in Nederland	26
3.6 Kwantitatieve gegevens	31
	VII

3.6.1	Inleiding	31
3.6.2	Cijfers	31
3.6.3	Ontwikkelingen voor, na en tijdens het WODC onderzoek van 2002	34
3.6.4	Vergelijking met de aantallen handelszaken bij de overheidsrechter	38
3.6.5	Slotopmerkingen	38
3.7	Het belang van arbitrage in Nederland en de arbitragewetten van 1986 en 2015	39
3.8	Kansen; een vergroting van het belang van (handels)arbitrage in Nederland?	42
3.8.1	Voor arbitrage gunstige omstandigheden: de wet en haar toepassing	44
3.8.2	Initiatieven van arbitrage-instituten en andere actoren	47
3.9	Slotopmerkingen	52

Hoofdstuk 4 - Het belang van het Court of Arbitration for Art

E.J.H. Schrage

4.1	Introductie	55
4.2	Authenticiteit, certificaten van echtheid en de expert	56
4.2.1	Inleiding	56
4.2.2	Toeschrijving en dwaling	58
4.2.3	Het certificaat van echtheid	59
4.2.3.1	Het begrip authenticiteit	60
4.2.3.2	Het certificaat van echtheid en zijn waarde op de markt of in de rechtszaal	61
4.2.4	Drie rechtszaken	63
4.2.4.1	Simon-Whelan v. The Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc.	64
4.2.4.2	Thome v. The Alexander and Laura Calder Foundation	66
4.2.4.3	De zaak Metzinger	68
4.3	Verjaring	70
4.3.1	Inleiding	70
4.3.2	Het Land Sachsen tegen Cohen	74
4.3.3	Bakalar v. Vavra	76
4.3.4	Civil law en Common law	78
4.3.5	Altmann v. Republiek Oostenrijk	79
4.4	Arbitrage, bindend advies en mediation	83

Hoofdstuk 5 - ADR in zorggeschillen

T. van Malssen & L.G.H.J. Houwen

5.1	Inleiding	87
5.2	Typen geschillen in de zorg en (typische) wijze van (alternatieve) beslechting	88
5.2.1	(a) 'Ziekenhuisgeschillen'	88
5.2.2	(b) Geschillen tussen zorginstellingen en medezeggenschapsorganen	92
5.2.3	(c) Governancegeschillen tussen bestuurders en toezichthouders	95
5.2.4	(d) Geschillen tussen zorginstellingen en cliënten	99
5.2.5	(e) Geschillen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars	102
5.3	Problematisering	105
5.3.1	(e) Geschillen tussen zorgaanbieders en zorgverzekeraars	105
5.3.2	(d) Geschillen tussen zorginstellingen en cliënten	109
5.3.3	(c) Governancegeschillen tussen bestuurders en toezichthouders	114
5.3.4	(b) Geschillen tussen zorginstellingen en medezeggenschapsorganen	118
5.3.5	(a) 'Ziekenhuisgeschillen'	123
5.4	Slotbeschouwing	128

Hoofdstuk 6 - Arbitrage in geschillen op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht – wel of niet?

A.M.E. Verschuur

6.1	Inleiding	131
6.2	Jurisdictie perikelen	133
6.2.1	Jurisdictieregels in Rv en IE-wetten	134
6.2.2	Jurisprudentie	134
6.2.2.1	Inbreuk	135
6.2.2.2	Verlening en opeising	135
6.2.2.3	Tussenconclusie	137
6.2.3	Analyse	137
6.2.4	Buitenlandse literatuur en jurisprudentie	142
6.2.5	Domeinnaamarbitrage	144
6.2.6	WIPO Arbitration and Mediation Center	146
6.2.7	Conclusie	146

6.3	Voordelen arbitrage en de Nederlandse rechter	147
6.3.1	Waarom arbitrage?	147
6.3.2	Waarom de rechtbank?	150
6.3.3	Wanneer arbitrage en wanneer de rechter?	152
6.3.4	De keuze	153
6.4	Conclusie	153

Hoofdstuk 7 - Arbeidsrecht en arbitrage

R.A.A. Duk

7.1	Inleiding: New York, zomer 1970	155
7.2	Rondvraag in de Nederlandse advocatuur	156
7.3	Voor- en nadelen	158
7.4	Conclusies: veel te verbeteren?	159

Hoofdstuk 8 - Arbitrage in het kader van collectieve acties en massaclaims

K.J. Krzeminski

8.1	Inleiding	161
8.2	Een korte schets van collectieve acties en de afwikkeling van massaschade	163
8.2.1	Introductie	163
8.2.2	Meerdere partijen en vorderingen in één procedure	163
8.2.3	Groepsactie van een belangenorganisatie (art. 3:305a BW)	166
8.2.4	Wet collectieve afwikkeling massaschade	168
8.3	Rol van arbitrage in collectieve acties en de afwikkeling van massaschade	169
8.3.1	Meerdere partijen in een arbitrage	170
8.3.2	Voeging en samenvoeging van arbitrale procedures	171
8.3.3	Groepsactie door belangenorganisatie	173
8.3.4	Arbitrage en collectieve afwikkeling van massaschade	177
8.4	Class arbitration in de Verenigde Staten	177
8.4.1	Class actions lawsuits	178
8.4.2	Class arbitration	180
8.5	Perspectief voor class arbitration bij het NAI	192

Hoofdstuk 9 - ICT-geschillen en arbitrage

T.P. ten Brink

9.1	Inleiding	197
9.2	ICT-geschillen	199
9.3	ICT-geschillenbeslechting middels arbitrage	202
9.3.1	Inleiding	202
9.3.2	Specifieke kenmerken ICT-arbitrage	203
9.3.3	Verschillen tussen het NAI en de SGOA	205
9.3.4	Indicaties voor en tegen arbitrage in een ICT-geschil	208
9.4	ICT-voorwaarden	208
9.4.1	Inleiding	208
9.4.2	Leveranciers in de ICT-sector	209
9.4.2.1	Nederland-ICT	209
9.4.2.2	Grote ICT-bedrijven in Nederland	211
9.4.3	Opdrachtgevers in de ICT-sector	212
9.4.3.1	Inleiding	212
9.4.3.2	Rijksoverheid	213
9.4.3.3	Gemeentelijke overheid	214
9.4.3.4	Private en (semi) private sector	215
9.4.4	Waarom welke keuze?	215
9.5	Conclusies en aanbevelingen	217

Hoofdstuk 10 - Voortbouwen met het NAI: internationalisering van (bouw)arbitrages in Nederland

S.N.J. Putter & S.C. Conway

10.1	Inleiding	219
10.2	Reeds geïmplementeerde arbitragegebruiken	219
10.3	Gebruiken die geïmplementeerd raken	221
10.3.1	Kostenveroordelingen	221
10.3.2	Wijze van bewijsvergaring	224
10.3.3	Raden van Deskundigen	230
10.4	Nog te implementeren gebruiken	234
10.4.1	Inleiding	234
10.4.2	Opbouwen van verdragings- en verstoringsclaims	235
10.4.3	Verdragingsanalysemethoden	238
10.4.3.1	Tijdsimpactanalyse (<i>time impact (window) analysis</i>)	238
10.4.3.2	Gepland/Gebouwd methode (<i>As-Planned vs. As-Built</i>)	239

10.4.3.3	Gereconstrueerde Eindplanning Methode (<i>collapsed As-Built</i>)	240
10.4.3.4	Aangepaste Basisplanning (<i>Impacted-As-Planned</i>)	241
10.4.4	Verstoringsanalysemethoden	242
10.4.4.1	Inleiding	242
10.4.4.2	Project-specifieke studies	243
10.4.4.2.1	De Gemeten Mijl Analyse (<i>Measured Mile</i>)	243
10.4.4.2.2	Verdiende Waarde Analyse (<i>Earned Value</i>)	244
10.4.4.2.3	Planningsanalyse (<i>Schedule Analysis</i>)	245
10.4.4.2.4	Steekproeven (<i>Work Sampling</i>)	245
10.4.4.2.5	Systeem Dynamica (<i>System Dynamics Modeling</i>)	246
10.4.4.3	Project-vergelijkende studies	246
10.4.4.4	Industrie-studies	247
10.4.5	De Toekomst van analysemethodes voor de Nederlandse markt	247
10.5	Afronding	248

Hoofdstuk 11 - Arbitrage in verzekeringsgeschillen

N. Vloemans

11.1	Inleiding	251
11.2	Wat zijn verzekeringsgeschillen?	252
11.3	Procedurele perikelen	253
11.3.1	De overeenkomst van arbitrage	253
11.3.2	Derden in de procedure	256
11.3.3	Arbitrage en consumenten	258
11.3.4	De directe actie	259
11.4	Praktische voordelen en praktische bezwaren	260
11.4.1	Beschikbaarheid arbiters	260
11.4.2	Kosten	262
11.5	Verzekeringsarbitrage in het buitenland	263
11.6	Conclusie	267

**Hoofdstuk 12 - NAI en NCC(A): concurrenten of collega's bij de
beslechting van commerciële geschillen?**

R.-J. Tjittes

12.1	Inleiding	269
12.2	Relativering van het belang van arbitrage of overheidsrechtspraak bij de beslechting van commerciële geschillen: schikken is in de praktijk belangrijker	270
12.3	Arbitrage	271
12.4	Netherlands Commercial Court (of Appeal)	273
12.5	De keuze van de ondernemer: arbitrage of NCC(A)?	282
12.6	Slotbeschouwing	287

**Hoofdstuk 13 - Mediation in ondernemings(rechtelijke)
geschillen**

E. Schutte

13.1	Inleiding	289
13.2	Definitie mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen	290
13.3	Voorbeelden uit de praktijk	291
13.4	Wat onderscheidt zakelijke, en daarmee ondernemings(rechtelijke), mediation van andere mediation?	297
13.5	Het ZAM/ACB-onderzoek naar zakelijke mediation	299
13.6	Kansen en mogelijkheden voor institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI	305

**Hoofdstuk 14 - De mediationclausule: hoe lang nog beperkt
houdbaar?**

J.M. Bosnak

14.1	Vooraf	307
14.2	Definiëring en analyse van het begrip "mediationclausule"	308
14.3	De beschikking van de Hoge Raad van 2006	310
14.4	Intermezzo I: de verplichting tot voortonderhandelen	314
14.5	Wetgeving en de mediationclausule	316
14.6	De praktijk	320
14.7	Intermezzo II: mediation als zwakgebod	321
14.8	Sancties	321
14.9	Samenvatting	323
14.10	Conclusie	324

Hoofdstuk 15 - Van expert determination tot Med-Arb: nieuwe markten voor het NAI? – een verkenning

B. van Zelst

15.1	Inleiding	329
15.2	Ontwikkelingen in arbitrage en commerciële geschiloplossing	331
15.2.1	Inleiding	331
15.2.2	Ontwikkelingen binnen arbitrage	332
15.2.2.1	Inleiding	332
15.2.2.2	Snelheid en kostenefficiëntie	333
15.2.2.3	Ethiek en transparantie	337
15.2.2.4	Diversiteit	338
15.2.3	Overige methodes	339
15.2.3.1	Inleiding	339
15.2.3.2	Dispute Boards	339
15.2.3.3	Expert Determination	342
15.2.3.4	Netherlands Commercial Court en andere 'commerciële' overheidsrechters	344
15.2.4	Mengvormen: Mediation en/of arbitrage?	348
15.2.4.1	Inleiding	348
15.2.4.2	Verschillende mengvormen van mediation en arbitrage	348
15.2.4.3	Med-Arb: een nadere beschouwing van <i>pros</i> en <i>cons</i>	350
15.2.5	Tussenconclusie	357
15.3	De rol van het NAI?	358
15.3.1	Inleiding	358
15.3.2	Spoedgeschil mechanisme	359
15.3.3	Facilitatieve mediation vs evaluatieve mediation?	361
15.3.4	Dispute Boards, Expert Determination en Med-Arb	362
15.3.5	Transparantie en diversiteit	364
15.4	Afronding	365

II. ENKELE ASPECTEN GAANDE DE PROCEDURE

Hoofdstuk 16 - Enkele aspecten van het NAI-wrakingsregime

C. van Maanen

16.1	Inleiding	369
16.2	Het relevante juridisch kader	370
16.3	Gegevens over het aantal wrakingszaken bij het NAI	372

16.4	Enkele opmerkingen ten aanzien van de wrakingsprocedure	372
16.5	Nabeschouwing	375

Hoofdstuk 17 - Aansprakelijkheid(sbeperking) van de arbiter

D.A.M.H.W. Strik

17.1	Inleiding	377
17.2	Geen bijzondere wettelijke regeling arbiteraansprakelijkheid en exoneratie	378
17.3	Arbiteraansprakelijkheid in Nederland: stand van de jurisprudentie	380
17.4	Contractuele exoneratieclausules	391
	17.4.1 Inleiding	391
	17.4.2 Elementen van exoneratieclausules in arbitragereglementen	393
	17.4.2.1 De groep personen ter bescherming van wie de bepaling strekt	393
	17.4.2.2 Juridische grondslag van de exoneratie	393
	17.4.2.3 Onderwerp waarop de uitsluiting betrekking heeft	395
	17.4.2.4 Reikwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking	396
	17.4.3 Toelaatbaarheid van exoneratieclausules	398
17.5	Afsluiting	400

**Hoofdstuk 18 - Aansprakelijkheid mediator
(mede voor de uitkomst/tot stand brengen vaststellingsovereenkomst)**

M. Brink

18.1	Introductie	401
18.2	De mediator	404
18.3	Mediation	413
18.4	Rechtsverhouding	416
18.5	Aansprakelijkheid	417
18.6	Welke norm?	424
	18.6.1 Jurisprudentie	425
	18.6.1.1 (Geen) informatievoorziening door de mediator	425
	18.6.1.2 Neutraliteit van de mediator	431
	18.6.1.3 Rol van de mediator	432
	18.6.1.4 Rolwisseling	437

18.6.2	Literatuur	441
18.6.2.1	Inventarisatie diverse gedragsregels?	441
18.6.2.2	Vertrouwelijkheid	442
18.6.2.3	Vrijblijvendheid	445
18.6.2.4	Onafhankelijkheid en neutraliteit	446
18.6.2.5	Partijautonomie	448
18.6.3	Tussenconclusie	449
18.7	De vaststellingsovereenkomst	449
18.8	Conclusie	453
18.9	Kansen en knelpunten	454
Hoofdstuk 19 - Aansprakelijkheid van de bindend adviseur		457
<i>E.H. Hondius</i>		
Hoofdstuk 20 - Online arbitrage: lessen uit KEI en e-Court		
<i>H.W. Wefers Bettink</i>		
20.1	Inleiding	463
20.2	Wetgevend kader digitale arbitrage	465
20.3	NAI Arbitragereglement	467
20.4	Digitale arbitrage bij andere instituten	469
20.4.1	UNUM	469
20.4.2	E-Court	470
20.4.3	Raad van Arbitrage voor de Bouw	471
20.4.4	SGOA	472
20.4.5	NCC	472
20.4.6	JAMS (VS)	472
20.4.7	World Intellectual Property Organisation: beslechting van domeinnaamgeschillen	473
20.5	KEI als baken	474
20.5.1	Inleiding	474
20.5.2	Wetgeving	475
20.5.3	Keuzes	475
20.5.4	Ontwikkeling zaaksysteem	477
20.5.5	Invoering digitaal procederen voor handelsvorderingen	478
20.5.6	Stopzetten KEI-project	478
20.5.7	Weeffouten	482
20.5.8	Faillissementstoezicht als toetssteen	485
20.6	Digitale arbitrage bij e-Court	486
20.6.1	Een moeizame start	486

20.6.2 Fouten	488
20.6.3 Prejudiciële vragen	489
20.7 Lessen voor digitale arbitrage bij het NAI	491
20.7.1 KEI-project	491
20.7.2 Lessen uit e-Court	492
20.8 De tien BIT-regels aangepast voor het NAI	493

**Hoofdstuk 21 - Een beschouwing over de kansen en mogelijkheden
van het arbitraal kort geding en de arbitrale
spoedbodemprocedure
bij het Nederlands Arbitrage Instituut**

R. Schellaars & F.M.A. Potter

21.1	Introductie	495
21.2	Het arbitraal kort geding	497
21.2.1	Het arbitraal kort geding bij het NAI	498
21.2.1.1	Zelfstandig arbitraal kort geding	499
21.2.1.2	Toegangseisen – nader	500
21.2.1.3	Bevoegdheid	501
21.2.1.4	Benoemingsregeling	501
21.2.1.5	Procedure	502
21.2.1.6	Vonnis	502
21.2.2	Hoe verhoudt het arbitraal kort geding van het NAI zich tot de Nederlandse arbitragewet?	503
21.2.3	De verhouding van het arbitraal kort geding tot de bevoegdheid van de gewone rechter	504
21.3	De arbitrale spoedbodemprocedure	508
21.3.1	Arbitrale spoedbodemprocedure is gangbaar	508
21.3.1.1	Poortwachtersfunctie van instituut	511
21.3.1.2	Unus arbiter	511
21.3.1.3	Concentratie en versnelling van het debat	512
21.3.1.4	Beperkte mogelijkheid tot bewijslevering	512
21.3.1.5	Korte (en harde) termijn voor het wijzen van vonnis	513
21.3.1.6	Beperkte administratiekosten en kosten voor arbiters	513
21.3.1.7	Spoedbodemprocedure anders dan de TGV regeling	514
21.3.2	Hoe verhoudt de spoedbodemprocedure zich tot de Nederlandse arbitragewet?	514

21.4	Kansen	515
21.4.1	Uitgangspositie NAI	515
21.4.2	Voorstel 1: spoedbodemprocedure met waarborgen als uitgangspunt	516
21.4.2.1	De financiële grens: spoedbodemprocedure standaard bij financieel belang tot € 2 miljoen	520
21.4.2.2	Nationaal en internationaal	521
21.4.2.3	Benoeming arbiters: directe benoeming van een unus arbiter	522
21.4.2.4	Borging kwaliteit arbitrale vonnissen: introdunctie ' <i>scrutiny light</i> '	523
21.4.2.5	Doorlooptijden: stuur op snelheid maar niet met harde deadlines	524
21.4.2.6	Hoger beroep: wijs partijen de weg maar leg het niet op	525
21.4.3	Arbitraal kort geding: enkele kansen	526
21.4.4	Overige kansen en perspectieven	527
21.5	Afronding	528

