

Arbitrage, bindend advies of rechtspraak?

procedure

Door **Shawn Conway** en
Stan Putter
Illustratie: **Tamar**
Rubinstein

Contractspartijen besteden bij het aangaan van een overeenkomst veelal weinig aandacht aan de wijze waarop een eventueel toekomstig geschil zal worden beslecht. Zodra een geschil ontstaat is de keuze voor een geschillenbeslechtingsmethode evenwel van groot belang. Dan blijken de voorkeuren voor de verschillende methoden ineens uiteen te lopen. Wat zijn de grootste verschillen tussen rechtspraak, arbitrage en bindend advies? En wat is het verschil met mediation?

Bij mediation zoeken partijen gezamenlijk een oplossing, onder begeleiding van een mediator. De mediator neemt zelf geen beslissing, maar begeleidt enkel het proces van partijen tot het bereiken van een compromis. Indien partijen tot een oplossing komen wordt deze veelal opgenomen in een vaststellingsovereenkomst. Indien die niet nagekomen wordt, kan in rechte nakoming worden gevorderd.

Mediation kenmerkt zich door de vrijwillige deelname van partijen. Hierin ligt het grootste verschil met de formele rechtspraak, arbitrage en bindend advies, waarbij een uitkomst aan partijen wordt opgelegd. Een of meerdere van de partijen kunnen een mediation op elk moment staken, terwijl rechtspraak, arbitrage of bindend advies enkel eindigt

indien alle partijen het daarover eens zijn of na het wijzen van (arbitraal) vonnis of het bindend advies.

Mediation vindt plaats voorafgaande of naast een procedure in rechte, arbitrage of bindend advies. De rechter kan een procedure verwijzen naar mediation, die dan tijdens de procedure plaatsvindt. Dat kan bij arbitrage en bindend advies ook, hoewel er bij die methoden veelal voor gekozen wordt om voorafgaande aan die procedures mediation te beproeven.

Arbitrage en bindend advies

Rechtspraak, arbitrage en bindend advies zijn de drie geschillenbeslechtingsmethoden die in rechte kunnen worden afgedwongen. Arbitrage

en bindend advies zijn vormen van geschillenbeslechting die berusten op een overeenkomst tussen partijen. De beslissing over een geschil geven zij uit handen aan een derde: een arbitraal scheidsgerecht bij arbitrage, en een bindend adviseur of college van bindend adviseurs bij bindend advies.

Arbitrage heeft een afzonderlijke wettelijke basis in boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Bindend advies wordt enkel gereguleerd door het overeenkomstenrecht. De beslissing in een bindendadviesprocedure, het bindende advies, wordt aangemerkt als een bijzondere vaststellingsovereenkomst.¹ Een kenmerkend verschil tussen arbitrage en bindend advies is dat een arbitrage uitmondt in een voor tenuitvoerlegging vatbare titel.² Indien het bindende advies niet wordt opgevolgd, dient in rechte nakoming te worden gevorderd.

Rechtspraak versus arbitrage en bindend advies

Indien partijen geen keuze maken voor een geschillenbeslechtingsmethode geldt als hoofdregel dat partijen hun geschil kunnen voorleggen aan de rechter. Zij kunnen afstand doen van het recht hun geschil aan de rechter voor te leggen bij aangelegenheden die ter vrije bepaling aan partijen staat. Partijen kunnen ervoor opteren om hun geschil niet voor te leggen aan een rechter maar aan arbiters of bindend adviseurs. Anders dan bij mediation waarbij partijen overeenkomen hun geschil eerst door middel van mediation op te lossen, is het resultaat van deze procedures een rechtens bindende opgelegde afspraak.

Rechtspraak is, in tegenstelling tot het uitgangspunt bij arbitrage en bindend advies, openbaar.

