

Enkele gedachten over de toepasselijkheid van het beginsel van *ius curia novit* in gerechtelijke procedures in verband met arbitrage en de gevolgen daarvan voor arbitrage

Niek Peters*

Abstract

*It is often assumed that arbitrators are not obliged to apply conflict of laws rules or to add to the legal grounds ex officio, but this is not necessarily true. In this publication the author sets out that arbitrators, under specific circumstances, should have regard to the rules that the national courts should apply in annulment proceedings and should not consider themselves to be bound by the parties' submissions. In this respect, the arbitrators should have an understanding of the scope of annulment proceedings and the application of the principle of *ius curia novit* in these proceedings, which are also discussed in this publication.*

1. Inleiding

Geschillen met een internationaal element zijn aan de orde van de dag. Alsdan moet eerst worden bepaald welk recht van toepassing is. Vervolgens moet de inhoud van dat recht worden vastgesteld. Daar ligt ook een rol voor degene die het geschil beslecht.

In het geval van een gerechtelijke procedure zal de rechter in eerste aanleg ambtshalve moeten vaststellen welk recht van toepassing is, ongeacht of partijen het conflictenrechtelijke debat hebben geopend. Dit is algemeen geaccepteerd sinds het arrest van de Hoge Raad inzake *Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen* uit 1915.¹ In zijn arrest uit 1927 inzake *Benima/Rohner*² legde de Hoge Raad in dit verband uitdrukkelijk de link met artikel 48 Rv (oud), de voorloper van het huidige artikel 25 Rv. Sindsdien is onomstreden dat de verplichting het conflictenrecht ambtshalve toe te passen verband houdt met het procesrechtelijke beginsel van *ius curia novit*. Met de invoering van artikel 10:2 BW, dat bepaalt dat regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve worden toegepast, heeft de wetgever dit beginsel voor wat het internationaal privaatrecht betreft ook een uitdrukkelijke plaats gegeven in het BW.

Hoewel artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW eveneens gelden in hoger beroep, wordt algemeen aangenomen dat het grievensstelsel meebrengt dat de appelrechter slechts tot ambtshalve toe-

* Prof. mr. N. Peters is advocaat bij Simmons & Simmons te Amsterdam en hoogleraar internationale handelsarbitrage aan de RUG.

1 HR 4 juni 1915, NJ 1915, 865 (*Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*).

2 HR 8 april 1927, NJ 1927, 1110 (*Benima/Rohner*).

passing van het conflictenrecht mag komen binnen het door de grieven ontsloten gebied,³ tenzij aan de uitspraak in eerste aanleg een expliciet noch impliciet kenbare conflictenrechtelijke beslissing ten grondslag ligt⁴ dan wel de conflictregel processueel van openbare orde is.⁵ Daarvan zal evenwel slechts zelden – en vooral buiten het vermogensrecht⁶ – sprake zijn. De meeste conflictregels worden processueel namelijk niet van openbare orde geacht.⁷

De Hoge Raad is op zijn beurt aan de conflictenrechtelijke beslissing van het hof gebonden als daartegen geen middel is gericht, behalve om het middel te verwerpen. Aan een bekrachtiging van de beslissing *a quo* door ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden staat namelijk niets in de weg.⁸

Op grond van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW hebben Nederlands en buitenlands recht in een gerechtelijke procedure ook dezelfde status. Ongeacht welk recht van toepassing is, de rechter zal de inhoud van dat recht ambtshalve moeten vaststellen. Aangezien de rechter aldus zelf verantwoordelijk is voor de vaststelling en de juiste toepassing van het recht, hoeven partijen de inhoud van het recht op zich niet te bewijzen en in theorie zelfs niet te stellen.⁹ Gezien artikel 79 lid 1 sub b Wet RO kan in cassatie evenwel niet worden geklaagd over de toepassing van buitenlands recht. Omdat buitenlands recht grotendeels is onttrokken aan een toetsing in cassatie,¹⁰ neemt dit recht in een burgerlijk proces bij de Nederlandse rechter aldus in wezen een positie in tussen feit en recht.¹¹

-
- 3 Zie o.a. R.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 151 e.v., *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8, N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage. Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2015, p. 176-192, alsmede A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer en S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Kluwer 2018, p. 364.
- 4 Mostermans 1996, p. 152 e.v. (zie noot 3), Peters 2015, p. 186-191 (zie noot 3) en A-G Vlas in par. 2.3 van zijn conclusie voor HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:394, *NIPR* 2016, 197.
- 5 Mostermans 1996, p. 95-96 (zie noot 3), Th.M. de Boer, 'Facultative choice of law, the procedural status of choice-of law rules and foreign law', *Recueil des cours* (257) 1996, p. 350 en Peters 2015, p. 192-194 (zie noot 3).
- 6 Vgl. ook A-G Strikwerda in par. 15 van zijn conclusie voor HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, *NIPR* 2002, 123, *NJ* 2001, 431, m.nt. De Boer en Vranken (*De maatschap X/Overes*).
- 7 Dit in tegenstelling tot regels inzake de internationale bevoegdheid, waaromtrent o.a. HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077, *NIPR* 2015, 297, *NJ* 2015/543, m.nt. Strikwerda (*NRSC/Kompas*) en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:566, *NIPR* 2019, 196, *NJ* 2019/260, m.nt. Strikwerda.
- 8 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.
- 9 De praktijk is evenwel weerbarstiger. Vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, *NIPR* 2012, 196, *NJ* 2012, 235, m.nt. De Boer (*Al Rafidain Bank/Solvochem*) en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *NIPR* 2016, 74, *JBPR* 2017/44, m.nt. Schaafsma (*ICL/PPC*).
- 10 Wel kan het oordeel over buitenlands recht onder omstandigheden met motiveringsklachten worden aangevallen, waaromtrent o.a. A-G Strikwerda in par. 11 van zijn conclusie voor HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9446, *NIPR* 2006, 265, *NJ* 2006, 505, HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4911, *NIPR* 2007, 296, *NJ* 2008, 413, m.nt. Vlas (*Dentas/Fortis*) en HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, *NJ* 2015, 376, m.nt. Schrijver (*Staat/Mustafi c.s.*).
- 11 In gelijke zin L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 162-163.

Waar voor internationale geschillen bij de overheidsrechter het leerstuk van *ius curia novit* zich de afgelopen eeuw gestaag heeft ontwikkeld, kan hetzelfde niet worden gezegd ten aanzien van arbitrage en gerechtelijke procedures in verband met arbitrage. In de Nederlandse literatuur en rechtspraak heeft dit onderwerp namelijk nog nauwelijks aandacht gekregen. In vervolg op een eerdere publicatie uit 2015¹² zal ik thans nader ingaan op de vraag of, en zo ja in welke zin, in arbitrage en gerechtelijke procedures in verband met arbitrage het toepasselijke recht en de inhoud van dat recht ambtshalve moet worden vastgesteld.

