



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Knigge, M.W.

Citation

Knigge, M. W. (2012, October 24). *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20018>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20018>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20018> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Knigge, Martina Wilhelmina

Title: De procesovereenkomst : over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Date: 2012-10-24

6 Uitsluiting van fundamentele rechten

6.1 Inleiding

Volgens Asser kunnen partijen in principe afwijken van fundamentele rechten, maar zal de rechter erop moeten toezien dat van afwijking alleen sprake is als hij ervan overtuigd is dat aan de eisen voor afstand is voldaan.¹ Is afwijking van fundamentele rechten inderdaad mogelijk?

In dit hoofdstuk zal gepoogd worden een antwoord te geven op deze vraag. Daarbij moet bedacht worden dat er op vele manieren inbreuk gemaakt kan worden op hetzelfde fundamentele recht. Zo wordt inbreuk gemaakt op het beginsel van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht door de afspraak dat een familielid van een van de partijen als rechter zal optreden, maar ook door de afspraak dat de rechter zelf, buiten partijen om, onderzoek zal verrichten naar de feiten.² Niet *alle* theoretisch denkbare afspraken die inbreuk maken op fundamentele beginselen, kunnen hier daarom worden besproken.

Het lijkt goed hier nogmaals te herhalen dat uit het feit dat afstand van een bepaald recht kan worden gedaan, nog niet kan worden afgeleid dat partijen dit recht ook door middel van een procesovereenkomst buiten toepassing kunnen verklaren. Door een procesovereenkomst wordt de rechter immers ook gebonden, terwijl dit in geval van afstand van recht anders is (zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.3.3).

Met betrekking tot een aantal van de rechten die beschermd worden door artikel 6 EVRM heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens expliciet geoordeeld dat hiervan afstand kan worden gedaan. Daarbij geldt wel dat een deel van deze jurisprudentie is gewezen in het kader van strafprocedures. Deze jurisprudentie kan wel degelijk ook van belang zijn voor civiele procedures.³ Het Europese Hof staat afstand van de rechten enkel onder bepaalde voorwaarden toe.⁴ Zo is vereist dat de

1 Asser 1999, p. 26.

2 Zie HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.3.

3 Het Europese Hof heeft aangenomen dat de eisen die aan een eerlijk proces worden gesteld weliswaar niet noodzakelijkerwijs hetzelfde zijn voor burgerlijke procedures als voor strafprocedures, maar dat de vereisten die in art. 6 lid 2 en 3 EVRM aan strafprocedures worden gesteld wel van enig belang kunnen zijn voor civiele procedures. Lidstaten hebben in civiele zaken bij de toepassing van art. 6 EVRM volgens het Hof iets meer vrijheid dan in strafzaken; zie EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, NJ 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland), r.o. 32; zie ook Smits 2008, p. 19.

4 Zie over deze voorwaarden nader Frumer 2001, p. 549 e.v.; Kuijer 2004, p. 67-69; Meijer 2011, p. 51 e.v.

afstand van recht vrijwillig geschiedt, zonder dat hierbij enige vorm van dwang wordt uitgeoefend.⁵ Bovendien moet de afstand ondubbelzinnig zijn.⁶ Dit betekent overigens niet dat stilzwijgende afstand per definitie is uitgesloten.⁷ De afstand mag volgens het Europese Hof niet in strijd komen met een belangrijk openbaar belang.⁸

Hierna zal worden bekeken in hoeverre partijen in die gevallen, waarin afstand van recht mogelijk is, ook bij procesovereenkomst deze rechten kunnen uitsluiten. In paragraaf 6.2 zal eerst worden ingegaan op de situatie bij de overheidsrechter. In paragraaf 6.3 komen daarna de arbitrage en het bindend advies aan de orde. Daarbij wordt enkel aandacht besteed aan deze procedures voor zover zij het karakter hebben van rechtspraak. Het zuivere bindend advies en de arbitrage op grond van artikel 1020 lid 4 Rv blijven buiten beschouwing (zie paragraaf 1.3). De vraag in hoeverre partijen het recht op toegang tot rechtspraak bij overeenkomst buiten toepassing kunnen verklaren, zal niet besproken worden, aangezien hierop in hoofdstuk 5 reeds is ingegaan.

6.2 Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van de overheidsrechtspraak

6.2.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven, is het met het oog op meerdere belangen wenselijk dat fundamentele beginselen in acht worden genomen. Het gaat met name om het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak, het belang van vertrouwen in de rechtspraak en het belang van vertrouwen in de overheid. Te verwachten valt dan ook dat partijen in het kader van de overheidsrechtspraak nauwelijks de ruimte hebben om bij procesovereenkomst dergelijke fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren.

6.2.2 Openbaarheid van de procedure

Vaststaat dat partijen afstand kunnen doen van het recht op een openbare behandeling van de zaak.⁹ Aangenomen moet echter worden dat zij niet bij overeenkomst mogen bepalen dat hun zaak met gesloten deuren zal worden behandeld. Zij hebben geen *recht* op een geheime behandeling. De rechter heeft dus steeds het laatste

5 Zie bijv. EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, *NJ* 1980, 561 (Deweert/België), r.o. 49; EHRM 10 februari 1983, appl.no. 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte/België), r.o. 35.

6 Zie bijv. EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 46-49.

7 Zie bijv. EHRM 23 juni 1981, appl.no. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België), r.o. 59; EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66-67.

8 Zie bijv. EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 46.

9 EHRM 10 februari 1983, appl. no. 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte/België), r.o. 34-35; EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 65-67; zie ook bijv. HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 275, m.nt. F.C.B. van Wijmen (B./S. c.s.), r.o. 3.2; HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EAA (Koster/Van Nie q.q.), r.o. 3.1.

woord.¹⁰ De reden is dat het recht op een openbare behandeling mede het belang van vertrouwen in de rechtspraak dient. De openbaarheid maakt namelijk publieke controle van de gang van zaken tijdens burgerlijke procedures mogelijk. Bovendien helpt openbaarheid verzekeren dat toegang bestaat tot een procedure die aan een aantal minimumwaarborgen voldoet. Het waarborgt dat de rechten van partijen daadwerkelijk in acht worden genomen.¹¹ Hoewel partijen dit recht dus niet bij overeenkomst buiten toepassing kunnen laten, kan de rechter uiteraard wel het feit dat partijen het eens zijn over een behandeling met gesloten deuren meewegen bij zijn beslissing op grond van artikel 27 Rv.

6.2.3 Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lijkt tegenwoordig afstand van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht mogelijk te achten. Het feit dat een partij heeft nagelaten een rechter te wraken, kan meebrengen dat zij niet meer kan klagen dat haar recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is geschonden.¹² Aan de andere kant kan niet in ieder achterwege laten van het indienen van een wrakingsverzoek een afstand van recht worden gezien.¹³ Niet alleen het Europese Hof, ook de Hoge Raad lijkt, in een strafzaak, afstand van het recht op behandeling door een onpartijdig gerecht te hebben geaccepteerd.¹⁴

Toch kunnen partijen bij procesovereenkomst het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht niet uitsluiten. Zij kunnen bijvoorbeeld niet

10 Zo ook Frumer 2001, p. 209, nr. 290; De Schutter 2000, p. 483; zie ook Alkema 1999, p. 36. Een uitzondering lijkt te gelden voor het hoger beroep van een uitspraak waarbij een faillissement is uitgesproken. Uit HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EAA (Koster/Van Nie q.q.), r.o. 3.1 lijkt te volgen dat partijen in een dergelijk geval behandeling met gesloten deuren kunnen overeenkomen en dat de rechter hieraan gebonden is. Verklaring voor deze uitzondering is wellicht het feit dat de wet reeds uitgaat van behandeling in raadkamer (zie art. 8 lid 6 jo. art. 4 lid 1 Fw). De Hoge Raad meent echter dat behandeling toch openbaar dient te geschieden, tenzij partijen van een andere wens blijk geven. Kennelijk kan hier dus, mede gezien de belangenafweging die de wetgever heeft gemaakt, reeds op voorhand worden aangenomen dat de wens van partijen zwaarder weegt dan het algemeen belang van een openbare behandeling, zodat de rechter dit niet in ieder afzonderlijk geval hoeft te toetsen.

11 Zie EHRM 8 december 1983, appl.no. 8273/78 (Axen/Duitsland), r.o. 25; EHRM 8 december 1983, appl.no. 7984/77 (Pretto c.s./Italië), r.o. 21; EHRM 18 december 2008, appl.no. 69917/01, *NJ* 2010, 79, m.nt. M.J. Borgers (Saccoccia/Oostenrijk), r.o. 70.

12 EHRM 22 februari 1996, appl.no. 17359/90, *NJ* 1996, 483, m.nt. Kn (Bulut/Oostenrijk), m.n. r.o. 34. In het arrest Pfeifer en Plankl liet het Hof nog in het midden of van deze rechten afstand kon worden gedaan, zie EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37, 39. Tegenwoordig toetst het Hof echter zonder meer of aan de vereisten van afstand van recht is voldaan, zonder een dergelijk voorbehoud te maken. Zie bijv. EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; EHRM 8 februari 2000, appl.no. 28488/95, *NJ* 2001, 611, m.nt. EAA (McConnell/Verenigd Koninkrijk), r.o. 42-45.

Zie ook Harris e.a. 2009, p. 285. Kuijer daarentegen meent dat geen afstand kan worden gedaan van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze mogelijkheid kan volgens hem ook niet uit de zaak Bulut worden afgeleid; zie Kuijer 2004, p. 71-72.

13 Zie bijv. EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37-39; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; Zie ook EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 28194/95 (Castillo Algar/Spanje), r.o. 33-35, waarin het ging om de vraag of de nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.

14 HR 24 oktober 1995, *NJ* 1996, 484, m.nt. Kn.

afspreken dat een bepaalde rechter, die banden heeft met een van beide partijen, hun zaak behandelt. Ook kunnen zij de wrakingsregeling niet buiten toepassing verklaren. Een aanwijzing dat dit niet mogelijk is kan worden gevonden in het bestaan van de verschoningsregeling. Ook indien beide partijen aangeven er geen bezwaar tegen te hebben dat een bepaalde rechter hun zaak behandelt, behoudt deze rechter altijd een eigen verantwoordelijkheid. Indien hijzelf meent dat hij niet voldoende onpartijdig is, zal hij zich dienen terug te trekken.¹⁵

Reden dat partijen het recht op een behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht niet kunnen uitsluiten, is dat hiermee een aantal belangen gemoeid is. Ten eerste is het ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak wenselijk dat dit recht niet kan worden beperkt. Zo is het mogelijk dat een partij, die vooraf geen probleem ziet in het feit dat een rechter die enige banden heeft met de wederpartij haar zaak behandelt, hier anders over denkt nadat de zaak voor haar ongunstig is geëindigd. Het kan wenselijk zijn een partij hiertegen te beschermen. Bovendien ontstaat, indien zij het gevoel heeft geen toegang te hebben gehad tot onpartijdige rechtspraak, het gevaar dat zij het recht in eigen hand neemt. Daarnaast is het voor het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak en in de overheid van belang dat er geen enkele reden tot twijfel is dat gerechten onafhankelijk en onpartijdig zijn. Uitsluiting van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is dus niet mogelijk, aangezien het vertrouwen van zowel de samenleving, als van partijen in de gerechten op het spel staat.¹⁶

Hoewel een procesovereenkomst uitgesloten is, kan een rechter bij zijn beslissing of het nodig is zich te verschonen wel rekening houden met het feit dat partijen geen bezwaren zien. In dat geval zal immers minder snel een schijn van partijdigheid aanwezig kunnen worden geacht.

6.2.4 Een eerlijke behandeling

Het recht op een eerlijke behandeling omvat meerdere aspecten. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hieruit het beginsel van 'equality of arms' afgeleid. Dit beginsel houdt in dat iedere partij een redelijke kans moet hebben om haar zaak te presenteren onder voorwaarden die haar niet substantieel benadelen ten opzichte van haar wederpartij.¹⁷ Ook onderdeel van het recht op een eerlijke behandeling maakt de 'right to an adversarial procedure' uit. Dit recht brengt mee dat partijen de mogelijkheid moeten hebben om kennis te nemen van en commentaar te leveren op al het aangebrachte bewijs en alle naar voren gebrachte observaties.¹⁸ Het recht op een eerlijke behandeling omvat hetgeen naar Nederlands burgerlijk procesrecht wordt verstaan onder het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁹

15 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *Prg.* 2010, 273.

16 Zie bijv. EHRM 6 mei 2003, appl.no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 en 46664/99, *NJ* 2004, 15, m.nt. PJB (Kleyn e.a./Nederland), r.o. 191; EHRM 24 februari 1993, appl.no. 14396/88, *NJ* 1993, 649, m.nt. EAA (Fey/Oostenrijk), r.o. 30; EHRM 12 oktober 2005, appl.no. 64935/01 (Chmelir/Tsjechië), r.o. 55.

17 EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland), r.o. 33.

18 EHRM 20 februari 1996, appl.no. 19075/91 (Vermeulen/België), r.o. 33.

19 Smits 2008, p. 95-96.

Aangenomen kan worden dat tot op zekere hoogte afstand kan worden gedaan van deze beginselen. Dit blijkt uit de jurisprudentie van het Europese Hof met betrekking tot de Italiaanse verkorte procedure in strafzaken. In Italië is bij wet de mogelijkheid geïntroduceerd dat, met instemming van de verdachte, een verkorte procedure plaatsvindt. De verdachte krijgt dan een aantal voordelen zoals een lichtere straf, in ruil waarvoor hij een aantal procedurele waarborgen op moet geven. Zo dient hij afstand te doen van het recht op een openbare behandeling en het recht om zelf bewijs aan te dragen en getuigen op te roepen. De zaak wordt in principe gevoerd op basis van het bewijs dat door het openbaar ministerie is verzameld. Volgens het Europese Hof gaat het bij deze waarborgen om fundamentele aspecten van het recht op een eerlijk proces. Toch nam het Hof in het Scoppola-arrest aan dat hiervan geldig afstand was gedaan.²⁰

Ook uit andere jurisprudentie kan worden afgeleid dat de waarborgen die besloten liggen in het recht op een eerlijke behandeling niet absoluut zijn. In het arrest Steel en Morris overwoog het Hof dat het niet de taak van staten is om absolute 'equality of arms' tussen partijen te bewerkstelligen, zolang beide partijen maar voldoende mogelijkheden hebben hun zaak te presenteren onder voorwaarden die hen ten opzichte van hun wederpartij niet substantieel benadelen.²¹ Het Hof oordeelt steeds in een concreet geval of een procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen.²²

Door de Hoge Raad is aangenomen dat partijen afstand kunnen doen van het recht op hoor en wederhoor. Het gaat dan met name om het aspect dat in de Straatsburgse jurisprudentie de 'right to an adversarial procedure' wordt genoemd. Partijen kunnen, nog voordat zij op de hoogte zijn van de inhoud van een bepaalde bewijsverrichting, er akkoord mee gaan dat zij zich hierover niet kunnen uitlaten (zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.3.3).²³ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt daarnaast dat een partij, indien gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, kan meedelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft. De rechter mag in dat geval slechts mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak doen indien de wederpartij onduidelijkzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter kan uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.²⁴

Partijen kunnen dus tot op zekere hoogte afstand doen van de beginselen die besloten liggen in het recht op een eerlijke behandeling. Kunnen partijen deze beginselen nu ook bij procesovereenkomst uitsluiten? Bij beantwoording van deze

20 EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03 (Scoppola/Italië; Grote Kamer), r.o. 134-136; zie ook EHRM 18 oktober 2006, appl.no. 18114/02 (Hermi/Italië; Grote Kamer), r.o. 78 e.v.

21 EHRM 15 februari 2005, appl.no. 68416/01, NJ 2006, 39, m.nt. E.J. Dommering (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk), r.o. 62.

22 EHRM 23 februari 1994, appl.no. 16757/90, NJ 1994, 483, m.nt. Kn (Stanford/Verenigd Koninkrijk), r.o. 24; EHRM 19 april 1993, appl.no. 13942/88 (Kraska/Zwitserland), r.o. 30.

23 HR 9 september 2005, NJ 2007, 140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3; HR 12 mei 1989, NJ 1989, 647 (Allart/Overweel c.s.), r.o. 3.3; zie verder HR 18 juni 1993, NJ 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH), r.o. 3.3, waar echter geen afstand werd aangenomen.

24 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8; HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (Lightning Casino c.s./De Nederlandse Antillen c.s.), r.o. 4.4.4, 4.4.6.

vraag moet voorop worden gesteld dat een procesovereenkomst al snel aan deze beginselen zal raken. Telkens als partijen bij overeenkomst de procedure bekorten, levert dit een beperking op van de mogelijkheid om hun zaak te presenteren. Dit betekent echter niet meteen dat een dergelijke overeenkomst ontoelaatbaar is. Dit blijkt reeds uit het feit dat een bewijsovereenkomst uitdrukkelijk door de wet is toegestaan. Ook door een bewijsovereenkomst wordt de mogelijkheid voor partijen beperkt om hun zaak naar voren te brengen en om commentaar te leveren op hetgeen door hun wederpartij in het geding is gebracht.