Ter vrije bepaling aan partijen

Anders dan de gewone rechter zijn arbiters en bindend adviseurs alleen bevoegd te beslissen over aangelegenheden die ter vrije beschikking staan van partijen. Zaken die de openbare orde raken behoren tot het exclusieve domein van de rechter.³ Arbiters en bindend adviseurs kunnen bijvoorbeeld geen faillissement of echtscheidingen uitspreken, geen besluiten van organen van rechtspersonen of octrooien vernietigen of een beslag opheffen.

Dit laat onverlet dat partijen zonder beletsel de meeste vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen aan arbitrage en bindend advies kunnen onderwerpen.

Procedures en partijautonomie

In een procedure bij de rechter hebben partijen beperkte invloed op de wijze waarop een civiele

procedure wordt gevoerd. De regels omtrent de procedure staan opgenomen in boeken 1 tot en met 3 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering en worden nader ingevuld door de procesreglementen van de rechtspraak. Deze regels bieden aanzienlijke houvast. De hoeveelheid aan regels kan een procedure evenwel ook inflexibel maken.

Arbitrages en bindendadviesprocedures kunnen worden vormgegeven zoals partijen wensen. De wijze van gedingvoering wordt door partijen zelf bepaald. Die vrijheid wordt slechts beperkt door de waarborging van dwingendrechtelijk geldende regels van arbitragerecht en beginselen van behoorlijk procesrecht.⁴ Voor arbitrage geldt daarbij dat dit uitgangspunt is opgenomen in artikel 1036 Rv. Voor bindend advies ligt dat beginsel besloten in de contractsvrijheid tussen partijen.

Partijen kiezen geregeld voor institutionele arbitrage of bindend advies. Bij geïnstitutionaliseerde vormen van arbitrage of bindend advies administreert een instituut de procedure en is een reglement van toepassing.⁵ Het instituut draagt, veelal na inspraak van partijen, zorg voor de benoeming van het scheidsgerecht of de bindend adviseur(s). Ook bij de toepassing van een reglement behouden partijen veel vrijheid om een procedure naar eigen inzicht in te kleden. In reglementen staat veelal het beginsel opgenomen dat tussen partijen overeengekomen procedureafspraken gerespecteerd moeten worden.⁶

Keuze van de beslissingsnemers

In een gerechtelijke procedure bepaalt de rechterlijke instantie zelf welke rechter de zaak behandelt. Indien een procedure lang duurt, komt het geregeld voor dat de rechter die aanvankelijk de zaak behandelde, daar niet meer bij betrokken is wanneer vonnis moet worden gewezen.

Bij arbitrage en bindend advies hebben partijen de vrijheid om de beslissingsnemers zelf te benoemen. Zij kunnen dan bij de benoeming meenemen welke kwalificaties zij van belang vinden. Bij een bouwproject is het te overwegen om een persoon te benoemen met een juridische en technische achtergrond terwijl het voor de bepaling van de waarde van een pakket over te nemen aandelen te overwegen is om een persoon te benoemen die registeraccountant is.

Een arbitraal scheidsgerecht bestaat altijd uit een oneven aantal personen,⁷ waardoor er vaak een of drie personen worden benoemd. Indien drie beslissingsnemers moeten worden benoemd, is het vaak aan beide partijen om ieder een arbiter te kiezen waarna de door partijen gekozen personen gezamenlijk de derde benoemen.

Vertrouwelijkheid

Gerechtelijke procedures zijn in beginsel openbaar, althans de terechtzittingen en de uitspraken.⁸ Van de openbaarheid van terechtzittingen kan slechts in bijzondere omstandigheden worden afgeweken, bijvoorbeeld indien de openbare orde en goede zeden daar aanleiding toe geven. De openbaarheid zorgt ervoor dat controle op de rechtspraak mogelijk is. Het stuurt ook de rechtsontwikkeling.