Hierna onderzoek ik eerst de werking van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in het kader van een bodemprocedure als de bevoegdheid van de rechter wordt betwist (par. 2). Vervolgens ga ik in op de vraag of voornoemde bepalingen van toepassing kunnen zijn in arbitrage (par. 3). Daarna bespreek ik de toepasselijkheid van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in het kader van een vernietigingsprocedure (par. 4). Vervolgens komt aan de orde of, en zo ja op welke wijze, een vernietigingsprocedure de verplichting van arbiters beïnvloedt om ambtshalve regels van internationaal privaatrecht toe te passen en de inhoud van de toepasselijke regels ambtshalve vast te stellen (par. 5). Ik rond af met een conclusie (par. 6).

2. Het beginsel van *ius curia novit* in een gerechtelijke procedure als bevoegdheid wordt betwist

Het kan gebeuren dat bij de rechter een geschil aanhangig wordt gemaakt waarover een overeenkomst van arbitrage is gesloten. Als een partij dan voor alle weren een beroep doet op het bestaan van deze overeenkomst, zal de rechter zich ingevolge artikel 1022 en 1074 Rv onbevoegd moeten verklaren, tenzij de overeenkomst ongeldig is. Voor de beoordeling van het bestaan en de geldigheid van de arbitrageovereenkomst gelden artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW alsdan onverkort. De rechter zal derhalve aan de hand van de regels van internationaal privaatrecht die gelden in de Nederlandse rechtsorde ambtshalve het toepasselijke recht moeten bepalen en de inhoud daarvan ambtshalve moeten vaststellen. Op het voorgaande past naar het zich laat aanzien een nuance als voor alle weren een beroep wordt gedaan op artikel II lid 3 van het Verdrag van New York.¹³ In dat geval zal de rechter namelijk met inachtneming van de verwijzingsregels van dit verdrag het toepasselijke recht moeten bepalen, tenzij zou kunnen worden geoordeeld dat de bepalingen van het Verdrag van New York en de bepalingen van nationaal recht door elkaar heen kunnen worden gebruikt.¹⁴

3. Een eerste impressie ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in arbitrage

Als de plaats van arbitrage in Nederland ligt, is ingevolge artikel 1073 lid 1 Rv de eerste titel van het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Artikel

¹² Peters 2015, p. 272-281 (zie noot 3).

¹³ Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, opgemaakt te New York op 10 juni 1958.

¹⁴ Zie N. Peters, *The fundamentals of international commercial arbitration*, Apeldoorn: Maklu 2020, p. 303, voor een kort overzicht van de verschillende opvattingen over de gelijktijdige toepassing van nationaal recht en het Verdrag van New York.

25 Rv is op zijn beurt opgenomen in het eerste boek van laatstgenoemd wetboek, welk boek betrekking heeft op de wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad. Aangezien artikel 25 Rv niet via een schakelbepaling van toepassing is verklaard op arbitrage, is verdedigbaar dat niet bedoeld is deze bepaling rechtstreeks van toepassing te laten zijn op arbitrage.

De vraag is vervolgens of artikel 10:2 BW wel rechtstreeks van toepassing is op arbitrage. Waar artikel 25 Rv is gericht tot de rechter, geldt dat niet voor artikel 10:2 BW. Uit de parlementaire geschiedenis volgt namelijk dat de toepassing van artikel 10:2 BW niet beperkt is tot gerechtelijke procedures.¹⁵ Deze bepaling geldt derhalve ook voor andere wetstoepassers.¹⁶ Laatstgenoemden moeten het toepasselijke recht zodoende eveneens ambtshalve vaststellen met inachtneming van de geschreven en ongeschreven regels van internationaal privaatrecht. In lijn hiermee zou dan ook kunnen worden betoogd dat arbiters, indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, op grond van artikel 10:2 BW ambtshalve het toepasselijke recht moeten bepalen met inachtneming van de in Nederland geldende regels van internationaal privaatrecht.

Uit de memorie van toelichting bij de arbitragewet uit 1986 volgt echter dat het scheidsrecht bij de vaststelling van de rechtsregels die het in aanmerking acht te komen niet gebonden is aan regels van internationaal privaatrecht.¹⁷ Deze opvatting is ook verankerd in artikel 1054 lid 2 Rv, dat bepaalt:

‘Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.’

Bij de invoering van de huidige arbitragewet, die in werking trad per 1 januari 2015, is de wetgever niet teruggekomen op voornoemde zienswijze, ook niet specifiek voor wat betreft de invoering van de artikelen 10:166 en 10:167 BW, en artikel 1054 lid 2 Rv is inhoudelijk ongewijzigd gebleven. Tenzij partijen zijn overeengekomen dat een specifieke conflictregel moet worden toegepast, zou dan ook kunnen worden geconcludeerd dat het scheidsgerecht bij gebreke van een rechtskeuze volledig vrij is het toepasselijke recht te bepalen. Het scheidsgerecht is zo gezien in beginsel dan evenmin gebonden aan de conflictregels die volgen uit de Rome I¹⁸ en Rome II¹⁹-Verordeningen.²⁰

15 *Kamerstukken II* 2009–2010, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

16 Zie ook Rapport van de Staatscommissie IPR d.d. 1 juni 2002, p. 15.

17 *Kamerstukken II* 1983–1983, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23.

18 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6.

19 Verordening (EG) nr. 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40.

20 Vgl. X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. S. van Dongen en A.P.M.J. Vonken), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Algemeen deel IPR*, Deventer: Kluwer 2015, p. 383, waar de vraag wordt opgeworpen of niet moet worden aangenomen dat de Rome I en Rome II-Verordeningen niet ook voor arbitrage van toepassing zijn. In de internationale literatuur wordt evenwel veelal aangenomen dat zulks juist niet het geval is. Zie aldus o.a. P.A. de Miguel Asensio, ‘The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration’, in: F. Ferrari (red.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York: JurisNet 2017, p. 177 e.v.,

Waar de arbitragewet aldus een eigen (specifieke) conflictregel kent, voorziet de arbitragewet niet in een regel voor wat betreft de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden. Bij gebreke van zo'n specifieke regeling zou kunnen worden geconcludeerd dat de regel van artikel 10:2 BW, die als gezegd niet alleen geldt voor de rechter, tevens van toepassing is op arbitrage en dat de inhoud van het aangewezen recht aldus ambtshalve moet worden vastgesteld.

De mogelijke verplichting voor het scheidsgerecht om de rechtsgronden aan te vullen wordt in veel gevallen evenwel niet bestraft met vernietiging. Verder is het scheidsgerecht in een beperkt aantal situaties wel degelijk verplicht om regels van Nederlands internationaal privaatrecht toe te passen om te voorkomen dat zijn arbitraal vonnis kan worden vernietigd. Dit houdt verband met de wijze waarop het conflictenrecht in een vernietigingsprocedure wordt toegepast. Ik zal dit in het vervolg van deze bijdrage inzichtelijk maken. Daarbij ga ik ervan uit dat de plaats van arbitrage in Nederland ligt.

