

Het tijdsheidsvereiste van artikel 1022c en artikel 1074d Rv in kort geding

TvA 2016/25



I. Inleiding

1. Een overeenkomst tot arbitrage belet niet dat een partij zich tot de voorzieningenrechter van de rechtbank of de kantonrechter in kort geding wendt.² Artikel 1022c Rv bepaalt echter dat wanneer een partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van een arbitrageovereenkomst, de rechter zich uitsluitend bevoegd zal verklaren indien de gevraagde beslissing 'niet of niet tijdig' in arbitrage kan worden verkregen. Voor arbitrages buiten Nederland geldt het gelijklopende artikel 1074d Rv.³

2. In deze bijdrage bespreken wij welke omstandigheden onzes inziens relevant zijn voor de vraag of tijdig een beslissing in arbitrage kan worden verkregen over gevraagde voorlopige voorzieningen. Daarbij bespreken wij de eerste vijf uitspraken na inwerkingtreding van de nieuwe arbitragewet per 1 januari 2015 betreffende de bevoegdheid van de overheidsrechter in kort geding op grond van artikel 1022c Rv om te bezien hoe het 'tijdsheidsvereiste' in de praktijk wordt ingevuld.

II. De wettelijke regeling onder het oude arbitragerecht

3. Ook onder de oude arbitragewet gold dat een arbitrageovereenkomst een partij niet belette zich te wenden tot de voorzieningenrechter in kort geding.⁴ Deze besliste met inachtneming van het bepaalde in artikel 1051 Rv (oud). Lid 2 van dit artikel verschafte de voorzieningenrechter een zeer ruime discretionaire bevoegdheid om over diens bevoegdheid te oordelen wanneer partijen in de mogelijkheid tot arbitraal kort geding hadden voorzien:

"Indien, niettegenstaande een zodanige overeenkomst, de zaak in kort geding bij de voorzieningenrechter is aangebracht, kan deze, indien een partij zich op het bestaan van deze overeenkomst beroept, alle omstandigheden in

aanmerking nemende, zich onbevoegd verklaren door de zaak te verwijzen naar het overeengekomen arbitraal kort geding, tenzij de overeenkomst ongeldig is."

4. Opvallend is dat het initiële wetsvoorstel in 1986, vergelijkbaar met het huidige artikel 1022c Rv, een bepaling voorstelde op grond waarvan de factor spoed doorslaggevend zou zijn voor de vraag naar de bevoegdheid van de voorzieningenrechter.⁵ Na kritische Kamervragen werd deze regeling echter als te beperkt bestempeld, onder meer omdat 'de wet niet met allerhande mogelijkheden rekening kan houden'.⁶ Punt benadrukt dat voorzichtigheid omtrent het arbitrale kort geding, waarmee toentertijd nog geen ervaring bestond, mogelijk een rol heeft gespeeld.⁷ De bepaling werd verruimd en bevatte niet langer een voorgeschreven maatstaf; de voorzieningenrechter kon op grond van het tweede lid van artikel 1051 Rv alle omstandigheden in aanmerking nemen bij de beoordeling van diens bevoegdheid. In de MvA gaf de minister wel een indicatie voor potentieel relevante factoren:⁸

"Naast de factor spoed, kan bijvoorbeeld ook de vraag een rol spelen of het probleem meer van technische dan van juridische aard is dan wel ligt op het terrein van het recht in een specifieke branche."

5. Uit jurisprudentie betreffende artikel 1051 lid 2 Rv blijkt dat voorzieningenrechters in de praktijk bij de beoordeling van hun bevoegdheid de twee door de wetgever benoemde factoren in overweging namen. Zij maakten de afweging of de gevraagde voorlopige voorziening middels een arbitraal kort geding tijdig kon worden verkregen,⁹ of voor de beoordeling van het geschil specifieke expertise

5 Kamerstukken II 1985/86, 18464, nr. 2, p. 8 (art. 1051 lid 1 Rv).

6 Zie over de wetsgeschiedenis op dit punt en over de wenselijkheid van de 'wettelijke tweesporigheid': B.C. Punt, 'Het kort geding bij de voorzieningenrechter als 'nevenspoor' van het al dan niet zelfstandige arbitrale kort geding', TvA 2008/49.

7 B.C. Punt, 'Het kort geding bij de voorzieningenrechter als 'nevenspoor' van het al dan niet zelfstandige arbitrale kort geding', TvA 2008/49, p. 130.

8 Kamerstukken II 1985/86, 18464, nr. 6, p. 28.

9 Vgl. Rb. Overijssel 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2470, r.o. 4 (bijzondere spoedeisendheid verdraagt zich niet met verwijzing); Rb. Arnhem 08 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK9791, r.o. 4.3 (uit arbitrage-reglement blijkt dat uitspraak in kort geding geruime tijd kan duren); Rb. Rotterdam 15 augustus 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:BG4428, r.o. 3.1.2 (arbitrage reeds aanhangig; gevraagde voorlopige voorziening is op korte termijn in arbitraal kort geding te verkrijgen); Rb. Amsterdam 4 mei 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AO8985 (bij scheidsgerecht kan eiser binnen korte tijd bodemuitspraak verkrijgen over geldigheid arbitrageclausule).