Nu kan erover worden getwist of in een dergelijk geval wel sprake is van het bij overeenkomst aan de kant zetten van het recht op een eerlijke behandeling. Het Europese Hof oordeelt immers of een procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen. Het is dus niet onwaarschijnlijk dat het Hof in een dergelijk geval zal oordelen dat, gezien de afspraak van partijen, de procedure niet oneerlijk was. Echter, duidelijk is dat overeenkomsten waarbij de processuele middelen van partijen worden beknót wel raken aan het recht op een eerlijke behandeling. Dit brengt dan naar mijn mening ook mee dat de vrijheid tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten niet onbegrensd is. Partijen kunnen aan de ene kant legitieme belangen hebben bij een afspraak waardoor hun processuele middelen worden beperkt. Het kan bijvoorbeeld zijn dat zij de procedure willen bespoedigen en kosten willen besparen. Partijen moeten echter voldoende mogelijkheden overhouden om hun zaak te kunnen presenteren, omdat anders het belang van een voldoende toegang tot de rechter te zeer in het gedrang komt waardoor gevaar van eigenrichting ontstaat. Bovendien wordt het de rechter anders onmogelijk gemaakt om nog te oordelen over het geschil dat daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is, zodat ook zijn gezag wordt aangetast. Ten slotte wordt ook het vertrouwen in de overheid geschaad, die dient mee te werken aan de tenuitvoerlegging van de verkregen uitspraak. Partijen kunnen dus slechts tot op zekere hoogte het recht om hun zaak naar voren te brengen, beperken.

Partijen kunnen het recht op een *gelijke* behandeling niet bij overeenkomst aan de kant zetten. Zo is het niet mogelijk dat zij bewijslevering door middel van getuigen voor de ene partij uitsluiten, maar voor de andere partij niet. Reden is dat de toegang tot rechtspraak voor een van de partijen hierdoor te zeer wordt belemmerd. Indien een van de partijen veel meer processuele bevoegdheden heeft, is het gevaar te groot dat het standpunt van de andere partij ondergesneeuwd raakt. Deze laatste partij heeft in dat geval dus geen reële mogelijkheid meer om haar zaak aan de rechter voor te leggen. Daarnaast staat ook het gezag van de rechterlijke macht en van de overheid als geheel op het spel. Het is niet wenselijk dat de rechterlijke macht meewerkt aan een ongelijke behandeling van partijen en dat de overheid hier haar goedkeuring aan verleent door de aldus verkregen uitspraak ten uitvoer te leggen.

Overigens betekent het feit dat partijen bij overeenkomst het recht op een gelijke behandeling niet kunnen uitsluiten, nog niet dat een procesovereenkomst beide partijen altijd in gelijke mate dient te belasten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat uitsluiting van getuigenbewijs in een concreet geval voor de ene partij veel nadeliger consequenties heeft dan voor de andere partij. Dit geldt echter voor iedere toekenning of onthouding van een processueel middel, ook indien het om een keuze gaat die door de wetgever is gemaakt. Absolute 'equality of arms' tussen partijen behoeft niet te worden bereikt.

Zoals gezegd kunnen partijen volgens de Hoge Raad nog voordat zij op de hoogte zijn van de inhoud van een bepaalde bewijsverrichting afstand doen van het recht zich hierover uit te laten. Zij kunnen dit recht mijns inziens echter niet bij proces-overeenkomst uitsluiten. Indien de rechter bijvoorbeeld meent dat het wenselijk is dat partijen zich over een bepaalde verklaring van een getuige uitlaten, moet hij partijen hier zonder meer de gelegenheid toe kunnen geven. Indien dit niet zou zijn toegestaan, zou de rechter te zeer belemmerd worden in zijn taak om het geschil van partijen te beoordelen. Daarnaast wordt door een dergelijke overeenkomst de mogelijkheid van partijen om hun standpunt naar voren te brengen te veel beperkt. Voor partijen is niet altijd goed te overzien wat de gevolgen van de overeenkomst zijn, aangezien bijvoorbeeld een getuigenverklaring heel anders uit kan pakken dan van tevoren was verwacht. Ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak is het dus wenselijk dat de rechter alsnog kan besluiten partijen te horen. Bij zijn oordeel of nadere uitlating wenselijk is, kan hij uiteraard wel rekening houden met de mening van partijen. Indien partijen bijvoorbeeld graag een spoedige afhandeling van de zaak willen, kan dit reden zijn om deze gelegenheid niet meer te bieden.

Om dezelfde redenen kunnen partijen niet bij overeenkomst bepalen dat bepaalde stukken uitsluitend ter kennis worden gebracht van de rechter, en niet van de wederpartij. Het is aan de rechter om te beoordelen of het wenselijk is dat uitspraak wordt gedaan mede op grond van stukken waarvan een van de partijen niet heeft kunnen kennisnemen. Voor de wederpartij zijn de gevolgen van een dergelijke overeenkomst niet goed in te schatten, aangezien zij juist geen kennis heeft kunnen nemen van de stukken waarom het gaat. Indien de rechter oordeelt dat de wederpartij door een dergelijke handelswijze te sterk wordt belemmerd in haar mogelijkheid om haar zaak naar voren te brengen, hoeft hij hiermee niet akkoord te gaan.

Geconcludeerd kan worden dat, hoewel wellicht niet gezegd kan worden dat partijen het recht op een eerlijke behandeling kunnen uitsluiten, zij wel overeenkomsten kunnen sluiten die aan dit recht raken. Zo kunnen zij de mogelijkheid om hun zaak te presenteren bij overeenkomst beperken. Daarbij zullen zij wel altijd voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak onder de aandacht van de rechter te brengen. Van het recht op een *gelijke* behandeling kunnen partijen niet afwijken. Het is niet mogelijk dat zij de processuele middelen eenzijdig beperken. Ten slotte kan ook het recht om kennis te nemen van en commentaar te leveren op al het aangebrachte bewijs niet bij overeenkomst aan de kant worden gezet.

6.2.5 *Mondelinge behandeling*

Partijen kunnen afstand doen van het recht op een mondelinge behandeling, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.²⁵ Kunnen partijen nu ook bij procesovereenkomst afspreken dat geen mondelinge behandeling in hun zaak zal plaatsvinden, dus dat noch een comparitie, noch pleidooi zal worden gehouden? Op het eerste gezicht lijkt het dat hierdoor de procedure wordt verkort en

25 EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Stureson/Zweden), r.o. 65-67; EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14518/89 (Schuler-Zraggen/Zwitserland), r.o. 58.

overheidsmiddelen worden bespaard. Partijen sluiten immers een fase in de procedure uit. Bedacht moet echter worden dat de comparitie na antwoord juist is ingevoerd om procedures sneller te laten verlopen. De comparitie komt in principe in de plaats van een tweede schriftelijke ronde.²⁶ De strekking van de overeenkomst mag dus niet zijn dat in plaats van de comparitie een tweede schriftelijke ronde zal worden gehouden. Ook indien de bedoeling van partijen echter is te volstaan met één schriftelijke ronde, is de overeenkomst mijns inziens ontoelaatbaar. Een schriftelijke ronde, zonder comparitie, zal vaak immers niet voldoende zijn om de zaak goed uit de verf te laten komen. De mogelijkheden van partijen om hun zaak naar voren te brengen en te reageren op het standpunt van hun wederpartij, worden door een dergelijke afspraak te veel beperkt.

Wel kunnen partijen geldig overeenkomen om geen pleidooi in hun zaak te houden. Een aanwijzing hiervoor biedt artikel 134 lid 1 Rv, dat bepaalt dat de rechter aan partijen 'desverlangd' gelegenheid biedt voor pleidooien. Ook indien de rechter zelf een pleidooi wenselijk acht, wordt dus geen pleidooi gehouden indien partijen dit niet willen. Wel zullen partijen tijdens de procedure van de wil blijk moeten geven van pleidooi af te zien of in ieder geval het bestaan van een overeenkomst hiertoe tijdens de procedure niet moeten betwisten. De reden is dat een onderzoek naar de vraag of een procesovereenkomst tot stand is gekomen, vaak tijdrovend zal zijn. De bespoediging van de procedure die het achterwege laten van het pleidooi meebrengt, weegt niet op tegen de vertraging van het geding als gevolg van een onderzoek naar het bestaan van de overeenkomst.

6.2.6 Redelijke termijn

Onduidelijk is of partijen afstand kunnen doen van het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Wel geldt dat een van de factoren waarmee het Europese Hof rekening houdt bij de vraag of behandeling binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden, het gedrag van partijen is.²⁷ De staat kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor vertraging van een geding veroorzaakt door het gedrag van een partij zelf.²⁸ Dit betekent echter niet dat in stelsels waarin als uitgangspunt de partijautonomie geldt zodat het voornamelijk partijen zijn die de gang van zaken tijdens een procedure bepalen, de gerechten er niet meer voor hoeven te zorgen dat procedures binnen een redelijke termijn plaatsvinden.²⁹ De overheid behoudt een eigen verantwoordelijkheid. Zo is niet altijd nodig dat een partij zelf actief optreedt tegen een bepaalde vertraging; haar kan vaak niet worden tegengeworpen dat zij over

26 Zie art. 132 lid 2 Rv en de parlementaire geschiedenis bij art. 131, 132 en 134 Rv; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 324 e.v.

27 EHRM 28 juni 1978, appl.no. 6232/73, *Nj* 1980, 54 (*König/Duitsland*), r.o. 99; EHRM 6 mei 1981, appl.no. 7759/77 (*Buchholz/Duitsland*), r.o. 49.

28 Voorbeelden van zaken waarin geen schending van art. 6 EVRM werd aangenomen gezien het gedrag van partijen zijn EHRM 15 juli 2004, appl.no. 19449/02 (*Patrianakos/Griekenland*), r.o. 19-25; EHRM 16 december 1997, appl.no. 25086/94 (*Proszak/Polen*), m.n. r.o. 37-40, 45; EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 13675/88 (*Monnet/Frankrijk*), m.n. r.o. 29-31, 34.

29 Zie EHRM 6 mei 1981, appl.no. 7759/77 (*Buchholz/Duitsland*), r.o. 50; EHRM 7 juli 1989, appl.no. 11681/85 (*Unión Alimentaria Sanders SA/Spanje*), r.o. 34-35; EHRM 25 juni 1987, appl.no. 9381/81, *Nj* 1990, 231, m.nt. EAA (*Capuano/Italië*), r.o. 24-25.

een bepaalde gang van zaken niet heeft geklaagd of geen bezwaar heeft gemaakt tegen een verzoek tot uitstel van haar wederpartij.³⁰ Deze eigen verantwoordelijkheid van de rechter komt ook tot uitdrukking in de Nederlandse wetgeving. In artikel 20 Rv is immers bepaald dat de rechter tegen onredelijke vertraging van de procedure waakt en zo nodig ambtshalve maatregelen treft.³¹

In hoeverre kunnen partijen nu bij procesovereenkomst de termijnen die in de procedure gelden verlengen? Te verwachten valt dat partijen tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen op deze termijnen, maar dat zij het recht op behandeling binnen een redelijke termijn niet volledig aan de kant kunnen zetten. Aan de ene kant kunnen partijen legitieme belangen hebben bij verlenging van een termijn. Zo kan het zijn dat zij in schikkingsonderhandelingen zijn verward en deze onderhandelingen willen afwachten voordat verder geprocedeerd wordt. Bovendien kan in sommige ingewikkelde zaken de termijn die geldt voor het verrichten van proceshandelingen (zoals de termijn van zes weken in artikel 2.7 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken voor het nemen van een conclusie of een akte) te kort zijn.

Hoewel partijen dus belang kunnen hebben bij verlenging, bestaan hier ook bezwaren tegen. Zeer lange procedures kunnen erg belastend zijn voor partijen. Een partij wordt hierdoor gedwongen lang in onzekerheid te leven.³² Daarnaast kan als gevolg van te lange termijnen de toegang tot rechtspraak in het gedrang komen. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat deze bezwaren enkel gelden indien partijen bij voorbaat de termijnen verruimen. Indien partijen in de loop van de procedure met het oog op een concrete proceshandeling uitstel overeenkomen, zijn de gevolgen van een dergelijke afspraak direct duidelijk. Een partij kan per geval bepalen of zij de vertraging van de procedure nog acceptabel vindt. Toch is het de vraag of het in de praktijk op deze manier werkt. Probleem is namelijk dat het in het belang van advocaten is om in te stemmen met een verzoek tot uitstel, aangezien zij vaker te maken kunnen krijgen met de advocaat van de wederpartij. Dit bevordert een cultuur van elkaar makkelijk uitstel vragen en toestaan.³³ Ook indien de afspraken enkel gemaakt worden met het oog op een concreet geval, kunnen partijen hierdoor dus benadeeld worden. Daar komt nog bij dat de geloofwaardigheid van het rechtssysteem ook door dergelijke afspraken op het spel kan komen te staan. Het publiek ziet slechts de lange duur van procedures, zonder dat het duidelijk hoeft te zijn dat dit voor een groot deel veroorzaakt is door het gedrag van partijen zelf.³⁴ Ten slotte kan de lange duur van procedures ook leiden tot een hogere inzet van overheidsmiddelen, omdat lange

30 Zie EHRM 7 juli 1989, appl.no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders SA/Spanje), r.o. 34-35; EHRM 25 juni 1987, appl.no. 9381/81, *NJ* 1990, 231, m.nt. EAA (Capuano/Italië), r.o. 27-28, r.o. 31 e.v.; EHRM 15 november 1996, appl.no. 22461/93 en 22465/93 (Ceteroni/Italië), r.o. 23-24.

31 Zie ook de parlementaire geschiedenis bij art. 20 Rv; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 132 e.v.; zie over art. 20 Rv ook HR 18 maart 2011, *RvdW* 2011, 388 (Josef Antebi/NIHS c.s.).

32 Zie ook Barendrecht 2000, p. 1875; Barendrecht 1995, p. 74; Mollema 1995, p. 1203.

33 Zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 137-138; Barendrecht 2000, p. 1875; Leijten 2000, p. 33-34; Mollema 1995, p. 1203.

34 Ook door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is de effectiviteit en de geloofwaardigheid van het rechtssysteem benadrukt in verband met het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn. Zie EHRM 24 oktober 1989, appl.no. 10073/82 (H./Frankrijk), r.o. 58; zie verder Barendrecht 2000, p. 1875.

perioden van inactiviteit in een zaak vaak zullen meebrengen dat een zaak minder efficiënt kan worden afgehandeld. Meerdere rechters zullen zich wellicht moeten verdiepen in de zaak of een en dezelfde rechter zal zijn kennis telkens weer moeten opfrissen.

Te verwachten valt kortom dat partijen bij overeenkomst tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen op de termijnen die in de procedure gelden, maar dat deze invloed zeker niet onbeperkt is. Dit blijkt inderdaad in overeenstemming te zijn met de praktijk. Zo bepaalt artikel 1.4 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken dat de rechter op eenstemmig verzoek van partijen dat vóór de eerste roldatum is gedaan een van het reglement afwijkende procesvoering kan toestaan. De parlementaire geschiedenis bij artikel 20 Rv gaat er daarbij van uit dat de rechter in beginsel de gezamenlijke wensen van partijen met betrekking tot het proces tempo dient te honoreren.³⁵ Artikel 1.4 lijkt de rechter echter wel degelijk de ruimte te laten om het verzoek van partijen te weigeren. Naar mijn mening zal de rechter dit, gezien de opmerking in de parlementaire geschiedenis, alleen kunnen doen indien de termijnen die partijen zijn overeengekomen buitensporig zijn. Indien partijen binnen deze grens blijven, hebben zij dus wel degelijk de mogelijkheid een tragere procesvoering overeen te komen.³⁶ Wel geldt mijns inziens dat een dergelijke verlenging van de termijnen enkel mogelijk is indien partijen bij de rechter van wilsovereenstemming blijf geven. Hierdoor wordt ten eerste voorkomen dat de rechter een tijdrovend onderzoek moet instellen naar de vraag of een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Bovendien wordt uitgesloten dat partijen zich nog vóórdat er een geschil is, vastleggen op zeer lange termijnen. Op dat moment kunnen zij immers de gevolgen van een dergelijke overeenkomst niet goed overzien.

Partijen kunnen ook in de loop van het geding verlenging van een specifieke termijn overeenkomen. Zo bepaalt artikel 133 lid 2 Rv dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies. De rechter volgt een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. In lid 3 is bepaald dat deze regeling overeenkomstig van toepassing is op de termijnen voor het verrichten van andere proceshandelingen. In het landelijk rolreglement is nader uitgewerkt wanneer van een 'onredelijke vertraging' sprake is. Daaruit blijkt dat een eerste eenstemmig verzoek van partijen wordt ingewilligd, en dat latere verzoeken van partijen dienen te worden gemotiveerd (zie artikel 2.8). De rechter wordt dus gebonden door een eerste overeenkomst tot verlenging. Wel is vereist dat partijen daadwerkelijk een eenstemmig verzoek aan de rechter richten (zie paragraaf 7.2).

Ten slotte wordt een zaak op eenstemmig verzoek van partijen verwezen naar de parkeerrol (zie artikel 246 lid 1 Rv jo. artikel 9.3 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken).³⁷ Ook op deze manier kunnen partijen bij overeenkomst de duur van de procedure verlengen. Wel zullen partijen zich eens in het halfjaar moeten uitlaten over de vraag of zij willen doorprocederen of niet (zie

35 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 136-138.