4. De toepasselijkheid van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in een gerechtelijke procedure in verband met arbitrage

Tegen de in de arbitrage gewezen gehele of gedeeltelijke eindvonnissen staan de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping open, indien het vonnis niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep of het vonnis is gewezen in arbitraal hoger beroep.²¹ Een geding tot vernietiging of herroeping is niet een vorm van arbitraal hoger beroep bij de gewone rechter; het zijn buitengewone rechtsmiddelen. De vernietigings- en herroepingsprocedure bieden dan ook geen volledige inhoudelijke herkansing. Vernietiging en herroeping is bovendien slechts mogelijk op de in artikel 1065 Rv respectievelijk artikel 1068 Rv genoemde gronden. Hoewel de gerechtshoven absoluut bevoegd zijn om kennis te nemen van vorderingen tot vernietiging en herroeping, dient het geding zoveel mogelijk te worden gevoerd in overeenstemming met de bepalingen die van toepassing zijn op een dagvaardingsprocedure in eerste aanleg.²²

Wanneer aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd of herroepen, mag het verlot tot tenuitvoerlegging worden geweigerd. Of een vernietigings- of herroepingsgrond zich voordoet, mag de rechter in het kader van een exequaturprocedure ingevolge artikel 1063 Rv slechts summierlijk toetsen, met dien verstande dat in consumentenzaken ambtshalve moet worden onderzocht of het arbitraal beding en het contractuele beding dat de grondslag vormde voor het arbitraal vonnis voor de consument oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG,²³ ten behoeve van welk onderzoek nadere stukken kunnen worden opgevraagd of een nadere toelichting kan worden verzocht.²⁴ Dit geldt ook wanneer de verlofrechter vermoedt dat de

met een verwijzing naar verdere literatuur. Zie ook A.J. Bělohávek, 'Determining the law governing obligations in arbitration and the applicability of the Rome I Regulation', *NIPR* 2020, p. 634-651.

21 Zie aldus art. 1064 Rv.

22 Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2385 (*Korbusiness*).

23 Indien aannemelijk is dat het arbitraal beding onredelijk bezwarend is, dient de voorzieningenrechter, zo nodig ambtshalve, het verlot te weigeren vanwege het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst als bedoeld in art. 1065 lid 1 sub a Rv. Indien aannemelijk is dat het desbetreffende contractuele beding dat de grondslag vormt voor de in het arbitraal vonnis vastgestelde vordering oneerlijk is, dient het verlot te worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1 sub e Rv.

24 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731 (*Intermari*).

openbare orde in het gedrang is. Daarvan kan onder meer sprake zijn als het geschil niet vatbaar is voor arbitrage.²⁵

De schorsing van de tenuitvoerlegging kan ingevolge artikel 1066 Rv worden verzocht bij de rechter die omtrent de vernietiging oordeelt alsook worden gevorderd bij de voorzieningenrechter als er nog geen vernietigingsprocedure aanhangig is.²⁶ Voor de schorsing van de tenuitvoerlegging moet worden afgewogen de kans van slagen van de vordering tot vernietiging dan wel herroeping en de belangen van partijen.²⁷

Uit het voorgaande blijkt dat de rechter die een exequaturverzoek of vordering dan wel verzoek tot schorsing moet beoordelen zich heeft te richten tot de beslissing die op een (eventuele) vordering tot vernietiging of herroeping naar alle waarschijnlijkheid zal worden genomen. Ten aanzien van een exequaturverzoek en een vordering dan wel verzoek tot schorsing moet de rechter aldus dezelfde regels op dezelfde wijze toepassen als de rechter ten aanzien van een vordering tot vernietiging of herroeping zou doen. Als de rechter in verband met de vernietiging of herroeping derhalve een bepaalde regel van internationaal privaatrecht (ambtshalve) moet toepassen en/of de inhoud van een regel ambtshalve moet vaststellen, zal de rechter dat ten aanzien van een exequatur- of schorsingsbeslissing, voor zover daaraan gezien de aard van deze beslissingen wordt toegekomen, eveneens moeten doen. Indien in de vernietigingsprocedure de rechter in de voorgaande instantie reeds een oordeel heeft gegeven over de vordering tot vernietiging, dient de rechter die beslist op het schorsingsverzoek met dat oordeel rekening te houden. Dat brengt met zich dat in het geval waarin de rechter in de vernietigingsprocedure de vordering tot vernietiging heeft afgewezen, de rechter die beslist op het schorsingsverzoek meer terughoudendheid dient te betrachten dan in het geval waarin door de rechter in de vernietigingsprocedure nog niet is beslist.²⁸

In het kader van een herroepingsprocedure kan de vernietiging van het arbitraal vonnis worden uitgesproken als dat vonnis berust op bedrog of valse bescheiden dan wel er bescheiden zijn achtergehouden die van invloed zouden zijn geweest op de uitkomst van de arbitrage. Een vordering tot herroeping zal in beginsel slagen als aannemelijk is dat de rechter bij kennis van de ware stand van zaken tot een andere beslissing zou hebben kunnen komen. Vraag is vervolgens of hiervoor moet worden aangeknoopt bij het recht dat het scheidsgerecht heeft toegepast of dat ook een ander recht kan worden toegepast. Aangezien het niet geïndiceerd is het inhoudelijke debat te heropenen, zal in het kader van een herroepingsprocedure in beginsel moeten worden uitgegaan van het recht dat het scheidsgerecht heeft toegepast, met dien verstande dat uitzonderingen op deze regel denkbaar zouden kunnen zijn als hetzij de bevoegdheidsbeslissing berust op bedrog of valse bescheiden dan wel er documenten zijn achtergehouden die van invloed zouden zijn geweest op deze bevoegdheidsbeslissing, hetzij een regel van openbare orde in het geding is.

25 Zie ook *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 3, waar wordt vermeld dat een arbitraal vonnis in een zaak die op grond van art. 1020 lid 3 Rv niet vatbaar is voor arbitrage vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde dan wel het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

26 Vgl. ook HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1511 (*Rusland/Hulley c.s.*), waaruit volgt dat zo'n schorsingsverzoek ook bij de Hoge Raad kan worden gedaan hangende een cassatieprocedure.

27 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2314, NJ 1998, 206 (*Benetton/Eco Swiss*).

28 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (*Rusland/Hulley c.s.*.)]

Ook in het kader van een vernietigingsprocedure kan het verschil maken welk recht wordt toegepast. In dat verband rijst de vraag of regels van internationaal privaatrecht ambtshalve moeten worden toegepast en de inhoud van het door die regels aangewezen recht ambtshalve moet worden vastgesteld. Voor het antwoord op deze vragen is relevant welke grond voor vernietiging wordt aangevoerd. Dat zal ik in het vervolg van deze bijdrage inzichtelijk maken. Hierna ga ik eerst in op het geval dat de vernietiging wordt gevorderd op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Hetgeen in dit verband ten aanzien van het beginsel van *ius curia novit* wordt gesteld, geldt *mutatis mutandis* voor een herroepingsprocedure.