1 T. Stouten en L. Stevens zijn advocaat bij Houthoff Buruma in Rotterdam.

2 Art. 1022a Rv.

3 Waar hierna wordt verwezen naar art. 1022c Rv, wordt eveneens art. 1074d Rv bedoeld.

4 Art. 1022 lid 2 Rv (oud).

noodzakelijk was,¹⁰ of namen de beslissing aan de hand van een combinatie van deze twee factoren.¹¹

III. Het tijdigheidsvereiste: voorlopige voorzieningen in arbitrage

6. Waar de tekst van het oude artikel 1051 lid 2 Rv de bevoegdheid van de voorzieningenrechter als uitgangspunt leek te nemen wanneer partijen in de mogelijkheid van een arbitraal kort geding hadden voorzien, gaat het huidige artikel 1022c Rv uit van de onbevoegdheid van de voorzieningenrechter en van behandeling van de zaak in arbitrage. Het primaat ligt zodoende bij het scheidsgerecht.¹²

7. De voorzieningenrechter dient derhalve als 'vangnet', voor zaken waarin de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen. Voor de vraag wanneer de gevraagde beslissing tijdig in arbitrage kan worden verkregen, zijn onzes inziens de volgende omstandigheden relevant:

- a. de vraag of partijen de mogelijkheid tot een arbitraal kort geding zijn overeengekomen, en het tijdsbestek waarbinnen dit arbitraal kort geding kan worden afgerond; en
- b. de vraag of een arbitrageprocedure aanhangig is gemaakt en of daarin reeds de arbiters zijn benoemd.

a. Arbitraal kort geding

8. In tegenstelling tot in het hiervoor aangehaalde artikel 1051 lid 2 Rv van de oude arbitragewet, ontbreekt in artikel 1022c Rv een expliciete verwijzing naar een overeengekomen arbitraal kort geding. Initieel werd beoogd aan artikel 1022c Rv een tweede lid toe te voegen, met daarin een verwijzing naar het bepaalde in artikel 1043b Rv. Op grond van lid 2 van dit artikel kunnen partijen overeenkomen dat een afzonderlijk te benoemen scheidsgerecht in arbitraal kort geding een voorlopige voorziening kan tref-

fen.¹³ Deze verwijzing werd in een later stadium overbodig geacht, nu immers reeds uit artikel 1022a en artikel 1022c lid 1 Rv volgt dat de overheidsrechter zich alleen dan bevoegd mag verklaren, wanneer de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen.¹⁴ Daarbij overwoog de minister:¹⁵

“Als partijen een zelfstandig arbitraal kort geding als bedoeld in artikel 1043b, lid 2, zijn overeengekomen, ligt onbevoegd verklaring door de overheidsrechter waarschijnlijk eerder voor de hand.”

9. De overeenkomst tot arbitrage is nadrukkelijk genoemd als relevante omstandigheid bij de beantwoording van de vraag wanneer een beslissing *niet of niet tijdig* in arbitrage kan worden verkregen.¹⁶ Het is in dat kader met name van belang of partijen overeenkomstig artikel 1043b lid 2 Rv de mogelijkheid tot een zelfstandig arbitraal kort geding in de arbitrageovereenkomst hebben opgenomen, dan wel of het eventueel overeengekomen arbitragereglement voorziet in een dergelijk arbitraal kort geding.¹⁷

10. Zo voorzien onder meer de in de praktijk veelvuldig van toepassing verklaarde reglementen van het NAI¹⁸ en het ICC¹⁹ in de mogelijkheid van een zelfstandig arbitraal kort geding. Voor de vraag of een gevraagde beslissing al dan niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen, is uiteraard van belang te weten – en, bij betwisting van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter, te stellen –: i) binnen welk tijdsbestek een beslissing in arbitraal kort geding kan worden verkregen; en (ii) dat de gevraagde voorziening daarmee voldoende tijdig in arbitrage kan worden verkregen.

Arbitraal kort geding NAI

11. Uit betrekkelijk recent onderzoek van Schellaars en Verhoeven-de Vries Lentsch, uitgevoerd in 2013, blijkt dat arbitrale kort gedingen bij het NAI in de regel snel worden afgehandeld.²⁰ Het NAI streeft ernaar het scheidsgerecht binnen 24 uur te benoemen. In 72% van de onderzochte ge-

10 Vgl. Rb. Noord-Holland 5 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11747, r.o. 4.2 (naar het oordeel van de voorzieningenrechter draait het in deze zaak niet om bouwkundige vragen die beantwoording behoeven); Rb. Almelo 24 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV1999, r.o. 4.2 (incasso kort geding wordt bij uitstek behandeld door een voorzieningenrechter van de rechtbank); Rb. Zwolle-Lelystad 20 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV1362, r.o. 4.3 (vorderingen vragen niet om specifieke kennis van de handelsgebruiken of technische bijzonderheden in de betrokken branche); Rb. Almelo 16 februari 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP5563, r.o. 4.1 (nauwelijks of geen specifieke deskundigheid vereist op bouwrechtelijk gebied nu partijen niet van mening verschillen over specifieke bouwrechtelijke kwesties); Rb. Alkmaar 14 juni 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BA8664, r.o. 4.2 (geen speciale expertise nodig van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, nu slechts de oplegging van een dwangsom wordt gevorderd).

