

JBPR 2016/52, Gerechtshof Amsterdam, 16-02-2016, 200.169.383/01, (annotatie)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	16-02-2016
Publicatie	JBPR 2016/52 (Sdu Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht), aflevering 4, 2016
Annotator	mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2016:512
Zaaknummer	200.169.383/01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHAMS:2016:512 NTHR 2016, afl. 3, p. 192 NTHR 2016, afl. 6, p. 321 AR 2016/488 TVA 2016/54
Rechtsgebied	Civiel algemeen
Rechters	mr. Goslings mr. Aarts mr. Kingma
Partijen	Kintetsu World Express (Benelux) BV te Amsterdam, appellante, advocaat: mr. W.M. van Rossenberg te Rotterdam, tegen [geïntimeerde] te [woonplaats], geïntimeerde, advocaat: mr. H. den Besten te Almere.
Regelgeving	Rv - 1021 Rv - 1022 lid 1 Rv - 1027 Rv - 1052 lid 2 Rv - 1074 lid 1

Inhoudsindicatie

Verwijzing naar niet bestaand arbitrage-instituut maakt op zichzelf genomen niet dat het arbitragebeding niet rechtsgeldig is

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

Het hof oordeelt dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Een en ander betekent dat ook het hof ervan uitgaat dat partijen – schriftelijk, namelijk middels de aan de overeenkomst aangehechte algemene voorwaarden – zijn overeengekomen dat geschillen, voortvloeiend uit de overeenkomst, zijn onderworpen aan arbitrage. Daaraan doet niet af dat het in de algemene voorwaarden genoemde ‘Arbitration Court’ niet bestaat, zoals tussen partijen vaststaat. Dat maakt immers op zichzelf genomen niet dat het arbitragebeding niet rechtsgeldig is, zoals Kintetsu aanvoert. Kintetsu heeft geen

feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat dit anders ligt. Zij heeft met name niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat partijen ervan uitgingen dat het genoemde (niet bestaande) arbitrage-instituut specifieke kennis op het gebied van het onderhavige geschil zou hebben of dat partijen op andere gronden specifiek arbitrage door dit instituut wensten. Het hof wijst nog erop dat, nu de in de overeenkomst genoemde arbiter niet bestaat, benoeming van een arbiter dient te geschieden volgens de regels van artikel 1027 Rv.

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

2. Feiten

(...; red.)

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1.1. Partijen, [geïntimeerde] handelend onder de naam [X], hebben op 25 februari 2014 een Aircraft Charter Agreement (verder: de overeenkomst) gesloten. De schriftelijke overeenkomst houdt onder meer in:

“Name of Charterer: Kintetsu (...)

It is hereby agreed that [X] (...) shall provide, and the charterer, named above (...) shall accept a capacity of the Aircraft (as defined in the General Terms and Conditions attached) for charter for the flight or flights specified in the Schedule below, on the terms and conditions specified, or referred to in this Agreement (as defined in the General Terms and Conditions attached).”

3.1.2. De door [geïntimeerde] gehanteerde algemene voorwaarden (General Terms and Conditions) houden onder meer in:

“12. Applicable Law/Jurisdiction

(...)

Any dispute arising from or in connection with this agreement (...) shall be submitted to the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Netherlands for arbitration which shall be conducted in accordance with the Rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties.”

3.2. Kintetsu stelt in eerste aanleg en ook thans dat [geïntimeerde] in strijd met haar verplichtingen uit de overeenkomst een deel van de door haar aangeboden lading niet heeft vervoerd en dat [geïntimeerde] ten onrechte aanvullende kosten ten bedrage van €35.674,= bij haar in rekening heeft gebracht welke zij onder protest heeft voldaan. Zij vordert [geïntimeerde] te veroordelen haar dit bedrag (terug) te betalen met rente en incassokosten. [Geïntimeerde] beroept zich op het arbitragebeding in zijn algemene voorwaarden en heeft in eerste aanleg incidenteel gevorderd dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart. De rechtbank heeft bij het eindvonnis, voor zover in hoger beroep van belang, zich onbevoegd verklaard om van de vordering van Kintetsu kennis te nemen.