4.1 *Het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst wordt betwist*

Op grond van artikel 1052 lid 1 Rv is het scheidsgerecht gerechtigd over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. Indien het scheidsgerecht oordeelt dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, kan dit oordeel in een vernietigingsprocedure in beginsel niet inhoudelijk worden bestreden met de enkele stelling dat het scheidsgerecht zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard.²⁹ Dat laat onverlet dat deze onbevoegdverklaring op de voet van artikel 1052 lid 6 Rv geldt als een arbitraal vonnis en dat daartegen op zich het rechtsmiddel van vernietiging kan worden aangewend. Vraag is dan nog wel op welke vernietigingsgronden precies een beroep kan worden gedaan. Deze vraag speelt niet als het scheidsgerecht oordeelt dat er wel een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Indien een partij niet berust in dat oordeel, is het laatste woord hierover voorbehouden aan de gewone rechter.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de stelling als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub a Rv dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt niet terughoudend dient te worden getoetst.³⁰ Hoewel een partij in het kader van een vernietigingsprocedure niet uitdrukkelijk een beroep hoeft te doen op artikel 1065 lid 1 sub a Rv, moet een partij in beginsel wel stellen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Behalve wanneer de verweerder niet in de arbitrage was verschenen, de arbitrabiliteit in het geding is, dan wel een andere regel van openbare orde of daarmee vergelijkbare regel toepassing verlangt,³¹ kan de vordering tot vernietiging op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt in verband met artikel 1065 lid 2 jo. artikel 1052 lid 2 Rv slechts slagen als de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de arbitrage tijdig is betwist.

Voor het geval dat een van voornoemde uitzonderingen niet speelt en de bevoegdheid van het scheidsgerecht tijdig is betwist, kunnen in het kader van een vernietigingsprocedure ten

29 Wanneer het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is tot stand is gekomen als gevolg van bedrog hetzij onder invloed van valse bescheiden of doordat bescheiden zijn achtergehouden, lijkt dit oordeel in het kader van een herroepingsprocedure wel aanvechtbaar. De rechter kan de zaak op de voet van art. 1068 lid 3 jo. 1065a Rv vervolgens terugverwijzen naar het scheidsgerecht of de beslissing vernietigen. In het laatste geval is ook verdedigbaar dat een nieuwe arbitrage zou moeten kunnen worden geëntameerd, nu art. 1067 Rv zich hiertegen niet rechtstreeks verzet.

30 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, *NIPR* 2014, 382, *NJ* 2015, 318, m.nt. Snijders (*Ecuador/Chevron & Texaco*).

31 Zie bijv. HvJEG 6 oktober 2010, ECLI:EU:C:2009:615, *NJ* 2010/11, m.nt. Mok (*Asturcom*), sinds welke uitspraak kort gezegd kan worden aangenomen dat regels van fundamenteel consumentenrecht moeten worden gelijkgesteld met nationale regels van openbare orde.

behoefte van de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis niet onbeperkt nieuwe feitelijke en juridische stellingen worden aangevoerd. Telkens zal in het licht van de arresten van de Hoge Raad inzake *Poultry/Burshan*³² en *Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs*³³ moeten worden beoordeeld of de nieuwe stelling toelaatbaar is. Voor nieuwe feitelijke stellingen bestaat in ieder geval slechts beperkt ruimte.³⁴ Zo lijkt in dit verband nauwelijks voor discussie vatbaar dat een nieuwe feitelijke stelling niet alras moet worden toegestaan als een beroep op die stelling in de arbitrage mogelijk was geweest en voor de hand had gelegen.³⁵ Waar men wellicht hetzelfde zou willen betogen voor gemengde nova, ligt dat in ieder geval niet voor de hand voor zuiver juridische nova. Het is namelijk lastig in te zien waarom een zuiver juridisch argument niet voor het eerst in een vernietigingsprocedure zou kunnen worden aangevoerd. Zelfs in cassatie kan een zuiver juridisch argument immers nog worden beschouwd als een toelaatbaar novum.³⁶

Waar enerzijds algemeen geaccepteerd is dat aan de hand van een nieuwe (juridische) stelling, voor zover deze toelaatbaar is in het kader van een vernietigingsprocedure, kan worden betoogd dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, wordt anderzijds wel betoogd dat in een geding tot vernietiging geen ruimte bestaat een oordeel te geven over de vraag of het scheidsgerecht zijn bevoegdheid had kunnen aannemen op grond van een ander door hem verworpen of niet in zijn oordeel betrokken stelling.³⁷ Naar het mij voorkomt is deze laatste zienswijze in ieder geval niet houdbaar als het gaat om een zuiver juridische stelling,³⁸ waarbij bovendien het volgende geldt.

Er is een veelheid aan redenen waarom een geldige arbitrageovereenkomst kan ontbreken. Zo kan de arbitrageovereenkomst (a) formeel ongeldig zijn, (b) materieel ongeldig zijn, (c) zijn gesloten door iemand die handelingsonbekwaam of onbevoegd is, of (d) om een andere reden buiten beschouwing moeten worden gelaten, bijvoorbeeld vanwege strijd met de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast kan het geschil niet vatbaar zijn voor beslechting door middel van arbitrage. Voor elk van deze aspecten geldt een andere conflictregel. Sommige conflictregels zijn wettelijk verankerd, andere niet. Voor bijvoorbeeld de formele geldigheid van de arbitrageovereenkomst is het mede gezien artikel 1073 lid 1 Rv geïndiceerd aan te sluiten bij het Nederlandse arbitragerecht, terwijl voor de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst moet worden aangesloten bij artikel 10:166 BW. Waar het gezien artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW voor de hand ligt om bij wijze van startpunt aan te nemen dat de rechter het toepasselijke recht ambtshalve dient te bepalen aan de hand van de regels van Nederlands internationaal privaatrecht, onderzoek ik hierna of daarop wellicht nuances kunnen worden gemaakt.

32 HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010, 169 (*Poultry/Burshan*).

33 HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010, 170, m.nt. Snijders (*Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs*).

34 In gelijke zin G.J. Meijer & P.E. Ernste in sub 6 van hun noot bij Hof Den Haag 22 oktober 2019, JBPR 2020, 48 (*Bariven/Wells*).

35 Peters 2015, p. 276 (zie noot 3).

36 E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2015, p. 296.

37 G.J. Meijer, *T&C Rv* 2020, art. 1065 Rv, aant. 2.

38 Zie ook Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:334, NIPR 2020, 233 (*Hulley c.s./Rusland*).

Als tot de geschilpunten van partijen behoort de vraag welke conflictregel moet worden toegepast, spreekt het voor zich dat de rechter met inachtneming van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW moet onderzoeken welke conflictregel van toepassing is. Daarbij is de rechter niet gebonden aan de standpunten van partijen. Hij mag derhalve ook een andere conflictregel dan partijen toepassen. Binnen de grenzen van de rechtsstrijd mag de rechter bovendien een ander recht toepassen dan partijen bepleiten. Als de ene partij bijvoorbeeld betoogt dat Nederlands recht van toepassing is en de andere partij stelt dat Engels recht van toepassing is, staat niets eraan in de weg dat de rechter Frans recht toepast als de toepasselijke conflictregel naar dit recht verwijst.