11 Zie bijv. Rb. Rotterdam 21 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5606, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 5 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ1013, r.o. 3.2; Rb. Rotterdam 29 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4891, r.o. 4; Rb. Rotterdam 04 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN3273, r.o. 4.1.4; Rb. Dordrecht 3 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM6771, r.o. 4.3 en 4.4; Rb. Arnhem 10 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BL0605, r.o. 4.4; Rb. Leeuwarden 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK2022, r.o. 5.1; Rb. 's-Gravenhage 16 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9351, r.o. 3.3 en 3.4.

12 Vgl. Kamerstukken II 2013/14, 33611, nr. 6, p. 8.

13 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 10-11. Wij merken hierbij op dat partijen in de arbitrageovereenkomst de (rest)bevoegdheid van de voorzieningenrechter niet volledig kunnen uitsluiten, nu artikel 1022c Rv een dwingendrechtelijke bepaling betreft. Zie Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 5.

14 Kamerstukken II 2013/14, 33611, nr. 6, p. 8.

15 Kamerstukken II 2013/14, 33611, nr. 6, p. 9.

16 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 10.

17 Art. 1020 lid 6 Rv bepaalt dat een arbitragereglement, waarnaar in een overeenkomst tot arbitrage wordt verwezen, wordt geacht deel uit te maken van die arbitrageovereenkomst. Indien partijen arbitrage zijn overeengekomen krachtens een arbitragereglement dat expliciet voorziet in de mogelijkheid een zelfstandig arbitraal kort geding te starten – en daarbij deze mogelijkheid niet hebben uitgesloten – dan valt het arbitraal kort geding onder de arbitrageovereenkomst.

18 Zie art. 35 van het NAI Arbitragereglement 2015.

19 Zie art. 29 van het ICC Arbitragereglement 2012. Zie ook Snijders en Meijer van mening zijn dat er "heel wat voor te zeggen is" dat de zogenaamde *Emergency Arbitration* van de ICC kwalificeert als een arbitraal kort geding. Zij stellen echter dat tevens een andere uitleg mogelijk is. Vgl. H.J. Snijders & G.J. Meijer, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 51-53.

20 R. Schellaars, NAI Arbitraal kort geding – kort, goed en executabel resultaat, *TvA* 2013/15, § 2.3.

vallen bedroeg de tijd tussen het aanhangig maken van een arbitraal kort geding en het wijzen van het vonnis minder dan twee maanden. In 27% van de gevallen werd zelfs binnen een maand vonnis gewezen. Eventuele vertraging in het proces werd veelal veroorzaakt door lopende schikkingsonderhandelingen.

Arbitraal kort geding ICC

12 Artikel 2 (1) van de ICC Emergency Arbitrator Rules²¹ bepaalt dat de Emergency Arbitrator – de arbiter in een arbitraal kort geding onder auspiciën van de ICC – zo snel mogelijk, maar normaal gesproken in ieder geval binnen twee dagen na ontvangst van de aanvraag van de Emergency Arbitration, wordt benoemd. Uit onderzoek (naar de eerste 10 Emergency Arbitrator zaken die sinds 1 januari 2012 aanhangig zijn gemaakt) blijkt dat benoeming inderdaad binnen deze termijn geschiedt.²²

13. Na de benoeming wordt het procesdossier aan de Emergency Arbitrator toegestuurd.²³ Artikel 6 (4) van de ICC Emergency Arbitrator Rules bepaalt dat de Emergency Arbitrator binnen 15 dagen na verzending van het procesdossier dient te beslissen op het verzoek om een voorlopige voorziening. De president kan deze termijn, op eigen initiatief of na een daartoe strekkend verzoek van de Emergency Arbitrator, verlengen. Uit voornoemd onderzoek blijkt dat de Emergency Arbitrator in alle gevallen inderdaad binnen de voorgeschreven 15 dagen na verzending van het procesdossier een beslissing nam.²⁴

Kort geding overheidsrechter

14. Wat betreft kort geding procedures bij de overheidsrechter blijkt uit het jaarverslag van de Raad voor de Rechtspraak dat dergelijke procedure in 92 tot 97 procent van de gevallen binnen drie maanden wordt afgehandeld.²⁵ De gemiddelde doorlooptijd – gemeten vanaf het moment dat de dagvaarding²⁶ binnenkomt op het gerecht tot het vonnis – bedraagt bij zowel civiele zaken als bij de kantonrechter zes weken.²⁷

15. In dit kader merken wij op dat ingeval een buitenlandse partij moet worden gedagvaard (hetgeen bij het NAI voor bijna de helft van de arbitrale kort gedingen het geval lijkt te zijn)²⁸ men veelal rekening zal moeten houden met een dagvaardingstermijn van 4 weken (bij toepasselijkheid

van de EG-Betekenningsverordening 1393/2007) vóórdat überhaupt de mondelinge behandeling voor de overheidsrechter kan plaatsvinden. De reglementen van het NAI en de ICC voorzien niet in een oproepingstermijn van de gedaagde.