Hoewel die beginselen in het algemeen van belang zijn voor een goed functionerende rechtspraak, kunnen die zich minder goed verhouden met de individuele belangen van partijen. Partijen die ervoor kiezen om hun geschil te doen beslechten door middel van arbitrage of bindend advies hechten er vaak aan dat de procedure en de beslissing vertrouwelijk worden behandeld. Dit uitgangspunt van vertrouwelijkheid wordt zonder grondslag in wet of overeenkomst aangenomen.⁹ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel dat het beginsel van vertrouwelijkheid geldt. De opname van een uitdrukkelijke bepaling omtrent vertrouwelijkheid in de arbitragewet zou wel zo duidelijk zijn geweest.¹⁰ Institutionele reglementen kunnen overigens wel uitdrukkelijk in vertrouwelijkheid voorzien.¹¹ In het geval van hantering van een dergelijk reglement zal geen sprake zijn van onduidelijkheid. Partijen kunnen uiteraard de vertrouwelijkheid ook bevestigen in hun overeenkomst tot arbitrage.

Finaliteit van de beslissing

Rechtspraak gaat ervan uit dat partijen in twee feitelijke instanties, eerst bij de rechtbank en vervolgens bij het hof, hun standpunten uiteen kunnen zetten. Vervolgens kan een partij met succes cassatieberoep instellen indien er sprake is van schending van het recht of indien er motiveringsgebreken kleven aan de beslissing van het hof. In bestuursrechtelijke procedures is overigens de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de hoogste rechter. Procedures kunnen daarom ten overstaan van drie instanties worden gevoerd. Indien getuigenbewijs moet worden vergaard wordt daartoe veelal pas na schriftelijke conclusiewisseling en een zitting besloten. Bovendien is de rechterlijke macht consequent overbelast waardoor het de praktijk is dat partijen lang op vonnissen moeten wachten.

Door deze omstandigheden kan de uiteindelijke doorlooptijd van een procedure erg lang zijn. Het kantoor waar de auteurs werkzaam zijn ontving recent pas na tien jaar een eindbeslissing in eerste instantie. Vervolgens staat er in die zaak nog hoger beroep en cassatie open. Zo kan een beslissing mogelijk pas na een jaar of vijftien finaal worden, na uitputting van alle rechtsmiddelen.

Arbitrages en bindendadviesprocedures zijn er in zijn algemeenheid op gericht om sneller een fina-

le beslissing te verkrijgen. De mogelijkheid van de behandeling van een geschil in meer dan één instantie is bij arbitrage en bindend advies niet de norm.¹² Partijen kunnen wel arbitraal hoger beroep overeenkomen, maar daar moeten zij dan wel voor kiezen.¹³ Ook neemt men aan dat bij bindend advies de behandeling in een tweede instantie wel mogelijk is, maar wederom enkel indien partijen dat hebben overeengekomen.

Hierdoor krijgt een beslissing in arbitrage of bindend advies sneller een finaal karakter. Om te waarborgen dat de rechtsgang in arbitrage of bindend advies ordentelijk is verlopen, is wel enig rechterlijk toezicht nodig. Een partij kan daarom, op zeer beperkte gronden, bij de rechter vernietiging dan wel herroeping vorderen van een arbitraal vonnis indien die meent dat daarvan geen sprake was.¹⁴ Een bindend advies kan eveneens op beperkte gronden worden vernietigd, bijvoorbeeld indien geen redelijk handelend bindend adviseur tot een dergelijke beslissing had kunnen komen.¹⁵ De mogelijkheid tot herroeping of vernietiging brengt niet met zich mee dat een hoger beroep kan worden gevoerd tegen de beslissing. De beslissing van een scheidsgerecht of bindend adviseurs blijft daarom in de overgrote meerderheid van zaken overeind, en wordt door partijen ook nagekomen zonder nadere tussenkomst van een rechter.