Hoofdstuk 22 - Bewijs in arbitragezaken

A. Hammerstein

22.1	Inleiding	529
22.2	Vrijheid met begrenzing	530
22.3	Het bewijsaanbod	531
22.4	Verschillende stelsels	532
22.5	Stelplicht	533
22.6	Medewerkingsplicht	534
22.7	Bewijslastverdeling	536
22.8	Tijdigheid	537
22.9	Toelaatbaarheid van bewijs	537
22.10	Getuigen en deskundigen	539
22.11	Door het scheidsgerecht benoemde deskundigen	542
22.12	Bewijswaardering	545
22.13	Slot	546

Hoofdstuk 23 - De mondelinge behandeling in arbitrage: achttien praktische aanbevelingen

N. Peters

23.1	Inleiding	547
23.2	Betrokkenheid van de partijen bij het vaststellen van de procesorde is geïndiceerd	547
23.3	Agendeer de zitting voor de mondelinge behandeling zo vroeg mogelijk	551
23.4	Partijen hebben recht op een mondelinge behandeling	552
23.5	Het scheidsgerecht kan te allen tijde een mondelinge toelichting bevelen	555
23.6	Wees terughoudend met uitstel van de mondelinge behandeling	556
23.7	Kies een geschikte locatie voor de mondelinge behandeling	557
23.8	Houd rekening met het vertrouwelijke karakter van arbitrage	558
23.9	Stel de procesorde voor een zitting vooraf vast	559
23.10	Alloceer tijd aan partijen in het licht van de omstandigheden van het geval	559
23.11	Maak afspraken over de aanwezigheid van tolken	561
23.12	Maak afspraken over het vastleggen van het verhandelde ter zitting	561
23.13	Bepaal tot wanneer stukken in het geding mogen worden gebracht	562
23.14	Bepaal tijdig of, en zo ja, welke getuigen en/of deskundigen worden gehoord	563
23.15	Wees alert op cultuurverschillen voor de mondelinge behandeling	565
23.16	Maak afspraken voor het horen van getuigen en deskundigen	567
23.17	Sta <i>post hearing briefs</i> toe als de zaak daarom vraagt	571
23.18	Het staat het scheidsgerecht vrij om vragen te stellen	571
23.19	De mondelinge behandeling kan ook worden gebruikt ter beproeving van een schikking	572
23.20	Conclusie	573

Hoofdstuk 24 - De kostenveroordeling in arbitrage: suggesties ter bevordering van voorspelbaarheid, transparantie en uniformiteit

M. van de Hel-Koedoot & P.B. Fritschy

24.1	Inleiding	575
24.2	Kosten in het huidige NAI Arbitragereglement	578
24.3	Opnemen gezichtspunten oordeel kostenveroordeling in NAI Arbitragereglement	580
24.3.1	Gezichtspunt 1: het al dan niet hebben bevorderd van een spoedig en efficiënt procesverloop	581
24.3.2	Gezichtspunt 2: opzettelijke vertraging en/of obstructie	583
24.3.3	Conclusie: concreet voorstel voor incorporatie van beide gezichtspunten	584
24.4	Mogelijkheid kort partijdebat omtrent kosten en de kostenveroordeling	585
24.5	Motiveringsplicht scheidsgerecht	588
24.6	Conclusie	591

III. DE UITKOMST

Hoofdstuk 25 - Het mondelinge arbitraal vonnis

A.I.M. van Mierlo

25.1	Inleiding	595
25.2	De uitspraak van de overheidsrechter	596
25.2.1	Schriftelijke vonnissen en beschikkingen	596
25.2.2	Mondelinge vonnissen en beschikkingen; art. 30p Rv	598
25.2.3	Betekenis van art. 30p Rv; geen exclusieve regeling van mondelinge uitspraak	601
25.2.4	Vijf nadere regels die gelden voor mondelinge uitspraken	604
25.3	Arbitrale vonnissen	610
25.3.1	De vaststelling van het vonnis; besluitvorming bij meerderheid	610
25.3.2	De vereisten voor het vonnis; op schrift (art. 1057 lid 2 Rv)	611
25.3.3	Het mondelinge arbitraal vonnis	615
25.3.4	De dagelijkse praktijk?	617
25.4	Besluit	619

**Hoofdstuk 26 - De termijnen voor verbetering en aanvulling,
mede in het licht van het NAI
Arbitragereglement, alsmede aanbevelingen
ter voorkoming van kennelijke fouten en
nalaten te beslissen**

I.P.M. van den Nieuwendijk

26.1	Inleiding	621
26.2	Termijn voor verzoek tot verbetering en/of aanvulling	623
26.2.1	Algemeen	623
26.2.2	Uitgangspunt is overeengekomen termijn	625
26.2.2.1	Algemeen	625
26.2.2.2	Art. 47 en 48 NAI Arbitragereglement; afwijkend van de wettelijke termijn	626
26.2.3	Geen overeengekomen termijn: tot drie maanden na de dag van verzending	627
26.2.4	Geen overeengekomen termijn maar wel nederlegging: drie maanden na de dag van nederlegging	628
26.3	Duur van de procedure en beslistermijn?	628
26.4	Termijn verstreken; wat nu?	631
26.4.1	Algemeen	631
26.4.2	Termijn verstreken voor verzoek tot verbetering	632
26.4.3	Termijn verstreken voor verzoek tot aanvulling	635
26.5	Termijn voor vernietiging na verzoek tot verbetering en/of aanvulling	636
26.6	Vier aanbevelingen voor het NAI Arbitragereglement	637
26.6.1	Algemeen	637
26.6.2	Checklist voor het arbitraal vonnis	637
26.6.3	Checklist voor verbetering en aanvulling	638
26.6.4	Verzoek om aanvullend depot	639
26.6.5	Een 'scrutiny'-bepaling	640
26.7	Tot slot	641
	Bijlage 1: Checklist voor arbiters voor een arbitraal vonnis onder het NAI Arbitragereglement	643
	Bijlage 2: Checklist voor arbiters voor verbetering en aanvulling	647

Hoofdstuk 27 - De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?

P.E. Ernste & C.L. Schleijsen

27.1	Inleiding	651
27.2	Vernietigingsgronden	653
27.2.1	Algemeen	653
27.2.2	Ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1065 lid 1 sub a Rv)	655
27.2.3	Samenstelling van het scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 sub b Rv)	659
27.2.4	Schending opdracht (art. 1065 lid 1 sub c Rv)	661
27.2.4.1	Algemeen	661
27.2.4.2	Essentiële weren	662
27.2.4.3	Het scheidsgerecht heeft nagelaten te beslissen op één of meer vorderingen	665
27.2.4.4	Aanvullen van de feiten	669
27.2.4.5	Aanvullen van rechtsgronden	670
27.2.4.6	Meer of anders toewijzen dan gevorderd	671
27.2.4.7	Hanteren onjuiste beslissingsmaatstaf	672
27.2.4.8	Schending formele zijde van de opdracht	673
27.2.5	Ondertekeningsgebreken (art. 1065 lid 1 sub d Rv)	675
27.2.6	Motiveringsgebreken (art. 1065 lid 1 sub d Rv)	678
27.2.7	Schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1 sub e Rv)	683
27.2.7.1	Algemeen	683
27.2.7.2	Strijd met dwingend (EU-)recht van een fundamenteel karakter	684
27.2.7.3	Handelen in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor	684
27.2.7.4	Bewijs	689
27.2.7.5	Strijd met het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid	691
27.3	Vernietiging en terugverwijzing (art. 1065a Rv)	694
27.4	Conclusie	697

Hoofdstuk 28 - De weg van schikking naar vonnis

P. Ortolani

28.1	Inleiding	701
28.2	De redenen om een vaststellingsovereenkomst in een arbitraal schikkingsvonnis te laten vastleggen	703

28.3	Een schikking na aanvang van een arbitraal geding	705
28.3.1	Het schikkingsvonnis in de arbitragepraktijk	705
28.3.2	De opbouw van een schikkingsvonnis	708
28.3.3	De weigering een schikkingsvonnis te wijzen	709
28.4	Mediation en het vastleggen van een schikking in een arbitraal vonnis	711
28.5	Potentiële weigerings- en vernietigingsgronden met betrekking tot het schikkingsvonnis	715
28.5.1	De aard van het schikkingsvonnis	715
28.5.2	Het ontbreken van de gronden waarop het schikkingsvonnis berust	717
28.5.3	Ultra petita	718
28.5.4	De arbitrageprocedure is niet in overeenstemming met de overeenkomst van de partijen	720
28.5.5	Onmogelijkheid om de zaak te verdedigen	720
28.5.6	Het schikkingsvonnis is in strijd met de materiële openbare orde	722
28.6	De relatie tussen het schikkingsvonnis en ‘the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation’	723
28.7	Conclusie	725

Hoofdstuk 29 - Arbitrage en Vertrouwelijkheid: bestaan en Contouren van een Beginsel

F. De Ly

29.1	Inleiding	727
29.2	Aanname van Vertrouwelijkheid in Arbitrage en Grondslagen	727
29.3	Australische en Zweedse Onrust	729
29.4	Aandacht voor Vertrouwelijkheid: Wetgeving en Arbitragereglementen	730
29.5	Nederland en Vertrouwelijkheid	732
29.6	Contouren van het Vertrouwelijkheidsbeginsel	734
29.6.1	Omschrijving van het Vertrouwelijkheidsbeginsel	734
29.6.2	Vertrouwelijkheidsbeginsel en Partijautonomie	740
29.6.3	Voorwerp van het Vertrouwelijkheidsbeginsel	740
29.6.4	Personen Onderworpen aan Vertrouwelijkheid	743
29.6.5	Uitzonderingen op Vertrouwelijkheid	746
29.6.6	Processuele Aspecten	748
29.7	Conclusie	751

IV. VARIA

Hoofdstuk 30 - De arbitrale secretaris

M.A. Rooijakkers & M.W. Scheltema

30.1	Inleiding	755
30.2	De contractuele verhoudingen onderzocht: de positie van de arbitrale secretaris binnen een (toch al gecompliceerde) meerpartijenverhouding	756
30.2.1	Procespartijen onderling: de overeenkomst tot arbitrage	757
30.2.2	De rechtsverhouding tussen procespartijen en arbiters	758
30.2.3	De rechtsverhoudingen in geval van institutionele arbitrage: drie samenhangende opdrachten – geen meerpartijenovereenkomst	760
30.2.3.1	Procespartijen – arbiters	760
30.2.3.2	Procespartijen – arbitrage-instituut	760
30.2.3.3	Arbitrage-instituut – arbiters	761
30.2.4	De opdracht aan de arbitrale secretaris: door wie?	762
30.2.4.1	Benoeming door het arbitrage-instituut: ‘toevoeging aan het tribunaal’	762
30.2.4.2	Benoeming arbitrale secretaris door arbiters: ‘onderdeel van het tribunaal’	764
30.2.4.3	Benoeming arbitrale secretaris door partijen	765
30.3	Wettelijke en institutionele regelgeving over de inhoud van de opdracht aan de arbitrale secretaris	766
30.3.1	Regelgeving binnen Nederland	767
30.3.2	Internationale richtsnoeren	768
30.4	Mogelijkheden voor het adresseren van overschrijdingen	771
30.4.1	Schending van de opdracht door het scheidsgerecht	772
30.4.2	Aansprakelijkheid van – of voor – de arbitrale secretaris	774
30.5	Afronding	774

Hoofdstuk 31 - De procedurele kaders voor meerpartijenarbitrage

B.R.D. van der Plas-Hoebeke

31.1	Meerpartijenarbitrage in Nederland: trendsetter of <i>faux pas</i> ?	777
31.2	Nederlands wettelijk stelsel en het NAI Arbitragereglement: hoe een tweepartijenarbitrage een meerpartijenarbitrage kan worden	781

31.3	Internationaal: meerpartijenarbitrage in de praktijk	802
31.4	Een internationale ‘polish’ van het NAI Arbitragereglement wat betreft meerpartijenarbitrage gewenst?	809
31.5	Conclusie: optimale procedurele kaders die partijautonomie in meerpartijenarbitrages faciliteren	814

V. SLOT

	Hoofdstuk 32 - “GOING DUTCH” Voor ADR, in het bijzonder richting NAI: de moeite waard (!)	819
--	--	------------

C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer

32.1	Inleiding	819
32.2	Welke terreinen lenen zich voor NAI-ADR?	820
32.3	Het NAI naast het NCC	830
32.4	Een aandachtspunt voor arbitrage in internationale verhoudingen	832
32.5	Aansprakelijkheidsrisico’s	833
32.6	Enkele aspecten betreffende de inrichting van de arbitrageprocedure	838
	32.6.1 Arbitrale spoedprocedures	838
	32.6.2 De mondelinge behandeling	839
	32.6.3 Digitalisering	841
	32.6.4 De kosten	842
	32.6.5 Diverse aspecten van vertrouwelijkheid	844
	32.6.6 Bewijslevering	847
	32.6.7 Een complicatie: meerpartijenarbitrage	848
32.7	De positie van de secretaris	849
32.8	De uitkomst: het arbitrale vonnis	851
	32.8.1 De mogelijkheid van een mondeling vonnis	851
	32.8.2 Verbetering en aanvulling	852
	32.8.3 Het schikkingsvonnis	853
32.9	Afronding	854

HOOFDSTUK 1

ADR EN 70 JAAR NAI

*C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (redactie)*¹

De aanleiding tot deze bundel vormt het 70-jarig bestaan van het Nederlands Arbitrage Instituut (“NAI”) en het afscheid van mevrouw mr. Fredy von Hombracht-Brinkman. Fredy von Hombracht-Brinkman is gedurende 38 jaren bij het Nederlands Arbitrage Instituut werkzaam geweest. Gedurende deze lange periode heeft zij met hart en ziel aan de ontwikkeling van het NAI bijgedragen, waarvan de laatste 18 jaren als directeur/administrateur. De dank vanuit het NAI voor haar tomeloze inzet is buitengewoon groot. Als blijk van deze dankbaarheid dragen wij deze bundel namens het bestuur van het NAI dan ook graag aan haar op.

De titel van deze bundel luidt “Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI”. De afkorting “ADR” staat voor “Alternative Dispute Resolution” of, zo men wil, “Anders Dan Rechtspraak”. Hieronder verstaan wij in dit verband arbitrage, bindend advies en mediation. Deze alternatieve vormen van geschilbeslechting vervullen in de praktijk een belangrijke rol naast overheidsrechtspraak en voorzien duidelijk in een behoefte, in diverse opzichten. Dit wordt tevens onderkend door het Ministerie van Veiligheid en Justitie.² In deze bundel staat de institutionele alternatieve geschilbeslechting centraal, met een bijzondere focus op het NAI.

-
- 1 Prof. mr. C.J.M. (Carla) Klaassen is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht), bijzonder hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Curaçao en vice-voorzitter van het bestuur van het Nederlands Arbitrage Instituut (“NAI”), prof. mr. G.J. (Gerard) Meijer is advocaat te Amsterdam, hoogleraar Arbitration & Dispute Resolution aan de Erasmus School of Law en voorzitter van het bestuur van het NAI, mr. C.L. (Carmen) Schleijsen is docent aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verricht promotieonderzoek naar de aansprakelijkheid van de arbiter.
 - 2 Zie o.a. de Brief van de Minister van Justitie van 19 november 1999, in aansluiting op de contourennota modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II 1999/00*, 26 352, nr. 19, m.n. p. 2-3, Innovatieagenda rechtsbestel, bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 33 071, nr. 5, m.n. §3, en de Memorie van Toelichting bij de ontwerp Arbitragewet 2015, *Kamerstukken II 2012/13*, 33 611, nr. 3, p. 1-3.

Een enkel woord over de achtergrond en ontwikkeling van deze vitale 70-jarige.

Het NAI is opgericht in 1949 op initiatief van Rudolph Cleveringa en Piet Sanders.³ Sanders vond hierbij inspiratie in de American Arbitration Association (“AAA”).⁴ De focus lag in de beginmaanden van het NAI dan ook aanvankelijk op Nederlands-Amerikaanse handelsarbitrage, al verschoof dit vrij snel naar internationale, commerciële arbitrage in algemene zin.⁵ Sanders achtte het wenselijk dat ook Nederland beschikte over een algemeen arbitrage-instituut, dat zich niet slechts richtte op specifieke terreinen – zoals bijvoorbeeld de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid of de Nederlandse Zuidvruchten Vereniging – maar dat voorzag in een mogelijkheid tot beslechting van alle denkbare, concrete geschillen die vatbaar zijn voor arbitrage. Een sterk motief voor de oprichting van een algemeen arbitrage-instituut was de voorkeur van handelspartijen voor geschilbeslechting door middel van arbitrage in plaats van door middel van overheidsrechtspraak.⁶ Vanuit de praktijk bestond dan ook behoefte aan een in een arbitragereglement goed geregeld, eenvoudig toegankelijk mechanisme voor deze vorm van geschilbeslechting.⁷ Deze leemte is door het NAI ingevuld. Terwijl het NAI in de beginjaren na zijn oprichting nog een bescheiden rol speelde⁸ is het NAI gedurende zijn inmiddels 70-jarige bestaan uitgegroeid tot een niet meer weg te denken speler op het gebied van de alternatieve geschilbeslechting.

Het NAI richt zich, als enig instituut in Nederland, op (zakelijke) geschillen in algemene zin en beperkt zich niet tot één of meer specifieke terreinen. Zoals ook uit de in deze bundel opgenomen bijdragen blijkt (zie met name deel I), speelt het NAI derhalve een rol van betekenis op een breed palet aan terreinen. Waar het Instituut van oudsher een belangrijke positie inneemt op het gebied van zowel internationale als nationale

3 P. Sanders, *Herinneringen*, Amsterdam: Uitgeverij SUN (nu Uitgeverij Boom) 2009, p. 55.

4 P. Sanders, ‘TvA/NAI 50 jaar’, in: NAI (red.), *NAI 50 jaar. Arbitrage: in wiens handen?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 9 (“Sanders 2000”); P. Sanders, ‘Het NAI veertig jaar!’, *TvA* 1989/6, p. 143 (“Sanders 1989”).

5 B. van der Bend, M. Leijten & M. Yzonides (red.), *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, Kluwer Law International 2009, p. 3 (“Van der Bend, Leijten & Yzonides”); Sanders 1989, p. 143.

6 R.P. Cleveringa, ‘Het Nederlands Arbitrage Instituut’, *Arbitrale Rechtspraak* 1950, nr. 357, p. 259 (“Cleveringa 1950”).