16. Uit het vorenstaande blijkt dat de gemiddelde doorlooptijden van een arbitraal kort geding bij het NAI en het ICC en van een kort geding voor de overheidsrechter elkaar niet veel ontlopen.

17. De voorzieningenrechter kan bij zijn beslissing of ‘tijdig’ een beslissing in arbitrage kan worden verkregen, niet volstaan met een vergelijking van de verwachte doorlooptijd van het arbitraal kort geding met die van het kort geding bij de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter dient (de spoedeisendheid van) de gevraagde voorziening af te wegen tegen de doorlooptijd van de arbitrageprocedure – daaronder begrepen een overeengekomen zelfstandig arbitraal kort geding – en dus *sec* te bepalen of de gevraagde beslissing tijdig in arbitrage kan worden verkregen. Wanneer dat het geval is, dient de voorzieningenrechter zich op grond van artikel 1022c Rv onbevoegd te verklaren, ongeacht of de voorzieningenrechter zelf spoediger tot een beslissing zou kunnen komen.

18. Omdat artikel 1022c Rv de onbevoegdheid van de voorzieningenrechter ten gunste van de arbiter(s) als uitgangspunt neemt en de doorlooptijd vergelijkbaar is, zal de voorzieningenrechter echter onzes inziens in beginsel niet bevoegd zijn om over de gevraagde voorlopige voorziening te oordelen wanneer partijen een arbitragereglement van het NAI of de ICC zijn overeengekomen en zij de toepasselijkheid van het arbitraal kort geding daarin niet expliciet hebben uitgesloten.

b. *Arbitrageprocedure en benoeming arbiters*

19. De minister overwoog dat:²⁹

“(…) een overheidsrechter een beslissing [moet] kunnen nemen wanneer er nog geen arbiters zijn benoemd, tenzij dit op korte termijn zal plaatsvinden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een situatie waarbij de arbiters eerder zullen worden benoemd dan dat de overheidsrechter tot behandeling van de zaak kan overgaan.”

20. Zodra een arbitrageprocedure aanhangig is gemaakt en de arbiters in de bodemprocedure zijn benoemd, kunnen deze op grond van artikel 1043b lid 1 Rv op verzoek van een partij een voorlopige voorziening treffen. Een dergelijke beslissing zal over het algemeen³⁰ met minimaal dezelfde snelheid als een kort geding bij de overheidsrechter

21 Appendix V bij de ICC Rules of Arbitration.

22 A. Carlevaris en J.R. Feris, Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/nummer 1 – 2014, p. 30.

23 Art. 2 (2) ICC Emergency Arbitrator Rules.

24 A. Carlevaris en J.R. Feris, Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/nummer 1 – 2014, p. 32.

25 Jaarverslag Rechtspraak 2014, p. 48-49. In kantonzaken wordt 97% van de zaken binnen drie maanden afgehandeld, in civiele zaken betreft dit percentage 92%.

26 Wij nemen aan dat het hier de betekende dagvaarding betreft welke tot twee dagen vóór de zitting van het kort geding kan worden ingediend.

27 Jaarverslag Rechtspraak 2014, p. 53.

28 R. Schellaars, 'NAI Arbitraal kort geding – kort, goed en executabel resultaat', TvA 2013/15, § 2.1.

29 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 10.

30 Indien de zaak zeer spoedeisend is kan van het 'procesreglement kort gedingen rechtbank handel/familie' worden afgeweken en kan binnen een dag al een voorziening worden verkregen. In die gevallen ligt bevoegdverklaring door de voorzieningenrechter ten koste van arbitrage voor de hand.

kunnen worden behandeld, zodat geen reden zal bestaan om aan te nemen dat een voorziening in arbitrage niet tijdig kan worden verkregen en onbevoegdverklaring van de voorzieningenrechter voor de hand ligt.

21. Indien enkel zou worden gekeken naar de termijn voor benoeming van de arbiters voor de bodemprocedure, zal de overheidsrechter over het algemeen gesproken inderdaad, in weerwil van een arbitrageovereenkomst, bevoegd zijn om over de gevraagde beslissing te oordelen wanneer ten tijde van de procedure bij de voorzieningenrechter nog geen arbiters benoemd zijn. Immers heeft eiser (klaarblijkelijk) een spoedeisend belang, terwijl de benoeming van de arbiters in de bodemprocedure over het algemeen alleen al enige weken in beslag neemt.³¹

22. Uit de toelichting bij artikel 1022c Rv blijkt dat de ratio achter deze regeling is dat het de voorkeur verdient dat beslissingen over voorlopige voorzieningen zoveel mogelijk in handen liggen van het scheidsgerecht dat bevoegd is de bodemprocedure te behandelen.³² Desalniettemin dient bij de invulling van het tijdigheidsvereiste eveneens rekening te worden gehouden met de verwachte termijn van de benoeming van een arbiter en het verkrijgen van een beslissing in een zelfstandig arbitraal kort geding, hoewel een dergelijk arbitraal kort geding niet per se plaatsvindt ten overstaan van de arbiters die bevoegd zijn in de bodemprocedure over het geschil te beslissen.³³