Voor het geval partijen in het kader van de vernietigingsprocedure voortborduren op de door het scheidsgerecht toegepaste conflictregel en de toepasselijkheid van deze regel door partijen niet ter discussie wordt gesteld, maar zij wel van mening verschillen over het recht dat op basis van deze regel moet worden toegepast, rijst de vraag of desalniettemin mag worden onderzocht of het scheidsgerecht de juiste conflictregel heeft toegepast of dat in het kader van de vernietigingsprocedure moet worden aangeknoopt bij de door het scheidsgerecht toegepaste conflictregel. Twee standpunten laten zich hier verdedigen. Indien in dit verband de parallel wordt gemaakt met het rechtsmiddel van hoger beroep – en de enge leer³⁹ die past in het grievensstelsel naar analogie wordt toegepast – zou men kunnen betogen dat in het kader van de vernietigingsprocedure moet worden voortgeborduurd op de conflictregel die het scheidsgerecht heeft toegepast, tenzij een conflictregel toepassing verlangt die processueel van openbare orde is, met dien verstande dat voor ambtshalve aanvulling wel plaats kan zijn om de vordering tot vernietiging te verwerpen, gelijk grieven in hoger beroep kunnen worden verworpen op ambtshalve bij te brengen gronden. Indien de parallel met het rechtsmiddel van hoger beroep wordt losgelaten, zou men ook kunnen bepleiten dat niets zich verzet tegen een ambtshalve onderzoek. Deze ruime leer verhoudt zich op het eerste gezicht in ieder geval beter met het uitgangspunt dat het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst zonder terughoudendheid moet worden getoetst. Met een ambtshalve aanvulling wordt bovendien bevorderd dat de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat daadwerkelijk wordt beantwoord aan de hand van het recht dat moet worden toegepast op basis van de eigenlijk toepasselijke conflictregel.

Het kan ook gebeuren dat partijen niet opkomen tegen het door het scheidsgerecht toegepaste recht en dat de toepasselijkheid van dat recht ten behoeve van de vernietigingsprocedure wordt geaccepteerd (zodat afhankelijk van het geschilpunt ook betoogd zou kunnen worden dat er sprake is van een processuele rechtskeuze⁴⁰).⁴¹ In dat geval behoort de vernietigingsrechter gezien het bijzondere karakter van het rechtsmiddel van vernietiging in beginsel van het

39 Zie hieromtrent H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 40 e.v.

40 Indien partijen de rechtsaanwijzing door het scheidsgerecht niet betwisten, zou immers kunnen worden betoogd dat er ten behoeve van de vernietigingsprocedure sprake is van een rechtskeuze voor het door het scheidsgerecht toegepaste recht.

41 Volledigheidshalve zij hierbij opgemerkt dat bijvoorbeeld in het kader van art. 10:166 BW kan worden getoetst aan verschillende rechtssstelsels. Indien in de arbitrage slechts was getoetst aan één rechtssstelsel, kan het derhalve zijn dat in het kader van een vernietigingsprocedure nog aan een ander rechtssstelsel wordt getoetst, indien de vernietigingsrechter oordeelt dat op grond van het eerder door het scheidsgerecht toegepaste recht een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt.

door het scheidsgerecht toegepaste recht uit te gaan, gelijk dat bijvoorbeeld in het kader van het rechtsmiddel van hoger beroep in beginsel ook het geval is.⁴² Indien de beslissing van het scheidsgerecht daarentegen geen kenbare conflictenrechtelijke beslissing bevat, lijkt een ambtshalve onderzoek naar het toepasselijke recht wel geïndiceerd, ook wanneer partijen in het kader van een vernietigingsprocedure het conflictenrechtelijke debat niet openen, indien rechtsvragen aan de orde worden gesteld voor de beantwoording waarvan eerst het toepasselijke rechtssysteem dient te worden aangewezen. Omdat de rechter de betreffende rechtsvragen alleen kan beantwoorden nadat eerst het toepasselijke rechtssysteem is vastgesteld – hetgeen in de arbitrage aldus nog niet kenbaar gebeurd is – zal de rechter in het kader van een vernietigingsprocedure ingevolge artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW eerst het toepasselijke recht moeten bepalen.⁴³

In het kader van een vernietigingsprocedure zou een partij vanwege een voortschrijdend inzicht omtrent de toepasselijke conflictregel of de uitleg van de toepasselijke conflictregel ook een beroep kunnen willen doen op een ander recht dan eerder in de arbitrage. Omdat de vernietigingsgrond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt niet terughoudend behoort te worden getoetst, is enerzijds verdedigbaar dat zulks toelaatbaar zou kunnen zijn, hoewel men in het licht van *Poultry/Bursban* en *Smit Bloembollen/Rurwa* anderzijds ook zou kunnen betogen dat hiervoor niet onbeperkt ruimte bestaat. In ieder geval bestaat er gezien voornoemde arresten naar het zich laat aanzien slechts zeer beperkt ruimte om op basis van alleen nieuwe stellingen omtrent de feiten het standpunt te betrekken dat een ander recht van toepassing is.

Eveneens kan in een vernietigingsprocedure, in het kader van de discussie of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, de vraag opkomen of een partij mag terugkomen op een in de arbitrage gestelde rechtskeuze. Naar mijn mening mag in de vernietigingsprocedure op die rechtskeuze, mede gezien voornoemde arresten van de Hoge Raad, niet worden teruggeko- men, indien moet worden aangenomen dat de keuze voor dit recht in de arbitrage berustte op wilsovereenstemming. Wanneer echter moet worden aangenomen dat een partij in de arbitrage in de onjuiste veronderstelling verkeerde dat er een rechtskeuze was gemaakt, kan hierover genuanceerder worden gedacht.⁴⁴ Indien partijen een rechtskeuze hebben gemaakt en het scheidsgerecht die rechtskeuze heeft miskend, levert dat op zich een schending van de opdracht op als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub c Rv. Nochtans kan het arbitraal vonnis niet op deze grond worden vernietigd als op basis van het gekozen toepasselijke recht een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, omdat de schending van de opdracht dan van te geringe aard is om de vernietiging te rechtvaardigen.⁴⁵

Wanneer de rechter zich in het kader van een vernietigingsprocedure geconfronteerd ziet met de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, zal hij de inhoud van de toepasselijke rechtsregel(s) binnen de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve moeten vaststellen. Dit volgt

42 Vgl. par. 1 van deze bijdrage en de aldaar genoemde literatuur.

43 In zoverre wordt dan de parallel gemaakt met de situatie dat de appelrechter in hoger beroep wordt geconfronteerd met een uitspraak uit eerste aanleg zonder kenbare conflictenrechtelijke beslissing. Zie hieromtrent de in par. 1 genoemde bronnen.