7 Sanders 1989, p. 143.

8 Sanders 2000, p. 10.

arbitrage, is zijn rol daar niet toe beperkt. Bij het NAI kunnen immers ook bindendadviesprocedures worden gevoerd (thans volgens het Bindendadviesreglement 2015) en kan – sinds 1995⁹ – tevens worden gemedieerd (thans volgens het NAI Mediationreglement 2017). Waar het NAI zich oorspronkelijk richtte op de beslechting van geschillen “op het gebied van de koophandel in de ruimste zin”¹⁰ door een met waarborgen omklede arbitrage, heeft het tegenwoordig dan ook een breder doel voor ogen. Het NAI beoogt alle hiervoor genoemde vormen van alternatieve geschilbeslechting te bevorderen door het bieden van een goed geregelde arbitrage-, bindend advies- en mediationprocedure. Door in een overeenkomst (in niet mis te verstane bewoordingen) te voorzien in arbitrage, bindend advies of mediation bij het NAI, kiezen partijen (in beginsel) tevens voor een procedure volgens het desbetreffende NAI reglement, dat waarborgen biedt voor een correcte, zorgvuldige en onafhankelijke beslechting van hun geschil.

In zijn 70-jarig bestaan heeft het NAI de nodige veranderingen doorgevoerd. Inmiddels maakte het Instituut twee ingrijpende wetswijzigingen mee (in 1986 en in 2015¹¹) en paste het diverse keren zijn reglement(en) aan, met grote aanpassingen naar aanleiding van de genoemde wetswijzigingen.¹² Eén van de meest in het oog springende punten in de ontwikkeling van het NAI is de afschaffing van de lijstprocedure voor de benoeming van arbiters in het NAI Arbitragereglement 2015. Thans geldt partijbenoeming als uitgangspunt (art. 13 van het reglement). Daarnaast kan gedacht worden aan de met de Arbitragewet 2015 geïntroduceerde mogelijkheid van een volledig elektronische arbitrage (art. 1072b Rv). Het NAI Arbitragereglement springt hier op in door te bepalen dat de communicatie in principe elektronisch (per e-mail) geschiedt (art. 3 Arbitragereglement 2015, vgl. art. 14 Mediationreglement 2017 en art. 3 Bindendadviesreglement 2015). Tot een volledige e-Arbitrage is het echter niet gekomen, in elk geval nog niet (zie in dit verband hoofdstuk 20). Verder kan worden gewezen op de Nederland kenmerkende mogelijkheid van het arbitraal kort geding, geïntroduceerd in het Arbitragereglement 1998, waarvan jaarlijks nog regelma-

9 H.J. Snijders, ‘Arbitrage bij het Nederlands Arbitrage Instituut’, in: H.J. Snijders & G.J. Meijer (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 75. Aanvankelijk droeg deze bemiddeling de naam ‘minitrage’.

10 Verruimde doelstelling van het Instituut, vastgesteld op 23 december 1949, zie Sanders 1989, p. 143; Cleveringa 1950, p. 259.

11 *Stb.* 1986, 372 en *Stb.* 2014, 200.

12 G.J. Meijer & H.J. van der Baan, ‘NAI Arbitragereglement 2015’, *TvA* 2015/37, p. 59.

tig gebruik wordt gemaakt (thans art. 36 NAI Arbitragereglement 2015); zie hierover nader hoofdstuk 21.¹³

Terugkijkend, kan worden opgemerkt dat de oprichting van het NAI in 1949 zonder enige twijfel een groot succes blijkt te zijn geweest. Piet Sanders kan wat dit betreft een vooruitziende blik worden toegedicht. Het NAI vervult als algemeen ADR-instituut in Nederland immers een zeer prominente rol en heeft in de loop van de jaren een buitengewoon groot aantal (nationale en internationale) arbitrages, bindendadviesprocedures en mediations mogen administreren. De ontwikkeling van het NAI tot het brede ADR-instituut van naam dat het nu is, is te danken aan de inzet van velen die bij of voor het Instituut hebben gewerkt.¹⁴ Het noemen van namen in dit verband bergt altijd enig gevaar in zich. Niettemin menen wij dat, zonder anderen tekort te willen doen, buiten kijf staat dat, naast de reeds gememoreerde Fredy von Hombracht-Brinkman, twee personen bijzondere vermelding verdienen wegens hun jarenlange inzet en grote rol in het kader van het ontwikkelen en uitdragen van het Nederlandse arbitragerecht en het positioneren van het NAI, te weten: prof. mr. Albert Jan van den Berg en prof. mr. Henk Sniijders. Prof. Van den Berg heeft voor een belangrijk deel van zijn nauwe betrokkenheid bij het NAI de rol van voorzitter van het NAI-bestuur vervuld, prof. Sniijders voor een belangrijk deel de rol van voorzitter van de NAI-Raad van Advies en Toezicht. Als dank voor hun grote verdiensten zijn zij tijdens de bijzondere NAI-bijeenkomst ter gelegenheid van het 70-jarig bestaan van het NAI op 28 juni 2019, nadat – eveneens bij wijze van eerbetoon – het eerste exemplaar van deze bundel is aangeboden aan Fredy von Hombracht-Brinkman, geëerd nu prof. van den Berg en prof. Sniijders zijn benoemd tot ere-voorzitter respectievelijk ere-lid van het NAI.

Na deze beknopte referte aan de geschiedenis van het NAI, terug naar het heden en de toekomst. De bestaansredenen van het NAI zijn nog even relevant als bij zijn oprichting: ook vandaag de dag bestaat vanuit de zakelijke markt volop behoefte aan goede, effectieve mechanismen voor institutionele ADR, zowel in nationaal als in internationaal verband. Wij zijn ervan overtuigd dat het NAI op dit vlak zijn partij zal blijven meeblijven. Enerzijds door oog te hebben voor nieuwe ontwikkelingen en behoeften van de markt wat betreft de aanwending van ADR. In dit

13 Zie ook de jaarverslagen van het NAI, gepubliceerd op de website www.nai-nl.org/nl/ en eerder in *TvA*.

14 Zie ook Van der Bend, Leijten & Ynzonides 2009, p. 3.

verband wordt bijvoorbeeld gerefereerd aan de min of meer recente instelling van de Onafhankelijke Geschilleninstantie Zorgcontractering (zie ook hoofdstuk 5) en de oprichting van het Court of Arbitration for Art¹⁵ (zie hoofdstuk 4), alsook aan het streven tot het verder ontwikkelen van zakelijke mediation (zie in dit verband tevens hoofdstuk 13 en 14). Anderzijds zal het NAI zijn sterke positie kunnen behouden en wellicht zelfs verder kunnen uitbouwen door wat betreft de inrichting van de ADR-vormen in te spelen op nieuwe ontwikkelingen in binnen- en buitenland en de wensen vanuit de praktijk, ook waar het nieuwe diensten of “producten” betreft. Maar zeker ook door de hoge kwaliteit die de geschilbeslechting vanuit het NAI door de gebruikers pleegt te worden toegedicht te blijven bieden en waar mogelijk zelfs te verbeteren. En daarmee keren we terug naar de inhoud van deze bundel, de derde bundel die in de loop der tijd vanuit het NAI is geïnitieerd.¹⁶

De auteurs van deze bundel zijn allen op de een of andere manier betrokken (geweest) bij het NAI en/of (ervarings)deskundige op het gebied van ADR. Aan hen is gevraagd om tegen deze achtergrond hun licht te doen schijnen over uiteenlopende aspecten rond de toepassing van vormen van ADR en daarbij de focus met name te richten op de kansen en mogelijkheden voor institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI.

Het boek opent met een blik op de diverse terreinen waarop alternatieve geschilbeslechting (bij het NAI) een rol van betekenis speelt, dan wel (meer) zou kunnen spelen. Daarna passeren verschillende kwesties die bij aanvang, gedurende en na afloop van de geschilbeslechtigingsprocedure en met name de arbitrageprocedure (kunnen) rijzen de revue. Beoogd wordt inzicht te geven in de gang van zaken, maar tevens in de eventuele knelpunten in het kader van de alternatieve geschilbeslechting (bij het NAI) en daarmee aan te geven waar mogelijk ruimte voor verbetering ligt. Voorts beoogt de redactie kansen voor ADR (bij het NAI) te signaleren, om in te spelen op veranderingen in het (internationale) arbitrageklimaat, op een veranderende vraag van de markt en op de veranderende samen-

15 Zie hiervoor ook de website van het NAI: www.nai-nl.org/nl/.

16 Eerder verschenen: NAI (red.), *NAI 50 jaar. Arbitrage: in wiens handen?*, Deventer: Kluwer 2000, en F.D. von Hombracht-Brinkman (red.), *De Rechter en Arbitrage 1996-2009*, Deventer: Kluwer 2009. Zie voorts: P. Sanders, ‘Het Nederlands Arbitrage Instituut’, *Arbitrale Rechtspraak* 1959, nr. 460, p. 97-100, Sanders 1989, p. 143-144 en, in indirectere zin over het NAI, de Piet Sanders Special in *TvA* 2012, afl. 4.

leving. De bundel eindigt met een beschouwing waarin wordt teruggeblikt op de diverse bijdragen en met name op de kansen en mogelijkheden voor ADR in Nederland en bij het NAI in het bijzonder, zoals diverse auteurs deze zien. In dat licht hoopt de redactie met deze bundel tot slot een bijdrage te leveren aan het debat over (de positie van) ADR in Nederland en, wederom, bij het NAI in het bijzonder. Waarom is “Going Dutch”, en in het bijzonder de route naar het NAI, de moeite waard? Dit is een bundel van, en voor het NAI, maar ook van, en voor de ADR-praktijk als geheel. Het boek biedt een *“bird’s eye view”* van het Nederlandse ADR-veld en geeft daarmee inzicht in het brede spectrum aan mogelijkheden dat Nederland op het gebied van alternatieve geschilbeslechting te bieden heeft, voor een ieder die zich hiervoor interesseert.

De redactie dankt allen die op enigerlei wijze een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van deze bundel, waaronder in het bijzonder de auteurs.

Rest ons u veel leesgenot toe te wensen!

HOOFDSTUK 32

“GOING DUTCH” VOOR ADR, IN HET BIJZONDER RICHTING NAI: DE MOEITE WAARD (?!)

C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer¹

32.1 Inleiding

Het afscheid van de directeur van het NAI, Fredy von Hombracht-Brinkman, vormt de directe aanleiding tot deze bundel. De omstandigheid dat dit afscheid tevens valt in het jaar dat het NAI zijn 70-jarig bestaan viert, heeft geïnspireerd tot de gekozen invalshoek: kansen en mogelijkheden voor institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI. Vanuit deze invalshoek is aandacht besteed aan de diverse vormen van ADR – ofwel Alternative Dispute Resolution, dan wel, op z’n Nederlands, Anders Dan Rechtspraak – die door het NAI worden gefaciliteerd: arbitrage, bindend advies en mediation. Uiteenlopende aspecten hiervan zijn belicht door auteurs die merendeels als “gebruiker” of geschilbeslechter ervaring hebben opgedaan met het NAI en hierbij met de scheidend directeur hebben samengewerkt, dan wel vanuit hun professie het reilen en zeilen van het NAI met belangstelling hebben gadegeslagen. Dit heeft geleid tot een caleidoscopisch resultaat. Conform het huidige werkterrein van het NAI, ligt het zwaartepunt van de bundel op arbitrage, het terrein waarop het NAI “groot geworden” is. Dit neemt echter niet weg dat ook terdege aandacht wordt besteed aan bindend advies en mediation, en in het bijzonder aan de vraag welke rol het NAI op dit vlak alsook wat betreft combinaties tussen bepaalde verschijningsvormen van ADR kan vervullen. De vraag die de auteurs in het kader van uiteenlopende

1 Prof. mr. C.J.M. (Carla) Klaassen is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht), bijzonder hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Curaçao en vice-voorzitter van het bestuur van het Nederlands Arbitrage Instituut (“NAI”). Prof. mr. G.J. (Gerard) Meijer is advocaat te Amsterdam, hoogleraar Arbitration & Dispute Resolution aan de Erasmus School of Law en voorzitter van het bestuur van het NAI.

deelonderwerpen is voorgelegd, is hoe zij de positie van het NAI ter zake zien, inclusief eventuele aandachtspunten en (te benutten) kansen. Van de uitkomsten hiervan wordt hierna min of meer de balans opgemaakt. Bij voorbaat geven wij echter prijs dat deze balans positief uitpakt: met "Going Dutch" wat betreft ADR bij het NAI is volgens de diverse beschouwingen niets mis, integendeel. Voor rustig en tevreden achterover leunen en op de lauweren rusten is echter geen aanleiding: de ontwikkelingen op zowel nationaal als internationaal terrein die door de auteurs worden geschetst, bieden interessante kansen en mogelijkheden voor het NAI. Kortom: genoeg werk aan de winkel, nu en in de toekomst, om de mouwen vanuit het Rotterdamse opgestroopt te houden.

32.2 Welke terreinen lenen zich voor NAI-ADR?

Aan de vraag welke terreinen zich lenen voor ADR, in het bijzonder voor enigerlei vorm van ADR via het NAI, zijn diverse beschouwingen gewijd. Om te beginnen heeft een aantal schrijvers zich uitgelaten over de rol die (NAI-)arbitrage op uiteenlopende terreinen speelt en kan spelen.

In diens bijdrage richt Bitter zich op de arbitrage in handelsgeschillen, in meer algemene zin, in zaken waarin de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen en waarop derhalve de Nederlandse arbitragewet van toepassing is. Bitter refereert aan diverse kenmerken van arbitrage, die meebrengen dat arbitrage voor veel (handels)partijen een optie is die de voorkeur verdient boven overheidsrechtspraak, zoals de invloed op de keuze van de arbiter(s), de omstandigheid dat de procesorde in belangrijke mate door de arbiter(s) en partijen gezamenlijk wordt bepaald, de korte lijnen tussen arbiter(s) en partijen zodat gemakkelijk en snel kan worden gecommuniceerd over suggesties tot aanpassing van de procesorde, en *last but not least* de vertrouwelijkheid die arbitrage kenmerkt (over dit laatste aspect nader De Ly, hoofdstuk 29). Uit internationaal onderzoek blijkt verder dat de internationale uitvoerbaarheid van arbitrale vonnissen op grond van het Verdrag van New York 1958 in vrijwel alle staten ter wereld gewicht in de schaal legt bij de keuze voor arbitrage (boven overheidsrechtspraak). Bitter constateert dat betrouwbare cijfers over het gebruik van arbitrage in Nederland (aantallen, belang) niet voor handen zijn. Wel maakt hij uit onderzoek op dat het marktaandeel van arbitrage in verhouding tot dat van de overheidsrechter heel beperkt is. Bitter meent dat de rol van arbitrage in Nederland voor versterking vatbaar is, en ook versterking verdient, gelet op onder andere de aanwezigheid van een

arbitragewet die er ook in internationaal opzicht “mag zijn” (hoewel hij ook twee punten van verbetering signaleert²), en de omstandigheid dat arbitrale vonnissen slechts bij wijze van uitzondering worden vernietigd (waarover uitgebreid en bevestigend Ernste en Schleijsen in hoofdstuk 27). Met andere woorden: de omstandigheden voor versterking van de rol van arbitrage in Nederland zijn gunstig, zo constateert hij. Hoe dit dan te bewerkstelligen? Bitter doet hiertoe diverse suggesties, deels in algemene zin, deels gericht op het NAI. In algemene zin oppert hij bijvoorbeeld om meer bekendheid te geven aan de omstandigheid dat vernietiging van een arbitraal vonnis door de Nederlandse rechter uitzonderlijk is en vorderingen daartoe in de regel worden afgewezen. Wat betreft het NAI oppert Bitter nadere initiatieven te ontplooiën op het gebied van internationale arbitrages, zoals recentelijk de oprichting van de Court of Arbitration for Art (“CAfA”). Heel concreet laat Bitter bijvoorbeeld het ballonnetje op te bezien of een samenwerking met de Raad van Arbitrage voor de Bouw (“RvA”) mogelijk zou zijn, om elkaar aldus te versterken, en met name gezamenlijk de buitenlandse markt te bewerken (§3.8.2). Een samenwerking met de RvA zou misschien wel kunnen leiden tot een uitbreiding van het aantal bouwzaken en aan de bouw gerelateerde zaken, met Nederland als plaats van arbitrage, zo oppert hij. Meer in het algemeen geeft Bitter het NAI in overweging een medewerker c.q. functionaris aan te stellen om de positie van het NAI in het buitenland te versterken (§3.8.2-3.9).

Zowel CAfA als een mogelijke verdere rol van het NAI in het kader van bouwgeschillen komen in andere bijdragen nader aan de orde: respectievelijk de bijdrage van Schrage (hoofdstuk 4) en de bijdrage van Putter en Conway (hoofdstuk 10).

CAfA is een gezamenlijk initiatief van het NAI en de stichting Authentication in Art (“AiA”) en voorziet in mediation en arbitrage specifiek voor geschillen betreffende kunst. Schrage stelt in zijn bijdrage voorop dat aan de mogelijkheid van geschilbeslechting als geboden door CAfA in de (internationale) kunstwereld grote behoefte bestaat. Hij illustreert dit door in zijn bijdrage, aan de hand van enkele geruchtmakende procedures in binnen- en buitenland, een schets te geven van (slechts) enkele onderwerpen waarover met betrekking tot kunst geschillen kunnen en ook zijn ontstaan.

Putter en Conway zien een zonnige toekomst voor het NAI in het kader van de verdere uitbouw van zijn positie op het gebied van de bouw-

2 Zie zijn beschouwing onder 3.8.

arbitrage (hoofdstuk 10). Zij bespreken diverse in de nationale, maar vooral in de internationale (bouw)arbitragepraktijk bestaande gebruiken en ontwikkelingen en doen suggesties betreffende de bruikbaarheid hiervan in Nederland, teneinde de aantrekkelijkheid van bouw-arbitrage, maar ook arbitrage in Nederland meer in het algemeen, te vergroten. In dit opzicht gaan zij bijvoorbeeld uitgebreid in op de wijze waarop in andere landen in bouw-arbitrages verdragings- en verstoringsclaims worden geanalyseerd (§10.4). Hiervan zou de Nederlandse bouw-arbitragepraktijk volgens Putter en Conway kunnen leren. Tevens bevelen zij aan meer, vooral internationale, bekendheid te geven aan in de (bouw)arbitragepraktijk bij het NAI bestaande gebruiken. Hierdoor zou naar hun mening eveneens de aantrekkelijkheid van het NAI vergroot kunnen worden. Zij refereren in dit verband bijvoorbeeld aan de vrijheid van partijen betreffende de benoeming van een arbiter. *“The future is looking bright”*, zijn de laatste woorden van hun beschouwing over de (vele) kansen en mogelijkheden van (bouw)arbitrage in Nederland, in het bijzonder bij het NAI.