23. Wanneer partijen een zelfstandig kort geding zijn overeengekomen, zal de overheidsrechter niet om de enkele reden dat nog geen scheidsgerecht in de bodemprocedure is benoemd, bevoegd zijn kennis te nemen van het geschil. Ook in dat geval moet getoetst worden aan het tijdigheidsvereiste. Omdat de benoeming van de arbiter in een arbitraal kort geding onder auspiciën van het NAI en de ICC slechts 1 à 2 dagen in beslag neemt en de doorlooptijden van een dergelijke procedure vergelijkbaar zijn aan die van een kort geding bij de overheidsrechter, zal de kans groot zijn dat de gevraagde voorziening tijdig in arbitrage kan worden verkregen en dient de voorzieningenrechter zichzelf onbevoegd te verklaren.

IV. Relevantie mogelijkheid tot tenuitvoerlegging

23. Onder de oude arbitragewet werd nog betoogd dat de voorzieningenrechter, bij de beoordeling van zijn bevoegdheid, ook de vraag diende te betrekken of de voorlo-

pige voorziening van het scheidsgerecht voor tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking zou komen.³⁴

24. Een voorlopige voorziening kan alleen ten uitvoer worden gelegd indien deze in de vorm van een vonnis wordt gegeven.³⁵ Het reglement van het NAI geeft het scheidsgerecht de mogelijkheid om de voorlopige voorziening te nemen in de vorm van een opdracht (een *Order*) of in de vorm van een arbitraal vonnis.³⁶ Het reglement van de ICC geeft de zogenaamde *Emergency Arbitrator* enkel de mogelijkheid om de voorlopige voorziening te geven in de vorm van een *Order*. De wetgever heeft toegelicht dat dit op basis van artikel 1043b lid 4 BW mogelijk is.³⁷

25. Dwangsommen die in een *Order* van een *Emergency Arbitrator* zijn toegekend zullen niet worden verbeurd door de partij die de *Order* niet nakomt.³⁸ Ook zal een toegekende *Order* ter incasso van een vordering niet voor tenuitvoerlegging in aanmerking komen.³⁹ Wel kan een partij in de bodemprocedure vergoeding vragen van de schade die zij lijdt als gevolg van de niet-nakoming door een partij van een *Order*.⁴⁰

26. Onzes inziens kan de voorzieningenrechter afzien van verwijzing naar arbitrage, wanneer ICC arbitrage is overeengekomen en een partij gemotiveerd aanvoert dat hij belang heeft bij tenuitvoerlegging van de voorlopige voorziening. Gezien de onmogelijkheid de *Order* ten uitvoer te leggen, kan in het geval tenuitvoerlegging noodzakelijk is,

31 Art. 1027 lid 2 Rv bepaalt dat de benoeming binnen drie maanden dient te geschieden nadat de zaak aanhangig is gemaakt. Zie ook art. 13 lid 5 van het NAI Arbitragereglement. Mocht de voorzieningenrechter van mening zijn dat in het geheel geen sprake is van spoedeisend belang, dan kan deze zich uiteraard ook onbevoegd verklaren wanneer partijen geen arbitraal kort geding zijn overeengekomen.

32 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 10.

33 Zie ook E.R. Meerdink en R. van Tricht, 'Modernisering van het arbitraal geding', *TvA* 2013/35, par. 5.

34 Vgl. G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, diss. Rotterdam, handelsed. Deventer: Kluwer 2011, p. 1009.

35 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 10. Binnen Nederland is tenuitvoerlegging van een vonnis te allen tijde mogelijk op grond van art. 1043b lid 4 Rv jo. art. 1062 Rv. Wat betreft de tenuitvoerlegging van een vonnis in arbitraal kort geding in het buitenland op grond van het Verdrag van New York bestaat in de literatuur verschil van mening, zie: S. Kröll, 'NAI Summary Arbitral Proceedings: Enforceability under the NYC?', *TvA* 2012/19 en R. Schellaars, 'NAI Arbitraal kort geding – kort, goed en executabel resultaat', *TvA* 2013/15. Omdat de overheidsrechter ingeval van een arbitrageovereenkomst niet bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen, staat artikel 2 onder a van de EEX-Verordening Herschikt in de weg aan tenuitvoerlegging van een kort geding vonnis in een andere lidstaat. Zie voor een toelichting op de herschikte EEX-Verordening M. Zilinsky, 'De herschikte EEX-Verordening: een overzicht van de gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak', *NiPR* 2014/1.

36 Zie art. 35 (4) van het NAI Arbitragereglement 2015. Zie voor een toelichting op het onderscheid tussen een vonnis en een *Order* J.J. van Haersolte-Hof en J. Drok, *Vonnissen en orders – Een Nederlands perspectief*, *TvA* 2007/48, p. 131-138.

37 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33611, nr. 6, p. 10: "De toevoeging in het vierde lid van 1043b maakt duidelijk dat arbiters in voorkomend geval kunnen bepalen dat hun voorlopige voorziening een order is waarvoor op grond van het toepasselijk arbitragereglement mogelijk andere (minder zware) voorschriften gelden dan voor een arbitraal vonnis."