44 Vgl. voor het terugkomen op een rechtskeuze in het kader van het rechtsmiddel van hoger beroep o.a. Hof Amsterdam 7 maart 1996, *NIPR* 1997, 336 (*Delta Airlines/Reisen Passagebureau*), 18 maart 1999, *SC&S* 2001, 40 (*Pauline Oliveiri*) en Hof Den Bosch 8 oktober 2013, *NIPR* 2013, 354 (*A. Trading*), waarover Peters 2015, p. 178-179 (zie noot 3).

45 Zie ook art. 1065 lid 4 Rv.

uit artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW, welke bepalingen in dit verband ook van toepassing zijn in een vernietigingsprocedure.⁴⁶ Binnen de grenzen van de rechtsstrijd mag de rechter het recht derhalve ook anders uitleggen dan partijen.

Stel nu dat partijen in het kader van een vernietigingsprocedure voortborduren op een juridisch standpunt van het scheidsgerecht, maar van mening verschillen over hoe de betreffende regel in het concrete geval zou moeten uitpakken. In dat geval hebben partijen de uitleg van de betreffende regel in wezen buiten de rechtsstrijd geplaatst en rijst de vraag of de rechter in het kader van een vernietigingsprocedure de (on)juistheid van de visie van het scheidsgerecht ambtshalve mag onderzoeken. Ook hier laten zich twee standpunten verdedigen. Indien men een enge leer aanhangt en de parallel trekt met hoger beroep, zou men deze vraag ontkennend kunnen beantwoorden, met dien verstande dat voor ambtshalve aanvulling wel plaats is om de vordering tot vernietiging te verwerpen dan wel een regel van openbare orde, zoals bijvoorbeeld een regel omtrent arbitrabiliteit, speelt. Aangezien voor terughoudendheid evenwel geen plaats is bij de toets of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, kan men ook betogen dat niets zich verzet tegen een ambtshalve uitleg van een toepasselijke rechtsregel, te meer daar de beperkingen die volgen uit het appelprocesrecht niet één-op-één van toepassing zijn in een vernietigingsprocedure. Met een ambtshalve aanvulling wordt bovendien bevorderd dat de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat op de juiste wijze wordt beantwoord.⁴⁷

Indien de rechter afwijkt van de standpunten van partijen omtrent de toepasselijkheid of uitleg van een rechtsregel, zal hij hen, wanneer er anders sprake zou zijn van een verrassingsbeslissing, wel in de gelegenheid moeten stellen hun stellingen aan te passen. In dat verband is aannemelijk dat de beperkingen die voor het aanvoeren van nieuwe feitelijke en juridische stellingen kunnen worden afgeleid uit de arresten van de Hoge Raad inzake *Poultry/Burshan* en *Smit Bloembollen/Rurwa Bulbs* hieraan niet snel in de weg zullen staan.

4.2 De vernietiging van het arbitraal vonnis in verband met het materiële geschil

Waar voor terughoudendheid geen plaats is indien de vernietiging van het arbitraal vonnis wordt gevorderd op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, is bij de andere vernietigingsgronden, behalve in geval van schending van een fundamentele regel van procesrecht en een miskennis van de ondertekeningsvereisten, terughoudendheid geboden. Dit brengt mee dat de beslissingen van het scheidsgerecht ten aanzien van het materiële geschil in beginsel niet inhoudelijk kunnen worden getoetst in een vernietigingsprocedure, te meer daar het Nederlandse recht niet de regel bevat dat vernietiging van een arbitraal vonnis kan worden gevorderd vanwege zijn onjuistheid. Het scheidsgerecht kan aldus evenmin gezwind worden verweten dat het de rechtsgronden niet heeft aangevuld.

Er zijn echter wel een aantal situaties denkbaar waarin niet aan een zekere mate van een inhoudelijke (her)beoordeling van het arbitraal vonnis wordt ontkomen en waarin een aanvulling van rechtsgronden aan de orde kan komen. Ten behoeve van dit artikel stip ik hierna drie situaties aan.

⁴⁶ Peters 2015, p. 274 (zie noot 3).

⁴⁷ Zie ook A-G Wessling-van Gent in sub 2.36 van haar conclusie voor HR 27 maart 2010, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, *NJ* 2010, 169 (*Poultry/Burshan*).

Ten eerste zou kunnen worden betoogd dat het scheidsgerecht zijn opdracht als bedoeld in artikel 1065 lid sub c Rv schendt als een rechtskeuze⁴⁸ of een overeengekomen conflictregel is veronachtzaamd,⁴⁹ met dien verstande dat uit artikel 1065 lid 4 Rv volgt dat het arbitraal vonnis slechts met vernietiging wordt bedreigd als aannemelijk is dat de uitspraak anders was uitgevallen als het scheidsgerecht zich aan zijn opdracht had gehouden.

Ten tweede zou kunnen worden betoogd dat er sprake is van een schending van de opdracht als partijen aan het scheidsgerecht specifiek de opdracht hadden gegeven om een arbitraal vonnis te wijzen in overeenstemming met de toepasselijke handelsgebruiken als bedoeld in artikel 1054 lid 4 Rv en het scheidsgerecht geen rekening heeft gehouden met een of meer relevante handelsgebruiken.⁵⁰ Daarbij moet de partij die een beroep doet op schending van de opdracht ingevolge artikel 1065 lid 4 Rv stellen en aannemelijk maken dat het arbitraal vonnis anders had geluid als het scheidsgerecht wel had beslist in overeenstemming met de toepasselijke handelsgebruiken.

Omdat het arbitraal vonnis niet inhoudelijk mag worden getoetst, moet in voornoemde gevallen in beginsel zonder nader inhoudelijk onderzoek van het arbitraal vonnis duidelijk zijn dat het overeengekomen recht of de overeengekomen conflictregel dan wel een toepasselijk handelsgebruik niet is toegepast. Bovendien kan worden aangenomen dat er in de regel alleen een beroep kan worden gedaan op schending van de opdracht, indien in de arbitrage reeds was betoogd dat er een rechtskeuze was gemaakt, er een conflictregel was overeengekomen dan wel moest worden beslist in overeenstemming met een specifiek handelsgebruik. Dit betekent ook dat ten tijde van de arbitrage partijen hun stellingen hierop in de regel reeds konden afstemmen. Ten behoeve van een vernietigingsprocedure behoren partijen derhalve niet snel de gelegenheid te worden geboden nieuwe feitelijke en juridische stellingen aan te voeren ter onderbouwing van de stelling dat het aannemelijk is dat het arbitraal vonnis anders zou zijn uitgevallen als het scheidsgerecht zijn opdracht niet had miskend. Hierop past evenwel een uitzondering, indien de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd ten behoeve van het antwoord op de vraag of het aannemelijk is dat het arbitraal vonnis anders zou zijn uitgevallen, voor zover toegestaan, ambtshalve tot een andere uitleg komt van het toepasselijke recht, de overeengekomen conflictregel of het toepasselijke handelsgebruik. In dat geval behoren partijen ter voorkoming van een verrassingsbeslissing juist wel in de gelegenheid te worden gesteld hun stellingen op deze ambtshalve bijgebrachte uitleg af te stemmen.

