

Tijdschrift voor  
**Arbitrage**

ARBITRAGE

BINDEND ADVIES

ALTERNATIEVE GESCHILLENBESLECHTING

---

Artikelen

- Dissenting opinions in arbitrage
  - *Mr. B. van Zelst*
- De toegang tot de Nederlandse rechter voor exhibitieverzoeken onder de nieuwe arbitragewet
  - *Mr. T. Stouten*
- Het geheim van artikel 1067 Rv: hoe de uitzondering de hoofdregel werd zonder dat iemand het merkte
  - *Mr. J.K. van Hezewijk en mr. J. Drok*

Arbitrale vonnissen en bindend adviezen

Rechtspraak in kort bestek





# De toegang tot de Nederlandse rechter voor exhibitieverzoeken onder de nieuwe arbitragewet

TvA 2015/22



## 1. Inleiding

Op 1 januari 2015 is de nieuwe Nederlandse arbitragewet in werking getreden. Deze wet bevat onder meer aangepaste regelgeving ten aanzien van arbitrale exhibitieverzoeken.

In artikel 1040 lid 2 Rv van de nieuwe arbitragewet zijn de vereisten opgenomen waaraan exhibitieverzoeken in arbitrages dienen te voldoen.<sup>2</sup> Tevens stelt de nieuwe arbitragewet in de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv nadere voorwaarden aan de mogelijkheid tot het doen van exhibitieverzoeken aan de rechter indien partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten.

In deze bijdrage zal ik toelichten dat de nieuwe arbitragewet de mogelijkheid tot het doen van exhibitieverzoeken aan de Nederlandse rechter beperkt. Ingevolge de nieuwe bepalingen belet een arbitrageovereenkomst niet dat partijen ook met een verzoek tot het treffen van voorlopige maatregelen zich tot de Nederlandse rechter wenden. Dit gaat mijns inziens echter eraan voorbij dat in een internationale situatie deze bepalingen enkel kunnen worden toegepast indien de Nederlandse rechter ook rechtsmacht heeft om van een dergelijk verzoek kennis te nemen.

## 2. Bevoegdheid van de overheidsrechter ter zake van arbitrale exhibitieverzoeken

In de oude arbitragewet was niets geregeld over de gevolgen van de arbitrageovereenkomst voor de competentie van de overheidsrechter om reguliere exhibitieverzoeken te behandelen.<sup>3</sup> Onder de nieuwe arbitragewet is de mogelijkheid tot het doen van exhibitieverzoeken aan de overheidsrechter – indien partijen een arbitrageovereenkomst heb-

ben gesloten – wel geregeld, in artikel 1022b Rv en artikel 1022c lid 1 Rv.

Het nieuwe artikel 1022b Rv bepaalt:

“Een overeenkomst tot arbitrage belet niet dat een partij de gewone rechter verzoekt een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht, een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging, of inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden te bevelen.”  
[Onderstreping toegevoegd]

Voorts bepaalt het nieuwe artikel 1022c lid 1 Rv:

“1. Indien in de gevallen, genoemd in de artikelen 1022a en 1022b, een partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage, verklaart de rechter zich onbevoegd, tenzij de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden gekregen dan wel de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is.”

Uit deze artikelen volgt dat de overheidsrechter bevoegd is om kennis te nemen van een exhibitieverzoek, behoudens in het geval dat een partij zich voor alle weren beroept op het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage. Dit beroep moet echter worden gepasseerd indien:

- (i) ter zake van het exhibitieverzoek geen beslissing in arbitrage kan worden verkregen; of
- (ii) ter zake van het exhibitieverzoek niet tijdig een beslissing in arbitrage kan worden verkregen; of
- (iii) de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is.