Naast de kunstwereld en de bouw, komen nog meer specifieke terreinen aan de orde in het kader van het “speelveld” van arbitrage, en in het bijzonder NAI-arbitrage.

Verschuur onderzoekt of arbitrage een geschikte manier is voor de beslechting van geschillen op het gebied van de intellectuele eigendom (“IE”). Zij wijst erop dat in diverse IE-wetten aan de Haagse overheidsrechter (in elk geval ten opzichte van andere rechters) exclusieve jurisdictie is toegekend, en van de hieruit voortvloeiende expertise tevens een aanzuigende werking uitgaat wat betreft geschillen over andere IE-kwesties (§6.1 en 6.2.1). Met de toekenning, binnen de gerechtelijke kaart, van exclusieve jurisdictie aan de gewone rechter in Den Haag is overigens nog niet de vraag beantwoord of dit aan arbitrage in de weg staat. De beperkte arbitrale en (lagere) overheidsrechtspraak die hierover beschikbaar is, is niet eenduidig. Verschuur leidt echter uit onder andere een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag³ de (tegenwoordige) denkriching af dat de toedeling van geschillen aan een specifieke overheidsrechter op zichzelf niet aan arbitrage in de weg staat, maar voor het al dan niet kunnen arbitreren (slechts) bepalend is of de voorliggende vraag leidt tot vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van partijen staan (zie art. 1020 lid 3 Rv), waarbij het dan met name gaat om de vraag

3 Rb. 's-Gravenhage 2 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7047, IER 2012/61, m.nt. F. Eijsvogels (*Ruma/Swellfix*).

of de beslissing rechtsgevolgen heeft of moet hebben voor derden (§6.2.2-6.2.3). Zij werkt deze laatste kwestie in §6.2.3 vervolgens uit met het oog op uiteenlopende IE-kwesties en concludeert dat (slechts) een (beperkt) aantal IE-geschillen niet voor arbitrage vatbaar is. Na een bespreking van de voordelen van arbitrage in geval van IE-zaken (§6.3.1) als ook van de voordelen die daarentegen overheidsrechtspraak in dergelijke zaken biedt (§6.3.1-6.3.3), komt zij tot de conclusie dat (NAI-) arbitrage met name geschikt is in de volgende IE-geschillen: (i) complexe technische geschillen, (ii) geschillen waarbij vertrouwelijkheid, om welke reden dan ook, van groot belang is, (iii) geschillen waarin er een behoorlijk budget beschikbaar is en partijen in één instantie, in een (relatief) overzichtelijke tijdsperiode duidelijkheid over de zaak willen hebben en (iv) geschillen waarin (internationale) executieperikelen worden verwacht indien niet voor arbitrage wordt gekozen.

Ten Brink stelt de vraag “wat kan arbitrage betekenen?” voor het terrein van ICT-geschillen (hoofdstuk 9). Overigens stelt zij voorop dat, anders dan men wellicht zou verwachten gelet op het aantal mislukte ICT-projecten in zowel de publieke als de private sfeer, het aantal procedures hierover gering is, zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage. Als mogelijke reden hiervoor noemt zij de omstandigheid dat mislukte ICT-projecten een juridisch mijnenveld vormen, met vele onzekerheden en dus procesrisico’s aan beide zijden, hetgeen voor partijen een prikkel kan zijn de zaak buitengerechtelijk op te lossen (§9.1). In aansluiting op de complexiteit van ICT-geschillen, noemt Ten Brink als belangrijk voordeel van arbitrage boven overheidsrechtspraak op dit gebied de omstandigheid dat in arbitrage gekozen kan worden voor een multidisciplinair samengesteld scheidsgerecht, bestaande uit zowel gerenommeerde ICT-juristen als ICT-deskundigen. Ten Brink meent dat ICT-leveranciers en -afnemers zich van dit voordeel onvoldoende bewust zijn, en adviseert dit meer uit te venten. Zij wijst erop dat “Nederland ICT”, de brancheorganisatie voor de Nederlandse ICT-sector, in de door haar opgestelde standaardvoorwaarden verwijst naar de specifiek op ICT-geschillen gerichte Stichting Geschillenoplossing Automatisering (“SGOA”), maar in lang niet alle overeenkomsten en standaardvoorwaarden in de ICT-branche naar de SGOA wordt verwezen (vgl. §9.4.2-9.4.3). Het NAI ziet Ten Brink kennelijk als een goed alternatief, met dien verstande dat het haar voorkeur zou hebben als beide instituten hun krachten zouden bundelen (zie §9.3.3). In elk geval valt er in haar visie voor het NAI nog een wereld te winnen wat betreft arbitrage in ICT-geschillen (§9.5). Vergelijk tevens Bitter, §3.9.

Vloemans geeft in hoofdstuk 11 haar visie op de rol die arbitrage en specifiek NAI-arbitrage kan spelen in verzekeringsgeschillen. Onder verzekeringsgeschillen verstaat zij in dit verband geschillen over de dekking onder een verzekeringsovereenkomst (§11.2). De vraag of verzekeringsgeschillen zich lenen voor arbitrage beantwoordt Vloemans volmondig met “ja”, waarbij zij tevens aangeeft dat institutionele arbitrage hierbij de voorkeur heeft boven *ad hoc* arbitrage. Niettemin signaleert zij wel enkele (procedurele) hordes die genomen moeten worden om te kunnen arbitrer in verzekeringsgeschillen, zoals de omstandigheid dat hierbij vaak een derde een rol speelt, die geen partij is bij de verzekeringsovereenkomst en een daarin opgenomen arbitrageclausule (§11.3.1). Gerefereerd wordt in dit kader tevens aan de directe actie die een derde als gelaedeerde met letselschade op grond van art. 7:954 BW jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft (§11.3.4). Vloemans gaat in debat met respectievelijk Kalff en Van Zelst alsmede Meijer over de mogelijke wegen om dergelijke derden toch aan een door hen niet overeengekomen arbitrageclausule te kunnen houden.

In geval van arbitrage kan wat Vloemans betreft het NAI goede diensten bewijzen. Naar haar mening is aan een arbitrageinstituut specifiek voor verzekeringsgeschillen in Nederland geen behoefte. Vloemans prijst tevens de mogelijkheid die het NAI biedt om in geval van *ad hoc* arbitrage wel een rol te vervullen bij het benoemen van arbiters (idem bij het benoemen van bindend adviseurs). Een aandachtspunt voor het NAI is volgens Vloemans ervoor te zorgen dat bij het NAI voldoende in het verzekeringsrecht gespecialiseerde arbiters beschikbaar zijn (§11.4.1).

Terwijl veel auteurs mogelijkheden tot uitbreiding van de rol van het NAI zien op het door hen besproken terrein, geldt dat niet voor Duk. Althans, wat betreft arbitrage is zijn conclusie, mede op grond van twaalf door hem geraadpleegde arbeidsrechtadvocaten werkzaam in het “hogere” segment, dat deze vorm van geschilbeslechting op het gebied van het arbeidsrecht niet erg in trek is en daar voor het NAI ook geen markt te winnen lijkt (hoofdstuk 7). Vergelijk evenwel wat betreft mediation het hierna weergegeven standpunt van Van Malssen en Houwen over de mogelijke rol van het NAI bij governancegeschillen tussen bestuurders en toezichthouders.

Van Malssen en Houwen laten hun licht schijnen over de toepassing(smogelijkheden) van ADR – in algemenere zin – in het kader van zorggeschillen (hoofdstuk 5). Zij beperken zich hierbij niet tot een beschouwing

over een andere relatief nieuwe loot aan de NAI-stam (naast CAfA), namelijk de in 2016 opgerichte Onafhankelijke Geschilleninstantie voor Geschillenoplossing en -beslechting Zorgcontractering (“Geschilleninstantie Zorgcontractering”), maar inventariseren de mogelijkheden voor ADR, in het bijzonder bij het NAI, aanmerkelijk breder. Wat betreft de Geschilleninstantie Zorgcontractering zien zij nog behoorlijk veel braakliggend terrein voor het NAI (§5.3.1 en 5.4). Hiernaast zien zij in het bijzonder ook een rol weggelegd voor NAI-mediation op het gebied van governancegeschillen tussen bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties (eventueel met arbitrage als *ultimum remedium*; §5.3.3 en §5.4).

De bijdrage van Krzeminski is gewijd aan de mogelijkheid van arbitrage in het kader van collectieve acties en massaclaims (hoofdstuk 8). Krzeminski schetst de ontwikkelingen op het gebied van “*class action lawsuits*” en arbitrage in de Verenigde Staten, om vervolgens mede vanuit de inzichten die dat oplevert de opties voor “*class arbitration*” in Nederland te bespreken. Immers, hoewel (ook) in de Verenigde Staten collectieve procedures in het algemeen niet door middel van arbitrage worden beslecht, is het fenomeen “*class arbitration*” daar toch zondermeer verder ontwikkeld dan in Nederland. Krzeminski wijst erop dat het NAI Arbitragereglement 2015 niet specifiek voorziet in de mogelijkheid van *class arbitration*, maar wel impliciet de mogelijkheid biedt voor een vorm van collectieve arbitrage door middel van voeging en samenvoeging. Een collectieve vorm van arbitrage is naar Nederlands recht zijns inziens met name mogelijk in twee gevallen. Allereerst leidt hij uit het arrest *De drie H.L.O.’s Westland/Gemeente ’s-Gravenhage*⁴ af dat een belangenorganisatie een groepsactie in arbitrage kan instellen indien tussen de groepsleden en de verweerder eenzelfde overeenkomst tot arbitrage is gesloten. Bij wijze van voorbeeld wordt onder andere genoemd een geschil over standaardcontracten met gelijklopende arbitrageclausules. Ten tweede refereert Krzeminski aan de mogelijkheid van voeging en samenvoeging op grond van de art. 1045 en 1046 Rv (waarbij het NAI Arbitragereglement 2015 reeds aansluit, zoals voormeld; uitgebreid hierover Hoebeke, hoofdstuk 31). Niettemin oppert Krzeminski om het NAI Arbitragereglement 2015 aan te vullen met specifieke regels en richtlijnen om collectieve vormen van arbitrage te faciliteren en de daarbij spelende specifieke aandachtspunten te adresseren (zoals ook is geschied door onder andere het Amerikaanse JAMS en het Duitse DIS). Krzeminski ziet ook wel perspectief voor een belangrijkere rol voor arbitrage in collectieve acties en bij de collectieve afwikkeling van massaschade in

4 HR 1 juli 1993, NJ 1994/461, m.nt. H.J. Snijders.

Nederland. Niettemin wijst hij tevens op een tweetal beperkingen, waaronder ten eerste de begrenzing van de mogelijkheid van arbitrage in de wettelijke regeling betreffende de algemene voorwaarden (art. 6:236 sub n BW), waardoor collectieve arbitrage in consumentenzaken in zijn ogen slechts beperkt mogelijk zal zijn. Ten tweede wijst hij op de beperking die kan voortvloeien uit de contractsvrijheid van partijen en de daardoor gegeven mogelijkheid voeging, tussenkomst en samenvoeging in hun overeenkomst tot arbitrage uit te sluiten. Tot slot wijst hij – tegen de achtergrond van de ervaringen in de Verenigde Staten – op de mogelijke discussie die kan ontstaan bij een zogenoemde “*silent arbitration clause*”; dat wil zeggen de situatie waarin weliswaar een arbitrageclausule is overeengekomen, maar hierin niets is opgemerkt over de mogelijkheid van collectieve arbitrage. De vraag kan rijzen of hieruit dan mag worden afgeleid dat collectieve arbitrage wèl is toegestaan.

Van Zelst richt zich in zijn beschouwing op de min of meer recente ontwikkelingen op het terrein van de alternatieve geschilbeslechting in brede zin en doet tegen deze achtergrond enkele suggesties voor uitbreiding van de dienstverlening die het NAI op dit moment aanbiedt. Hij oppert bijvoorbeeld om de dienstverlening op het gebied van mediation uit te breiden, met name ook door niet alleen de tot nu toe in Nederland gebruikelijke vorm van mediation, immers faciliterende mediation, aan te bieden, maar tevens een meer evaluatieve vorm van mediation en, min of meer in het verlengde daarvan, “Med-Arb”, als combinatie van arbitrage en (evaluatieve) mediation (m.n. §15.2.4 en 15.3.3). De suggestie betreffende een meer evaluatieve, ofwel directievere vorm van mediation sluit aan bij de uitkomst van recent onderzoek naar de behoefte aan mediation vanuit het bedrijfsleven, dat uitgebreider aan de orde komt in de bijdrage van Schutte (hoofdstuk 13). Van Zelst suggereert daarnaast om vanuit het NAI dienstverlening aan te bieden in de vorm van “Dispute Boards” en “Expert Determination” (§15.3.4) en de spoed(bodem)arbitrageprocedure verder te ontwikkelen en te regelen (§15.3.2). Deze laatste suggestie sluit aan bij het betoog van Schellaars en Potter, die in hoofdstuk 21 uitgebreid aandacht besteden aan het arbitraal kort geding en aan de arbitrale spoedbodempcedure.

In het kader van zijn “tour d’horizon” langs de markt voor private geschilbeslechting signaleert Van Zelst een toegenomen aandacht voor diversiteit in de arbitragepraktijk. Dit geldt in het bijzonder wat betreft de benoeming van meer vrouwen als arbiter, maar tevens voor de benoeming van meer jongere arbiters, zo merkt hij op. In dit kader verdient vermeld-

ding dat het NAI op 25 oktober 2016 de zogenoemde *“Pledge”* heeft ondertekend, waarmee wordt beoogd vrouwen dezelfde kansen te geven als mannen om als arbiter op te treden. Het NAI heeft in dit kader op zich genomen om, waar mogelijk, te trachten via de lijstprocedure of een rechtstreekse benoeming vrouwen met een geschikt profiel ten aanzien van een bepaalde zaak voor te dragen.⁵ Van Zelst is – ons inziens terecht – van mening dat het NAI op dit vlak nog wel een verdere stap kan zetten en concreet beleid zou moeten ontwikkelen en communiceren, niet alleen in het belang van het NAI, maar ook van de Nederlandse arbitragegemeenschap meer in het algemeen (§15.2.2.4 en 15.3.5).

Terwijl mediation in diverse van de hiervoor besproken bijdragen reeds even aan de orde kwam, wordt hieraan in het bijzonder aandacht besteed in de bijdragen van Schutte en Bosnak (respectievelijk hoofdstuk 13 en 14).

Schutte laat haar licht schijnen over de kansen en mogelijkheden van mediation als onderdeel van institutionele geschilbeslechting, in het bijzonder bij het NAI. Zij richt zich hierbij, gelet op het werkveld van het NAI, op mediation in ondernemings(rechtelijke) geschillen, (door haar) ook wel aangeduid als zakelijke mediation of *“corporate mediation”*.⁶ Schutte geeft haar visie mede aan de hand van de uitkomsten van het in november 2018 verschenen rapport *“ZAM/ACB Onderzoek naar Kansen en Belemmeringen voor Zakelijke Mediation”* (*“ZAM/ACB rapport”*).⁷ Een belangrijke conclusie uit dit rapport is dat de advocaten en bedrijven die aan het onderzoek hebben meegedaan, en allen ervaring hebben met zakelijke mediation, zich een voorstander tonen van een proactieve en *“sturende”* mediator, die stevig de regie in handen neemt, partijen desgewenst een inschatting van de kansen en risico’s kan geven of met een *“mediator proposal”* komt om de voortgang te bespoedigen (vergelijk ook reeds Van Zelst). Veel advocaten en bedrijven hebben aangegeven de ruimte te willen hebben om bij een mediation ook juridische aspecten aan de orde te stellen en daarom een mediator te willen met een goede kennis van het recht. Bedrijven vinden dat bindend advies een goede oplossing kan bieden als de mediation vastloopt. Een met het oog op de verdere ontwikkeling van het gebruik van zakelijke mediation eveneens relevante

5 www.nai-nl.org/nl/newsletter.asp?id=1107.

6 Zie nader voor de definitiekwestie op dit punt §13.2.

7 Onderzoek uitgevoerd door de Vereniging Zakelijke Mediation (*“ZAM”*), de Stichting ADR Centrum voor het Bedrijfsleven (*“ACB”*) in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtspraak en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Hierover Schutte in §13.5.

uitkomst van het onderzoek is dat in het kader van zakelijke mediation een zakelijke uitstraling en een bedrijfsmatige aanpak wenselijk wordt gevonden. Veel advocaten en bedrijven hebben aangegeven de voorkeur te geven aan een mediator die is aangesloten bij een kantoor of een samenwerkingsverband. Verder wordt belang gehecht aan de snelheid van mediation: er moeten op korte termijn afspraken met partijen worden gemaakt, die elkaar in snel tempo opvolgen, en de mediation moet in een paar bijeenkomsten achter de rug zijn. Schutte concludeert dat, gelet op het ZAM/ACB-rapport, een professioneel en ervaren instituut als het NAI voor de zakelijke markt aantrekkelijk is als “*provider*” van mediators, mede omdat het NAI kan voorzien in de over het algemeen duidelijk als positief beschouwde optie van een combinatie van mediation met andere vormen van geschilbeslechting, zoals bindend advies en arbitrage (§13.6). Niettemin merkt Schutte, in aansluiting op het ZAM/ACB-rapport, eveneens op dat de verdere ontwikkeling van zakelijke mediation in diverse opzichten een goede, professioneel aangepakte marketing vereist (§13.5). Zelf voegen wij hieraan toe dat het NAI met zijn arbiterbestand wellicht kan bijdragen aan de zojuist genoemde wensen indien bijvoorbeeld degenen die bij het NAI als daarvoor in aanmerking komende arbiters optreden ook als mediator optreden.