38 M.C. van Leyenhorst, Het Wetsvoorstel: over het vonnis en het hoger beroep, *TvA* 2013/36, § 3.

39 Overigens blijkt uit het onderzoek naar de tien zaken die aan een *Emergency Arbitrator* zijn voorgelegd dat een partij een vordering tot betaling van een bedrag kan indienen en ook toegewezen kan krijgen door middel van een *Order*. Ook blijkt uit dit onderzoek dat in twee van de vier zaken waar de voorlopige voorziening door middel van een *Order* was toegekend, de andere partij voldeed aan de *Order*. Zie A. Carlevaris en J.R. Ferris, *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 25/nummer 1 – 2014, p. 34-35.

40 Zie art. 29 (4) van het ICC Arbitragereglement 2012.

worden gesteld dat de gevraagde beslissing *de facto* niet in arbitrage kan worden verkregen.

V. Het tijdigheidsvereiste: jurisprudentie onder de nieuwe arbitragewet

26. Vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe arbitragewet op 1 januari 2015 tot en met de kopijdatum van deze bijdrage⁴¹ zijn vijf uitspraken gepubliceerd waarin, in weerwil van een overeenkomst tot arbitrage, een kort geding bij de voorzieningenrechter aanhangig is gemaakt.⁴² In deze vijf zaken hebben de betreffende voorzieningenrechters zich uitgelaten over de vraag of in een arbitrageprocedure tijdig een beslissing op de gevraagde voorziening zou kunnen worden verkregen.

27. Op 28 januari 2015 oordeelde de voorzieningenrechter bij de Rechtbank Amsterdam dat artikel 1074d Rv voorshands niet aan zijn bevoegdheid in de weg stond.⁴³

28. Partijen waren toepasselijkheid van het ICC Arbitragereglement overeengekomen, met Frankfurt als plaats van arbitrage. Gedaagde had ter onderbouwing van zijn bevoegdheidsverweer verwezen naar de mogelijkheden bij het ICC om een beslissing op de gevraagde voorzieningen te verkrijgen.

29. De voorzieningenrechter constateerde evenwel dat een dergelijke arbitrageprocedure nog niet aanhangig was gemaakt en dat logischerwijs ook nog geen arbiters waren benoemd. Gedaagde had naar het oordeel van de voorzieningenrechter:

niet concreet inzichtelijk gemaakt (...) hoeveel tijd met de benoeming, behandeling van het geschil en beslissing in de arbitrageprocedure gemoed zou zijn.

30. Afgezet tegen de stelling van eiser dat hij als gevolg van het geschil in liquiditeitsproblemen is komen te verkeren, achtte de voorzieningenrechter onvoldoende aannemelijk dat eiser in de arbitrageprocedure binnen een aanvaardbare termijn een beslissing op de gevraagde voorzieningen zou kunnen verkrijgen.

31. Een ander vonnis van (dezelfde) voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam, gewezen op 9 april 2015, lag in lijn met de hiervoor aangehaalde uitspraak.⁴⁴

32. De toepasselijke arbitrageovereenkomst bepaalde dat partijen eventuele geschillen voor zouden leggen aan het NAI. De voorzieningenrechter stelde allereerst vast dat

nog geen arbitrageprocedure aanhangig was gemaakt en dat nog geen arbiters waren benoemd. Daarnaast stelde de voorzieningenrechter vast dat onduidelijk was hoeveel tijd gemoed zou zijn met de benoeming van de arbiters, de behandeling van het geschil en de beslissing in de arbitrageprocedure. Om die reden stond onvoldoende vast dat eiseres in arbitrage tijdig een beslissing op haar vordering zou kunnen krijgen en stond het arbitragebeding niet in de weg aan de bevoegdheid van de voorzieningenrechter.

33. In een derde zaak, gewezen op 12 juni 2015 door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag,⁴⁵ hadden partijen in de arbitrageovereenkomst opgenomen dat eventuele geschillen beslecht zouden worden overeenkomstig de bepalingen van de *Vienna Rules*.⁴⁶ Gedaagde had in deze zaak middels een legal opinion van een Oostenrijkse advocaat aangevoerd dat het onder deze *Vienna Rules* mogelijk is binnen enkele weken een voorlopige voorziening van het in de bodemprocedure bevoegde scheidsgerecht te verkrijgen. Eiser had gesteld dat de *Vienna Rules* bepaalden dat de onder dit reglement bestaande mogelijkheid om voorlopige voorzieningen te treffen, niet afdoen aan de bevoegdheid van partijen om zich hiervoor tot de nationale rechter te wenden.

34. De voorzieningenrechter volgde de in het geding gebrachte legal opinion en oordeelde dat daaruit onweersproken bleek dat de gevorderde voorzieningen tijdig in arbitrage konden worden verkregen. Hij verklaarde zich daarom onbevoegd om van de vorderingen kennis te nemen.