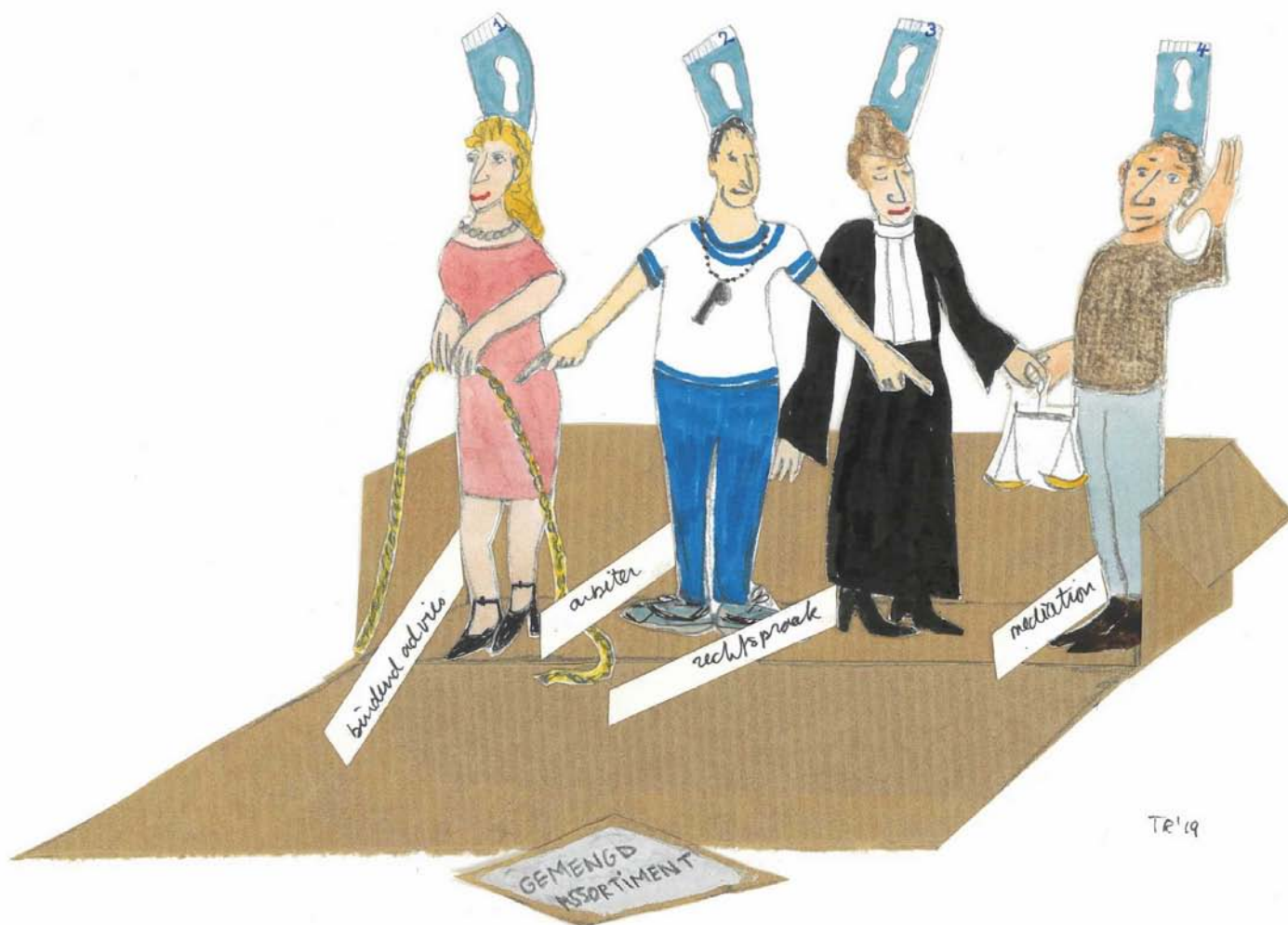
Internationale aspecten

In het internationale handelsverkeer kiezen partijen veelal voor arbitrage, op basis van een gekozen toepasselijk recht en in een taal van hun goeddenken. Bindend advies wordt internationaal veel minder gebruikt.