Wat betreft mediation is een punt van discussie wat het gevolg is c.q. dient te zijn als partijen weliswaar een mediationclausule zijn overeengekomen, maar één van de partijen niettemin toch een gerechtelijke procedure aanhangig maakt. In geval partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten, geldt dat de overheidsrechter zich in principe onbevoegd verklaart als een van de partijen in weerwil hiervan toch de rechter adiëert en diens wederpartij zich op de arbitrageovereenkomst beroept (art. 1022 Rv). Indien er tussen partijen sprake is van een overeenkomst tot bindend advies, en een partij wendt zich in strijd hiermee tot de rechter, dan geldt nog steeds dat de rechter de desbetreffende partij niet-ontvankelijk dient te verklaren.⁸ De vraag is of een overeengekomen mediationclausule op één lijn is te stellen met een arbitrageovereenkomst of overeenkomst tot bindend advies of dat de aard van mediation een andere benadering rechtvaardigt. In dit verband wordt door de voorstanders van deze laatste – andere – benadering vooral gerefereerd aan de omstandigheid dat mediation zich enerzijds kenmerkt door vrijwilligheid, terwijl hiervoor anderzijds “*commitment*” van de be-

8 HR 22 november 1985, NJ 1986/275, m.nt. P.A. Stein (*Van Delft/Drukkerij Van Boxtel*). Nader hierover o.a. P.E. Ernste, *Bindend advies (Mon. Burgerlijk Procesrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 19-20.

trokken partijen is vereist. Verder wordt veelvuldig verwezen naar de beschikking van de Hoge Raad van 20 januari 2006.⁹ Het ging in deze zaak om een mondelinge afspraak om te gaan mediaten, gemaakt tussen particuliere partijen (gewezen echtelieden) tijdens de mondelinge behandeling van een alimentatiegeschil in hoger beroep, waar één van de partijen vervolgens van terugkwam vóór de aanvang van de mediation. De Hoge Raad overwoog “Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.”. Over de reikwijdte van deze beslissing is de nodige discussie ontstaan. Wat hiervan ook zij, in de lagere rechtspraak is onder verwijzing hiernaar bij herhaling geoordeeld dat (ook) een vooraf overeengekomen (schriftelijke) mediationclausule niet afdwingbaar is. Bosnak meent ten onrechte, althans is dit naar zijn oordeel een onwenselijke benadering. Hij voert hiertoe diverse argumenten aan, en concludeert dat partijen bij een deugdelijk geformuleerde mediationclausule verplicht zijn tenminste eenmaal, al of niet gezamenlijk, een gesprek te voeren met een mediator, welke verplichting (zijns inziens) in rechte kan worden afgedwongen; hij ziet dit kennelijk als een resultaatsverbintenis. Vergelijk op dit punt ook het door Schutte besproken ZAM/ACB-rapport, waaruit blijkt dat (ook andere) advocaten alsmede bedrijven en rechters het wenselijk vinden dat, wanneer een mediationclausule is overeengekomen, ook daadwerkelijk eerst mediation wordt geprobeerd voordat de rechter (of arbiter) wordt aangezocht (zie §13.5). Na een eerste gesprek met de mediator bestaat er alleen nog een inspanningsverbintenis – en geen resultaatsverbintenis – om te goeder trouw te onderhandelen, zo stelt Bosnak. Wanneer een van de betrokkenen vervolgens de mediation na dit eerste gesprek wenst te beëindigen, dan heeft de betrokkene die vrijheid en is een verplichting tot voort onderhandelen niet meer aan de orde, aldus Bosnak.

In de bijlage bij zijn beschouwing gaat Bosnak specifiek in op de houdbaarheid van het NAI-mediationbeding. Het aantrekkelijke van dit beding is dat het compact is, aldus Bosnak. Echter: om de houdbaarheid te vergroten, zou dit wat hem betreft dienen te worden uitgebreid met onder andere een tijdspad, de verplichting om in elk geval een eerste mediationbijeenkomst bij te wonen (zie hiervoor), maar bovenal ook met de toevoeging dat, als mediation niet lukt, arbitrage of bindend advies zal volgen. Tevens zou kunnen worden voorzien in een arbitrale of bindend advies-deelgeschilprocedure, als de mediation weliswaar bijna tot een

9 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, NJ 2006/75.

afronding leidt, maar er een enkel punt ter beslissing overblijft. Bosnaks redenering is dat de uitbreiding van de (keuze)mogelijkheden in het mediationbeding de houdbaarheid hiervan vergroot, omdat dit partijen dwingt keuzes te maken en derhalve expliciet bij het mediationbeding stil te staan. “Hoe meer er sprake is van een maatpak, hoe groter het *commitment*, des te sterker het beroep hierop”, in de woorden van Bosnak. De mogelijkheid om zowel mediation, bindend advies als arbitrage, én combinaties hiervan te kunnen aanbieden, ziet hij als een “*unique selling point*” van het NAI, dat naar zijn mening meer benut zou kunnen worden. Overigens vindt Bosnak het wel begrijpelijk dat het NAI in het verleden het zwaartepunt heeft gelegd op andere vormen van ADR dan mediation: “het NAI is een eerbiedwaardig instituut dat al 70 jaar bestaat, (zakelijke) mediation komt pas kijken”. Hij daagt het NAI in onze ogen niettemin terecht uit zich in de toekomst nadrukkelijker te profileren in (ook) mediationland, en oppert dat “NAI” na de volgende 70 jaar dan mogelijk staat voor “Nederlands ADR Instituut”.

Met het oog op het aanbieden van combinaties van ADR-vormen, verdient ook aandacht de waarschuwing van Josephus Jitta (§2.4), dat wanneer in een overeenkomst enerzijds een arbitraal beding wordt opgenomen en anderzijds (voor onderwerpen van technische aard) een bindend adviesregeling, dergelijke regelingen soms kunnen interfereren, waardoor noch de arbitrage, noch de bindend adviesprocedure goed van de grond kan komen. Hij beveelt aan om, wanneer een overeenkomst procedures van verschillende aard kent, ook de gevolgen van een eventuele samenloop te regelen.

32.3 Het NAI naast het NCC

Meerdere auteurs besteden in hun bijdrage (tevens) aandacht aan de betekenis van het NCC¹⁰ voor de positie van het NAI, maar centraal staat dit onderwerp in de bijdrage van Tjittes.¹¹ Wat betreft de mogelijkheid om te procederen in de Engelse taal – niet wat betreft andere talen – is met de komst van het NCC een mogelijk argument om voor arbitrage bij het NAI te kiezen weggefallen, in die zin dat bij het NCC immers ook in het Engels geprocedeerd kan worden. Andere argumenten die gewicht in de schaal

10 Waaronder hierna te verstaan het Netherlands Commercial Court in eerste aanleg en het Netherlands Commercial Court of Appeal tezamen, tenzij anders aangegeven.

11 Zie verder bijvoorbeeld Josephus Jitta, waarover hierna, alsmede Van Zelst, §15.2.3.4, en Schellaars en Potter, §21.4.1.

leggen bij een voorkeur voor arbitrage (bij het NAI) boven overheidsrechtspraak, blijven onverkort overeind, zoals met name de invloed van partijen op de te benoemen arbiter(s) en de vertrouwelijkheid van arbitrage. Tjittes meent dat voor middelgrote internationale geschillen van het middenbedrijf, waar de tenuitvoerlegging in Europa kan plaatsvinden, het NCC een goed alternatief biedt voor arbitrage. Echter, voor geschillen met een groot commercieel (en financieel) belang, in het bijzonder als de tenuitvoerlegging van een vonnis buiten Europa moet plaatsvinden, zal arbitrage (waaronder arbitrage bij het NAI), de meest verkieslijke methode van geschiloplossing blijven, zo stelt hij. De ruime mogelijkheden tot tenuitvoerlegging onder het Verdrag van New York (1958), de mogelijkheid om een eigen arbiter aan te wijzen en de geheimhouding van de arbitrageprocedure noemt Tjittes als argumenten die in dergelijke gevallen opwegen tegen de hogere kosten van arbitrage in vergelijking met overheidsrechtspraak (§12.6; zie verder ook §12.5). Een aandachtspunt voor zowel het NCC als het NAI is wat hem betreft de rechtskeuze: waar Engels recht als rechtskeuze in veel internationale commerciële contracten is ingesloten, is het zaak reclame te maken voor Nederlands (contracten) recht als recht dat geschikt is voor toepassing op internationale commerciële contracten, aldus Tjittes. Verder wijst Tjittes ter relativering van een en ander op internationaal onderzoek waaruit blijkt dat commerciële geschillen in de meerderheid van de gevallen worden geschikt (57%), en dat ook daar waar geen schikking wordt bereikt slechts in een minderheid van de gevallen (32%) een procedure bij de rechter dan wel een arbitrageprocedure wordt geëntameerd (§12.2). Tevens memoreert Tjittes internationaal onderzoek waaruit blijkt dat voor 97% van de ondervraagde bedrijfsjuristen van grote ondernemingen arbitrage het geschilbeslechtsingsmechanisme van hun voorkeur is, in 49% van de gevallen gecombineerd met andere vormen van ADR, zoals mediation (§12.3).

Josephus Jitta wijst (in §2.2) op het met de wet tot instelling van het NCC aangepaste art. 1064a lid 1 Rv. Hierin is de zin toegevoegd dat indien de plaats van arbitrage is gelegen in het ressort Amsterdam en partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, de vordering tot vernietiging kan worden ingesteld bij het Netherlands Commercial Court of Appeal (“NCCA”).¹² Een punt waaraan partijen bij het overeenkomen van arbitrage aandacht dienen te besteden. Maar, aldus Josephus Jitta, wellicht

12 Zie in dit verband Van Zelst, §15.2.3.4, die in de mogelijkheid aldus een vernietigingsprocedure in de Engelse taal te voeren een kans voor arbitrage ziet, ondanks het feit dat hij zich meer in het algemeen kritisch toont over het initiatief tot het NCC.

moeten arbiters in een zaak met internationale aspecten waarin partijen de plaats van arbitrage niet zijn overeengekomen en het scheidsgerecht deze dient te bepalen, voor Amsterdam opteren om voor partijen de mogelijkheid van vernietiging bij het NCCA open te houden. Een interessante invalshoek, ofschoon wij persoonlijk voorstander zijn van een wijziging van art. 1064a Rv, in die zin dat partijen kunnen overeenkomen dat de vordering tot vernietiging kan worden ingesteld bij de NCCA als de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen. Het laatste is vooral van belang als partijen volgend op de overeenkomst tot arbitrage, dus in een later stadium, willen overeenkomen dat de vordering tot vernietiging kan worden ingesteld bij de NCCA. Zie ook Josephus Jitta in diens bijdrage op dit punt (hoofdstuk 2).

32.4 Een aandachtspunt voor arbitrage in internationale verhoudingen

Josephus Jitta besteedt in zijn eerder gememoreerde beschouwing (hoofdstuk 2) verder onder andere aandacht aan de rol die de redelijkheid en billijkheid binnen het Nederlandse burgerlijk recht speelt en de impact die dit kan hebben in arbitrages in internationale verhoudingen (§2.3). “Voor niet-Nederlandse partijen die in hun eigen rechtssysteem meer aan zwart-wit uitkomsten gewend zijn, kan een beslissing in grijstinten of de impact van de redelijkheid en billijkheid tot onbegrip leiden zonder dat in juridische zin van verrassingsbeslissingen sprake is”. Dit kan de concurrentiekracht van ons rechtssysteem bedreigen, zo merkt hij op. Vanzelfsprekend moeten Nederlandse arbiters er in ieder geval voorzichtig mee zijn hun natuurlijke, door de redelijkheid en billijkheid geïnspireerde benadering zonder meer toe te passen bij de beoordeling van rechtsverhoudingen waarop vreemd recht van toepassing is, aldus Josephus Jitta. Maar ook indien Nederlands recht van toepassing is op internationale gevallen, kan wat hem betreft een zekere terughoudendheid aangewezen zijn waar het gaat om de toepassing door arbiters van open normen als de redelijkheid en billijkheid. Met enige reserve, poneert hij de idee dat de vraag wanneer arbiters dit wel of niet mogen doen, beantwoord kan worden door een vorm van “Haviltexen”: wat konden partijen over en weer verwachten ten aanzien van de invulling en de toepassing van een open norm als de redelijkheid en billijkheid? Josephus Jitta werpt de vraag op of het NAI, ook gelet op zijn eigen concurrentiepositie, met respect voor de vrijheid van arbiters, toch richtinggevend zou moeten zijn in deze discussie. “In dit verband zou de vraag kunnen zijn of arbiters op eigen

initiatief partijen in internationale geschillen waarin Nederlands materieel recht toegepast moet worden, zouden moeten uitnodigen zich uit te laten over de vraag in hoeverre zij menen dat Nederlandsrechtelijke open normen zoals de redelijkheid en billijkheid bij de beoordeling van hun geschil toegepast moeten worden”, zo merkt hij op. Hij beantwoordt deze vraag niet (expliciet), maar overweegt vervolgens wel dat arbiters in internationale zaken wellicht zouden moeten leren wat meer van een zwart-wit benadering uit te gaan en de redelijkheid en billijkheid meer als een mogelijk correctief te zien indien dit tot een kennelijk onredelijke uitkomst leidt, in plaats van van meet af aan de redelijkheid en billijkheid hun oordeel mede te laten bepalen.

Vergelijk over de *“black box”* die de redelijkheid en billijkheid als toetsingsmaatstaf kan (blijken te) zijn tevens de beschouwing van Van Malssen en Houwen over de geschillencommissies die sinds 1 januari 2017 op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (*“Wkkgz”*) geschillen tussen zorginstellingen en cliënten bij wijze van bindend advies beslechten (§5.2.3).

Josephus Jitta doet verder een oproep aan advocatenkantoren om kantoorgenoten in de gelegenheid te stellen zich als arbiter te laten benoemen, ook indien de door advocaten te hanteren uurtarieven bij lange na niet worden gerealiseerd, hetgeen, zo merkt hij op, vaak het geval is. Met name wat betreft advocaten werkzaam bij de grote kantoren, zal dit inderdaad veelal het geval zijn. De bereidheid van goede arbiters om een benoeming te aanvaarden is, naast een goede organisatie, essentieel voor de naam en de aantrekkingskracht van het NAI, zo stelt Josephus Jitta (wat ons betreft terecht); hij spreekt in dit verband van een *“ereschuld”* van de praktijk jegens het NAI.

32.5 Aansprakelijkheidsrisico’s

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Dit aloude Nederlandse gezegde gaat (uiteraard) ook op wat betreft het terrein van de alternatieve geschilbeslechting. Soms leiden fouten tot schade, althans meent iemand schade te hebben geleden door andermans fout, en mondt een en ander uit in aansprakelijkheid, of althans een aansprakelijkstelling. In deze bundel wordt aan dit onderwerp eveneens aandacht besteed. Welke risico’s lopen arbiters, bindend adviseurs en mediators in hun werk? En, vanuit de andere kant bezien, welke mogelijkheden heeft een bij ADR betrokken partij om in het

geval hij meent dat een arbiter, bindend adviseur of mediator zijn werk niet goed heeft gedaan en daardoor schade heeft veroorzaakt, deze daarvoor aan te spreken?

Te beginnen met de aansprakelijkheid van de arbiter. Tegen de achtergrond van de insteek van deze bundel, de kansen en mogelijkheden van institutionele geschilbeslechting in Nederland te bezien, merkt Strik op dat bij de keuze van de plaats van arbitrage het aansprakelijkheidsregime voor *partijen* geen rol speelt, maar dit mogelijk anders is voor arbiters in de gevallen waarin het bepalen van de plaats van arbitrage (bij wijze van uitzondering) door hen geschiedt. Niettemin kan, zo stelt zij, ook voor partijen de wijze waarop de rechtspraak in een land omgaat met aansprakelijkheidskwesties, en met name de merites en de voorspelbaarheid van het aansprakelijkheidsregime, wel bijdragen aan het imago en daarmee de aantrekkelijkheid van een land voor arbitrage.

De Nederlandse wet kent geen aansprakelijkheidsnorm, toegespitst op specifiek (alleen) arbiters. Strik zou dit graag anders zien (§17.2). Dit vergroot de rechtszekerheid alsook de kenbaarheid van deze norm, ook voor buitenlanders, waaronder (potentiële) arbiters, zo stelt Strik. Evenzeer bepleit zij het opnemen van een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking, zoals in 2006 al eens is voorgesteld door de commissie Van den Berg (§17.2 en 17.4.1). Het arbitragereglement van het NAI kent – anders dan de reglementen van sommige andere instituten – wel een aansprakelijkheidsbeperking. Strik bespreekt enkele kwesties die kunnen rijzen rond de toepasselijkheid van deze aansprakelijkheidsbeperking in een concreet geval.

Hondius constateert dat waar onrechtmatige (overheids)rechtspraak tot de nodige jurisprudentie aanleiding heeft gegeven, er nauwelijks jurisprudentie bestaat over de aansprakelijkheid van de arbiter en de bindend adviseur. Niettemin zijn hierover door de Hoge Raad wel enkele belangwekkende arresten geweest. Gerefereerd wordt aan de arresten *Greenworld/Arbiters*¹³ en *QNOW/B*¹⁴ wat betreft de arbiter en het arrest *PwC* wat betreft de bindend adviseur (in geval van een zogenoemd “zuiver”

13 HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7834, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken, *JBPr* 2010/6, m.nt. R.P.J.L. Tjittes.

14 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook het verwijzingsvonnis na cassatie: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9111.

bindend advies).¹⁵ Hondius merkt op dat deze arresten duidelijke aanwijzingen geven hoe in deze verder te gaan, maar er wel behoefte is aan verdere inkleuring van deze aanwijzingen voor de rechtspraak. Ingevolge deze rechtspraak geldt voor arbiters dat zij persoonlijk aansprakelijk zijn voor de nadelige gevolgen van een vernietigde beslissing indien zij met betrekking tot die beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld, dan wel met kennelijke, grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt (grof plichtsverzuim). Dit geldt zowel bij fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak als bij processuele fouten. Dat behoefte bestaat aan verdere inkleuring van de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf voor althans de aansprakelijkheid van arbiters, illustreert de reeds genoemde bijdrage van Strik, daar waar deze ingaat op de invulling van het criterium “bewuste roekeloosheid”, en hierover op diverse punten van mening blijkt te verschillen met Meijer (§17.3).

Pauline Ernste en Carmen Schleijsen gaan ervan uit dat, zoals in het algemeen wordt aangenomen, de vernietiging van arbitrale vonnissen één van de voorwaarden is om toe te komen aan aansprakelijkheid van de desbetreffende arbiter(s). Strik geeft in haar bijdrage (ook) op dit punt duidelijk blijk van een andere visie; zij ziet tevens ruimte voor arbitersaansprakelijkheid zonder dat vernietiging van hun uitspraak heeft plaatsgevonden (§17.3, slot).