35. In een vierde zaak, gewezen op 7 augustus 2015, verklaarde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam zich met toepassing van artikel 1074d Rv bevoegd om een beslissing te nemen over de gevraagde voorzieningen.⁴⁷ In tegenstelling tot voornoemde zaken, was in deze zaak reeds een bodemprocedure aanhangig gemaakt bij de *London Maritime Arbitrators Association* (LMMA). De voorzieningenrechter maakte uit de door partijen overgelegde legal opinions op dat tussen partijen niet in geschil was dat het toepasselijke arbitragereglement niet in een spoedprocedure voorzag waarin een beslissing kan worden genomen op de gevraagde voorzieningen. Volgens de voorzieningenrechter was daarom voldoende aannemelijk dat in de arbitrageprocedure niet binnen een aanvaardbare termijn een beslissing op gevraagde voorzieningen zou kunnen worden verkregen en stond artikel 1074d Rv niet aan zijn bevoegdheid in de weg.

36. In een vijfde zaak van 18 september 2015⁴⁸ was de overeengekomen wijze van benoeming van arbiters reden voor de voorzieningenrechter om zich bevoegd te achten over de voorlopige voorzieningen te oordelen. Partijen

41 Dit artikel is bijgewerkt tot en met 7 maart 2015.

42 Zie ook Rb. Midden-Nederland 30 september 2015, ECLI:NL:RBME:2015:7340, waarin een partij de Rb. Midden-Nederland verzoekt om een voorlopig getuigenverhoor te bevelen maar de rechtbank zich onbevoegd achtte omdat partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten en er al een arbitrage aanhangig was.

43 Rb. Amsterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:375.

44 Rb. Amsterdam 9 april 2015, TvA 2015/75, m.nt. B.C. Punt.

45 Rb. Den Haag 12 juni 2015, TvA 2015/83.

46 Voluit: *the Rules of Arbitration and Conciliation of the International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber in Vienna*.

47 Rb. Rotterdam 7 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5907.

48 Rb. Rotterdam 18 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6878.

waren overeengekomen dat geschillen beslecht zouden worden door drie arbiters, te benoemen door partijen gezamenlijk en anders door de voorzitter van de Kamer van Koophandel en Fabrieken, of door de kantonrechter. Omdat de voorgeschreven wijze van benoeming door de Kamer van Koophandel en Fabrieken niet langer mogelijk bleek, zou benoeming van de arbiters door de kantonrechter dienen te geschieden. Om deze reden werd voldoende aannemelijk geacht dat een beslissing niet tijdig in arbitrage zou kunnen worden verkregen.

VI. Invulling van het tijdigheidsvereiste onder de nieuwe arbitragewet

37. Uit rechtspraak onder de oude arbitragewet blijkt dat voorzieningenrechters hun bevoegdheid over het algemeen lieten hangen van de vraag of in arbitrage spoedig uitspraak kon worden verwacht of dat voor de beoordeling van het geschil specifieke expertise nodig was, of een combinatie van deze factoren. Wat betreft de vraag of spoedig uitspraak in arbitrage kon worden verwacht, werd met name bekeken of in enige vorm van een spoedprocedure was voorzien.⁴⁹ Onder de nieuwe arbitragewet is slechts nog relevant of de 'tijdig' in arbitrage kan worden verkregen; in dat geval is de voorzieningenrechter niet bevoegd over het geschil te oordelen.

38. In de zaken bij de Rechtbank Amsterdam van 28 januari 2015 en 8 april 2015 lijkt de voorzieningenrechter veel waarde te hechten aan de omstandigheid dat nog geen arbitrageprocedure aanhangig is gemaakt, en dus evenmin arbiters zijn benoemd. Onzes inziens zijn deze omstandigheden bij toepasselijkheid van het NAI respectievelijk het ICC Arbitragereglement irrelevant, omdat over het algemeen gesproken middels het in deze reglementen vervatte arbitraal kort geding alsnog tijdig een beslissing in arbitrage kan worden verkregen.⁵⁰

39. Uit de twee vorenstaande uitspraken van de Rechtbank Amsterdam, afgezet tegen de hiervoor in paragraaf 5 aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 12 juni 2015, blijkt het belang om bij betwisting van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter expliciet te stellen en concreet inzichtelijk te maken hoeveel tijd gemoeid zal zijn met: (i) benoeming van de arbiters; (ii) de arbitrageprocedure; en (iii) het verkrijgen van een beslissing in arbitrage. Waar in de uitspraken van de voorzieningenrechter te Amsterdam door eisers te weinig lijkt te zijn gesteld om de rechter tot een oordeel te kunnen laten komen of de gevraagde beslissing (al dan niet door middel van een arbitraal kort geding) *tijdig* in arbitrage kan worden verkregen,⁵¹ acht

de voorzieningenrechter te Den Haag zichzelf onbevoegd nadat gedaagde onder verwijzing naar een legal opinion heeft aangetoond dat de gevraagde voorziening binnen enkele weken in arbitrage verkregen kan worden.