3.3. Grief I richt zich tegen de beslissing van de rechtbank dat zij niet bevoegd is om van de vordering van Kintetsu kennis te nemen en tegen de overwegingen die tot deze beslissing hebben geleid. Kintetsu voert bij haar grief aan dat de algemene voorwaarden niet tot de overeenkomst behoren omdat zij deze niet heeft ondertekend, (subsidiar) dat de algemene voorwaarden alleen zijn gebruikt voor definitiedoeleinden, dat het in het arbitragebeding genoemde International Commercial Arbitration Court niet bestaat en dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat de arbitrage dan maar op andere wijze dient plaats te vinden. Het hof overweegt naar aanleiding van deze stellingen het volgende.

3.4. Naar Kintetsu stelt is de overeenkomst op de volgende wijze tot stand is gekomen. [Geïntimeerde] heeft haar op 21 februari 2014 aangeboden een nader omschreven hoeveelheid vracht te vervoeren tegen een prijs van €249.950,=. Bij dat voorstel was nog geen sprake van algemene voorwaarden. Kintetsu heeft nog diezelfde dag telefonisch het voorstel

aanvaard waarna zij dit per e-mail heeft bevestigd. [Geïntimeerde] heeft vervolgens op 24 februari 2014 per e-mail de hiervoor geciteerde overeenkomst aan Kintetsu toegezonden en op 25 februari 2015, in verband met de tekeningsbevoegdheid bij Kintetsu, een herziene versie. Kintetsu heeft deze laatste overeenkomst voor akkoord ondertekend; de algemene voorwaarden zijn alleen ondertekend door [geïntimeerde].

3.5. Het hof is van oordeel dat uit de aldus geschetste omstandigheden is af te leiden dat Kintetsu heeft ingestemd met de gelding van de algemene voorwaarden van [geïntimeerde]. De mede namens Kintetsu ondertekende overeenkomst verwijst blijkens hetgeen hiervoor onder 3.1.1 is geciteerd tot twee maal toe uitdrukkelijk naar deze algemene voorwaarden, waarbij wordt opgemerkt dat deze aan de overeenkomst zijn gehecht. Het hof gaat ervan uit dat [geïntimeerde] de – door hem ondertekende – algemene voorwaarden tegelijk met de overeenkomst aan Kintetsu heeft toegezonden. Kintetsu heeft immers in hoger beroep de door [geïntimeerde] ondertekende algemene voorwaarden als productie overgelegd, heeft na de ontvangst van de e-mail met de overeenkomst geen protest laten horen en heeft thans ook niet uitdrukkelijk aangevoerd dat zij de algemene voorwaarden destijds niet heeft ontvangen. De overeenkomst is dan ook, zo concludeert het hof, namens Kintetsu ondertekend en aan [geïntimeerde] geretourneerd, nadat Kintetsu de door [geïntimeerde] ondertekende en aan haar toegezonden algemene voorwaarden had ontvangen en daarvan dus kennis had kunnen nemen. Bij het ondertekenen en retourneren van de overeenkomst is van de zijde van Kintetsu geen uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt ten aanzien van de gelding van de algemene voorwaarden. Het voert te ver om uit het enkele niet ondertekenen van die algemene voorwaarden af te leiden dat zij dit voorbehoud wel wenste te maken. [Geïntimeerde] heeft aldus naar het oordeel van het hof uit een en ander kunnen en mogen begrijpen dat Kintetsu akkoord was met de gelding van de algemene voorwaarden.