Ernste en Schleijsen constateren in hun bijdrage over de vernietiging van arbitrale vonnissen voorts dat de (lagere) rechtspraak laat zien dat er behoorlijk wat aan de hand moet zijn, wil een arbitraal vonnis blootstaan aan vernietiging. Terecht (naar onze mening): ten behoeve van de effectiviteit van arbitrale rechtspraak dient de actie tot vernietiging van een arbitraal vonnis door de overheidsrechter *ultimum remedium* te zijn, en zeker niet te (kunnen) worden gebruikt als een verkapt appel. Niettemin zijn Ernste en Schleijsen op 182 vernietigingsprocedures gestuit, waarbij in maar liefst 49 zaken daadwerkelijk vernietiging heeft plaatsgevonden. Schrijvers concluderen dat de scheidslijn tussen wel of niet vernietigen niet steeds even helder is en het voor de arbiter hierdoor niet altijd duidelijk is onder welke omstandigheden een arbitraal vonnis vernietigbaar is en hoe hij geacht wordt te handelen om vernietiging te voorkomen. Ofschoon een scherpe scheidslijn waarschijnlijk ook nooit daadwerkelijk te trekken is omdat de specifieke omstandigheden van geval tot geval verschillen, blijft

15 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155, m.nt. J.B.M. Vranken.

– mede gelet op het zojuist genoemde aantal waarin het op een vernietiging van een arbitraal vonnis uitliep – een terughoudende opstelling van de rechter ten aanzien van (de meeste) vernietigingsvorderingen van belang. Ernste en Schleijsen gaan uitgebreid in op de rechtspraak en de literatuur betreffende de vernietiging van arbitrale vonnissen, inclusief de betekenis die in dit verband toekomt aan het aanvullend vonnis en aan de mogelijkheid vernietiging te voorkomen op de voet van art. 1065a Rv (terugverwijzing of *remission*), om van daaruit enkele aandachtspunten voor de (NAI-) arbiter te formuleren. Zij scherpen in dat een arbiter ambtshalve de arbitraliteit van het aan hem voorgelegde geschil dient te toetsen alsmede, in het geval de wederpartij een consument is en de arbitrage is gebaseerd op een arbitraal beding in algemene voorwaarden, of dit beding niet onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:236 sub n BW. Dit laatste aspect zal echter in NAI-arbitrages niet snel aan de orde zijn, nu daarbij vrijwel nooit consumenten partij plegen te zijn. Indien arbiters worden geconfronteerd met een bevoegdheidsverweer, dienen zij met name alert te zijn op de aanwezigheid van een (vermeende) vertegenwoordiger of (andere) derden, alsmede op de reikwijdte van de arbitrageovereenkomst. Hoewel arbiters veelal slechts beperkte invloed hebben op de samenstelling van het scheidsgerecht, dienen zij – bij een bezwaar of zelfs een bevoegdheidsverweer – goed te checken of het scheidsgerecht volgens de regels is samengesteld, zowel wat betreft het aantal arbiters, maar met name ook wat betreft de geldende kwalificaties. Schrijvers constateren dat de meest ingeroepen vernietigingsgrond, althans in de door hen onderzochte rechtspraak, schending van de opdracht door het scheidsgerecht betreft, maar dat een beroep op deze grond tegelijkertijd zelden succesvol is. Een arbiter kan vernietiging op deze grond met name voorkomen door op alle delen van het gevorderde (in conventie en reconventie) te beslissen en alle essentiële wesen in het vonnis te behandelen. Ernste en Schleijsen bevelen derhalve aan om alvorens tot het concipiëren van het vonnis over te gaan aandacht te besteden aan het vaststellen van al hetgeen wordt gevorderd en de hiertegen aangevoerde verweren. Zeker als de zaak omvangrijk is en er tussentijdse eisenwijzigingen hebben plaatsgevonden, is het raadzaam een en ander expliciet op een rijtje te zetten, zo voegen wij daaraan uit eigen ervaring toe. Tegen de achtergrond van *QNOW/B* benadrukken Ernste en Schleijsen met het oog op een meervoudig scheidsgerecht dat arbiters ervoor dienen te zorgen dat de arbiters allen zelf en op de voorgeschreven wijze het vonnis ondertekenen voordat het wordt gewezen, teneinde de collegiale besluitvorming te waarborgen. Verder wijzen de schrijvers er onder andere op dat arbiters dienen te waken voor schending van

fundamenteel dwingend recht, niet alleen van (zuiver) nationale aard, maar ook vanuit de Europese Unie. Daarnaast dienen arbiters, uiteraard, ervoor te waken dat zij zich onpartijdig en onafhankelijk opstellen, partijen gelijk behandelen en het beginsel van hoor en wederhoor in acht nemen. Wat betreft de (weergegeven) polemiek betreffende de reikwijdte van de terugverwijzingsmogelijkheid van art. 1065a Rv is interessant te lezen dat hierin volgens de verwachting van Ernste en Schleijsen slechts een beperkte mogelijkheid is gelegen om vernietiging te voorkomen. Op dit “vangnet” dient een arbiter dus niet te varen. Persoonlijk juichen wij de terugverwijzingsmogelijkheid zeer toe en menen wij dat de Nederlandse rechter, anders dan buitenlandse rechters, hiervan actief gebruik zou moeten maken. De eerste signalen zijn hoopgevend.¹⁶ Wat de bijdrage van voormelde schrijvers betreft, verdient tot slot in het bijzonder vermelding hun constatering dat NAI-vonnissen slechts in een paar gevallen zijn vernietigd en NAI-arbiters het kennelijk goed doen. Wij voegen hieraan graag toe: en dus tevens het NAI en diens ondersteuning, gelet op zijn controlerende rol ter zake van uitgaande arbitrale vonnissen.

Aan de aansprakelijkheid van de mediator wordt aandacht besteed door Brink (hoofdstuk 18). Brink komt tot de voor mediators geruststellende conclusie dat, zelfs zonder afspraken rond een beperking van aansprakelijkheid in de mediationovereenkomst, het aansprakelijkheidsrisico van mediators gering is. De mediator is geen partij bij de vaststellingsovereenkomst, waarin een mediation – indien op zichzelf geslaagd – resulteert, en draagt voor de inhoud hiervan in beginsel geen andere verantwoordelijkheid dan dat hij zich bij de totstandkoming hiervan als een vakbekwaam mediator heeft gedragen. De mediator heeft in het algemeen geen informatie- of onderzoeksplicht ten aanzien van feiten of omstandigheden die van belang kunnen zijn in het kader van de beoogde vaststellingsovereenkomst, noch is hij gehouden te zorgen voor een optimaal resultaat (wat dit ook moge zijn...). De mediator dient in het kader van het mediationproces “slechts” de vertrouwelijkheid die eigen is aan mediation te respecteren, evenals de vrijblijvendheid van partijen, de eigen onafhankelijkheid en neutraliteit, alsook de autonomie van partijen. Zelfs als zou blijken dat de mediator op enig punt inzake de van hem te vergen vakbekwaamheid tekortgeschoten is, zal dit niet snel tot aansprakelijkheid leiden. Immers, zo merkt Brink op: het zal voor een pretense gelaedeerde veelal een onneembare horde zijn om het voor aansprakelijkheid vereiste

¹⁶ Zie Hof Den Haag 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2639, *TvA* 2019/10 en Hof Amsterdam 27 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4323, *TvA* 2019/14.

causaal verband tussen zijn vermeende schade en het handelen of nalaten van de mediator aan te tonen. Vaak zal immers onvoldoende zeker zijn dat bij een ander gedrag van de mediator de andere partij met een beter onderhandelingsresultaat akkoord zou zijn gegaan. Een aansprakelijkheidsrisico ligt volgens Brink het meest voor de hand als een mediator ook een adviesrol op zich neemt en daarbij onvolledige en/of foutieve informatie verschaft dan wel in het geval de mediator het op zich neemt om de vaststellingsovereenkomst op te stellen. Anders gezegd: in gevallen waarin de mediator in feite treedt buiten de taak die hij als mediator te vervullen heeft. Vergelijk echter tevens de hiervoor vermelde beschouwing van Schutte op basis van het ZAM/ACB rapport, waaruit de behoefte blijkt aan een mediator die méér doet dan het faciliteren van de communicatie tussen partijen.

32.6 Enkele aspecten betreffende de inrichting van de arbitrageprocedure

32.6.1 Arbitrale spoedprocedures

Schellaars en Potter besteden aandacht aan de spoedprocedures die het NAI aanbiedt: het arbitraal kort geding (in de zin van art. 36 NAI Arbitragereglement 2015) en de arbitrale spoedbodemprocedure (Traject Geringe Vorderingen). Mede tegen de achtergrond van een door hen uitgezette enquête onder (met name) Nederlandse juristen en andere “gebruikers” van arbitrage, waarop 59 reacties zijn ontvangen, doen zij tevens enkele suggesties voor nadere voorzieningen. Schellaars en Potter wijzen er op dat het arbitraal kort geding weliswaar is verankerd in de Nederlands Arbitragewet (art. 1043b Rv), maar voor buitenlandse partijen een moeilijk te begrijpen figuur is, nu dit kort geding zich immers lastig laat vergelijken met in het buitenland vigerende figuren. Ofschoon wij uiteraard zien waarop Schellaars en Potter in dit opzicht doelen, leidt de opkomst van de *Emergency Arbitration* in tal van reglementen van bekende arbitrage-instituten ertoe dat de vergelijking met het arbitraal kort geding, wegens de (vele) overeenkomsten en (slechts enkele) verschillen, beter kan worden gemaakt en ons kort geding aldus niet langer de zo moeilijk te “begrijpen figuur” is. Daarentegen kent het NAI, zo signaleren Schellaars en Potter terecht, thans, anders dan diverse buitenlandse arbitrageinstituten, geen specifieke regeling voor een spoedbodemprocedure, anders dan de zogenoemde TGV-regeling (het zojuist al genoemde Traject Geringe Vorderingen). Dit laat onverlet dat partijen, in samenspraak met het

scheidsgerecht, op de voet van art. 21 NAI Arbitragereglement 2015 een arbitraal geding ten gronde in feite kunnen inrichten als een spoedbodemprocedure. Schellaars en Potter pleiten voor een nieuwe, van voldoende waarborgen voorziene regeling voor een spoedbodemprocedure bij het NAI. In §21.4.2 werken zij dit idee uit. In de kern komt hun voorstel neer op een efficiënte en versnelde procedure, waarbij het scheidsgerecht de regie voert en expliciete mogelijkheden heeft om strikte termijnen toe te passen dan wel beperkingen toe te passen ten aanzien van de bewijslevering (daarbij de vergelijking trekkend met de op 14 december 2018 vastgestelde zogenoemde “Prague Rules”¹⁷). Deze nieuwe spoedbodemprocedure zou – in de benadering van Schellaars en Potter – standaard worden gevoerd bij geschillen met een financieel belang tot €2.000.000 (en dus bij een meerderheid van de door het NAI geadmistrateerde geschillen). Wat betreft de arbiterbenoeming wordt beoogd de lijn van de TGV-regeling – waarbij de NAI-administrateur de arbiter benoemt – min of meer door te trekken, hetgeen tot gevolg zou hebben dat het NAI (weer) een grotere rol zou spelen bij het merendeel van de arbiterbenoemingen (§21.4.2.3). Schellaars en Potter bieden met hun voorstellen voor een nieuwe NAI-spoedbodemprocedure duidelijk *“food for thought”*. Hun suggesties wat betreft het arbitraal kort geding, zoals het NAI dit kent, zijn minder koersverleggend. Deze procedure wordt beschouwd als solide en goed werkend. Schellaars en Potter geven wat betreft het kort geding vooral in overweging meer informatie en daarmee duidelijkheid over (de aard van) deze procedure te verstrekken ten behoeve van een goed begrip hiervan bij buitenlandse partijen. Hiernaast geven zij in overweging de eis dat de plaats van arbitrage in Nederland moet zijn gelegen om een NAI-kort geding te kunnen voeren, te laten vallen (zie art. 35 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015; zie §21.4.3).

32.6.2 De mondelinge behandeling

Wellicht zelfs meer dan bij overheidsrechtspraak (nog) het geval is, vormt in arbitrage de mondelinge behandeling veelal het hart van de procedure, ofwel, in de woorden van Peters, het sleutelmoment. Noch de arbitragewet, noch de meeste arbitragereglementen bevatten specifieke regels over (de inrichting van) de mondelinge behandeling; het NAI Arbitragereglement 2015 vormt hierop geen uitzondering. Hierdoor bestaat bij uitstek

17 Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, raadpleegbaar via praguerules.com/upload/medialibrary/b2e/b2e26123ac310b644b26d4cd11dc67d8.pdf.

ruimte om de mondelinge behandeling af te stemmen op hetgeen de desbetreffende zaak behoeft en betrokken partijen wenselijk vinden (vergelijk art. 1036 lid 1 Rv). Peters merkt op dat het in dit verband aanbeveling kan verdienen dat (ook) het NAI-scheidsgerecht een (al dan niet fysieke) regiezitting gelast voordat de procesorde wordt vastgesteld, ondanks dat het NAI Arbitragereglement 2015, anders sommige andere arbitragereglementen, hiertoe niet verplicht (vergelijk art. 21 lid 4 NAI Arbitragereglement 2015, doch wel ook art. 22 NAI Arbitragereglement 2015. Verder hierover §23.2). Peters doet vervolgens maar liefst achttien praktische aanbevelingen met het oog op de mondelinge behandeling. Zo beveelt hij (in §23.3) het scheidsgerecht onder andere aan om in een zo vroeg mogelijk stadium van het geding, in overleg met partijen, een datum voor een mondelinge behandeling te bepalen en hiermee niet te wachten totdat de schriftelijke stukken zijn gewisseld (een en ander uiteraard tenzij partijen een mondelinge behandeling rechtsgeldig hebben uitgesloten, waarover nader §23.5). Tussen de geplande mondelinge behandeling en de laatste daaraan voorafgaande proceshandeling zouden minimaal enkele weken moeten zitten, zodat eventuele onvoorziene gebeurtenissen in de loop van het geding niet meteen nopen tot uitstel van de zitting voor de mondelinge behandeling. Behoudens in geval van *consent* tussen partijen, bepleit Peters terughoudendheid van het scheidsgerecht bij het honoreren van een verzoek om uitstel van de mondelinge behandeling. Aansluiting zou kunnen worden gezocht bij het beleid van de overheidsrechter, te weten uitstel in beginsel alleen te verlenen bij klemmende redenen of overmacht (§23.6). De gang van zaken (procesorde) tijdens de mondelinge behandeling, waaronder de spreektijd die ieder van partijen krijgt, dient bij voorkeur voorafgaande hieraan, in overleg met partijen te worden bepaald, bijvoorbeeld in een “*conference call*”, aldus Peters (§23.9-23.10; zie tevens m.n. §23.15). Een mondelinge behandeling wordt regelmatig door het scheidsgerecht benut om een schikking te beproeven. Peters bepleit op dit punt echter de nodige terughoudendheid aan de kant van arbiters. Arbiters mogen wat hem betreft echter wel “onder alle voorbehouden” hun voorlopige gedachten ten aanzien van het voorliggende geschil inzichtelijk maken, zij het, zo begrijpen wij Peters, alleen op verzoek van partijen. Niettemin is er naar zijn mening wel een zekere gereserveerdheid geboden op dit punt, “behalve wellicht wanneer er sprake is van een evident onhaalbare vordering of een evident onhaalbaar verweer” (§23.19).

32.6.3 Digitalisering

Hiervoor zijn reeds diverse aspecten aan de orde gekomen betreffende de inrichting van de (NAI-) arbitrageprocedure alsmede suggesties die zijn gedaan teneinde aan te (blijven) sluiten bij de hedendaagse behoeften en ontwikkelingen. Een aspect dat in dit verband zondermeer ook aandacht behoeft, is de digitalisering van de arbitrage. Het in het kader van de herziening van de arbitragewetgeving in 2015 ingevoerde art. 1072b Rv biedt op zichzelf een wettelijke basis voor een volledig digitale arbitrageprocedure. Niettemin wordt een dergelijke arbitrageprocedure door de meeste gevestigde Nederlandse arbitrage-instituten (nog) niet aangeboden. Unum Transport Arbitration & Mediation (het voormalige TAMARA) kent de meest vergaande digitale mogelijkheden in het kader van de door hen aangeboden E-Arbitration (evenals overigens E-Mediation). Wefers Bettink gaat (in hoofdstuk 20) in op hetgeen in het kader van de (verdere) inzet van digitale mogelijkheden in de arbitrageprocedure wenselijk is alsmede op de lessen die in dit verband kunnen worden getrokken uit de ervaringen rond enerzijds het bekende en in zekere zin inmiddels beruchte KEI-project betreffende de overheidsrechtspraak en anderzijds e-Court. Zo benadrukt hij onder andere het belang om vooraf goed vast te stellen wat het doel van de digitalisering van de arbitrageprocedure is en bij de nauw betrokkenen (arbiters, advocaten, partijen en de administrateur) te verifiëren of zij dit doel onderschrijven en bereid zijn actief aan de realisering van dit doel (op “meta niveau”) mee te werken en daartoe de benodigde inspanningen te leveren. Tevens wordt bepleit arbiters, advocaten en de administrateur nauw te betrekken bij de projectorganisatie en een en ander niet alleen aan IT'ers over te laten, die niet of onvoldoende bekend zijn met de behoeften van degenen die uiteindelijk met het digitale systeem moeten werken. Een andere les die Wefers Bettink trekt uit het KEI-project is digitalisering van de arbitrageprocedure niet in te voeren tegelijk met een automatisering van werkprocessen of de vereenvoudiging van de procedure (§20.7.1). E-Court illustreert wellicht dat digitalisering ook te ver kan worden doorgevoerd, aldus Wefers Bettink. Bij e-Court werd immers met een volledig digitaal zaakstelsel gewerkt, waarbij niet alleen de uitwisseling van stukken digitaal plaatsvond, maar ook de beslissingen werden voorbereid door software, en de arbiter slechts een beperkte controlerende rol vervulde (nader §20.6 en 20.7.2). E-Court benaderde met andere woorden in verregaande mate de zogenoemde robotrechter, aldus Wefers Bettink. Voor de vrees dat dit een valkuil zou kunnen zijn voor het NAI, bij het verder brengen van zijn digitalisering, lijkt echter weinig of geen grond te bestaan: anders dan e-Court richt het NAI zich immers niet op de beslechting van min

of meer massale geschillen over eenvoudige kwesties oftewel bulkzaken, waarvoor men zich op zich genomen wel goed kan voorstellen dat men met het oog op de kosten oplossingen in ver(d)re(r)gaande vormen van digitalisering zoekt. Integendeel: het soort geschillen waarop het NAI zich gedurende zijn 70-jarig bestaan heeft gericht en waarop het zich ook in de toekomst zal blijven richten vergt menselijk maatwerk.