40. In de zaak voor de Rechtbank Rotterdam van 7 augustus 2015 was reeds een arbitrage ten gronde aanhangig gemaakt.⁵² De voorzieningenrechter verklaart zich echter toch bevoegd omdat vaststaat dat het arbitragereglement van het LMAA⁵³ niet voorziet in een spoedprocedure om een voorlopige voorziening te verkrijgen. Daaraan verbindt de voorzieningenrechter de conclusie dat in een arbitrageprocedure niet op korte termijn een beslissing kan worden verkregen. Onzes inziens is dit een juiste beslissing. De arbiters in de bodemprocedure hadden – voor zover reeds benoemd – niet vanzelfsprekend de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te verlenen op verzoek van één van de partijen. Anders dan artikel 1043b Rv bepaalt, zou een scheidsrecht op grond van de in deze zaak (waarschijnlijk)⁵⁴ van toepassing zijnde Engelse arbitragewet pas een voorlopige voorziening kunnen treffen indien partijen een dergelijke bevoegdheid voor het scheidsrecht waren overeengekomen.⁵⁵ Het reglement van de LMAA voorziet, anders dan de reglementen van het NAI⁵⁶ en de ICC⁵⁷, niet in de mogelijkheid voor het scheidsrecht in het bodemgeding om een voorlopige voorziening te wijzen.

41. Ook de uitspraak d.d. 18 september 2015 van de voorzieningenrechter van Rotterdam is onzes inziens juist. Uit de uitspraak blijkt niet dat partijen de mogelijkheid tot een zelfstandig arbitraal kort geding zijn overeengekomen. Voorts moest voor de benoeming van een scheidsrecht voor de bodemprocedure nog een gang naar de voorzieningenrechter worden gemaakt en blijkt uit de uitspraak niet dat (is gesteld dat) deze benoeming op korte termijn zou kunnen geschieden, laat staan dat op grond van artikel 1043b Rv tijdig een voorlopige voorziening zou kunnen worden getroffen.

42. Zoals wij hiervoor hebben opgemerkt dient de voorzieningenrechter voor wat betreft de invulling van dit criterium onzes inziens de spoedeisendheid van de gevraagde voorziening af te wegen tegen de doorlooptijd van de arbitrage (waaronder begrepen het arbitraal kort geding) en op basis daarvan te beslissen of de voorziening tijdig in arbitrage kan worden verkregen. In de eerst beschikbare jurisprudentie lijkt de bevoegdheidsvraag te worden beperkt tot de vraag of een uitspraak op korte termijn in arbitrage zal kunnen worden verkregen. De vraag wanneer een voor-

49 Vgl. de in voetnoot 9 aangehaalde jurisprudentie.

50 De vraag is of partijen in de zaak van 8 april 2015 rechtsgeldig toepasselijkheid van het NAI Arbitragereglement overeen zijn gekomen; zie annotatie B.C. Punt bij TvA 2015/75.

51 Enkel het verwijzen naar delen van het arbitragereglement waaruit de mogelijkheid van een arbitraal kort geding volgt, is onvoldoende; zie Rb. Amsterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:375, r.o. 5.4.

52 Uit de uitspraak blijkt niet of ook al arbiters waren benoemd.

53 Zie www.lmaa.london/terms2012.aspx.

54 De uitspraak vermeldt niet welk arbitragerecht van toepassing is. Art. 6 van het reglement van de LMAA stelt echter dat het Engelse arbitragerecht van toepassing is bij gebreke van een afwijkende overeenkomst.

55 Arbitration Act 1996, Section 39. Zie www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/39.

56 Art. 35 NAI Reglement 2015.

57 Art. 28 ICC Reglement 2012.

ziening geacht moet worden *tijdig* in arbitrage te kunnen worden verkregen is dan ook nog niet aan de orde gesteld.⁵⁸

VII. Conclusie

41. De voorzieningenrechter zal zich – indien partijen een arbitrageovereenkomst gesloten hebben – op grond van artikel 1022c Rv onbevoegd moeten achten indien de gevraagde voorziening *tijdig* is te verkrijgen in de arbitrale bodemprocedure of in een (door partijen overeengekomen) zelfstandig arbitraal kort geding.

42. Uit de eerste beschikbare jurisprudentie omtrent deze regeling blijkt het belang om bij betwisting van de bevoegdheid van de voorzieningenrechter op grond van artikel 1022c Rv gemotiveerd te stellen binnen welke termijn een uitspraak in arbitrage kan worden verkregen en dat de gevraagde voorziening daarmee (eveneens) *tijdig* in arbitrage kan worden verkregen.

43. Voor de termijn waarbinnen een uitspraak in arbitrage kan worden verkregen is, wanneer een spoedeisend belang aanwezig wordt geacht, relevant of partijen een arbitraal kort geding zijn overeengekomen. Voor wat betreft de in Nederland veelvuldig gehanteerde arbitragereglementen van het NAI en de ICC – waarin partijen de mogelijkheid van arbitraal kort geding overeenkomen – blijkt uit betrekkelijk recentelijk uitgevoerde onderzoeken dat een beslissing in arbitraal kort geding over het algemeen binnen dezelfde tijdspanne kan worden verkregen als een beslissing in kort geding bij de overheidsrechter. Wanneer de gevraagde voorziening binnen deze tijdspanne kan worden verkregen, zal de overheidsrechter bij toepasselijkheid van deze arbitragereglementen daarom onzes inziens in beginsel niet bevoegd zijn over de gevraagde voorlopige voorziening te oordelen.

⁵⁸ Vgl. M.P.L. Schaink, 'Het herziene arbitragerecht', TOP 2015(6).