Uit onderzoek volgt dat gebruikers van internationale arbitrage vooral daarvoor kiezen, in plaats van voor rechtspraak, vanwege de ruimere tenuitvoerleggingsmogelijkheden, het vermijden van rechtspraak, de flexibiliteit van procedures, de mogelijkheid om de beslissingsnemers te kiezen en de vertrouwelijkheid.¹⁶

Tenuitvoerlegging

Binnen Europa is het tenuitvoerleggen van rechterlijke beslissingen niet lastig. Onder het regime van de aangepaste EEX-Verordening is het tegenwoordig zelfs niet langer vereist om verlof voor tenuitvoerlegging van de rechter van de plaats van tenuitvoerlegging te verkrijgen. De schuldeiser kan thans rechtstreeks overgaan tot tenuitvoerlegging in de lidstaat waar tenuitvoerlegging is gewenst.¹⁷ Buiten Europa hangt de mogelijkheid van tenuitvoerlegging ervan af of de EU of de staat van herkomst van de rechterlijke beslissing, een verdrag heeft gesloten ten aanzien van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rech-



terlijke beslissingen. Dat is vaak niet het geval. Met een van onze belangrijkste handelspartners, de Verenigde Staten van Amerika, bestaat zo'n verdrag niet.¹⁸ Wil een partij een beslissing van een Nederlandse rechter in de Verenigde Staten ten uitvoer leggen, dan zal die daar eerst een nieuwe procedure moeten voeren.

Dat ligt bij arbitrage anders. Voor arbitrage geldt dat tenuitvoerlegging mogelijk is op basis van het Verdrag van New York uit 1958. Bij dat verdrag zijn omstreeks 160 van de 195 staten aangesloten. Bij tenuitvoerlegging op basis van het Verdrag van New York is de staat van tenuitvoerlegging verplicht het arbitraal vonnis ten uitvoer te leggen, behoudens enkele beperkte uitzonderingen. Die uitzonderingen houden onder meer verband met de openbare orde en goede zeden.¹⁹ Gezien de veel beperktere mogelijkheden om rechterlijke vonnis-

sen in het buitenland probleemloos ten uitvoer te leggen, verdient arbitrage vaak de voorkeur.

Een bindend advies mondt uit in een vaststellings-overeenkomst.²⁰ De partij die nakoming wenst van die overeenkomst heeft geen voor tenuitvoerlegging vatbare titel in handen. Om die te verkrijgen dient de partij die nakoming wenst een procedure bij de rechter te initiëren – of, met instemming van de andere partij, een arbitrale procedure. Om die reden is het middel van bindend advies niet populair.

Kosten

In Nederland geldt het beginsel van toegankelijkheid van rechtspraak.²¹ Die toegankelijkheid komt onder meer terug bij toewijzing van proceskosten. Die mogen niet dusdanig hoog zijn dat die een belemmering voor de toegang tot de rechter opleveren.

Een gevolg van dit uitgangspunt is dat griffierechten die partijen moeten voldoen niet de volledige kosten van de rechtspraak dekken. Partijen dragen daaraan slechts beperkt bij. Partijen dragen bij een rechterlijke procedure wel zelf het grootste gedeelte van de kosten van hun eigen juridische bijstand. De partij die een procedure wint, krijgt van de rechter een forfaitaire kostenvergoeding toegewezen.²² Die kostentoe wijzing bestaat uit de volledig afgedragen griffierechten en een beperkt gedeelte van de daadwerkelijk gemaakte kosten voor juridische bijstand.

De kosten voor een arbitrage vallen uiteen in het honorarium en de verschotten van het scheids-gerecht, de kosten voor juridische bijstand en, bij institutionele arbitrage, administratiekosten.²³ Partijen dragen deze kosten zelf. Scheidsgerichten hebben in tegenstelling tot overheidsrechters de mogelijkheid om de verliezende partij te veroordelen in alle daadwerkelijk gemaakte arbitragekosten. Dit wordt veelal als een aanzienlijk voordeel ten opzichte van rechtspraak gezien.

Bij bindend advies hangt het van de overeenkomst van partijen af welke mogelijkheden bestaan ten aanzien van kostenveroordelingen.