3.6. Het hof is voorts van oordeel dat, hoewel de in de overeenkomst opgenomen verwijzingen naar de algemene voorwaarden niet uitblinken in helderheid, daaruit niet is af te leiden dat partijen hebben bedoeld alleen de in de algemene voorwaarden opgenomen definities te laten gelden. De overeenkomst verwijst weliswaar twee maal naar in die algemene voorwaarden opgenomen definities maar de volledige tekst van de algemene voorwaarden is aan de overeenkomst gehecht en – door [geïntimeerde] ondertekend – aan Kintetsu toegezonden. De overeenkomst bevat ook voor het overige geen uitdrukkelijke en ondubbelzinnige beperking van de gelding van de algemene voorwaarden in de door Kintetsu voorgestane zin. Dat had, mede gegeven de hiervoor besproken omstandigheden, wel voor de hand gelegen indien partijen een dergelijke uitzonderlijke constructie overeen wilden komen.

3.7. Aan de gelding van de algemene voorwaarden doet evenmin af dat partijen reeds voordat de overeenkomst schriftelijk werd vastgelegd, mondeling overeenstemming hadden bereikt over de hoeveelheid lading en de vervoersprijs. Deze eerdere overeenstemming op hoofdlijnen sluit immers niet uit dat partijen in een later stadium nog overeenstemming hebben bereikt over de nadere invulling van de overeenkomst.

3.8. Een en ander betekent dat ook het hof ervan uitgaat dat partijen – schriftelijk, namelijk middels de aan de overeenkomst aangehechte algemene voorwaarden – zijn overeengekomen dat geschillen, voortvloeiend uit de overeenkomst, zijn onderworpen aan arbitrage. Daaraan doet niet af dat het in de algemene voorwaarden genoemde 'Arbitration Court' niet bestaat, zoals tussen partijen vaststaat. Dat maakt immers op zichzelf genomen niet dat het arbitragebeding niet rechtsgeldig is, zoals Kintetsu aanvoert. Kintetsu heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat dit anders ligt. Zij heeft met name niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat partijen ervan uitgingen dat het genoemde (niet bestaande) arbitrage-instituut specifieke kennis op het gebied van het onderhavige geschil zou hebben of dat partijen op andere gronden specifiek arbitrage door dit instituut wensten. Het hof wijst nog erop dat, nu de in de overeenkomst genoemde arbiter niet bestaat, benoeming van een arbiter dient te geschieden volgens de regels van artikel 1027 Rv.

3.9. De conclusie van het voorgaande is dat grief I faalt.

3.10. Grief II betreft de beslissing over de proceskosten in eerste aanleg. De grief is niet afzonderlijk toegelicht en deelt aldus het lot van grief I.

3.11. Kintetsu heeft geen bewijs aangeboden van voldoende concrete feiten die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden leiden dan hiervoor zijn genomen. Haar bewijsaanbod zal dan ook worden gepasseerd.

3.12. De slotsom is dat de grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Kintetsu zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep;

veroordeelt Kintetsu in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op € 711,= aan verschotten en € 894,= voor salaris;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Inleiding

1. In «JBPr» 2014/40 heb ik een uitspraak behandeld die een voorbeeld vormde van een arbitrageovereenkomst die geen effect meer kan sorteren, te weten het geval dat wordt verwezen naar een afgeschaft arbitragereglement waarbij de daarin opgenomen arbitragecommissie niet meer bestaat. De keuze van partijen voor dit arbitraal college was essentieel en daarom was de arbitrageovereenkomst niet meer geldig. Thans te annoteren uitspraak vormt een voorbeeld van een arbitrageovereenkomst waarin wordt verwezen naar een niet-bestaand arbitrage-instituut maar desondanks wel als geldige arbitrageovereenkomst wordt beoordeeld. Overigens is op de uitspraak de oude arbitragewet nog van toepassing (de zaak was in 2014 bij de gewone rechter aanhangig gemaakt), doch dat maakt voor de beoordeling van de zaak niet uit.