32.6.4 *De kosten*

Een niet te miskennen gezichtspunt bij de afweging om het in geval van een geschil op een procedure te (willen) laten aankomen en zo ja, bij de afweging of dit een procedure bij de overheidsrechter zal zijn dan wel een arbitrage- of bindend adviesprocedure, zijn de kosten. Van de Hel-Koedoot en Fritschy besteden aandacht aan het kostenaspect in het kader van een arbitrage. Hoewel Nederlandse arbitrages in vergelijking met die bij buitenlandse instituten als relatief goedkoop kunnen worden beschouwd, zijn de kosten van een arbitrageprocedure bij zowel het NAI als de andere Nederlandse arbitrage-instituten op zichzelf beschouwd in het algemeen vrij hoog, althans hoger dan die van een procedure ten overstaan van de Nederlandse rechter; dit zal ook gelden in vergelijking met een procedure ten overstaan van het NCC. Weliswaar kent een procedure ten overstaan van het NCC hogere griffierechten dan andersoortige civiele procedures, maar anders dan bij arbitrage zullen partijen bij het NCC immers niet het honorarium van het scheidsgerecht behoeven te betalen. Partijen zullen zich de vraag stellen of de (overige) eigenheden van arbitrage voor hen in voldoende mate opwegen tegen de kosten daarvan. Niettemin wijst de praktijk uit dat de grootste kostenpost zowel in het kader van de procedure bij de overheidsrechter als in arbitrage wordt gevormd door de kosten van rechtsbijstand, ofwel de advocatenkosten. Het antwoord op de vraag waar deze kosten uiteindelijk komen te liggen, is derhalve terdege een factor waarmee rekening is te houden. Wat betreft overheidsrechtspraak is dit duidelijk: ook de in het gelijk gestelde partij zal in principe voor een groot deel de door haar gemaakte kosten van juridische bijstand hebben te dragen, nu een volledige proceskostenveroordeling immers slechts alleen in uitzonderlijke gevallen aan de orde is. Tegelijkertijd is duidelijk dat een partij, ook als zij in het ongelijk wordt gesteld, in beginsel niet het risico loopt daarmee (tevens) de volledige advocatenrekening van haar wederpartij voor de kiezen te krijgen. Dit ligt anders, en is minder duidelijk, in geval van arbitrage. Ons richtend op een arbitrage bij het NAI, bepaalt art. 56 van het NAI Arbitragereglement 2015 dat het scheidsgerecht de partij die in het ongelijk is gesteld kan veroor-

delen tot betaling van “een redelijke vergoeding voor juridische bijstand van de partij die in het gelijk is gesteld”. Van de Hel-Koedoot en Fritschy wijzen erop dat dit betekent dat het risico van verlies bij een NAI-arbitrage 2015 potentieel hoger ligt dan bij een procedure bij de overheidsrechter, terwijl anderzijds voor de partij die verwacht in het gelijk te worden gesteld in elk geval de mogelijkheid bestaat dat deze (een groot deel van) haar advocatenkosten kan verhalen op de wederpartij (althans hiervoor over een titel beschikt). Echter, zo voegen zij hieraan toe, op basis van louter de tekst van het NAI Arbitragereglement 2015 is onduidelijk in hoeverre voormelde mogelijkheid zich daadwerkelijk realiseert (§24.1). Het scheidsgerecht komt kennelijk een grote mate van vrijheid toe op dit punt, waarmee, zo stellen zij, op uiteenlopende wijze wordt omgegaan, ondanks de richtsnoeren die wordt geboden door de “Handreiking voor arbiters”¹⁸ (§24.2). Zij gaan nader in op de onzekerheden die dit voor partijen met zich brengt – indien partijen vooraf over de kosten en de kostenveroordeling geen afspraken hebben gemaakt – en doen een aantal suggesties om deze onzekerheden weg te nemen en de voorspelbaarheid, transparantie en uniformiteit op dit vlak te vergroten, en daarmee de aantrekkelijkheid van (NAI-) arbitrage (zo stellen zij). Van de Hel-Koedoot en Fritschy bepleiten bijvoorbeeld om in het NAI Arbitragereglement 2015 te expliciteren op welke gezichtspunten het scheidsgerecht (mede) acht moet slaan, en doen vervolgens een voorstel voor een tweetal van deze gezichtspunten (§24.3). Zij opperen om – in navolging van diverse buitenlandse arbitrageinstellingen – vast te leggen dat het al dan niet hebben bevorderd van een spoedig en efficiënt procesverloop een gezichtspunt is dat meeweegt bij het bepalen van de kostenveroordeling (§24.3.1), evenals opzettelijke vertraging en/of obstructie (§24.3.2). Overigens twee gezichtspunten die dicht tegen elkaar aanliggen, zoals ook de schrijvers signaleren. Hiernaast stellen Van de Hel-Koedoot en Fritschy voor om in het NAI Arbitragereglement 2015 de mogelijkheid voor partijen op te nemen om hun kostenopgave kort, maar wel gemotiveerd, te expliciteren (§24.4). Hierbij zouden zij het scheidsgerecht bijvoorbeeld kunnen informeren over de omstandigheid dat de (onbehoorlijke) proceshouding van de wederpartij voor extra kosten heeft gezorgd. In zekere zin in het verlengde van het voorgaande, bepleiten schrijvers een motiveringsplicht, en in sommige gevallen zelfs een verzwaarde motiveringsplicht van het scheidsgerecht inzake de kostenveroordeling. Zij werken dit uit met het oog op diverse denkbare scenario’s, en opperen een en ander neer te

18 Zie www.nai-nl.org/downloads/NAI-Arbitrage%20Kosten%20Juridische%20Bijstand.pdf.

leggen in een “Motiveringshandreiking voor arbiters” (§24.5). Vergelijk over de kostenveroordeling in (bouw)arbitrages bij het NAI tevens Putter en Conway, §10.3.1.

32.6.5 *Diverse aspecten van vertrouwelijkheid*

De Ly gaat in op een kenmerk dat althans van oudsher aan arbitrage wordt toegedicht en veelvuldig als een voordeel van arbitrage boven overheids-rechtspraak wordt genoemd: vertrouwelijkheid. Vertrouwelijkheid wordt zelfs wel als een beginsel inherent aan arbitrage beschouwd. De Ly werpt allereerst de vraag op waarop dit eigenlijk is gestoeld en plaatst vraagtekens bij de grondslagen die hiervoor zouden kunnen worden aangevoerd. Hij concludeert dat vertrouwelijkheid in arbitrage vooral lijkt te berusten op traditie en pragmatische overwegingen. Hij wijst er op dat de vertrouwelijkheid van arbitrage met name rechtsvergelijkend gezien al enige tijd onder druk staat. De Ly wijst in dit verband (in §29.6.1) tevens op de invloed van de ontwikkeling van investeringsarbitrage op het denken over vertrouwelijkheid en transparantie in het kader van arbitrage. Weliswaar gaat het bij investeringsarbitrage, anders dan bij de “gewone” arbitrage, niet om geschillen van privaatrechtelijke aard, maar de roep om investeringsarbitrages niet besloten en vertrouwelijk te behandelen heeft het denken over de vertrouwelijkheid van arbitrage meer in het algemeen beïnvloed, aldus De Ly.¹⁹

De terzijdestelling of, zo men wil, doorbreking van de (vermeende) vertrouwelijkheid van arbitrage door diverse buitenlandse gerechten, heeft tot uiteenlopende reacties van wetgevers en arbitrageinstututen geleid (zie §29.3 en 29.4). Wat er ook zij van de inhoud van deze reacties, in ieder geval kan hieruit worden geconcludeerd dat er wereldwijd gezien geen consensus bestaat over het al dan niet vertrouwelijke karakter dat arbitrage heeft dan wel behoort te hebben. Het thans vigerende NAI Arbitragereglement 2015 bevat wel een vertrouwelijkheidsregeling (art. 6), aansluitend bij een initiatief van De Ly daartoe in het NAI Arbitragereglement 2010. De sinds 2015 in Nederland geldende arbitragewet bevat echter geen regeling op het punt van de vertrouwelijkheid, hetgeen De Ly betreurt. Een dergelijke wettelijke verankering van het vertrouwelijkheidsbeginsel alsmede een wettelijke vastlegging van de contouren hiervan, zouden naar zijn mening meer houvast hebben gegeven, zowel vanuit nationaalrechtelijk perspectief als vanuit internationaal privaatrechtelijk

19 Vgl. in dit kader ook Van Zelst, §15.2.2.3.

perspectief. De Ly trekt in het kader van de vraag naar de reikwijdte en houdbaarheid van de vertrouwelijkheid bij arbitrage ook enkele boeiende lijnen naar recente rechtspraak van het EHRM inzake art. 6 EVRM (§29.6.1). Weliswaar gaat het (ook) hier niet om civielrechtelijke procedures, maar om tuchtrechtelijke procedures (in de sportwereld), maar volgens De Ly is niet ondenkbaar dat deze procedures tevens gevolgen kunnen hebben voor de toelaatbaarheid van niet openbare civielrechtelijke arbitrageprocedures. Een argument te meer, wat hem betreft, om de vertrouwelijkheid in de wet te regelen, alsook om een “EVRM veiligheidsklep” in te bouwen in arbitragereglementen.

De Ly bespreekt nog diverse andere aspecten rond de (wenselijke) reikwijdte van de vertrouwelijkheid van arbitrage en de consequenties hiervan. Zo toont hij zich tegen de achtergrond van de vertrouwelijkheid kritisch over de vermelding door raadslieden, arbiters of deskundigen op websites en anderszins van hun betrokkenheid bij arbitrages uit marketingoogpunt. De (ook) door het NAI ingevoerde vermelding van arbiterbenoemingen op de website vindt hij blijkbaar acceptabel, mits hierbij – zo begrijpen wij – maar geen informatie wordt vermeld over de inhoud van de zaak (§29.6.3). Evenmin stuit de geanonimiseerde publicatie van NAI-uitspraken, tenzij een partij daartegen tijdig vooraf bezwaar maakt, bij De Ly op bezwaren. Hij onderschrijft kennelijk de nuttige functie die dit kan vervullen ten behoeve van onder andere de rechtsvorming op het gebied van het arbitrageprocesrecht, maar ook wat betreft de inhoudelijke kant van zaken waarover meer in arbitrage dan bij de overheidsrechter geprocedeerd wordt (eveneens §29.6.3).

Een aandachtspunt dat De Ly opwerpt in het kader van de reikwijdte van de vertrouwelijkheid is de communicatie tussen arbiters (en andere bij de geschilbeslechting betrokkenen) en het administrerende arbitrageinstituut. Vermeden moet worden dat het instituut optreedt als “zevende arbiter” (naast de secretaris en medewerkers van (mede)arbiters, die wel als respectievelijk vierde, vijfde of zesde arbiter worden aangeduid). Een ander door De Ly opgeworpen aandachtspunt betreft de uitwisseling van vertrouwelijke informatie tussen partijen en partijgetuigen en -deskundigen (zie voor beide kwesties §29.6.4). Tot slot wijst De Ly er op dat, daargelaten dat het vertrouwelijkheidsbeginsel diverse uitzonderingen kent, de handhaving van dit beginsel – in welke mate men hieraan heden ten dage ook nog wil vasthouden – lastig is.

De (wenselijke mate van) betrouwbaarlijk c.q. openbaarheid, komt in zekere zin eveneens aan de orde in de bijdrage van Van Maanen, zij het in andere context. Van Maanen bespreekt het NAI-wrakingsregime (hoofdstuk 16). De mogelijkheid tot wraking is van wezenlijk belang met het oog op het vertrouwen van partijen dat hun geschil wordt beslecht door onafhankelijke en onpartijdige arbiters, zoals zij aanstipt. Van Maanen wijst erop dat de Nederlandse arbitragewet sinds 2015 voorziet in de mogelijkheid van institutionele wraking, evenals, in het verlengde hiervan, het vigerende NAI Arbitragereglement 2015 (art. 19; vergelijk tevens art. 19 van het NAI Bindendadviesreglement 2015). Partijen kunnen deze mogelijkheid weliswaar uitsluiten, maar in de praktijk blijkt dit niet te gebeuren. Van Maanen geeft een schets van de gang van zaken rond een wrakingsverzoek bij het NAI, gebaseerd op haar praktijkervaring. Een aandachtspunt dat zij aanstipt, is dat de beslissingen die het daartoe ingestelde Comité op wrakingsverzoeken neemt thans niet worden gepubliceerd, anders dan bij sommige andere (buitenlandse) arbitrage-instituten het geval is. Over de wenselijkheid van het geanonimiseerd publiceren hiervan wordt binnen het NAI echter wel gesproken. Een en ander mede in de context van het bredere debat over de wenselijke balans tussen enerzijds de traditionele betrouwbaarheid van arbitrage en anderzijds de toegenomen roep om en (internationale) ontwikkeling richting meer transparantie (zoals ook door De Ly geschetst).

Een interessant punt dat Van Maanen signaleert, is dat – terwijl al werd voorspeld dat het aantal wrakingszaken nauwelijks zou toenemen²⁰ – het aantal wrakingsverzoeken geheel niet is toegenomen nadat in 2015 in het kader van de benoeming van arbiters de zogenoemde lijstprocedure (art. 14 NAI Arbitragereglement 2015) wat naar de achtergrond is verdwenen en het primaat meer bij partijen is komen te liggen (zie ook art. 13 NAI Arbitragereglement 2015).

Met deze constatering kan een bruggetje worden geslagen naar de beschouwing van Hammerstein, die opmerkt dat de waarborg van onafhankelijke rechtspraak bij de rechter groter is dan bij de arbiter, maar, zo stelt hij, daar staat tegenover dat partijen waarschijnlijk veel vertrouwen hebben in arbiters die zij zelf hebben aangewezen op grond van deskundigheid en ongetwijfeld ook op grond van integriteit. Tevens staat hier, aldus nog steeds Hammerstein, tegenover dat arbiters vaak

20 Vgl. G.J. Meijer & H.J. van der Baan, 'NAI Arbitragereglement 2015', *TvA* 2015/37, p. 64.

moeten oordelen over geschillen waarvan zij de implicaties beter kunnen overzien dan de gewone rechter (§22.5). Het accent van de bijdrage van Hammerstein ligt evenwel op de bewijsvoering in arbitrage, in vergelijking met de bewijsvoering ten overstaan van de gewone rechter.

32.6.6 *Bewijslevering*

Hammerstein signaleert op het vlak van de bewijsvoering terdege verschillen tussen de procedure bij de overheidsrechter en de arbitrageprocedure, maar meent dat deze verschillen bij internationale arbitrages uiteindelijk groter zijn dan bij zuiver nationale (hoofdstuk 22). Dàt er ook in nationale arbitrages op het vlak van de bewijsvoering verschillen kunnen bestaan met de procedure bij de overheidsrechter, volgt reeds uit art. 1039 lid 1 Rv, waarin arbiters meer vrijheid wordt geboden dan de gewone rechter; vergelijk tevens art. 1036 lid 1 BW. Niettemin signaleert Hammerstein dat arbiters, als partijen geen andersluidende bewijsafspraken hebben gemaakt, in het algemeen de wettelijke bewijsregels van de overheidsprocedure plegen te volgen (§22.1). Verder merkt hij op dat in het geval de beginselen rond een eerlijke procedure, waaronder met name het beginsel van hoor en wederhoor, goed tot hun recht komen, het belang van de regels van bewijsrecht afneemt: de rechter of arbiter beschikt dan immers veelal al in belangrijke mate over de informatie die hij behoeft om een juiste en rechtvaardige beslissing te kunnen nemen. “Zowel bij de gewone rechter als bij arbiters zal waarheidsvinding naar huidige opvatting de kern van een goede procedure zijn”, zo stelt hij (§22.2). Hammerstein signaleert dat advocaten heel goed weten dat de geconcentreerde procesgang in arbitrage – mede vanwege het in beginsel ontbreken van de mogelijkheid van appel – vergt dat bij eis en antwoord alle stellingen aangevoerd moeten worden en de mondelinge behandeling in principe de laatste kans is, zodat het drooghouden van het kruut niet werkt (vergelijk ook §22.5, betreffende na naleving van de stelplicht en substantiëringsplicht in arbitrage, waarvan Hammerstein eveneens een positief beeld heeft). Hij benoemt voorts het belang om als arbiters in een vroeg stadium van de procedure de procesorde met partijen te bespreken, inclusief het moment en de wijze van bewijslevering, waarbij het scheidsgerecht acht dient te slaan op de wensen van partijen (vergelijk tevens de bijdrage van Peters, hoofdstuk 23). Vervolgens laat Hammerstein diverse aspecten van het bewijsrecht de revue passeren, mede in rechtsvergelijkend verband. Een interessante constatering is dat de vrijheid die arbiters toekomt ter zake van “alles wat met bewijs te maken heeft” een veel meer genuanceerde benadering mogelijk maakt dan die van de burgerlijke

rechter (§22.9). Een andere constatering, waarmee advocaten in arbitrage hun voordeel kunnen doen, is dat arbiters meer dan de gewone rechter waarde lijken te hechten aan schriftelijke verklaringen, en er derhalve minder vaak getuigen worden gehoord. Indien het horen van getuigen door het scheidsgerecht toch wordt bevolen, dient het scheidsgerecht naar het oordeel van Hammerstein terughoudend te zijn in de gebruikmaking van de in art. 1039 lid 2 Rv neergelegde bevoegdheid, hiertoe een van zijn leden aan te wijzen, maar dit in beginsel in de volledige samenstelling dient te doen; §22.10.

32.6.7 Een complicatie: meerpartijenarbitrage

Van der Plas-Hoebeke bespreekt in hoofdstuk 31 procedurele aspecten van een meerpartijenarbitrage, waarbij zij doelt op de situatie dat een dergelijke arbitrage na aanvang van het arbitraal geding ontstaat door voeging, tussenkomst, oproeping in vrijwaring of samenvoeging van arbitrale gedingen; haar beschouwing ziet dus niet op een arbitrage waarbij van meet af aan meer dan twee partijen betrokken zijn. De door Van der Plas-Hoebeke besproken vorm van meerpartijenarbitrage komt in de praktijk weliswaar niet vaak voor, zoals zij zelf ook opmerkt, maar dat neemt niet weg dat een deugdelijke regeling hiervan wenselijk is, en daarvan is thans geen sprake, aldus Van der Plas-Hoebeke. Overigens illustreert de bijdrage van Vloemans dat in het kader van verzekeringsgeschillen de positie van derden in de arbitrageprocedure een reëel probleem is (§31.3.2). Van der Plas-Hoebeke sluit zich aan bij de reeds van diverse kanten geuite kritiek op de huidige Nederlandse arbitragewetgeving op dit terrein en de bij deze wetgeving aansluitende bepalingen uit het NAI Arbitragereglement 2015 (resp. art. 1045-1046 Rv en art. 37-39 NAI Arbitragereglement 2015). Van der Plas-Hoebeke benoemt verschillende knelpunten, maar draagt tegelijkertijd op verschillende punten suggesties aan om deze knelpunten te ondervangen (zie met name §31.4), hiertoe mede geïnspireerd door de diverse reglementen van buitenlandse instituten die zij (in §31.3) bespreekt. Haar conclusie op basis van de vergelijking met het buitenland is dat Nederland wat betreft de regeling inzake de meerpartijenarbitrage geen trendsetter is, maar er evenmin sprake is van een "faux pas". Niettemin meent zij dat de NAI-arbitrage voor met name buitenlandse partijen aan aantrekkelijkheid zou winnen als de regeling van de meerpartijenarbitrage wat meer in lijn zou worden gebracht met hetgeen in het buitenland gebruikelijk is (§31.5).