De toegang tot de overheidsrechter tot het doen van exhibitieverzoeken wordt door de nieuwe artikelen 1022b Rv en 1022c lid 1 Rv beperkt.<sup>4</sup> Dit is volgens de toelichting op de nieuwe arbitragewet ook de bedoeling, omdat geschillen en de daarmee samenhangende verzoeken zo veel als mogelijk door het scheidsgerecht moeten worden behandeld.<sup>5</sup>

## 3. Relevantie van de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv in internationale geschillen

### 3.1 Géén bevoegdheid zonder rechtsmacht

In mijn ogen kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de relevantie van de nieuwe artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv voor zover één van de partijen bij de arbitrageovereenkomst niet in Nederland is gevestigd en Nederland de plaats van arbitrage is volgens de arbitrageclausule. De

<sup>1</sup> T. Stouten is advocaat bij Houthoff Buruma in Rotterdam.

<sup>2</sup> E.R. Meerdink en R. van Tricht, 'Modernisering van het arbitraal geding', TvA 2013/35, paragraaf 4.a.

<sup>3</sup> Ingevolge artikel 1022 Rv (oud) was een kort geding bij de voorzieningenrechter mogelijk. In de praktijk werd aangenomen dat een exhibitieverzoek ook in kort geding kon worden ingesteld. Een wettelijke bepaling om bij de gewone rechter een exhibitieverzoek in te stellen ontbrak echter. Zie HR 13 juli 2012, NJ 2013/288, (concl. A-G Vlas). Zie ook I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', TCR 2014/4.

<sup>4</sup> Zie ook I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', TCR 2014/4.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20.



genoemde artikelen regelen de bevoegdheid van de overheidsrechter om exhibitieverzoeken te behandelen indien partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten, maar daarbij is geen rekening gehouden met de vraag of de Nederlandse rechter ook rechtsmacht heeft. Een Nederlandse rechter zal – indien één partij is gevestigd in Nederland en de andere partij buiten Nederland – moeten bepalen of hij rechtsmacht heeft. Daar wringt mijns inziens de schoen voor zover het een arbitrage betreft waarbij alleen één van de partijen in Nederland is gevestigd en de gevraagde beslissing op het exhibitieverzoek in arbitrage niet tijdig kan worden verkregen.<sup>6</sup> Dit zal ik hierna toelichten.

### 3.2 EEX-Verordening Herschikt en arbitrage

Ingevolge artikel 1 Rv hebben verdragen en vorderingen voorrang boven de regeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Betreft de procedure een burgerlijke en handelszaak dan zal de Nederlandse rechter zijn rechtsmacht in beginsel aan de hand van de EEX-Verordening moeten bepalen.<sup>7</sup> Sinds 10 januari 2015 is de herschikte EEX-Verordening<sup>8</sup> van toepassing.<sup>9</sup> Deze verordening is in beginsel formeel van toepassing indien de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat (artikel 4 EEX-Verordening Herschikt).

Artikel 1 lid 2 sub d van de EEX-Verordening Herschikt bepaalt dat de EEX-Verordening Herschikt niet van toepassing is op arbitrageprocedures. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is de reikwijdte van dit artikel nader uitgelegd. Uit deze jurisprudentie volgt dat arbitrage, in principe, geheel is uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening Herschikt, waaronder tevens moeten worden begrepen procedures voor de overheidsrechter die verband houden met arbitrage.<sup>10</sup> Een exhibitieverzoek dat is gericht tegen de wederpartij waarmee arbitrage is overeenkomen en dat is bedoeld om stukken boven water te krijgen ten behoeve van een lopende dan wel nog aanhangig te maken arbitrage, moet worden beschouwd als een procedure die dienstig is aan de tussen partijen te voeren arbitrage.<sup>11</sup> Een Nederlandse rechter zal daardoor, in principe, aan de artikelen 4-26 van de EEX-Verordening Herschikt geen rechtsmacht kunnen ontlenen om een dergelijk exhibitieverzoek te behandelen.

6 Dezelfde bezwaren gelden mijns inziens ook onder deze omstandigheden in het geval dat geen van partijen in Nederland is gevestigd.

7 M.V. Polak en M. Zilinsky, 'Aant. 1 bij artikel 1 Rv', in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 1 januari 2014).

8 Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1-32 (hierna EEX-Verordening Herschikt).

9 Zie voor een toelichting op de herschikte EEX-Verordening M. Zilinsky, 'De herschikte EEX-Verordening: een overzicht van de gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk', *NIPR* 2014/1.

10 HvJ EG 17 november 1998, nr. C-391/95, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999/339, m.nt. PV (*Van Uden/Deco-Line*). Zie ook overweging 12 van de considerans bij de EEX-Verordening Herschikt. Zie voorts ook de op 4 december 2014 verschenen Concl. A-G Wathelet voor de nr. C-536/13 (*Gazprom*).

11 Zie Toelichtend Rapport Schlosser *PbEG* 1979, C59/92.

### 3.3 Voorlopige maatregel op grond van artikel 35 EEX-Verordening Herschikt?

Mogelijk zou artikel 35 EEX-Verordening Herschikt een uitzondering kunnen bieden om alsnog rechtsmacht van de Nederlandse rechter te creëren. Artikel 35 EEX-Verordening Herschikt bepaalt:

"In de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen kunnen bij de gerechten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen."

Deze bepaling geldt mijns inziens ongeacht of de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat, aangezien deze bepaling is opgenomen in een afzonderlijke afdeling van de EEX-Verordening Herschikt en geen deel uitmaakt van de regeling van de bevoegdheid in bodemprocedures.<sup>12</sup> Op grond van dit artikel hebben partijen de mogelijkheid om de rechter van een lidstaat toestemming te vragen om de in het nationale recht van de aangezochte rechter bestaande voorlopige of bewarende maatregelen te treffen tegen een wederpartij. Een exhibitieverzoek is een voorlopige maatregel die niet strekt tot het voeren van de arbitrage zelf, maar parallel aan een dergelijke procedure bij de overheidsrechter kan worden gevoerd. Het verzoek heeft tot doel de rechten van de verzoekende partij te bewaren. Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat wanneer een voorlopige maatregel onder het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening valt, deze verordening van toepassing is en een kortgedingrechter zijn bevoegdheid aan artikel 31 EEX-Verordening (en dus ook artikel 35 EEX-Verordening Herschikt) kan ontlenen.<sup>13</sup> Een arbitrageclausule ontnemt de partijen niet de mogelijkheid om de overheidsrechter te vragen voorlopige en bewarende maatregelen op grond van artikel 35 EEX-Verordening Herschikt te gelasten.<sup>14</sup> Het is echter mijns inziens discutabel of een exhibitieverzoek kwalificeert als een voorlopige maatregel in de zin van artikel 35 EEX-Verordening Herschikt.<sup>15</sup> Volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie worden onder voorlopige of bewa-

12 Zie HvJ *Van Uden/Deco-Line*, r.o. 20. Zie ook U. Magnus (Editor) en Peter Mankowski (Editor), *Brussels I Regulation* (European Commentaries on Private International Law), sellier european law publishers (2nd Revised edition 2012), p. 612. Zie ook H. van Lith, 'De herschikking van voorlopige en bewarende maatregelen onder de EEX-Verordening: een kort overzicht', *WPNR* 2011 (6892), p. 537-542. Anders X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief*, Serie Recht en Praktijk 116, Kluwer 2001, p. 121 en 122, die verdedigt dat de grammaticale interpretatie van deze bepaling met zich brengt dat de verweerder woonplaats moet hebben in een lidstaat. Deze bepaling stelt mijns inziens alleen dat de rechter bevoegd is zelfs al is de rechter van een andere lidstaat bevoegd om van de zaak ten principale kennis te nemen. De bevoegdheid van de andere rechter is niet gekoppeld aan de woonplaats van de verweerder. Vgl. echter ook X.E. Kramer, 'Voorlopige en bewarende maatregelen in internationaal perspectief - nieuwe ontwikkelingen (2001-2003)', *NIPR* 2003, p. 240 - 251 (in het bijzonder p. 250).

13 HvJ *Van Uden/Deco-Line*, r.o. 34.

14 Zie S.J. Schaafsma, 'Aant. 1c bij art. 31 EEX-Verordening', in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer. (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 1 januari 2014).

15 Zie ook F.J.M. de Ly, 'Het wetsvoorstel modernisering van het arbitrage-recht en de internationale arbitrage', *TvA* 2013/38.



rende maatregelen verstaan de maatregelen die ter zake van onderwerpen die binnen het toepassingsgebied van de EEX-Verordening vallen, bedoeld zijn een feitelijke of juridische situatie te handhaven ter bewaring van rechten waarvan de erkenning langs andere weg wordt gevraagd dan voor de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt.<sup>16</sup> In dit kader merkt Vlas op dat de maatregelen zoals het voorlopig getuigenverhoor<sup>17</sup> en het voorlopig deskundigenonderzoek niet onder deze kwalificatie vallen, omdat het niet gaat om maatregelen ter handhaving van een feitelijke of juridische situatie in afwachting van de beslissing van de rechter.<sup>18</sup> Volgens Vlas heeft deze bepaling dus geen betrekking op bewijsvergaring.<sup>19</sup>

### 3.4 Restwaarde van artikel 13 Rv

Indien en voor zover artikel 35 EEX-Verordening Herschikt wel de voorwaarde stelt dat de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat, kan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter op artikel 13 Rv worden gebaseerd indien de verweerder buiten de Europese Unie is gevestigd. Ingevolge deze bepaling belet het ontbreken van de rechtsmacht ten principale de Nederlandse rechter niet de mogelijkheid om op verzoek van één van de partijen bewarende of voorlopige maatregelen te treffen. Voor wat betreft de toepassing van artikel 13 Rv geldt, anders dan onder artikel 35 EEX-Verordening Herschikt, dat een exhibitieverzoek wel als een voorlopige maatregel kan worden aangemerkt zodat de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv voor toepassing in aanmerking kunnen komen.<sup>20</sup> Echter, hiervoor is door mij verdedigd dat het toepassingsbereik van artikel 35 EEX-Verordening Herschikt geen ruimte laat voor toepassing van artikel 13 Rv. De als eerste genoemde bepaling kent immers mijns inziens geen woonplaatseis van de verweerder.

### 3.5 Zijn de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv dan niet rechtsmachtscheppend?

Gelet op het vorenstaande lijkt het of degene die een exhibitieverzoek wil indienen bij de Nederlandse overheidsrechter tegen een partij waarmee hij een arbitrageovereenkomst heeft gesloten reeds vastloopt op het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter om een dergelijk verzoek te beoordelen. Dit zou betekenen dat de Nederlandse rechter in een dergelijk geval zelfs niet toe zal komen aan de vraag of hij op basis van de nieuwe artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv bevoegd is om het exhibitieverzoek te behandelen of dat het scheidsgerecht dit verzoek dient te beoordelen. In internationale gevallen zouden in dat geval de nieuwe artikelen niet relevant zijn. Dit is echter anders in-

dien de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid tot het treffen van voorlopige maatregelen bij een arbitrageovereenkomst tussen partijen direct aan de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv zou kunnen ontleen. Hiervoor is echter noodzakelijk dat aan deze bepalingen een rechtsmachtscheppend karakter kan worden toegekend. Uit de memorie van toelichting bij het nieuwe artikel 1022a Rv, blijkt dat dit niet het geval is. De memorie van toelichting stelt dat de internationale bevoegdheid van de voorzieningenrechter aan de hand van de EEX-Verordening (thans dus EEX-Verordening Herschikt) moet worden bepaald.<sup>21</sup>

## 4. Conclusie

De bevoegdheid van de overheidsrechter tot het behandelen van exhibitieverzoeken wordt in de nieuwe arbitragewet beperkt op grond van de nieuwe artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv. Alleen indien een zaak een internationaal karakter of buitenlandse oorsprong heeft moet de Nederlandse rechter bepalen of hij rechtsmacht heeft.<sup>22</sup> Indien beide partijen bij een arbitrageovereenkomst in Nederland zijn gevestigd behoeft de Nederlandse rechter de vraag of hij rechtsmacht heeft niet te beantwoorden en zal de Nederlandse rechter alsnog moeten beoordelen of hij op grond van de beoogde artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv bevoegd is om het exhibitieverzoek te behandelen. Artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv zijn voor nationale geschillen dus wel relevant. Zoals ik heb toegelicht zal de overheidsrechter – in een zaak waarbij één partij is gevestigd in Nederland en de andere partij buiten Nederland – mijns inziens vanwege het ontbreken van rechtsmacht niet toekomen aan de bevoegdheidsvraag van de artikelen 1022b en 1022c lid 1 Rv. Bij zaken met een internationaal karakter lijken deze bepalingen dus tot complicaties te leiden welke een onbevredigende uitkomst geven waarvoor geen verklaring is te geven. Ik vraag me af of de hiervoor beschreven uitkomst van de artikelen 1022b en 1022c Rv wel de bedoeling is geweest van de wetgever bij de introductie van deze artikelen.

16 HvJ EG van 26 maart 1992, nr. C-261/90, *Jur.* 1992, p. I-2149, *NJ* 1996/315 (*Reichert II*).

17 Zie ook HvJ EG 28 april 2005, *NJ* 2006/636, m.nt. P. Vlas (*St Paul/Unibel*).

18 P. Vlas, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 31 EEX-Verordening, aant. 2, (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 1 juli 2009).

19 P. Vlas, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 31 EEX-Verordening, aant. 2, (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 1 juli 2009). Zie in lijn met deze opvatting ook J. Ekelmans, *De Exhibitieplicht*, *Serie Burgerlijk Proces & Praktijk Deel X*, Deventer: Kluwer 2010, p. 294.

20 Zie J. Ekelmans, *De exhibitieplicht in kort bestek*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 52-60, J. Ekelmans, *De Exhibitieplicht*, *Serie Burgerlijk Proces & Praktijk Deel X*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 12.8.

21 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 20 (MvT), p. 9 en 10. Dit geldt eveneens voor de nieuwe artikelen 1074a-1074d Rv (lex specialis van artikel 1022a-1022c Rv), welke artikelen de bevoegdheid van de Nederlandse rechter regelen als partijen arbitrage zijn overeengekomen waarbij de plaats van arbitrage in het buitenland ligt. *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, 3, p. 20 (MvT), p. 43. Zie ook I.P.M. van den Nieuwendijk, 'De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter', *TCR* 2014/4. Zie ook H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv, Deventer: Kluwer 2011, vierde druk, p. 390. Vgl. ook F.J.M. de Ly, 'Het wetsvoorstel modernisering van het arbitragerecht en de internationale arbitrage', *TvA* 2013/38, onder 4.a. Zie ook HR 13 juli 2012, *NJ* 2013/288, (concl. A-G Vlas, meer specifiek voetnoot 14), m.nt. H.B. Krans, §9. Hieruit volgt dat voor een vordering tot exhibitie ex artikel 843a Rv in kort geding in Nederland niet is vereist dat de hoofdzaak in Nederland zal worden gevoerd maar dat dit onverlet laat dat de Nederlandse rechter wel rechtsmacht moet hebben om over een vordering ex artikel 843a Rv te kunnen oordelen. Zie ten slotte ook M.C. van Leyenhorst, 'Beslag en executie in de context van arbitrage', *BER* 2013, p. 22 waarin wordt gesteld dat sinds de wetswijziging van het Wetboek van Rechtsvordering van 1 januari 2002 de rechtsmacht van de Nederlandse rechter uitsluitend in verdragen en artikel 1-14 Rv wordt geregeld.

22 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 77 (MvT).