Arbitrageovereenkomsten die wellicht geen effect meer kunnen sorteren

2. Ondanks het feit dat partijen arbitrage zijn overeengekomen, kan het voorkomen dat desondanks de arbitrageovereenkomst geen effect kan sorteren ofwel dat zij niet kan worden toegepast. Er kunnen verschillende omstandigheden bestaan waardoor de overeenkomst tot arbitrage wellicht geen effect kan sorteren. Meijer noemt in zijn proefschrift (2011, *De overeenkomst tot arbitrage*, 10.3, p. 774 e.v.) de volgende drie omstandigheden: (1) financiële aspecten betreffende de arbitrage, (2) perikelen rond arbiters en (3) obstakels aan de zijde van het arbitrage-instituut. (*Ad 1*) Bij *financiële aspecten* moet men denken aan een gebrek aan financiën aan de zijde van één van partijen. (*Ad 2*) Bij *perikelen rond arbiters* moet men denken aan het arbitragebeding met daarin *met name* bepaalde arbiters die uiteindelijk hun opdracht niet zullen aanvaarden (hetzij omdat zij dat niet wensen, hetzij omdat zij daartoe niet in staat zijn). (*Ad 3*) Bij *obstakels aan de zijde van het arbitrage-instituut* moet men denken aan een verwijzing naar een niet (meer) bestaand instituut (zie bijvoorbeeld Rb Zwolle-Lelystad, 2 december 2009, [ECLI:NL:RBZLY:2009:BL6130](#), waar in de overeenkomst tussen partijen het Landbouwschap als arbiter is aangewezen, doch naderhand het Landbouwschap is opgeheven en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 18 maart 2014, [ECLI:NL:GHARL:2015:2161](#), «JBPr» 2014/40, waar het arbitragereglement en de daarin bedoelde arbitragecommissie is afgeschaft) en/of het geval dat het arbitrage-instituut de benoeming van arbiters of de administratie weigert (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 7 april 1994, *NJ* 1996/57, waar het scheidsgerecht voor de Grafische Industrie de arbitrage niet aanneemt omdat partijen geen lid zijn van het desbetreffende Verbond; zie voor een soortgelijke casus HR 15 maart 1985, *NJ* 1986/138 (*Krommendijk/Brugman*); denk ook aan het geval dat partijen een bepaald soort geschil onder auspiciën van een instituut overeenkomen, dat de behandeling van dat type geschil niet tot zijn taak rekent (zie Snijders 2011, *Nederlands Arbitragerecht*, art. 1020 Rv, aant. 9, p. 105-106; Meijer 2011, 10.3.3, p. 779)). Onder deze derde omstandigheid schaarft Meijer eveneens het geval dat partijen in hun overeenkomst refereren aan een niet-bestaand arbitraal beding (bijvoorbeeld een beding van een bepaalde aannemersbond die helemaal niet over een arbitraal beding en arbitragereglement beschikt) (Meijer 2011, 10.3.4, p. 781, met nadere verwijzing in voetnoot 132). Voor een nadere uitwerking van voornoemde drie omstandigheden verwijs ik naar het proefschrift van Meijer 2011, 10.3, p. 774 e.v.

Uitleg arbitrageovereenkomst en omstandigheden van het geval

3. In de hierboven (in nr. 2) onder 2 en 3 genoemde omstandigheden is het een *kwestie van uitleg* van de overeenkomst van partijen of partijen al dan niet (1) specifiek hebben gekozen voor een bepaald arbitraal college en/of een bepaald arbitrage-instituut óf (2) arbitrage in het algemeen zijn overeengekomen en of (in het laatste geval) bijgevolg de arbitrageovereenkomst aldus nog werking heeft (Meijer 2011, 10.3.1, p. 775 en Snijders 2011, art. 1022 Rv, aant. 1d, p. 125; zie ook Hof Amsterdam, 7 april 1994, *NJ* 1996/57 en HR 15 maart 1985, *NJ* 1986/138 (*Krommendijk/Brugman*)). Aangenomen wordt wel dat de keuze van partijen voor een bepaald arbitraal college en/of een bepaald arbitrage-instituut veelal *essentieel* is voor partijen bij de keuze voor arbitrage (Meijer 2011, 4.1, p. 94, 10.3.3, p. 780, 10.3.4.3, p. 782, met

nadere bronvermelding). Uit de *omstandigheden van het geval* zal moeten worden afgeleid of voor partijen de keuze voor een bepaald arbitraal college en/of een bepaald instituut (al dan niet) *essentieel* was. Zie over de stelplicht en bewijslast hiervan nr. 6.