32.7 De positie van de secretaris

De positie van de arbitrale secretaris wordt besproken door Rooijackers en Scheltema (hoofdstuk 30). Onder een arbitrale secretaris wordt in dit verband verstaan de secretaris die het scheidsgerecht dat ten behoeve van een concrete zaak is benoemd bijstaat (vgl. art. 1035a Rv); niet degenen die vanuit een arbitrageinstituut zoals het NAI administratieve ondersteuning verrichten. Arbitrale secretarissen zijn in zowel de nationale als de internationale moderne arbitragepraktijk eerder regel dan uitzondering geworden, zo stellen zij. Een belangrijke reden hiervoor lijkt te zijn, aldus de schrijvers, (kosten)efficiëntie. Anders dan voor de rol en de benoeming van arbiters bestaat voor de rol en de benoeming van de secretaris vaak weinig aandacht, zo menen Rooijackers en Scheltema. Ten onrechte, zo stellen zij, want een arbitrale secretaris kan potentieel vergaande (ook judiciële) taken verrichten. Vanuit deze context, bespreken de schrijvers diverse juridische vragen die de positie van de arbitrale secretaris oproept, zoals i) de vraag naar diens (contractuele) relatie tot de arbiters, de procespartijen en een instituut als het NAI, maar ook ii) vragen betreffende de (wenselijke) taken en verantwoordelijkheden van de arbitrale secretaris en vooral ook de begrenzing daarvan. Rooijackers en Scheltema laten zich tevens uit over de vraag wat procespartijen kunnen doen als zij menen dat een secretaris zich begeeft buiten de grenzen van de aan hem opgedragen taak en het arbitragereglement daarover niets regelt. Wat betreft vraag i) worden drie situaties onderscheiden: benoeming door het arbitrageinstituut, benoeming door c.q. op verzoek van het tribunaal en benoeming door de procespartijen. Het NAI Arbitragereglement 2015 voorziet in de tweede optie: benoeming door arbiters (art. 20 van het reglement). De aldus benoemde secretaris opereert onder verantwoordelijkheid en op instructie van het scheidsgerecht. Naar het oordeel van Rooijackers en Scheltema is een aandachtspunt dat de procespartijen weliswaar een vergoeding moeten betalen voor het inschakelen van een secretaris, maar op de keuze hiervan geen invloed hebben. Zij achten het wenselijk dat procespartijen op de selectie van de arbitrale secretaris meer invloed kunnen uitoefenen dan althans het reglement voorziet. Dit kan worden bewerkstelligd, zo wordt betoogd, door als onderdeel van de opdracht aan het arbitrageinstituut dan wel de arbiters te bepalen aan welke kwalificaties de arbitrale secretaris moet voldoen in termen van opleiding en ervaring, of welke onderdelen van de aan arbiters opgedragen taken wel en niet aan de arbitrale secretaris mogen worden toebedeeld.

Wat betreft vraag ii) signaleren Rooijackers en Scheltema dat in de (internationale) literatuur veel is geschreven over de toelaatbaarheid van het

gebruik van arbitrale secretarissen en de taken waarvoor zij kunnen worden ingeschakeld, maar hierover in de wetgeving en de arbitragereglementen niet veel wordt geregeld. Dit laatste geldt eveneens voor het NAI Arbitragereglement 2015. Rooijakkers en Scheltema nemen diverse andere arbitragereglementen onder de loep en merken vervolgens op dat art. 24 van de Stockholm Chamber of Commerce Rules (“SCC Rules”) het beste lijkt te beantwoorden aan de beginselen van partijautonomie en transparantie. Voormelde bepaling komt er op neer dat het scheidsgerecht geen beslissingsbevoegdheden mag delegeren aan de arbitrale secretaris en met partijen in overleg moet treden over de taken en de bevoegdheden van de arbitrale secretaris. Rooijakkers en Scheltema vinden niettemin kennelijk de grens tussen het (ontoelaatbaar) delegeren van beslissingsbevoegdheden ter zake van inhoudelijke juridische of procesrechtelijke geschilpunten en het (toelaatbaar) delegeren van andere (eveneens judiciële?) taken moeilijk te trekken. Zo werpen zij de vraag op onder welke bevoegdheid of taak het schrijven van een concept-vonnis valt. Of het delegeren hiervan toelaatbaar is hangt naar hun oordeel af van “de omstandigheden”.

Wat betreft de laatste vraag die Rooijakkers en Scheltema in hun bijdrage adresseren, de mogelijkheden voor procespartijen om op te treden tegen overschrijding van instructies door het scheidsgerecht wat betreft de inzet van de arbitrale secretaris, stellen zij voorop dat dergelijke overschrijdingen voor partijen veelal slechts beperkt te controleren zijn. Dit geldt met name op het punt van de delegatie van bevoegdheden van judiciële aard aan de arbitrale secretaris, waardoor deze feitelijk optreedt als beslisser. Dit bewijspunt daargelaten, stellen zij dat procespartijen zich in beginsel tot de arbiters dan wel (afhankelijk van de contractuele verhoudingen in het concrete geval) het arbitrageinstituut moeten wenden indien zij menen dat de arbitrale secretaris is tekortgeschoten. Indien dit judiciële taken betreft, dient naar het oordeel van Rooijakkers en Scheltema wat betreft de aansprakelijkheid van de arbiter voor (het handelen van) de secretaris dezelfde drempel voor aansprakelijkheid te worden gehanteerd als in *Greenworld/Arbiters* is geformuleerd (vergelijk tevens *QNOW/B*; zie hiervoor, onder 5). Dit geldt naar hun oordeel “in mindere mate” voor zuiver administratieve werkzaamheden die (deels) ook door de administrerende instantie – zoals het NAI – hadden kunnen worden verricht. Wel geldt dan, zo voegen zij toe, dat eventuele contractuele beperkingen of uitsluitingen van aansprakelijkheid als uitgangspunt mede de door de arbitrale secretaris uitgevoerde taken betreffen.

32.8 De uitkomst: het arbitrale vonnis

32.8.1 De mogelijkheid van een mondelinge uitspraak

Op grond van art. 1057 lid 2 Rv, dient een arbitraal vonnis op schrift te worden gesteld. De wettelijke regeling van de arbitrageprocedure voorziet niet in de mogelijkheid van een mondelinge uitspraak, anders dan de sinds 1 september 2017 geldende regeling van de civiele procedure bij de overheidsrechter (vergelijk art. 30p Rv). Volgens arbitrage-grootmeester Piet Sanders was het op schrift stellen van het arbitrale vonnis ook een “must”. Van Mierlo betoogt niettemin dat de opvatting van Sanders niet overtuigt. Hij stelt dat arbiters – gelijk de overheidsrechter – ten overstaan van partijen wel degelijk mondelinge uitspraak kunnen doen, maar – eveneens gelijk de overheidsrechter – de verplichting hebben om deze mondelinge uitspraak vervolgens schriftelijk vast te leggen (§25.3). Van Mierlo vindt op dit punt zowel Sniijders als Meijer aan zijn zijde.²¹ Wat betreft de termijn waarbinnen de schriftelijke vastlegging van de mondelinge arbitrale uitspraak moet plaatsvinden, zoekt Van Mierlo aansluiting bij de beschikking van de Hoge Raad van 20 april 2018 in een Bopz-zaak, en stelt dat dit zo spoedig mogelijk zou dienen te geschieden, maar uiterlijk twee weken na de mondelinge uitspraak. Overschrijding van deze termijn doet niet af aan de geldigheid van de mondelinge uitspraak, maar kan wel gevolgen hebben voor het bepalen van de dag waarop uiterlijk de gronden voor een eventuele vernietigingsvordering kunnen worden aangevoerd, aldus Van Mierlo in §25.3.3, waar tevens enkele andere aspecten inzake het mondelinge arbitrale vonnis worden aangestipt. De duidelijke conclusie van Van Mierlo is dat (ook) met de erkenning van de mogelijkheid van een mondelinge uitspraak in arbitrage het hek niet van de dam is nu hiervoor – evenals voor de mondelinge uitspraak door de overheidsrechter – geldt dat een dergelijke uitspraak de uitzondering vormt, waarvan slechts gebruik dient te worden gemaakt als hiervoor een voldoende klemmende grond bestaat, bijvoorbeeld een spoedeisend belang. Van Mierlo geeft tot slot aan het weliswaar het meest wenselijk te vinden dat de mogelijkheid van een mondelinge arbitrale uitspraak in de wet zou worden verankerd, omdat dit immers de meeste zekerheid biedt, maar een expliciete voorziening op dit punt in het NAI Arbitragereglement 2015 ook reeds dienstig kan zijn en een aanpassing van de wet dan niet noodzakelijk is.

21 H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, art. 1057, aant. 2 (p. 449) en G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1057 Rv, aant. 3 onder a (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

32.8.2 *Verbetering en aanvulling*

Wie werkt maakt fouten ofwel, zoals hiervoor al is opgemerkt, waar gehakt wordt, vallen spaanders. Van den Nieuwendijk gaat in op de mogelijkheid tot verbetering van kennelijke fouten in een arbitraal vonnis (op verzoek dan wel ambtshalve) alsmede op de mogelijkheid van aanvulling hiervan indien het scheidsgerecht heeft nagelaten te beslissen omtrent één of meer vorderingen of tegenvorderingen die aan zijn oordeel waren onderworpen. Van den Nieuwendijk zet de diverse termijnen waarmee men in dit verband te maken kan krijgen en de gevolgen die hieraan zijn verbonden op een rij. Zij wijst erop dat men erop bedacht dient te zijn dat het NAI Arbitragereglement 2015 een kortere termijn voor verbetering en/of aanvulling bevat dan de wettelijke termijn (als partijen niet anders overeenkomen) en op een ander tijdstip aanvangt dan de wettelijke termijn. Ondanks het feit dat de door het NAI gehanteerde termijn – van twee maanden – langer is dan de termijn die wordt gehanteerd door de meeste andere arbitrage-instituten, beveelt zij aan om deze termijn gelijk te stellen aan de wettelijke termijn en uit te gaan van drie maanden na de dag van verzending van het vonnis (m.n. §26.2.2).

Om “spaanders” ofwel fouten van arbiters te voorkomen, heeft Van den Nieuwendijk een checklist opgesteld voor enerzijds het arbitraal vonnis (geïnspireerd op de ICC Award Checklist) en anderzijds de verbetering en aanvulling van een vonnis door arbiters (geïnspireerd op de ICC Checklist on Correction and Interpretation of Awards). Tevens beveelt Van den Nieuwendijk in dit verband aan een “*scrutiny*”-bepaling toe te voegen aan het NAI Arbitragereglement 2015, zoals ook diverse andere instituten die kennen (§26.6.5). Voor het geval er toch (vermeende) fouten worden gemaakt en er om verbetering of aanvulling wordt verzocht, beveelt zij aan een aanvullend depot te verlangen, mede om al te lichtvaardige verzoeken te ontmoedigen. Indien het scheidsgerecht inderdaad overgaat tot verbetering of aanvulling, en het verzoek dus terecht is gedaan, dienen de kosten daarvan naar haar mening in beginsel door het scheidsgerecht te worden gedragen, althans moet worden aangenomen dat de kosten van de hieraan gespendeerde tijd in beginsel al liggen besloten in het reeds aan het scheidsgerecht toegekende honorarium en dient het aanvullend depot te worden teruggestort. Bij afwijzing van het verzoek om verbetering en/of aanvulling zullen de hiermee gepaard gaande kosten – waaronder mogelijk ook de door de wederpartij gemaakte kosten van juridische bijstand – in beginsel voor rekening moeten komen van de verzoeker, aldus Van den Nieuwendijk (§26.6.4).

32.8.3 *Het schikkingsvonnis*

Ortolani besteedt aandacht aan diverse aspecten van het zogenoemde arbitraal schikkingsvonnis, zowel in nationaal als in internationaal perspectief. Onder een arbitraal schikkingsvonnis wordt verstaan een vonnis waarin een arbitraal scheidsgerecht een door partijen bereikte schikking desverzocht neerlegt in een vonnis (zie art. 1069 Rv). Dit doet zich voor in de loop van een arbitrageprocedure, maar bijvoorbeeld ook nadat partijen (bijvoorbeeld) in het kader van een mediation een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten ter beëindiging van hun geschil. Zowel het NAI Arbitragereglement 2015 (art. 50) als het NAI Mediationreglement 2017 (art. 8) voorziet expliciet in deze mogelijkheid (evenals de reglementen van diverse andere ADR-instituten). Meestal verzoeken partijen om de vastlegging van hun schikking in een schikkingsvonnis met het oog op de mogelijkheden tot tenuitvoerlegging, maar soms liggen hieraan ook andere motieven ten grondslag (vergelijk §28.2). Aan een arbitraal schikkingsvonnis kleven echter diverse haken en ogen, althans roept dit diverse vragen op, met name ook – maar uitdrukkelijk niet alleen – op het vlak van de juist hiermee veelal beoogde executiemogelijkheden. Dit geldt in het bijzonder voor een arbitraal schikkingsvonnis gebaseerd op de uitkomst van een mediation. Ortolani wijst erop dat de Nederlandse wet geen grondslag biedt voor een dergelijk schikkingsvonnis, nu in art. 1069 Rv immers (slechts) wordt gesproken van een van vergelijk, bereikt “gedurende een arbitraal geding”, dat in een schikkingsvonnis kan worden neergelegd (in dezelfde zin art. 30 UNCITRAL Model Law). Een ander obstakel, dat Ortolani onder verwijzing naar Meijer vermeldt, is dat bij het vastleggen van een door middel van mediation tot stand gebrachte vaststellingsovereenkomst in een arbitraal schikkingsvonnis er geen sprake meer is van een geschil, zoals immers is vereist voor een geldige arbitrageovereenkomst. De door Snijders geopperde “truc”, om voormelde bezwaren te omzeilen, namelijk te bepalen dat de vaststellingsovereenkomst in de mediation tot stand komt onder de opschortende voorwaarde van neerlegging in een arbitraal vonnis, overtuigt Ortolani niet (zie nader §28.4). In §28.5 wijst Ortolani op verschillende weigerings- en vernietigingsgronden die in het kader van de (internationale) erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal schikkingsvonnis een rol zouden kunnen spelen. Van deze risico’s zou het scheidsgerecht dat wordt verzocht een schikkingsvonnis te wijzen zich rekenschap dienen te geven. Duidelijk is echter dat deze risico’s niet in alle gevallen kunnen worden ondervangen. Ortolani wijst er verder op dat de in het kader van UNCITRAL tot stand gebrachte “Convention on International Settlement

Agreements Resulting from Mediation” (ook wel aangeduid als het Verdrag van Singapore) in de toekomst mogelijk een ander licht op de aan de orde gestelde problematiek kan werpen, maar dit nog afgewacht moet worden (§28.6). Daargelaten de door de meeste ADR-instituten – waaronder ook het NAI – gehanteerde uitsluiting van de aansprakelijkheid van arbiters en van het instituut zelf, illustreert de beschouwing van Ortolani de wenselijkheid om althans heden ten dage partijen op de eventuele risico’s van een arbitraal schikkingsvonnis te wijzen.

32.9 Afronding

Aan het begin van deze slotbeschouwing werd reeds aangegeven dat “Going Dutch” wat betreft ADR bij het NAI kennelijk geen aanleiding vormt tot de negatieve associaties die de uitdrukking “Going Dutch” in ander verband soms pleegt op te roepen; integendeel. Als vertegenwoordigers van het NAI-bestuur, prijzen de schrijvers van deze afrondende beschouwing zich gelukkig deze conclusie te mogen trekken uit de 30 beschouwingen die in deze bundel zijn opgenomen, en waarin uiteenlopende aspecten van institutionele ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI, zijn belicht. Deze conclusie reikt derhalve verder dan “wij van WC-eend, adviseren WC-eend”, of voor de classici het dragen van uilen naar Athene.

Dit is te danken aan de toegewijde inzet van velen, maar zeer zeker ook aan die van voormalig directeur en administrateur mr. Fredy von Hombracht-Brinkman. Namens het voltallige bestuur van het NAI danken de schrijvers dezes haar hiervoor van harte. Ter uitdrukking van deze dank, dragen wij deze bundel graag aan Fredy op. Wij hopen dat zij de toekomst van het NAI nog lang in goede gezondheid en met tevredenheid mag volgen. Een toekomst waarin veel te doen valt, om de goede reputatie van het NAI te behouden en verder te versterken, zowel nationaal als internationaal. Het NAI-bestuur gaat, tezamen met de nieuwe directeur en nieuwe administrateur, het secretariaat en de Raad van Advies deze uitdaging graag aan, mede geïnspireerd door de auteurs van deze bundel.

De bundel vormt wat ons betreft een fraai cadeau van de auteurs voor de 70^e verjaardag van het NAI, en daarmee hopelijk ook een cadeau dat Fredy von Hombracht-Brinkman zal plezieren: te weten dat het NAI en het werk dat zij tezamen met andere betrokkenen heeft verzet door velen wordt gewaardeerd en geprezen en velen het NAI een warm hart toedragen en verder willen helpen.

Hierbij zij ook een bijzonder woord van dank gericht tot Professor mr. Albert Jan van den Berg, oud-lid van het algemeen bestuur van het NAI en oud-voorzitter van het NAI en Professor mr. Henk Snijders, oud-lid van het algemeen bestuur van het NAI en oud-voorzitter van de Raad van Advies. Zij zijn ter gelegenheid van de 70^e verjaardag van het NAI benoemd tot ere-voorzitter respectievelijk ere-(bestuurs)lid van het NAI.

Tot slot zeggen wij, namens het NAI-bestuur, de auteurs nogmaals hartelijk dank voor hun bijdragen, waarin het NAI niet alleen lof wordt toegezwaard, maar tevens vele gratis adviezen krijgt aangereikt.