Conclusie

Indien partijen niet zelf tot een oplossing van een geschil komen, en mediation geen geschikte optie (meer) is, kunnen zij ervoor kiezen hun geschil te laten beslechten door de rechter, in arbitrage of middels bindend advies.

Welke geschillenbeslechtingmethoden de meeste voordelen heeft voor een bepaald geschil zal afhangen van de zaak. Voor procedures van een beperkte omvang is rechtspraak wellicht het meest aange- wezen terwijl bij omvangrijkere en complexere procedures arbitrage veel voordelen heeft. Bij deze omvangrijkere en complexere procedure is arbitrage over het algemeen sneller, flexibeler en ook kostenefficiënter dan rechtspraak.²⁴ Bovendien is de beslissing beter ten uitvoer te leggen, kunnen bepaalde buitenlandse rechters vermeden worden, hebben partijen inspraak op de beslissingsnemers en is de procedure vertrouwelijk. Hoewel de meeste voordelen ook gelden voor bindend advies ten opzichte van rechtspraak is daarvan het grootste manco dat voor nakoming een afzonderlijke rechtsgang nodig is.

Alles overziend doen partijen er goed aan tijdig na te denken over de voor hen meest geschikte wijze van geschillenbeslechting en daarover op voorhand duidelijke afspraken te maken. ●

Noten

1. De grondslag voor de vaststellingsovereenkomst bevindt zich in boek 7, titel 15 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).
2. Asser/Van Schaick 7-VIII, 2018, onder 172.
3. Artikel 1020 lid 3 Rv. *Kamerstukken II 2012/13*, 33 611, nr. 3, p. 4.
4. Zie bijvoorbeeld P. Ernste, *Bindend advies*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 3.
5. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, zesde druk, 2017, p. 531.
6. Artikel 21 lid 1 van het NAI-arbitrage/bindend advies reglement.
7. Artikel 1026 lid 1 Rv.
8. Artikel 27 en 28 Rv.
9. H. Snijders kwalificeert vertrouwelijkheid als een ongeschreven beginsel van Nederlands arbitragerecht (H. Snijders, 'Arbitrage, vertrouwelijk of openbaar dan wel een mixtum daarvan', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2014/1). P. Ernste noemt vertrouwelijkheid het uitgangspunt bij niet ad hoc bindend adviesprocedures (Ernste, hoofdstuk 3.5.2).
10. Zo ook N. Peters, 'Drie jaar nieuwe arbitragewet: tien suggesties voor verbetering', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2018, afl. 4, p. 103.
11. Artikel 6 van het NAI-arbitrage/bindend advies reglement.
12. Artikel 1061a Rv.
13. De raad van arbitrage voor de bouw hanteert een reglement op basis waarvan een uitzondering op deze regel geldt. Arbitraal hoger beroep is daar verheven tot de norm.
14. Artikel 1065 Rv.
15. Artikel 7:904 BW. Zie ook Hoge Raad 18 juni 1993, *NJ 1993/615*.
16. 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, New York: White & Case 2015, p. 6.
17. Artikel 39 van de aangepaste EEX-Verordening (Verordening (EU) nr. 1215/2012).
18. S.A. Edelman e.a., United States, in: P. Doris, *Enforcement of Foreign Judgments* 2015, *Law Business Research* 2014, p. 131.
19. Artikel V van het Verdrag van New York, UNCITRAL, 1958.
20. Artikel 7:900 BW.
21. Artikel 17 Grondwet.
22. Artikel 237 Rv.
23. Zie voor een overzicht van kosten bij het NAI: M. van de Hel-Koedoot, 'De kosten(veroordeling) in arbitrage. Een overzicht aan de hand van het NAI Arbitrage Reglement', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2009/13.
24. De kostenefficiëntie wordt vooral behaald doordat de beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep en cassatie.



Shawn Conway en Stan Putter zijn advocaat en partner bij Conway & Partners.