Bepaald arbitraal college en/of bepaald arbitrage-instituut was essentieel

4. Als uit de omstandigheden van het geval blijkt dat partijen slechts hebben willen arbitrerende als de met name genoemde arbiters optreden en/of bij een bepaald arbitrage-instituut en een en ander dus *essentieel* was, dan kan de arbitrageovereenkomst geen effect meer sorteren als het arbitraal college of het instituut niet (meer) bestaat en/of niet meewerkt. Aangenomen wordt dat de overeenkomst tot arbitrage die *geen* effect kan sorteren, *ongeldig* is in de zin van art. 1022 lid 1 Rv, art. 1052 lid 2 Rv, art. 1065 lid 1 Rv en art. 1074 lid 1 Rv (vgl. ook art. II lid 3 NYC en art. 8 lid 1 UNCITRAL Modelwet) (vgl. Meijer 2011, 10.3.1, p. 775). De gewone rechter die wordt aangezocht, zal zich aldus bij een beroep voor alle weren op de arbitrageovereenkomst *bevoegd* verklaren omdat de arbitrageovereenkomst *ongeldig* is (art. 1022 lid 1 Rv en art. 1074 lid 1 Rv). Andersom geldt dat het scheidsrecht zich *onbevoegd* zal verklaren, als een partij zich voor alle weren beroept op de ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst (art. 1052 lid 2 Rv). In sommige gevallen – ook als de keuze voor een bepaald arbitraal college en/of een bepaald arbitrage-instituut essentieel was – kan nog wel worden voorzien in arbitrage, bijvoorbeeld als er een instituut als rechtsopvolger geldt van het arbitrage-instituut dat ter ziele is gegaan (zie Snijders 2011, art. 1022 Rv, aant. 1, p. 125), of als het arbitrage-instituut en de arbiters van het arbitrage-instituut wél meewerken als een partij een bepaald type geschil aanbrengt dat normaliter niet binnen de doelstelling van het desbetreffende arbitrage-instituut valt (vgl. RAB 1 februari 2000, BR 2000, p. 696), of als alsnog arbiters gevonden kunnen worden met dezelfde expertise.

Arbitraal college en/of arbitrage-instituut was niet essentieel

5. Als uit de omstandigheden blijkt dat de keuze voor een bepaald arbitraal college en/of een bepaald arbitrage-instituut *niet essentieel* was en partijen *sowieso* hebben willen arbitrerende, dan zal de overeenkomst tot arbitrage wel effect kunnen sorteren en geldig zijn (bijvoorbeeld als partijen geen aandacht hebben besteed aan de vraag welk instituut de arbitrage moest administreren en (mede daaruit) blijkt dat dit aspect voor partijen niet van belang was (vgl. Meijer 10.3.4.2, p. 781)). De gewone rechter die wordt aangezocht, zal zich aldus bij een beroep voor alle weren op de arbitrageovereenkomst *onbevoegd* verklaren omdat de arbitrageovereenkomst *geldig* is (art. 1022 lid 1 Rv en art. 1074 lid 1 Rv). In dat geval kan op basis van *ad hoc* arbitrage alsnog worden gearbitreerd en kan de voorzieningenrechter van de rechtbank uiteindelijk arbiters benoemen als partijen er samen niet uitkomen (art. 1027 leden 1 en 3 Rv). Andersom geldt dat het scheidsrecht zich *bevoegd* zal verklaren, als een partij zich voor alle weren beroept op de ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst (art. 1052 lid 2 Rv).