Dat brengt mij op de situatie dat een materiële regel van openbare orde toepassing verlangt. Dit is de derde situatie, die ik in het kader van deze bijdrage wil aanstippen, waarin mogelijk niet wordt ontkomen aan een zekere mate van een inhoudelijke beoordeling van de beslissingen van het scheidsgerecht ten aanzien van het materiële geschil tussen partijen. Het arbitraal vonnis is in strijd met de openbare orde als de inhoud van het arbitraal vonnis in strijd is met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen

48 H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Algemene beschouwingen en artikelsgewijze opmerkingen bij de art. 1020-1076 Rv in nationaal en internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2018, p. 437.

49 Gezien art. 1054 lid 2 Rv verzet niets zich er tegen dat partijen afspreken dat het toepasselijke recht moet worden bepaald met inachtneming van een bepaalde conflictregel, waaromtrent Peters 2015, p. 309 (zie noot 3).

50 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011, p. 354.

van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.⁵¹ Als een partij reeds een beroep op de betreffende regel had gedaan in de arbitrage staat niets eraan in de weg dat de rechter in het kader van een vernietigingsprocedure toetst aan die regel. De vraag rijst vervolgens of ten behoeve van een vernietigingsprocedure ook voor het eerst een beroep op een regel van openbare orde kan worden gedaan als een beroep op die regel in de arbitrage voor de hand had gelegen. Behalve wanneer het gaat om een regel van EU-recht die met een regel van openbare orde moet worden gelijkgesteld,⁵² lijkt Snijders deze vraag ontkennend te willen beantwoorden,⁵³ ofschoon het kunstmatig aanvoelt een onderscheid te maken tussen de verschillende regels van openbare orde. Als wordt getoetst of het arbitraal vonnis in strijd is met een regel van openbare orde, is de rechter in ieder geval niet gebonden aan de standpunten van partijen omtrent de uitleg van de betreffende regel. Zodra schending van de openbare orde is aangevoerd als grond voor vernietiging, kan de rechter op grond van de aangevoerde feiten ambtshalve ook een niet aangevoerde rechtsgrond – in ieder geval als het een regel van EU-recht betreft die van openbare orde is of daarmee kan worden gelijkgesteld – aan de orde stellen en onderzoeken.⁵⁴ In het kader van de toets of een regel van openbare orde is geschonden, kunnen bovendien feiten aan de orde komen die in de arbitrage niet aan de orde zijn geweest. Partijen moet dan de gelegenheid worden geboden hun feitelijke stellingen aan te vullen.

Een interessante vraag is nu of het arbitraal vonnis kan worden vernietigd wegens het niet of onjuist toepassen van een conflictregel. Op het eerste gezicht lijkt daarvoor geen ruimte te bestaan, omdat vernietiging als zodanig niet kan worden gevorderd op de grond dat het arbitraal vonnis inhoudelijk onjuist is.⁵⁵ Nochtans zijn er in ieder geval twee uitzonderingen denkbaar.

In de eerste plaats zou kunnen worden betoogd dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden en zijn vonnis blootstaat aan vernietiging als het verzuimd heeft een conflictregel toe te passen die uitdrukkelijk tot scheidsgerichten is gericht, mits het aannemelijk is dat het arbitraal vonnis anders zou zijn uitgevallen als die conflictregel wel was toegepast en ook anderszins aan de voorwaarden voor een beroep op schending van de opdracht wordt voldaan. Een voorbeeld van een conflictregel die uitdrukkelijk tot arbiters is gericht betreft artikel 18 van de herschikte insolventieverordening,⁵⁶ dat bepaalt dat de gevolgen van de insolventieprocedure voor een lopend scheidsrechterlijk geding betreffende een goed of een recht dat deel uitmaakt van de insolvente boedel van een schuldenaar, uitsluitend wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar het scheidsgerecht zijn zetel heeft. Een ander voorbeeld van een conflictregel die rechtstreeks tot arbiters gericht kan zijn betreft artikel 10 Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten – welke bepaling van toepassing is in de gevallen voorzien in deze wet – op grond waarvan arbitrage er niet toe mag leiden dat

51 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, *NJ* 1998, 207, m.nt. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

52 HvJEG 1 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:296, *NJ* 2000, 339, m.nt. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

53 Snijders 2018, p. 572-573 (zie noot 48).

54 Hof Amsterdam 12 oktober 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AE0833, *NJ* 2002, 111 (*Sesam/Betoncentrale Twente*).

55 Dus ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat de Rome I- en Rome II-verordeningen zouden moeten worden toegepast door scheidsgerichten, levert de niet-toepassing of onjuiste toepassing niet direct een grond op voor vernietiging van het arbitraal vonnis.

56 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *PbEU* 2015, L 141/19.

voor de consument de bescherming wegvalt van (a) de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het Nederlandse recht, indien de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats respectievelijk plaats van vestiging in Nederland hebben, (b) de bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, indien het op de koopovereenkomst of overeenkomst tot het verrichten van diensten toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 6 leden 1 en 2 Rome I-Verordening of (c) de dwingende bepalingen van het recht van de lidstaat waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft, indien het op de koopovereenkomst of overeenkomst tot het verrichten van diensten toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 5 leden 1 tot en met 3 EVO.⁵⁷

In de tweede plaats kan een arbitraal vonnis wegens het niet toepassen van een conflictregel worden vernietigd als de betreffende regel van openbare orde is en het aannemelijk is dat met toepassing van deze regel het arbitraal vonnis anders was uitgevallen. Omdat arbitrage slechts mogelijk is ter zake van kwesties die ter vrije dispositie van partijen staan,⁵⁸ zal er niet snel een conflictregel spelen die van openbare orde is.⁵⁹ In dit verband zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de regel die volgt uit het arrest van het Hof van Justitie inzake *Ingmar/Eaton*.⁶⁰ Voor deze opvatting vind ik onder meer steun in Duitse en Engelse rechtspraak waaruit kort gezegd volgt dat een overeenkomst tot arbitrage niet in de weg mag staan aan de toepassing van *Ingmar/Eaton*.⁶¹

Verder kan het arbitraal vonnis worden bedreigd met vernietiging wegens schending van de opdracht als partijen waren overeengekomen dat het scheidsgerecht de rechtsgronden ambtshalve moet aanvullen, het scheidsgerecht dit heeft verzuimd en aannemelijk is dat de uitkomst van het arbitraal vonnis anders was geweest als het scheidsgerecht de rechtsgronden had aangevuld. In de praktijk ziet men evenwel zelden zo'n afspraak, maar het is niet uitgesloten dat partijen dit overeenkomen.

Tot slot kan een arbitraal vonnis mogelijk in strijd met de openbare orde zijn als het scheidsgerecht welbewust in strijd met dwingend recht heeft beslist.⁶² Zo'n situatie zou zich kunnen voordoen als het scheidsgerecht niet overgaat tot een ambtshalve aanvulling terwijl het onderkent dat de standpunten van partijen indruisen tegen het dwingende recht en de aanvulling kan worden gedragen door de feitelijke stellingen van partijen.