36 Zie ook Leijten 2000, p. 33.

37 Zie over het gevaar van misbruik van deze mogelijkheid Leijten 2000, p. 33; anders Wesseling-Van Gent e.a. 2001, p. 147.

artikel 9.5 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken).

Partijen kunnen bij overeenkomst dus tot op zekere hoogte de termijnen die in de procedure gelden verlengen. Hun vrijheid hiertoe is echter niet onbeperkt.

6.2.7 *Motivering van de uitspraak*

Partijen hebben recht op een gemotiveerde uitspraak. Uit artikel 121 Grondwet en artikel 30 Rv volgt de verplichting van rechters om hun uitspraken te motiveren. Ook uit artikel 6 EVRM is door het Europese Hof een dergelijke verplichting afgeleid.³⁸ Hoever dit recht op motivering gaat is wel afhankelijk van de specifieke omstandigheden en van de wijze waarop partijen het processuele debat hebben gevoerd. Indien de vordering als juist is erkend, is volgens de Hoge Raad een motivering van de toewijzing van de vordering overbodig, omdat de gegrondheid reeds voldoende volgt uit de erkenning.³⁹ Of van het recht op motivering afstand kan worden gedaan, is onduidelijk.

Partijen kunnen mijns inziens in ieder geval niet bij overeenkomst afspreken dat hun uitspraak niet gemotiveerd zal worden. Verschillende belangen zijn bij motivering betrokken.⁴⁰ Motivering heeft ten eerste een legitimatiefunctie: motivering kan helpen een beslissing meer aanvaardbaar te maken.⁴¹ Het is van belang dat partijen zich neer kunnen leggen bij een beslissing, omdat dit voor henzelf bevredigender is en omdat het gevaar van eigenrichting hierdoor afneemt. Ook kan motivering voor de samenleving de beslissing meer aanvaardbaar maken, waardoor het vertrouwen in de rechtspraak toeneemt.

Ten tweede bevordert motivering de kwaliteit van beslissingen, doordat zij controle mogelijk maakt. Deze controle vindt plaats door partijen zelf, die kunnen zien of de rechter acht heeft geslagen op hun argumenten, maar ook door de rechter in een hogere instantie, en door de samenleving als geheel.⁴² De kwaliteit wordt hierdoor op twee manieren bevorderd. Ten eerste kan een hogere instantie fouten die zijn gemaakt achteraf herstellen. Ten tweede heeft controle ook een preventieve functie: de rechter die weet dat zijn uitspraak wordt gecontroleerd, zal wellicht zorgvuldiger te werk gaan. Bij het nemen van zijn beslissing zal hij er waarschijnlijk reeds rekening mee houden dat hij haar ook dient te motiveren. Een hogere kwaliteit van rechtspraak is in het belang van partijen. Ook kan hierdoor het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak toenemen en de kans op eigenrichting verminderen.

Ten slotte bevordert motivering van vonnissen de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.⁴³ Hierdoor is het voor derden makkelijker om hun kansen in een

38 EHRM 9 december 1994, appl.no. 18390/91 (Ruiz Torija/Spanje), r.o. 29; EHRM 9 december 1994, appl.no. 18064/91, NJ 1997, 20, m.nt. EAA onder NJ 1997, 21 (Hiro Balani/Spanje), r.o. 27; EHRM 27 september 2001, appl.no. 49684/99 (Hirvisaari/Finland), r.o. 30.

39 HR 18 maart 2011, NJ 2011, 218, m.nt. M.V. Polak onder NJ 2011, 219 (Bialek/Szajak c.s.), r.o. 3.2.

40 Zie over de verschillende functies van de motivering De Waard 1987, p. 371-374; zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 45 e.v., nr. 40, met verwijzing naar literatuur.

41 HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis), r.o. 3.4; HR 7 april 1995, NJ 1997, 21, m.nt. EAA (N./Möbius), r.o. 3.3.

42 EHRM 22 februari 2007, appl.no. 1509/02 (Tatishvili/Rusland), r.o. 58; HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis), r.o. 3.4; HR 7 april 1995, NJ 1997, 21, m.nt. EAA (N./Möbius), r.o. 3.3.

43 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 46, nr. 40.

eventuele procedure in te schatten, waardoor zij wellicht eerder van een gang naar de rechter af zullen zien. De kosten van de rechtspleging dalen hierdoor dus. Bovendien draagt rechtseenheid bij aan het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak.

6.2.8 Tussenconclusie

Partijen kunnen slechts in zeer beperkte mate bij overeenkomst afwijken van fundamentele beginselen van procesrecht. Zo kunnen zij geen behandeling met gesloten deuren overeenkomen, kunnen zij niet afwijken van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht en kunnen zij niet bepalen dat motivering van de uitspraak achterwege zal blijven. Het recht op een gelijke behandeling en de 'right to an adversarial procedure' kunnen niet bij procesovereenkomst worden uitgesloten. Wel kunnen partijen tot op zekere hoogte de processuele middelen die in een procedure ter beschikking staan uitsluiten, waardoor de mogelijkheid om hun zaak te presenteren wordt beperkt. Daarbij geldt echter dat partijen voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen. Ook kunnen partijen bij overeenkomst binnen bepaalde grenzen de termijnen die in de procedure gelden verlengen. Vereist is daarbij dat partijen bij de rechter van wilsovereenstemming blijk geven.

6.3 Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van arbitrage en bindend advies

6.3.1 Inleiding

In hoeverre kunnen partijen in het kader van arbitrage en bindend advies bij overeenkomst fundamentele rechten uitsluiten? Bij de beantwoording van deze vraag is het van belang twee verschillende kwesties goed uit elkaar te houden. Ten eerste is het namelijk de vraag, in hoeverre de overeenkomsten tot arbitrage en tot bindend advies zelf reeds een afwijking van fundamentele rechten inhouden. In hoeverre zijn de rechten van toepassing in deze procedures indien partijen hierover niet expliciet iets zijn overeengekomen? Dit is mede een kwestie van uitleg van de betreffende overeenkomst. Een andere vraag is hoever partijen kunnen gaan, indien zij wel expliciet afspraken maken. In hoeverre kunnen partijen, bij expliciete overeenkomst, fundamentele rechten aan de kant zetten?

In het kader van de overheidsrechtspraak is gebleken dat het feit dat partijen afstand van een bepaald recht kunnen doen, nog niet betekent dat zij dit recht ook bij procesovereenkomst aan de kant kunnen zetten. De reden is met name dat door een afstand van recht de rechter niet gebonden hoeft te worden (zie hierover paragraaf 4.4.3.3 en 6.1). In principe geldt ook in het kader van arbitrage en bindend advies dat afstand van recht en uitsluiting van dit recht bij procesovereenkomst twee verschillende kwesties zijn. Ook hier is in theorie denkbaar dat partijen bijvoorbeeld wel afstand kunnen doen van het recht op een openbare behandeling en dus niet kunnen klagen dat dit recht geschonden is, maar dat een procesovereenkomst niet mogelijk is zodat arbiters of bindend adviseurs steeds de vrijheid behouden tóch een openbare behandeling te bevelen. Toch is het in het kader van arbitrage of bindend advies minder waarschijnlijk dat een dergelijke situatie zich voordoet. De reden dat in

een bepaald geval enkel afstand van recht kan worden gedaan, is over het algemeen dat het wenselijk wordt gevonden dat de rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kan beoordelen of openbare belangen aan het buiten toepassing laten van het recht in de weg staan (zie paragraaf 4.4.3.3). Het ligt echter niet voor de hand om arbiters of bindend adviseurs met een dergelijke handhaving van openbare belangen te belasten. Het is voor de overheidsrechter immers nauwelijks mogelijk om te controleren of arbiters en bindend adviseurs daadwerkelijk met de openbare belangen rekening houden. Dit zou immers betekenen dat het gevolg geven aan een afstand van recht door arbiters of bindend adviseurs soms wel, en soms niet grond is voor vernietiging. Het is echter in het belang van een behoorlijk functioneren van arbitrage en bindend advies dat duidelijke criteria bestaan voor de vernietigbaarheid van de daarin verkregen uitspraken. Te verwachten valt dan ook dat afstand in het kader van arbitrage en bindend advies over het algemeen enkel toegestaan zal zijn indien openbare belangen hieraan *hoe dan ook* niet in de weg staan. Dit betekent dat in die gevallen waarin afstand van recht toelaatbaar is, in de meeste gevallen ook is toegestaan dat partijen dit recht bij een voor arbiters en bindend adviseurs bindende overeenkomst uitsluiten. Uitzonderingen zijn echter denkbaar.

Kuijer merkt met betrekking tot het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht op, dat niet te snel kan worden aangenomen dat partijen bij een overeenkomst tot arbitrage hiervan afstand hebben gedaan. Wel zal artikel 6 EVRM in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval moeten worden uitgelegd. Dit brengt mee dat artikel 6 EVRM in geval van een arbitrageprocedure een gematigder werking zal hebben, zodat een bepaald verdragsrecht een andere invulling krijgt.⁴⁴ In deze paragraaf zal dit mogelijke onderscheid tussen het buiten toepassing laten van een recht en het feit dat een recht, als gevolg van de specifieke context van arbitrage en bindend advies, een andere invulling krijgt, buiten beschouwing worden gelaten. Er zal slechts inhoudelijk worden gekeken welke vrijheid partijen hebben om bij overeenkomst de procedure in te richten. Of men een bepaalde overeenkomst nu geldig acht omdat partijen hierbij afstand doen van de in artikel 6 EVRM gelegen bescherming, of omdat artikel 6 EVRM in de specifieke context minder streng moet worden uitgelegd, is minder van belang.

Op basis van de uitgangspunten die in paragraaf 4.9 zijn geformuleerd, valt te verwachten dat de vrijheid van partijen om fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren in geval van arbitrage en bindend advies groter is dan in het kader van de overheidsprocedure. Het belang van vertrouwen in de rechtspraak speelt hier immers een veel minder grote rol, zodat het waarborgen van de fundamentele beginselen vanuit dat oogpunt minder vereist is. Wel blijft, ter voorkoming van eigenrichting en ter bescherming van partijen, van belang dat partijen een voldoende toegang tot rechtspraak hebben die aan een aantal waarborgen voldoet.⁴⁵ Aangezien tenuitvoerlegging van de uitspraken van arbiters en bindend adviseurs uiteindelijk via de overheid geschiedt, heeft ook de overheid er belang bij dat een aantal minimumwaarborgen in acht wordt genomen. Te verwachten valt dan ook dat de vrijheid van partijen om fundamentele rechten uit te sluiten niet onbeperkt is.

44 Kuijer 2004, p. 71-72, 143.

45 Zie ook Snijders 1988, p. 404-405.

Hierna zal eerst een aantal uitgangspunten worden besproken dat in zijn algemeenheid van belang is in het kader van de toepasselijkheid van fundamentele rechten bij arbitrage en bindend advies (paragraaf 6.3.2). Daarna zullen de verschillende specifieke rechten onder de loop worden genomen (paragraaf 6.3.3 e.v.).

6.3.2 Algemene uitgangspunten

6.3.2.1 Jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Door het Europese Hof is erkend dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage geldig afstand kunnen doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter.⁴⁶ Het Hof heeft echter in de zaak *Suovaniemi* overwogen dat een dergelijke afstand niet noodzakelijkerwijze moet worden gezien als een afstand van alle rechten beschermd door artikel 6 EVRM.⁴⁷ Sommige van deze rechten zijn dus ook van toepassing in de arbitrageprocedure, aangezien partijen niet geacht kunnen worden deze rechten met de overeenkomst tot arbitrage buiten toepassing te hebben verklaard. Zelfs bij expliciete overeenkomst kunnen partijen bepaalde beginselen wellicht niet uitsluiten. Het Hof merkt namelijk ook op dat mogelijk is dat afstand toegestaan is met betrekking tot sommige rechten, maar niet met betrekking tot andere. Daarbij moet wellicht zelfs binnen de verschillende rechten die gegarandeerd worden door artikel 6 EVRM worden gedifferentieerd.⁴⁸

Hoewel arbitrageprocedures op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dus tot op zekere hoogte moeten voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM, wordt in dit verband een grote vrijheid aan de lidstaten gelaten. Het Hof houdt rekening met het wettelijk kader rond arbitrage dat in de lidstaat geldt en met de controle die de nationale rechter binnen dat kader kan uitoefenen. Het is mogelijk dat een lidstaat vanwege het feit dat de nationale rechter weigert een arbitrale beslissing te vernietigen, verantwoordelijk wordt gehouden voor een schending van fundamentele beginselen tijdens een arbitrageprocedure. Lidstaten hebben volgens het Hof echter een aanzienlijke beoordelingsvrijheid bij het regelen van de vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen.⁴⁹

Hoewel deze jurisprudentie van het Europese Hof enkel ziet op arbitrage, ligt het voor de hand dat zij ook kan worden toegepast in geval van bindend advies. Ook in geval van bindend advies kan worden aangenomen dat partijen geldig afstand hebben gedaan van een deel van hun rechten onder artikel 6 EVRM. Vraag is in dit verband nog, of van belang is dat het bindend advies geen uitgebreide wettelijke regeling kent. Het Europese Hof houdt immers, zoals gezegd, rekening met het wettelijk kader dat in een lidstaat geldt. Wellicht is de gedachte dat indien de wet uitdrukkelijk aangeeft welke criteria voor afstand gelden, dit aan partijen duidelijkheid biedt, zodat een dergelijke afstand eerder als geldig kan worden geaccepteerd. Het gebrek aan een

46 EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, *NJ* 1980, 561 (*Deweert/België*), r.o. 49.

47 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

48 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

49 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*); zie ook ECRM 27 november 1996, appl.no. 28101/95, *NJ* 1997, 505, m.nt. PJB (*Nordström c.s./Nederland*).

wettelijke regeling betekent wellicht dat minder snel kan worden aangenomen dat partijen afstand van fundamentele rechten hebben gedaan.

De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens laat lidstaten dus grote vrijheid bij het regelen van de mate waarin fundamentele beginselen in het kader van een arbitrage- en bindendadviesprocedure in acht moeten worden genomen. Hierna wordt bekeken hoe in Nederland van deze vrijheid gebruikgemaakt wordt.

6.3.2.2 *Invulling in het Nederlandse recht; arbitrage*

Duidelijk is dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand van alle fundamentele rechten beschermd door artikel 6 EVRM inhoudt. In de wettelijke regeling rond arbitrage is immers expliciet een aantal fundamentele beginselen neergelegd. Zo bepaalt artikel 1039 lid 1 Rv onder meer dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld. Ook kent de wet een aantal bepalingen dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters moet waarborgen (zie bijvoorbeeld artikel 1028 en 1033 e.v. Rv). Verder kan tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis worden geweigerd indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1063 lid 1 Rv). Strijd met de openbare orde of de goede zeden is ook grond voor vernietiging van een arbitraal vonnis (zie artikel 1065 lid 1 sub e Rv). In dit verband is van belang dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor een terughoudende toepassing van artikel 1065 lid 1 sub e Rv geen plaats is in geval van strijd met het recht van hoor en wederhoor.⁵⁰ Door de Hoge Raad is bovendien erkend dat de arbitrageprocedure als geheel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces.⁵¹ De wettelijke regeling van het arbitrale geding wordt volgens de Raad mede gekenmerkt door een, ten opzichte van het voor de overheidsrechter gevoerde geding, grote(re) vrijheid van arbiters om de rechtsgang in te richten, mits de fundamentele rechten van procespartijen worden gewaarborgd.⁵²

Toch mag mijns inziens hieruit niet worden afgeleid dat de fundamentele rechten zoals die gelden in de overheidsprocedure onverkort van toepassing zijn op een arbitraal geding. Duidelijk is dat bepaalde beginselen een andere invulling krijgen dan bij de overheidsrechter. Dit geldt bijvoorbeeld voor het vereiste van behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Arbiters worden immers in principe door partijen benoemd, hetgeen uiteraard niet mogelijk is in het kader van de overheidsrechtspraak.⁵³ Daarnaast is wellicht van belang dat volgens de Hoge Raad niet iedere schending van een in de arbitrageprocedure geldende procedureregels tot vernietiging van het arbitrale vonnis hoeft te leiden. Zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, moet

50 HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1.

51 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

52 HR 29 januari 2010, NJ 2011, 270, m.nt. H.J. Snijders (Van Wassenae van Catwijk/Knowsley), r.o. 3.4; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

53 Zie ook Kuijer 2004, p. 71-72, 143; Lawson 1996, p. 162.

artikel 1065 lid 1 sub e Rv naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast.⁵⁴ Of iedere schending van fundamentele beginselen leidt tot vernietigbaarheid, is dan ook de vraag. Volgens Snijders hoeft dit niet het geval te zijn. Hij wijst erop dat vernietiging wegens schending van het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn wel heel pijnlijk zou uitwerken.⁵⁵ Overigens betekent het feit dat schending van een bepaalde regel niet leidt tot vernietigbaarheid, nog niet dat deze regel niet in acht hoeft te worden genomen. Zo is denkbaar dat deze regel op een andere manier gewaarborgd wordt. Schending van de redelijke termijn levert wellicht geen grond op voor vernietiging van de beslissing, maar een partij kan op grond van artikel 1031 lid 2 Rv wel verzoeken de opdracht van het scheidsrecht te beëindigen indien het zijn opdracht op onaanvaardbaar trage wijze uitvoert.