Stelplicht en bewijslast

6. In een procedure bij de *gewone rechter* (zoals in thans te annoteren uitspraak) waar de verweerder een beroep doet op een arbitrageovereenkomst (art. 1022 lid 1 Rv), ligt de stelplicht en bewijslast voor het *bestaan* van de arbitrageovereenkomst – na betwisting daarvan door eiser – bij de verweerder (in de hoofdzaak) (zie Meijer 2011, 12.4.4, p. 985 e.v.). De stelplicht en bewijslast voor de vraag of de keuze voor een bepaald arbitraal college of een bepaald arbitrage-instituut *essentieel* was voor partijen (en de arbitrageovereenkomst dus ongeldig is) ligt echter bij de partij (eiser in de hoofdzaak) die zich beroept op de *ongeldigheid* van de arbitrageovereenkomst (vgl. Meijer 2011, 12.4.4, p. 990). Het betreft hier immers een bevrijdend verweer (art. 1021 lid 1 in fine Rv: “tenzij de overeenkomst ongeldig is”).

7. In een procedure bij een *scheidsgerecht* waar de verweerder een beroep doet op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst (art. 1052 lid 2 Rv), ligt de stelplicht en bewijslast van het *bestaan* van een geldige arbitrageovereenkomst – na betwisting daarvan door verweerder – bij de eiser (in de hoofdzaak) (Meijer 2011, 11.4.4.2, p. 901-902). De stelplicht en bewijslast voor de vraag of de keuze voor een bepaald arbitraal college of een bepaald arbitrage-instituut *essentieel* was voor partijen (en de arbitrageovereenkomst dus niet geldig is) ligt echter bij de partij (verweerder in de hoofdzaak) die zich beroept op de *ongeldigheid* van de arbitrageovereenkomst (vgl. Meijer 2011, 11.4.4.2, p. 902).

8. Het is overigens niet uitgesloten, juist als het gaat om een instituut dat nooit heeft bestaan, dat de keuze voor dat arbitrage-instituut als een *bestaansvoorwaarde* voor de arbitrageovereenkomst moet worden aangemerkt (en dus niet zozeer op de *ongeldigheid* van de arbitrageovereenkomst ziet). Als we daarvan uitgaan, dan zou de stelplicht en bewijslast (in een procedure bij de gewone rechter; nr. 6) van die *bestaansvoorwaarde* bij de verweerder (in de hoofdzaak) liggen (die dan moet stellen en bewijzen dat de keuze voor het niet-bestaande arbitrage-instituut niet essentieel was). Maar dan komt met het bewijsvermoeden of met voorshandsbewijs, te weten dat de keuze voor een arbitrage-instituut dat nooit bestaan

heeft niet essentieel was, de bewijslast toch spoedig weer bij de eiser (in de hoofdzaak) te liggen (omdat deze dan tegenbewijs moet leveren en daarin waarschijnlijk niet gemakkelijk zal slagen). Een en ander heeft dan dus dezelfde uitkomst als zojuist uiteengezet in het kader van de ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst (zie nr. 6).

Onderhavige uitspraak

9. In de onderhavige uitspraak heeft Kintetsu (eiseres in de hoofdzaak en appellant) geïntimeerde voor de rechtbank gedagvaard. Geïntimeerde heeft zich in eerste aanleg beroepen op de arbitrageovereenkomst die in zijn algemene voorwaarden staan (vgl. art. 1021 Rv en art. 1022 lid 1 Rv). Op het punt betreffende de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden zal ik in deze annotatie verder niet ingaan. De arbitrageovereenkomst luidt als volgt:

'12. Applicable Law/Jurisdiction

(...)

Any dispute arising from or in connection with this agreement (...) shall be submitted to the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Netherlands for arbitration which shall be conducted in accordance with the Rules in effect at the time of applying for arbitration. The arbitral award is final and binding upon both parties.'