Gezien het voorgaande hoeft het geen uitgebreid betoog meer dat ten aanzien van het materiële geschil in het kader van een vernietigingsprocedure slechts in uitzonderlijke gevallen wordt getoetst of het scheidsgerecht de juiste conflictregel heeft toegepast en zelden zal worden getoetst of het recht dan wel een toepasselijk handelsgebruik op de juiste wijze is toegepast. In die zin is de rechtsstrijd van partijen in een vernietigingsprocedure zeer beperkt, met gevolgen voor de wijze waarop artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW werken.

57 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst 1980, *Trb.* 1980, 156.

58 Zie art. 1020 lid 3 Rv.

59 Peters 2015, p. 313 (zie noot 3).

60 HvJEG 9 november 2000, ECLI:EU:C:2000:605, *NIPR* 2001, 29, *NJ* 2005, 332, m.nt. De Boer (*Ingmar/Eaton*).

61 Oberlandesgericht München 19 mei 2006, *IPRax* 2007, 322 en *Accentuate Ltd v. Asigra Inc* 2009 EWHC 2655 (QB).

62 Snijders 2018, p. 430 (zie noot 48).

4.3 Vernietiging van het arbitraal vonnis op een andere grond

Bij de beoordeling of het scheidsgerecht naar behoren is samengesteld, het zich aan zijn formele opdracht heeft gehouden, wordt voldaan aan de ondertekenings- en motiveringsvereisten dan wel de formele regels van openbare orde, waaronder mede begrepen moet worden het beginsel van hoor en wederhoor, in acht zijn genomen, behoort primair aansluiting te worden gezocht bij het Nederlandse recht. Hoewel wellicht in specifieke situaties voorstelbaar is dat (mede) buitenlands recht moet worden toegepast en dat in het kader van een vernietigingsprocedure (mede) op basis van buitenlands recht moet worden getoetst, laat ik deze vernietigingsgronden ten behoeve van de beknoptheid van dit artikel buiten beschouwing.

5. De werking van het beginsel van artikel 25 Rv en artikel 10:2 BW in arbitrage nader beschouwd

Als mag worden aangenomen dat het scheidsgerecht uit hoofde van zijn opdracht de (inspannings)verplichting heeft een vonnis te wijzen dat niet wordt bedreigd met vernietiging,⁶³ is verdedigbaar dat het scheidsgerecht zich bij zijn beslissingen heeft te richten tot de beslissingen die de rechter in een geding tot vernietiging zal nemen. Ter voorkoming van vernietiging moet het scheidsgerecht, waar geïndiceerd, derhalve zoveel als mogelijk die regels toepassen die de rechter in een geding tot vernietiging bij zijn beslissing zal betrekken en die regels op dezelfde wijze toepassen als de vernietigingsrechter zou doen.

Aangezien de rechter in het kader van een vernietigingsprocedure in beginsel moet beslissen of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat met toepassing van regels van Nederlands internationaal privaatrecht, zal het scheidsgerecht in de arbitrage in beginsel ook regels van Nederlands internationaal privaatrecht hebben toe te passen.⁶⁴ Waar in een vernietigingsprocedure in het kader van de toets of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat een aanvulling van rechtsgronden geïndiceerd is, zal het scheidsgerecht de rechtsgronden in de arbitrage ook moeten aanvullen om het zoveel als mogelijk daarheen te geleiden dat het arbitraal vonnis niet wordt bedreigd met vernietiging.

Wat het materiële geschil betreft heeft het scheidsgerecht, mede gezien artikel 1054 lid 2 Rv, juist weer een grote mate van vrijheid om het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze naar eigen goeddunken vast te stellen. Deze vrijheid wordt nochtans beperkt door (a) partijafspraken op grond waarvan een specifieke conflictregel moet worden toegepast, (b) conflictregels die specifiek zijn gericht tot scheidsgerechten en (c) conflictregels die van openbare orde zijn. Deze conflictregels zal het scheidsgerecht in beginsel moeten toepassen om te voorkomen dat zijn vonnis wordt bedreigd met vernietiging, met dien verstande dat vernietiging achterwege behoort te blijven als het aannemelijk is dat het arbitraal vonnis niet anders had uitgepakt als de betreffende conflictregel wel was toegepast.

Omdat het arbitraal vonnis niet snel met vernietiging wordt bedreigd als het scheidsgerecht heeft verzuimd de rechtsgronden aan te vullen in het kader van het materiële geschil, kan men scheidsgerechten euvel duiden dat zij een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden achterwe-

63 Peters 2020, p. 213 en p. 282 (zie noot 14). Zie ook A-G Rank-Berenschot in randnummer 2.27 van haar conclusie voor HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. Vranken (*Qnow*).

64 In gelijke zin Peters 2015, p. 274 (zie noot 3) en Snijders 2018, p. 102 (zie noot 48).

ge laten, tenzij (a) partijen hebben afgesproken dat het scheidsgerecht de rechtsgronden moet aanvullen, (b) partijen het scheidsgerecht opdracht hebben gegeven een arbitraal vonnis te wijzen in overeenstemming met de toepasselijke handelsgebruiken, of (c) een regel van openbare orde in het geding is. In die gevallen mag een scheidsgerecht een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden niet achterwege laten, omdat het arbitraal vonnis anders bloot kan staan aan vernietiging. Dat geldt ook in de gevallen waarin moet worden geoordeeld dat, ofschoon een aanvulling van rechtsgronden mogelijk was geweest, welbewust een beslissing is gewezen in strijd met dwingend materieel recht.

In de vorige alinea's heb ik hier geen aandacht aan besteed, maar bij een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden moet het scheidsgerecht wel altijd opletten geen verrassingsbeslissing te wijzen. Dat is op zich namelijk ook weer een vernietigingsgrond. Ter vermijding van een verrassingsbeslissing zou het scheidsgerecht partijen kunnen uitnodigen hun standpunten nader te verduidelijken.

6. Conclusie

Hiervoor is uiteengezet in welke gevallen het scheidsgerecht verplicht is conflictregels (ambtshalve) toe te passen en wanneer het geïndiceerd is de inhoud van het toepasselijke recht ambtshalve vast te stellen. In dat verband is gebleken dat het scheidsgerecht in het kader van zijn onderzoek of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat in beginsel gehouden is regels van Nederlands internationaal privaatrecht toe te passen en dat het scheidsgerecht de inhoud van het toepasselijke recht in beginsel ambtshalve dient vast te stellen in gevallen waarin de rechter dat in een geding tot vernietiging ook moet. Voor het materiële geschil ligt het voorgaande genuanceerder, omdat het Nederlandse procesrecht niet voorziet in vernietiging van het arbitraal vonnis op de grond dat het arbitraal vonnis ten aanzien van het materiële geschil inhoudelijk onjuist is. In ieder geval heeft het scheidsgerecht ten aanzien van het materiële geschil een grote mate van vrijheid om het toepasselijke recht te bepalen bij gebreke van een rechtskeuze en kan een arbitraal vonnis niet snel worden vernietigd als het scheidsgerecht heeft verzuimd de rechtsgronden aan te vullen.