Geconcludeerd kan worden dat fundamentele rechten in ieder geval tot op zekere hoogte gelden in de arbitrageprocedure. Partijen hebben met de enkele overeenkomst tot arbitrage deze beginselen niet volledig aan de kant gezet. Hierna zal onderzocht worden hoe dit uitgangspunt uitwerkt voor de verschillende specifieke beginselen. Verder rijst de vraag, of partijen door middel van een expliciete overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing kunnen laten. Het is duidelijk dat zij deze mogelijkheid tot op zekere hoogte inderdaad hebben. Zo wordt over het algemeen aangenomen dat partijen het recht op een openbare behandeling kunnen uitsluiten.⁵⁶ Ook op de vraag hoever deze vrijheid van partijen precies reikt, wordt hierna ingegaan.

6.3.2.3 Invulling in het Nederlandse recht; bindend advies

In hoeverre dienen fundamentele beginselen in het kader van een bindendadviesprocedure in acht te worden genomen? Duidelijk is dat schending van een fundamenteel beginsel kan meebrengen dat gebondenheid aan de beslissing van bindend adviseurs naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat de beslissing vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW.⁵⁷ Niet iedere schending van een fundamenteel beginsel leidt echter tot vernietigbaarheid. Volgens de Hoge Raad is bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij mag houden aan een bindend advies bij de totstandkoming waarvan procedurele fouten zijn gemaakt mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht.⁵⁸ Dat wegens een gebrek aan nadeel vernietiging wellicht achterwege kan blijven, betekent echter nog niet dat een bepaalde regel niet in acht hoeft te worden genomen. Bindend adviseurs zullen immers over het

54 HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, *NJ* 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1.

55 Noot Snijders bij HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS (IMS/Modsaf c.s. I), nr. 8.

56 Zie bijv. Kuijer 2004, p. 143; Lawson 1996, p. 163-164; Snijders 1988, p. 406; Wiarda 1988, p. 426-427; Frumer 2001, p. 118, nr. 160.

57 Zie bijv. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8, waarin schending van het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde was.

58 HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.3; zie ook HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1034 (Delta Lloyd/N.), r.o. 3.2.

algemeen van tevoren niet kunnen overzien of schending van een procedureregel een partij daadwerkelijk zal benadelen.⁵⁹

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt echter wel degelijk dat de fundamentele beginselen niet onverkort gelden in alle bindendadviesprocedures. De Hoge Raad hecht in dit verband waarde aan het karakter van de procedure. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het volgens de Hoge Raad zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.⁶⁰ Het is dus mede afhankelijk van het type procedure in hoeverre de fundamentele rechten in acht moeten worden genomen. Dit maakt de vraag of in een bepaald geval deze rechten hebben te gelden niet makkelijker te beantwoorden. Hierna zal enkel aandacht worden besteed aan bindendadviesprocedures die het karakter hebben van rechtspraak. Omdat een vergelijking wordt gemaakt met de situatie bij de overheidsrechter, zijn deze procedures het meest interessant.

Duidelijk is dat in bindendadviesprocedures die het karakter hebben van rechtspraak fundamentele rechten in ieder geval tot op zekere hoogte in acht moeten worden genomen. Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot bindend advies dus nog niet worden geacht hiervan volledig afstand te hebben gedaan. Wat dit voor de verschillende specifieke rechten betekent, wordt in de volgende paragrafen onderzocht. Ook zal daar gekeken worden in hoeverre partijen deze rechten bij expliciete overeenkomst kunnen uitsluiten.

6.3.3 Openbaarheid van de procedure

Kunnen partijen in het kader van een arbitrage of een bindend advies overeenkomen dat hun zaak vertrouwelijk behandeld moet worden? In paragraaf 6.2.2 is gebleken dat het recht op een openbare behandeling het belang van vertrouwen in de rechtspraak dient, aangezien de openbaarheid het mogelijk maakt de gang van zaken tijdens de procedure te controleren. Dit belang speelt in het kader van arbitrage en bindend advies echter een veel minder grote rol. Naast het vertrouwen in de rechtspraak helpt openbaarheid ook verzekeren dat toegang bestaat tot een procedure die aan een aantal minimumwaarborgen voldoet. Het beginsel waarborgt dat de rechten van partijen daadwerkelijk in acht worden genomen, waardoor het partijen beschermt. In dit verband is echter van belang dat de openbaarheid slechts een van de wijzen is waarop dit belang wordt gediend. Ook de overheidsrechter oefent controle uit op de gang van zaken tijdens arbitrage- en bindend adviesprocedures. Te verwachten is dan ook dat het partijen wel degelijk vrijstaat om in het kader van arbitrage of bindend advies overeen te komen dat hun zaak vertrouwelijk behandeld

⁵⁹ Zie ook Snijders in zijn noot bij HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115 (Meurs/Newomij), nr. 2d.

⁶⁰ HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.4; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.2.

dient te worden. Er lijkt ook geen bezwaar tegen te bestaan dat partijen dit reeds bij voorbaat, voordat er een geschil is, doen.

In de praktijk blijkt dit te kloppen. Het Europese Hof heeft bevestigd dat in het kader van een arbitrageprocedure afstand kan worden gedaan van het recht op een openbare behandeling.⁶¹ Ook in de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat partijen in het kader van arbitrage of bindend advies af kunnen spreken dat hun zaak vertrouwelijk behandeld wordt.⁶²

De vraag kan nog gesteld worden, of partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage of tot bindend advies geacht kunnen worden afstand te hebben gedaan van het beginsel van openbaarheid. Lawson meent dat, gezien de waarde die in de Straatsburgse jurisprudentie wordt gehecht aan een openbare behandeling, afstand van dit beginsel in zeer nadrukkelijke en ondubbelzinnige termen moet worden neergelegd.⁶³ Dit lijkt mij niet het geval. Het Europese Hof heeft namelijk overwogen dat doel van arbitrage in veel gevallen juist zal zijn openbaarheid te vermijden.⁶⁴ Ook wanneer dit niet in zeer nadrukkelijke en ondubbelzinnige termen geschiedt, zal een geldige afstand dus kunnen worden aangenomen. Of een dergelijke afstand reeds kan worden afgeleid uit de enkele overeenkomst tot arbitrage of tot bindend advies is echter de vraag.⁶⁵ In het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht wordt wel als uitgangspunt genomen dat arbitrages vertrouwelijk zijn.⁶⁶ Vooralsnog lijkt het in ieder geval verstandig om vertrouwelijkheid expliciet overeen te komen.⁶⁷

6.3.4 Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

6.3.4.1 Algemeen

Hiervoor is in het kader van de overheidsrechtspraak geconstateerd dat het ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak van belang is dat sprake is van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Ook met het oog op het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak is dit noodzakelijk. Ten slotte heeft de overheid, die moet meewerken aan de tenuitvoerlegging van uitspraken, er belang bij dat gerechten onafhankelijk en onpartijdig zijn.

In paragraaf 4.9.4.3 is gebleken dat het belang van vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak bij arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol speelt. De overige belangen zijn echter van een niet mindere betekenis in het kader van arbitrage en bindend advies dan bij de overheidsrechter. Te verwachten valt dan ook dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook in dergelijke

61 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (Suovaniemi/Finland).

62 Zie bijv. Meijer 2011, p. 86; Kuijer 2004, p. 143; Lawson 1996, p. 163-164; Snijders 1988, p. 406; Wiarda 1988, p. 426-427; Frumer 2001, p. 118, nr. 160; Jacot-Guillarmod 1988, p. 288.

63 Lawson 1996, p. 163-164.

64 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (Suovaniemi/Finland).

65 Frumer ziet in de enkele overeenkomst tot arbitrage wel reeds een afstand van dit recht; Frumer 2001, p. 118-119, nr. 160, p. 123, nr. 166. Volgens Meijer is dit een kwestie van uitleg; Meijer 2011, p. 86.

66 Zie art. 1069A conceptwetsvoorstel, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

67 Zie ook Van Haersolte-Van Hof 2011, m.n. p. 104-105; zie, in het kader van arbitrage op grond van de UAR 2010, Snijders 2011b, p. 9.

procedures in acht dient te worden genomen. Wel zal wellicht meer gewicht kunnen worden toegekend aan het standpunt van partijen ten aanzien van de vraag of er sprake is van een *schijn* van partijdigheid. In het kader van arbitrage en bindend advies is immers, anders dan bij de overheidsrechtspraak, niet zozeer van belang welk beeld in de samenleving ontstaat. Voldoende lijkt dat de schijn van partijdigheid bij partijen wordt voorkomen. Gezien de overige belangen die hier een rol spelen, is echter niet aannemelijk dat partijen ook beslechting van hun geschil kunnen overeenkomen door personen die *daadwerkelijk* afhankelijk of partijdig zijn. Of deze verwachting juist is, wordt hierna eerst voor de arbitrage (paragraaf 6.3.4.2) en vervolgens voor het bindend advies (paragraaf 6.3.4.3) onderzocht.

6.3.4.2 Arbitrage

Afstand van recht door de enkele overeenkomst tot arbitrage?

Duidelijk is, dat het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht in het kader van een arbitrageprocedure een andere invulling krijgt dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Zo is het partijen toegestaan om zelf arbiters te benoemen, hetgeen in het kader van de overheidsprocedure ontoelaatbaar is. Toch kunnen partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage nog niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van dit recht. Volgens de Hoge Raad behoort namelijk tot de ook in een arbitrageprocedure geldende fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn.⁶⁸ De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters worden bovendien op verschillende manieren door de wet gewaarborgd. Zo bevat artikel 1028 Rv een regeling voor het geval de overeenkomst tot arbitrage aan een van de partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters toekent. Daarnaast is in de wet een regeling voor wraking van arbiters opgenomen (zie artikel 1033 e.v. Rv). Ten slotte is het zo dat een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid grond kan zijn voor weigering van tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis en voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde (zie artikel 1063 lid 1 en artikel 1065 lid 1 sub e Rv).

In het kader van de vernietiging is echter wel het arrest *Nordström c.s./Nigoco* van belang. Uit dit arrest blijkt dat een beroep op vernietiging wegens een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid van arbiters niet snel zal slagen. De Hoge Raad oordeelde dat bij vernietiging een strengere maatstaf moet worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschoning. Bij de beoordeling of er voldoende aanleiding is tot wraking of verschoning valt volgens de Hoge Raad onder omstandigheden ook rekening te houden met de uiterlijke schijn. Dit is anders in het kader van de vernietiging. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet-onpartijdig of -onafhankelijk zijn van een arbiter is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet-onpartijdig dan wel niet-onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval

68 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.2.

mede in aanmerking genomen, onaantvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.⁶⁹ Het aannemen van een dergelijke strengere toets in het kader van de vernietiging is niet onverenigbaar met het EVRM. Een naar aanleiding van dit arrest in Straatsburg ingediende klacht is door de Europese Commissie niet-ontvankelijk verklaard.⁷⁰

Moet uit deze beperkte mogelijkheid tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid nu worden afgeleid dat partijen dit beginsel in zoverre buiten toepassing hebben verklaard? Dit kan naar mijn mening niet met zekerheid worden geconcludeerd. Het is mijns inziens namelijk niet zonder meer duidelijk dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij arbitrage (veel) minder goed gewaarborgd is dan bij de overheidsrechter. Ook in het geval van overheidsrechtspraak zal, nadat uitspraak is gedaan, niet altijd meer in gelijke mate een beroep kunnen worden gedaan op een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de rechter(s) als tijdens de procedure. Een partij heeft weliswaar de mogelijkheid in hogere instantie aan te voeren dat de beslissing op deze grond niet in stand kan blijven.⁷¹ Het is echter de vraag of in dit verband een even strenge maatstaf moet worden aangelegd als in het kader van een verzoek tot wraking tijdens de procedure. Snijders acht het denkbaar dat de vrees voor partijdigheid *ex post* (bij de beoordeling van de in de zaak zelf gedane uitspraken) minder snel kan worden aangenomen dan *ex ante* (bij de beoordeling van een wrakingsverzoek). Wel zal het volgens hem gaan om het lichtjes uiteenlopen van de criteria; een verschil als dat bij arbitrage is aangenomen heeft hij niet voor ogen.⁷² Daarnaast geldt echter dat niet steeds een hogere instantie openstaat. Indien een partij na afloop van de behandeling in cassatie op de hoogte raakt van feiten of omstandigheden die haar gerechtvaardigde reden geven te twifelen aan de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de cassatierechter(s), heeft zij in principe geen mogelijkheid meer om hier een beroep op te doen.⁷³ Ook in geval van een rechtsmiddelvebod is het de vraag in hoeverre na de uitspraak nog een beroep gedaan kan worden op een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Aannemelijk is dat een dergelijk beroep aanleiding kan zijn voor doorbreking van het rechtsmiddelvebod,⁷⁴ maar ook hier moet wellicht een strengere maatstaf worden gehanteerd dan in het kader van een wrakingsverzoek.

Het feit dat vernietiging van een arbitraal vonnis wegens het niet-onpartijdig of -onafhankelijk zijn van arbiters slechts mogelijk is indien aan strenge voorwaarden is voldaan, hoeft dus nog niet te betekenen dat partijen akkoord zijn gegaan met een

69 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 765, m.nt. HJS (Nordström c.s./Nigoco), r.o. 3.8.

70 ECRM 27 november 1996, appl.no. 28101/95, *NJ* 1997, 505, m.nt. PJB (Nordström c.s./Nederland).

71 Zie HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 562, m.nt. H.J. Snijders (V./NIAC), r.o. 3.2.

72 Noot Snijders bij HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 562, m.nt. H.J. Snijders (V./NIAC), nr. 1e.

73 Wel kan zij eventueel een vordering tegen de staat uit onrechtmatige daad instellen; zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137, m.nt. GJS (X./Staat); dit heeft echter geen gevolgen voor de uitspraak in de oorspronkelijke zaak.

74 Zie bijv. Rb. Zutphen 6 januari 2000, *Prg.* 2000, 5417, r.o. 5.5. Doorbreking van een rechtsmiddelvebod is mogelijk indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken; zie bijv. HR 26 november 2004, *NJ* 2005, 257, m.nt. PCEvW (Polderman c.s./Landinrichtingscommissie), r.o. 3.1-3.3; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672, m.nt. PAS (Woesthoff/Intershow), r.o. 3.2.

mindere bescherming dan bij de overheidsrechter geldt en in zoverre afstand hebben gedaan van hun recht. Het is immers niet direct duidelijk dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij de overheidsrechter beter gewaarborgd is. Vaststaat in ieder geval dat partijen door middel van de enkele overeenkomst tot arbitrage dit beginsel niet *volledig* buiten toepassing verklaren.⁷⁵ Het beginsel is ook in het kader van de arbitrage op verschillende manieren gewaarborgd.

Benoeming van partijdige of afhankelijke arbiters bij expliciete overeenkomst?

Ook al houdt de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen (volledige) afstand in, een dergelijke afstand is tot op zekere hoogte wel degelijk mogelijk. Zo nam het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *Suovaniemi c.s./Finland* een geldige afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan. In deze zaak hadden *Suovaniemi c.s.*, nadat zij ervan op de hoogte raakten dat één van de arbiters als advocaat was opgetreden voor de wederpartij, expliciet afgezien van een beroep op wraking. Na afloop van de procedure verzochten zij de overheidsrechter echter de uitspraak te vernietigen wegens een gebrek aan onpartijdigheid. De rechter wees dit verzoek af omdat op grond van de Finse wet *Suovaniemi c.s.*, door na te laten tijdig een beroep te doen op wraking, hun recht om deze kwestie aan de orde te stellen hadden verspeeld. Het Europese Hof oordeelde dat deze weigering verenigbaar was met artikel 6 EVRM, aangezien in de omstandigheden van het geval geldig afstand was gedaan van het recht op een onpartijdige rechter. Daarbij overwoog het Hof dat de lidstaten een aanzienlijke beoordelingsruimte hebben bij het reguleren van de gronden waarop een arbitraal vonnis vernietigd kan worden.⁷⁶

Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat partijen in het kader van arbitrage afstand kunnen doen van het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. In het arrest *Nordström c.s./Nigoco* overwoog de Hoge Raad dat een partij in een vordering tot vernietiging slechts kan slagen indien de door haar aan haar vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden haar gedurende de arbitrale procedure niet bekend zijn geweest en het haar niet valt toe te rekenen dat zij daarmee in dat stadium niet bekend was. In andere gevallen heeft volgens de Hoge Raad namelijk de weg van wraking van de betreffende arbiter opengestaan, hetgeen een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van deze feiten en omstandigheden uitsluit.⁷⁷

Afstand van recht is in principe dus mogelijk. Dit brengt naar mijn mening mee dat partijen ook bij procesovereenkomst kunnen afwijken van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Zij kunnen behandeling overeenkomen door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft. Een eenmaal benoemde arbiter heeft, anders dan de overheidsrechter, op dit punt naar mijn mening geen eigen verantwoordelijkheid. Arbiters dienen partijen slechts op de redenen die een grond voor wraking zouden kunnen vormen te wijzen (zie artikel 1034 Rv). Indien partijen hierin geen aanleiding zien om hem te wraken, heeft

⁷⁵ Frumer 2001, p. 119-120, nr. 161-162; Snijders 1988, p. 406-407; Snijders 1995, p. 71-72; Kuijer 2004, p. 143, 296-297; Meijer 2011, p. 81, 85-86.

⁷⁶ EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

⁷⁷ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765, m.nt. HJS (*Nordström c.s./Nigoco*), r.o. 3.8; zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 13.

een eenmaal benoemde arbiter geen mogelijkheid zich te verschonen. Er lijkt mij in een dergelijke situatie namelijk onvoldoende reden om de arbiter op grond van artikel 1029 lid 2 Rv op zijn eigen verzoek van zijn opdracht te ontheffen.⁷⁸ Dit verschil in benadering kan naar mijn mening worden verklaard doordat het belang van vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak in het kader van arbitrage in veel mindere mate speelt. Het ligt dan voor de hand meer betekenis te hechten aan de mening van partijen. Indien bepaalde omstandigheden voor hen geen reden zijn om te twifelen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, is het beeld dat in de samenleving zou kunnen ontstaan geen reden om het optreden van een bepaalde persoon als arbiter toch ontoelaatbaar te achten.

Toch moeten er mijns inziens grenzen worden gesteld aan de vrijheid van partijen om personen als arbiter te benoemen. Ten eerste kunnen partijen mijns inziens niet akkoord gaan met behandeling door een arbiter die *daadwerkelijk* afhankelijk is van een van de partijen, of die *daadwerkelijk* partijdig is. Zoals gezegd spelen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak en het belang van vertrouwen in de overheid ook in het kader van arbitrage een rol. Indien blijkt dat een arbiter feitelijk afhankelijk of partijdig is, is dit naar mijn mening dan ook wél reden om deze arbiter op grond van artikel 1029 lid 2 Rv op eigen verzoek van zijn opdracht te ontheffen. Bovendien kan een uitspraak die door een dergelijke arbiter is gewezen, ondanks het feit dat tijdens de procedure geen verzoek tot wraking is gedaan, wel degelijk worden vernietigd. In zoverre moet dus worden afgeweken van hetgeen in het arrest Nordström c.s./Nigoco is overwogen.

Ten tweede gaat het buiten toepassing laten van dit beginsel nooit verder dan door partijen beoogd is. Indien partijen op de hoogte raken van omstandigheden die een gerechtvaardigde twijfel opleveren aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter, maar besluiten af te zien van wraking, betekent dit bijvoorbeeld niet dat het de betreffende arbiter vrijstaat om de zaak *feitelijk* op partijdige wijze te behandelen. Bovendien kunnen partijen, indien zij later op de hoogte raken van nog weer andere omstandigheden die een dergelijke gerechtvaardigde twijfel opleveren, op deze nieuwe grond alsnog overgaan tot wraking of tot vernietiging van het arbitrale vonnis.

Ten slotte kunnen partijen mijns inziens niet bij voorbaat akkoord gaan met behandeling door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft. De reden is dat partijen, voordat er een geschil is, de gevolgen van een dergelijke afspraak niet goed kunnen overzien. Hoewel een partij er op dat moment wellicht geen bezwaar tegen heeft dat bijvoorbeeld een vroegere raadsman van de wederpartij als arbiter optreedt, kan zij hier later heel anders over denken. Een partij moet bovendien beschermd worden tegen mogelijk misbruik door haar wederpartij. Ook artikel 1028 Rv biedt een aanwijzing dat afwijking bij voorbaat niet mogelijk is. Dit artikel bevat een regeling voor het geval de overeenkomst tot arbitrage aan een van de partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters toekent.

Partijen kunnen kortom na het ontstaan van het geschil behandeling overeenkomen van een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich

⁷⁸ Zie echter Snijders, die wel meent dat een arbiter, althans voordat hij benoemd is, een eigen verantwoordelijkheid heeft; Snijders 1995, p. 72-73.

heeft, maar zij kunnen niet behandeling overeenkomen door een arbiter die daadwerkelijk partijdig of afhankelijk is.

Zelfstandig onderzoek door arbiters

Niet alleen door een arbiter te benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich heeft, ook op andere wijze kunnen partijen afstand doen van de in het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gelegen bescherming. Dit blijkt uit een beschikking van de Hoge Raad over de vraag in hoeverre arbiters, buiten partijen om, zelf onderzoek kunnen verrichten. Volgens de Hoge Raad brengen de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid mee dat arbiters zich in beginsel moeten onthouden van bewijsgaring, in die zin dat zij niet zelf, buiten partijen om, bewijs mogen verzamelen. Arbiters mogen hiertoe volgens hem echter wel overgaan indien partijen op niet voor misverstand vatbare wijze ermee hebben ingestemd dat arbiters hun beoordeling van bewijsmateriaal dat voor de beslissing van belang is, mede baseren op hetgeen zij door eigen onderzoek hebben vastgesteld. Wel stelt de Hoge Raad een aantal nadere voorwaarden.⁷⁹

Ook deze uitspraak maakt mijns inziens een procesovereenkomst door partijen mogelijk. Partijen kunnen overeenkomen dat arbiters, in plaats van deskundigen te benoemen, bewijsmateriaal zullen beoordelen door middel van eigen onderzoek. Arbiters zijn hier in dat geval toe verplicht en kunnen niet, zonder schending van hun opdracht, besluiten om toch deskundigen te benoemen. Een dergelijke overeenkomst kunnen partijen mijns inziens enkel sluiten met het oog op een reeds bestaand geschil. Slechts in dat geval kunnen partijen immers overzien welk onderzoek vereist is en in hoeverre dit aan arbiters kan worden overgelaten.

Duidelijk is dat partijen groot belang kunnen hebben bij een dergelijke afspraak. Door deskundige arbiters te benoemen die eigen onderzoek zullen verrichten, kunnen zij de kosten van een deskundigenbericht uitsparen. Is een vergelijkbare overeenkomst nu ook denkbaar in het kader van de overheidsrechtspraak? Kunnen ook rechters, in geval van een expliciete overeenkomst van partijen, zelfstandig onderzoek verrichten? Ook in het kader van een overheidsprocedure kunnen partijen onder omstandigheden belang bij een dergelijke afspraak hebben. Toch is een dergelijke afspraak hier mijns inziens niet mogelijk. Om dit verschil in benadering te verklaren, zal nader moeten worden ingegaan op de bezwaren die tegen het zelfstandig verrichten van onderzoek bestaan.

De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de arbiter die aan bewijsgaring doet, al spoedig in de positie zal geraken dat hij het evenwicht tussen partijen verstoort en zijn onpartijdigheid in zoverre verliest. Ook eigen onderzoek van de arbiter kan tot gevolg hebben dat bewijs ten nadele van een bepaalde partij wordt verkregen, die daardoor genoodzaakt kan zijn dit oordeel te bestrijden. Deze laatste partij zal, als zij op redelijke gronden van oordeel is dat het onderzoek van de arbiter niet deugdelijk is geweest, maar daarvoor geen gehoor vindt bij de arbiter, ook objectief gezien het vertrouwen in diens onpartijdigheid als arbiter kunnen verliezen.⁸⁰

79 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

80 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.3.

Denkbaar is kortom dat de arbiter die zelfstandig onderzoek verricht niet meer openstaat voor kritiek op dit onderzoek door een van de partijen en hierdoor zijn onpartijdigheid verliest. De Hoge Raad stelt dan ook als voorwaarde voor het verrichten van eigen onderzoek door arbiters dat zij partijen, als daarom wordt verzocht, wel de reële mogelijkheid geven de resultaten van hun onderzoek ter discussie te stellen.⁸¹ Aannemelijk lijkt dat arbiters, indien zij aan dit vereiste niet voldoen, alsnog gewraakt kunnen worden.

Op dit punt blijkt het verschil tussen arbitrage en overheidsrechtspraak. In geval van arbitrage kan volstaan worden met deze waarborg achteraf. Afgewacht kan worden of de arbiter, door het zelfstandig verrichten van onderzoek, zich partijdig gaat gedragen en mocht dit het geval zijn, kunnen hier op dat moment maatregelen tegen genomen worden. In geval van de overheidsrechtspraak is echter niet alleen de positie van de rechter *in deze specifieke zaak* in het geding, maar staat het gezag van de rechterlijke macht als geheel op het spel. Het feit dat de rechter niet (langer) bereid is te luisteren naar een van de partijen, kan meebrengen dat ook andere partijen, in toekomstige zaken, geen vertrouwen meer in deze rechter hebben. Bovendien kan deze partijdige houding afstralen op de rechterlijke macht als geheel. In geval van de overheidsrechtspraak kan dus niet worden volstaan met eventuele maatregelen achteraf, maar is het beter om de situatie waarin twijfel kan ontstaan over de onpartijdigheid van de rechter reeds op voorhand te voorkomen.

Het lijkt goed om nog kort in te gaan op het onderscheid tussen het verrichten van feitelijk onderzoek door arbiters of rechters, en het geven van rechtsoordelen. Aangevoerd zou kunnen worden dat arbiters of rechters ook door rechtsoordelen hun gezag kunnen verliezen. Een arbiter of rechter kan een verkeerde rechtsbeslissing geven en vervolgens niet meer openstaan voor de argumenten die door een van de partijen hiertegen in worden gebracht. Toch is het arbiters en rechters zonder meer toegestaan dergelijke beslissingen te nemen. Wat is nu eigenlijk het verschil met het verrichten van feitelijk onderzoek?⁸² Naar mijn mening is er wel degelijk sprake van een verschil. Een rechter of arbiter die zich bezighoudt met feitelijk onderzoek loopt eerder het gevaar de grenzen van de rechtsstrijd van partijen te overschrijden. Bovendien is er, in het kader van de overheidsrechtspraak althans, meer controle op rechtsoordelen van een rechter dan op feitelijke oordelen. Zo is het in cassatie wel mogelijk om te klagen over schending van het recht, maar niet over een onjuist feitelijk oordeel van de lagere rechter. Het is dan ook goed verklaarbaar dat het zelfstandig verrichten van onderzoek naar de feiten met meer wantrouwen wordt bekeken.

81 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4. Overigens kunnen partijen volgens de Hoge Raad ook deze voorwaarde bij overeenkomst uitsluiten. In dat geval zal echter niet snel een gerechtvaardigde schijn van partijdigheid ontstaan, aangezien de reden dat een arbiter weigert na te gaan of hij wellicht een fout heeft gemaakt bij het onderzoek, dan niet meer is dat hij zijn eigen fouten niet wil toegeven, maar dat dit nu eenmaal door partijen was afgesproken.

82 Zie bijv. Snijders in zijn noot bij HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, nr. 2 sub c.

Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat partijen door de enkele overeenkomst tot arbitrage slechts in geringe mate afstand doen van de bescherming die gelegen is in het beginsel van een behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Wel kunnen partijen door middel van expliciete afspraken deze bescherming gedeeltelijk buiten toepassing laten. Zo kunnen zij afspreken dat een bepaalde arbiter hun zaak zal behandelen, ook al is gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid mogelijk. Ook kunnen zij afspreken dat arbiters hun beoordeling van bewijsmateriaal mede baseren op hetgeen zij door eigen onderzoek hebben vastgesteld. Reden is dat het vertrouwen in de rechterlijke macht in het kader van arbitrage een veel minder belangrijke rol speelt, zodat slechts in beperkte mate rekening hoeft te worden gehouden met het beeld dat in de samenleving als geheel ontstaat. Partijen kunnen echter niet behandeling overeenkomen door een arbiter die daadwerkelijk partijdig of afhankelijk is.

6.3.4.3 *Bindend advies*

Stemt het beeld bij arbitrage overeen met hetgeen op basis van de uitgangspunten die in hoofdstuk 4 zijn geformuleerd zou worden verwacht, dit is anders bij het bindend advies. In het kader van het bindend advies kunnen partijen namelijk niet slechts bindend adviseurs benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich hebben, maar ook adviseurs die daadwerkelijk partijdig zijn. Uit artikel 7:900 lid 2 BW blijkt namelijk dat partijen de beslissing in hun geschil kunnen opdragen aan één van hen. In dat geval is diegene die de beslissing neemt dus per definitie partijdig. Een dergelijke overeenkomst kan kennelijk zelfs gesloten worden nog vóórdat er een geschil is. Als partijen de beslissing kunnen overlaten aan een van hen, lijkt er ook geen bezwaar mogelijk tegen een overeenkomst waarbij zij een derde, die banden heeft met een van hen, aanwijzen voor de beslechting van hun geschil.

Volgens Van Schaick dient de bindende partijbeslissing met enige reserve bejegend te worden.⁸³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt hiervan echter niets.⁸⁴ Een dergelijke overeenkomst is gewoon geldig. Nu is het wel zo dat in de praktijk de gevolgen van dit uitgangspunt op een aantal manieren gerelativeerd worden. Ten eerste is het de vraag of het overlaten van de beslissing aan één van de partijen wel een volledige afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid inhoudt. In zijn conclusie voor het arrest *Steinweg/Delta Lloyd c.s.* merkt A-G Bakels op dat de uitoefening van de bevoegdheid tot het nemen van een bindende partijbeslissing dient te geschieden binnen de kaders van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Indien een partij *in het geheel* geen rekening houdt met de belangen van haar wederpartij, is aannemelijk dat de beslissing vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW. Ook indien een van de partijen als bindend adviseur is aangewezen, hebben

83 Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 216, nr. 259; zie ook p. 240-241, nr. 284.

84 Zie Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, boek 7, p. 1132-1151; *Kamerstukken* 17 779.

85 Conclusie Bakels voor HR 28 november 1997, NJ 1998, 706, m.nt. JH (Steinweg/Delta Lloyd c.s.), nr. 2.16; zie ook Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 240, nr. 284.

partijen daarmee kortom weliswaar in ruime mate, maar niet *volledig* afstand gedaan van hun recht op een onpartijdige behandeling.

Ten tweede is het zo dat partijen niet met de enkele overeenkomst tot bindend advies kunnen worden geacht afstand te hebben gedaan van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad. In deze zaak was een notaris, die de vaste (partij)adviseur was van een van de partijen, als bindend adviseur opgetreden. Het hof oordeelde dat gebondenheid van de wederpartij aan het bindend advies onaanvaardbaar was. De Hoge Raad verwierp het hiertegen ingestelde cassatieberoep:

'Het hof heeft, na vooropstelling van het bijzondere gewicht dat dit geval voor [verweerder] c.s. aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bindend adviseur toekwam, zijn oordeel in het bijzonder erop gegrond dat [verweerder] c.s. in de gegeven omstandigheden niet ervan op de hoogte waren of behoeften te zijn dat [de notaris] niet onafhankelijk en onpartijdig in het geschil stond en dat zij niet ermee hebben ingestemd dat [de notaris] als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur zou optreden (...).

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁸⁶

De enkele overeenkomst tot bindend advies houdt dus nog geen afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid in.⁸⁷ Vereist is dat een partij ermee heeft ingestemd dat iemand als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur optreedt. Dat een dergelijke instemming niet al te snel kan worden aangenomen, kan ook uit dit arrest worden afgeleid. Het was namelijk niet zo dat de verweerder in cassatie geen enkele reden had om te twijfelen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris. De zaak draaide om de beëindiging van een samenwerkingsverband tussen partijen. De notaris was reeds bij de totstandkoming van dit samenwerkingsverband betrokken geweest, waarbij hij expliciet aan de verweerder in cassatie had gemeld dat hij ook als adviseur voor de wederpartij optrad. Ook bij de beëindiging van het samenwerkingsverband was de notaris weer ingeschakeld, waarbij de notaris een beëindigingsovereenkomst had opgesteld met daarin een non-concurrentiebeding waarover later het geschil ontstond. In deze beëindigingsovereenkomst was de bepaling opgenomen dat de notaris als bindend adviseur zou optreden in een eventueel geschil over de uitvoering van de overeenkomst. Hoewel de verweerder dus wel degelijk tot op zekere hoogte met de positie van de notaris bekend was toen hij akkoord ging met de bindendadviesclausule, werd dit door het hof onvoldoende geacht om instemming met behandeling door een niet-onpartijdige en niet-onafhankelijke bindend adviseur aan te nemen. Volgens het hof waren er geen feiten en omstandigheden gebleken waaruit volgde dat verweerder had moeten begrijpen dat het adviseurschap in de jaren na de totstandkoming van het samenwerkingsverband in een vaste adviesrelatie was voortgezet.⁸⁸

86 HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1278, r.o. 4.3.

87 Zie ook Snijders 1988, p. 406-407.

88 HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1278, r.o. 4.1.

Afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zal kortom niet al te snel kunnen worden aangenomen. Expliciet zal moeten blijken dat een partij die akkoord gaat met de benoeming van een bepaalde bindend adviseur van alle omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot twijfel op de hoogte is.

Indien partijen wel expliciet zijn overeengekomen dat een bindende partijbeslissing zal worden genomen, kan de reikwijdte van deze afspraak bovendien worden beperkt door hieraan een restrictieve uitleg te geven. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest *Steinweg/Delta Lloyd c.s.* Op het briefpapier van Steinweg stond een bepaling dat bij twijfel welke algemene voorwaarden in een bepaald geval van toepassing waren, Steinweg dit zou beslissen. Op een gegeven moment rees tussen Steinweg en haar wederpartij, Marc Rich, de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing waren: waren dit de veemcondities of de FENEX-condities? De FENEX-condities waren in dit geval voor Steinweg gunstiger en Steinweg stelde zich dan ook op het standpunt dat deze condities golden. Zowel de rechtbank als het hof oordeelden echter dat de veemcondities van toepassing waren. In cassatie klaagde Steinweg dat het hof haar beroep op het keuzebeding ten onrechte had verworpen. Volgens de Hoge Raad faalde deze klacht echter, aangezien Steinweg slechts een keuzerecht toekwam 'bij twijfel'. In 's hofs oordeel dat in dit geval de veemcondities van toepassing zijn, lag besloten dat hier van een dergelijke twijfel geen sprake was.⁸⁹

Door dus te oordelen dat geen sprake is van 'twijfel' of 'geschil' tussen partijen, kan worden voorkomen dat een beding tussen partijen van toepassing wordt. Op zichzelf is het terecht dat de rechter, los van de opvatting van de partij die de beslissing mag nemen, kan oordelen of sprake is van 'twijfel' of 'geschil'. Anders zou deze partij ook in gevallen waarin objectief gezien nauwelijks verschil van mening mogelijk is, zich op een zeer onredelijk standpunt kunnen stellen en daarmee toepasselijkheid van de geschillenbeslechting Clausule kunnen uitlokken. In feite kan de rechter door deze methode de werking aan het beding echter volledig ontnemen. De rechter kan immers iedere onduidelijkheid in een overeenkomst van partijen eerst door uitleg wegwerken en vervolgens constateren dat er geen reden is tot 'twijfel'. Hoewel de neiging groot kan zijn om via deze methode de partij, die door het beding afhankelijk wordt gemaakt van een beslissing van haar wederpartij, te hulp te schieten, is het de vraag of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. Indien de gevolgen van dergelijke bedingen als onwenselijk worden ervaren, zou dit eerder reden moeten zijn om de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen te heroverwegen.

Op verschillende manieren wordt het uitgangspunt, dat partijen behandeling van hun geschil door een afhankelijke en partijdige bindend adviseur kunnen overeenkomen, dus gerelativeerd. Desondanks kan behandeling door een daadwerkelijk partijdige en afhankelijke bindend adviseur mijns inziens in die gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak niet worden geaccepteerd. Ook in het kader van bindend advies bestaat er belang bij dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gewaarborgd is. Het zou naar mijn mening dan ook beter zijn indien de mogelijkheid tot een bindende partijbeslissing voor de gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak, wordt geschrapt.

89 HR 28 november 1997, NJ 1998, 706, m.nt. JH (*Steinweg/Delta Lloyd c.s.*), r.o. 3.4.1.

Geconcludeerd kan worden dat partijen in geval van bindend advies behandeling overeen kunnen komen door een bindend adviseur die daadwerkelijk afhankelijk of partijdig is. Dit betekent echter niet dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid hier geen enkele werking heeft. Ook een afhankelijke of partijdige bindend adviseur zal tot op zekere hoogte rekening moeten houden met de belangen van beide partijen, omdat zijn beslissing anders vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW. De *enkele* overeenkomst tot bindend advies houdt bovendien nog geen buitentoepassinglating van dit beginsel in. De instemming van partijen met behandeling door een partijdige of afhankelijke adviseur moet expliciet blijken. Desondanks zou het beter zijn indien in die gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak de bepaling, dat een bindende partijbeslissing kan worden genomen, werd geschrapt.

6.3.5 Een eerlijke behandeling

6.3.5.1 Algemeen

Hiervoor is gebleken dat het recht op een eerlijke behandeling meerdere aspecten omvat, zoals het beginsel van 'equality of arms' en de 'right to an adversarial procedure'. Het omvat mede hetgeen naar Nederlands burgerlijk procesrecht wordt verstaan onder het beginsel van hoor en wederhoor.⁹⁰

In zijn algemeenheid geldt dat deze beginselen ook van toepassing zijn in arbitrage- en bindendadviesprocedures.⁹¹ Zo bepaalt artikel 1039 lid 1 Rv dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld en dat het scheidsgerecht iedere partij de gelegenheid geeft, voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen. Schending van het beginsel van hoor en wederhoor in een arbitrageprocedure kan leiden tot vernietiging van het scheidsrechterlijke vonnis. Daarbij geldt dat, hoewel de overheidsrechter artikel 1065 lid 1 onder e Rv in zijn algemeenheid met terughoudendheid dient toe te passen, er voor een terughoudende toepassing volgens de Hoge Raad geen plaats is wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor.⁹² Schending van hoor en wederhoor kan ook een reden zijn voor vernietiging van een bindend advies op grond van artikel 7:904 lid 1 BW,⁹³ al zal hiertoe niet in alle gevallen aanleiding bestaan.⁹⁴

In zijn algemeenheid kan kortom gezegd worden dat het recht op een eerlijke behandeling ook van toepassing is in arbitrage- en bindendadviesprocedures. Het is echter de vraag in hoeverre dit ook geldt voor alle deelaspecten, die uit dit recht zijn afgeleid. Hierna zal op een aantal van deze specifieke deelaspecten worden ingegaan.

⁹⁰ Smits 2008, p. 95-96.

⁹¹ Zie ook Frumer 2001, p. 120, nr. 163; Snijders 1988, p. 406-407; Snijders 1995, p. 34-36; Kuijer 2004, p. 143; Meijer 2011, p. 89; Jacot-Guillarmod 1988, p. 287-288.

⁹² HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, *NJ* 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1; zie bijv. ook Hof 's-Gravenhage 28 december 2010, *NJF* 2011, 160.

⁹³ Zie bijv. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8; HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 310 (Blom/'t Sleyk c.s.).

⁹⁴ HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4.

6.3.5.2 Beperking processuele mogelijkheden

In hoeverre hebben partijen in het kader van arbitrage of bindend advies het recht om hun zaak te presenteren? Kunnen zij dit recht bij overeenkomst beperken? In paragraaf 4.9 is gebleken dat het in deze procedures in principe niet van veel minder belang is dat partijen voldoende mogelijkheden hebben om hun zaak naar voren te brengen dan in het kader van de overheidsprocedure. Ook hier ontstaat immers gevaar van eigenrichting indien deze mogelijkheid te veel wordt beperkt. Ook hier staat het gezag van de overheid, die moet meewerken aan de tenuitvoerlegging van de aldus verkregen uitspraak, op het spel. Aan de andere kant speelt het belang van vertrouwen in de rechtspraak in geval van arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol. Al met al is te verwachten dat in het kader van arbitrage of bindend advies de vrijheid van partijen om de mogelijkheden om het geschil te presenteren te beperken, nauwelijks ruimer is dan bij de overheidsrechter. Partijen moeten ook hier voldoende gelegenheid overhouden hun geschil naar voren te brengen.

Werkt het nu inderdaad zo in de praktijk? Met betrekking tot arbitrage geldt dat, indien partijen niets over het verloop van de procedure zijn overeengekomen, hun rechten om de zaak naar voren te brengen wellicht iets beperkter zijn dan in het kader van een overheidsprocedure. Het scheidsgerecht kan, indien partijen zelf geen afspraken hebben gemaakt, namelijk de gang van zaken tijdens het geding bepalen, zo blijkt uit artikel 1036 Rv. In artikel 1039 lid 5 Rv is bovendien bepaald dat voor zover de partijen niet anders zijn overeengekomen, het scheidsgerecht vrij is ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat het in beginsel aan de beoordeling van het scheidsgerecht is overgelaten of en in welke mate het partijen zal toestaan bewijs van hun stellingen te leveren.⁹⁵ Een bewijsaanbod kan in het kader van een arbitrage dus gemakkelijker worden gepasseerd dan bij de overheidsrechter. Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot arbitrage dus in zoverre worden geacht afstand te hebben gedaan van hun recht hun zaak te presenteren. Hoewel het scheidsgerecht kortom een ruime vrijheid heeft de gang van zaken tijdens het geding te bepalen, is in het kader van een arbitrage wel degelijk gewaarborgd dat partijen voldoende mogelijkheid hebben om hun geschil naar voren te brengen. In artikel 1039 lid 1 Rv is immers, zoals reeds gezegd, bepaald dat het scheidsgerecht iedere partij de gelegenheid geeft voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen. Het scheidsgerecht kan dan ook niet voorbijgaan aan *ieder* bewijsaanbod. De vrijheid van het scheidsgerecht om een bewijsaanbod te passeren vindt volgens de Hoge Raad haar grens waar dit in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde of met andere fundamentele beginselen van procesrecht.⁹⁶ Dat de rechten van partijen om hun zaak naar voren te brengen, indien zij geen nadere afspraken hebben gemaakt, iets beperkter zijn dan in het kader van de overheidsprocedure, hoeft bovendien nog niet te betekenen dat partijen feitelijk ook minder gelegenheid krijgen om hun zaak te presenteren.

⁹⁵ HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

⁹⁶ HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

Indien partijen geen expliciete afspraken over de procedure hebben gemaakt, heeft te gelden dat partijen voldoende gelegenheid dienen te hebben hun zaak te presenteren. Een andere vraag is hoe ver partijen kunnen gaan indien zij *wel* expliciete afspraken maken. Het antwoord hierop is niet duidelijk. Zoals hiervoor is aangegeven, valt te verwachten dat partijen weliswaar de procedure kunnen verkorten, maar dat zij daarbij een reële mogelijkheid moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen.

In het kader van het bindend advies heeft hetzelfde te gelden als bij de arbitrage. Ook hier moeten partijen, indien zij geen expliciete afspraken hebben gemaakt, voldoende gelegenheid hebben hun geschil te presenteren. Zo overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin bindend adviseurs geen kennis hadden genomen van bepaalde stukken die door een van de partijen in het geding waren gebracht, dat deze bindend adviseurs zeer wel tot het oordeel konden komen dat het geschil in zijn geheel opnieuw diende te worden behandeld en beslist.⁹⁷ Ook uit andere jurisprudentie kan worden afgeleid dat het van belang is dat partijen hun standpunt kenbaar kunnen maken, al zal schending van dit beginsel niet altijd reden zijn voor vernietiging van de verkregen uitspraak.⁹⁸ Te verwachten valt wel dat ook bindend adviseurs een grote vrijheid zullen hebben bij het bepalen van de gang van zaken tijdens de procedure, indien partijen hierover niets zijn overeengekomen. Ook zij zullen bijvoorbeeld een bewijsaanbod waarschijnlijk eerder mogen passeren dan de overheidsrechter. Niet duidelijk is in hoeverre partijen bij expliciete overeenkomst de mogelijkheden om hun zaak te presenteren kunnen beperken. Ook hier kan worden aangenomen dat zij daarbij niet zover mogen gaan, dat zij geen reële mogelijkheid overhouden hun standpunten naar voren te brengen.

6.3.5.3 Uitsluiting van het recht op een gelijke behandeling

Hiervoor is aangenomen dat partijen in het kader van de overheidsrechtspraak het recht op een *gelijke* behandeling niet bij overeenkomst aan de kant kunnen zetten. Te verwachten is dat hetzelfde geldt in het kader van arbitrage en bindend advies. Het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak en van vertrouwen in de overheid staan ook in dit verband hieraan in de weg. Dat het belang van vertrouwen in de rechtspraak bij arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol speelt, is onvoldoende reden om iets anders aan te nemen.

Inderdaad blijkt dat partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies nog geen afstand hebben gedaan van het recht op een gelijke behandeling. Voor de arbitrage volgt dit reeds uit artikel 1039 lid 1 Rv, waarin is bepaald dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld. Ook uit de jurisprudentie volgt dat partijen in het kader van arbitrage en bindend advies recht hebben op een gelijke behandeling.⁹⁹ Aannemelijk is dat partijen ook bij expliciete overeenkomst dit beginsel niet buiten toepassing kunnen laten.

⁹⁷ HR 22 december 2009, NJ 2010, 18 (Bosman/Sagittarius), r.o. 3.4.

⁹⁸ Zie bijv. HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8; HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4.

⁹⁹ Zie bijv. HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova); HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), m.n. r.o. 3.6.

6.3.5.4 *Uitsluiting van het recht om van een bepaalde kwestie kennis te nemen en/of zich hierover uit te laten*

Partijen kunnen volgens de Hoge Raad bij voorbaat afstand doen van het recht op hoor en wederhoor, in die zin dat zij niet meer het recht hebben om zich over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting uit te laten. Ook in het kader van de arbitrage heeft de Hoge Raad dit uitdrukkelijk aangenomen.¹⁰⁰ Hiervoor is in het kader van de overheidsprocedure betoogd dat dit nog niet betekent dat partijen dit recht ook bij overeenkomst kunnen uitsluiten. Indien de rechter meent dat het wenselijk is dat partijen zich over een bepaalde kwestie uitlaten, staat het hem nog steeds vrij partijen hiertoe de gelegenheid te bieden, ook al hebben zij afstand gedaan van hun recht. Moet nu hetzelfde in het kader van arbitrage en bindend advies worden aangenomen? Staat het arbiters en bindend adviseurs te allen tijde vrij om partijen de gelegenheid te geven zich over een bepaalde kwestie uit te laten?

Naar mijn mening is dit inderdaad het geval. Van groot belang daarbij is dat partijen, op het moment dat zij de afspraak maken, de gevolgen hiervan niet goed kunnen overzien. Zij hebben op dat moment immers nog geen kennis van de inhoud van bijvoorbeeld de bewijsverrichting. Indien arbiters of bindend adviseurs, na kennisneming van het bewijs, van oordeel zijn dat uitlating van partijen vereist is om de zaak voldoende tot zijn recht te laten komen, moeten zij hun daar de gelegenheid toe bieden.

In paragraaf 6.2.4 is verder gebleken dat de Hoge Raad in het kader van de overheidsrechtspraak heeft aangenomen dat een partij, indien gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, kan meedelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft. Ook de toestemming van de wederpartij is in dat geval vereist.¹⁰¹ Hetzelfde kan naar mijn mening worden aangenomen in het kader van arbitrage en bindend advies. Partijen kunnen namelijk groot belang hebben bij een dergelijke afspraak, omdat het hierdoor mogelijk is om toch een uitspraak te verkrijgen in een geschil, zonder dat bepaalde vertrouwelijke gegevens behoeven te worden geopenbaard. Dit betekent echter nog niet dat ook een procesovereenkomst mogelijk is. Het staat arbiters of bindend adviseurs mijns inziens vrij om na kennisneming van de stukken of de inlichtingen te oordelen dat het onwenselijk is om op basis hiervan uitspraak te doen zonder dat ook de wederpartij hiervan kennisneemt. Voor de wederpartij zijn immers de gevolgen van de afspraak niet goed in te schatten, aangezien zij juist geen kennis heeft van de stukken of inlichtingen waarom het gaat. Er ontstaat hierdoor een ongelijkwaardige verhouding, aangezien de partij van wie de informatie afkomstig is deze kennis wel heeft. Om deze reden is het van groot belang dat arbiters en bindend adviseurs de mogelijkheid hebben om de belangen van de wederpartij te bewaken en

¹⁰⁰ HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH), r.o. 3.3; HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

¹⁰¹ HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8; HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (Lightning Casino c.s./De Nederlandse Antillen c.s.), r.o. 4.4.4, 4.4.6.

te controleren dat deze partij niet te sterk wordt belemmerd in de mogelijkheid om haar zaak naar voren te brengen.

In de in deze paragraaf behandelde gevallen is afstand van recht kortom wel mogelijk, maar een procesovereenkomst niet. Het staat arbiters en bindend adviseurs vrij om voorbij te gaan aan de wensen van partijen. Reden is dat partijen in deze gevallen de gevolgen van de afspraak niet goed kunnen overzien, terwijl zij bij deze afspraak wel belang kunnen hebben. Het is dan ook aan arbiters en bindend adviseurs om het belang te bewaken dat partijen toegang hebben tot een procedure waarin zij voldoende mogelijkheid hebben om hun zaak te presenteren. Toetsing door de overheidsrechter van de wijze waarop arbiters en bindend adviseurs met deze taak omgaan, zal overigens slechts zeer marginaal kunnen zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen kan worden geoordeeld dat arbiters of bindend adviseurs, ondanks een andersluidende afspraak van partijen, toch de gelegenheid aan partijen hadden moeten bieden om kennis te nemen van bepaalde informatie en/of om zich hierover uit te laten. Een andere opvatting zou het behoorlijk functioneren van arbitrage en bindend advies te veel belemmeren.

6.3.5.5 *Tussenconclusie*

Het recht op een eerlijke behandeling geldt in principe ook in het kader van arbitrage en bindend advies. Daarbij geldt wel dat, indien partijen niets overeen zijn gekomen, arbiters en bindend adviseurs meer vrijheid hebben om de gang van zaken tijdens de procedure te bepalen dan de overheidsrechter. Hierdoor is het recht van partijen om hun zaak naar voren te brengen iets beperkter, al hoeft dit uiteraard niet te betekenen dat partijen in werkelijkheid ook minder gelegenheid krijgen hun zaak te presenteren. Indien partijen wel expliciete afspraken maken, hebben zij weliswaar een ruime bevoegdheid om de procedure vorm te geven, maar dienen zij steeds een reële mogelijkheid te behouden om hun zaak naar voren te brengen. De vrijheid om processuele bevoegdheden te beperken, zal dan ook nauwelijks ruimer zijn dan in het kader van de overheidsprocedure. Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren. Ook kunnen zij het recht op hoor en wederhoor niet bij overeenkomst uitsluiten. Zo kunnen zij niet overeenkomen dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een te verrichten bewijshandeling. Ook de afspraak, dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen die een van beide partijen niet kent, is ongeldig. Arbiters en bindend adviseurs moeten in deze gevallen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak bewaken en kunnen daarom ingaan tegen de wensen van partijen.

6.3.6 *Mondelinge behandeling*

Met de enkele overeenkomst tot arbitrage doen partijen nog geen afstand van het recht op een mondelinge behandeling. Dit blijkt uit artikel 1039 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat het scheidsgerecht, op verzoek van een der partijen of uit eigen beweging, aan partijen de gelegenheid geeft tot het geven van een mondelinge toelichting.

Aannemelijk lijkt dat partijen ook in het kader van het bindend advies in principe recht hebben op een mondelinge behandeling.

Partijen zullen echter, anders dan in de overheidsprocedure, wel bij expliciete overeenkomst kunnen afspreken dat geen mondelinge behandeling zal plaatsvinden en dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen. Daarbij geldt wel dat zij voldoende mogelijkheid moeten overhouden om het geschil naar voren te brengen. Eén schriftelijke ronde zal in de meeste gevallen te weinig zijn om de zaak uit de verf te laten komen. Dit betekent dat de procedure door de afspraak om schriftelijk te procederen wellicht duurder wordt. Het belang van een besparing van overheidsmiddelen speelt in geval van arbitrage en bindend advies echter niet.

Door de afspraak dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen kan het zijn dat de procedure wordt vertraagd, zodat de afspraak ook raakt aan het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Zie over de vraag in hoeverre partijen af kunnen wijken van dit beginsel de volgende paragraaf.

6.3.7 Redelijke termijn

6.3.7.1 Algemeen

Gebleken is dat het recht op behandeling binnen een redelijke termijn dient ter bescherming van partijen, voor wie het belangrijk is niet te lang in onzekerheid te moeten leven. Ook staat dit recht ten dienste aan een voldoende toegang tot rechtspraak. Deze beide belangen zijn niet van een mindere betekenis in het kader van arbitrage en bindend advies dan bij de overheidsrechter. Daarentegen speelt het belang van geloofwaardigheid van het rechtssysteem in deze procedures een veel minder grote rol. Bovendien is het belang van een beperking van overheidskosten in dit verband niet aan de orde. Te verwachten is dan ook dat de redelijke termijn wel van enige betekenis zal zijn, maar dat het belang dat hieraan wordt gehecht kleiner zal zijn dan bij de overheidsrechter. Pas indien hierdoor geen reële toegang tot rechtspraak meer bestaat, zal een vertraging van de procedure naar verwachting niet langer door de beugel kunnen. Of deze verwachting terecht is, wordt hierna eerst voor de arbitrage (paragraaf 6.3.7.2) en vervolgens voor het bindend advies (paragraaf 6.3.7.3) onderzocht.

6.3.7.2 Arbitrage

Dat het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn inderdaad ook van toepassing is in de arbitrageprocedure, blijkt uit artikel 1031 lid 2 Rv. Hierin is bepaald dat op verzoek van de meest gerede partij een door de partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, de voorzieningenrechter van de rechtbank de opdracht van het scheidsgerecht kan beëindigen, indien het ondanks herhaalde aanmaning zijn opdracht, alle omstandigheden in aanmerking genomen, op onaanvaardbaar trage wijze uitvoert. Aangenomen kan echter worden dat tot beëindiging van de opdracht op deze grond niet snel aanleiding zal bestaan. Volgens Snijders heeft de wetgever kennelijk alleen een middel gegeven voor gevallen van ernstige laksheid van het

scheidsgerecht.¹⁰² Hij merkt bovendien op dat, naar het zich laat aanzien, deze voorziening niet of nauwelijks wordt ingeroepen.¹⁰³ In de literatuur wordt opgemerkt dat in arbitragezaken niet snel zal kunnen worden aangenomen dat artikel 6 EVRM is geschonden doordat geen behandeling binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴ Hoewel partijen door de enkele overeenkomst tot arbitrage het recht op behandeling binnen een redelijke termijn dus niet volledig buiten toepassing hebben verklaard, is de reikwijdte van dit recht wellicht iets beperkter dan bij de overheidsrechter.¹⁰⁵

Kunnen partijen nu bij expliciete overeenkomst het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn buiten toepassing verklaren? Kunnen partijen bijvoorbeeld zeer lange termijnen overeenkomen voor het verrichten van proceshandelingen? Op het eerste gezicht lijkt het of de vrijheid van partijen hiertoe onbegrensd is. Artikel 1031 lid 2 Rv heeft namelijk enkel betrekking op vertraging die *aan het scheidsgerecht* valt te wijten.¹⁰⁶ Nu is denkbaar dat hiervan ook sprake is indien één van partijen verdragingsacties toepast en het scheidsgerecht hier onvoldoende tegen optreedt.¹⁰⁷ Indien *beide* partijen echter hebben ingestemd met zeer lange termijnen, is het artikel niet van toepassing. Het lijkt er dus op dat het partijen in een arbitrage zonder meer vrijstaat om zeer lange termijnen overeen te komen.

Een dergelijke conclusie is mijns inziens echter onjuist. Het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak staat hieraan in de weg. Partijen kunnen mijns inziens niet geldig zulke lange termijnen overeenkomen, dat de toegang tot rechtspraak in feite illusoir is geworden. Daarbij geldt dat strenger moet worden getoetst indien de afspraak gemaakt is voordat er een geschil is, omdat op dat moment partijen de gevolgen van hun afspraak niet goed kunnen overzien.

Het is nog de vraag wat de gevolgen zijn van de ongeldigheid van een afspraak waarbij partijen zeer lange termijnen zijn overeengekomen. Indien partijen de afspraak hebben gemaakt nog voordat er een geschil is, is denkbaar dat hierdoor de hele overeenkomst tot arbitrage ongeldig wordt. Onderzocht moet hiervoor worden of het nietige beding en de rest van de overeenkomst in onverbrekelijk verband met elkaar staan (zie artikel 3:41 BW). Ook denkbaar is dat er weliswaar een geldige overeenkomst tot arbitrage kan worden aangenomen, maar dat het scheidsgerecht niet is gebonden aan de afspraak van partijen omtrent de termijnen en inachtneming van kortere termijnen kan bevelen. Laat het scheidsgerecht dit na, dan zou een partij beëindiging van de opdracht op grond van artikel 1031 lid 2 Rv kunnen verzoeken, omdat de vertraging in zoverre wel aan het gerecht is te wijten.

102 Snijders 2011c, p. 169, art. 1031 Rv, aant. 2.

103 Snijders 2011c, p. 168, art. 1031 Rv, aant. 2.

104 Lawson 1996, p. 164; Meijer 2011, p. 86; Jacot-Guillarmod 1988, p. 289; zie ook ECRM 4 maart 1987, appl.no. 10881/84 (R./Zwitserland).

105 Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand van dit beginsel inhoudt; zie bijv. Frumer 2001, p. 120-121, nr. 163; Snijders 1988, p. 406-407; Jacot-Guillarmod 1988, p. 289. Zie verder bijv. NAI 25 augustus 2008, TvA 2010, p. 125-126, waarin een verzoek tot tussenkomst werd afgewezen omdat toewijzing tot onredelijke vertraging van de procedure zou leiden.

106 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 12; Snijders 2011c, p. 168, art. 1031 Rv, aant. 2.

107 Snijders 2011c, p. 169, art. 1031 Rv, aant. 2.

6.3.7.3 Bindend advies

In het kader van het bindend advies zijn geen waarborgen in de wet opgenomen om de voortgang van de procedure te verzekeren. Toch lijkt mij dat partijen met de enkele overeenkomst tot bindend advies niet kunnen worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Dit recht hebben partijen naar mijn mening dus tot op zekere hoogte ook in het kader van bindend advies.¹⁰⁸ Dit recht kan wellicht worden afgedwongen door aan te nemen dat indien een bindendadviesprocedure feitelijk buitensporig lang duurt, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een partij haar wederpartij met een beroep op de bindendadviesclausule nog langer afhoudt van de overheidsrechter. De toegang tot de overheidsrechter staat dan dus gewoon weer open. Op deze manier zou een resultaat kunnen worden verkregen dat vergelijkbaar is met hetgeen in het kader van arbitrage geldt.

Gezien het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak heeft mijns inziens bovendien ook in het kader van het bindend advies te gelden dat partijen ook bij expliciete overeenkomst geen extreem lange termijnen kunnen overeenkomen.

6.3.8 Motivering van de uitspraak

6.3.8.1 Algemeen

Motivering heeft, zoals is gebleken, ten eerste de functie een beslissing voor partijen meer aanvaardbaar te maken. Het is niet alleen in het belang van partijen zelf dat zij zich neer kunnen leggen bij een uitspraak, maar hierdoor wordt ook eigenrichting voorkomen. Ook in het kader van arbitrage en bindend advies is dit van belang. Motivering kan verder voor de samenleving een beslissing meer aanvaardbaar maken, maar dit speelt bij arbitrage en bindend advies minder.

Ten tweede bevordert motivering van vonnissen de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Rechtseenheid kan bijdragen aan vertrouwen in de rechtspraak, maar zoals gezegd speelt dit belang in het kader van arbitrage en bindend advies slechts een beperkte rol. Wel is het denkbaar dat derden graag kennis zouden willen nemen van uitspraken van arbiters of bindend adviseurs om hun kansen in een eventuele procedure in te schatten.¹⁰⁹ Overigens zullen zij hier in het kader van arbitrage en bindend advies vaak minder behoefte aan hebben dan in het kader van de overheidsrechtspraak, aangezien de precedentwerking van deze uitspraken geringer is. Daarbij komt dat veel uitspraken in arbitrage en bindend advies niet openbaar zijn, zodat zij hiervan, ook indien de uitspraken wel gemotiveerd zijn, hoe dan ook geen kennis kunnen nemen.

Ten slotte bevordert de motivering de kwaliteit van rechtspraak, doordat zij controle mogelijk maakt. Deze functie van motivering is in geval van arbitrage en bindend advies echter een stuk minder belangrijk dan bij de overheidsrechtspraak, aangezien er minder mogelijkheden zijn om controle uit te oefenen. In paragraaf 6.2.7

¹⁰⁸ Zie ook Snijders 1988, p. 406-407.

¹⁰⁹ Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV), p. 3.

is opgemerkt dat controle op de overheidsrechtspraak geschiedt door partijen, in een hogere instantie, en door de samenleving als geheel. Ook in geval van arbitrage en bindend advies maakt de motivering het voor partijen mogelijk te zien of acht is geslagen op hun argumenten. Publieke controle vindt over het algemeen echter niet plaats, aangezien uitspraken vaak niet worden gepubliceerd. Ook de controle door een andere instantie is in geval van arbitrage en bindend advies zeer gering. Vaak is geen hoger beroep overeengekomen. De overheidsrechter is slechts in zeer beperkte mate bevoegd om de inhoud van de beslissingen van arbiters en bindend adviseurs te toetsen. De reden is dat de beoordeling van het inhoudelijke geschil nu juist aan arbiters en bindend adviseurs wordt overgelaten.¹¹⁰ Getoetst wordt dan ook enkel of de uitspraak niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1063 lid 1, artikel 1065 lid 1 sub e Rv en artikel 7:902 BW) en in geval van bindend advies daarnaast of gebondenheid aan deze uitspraak in verband met de inhoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is (zie artikel 7:904 lid 1 BW). Ook zonder dat een vonnis uitgebreid is gemotiveerd, zal dit wel vastgesteld kunnen worden. Voor deze controle is dus slechts een zeer beperkte motivering vereist.¹¹¹ Naast de inhoud van een beslissing, controleert de overheidsrechter echter ook de totstandkoming hiervan. De beslissing is vernietigbaar indien de wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde of de goede zeden of indien deze wijze gebondenheid aan de beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakt (zie artikel 1065 lid 1 sub e Rv en artikel 7:904 lid 1 BW). Voor deze controle is motivering over het algemeen niet nodig. Zo zal uit de redenen voor toewijzing van een vordering over het algemeen niet afgeleid kunnen worden of arbiters of bindend adviseurs onafhankelijk en onpartijdig waren. Dit geldt echter niet voor alle fundamentele beginselen van procesrecht. Uit de motivering kan immers wel worden afgeleid of arbiters of bindend adviseurs de belangrijkste geschilpunten van partijen hebben behandeld en of zij acht hebben geslagen op de essentiële stellingen die door partijen in dit verband naar voren zijn gebracht. De motivering maakt het dus mogelijk om te controleren of arbiters en bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden (zie met betrekking tot arbitrage artikel 1065 lid 1 sub c Rv) en, althans tot op zekere hoogte, of het beginsel van hoor en wederhoor in acht is genomen.¹¹² Nu ligt een controle van deze beginselen dicht aan tegen een inhoudelijke toetsing van de beslissing, die juist onwenselijk wordt geacht. Daarom zal de controle door de overheidsrechter slechts zeer marginaal kunnen zijn. Het is afhankelijk van de vraag hoe nauwkeurig men wil dat de overheidsrechter de naleving van deze beginselen toetst, in hoeverre motivering van de beslissing met het oog hierop nodig is.

110 Zie in dit verband bijv. HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2; Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, boek 7, p. 1146-1147; HR 12 september 1997, *NJ* 1998, 382, m.nt. MMM (Confood/Zürich), r.o. 3.3-3.5.

111 Zie ook Van den Berg 1990, p. 18. Volgens hem mist de informatiefunctie van motivering, die controle van de beslissing mogelijk maakt, in geval van arbitrage toepassing.

112 A-G Huydecoper nam in zijn conclusie voor HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), nr. 10 dan ook aan dat het niet behandelen van een (wezenlijk) geschilpunt en een motiveringsgebrek in dat geval elkaar overlappen c.q. in elkaars verlengde lagen.

Doordat er kortom minder mogelijkheden tot controle zijn in geval van arbitrage en bindend advies, is het belang van een motivering ook geringer. Als gevolg hiervan neemt ook de preventieve functie van de motivering in belang af. De arbiter of bindend adviseur die weet dat de redenen die hij voor zijn beslissing geeft toch niet beoordeeld worden, zal ook minder moeite doen een goede motivering te geven. Toch zal deze preventieve functie niet geheel afwezig zijn. Nog steeds is te verwachten dat beter nagedacht wordt over de beslissing wanneer zij gemotiveerd moet worden, dan wanneer hiervoor geen enkele reden behoeft te worden gegeven.

Geconcludeerd kan worden dat ook in het kader van arbitrage en bindend advies er meerdere belangen bij motivering van de beslissing betrokken zijn. Motivering kan de beslissing meer aanvaardbaar maken voor partijen en voorkomt hierdoor eigenrichting. Motivering zorgt voor een betere kwaliteit van de beslissing, doordat de beslissing beter zal worden voorbereid. Bovendien maakt dit het voor de overheidsrechter, in ieder geval tot op zekere hoogte, mogelijk om te controleren of arbiters of bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden en of zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht hebben genomen. Dit biedt een zekere waarborg voor de kwaliteit van arbitrage en bindend advies, waardoor het gevaar van eigenrichting wordt verminderd. Ook hebben derden een (gering) belang bij motivering, aangezien motivering het voor hen mogelijk maakt hun eigen kansen in een eventuele procedure in te schatten. Daartegenover staat dat het belang van het vertrouwen in de rechtspraak in geval van arbitrage en bindend advies in veel mindere mate speelt. Dat motivering de beslissing meer aanvaardbaar voor de samenleving kan maken, is in dit verband dan ook van geringe betekenis.

Op basis hiervan valt te verwachten dat ook in het kader van arbitrage en bindend advies uitspraken gemotiveerd dienen te worden. Wel zullen de eisen die aan deze motivering worden gesteld waarschijnlijk minder streng zijn dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Hoeveel men wil dat deze eisen gaan, hangt nauw samen met de vraag in hoeverre men controle door de overheidsrechter op arbitrage en bindend advies noodzakelijk acht. Mijns inziens dient de motivering zodanig te zijn, dat met behulp hiervan vastgesteld kan worden of arbiters of bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden. Van arbiters en bindend adviseurs kan dus worden verwacht dat zij in ieder geval ingaan op de afdoening van de wezenlijke geschilpunten.¹¹³ Dit geeft niet alleen de rechter voldoende mogelijkheid om zijn controle-rende taak uit te oefenen, een dergelijke motivering is mijns inziens ook minimaal vereist om de beslissing voor partijen aanvaardbaar te kunnen maken.

6.3.8.2 Arbitrage

Afstand van recht door de enkele overeenkomst tot arbitrage?

In geval van arbitrage blijkt inderdaad te gelden dat het vonnis de gronden voor de beslissing dient te bevatten (zie artikel 1057 lid 4 sub e Rv), al kent de wet een uitzondering indien het vonnis uitsluitend betreft de enkele vaststelling van de hoedanigheid van de toestand van zaken dan wel de vastlegging van een vergelijk.

¹¹³ Zie in het kader van arbitrage in dit verband HR 30 maart 1973, NJ 1973, 226, m.nt. PZ (De Kaaphoeve/Swinkels); HR 30 december 1977, NJ 1978, 449, m.nt. PZ (De Ploeg/Kruse).

Schending van dit motiveringsbeginsel maakt het vonnis vernietigbaar, zo blijkt uit artikel 1065 lid 1 sub d Rv. De enkele overeenkomst tot arbitrage houdt dus nog geen buitentoepassingverklaring van het motiveringsbeginsel in. Wel is dit beginsel minder goed gewaarborgd dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Niet ieder gebrek in de motivering levert grond voor vernietiging op. De Hoge Raad oordeelde in het Benetton III-arrest namelijk dat vernietiging op grond van artikel 1065 lid 1 sub d Rv slechts mogelijk is wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. De Hoge Raad motiveerde dit oordeel aldus, dat aan de rechter niet de bevoegdheid toekomt om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen.¹¹⁴ Onduidelijk was of dit oordeel van de Hoge Raad nu betekende dat *iedere* motivering voldoende was, zodat de motiveringseis in feite een lege huls zou worden. Snijders vroeg zich in zijn noot bij het arrest af, of arbiters domweg een willekeurige bladzijde uit de telefoongids mogen scheuren en voor hun beslissing mogen plakken.¹¹⁵ In de beschikking Nannini/SFT heeft de Hoge Raad zijn oordeel gepreciseerd. Volgens hem moet met het ontbreken van een motivering op één lijn worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.¹¹⁶ In het arrest Kers/Rijpma heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat dit criterium door de rechter met terughoudendheid moet worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in artikel 1065 lid 1 aanhef en sub d Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.¹¹⁷

Snijders is nog ingegaan op de vraag wat precies het object van analyse is bij de toetsing aan het motiveringsvereiste. Hij leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat gedetailleerder moet worden gekeken naar het arbitrale vonnis als geheel. Zo spreekt de Hoge Raad in Nannini/SFT over een verklaring voor 'de desbetreffende beslissing'.¹¹⁸ Volgens Snijders zal in ieder geval elke afdoening van een hoofdvordering en elke afdoening van een essentiële weer dienen te worden gemotiveerd. Hetzelfde geldt volgens hem voor essentiële, in geschil zijnde voorvragen, zoals die ten aanzien van het toepasselijke materiële recht.¹¹⁹ Dit lijkt mij een terecht uitgangspunt. Mijns inziens zal de motivering namelijk in ieder geval zover dienen te gaan, dat de overheidsrechter kan beoordelen of het scheidsgerecht zich aan de opdracht heeft gehouden. Van schending van de opdracht is namelijk sprake indien het scheidsgere-

114 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), r.o. 3.2.3.

115 Noot Snijders bij HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4.

116 HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2.

117 HR 22 december 2006, NJ 2008, 4, m.nt. H.J. Snijders (Kers/Rijpma), r.o. 3.3.

118 HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2.

119 Noot Snijders bij HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4; noot Snijders bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4, m.nt. H.J. Snijders (Kers/Rijpma), nr. 3; Snijders 2011c, p. 304, art. 1057 Rv, aant. 5.

recht een essentiële weer niet heeft behandeld.¹²⁰ Een dergelijke motivering is ook minimaal nodig om de beslissing voor partijen aanvaardbaar te maken.

De eisen die aan de motivering van arbitrale vonnissen worden gesteld zijn dus veel minder streng dan de eisen die in het kader van de overheidsrechtspraak gelden. Voldoende is reeds dat het vonnis enige steekhoudende verklaring voor de gegeven beslissingen bevat. Partijen worden met een overeenkomst tot arbitrage dus tot op zekere hoogte geacht afstand te hebben gedaan van het motiveringsbeginsel.¹²¹

Uitsluiting van het motiveringsbeginsel bij expliciete overeenkomst?

De enkele overeenkomst tot arbitrage houdt nog geen volledige buitentoepassinglating van de motiveringsplicht in. Zouden partijen wel expliciet kunnen overeenkomen dat het arbitrale vonnis niet gemotiveerd behoeft te worden? In het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht wordt een dergelijke overeenkomst mogelijk gemaakt. Vereist wordt daarbij wel dat de overeenkomst schriftelijk wordt gesloten, nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt.¹²² Volgens Snijders zou op deze bepaling reeds thans geanticipeerd kunnen worden. In de regel dient de motivering in het kader van arbitrage volgens hem niet het publiek belang, maar uitsluitend het private belang.¹²³ Ook Van den Berg komt, na analyse van de functies van motivering, tot de conclusie dat een motivering van arbitrale vonnissen niet een dermate fundamenteel aspect van het Nederlandse arbitragerecht vormt als men geneigd is te denken.¹²⁴

Naar mijn mening staan echter wel degelijk openbare belangen aan een overeenkomst waarbij motivering wordt uitgesloten in de weg. Weliswaar is motivering in geval van arbitrage minder nodig met het oog op het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak, maar motivering kan de beslissing wel meer aanvaardbaar maken voor partijen, waardoor zij eigenrichting voorkomt. Van den Berg stelt de vraag of deze functie zodanig essentieel is, dat partijen niet van tevoren mogen overeenkomen dat zij geen andere legitimatie behoeven dan het vertrouwen dat de arbiters bij hen opwekt.¹²⁵ Inderdaad lijkt mij dit het geval. Partijen zullen, voordat het vonnis is gewezen, niet altijd goed kunnen inschatten in hoeverre zij behoefte hebben aan een motivering. Een partij kan vooraf wellicht denken dat zij zich zonder enige uitleg bij het vonnis neer zal leggen, maar dit enkel vanuit de verwachting dat het vonnis toch wel positief voor haar zal zijn. Als gevolg van het ontbreken van iedere motivering is het bovendien in het geheel niet meer mogelijk om te controleren of arbiters zich aan hun opdracht hebben gehouden en daadwerkelijk acht hebben geslagen op de belangrijkste stellingen van partijen. Dit betekent dat afstand van dit recht in feite

120 HR 30 maart 1973, *NJ* 1973, 226, m.nt. PZ (De Kaaphoeve/Swinkels); zie ook Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4; Snijders 2011c, p. 299, art. 1057 Rv, aant. 5, p. 354, art. 1065, aant. 4.

121 Meijer meent dat partijen in geval van arbitrage afstand hebben gedaan van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht op motivering; Meijer 2011, p. 89. Volgens Snijders houdt de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen buitentoepassinglating van het motiveringsbeginsel in; zie Snijders 1988, p. 406-407.

122 Zie art. 1057 lid 5 sub c conceptwetsvoorstel, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

123 Noot Snijders bij HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), nr. 4.

124 Van den Berg 1990, p. 18-19.

125 Van den Berg 1990, p. 18-19.

een vrijbrief voor arbiters betekent om geheel langs het betoog van een van de partijen heen te gaan. Het argument van Van den Berg dat een motivering niet noodzakelijk is aangezien de overheidsrechter het arbitraal vonnis niet inhoudelijk mag toetsen, gaat dan ook slechts gedeeltelijk op.¹²⁶ Hoewel de overheidsrechter nauwelijks inhoudelijk mag toetsen, dient hij wel te bepalen of arbiters zich aan hun opdracht hebben gehouden en, althans tot op zekere hoogte, of zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht hebben genomen. In het kader van de voorbereiding van het conceptwetsvoorstel is opgemerkt dat indien er geen motivering behoeft te worden gegeven, verwacht mag worden dat een scheidsgerecht meer in detail debiteert. Dit zou een compensatie kunnen vormen voor het feit dat het concipiëren van een vonnis ook de kwaliteit van de besluitvorming bevordert.¹²⁷ Dit is een mooie verwachting, maar bij afwezigheid van een motivering bestaat geen enkele waarborg dat dit ook daadwerkelijk gebeurt.

Hierteenover staat dat partijen wel degelijk belang kunnen hebben bij het achterwege laten van een motivering. Doordat geen vonnis behoeft te worden geconcipteerd, kunnen kosten worden bespaard.¹²⁸ Hoewel dit een legitiem belang van partijen is, weegt dit mijns inziens niet op tegen de hiervoor genoemde bezwaren. Wel lijkt mij dat op een andere wijze aan dit belang tegemoetgekomen kan worden. Partijen zouden bijvoorbeeld kunnen afspreken dat een vonnis niet gemotiveerd behoeft te worden, tenzij een van hen binnen een specifieke termijn na de uitspraak alsnog om een motivering verzoekt. Daarbij kan worden bepaald dat deze partij de extra kosten dient te dragen. Op deze manier hebben partijen het voordeel van een snellere en goedkopere beslissing, omdat de motivering in beginsel achterwege blijft. Indien één van hen echter het gevoel heeft in het geheel niet te zijn gehoord, heeft zij toch de mogelijkheid dit te controleren en eventueel tegen de beslissing op te komen. Bovendien heeft ook in dit geval de motivering enige preventieve werking: arbiters zullen zich er bij de besluitvorming bewust van zijn dat zij eventueel gevraagd kunnen worden de redenen voor hun oordeel te geven. De kans op eigenrichting is in het geval van een dergelijke afspraak dus veel minder groot dan indien partijen zonder meer afzien van een motivering.

Bij herziening van het arbitragerecht dient het voorstel, dat partijen moeten kunnen afspreken dat motivering geheel en al achterwege blijft, kortom niet te worden gevolgd. Wel zou het partijen mogelijk moeten worden gemaakt om overeen te komen dat de uitspraak niet behoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van hen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Partijen zouden daarbij kunnen bepalen dat de extra kosten worden gedragen door de partij die om motivering verzoekt.

6.3.8.3 Bindend advies

Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot bindend advies niet worden geacht afstand te hebben gedaan van hun recht op motivering. De Hoge Raad heeft

¹²⁶ Zie Van den Berg 1990, p. 18.

¹²⁷ Toelichting op art. 1057 lid 5 Voorstel tot wijziging Arbitragewet (te vinden op www.arbitragewet.nl; *TvA Special* 2005, p. 159-160).

¹²⁸ Zie ook de concept-memorie van toelichting bij art. 1057, p. 36 (te vinden op www.internetconsultatie.nl).

geoordeeld dat op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, geen algemeen antwoord te geven is. In beginsel heeft volgens de Hoge Raad te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.¹²⁹

Hoewel niet duidelijk is hoever de motiveringseisen precies gaan, staat vast dat indien het bindend advies het karakter van rechtspraak heeft in ieder geval enige motivering noodzakelijk is. Met de enkele overeenkomst tot bindend advies hebben partijen het recht op motivering dus niet volledig buiten toepassing verklaard.¹³⁰ Te verwachten is wel dat de motiveringseisen minder streng zullen zijn dan de eisen die gelden bij de overheidsrechter. Ook hier heeft, net als bij de arbitrage, te gelden dat anders de deur naar een inhoudelijke toetsing door de overheidsrechter te ver wordt opengezet.

Mijns inziens moet verder worden aangenomen dat, indien het bindend advies het karakter van rechtspraak heeft, partijen niet kunnen afspreken dat motivering geheel achterwege zal blijven. Wel zouden zij kunnen overeenkomen dat de uitspraak niet behoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van de partijen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Daarbij zouden zij dan tevens kunnen bepalen dat de extra kosten voor rekening van deze partij komen.

6.3.9 Tussenconclusie

Met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies kunnen partijen niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van de fundamentele beginselen van procesrecht. Gebleken is namelijk dat deze fundamentele rechten in principe ook van toepassing zijn in deze procedures. Wel geldt dat de bescherming die deze beginselen bieden in sommige gevallen minder vergaand is dan die in het kader van de overheidsrechtspraak.

Partijen hebben in het kader van arbitrage en bindend advies duidelijk meer vrijheid om bij expliciete overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren. Zo is het voor hen mogelijk een vertrouwelijke behandeling overeen te komen, af te spreken dat de procedure volledig schriftelijk zal verlopen en lange termijnen voor de behandeling vast te stellen. In het kader van het bindend advies kunnen partijen zelfs behandeling overeenkomen door een bindend adviseur die daadwerkelijk partijdig is, ook voordat er sprake is van een geschil. In het kader van de arbitrage kunnen zij, op het moment dat het geschil reeds gerezen is, een arbiter benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich heeft. Ook kunnen zij op dat

129 HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.4; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.2.

130 Dit stemt overeen met de opvattingen in de literatuur; zie Snijders 1988, p. 406-407; Van Creveld 1932, p. 84-87.

moment bepalen dat arbiters in het kader van de beoordeling van het bewijsmateriaal eigen onderzoek zullen verrichten.

Een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat motivering van de uitspraak van arbiters of bindend adviseurs geheel en al achterwege blijft, kan niet worden geaccepteerd. Wel zou het partijen in een nieuwe Arbitragewet mogelijk gemaakt moeten worden om af te spreken dat een uitspraak niet hoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van hen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren. Ook kunnen zij het recht op hoor en wederhoor niet bij overeenkomst uitsluiten. Zo kunnen zij niet overeenkomen dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een te verrichten bewijshandeling. Verder is de afspraak, dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen die een van beide partijen niet kent, ongeldig. Arbiters en bindend adviseurs moeten in deze gevallen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak bewaken en kunnen daarom ingaan tegen de wensen van partijen.

6.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre partijen bij procesovereenkomst kunnen afwijken van fundamentele beginselen van procesrecht. Gebleken is dat partijen deze mogelijkheid in de overheidsprocedure slechts in zeer beperkte mate hebben. Zo kunnen zij geen behandeling met gesloten deuren overeenkomen (paragraaf 6.2.2), kunnen zij niet afwijken van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht (paragraaf 6.2.3) en kunnen zij niet bepalen dat motivering van de uitspraak achterwege zal blijven (paragraaf 6.2.7). Partijen kunnen weliswaar overeenkomen om geen pleidooi in hun zaak te houden, maar zij kunnen niet bepalen dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen (paragraaf 6.2.5). Het recht op een gelijke behandeling kan niet bij procesovereenkomst aan de kant worden geschoven. Ook kunnen partijen niet het recht uitsluiten om zich over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting uit te laten en kunnen zij niet geldig overeenkomen dat enkel de rechter van bepaalde vertrouwelijke stukken of inlichtingen kennis kan nemen, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft (paragraaf 6.2.4). Wel kunnen partijen tot op zekere hoogte de processuele middelen die in een procedure ter beschikking staan beperken. Daarbij geldt wel dat partijen voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen (paragraaf 6.2.4). Ook kunnen partijen binnen bepaalde grenzen de termijnen die in de procedure gelden verlengen (paragraaf 6.2.6).

In het kader van arbitrage en bindend advies hebben partijen duidelijk meer vrijheid om bij overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren. Met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies kunnen zij nog niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van deze beginselen. Deze beginselen zijn dus tot op zekere hoogte ook van toepassing in deze procedures, al zal de bescherming die zij bieden in sommige gevallen wel minder vergaand zijn dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Bij expliciete overeenkomst hebben partijen bovendien ruime mogelijkheid om fundamentele rechten aan de kant te schuiven. Zo is het voor hen mogelijk om een vertrouwelijke behandeling van hun zaak overeen te komen (paragraaf 6.3.3), om af te spreken dat de procedure volledig schriftelijk zal

verlopen (paragraaf 6.3.6) en om lange termijnen voor de behandeling vast te stellen (paragraaf 6.3.7). Partijen hebben een ruime bevoegdheid om de procedure vorm te geven, maar dienen wel steeds de reële mogelijkheid te behouden om hun zaak naar voren te brengen (paragraaf 6.3.5.2). In het kader van het bindend advies kunnen partijen zelfs behandeling overeenkomen door een bindend adviseur die daadwerkelijk partijdig is, ook voordat er sprake is van een geschil. In het kader van de arbitrage kunnen partijen enkel, op het moment dat het geschil reeds gerezen is, een arbiter benoemen die de *schijn* van partijdigheid tegen zich heeft. Ook kunnen zij op dat moment bepalen dat arbiters in het kader van de beoordeling van bewijsmateriaal eigen onderzoek zullen verrichten (paragraaf 6.3.4).

Ook in het kader van arbitrage en bindend advies zijn niet alle procesovereenkomsten toelaatbaar. Een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat motivering van de uitspraak geheel achterwege zal blijven, kan niet worden geaccepteerd. Wel zou het voor partijen mogelijk moeten zijn om af te spreken dat de uitspraak niet gemotiveerd wordt, tenzij een van de partijen hierom binnen een bepaalde termijn alsnog verzoekt (paragraaf 6.3.8). Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren (paragraaf 6.3.5.3). Zij kunnen verder niet afspreken dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting. Ook kunnen zij niet overeenkomen dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen, die een van beide partijen niet kent. Indien arbiters of bindend adviseurs het toch wenselijk achten dat beide partijen kennis hebben van bepaalde informatie en/of zich hierover uit kunnen laten, kunnen zij, ondanks een dergelijke afspraak, partijen hiertoe de gelegenheid bieden (paragraaf 6.3.5.4).