10. De rechtbank heeft zich vervolgens onbevoegd verklaard van de vordering van Kintetsu kennis te nemen. Kintetsu gaat in hoger beroep en voert (subsidiar) aan dat het in het arbitragebeding genoemde International Commercial Arbitration Court niet bestaat en dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat de arbitrage dan maar op andere wijze dient plaats te vinden.

11. Het hof oordeelt dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Een en ander betekent dat ook het hof ervan uitgaat dat partijen – schriftelijk, namelijk middels de aan de overeenkomst aangehechte algemene voorwaarden – zijn overeengekomen dat geschillen, voortvloeiend uit de overeenkomst, zijn onderworpen aan arbitrage. Daaraan doet – volgens het hof – niet af dat het in de algemene voorwaarden genoemde 'Arbitration Court' niet bestaat, zoals tussen partijen vaststaat. Dat maakt immers op zichzelf genomen niet dat het arbitragebeding niet rechtsgeldig is, zoals Kintetsu aanvoert. Kintetsu heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat dit anders ligt, aldus nog steeds het hof. Kintetsu heeft met name niet gesteld, laat staan onderbouwd, dat partijen ervan uitgingen dat het genoemde (niet bestaande) arbitrage-instituut specifieke kennis op het gebied van het onderhavige geschil zou hebben of dat partijen op andere gronden specifiek arbitrage door dit instituut wensten. Haar bewijsaanbod zal dan ook worden gepasseerd. Het hof wijst nog erop dat, nu de in de overeenkomst genoemde arbiter [*sic*] niet bestaat, benoeming van een arbiter dient te geschieden volgens de regels van art. 1027 Rv. Tot slot bekrachtigt het hof het vonnis waarvan beroep.

Tot slot

12. Ik acht dit oordeel van het hof juist. De stelplicht en bewijslast voor de vraag of de keuze voor het niet-bestaande Arbitration Court *essentieel* was voor partijen (en de arbitrageovereenkomst dus niet geldig is) lag bij Kintetsu (de eiseres in de hoofdzaak en de verweerster in het incident). Kintetsu beriep zich immers op de *ongeldigheid* van de arbitrageovereenkomst en dat is een bevrijdend verweer (zie nr. 6). Kintetsu heeft echter niet voldaan aan haar stelplicht en bewijslast. In de casus van een niet-bestaand arbitrage-instituut is het overigens ook geenszins uitgesloten dat niet *kan* worden bewezen dat de keuze voor dat instituut essentieel was, aangezien het instituut helemaal niet bestaat (zie ook nr. 8). Veeleer zal worden aangenomen dat in dergelijke gevallen partijen sowieso arbitrage hebben willen overeenkomen en dat de arbitrageovereenkomst dus gewoon geldig is (alleen in geval van bijkomende omstandigheden kan dit anders liggen). Uiteraard zal het voor een belangrijk deel aankomen op de toepassing van de regels van stelplicht en bewijslast. Ook als een andere route wordt bewandeld (i.e. de keuze voor het arbitrage-instituut is een *bestaans*voorwaarde voor de arbitrageovereenkomst), kom je hoogstwaarschijnlijk op dezelfde bewijslastverdeling uit (zie nr. 8). De uitkomst in casu was in elk geval dat de arbitrageovereenkomst geldig werd geacht en dat de gewone rechter zich terecht onbevoegd had verklaard.

13. Anders lag de casus dus in de in «JBPr» 2014/40 behandelde uitspraak. Het verschil met onderhavige uitspraak zit erin dat het daar een niet meer bestaand arbitrage-instituut betrof (in tegenstelling tot de onderhavige casus waar het een nooit bestaand arbitrage-instituut betrof). De keuze van partijen voor dit arbitraal college was essentieel en daarom werd geoordeeld dat de arbitrageovereenkomst in die omstandigheden *niet* meer geldig was.

mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk, advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam
