

NCC en arbitrage

TvA 2018/1



This contribution focuses on the expected introduction of a Netherlands Commercial Court (NCC) with the Amsterdam Court and the Amsterdam Court of Appeal by exploring and evaluating the legislative proposal. More specifically the author identifies a number of possible key points of attention when choosing between arbitration and NCC.

1. Inleiding

Naar het zich laat aanzien krijgen wij een *Netherlands Commercial Court (NCC)*. Het Wetsvoorstel voor een NCC (WVNC) ligt op de kopijdatum van dit artikel (14 januari 2018) nog bij de Tweede Kamer.² Het werd blijkens het Verslag van de Tweede Kamer overwegend positief ontvangen.³ Soortgelijke instanties bestaan ook in steden in andere landen zoals bijvoorbeeld Londen,⁴ Parijs⁵ en Singapore,⁶ of zijn daar in voorbereiding, zoals bijvoorbeeld in België.⁷ Met NCC – ook wel aangeduid als het NCC of de NCC, daar kan men over twisten⁸ – wordt bedoeld op kamers bij de

rechtbank en bij het gerechtshof te Amsterdam die zich specialiseren in de behandeling van grote handelsgeschillen met een internationale component waarbij Engels de voertaal wordt; de Hoge Raad krijgt geen internationale handelskamer, de cassatieprocedure wordt in beginsel in het Nederlands gevoerd en de uitspraak wordt hier steeds in het Nederlands gedaan.⁹ Zaken worden uitsluitend door NCC behandeld indien partijen daarvoor kiezen. Beoogd wordt een budget-neutrale financiering door middel van hogere dan de gebruikelijke griffierechten. In hoofdstuk 2 volgt meer over de opzet van NCC volgens het WVNC.

Er is al heel veel geschreven over NCC.¹⁰ In dit artikel wordt niet beoogd NCC op zichzelf te beschouwen. Evenmin worden de voor- en nadelen van NCC afzonderlijk geanalyseerd. Verondersteld wordt in dit artikel dat NCC er komt. De arbitrage dient dan niet alleen te concurreren met de civiele overheidsrechtspraak in het algemeen maar ook met de Engelstalig opererende internationale handelskamers van de rechtbank en het gerechtshof te Amsterdam in het bijzonder. Die concurrentie lijkt alleen maar goed en houdt de arbitragewereld scherp. Waar gaat dit artikel dan wel over? Dit artikel is met name gericht op de verhouding van het nu voorgestelde NCC met de arbitrage gezien vanuit het perspectief van de rechtzoekenden. Welke gezichtspunten zouden voor partijen bij de hoofdovereenkomst van belang kunnen zijn ter beantwoording van de vraag welke geschilbeslechtsingsclausule in hun overeenkomst de voorkeur geniet: NCC of arbitrage? Uiteraard komen in dat kader de pro's en contra's van NCC als zodanig wel in beeld. Eerst een korte analyse van het NCC zoals voorgesteld in het WVNC, waarbij ook ons arbitragerecht rechtstreeks, zij het beperkt betrokken is. Daarna sub 3-4 die gezichtspunten.

2. Korte analyse van NCC volgens WVNC

Het wetsvoorstel voorziet in drie nieuwe bepalingen. Het beoogde art. 30r Rv vormt de kernbepaling van WVNC. Art. 1064a lid 1 Rv wordt aangevuld met een nieuwe zin die voorziet in de mogelijkheid van NCC-behandeling van vorderingen tot vernietiging van arbitrale vonnissen. De Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt in verband met de beoogde verhoging van griffierechten voor NCC-zaken ook gewijzigd, dit door toevoeging van art. 9a Rv alsmede wijziging van de tabel voor de griffierechten.

1 Honorair hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht Universiteit Leiden en hoofdredacteur van dit blad (www.hjsnijders.com). Dank zegt de auteur aan zijn promovenda mr. Pauline L.F. Ribbers voor haar commentaar bij een eerdere versie van dit stuk en aan zijn student-assistenten Maud van de Brake respectievelijk Nick du Bois voor hun documentatie en verdere ondersteuning.

2 Wetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 2. Ten tijde van de kopijdatum voor dit artikel was de Nota naar aanleiding van het Verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie het laatste parlementaire stuk, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 6, d.d. 29 november 2017. De openbare TK-behandeling werd op 11 januari 2018 geagendeerd voor 20-22 februari 2018.

3 Verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 5; zie voor de reactie van de regering de nota genoemd in de vorige voetnoot.

4 Waarover bijv. N.A. Phillips, 'The English Commercial Court', *TCR 2016/4*, p. 138-139 en J. Sorabji, 'The Commercial Court in England and Wales', *TCR 2016/4*, p. 140-142.

5 Waarover bijv. E. Jeuland, 'The International Division of the Paris Commercial Court', *TCR 2016/4*, p. 143-144.

6 Waarover bijv. C. Yee Leong, 'The Singapore International Commercial Court', *TCR 2016/4*, p. 148-153.

7 Zie bijv. www.lexgo.be/en/papers/judicial-law/international-private-law/creation-of-an-english-speaking-international-commercial-court-in-brussels,114947.html.

8 In de kamerstukken inzake WVNC komt men beide varianten tegen. I.c. kan men dit in wezen onoplosbare dilemma passeren door het lidwoord weg te laten, zoals bij arbitrage onder auspiciën van ICC (de *International Chamber of Commerce*) gebruikelijk is.

9 Vgl. MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 7 alsmede Advies RvS en Nader rapport, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 4, p. 5, ook voor de mogelijkheid dat partijen zelf desverzocht met toestemming van de Hoge Raad in cassatie wel in het Engels mogen procederen; zie voor dat laatste tevens Verslag *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 5, p. 3.

10 Een overzicht van alle literatuur voert zelfs te ver in dit bestek. Zie bijv. (tamelijk) recent en uitvoerig P.E. Ernste & F.E. Vermeulen, *TCR 2016/4.4*, J. Hoebe e.a., *Contracteren 2017/2.2* en H.N. Schelhaas, *NTBR 2017/10*. Hierna komen nog andere bronnen aan de orde. Zie voorts www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/NCC-NL (van de Raad voor de rechtspraak) en <https://netherlands-commercial-court.com/> (een initiatief van Nederlandse en niet-Nederlandse commerciële advocaten die werkzaam zijn in Nederland).

Art. 30r lid 1 Rv voorziet in een 'internationale handelskamer' bij de rechtbank te Amsterdam en – voor een eventueel appel – een 'internationale handelskamer' bij het gerechtshof te Amsterdam. Procedure en uitspraak geschieden in beginsel in de Engelse taal, wat een uitzondering is op de ongeschreven regel dat procedures bij de overheidsrechter in Nederland in het Nederlands worden gevoerd.¹¹ Zie art. 30r lid 1 Rv met een extensie in art. 30r lid 3 Rv voor de voorzieningenrechter in een zaak waarvoor ten principale een internationale handelskamer als bedoeld in het eerste lid bevoegd is. Op die Engelstaligheid worden uitzonderingen gemaakt. Zie art. 30r lid 4 Rv; zie ook art. 30r lid 5-6 Rv. Art. 30r lid 1 Rv bevat tevens de voorwaarden voor bevoegdheid van NCC: het moet gaan om:

- a) 'een geschil';
- b) 'dat is ontstaan of zal ontstaan naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking';
- c) 'die ter vrije bepaling van partijen staat'; en
- d) het moet een 'internationaal geschil' betreffen;
- e) waaromtrent de 'rechtbank Amsterdam of het gerechtshof Amsterdam bevoegd is kennis te nemen';
- f) ten aanzien waarvan 'partijen (...) uitdrukkelijk zijn overeengekomen bij de internationale kamer van die rechtbank («Netherlands Commercial Court») of dat gerechtshof («Netherlands Commercial Court of Appeal») [te] procederen'; en
- g) waaromtrent de kantonrechter niet bevoegd is.

In de voorwaarden a), b) en c) herkennen wij de eisen voor arbitrage van art. 1020 lid 1-3 Rv, zij het dat de bewoordingen verschillen. Opmerking verdient dat arbitrage op de voet van art. 1020 lid 4 Rv ook mogelijk is in zaken zonder geschil. Iets soortgelijks kent het WVNCC niet.

Voorwaarde d), die de eis behelst dat het geschil 'internationaal' is, wordt in het WVNCC niet uitgewerkt. De memorie van toelichting¹² bevat hieromtrent de volgende uitleg:

“Het concept-procesreglement van de NCC vermeldt dat er sprake is van een internationaal geschil indien de zaak een internationaal aspect heeft. Dit is een ruim begrip dat nader wordt uitgewerkt in de toelichting op het NCC-procesreglement: zo is er onder meer sprake van een internationaal aspect indien een van de procespartijen woonplaats heeft of gevestigd is buiten Nederland of indien het geschil rechtsfeiten of rechtshandelingen buiten Nederland betreft, maar bijvoorbeeld ook als buitenlands recht op het geschil van toepassing is. Nu de NCC-procedure alleen openstaat voor internationale geschillen zal de NCC een puur nationale zaak niet kunnen behandelen.”

Hier stuiten wij op een analyseprobleem, dat meer optreedt bij de beoordeling van het beoogde instituut. Verwezen

wordt naar een conceptreglement en de toelichting daarop (bijlage 3 bij het conceptreglement, die ik hierna als inbegrepen beschouw bij een verwijzing naar het conceptreglement; het gaat i.c. om de toelichting op art. 1.2.1 onder b, die overigens een enumeratieve opsomming geeft ter zake).¹³ Het definitieve procesreglement moet nog vastgesteld worden en als dat eenmaal is gebeurd, kan dit, naar het zich laat aanzien, nog zonder fiat van de wetgever gewijzigd worden door het gerechtsbestuur van de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam (vgl. art. 12.1 van het conceptreglement). Men zou overigens kunnen menen dat een bevoegdheidsbepaling als deze in de wet thuishoort. Anderzijds biedt deze aanpak wel de mogelijkheid van enige flexibiliteit en die kan goed van pas komen bij de door NCC zelf te ontwikkelen 'bevoegdheidsrechtspraak'. Bij de bespreking van de gezichtspunten voor de keuze tussen arbitrage en NCC, moet deze kwestie echter wel weer aan de orde komen. Is het bijvoorbeeld een goed idee om te kiezen voor NCC in een geschil dat puur nationaal is afgezien van het op de zaak toepasselijke recht? Stel, partijen verklaren Duits of Roemeens recht op hun koopovereenkomst van toepassing, kan het dan wel praktisch zijn om een eventueel geschil naar aanleiding van die overeenkomst door Nederlandse rechters te laten behandelen?

Overigens spreekt de memorie van toelichting t.a.p., anders dan de tekst van art. 30r lid 1 Rv, van internationale 'handelsgeschillen' (curs. HJS):

“De NCC behandelt internationale handelsgeschillen in ruime zin, zoals contractuele geschillen, vorderingen uit onrechtmatige daad (al dan niet in het kader van een contractueel geschil), goederenrechtelijke geschillen en vennootschapsrechtelijke kwesties voor zover deze ter vrije bepaling van partijen staan.”

Elders t.a.p. nuanceert de memorie van toelichting die kwalificatie door aan te geven dat het 'veelal' om handelsgeschillen gaat. De naam Netherlands Commercial Court duidt erop dat het steeds om handelsgeschillen gaat.

Wat hiervan ook zij, die associatie met de handel ziet men ook wel in internationale regelingen terug zonder dat die omgrenzing veel invloed pleegt te hebben. De UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (curs. HJS) is door vele landen in het nationale arbitragerecht geïmplementeerd zonder dat hierbij een beperking plaats vond tot handelsarbitrage, overigens ook niet een beperking tot internationale arbitrage. Ik zou mij kunnen voorstellen dat NCC te zijner tijd ook wel niet puur commerciële geschillen zal willen behandelen. Men denke bijvoorbeeld aan grote internationale nalatenschapsgeschillen. De wettekst verzet zich daar in ieder geval niet tegen. Aldus vermijdt men op voorhand een problematische discussie over de vraag wat nu precies wel of niet een handelsgeschil is.

11 Zie voor dat laatste de MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 6 en bijv. HR 15 januari 2016, 14/05661, ECLI:NL:HR:2016:65, NJ 2017/382, m.nt. H.J. Snijders, *JIN 2016/39*, m.nt. N. de Boer, *JBPR 2016/33*, m.nt. M. Freudenthal, *Ars Aequi AA20160843*, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Kublik/Brandenberg*), de conclusie van A-G Keus voor dit arrest sub 2.3 en de NJ-noot sub 7.

12 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 10.

13 Naar ik aanneem gaat het hier om de 'Consultatieversie 28 oktober 2016 met wijzigingen Projectgroep procesreglement NCC na de consultatie (januari 2017) en na vertaling (afgesloten 14 juni 2017)', zoals te vinden op www.rechtspraak.nl op het moment van de kopijdatum voor dit artikel (14 januari 2018).

Eis e) behelst dat de Rechtbank Amsterdam of het Hof Amsterdam¹⁴ over internationale rechtsmacht dient te beschikken en relatief competent moet zijn. De zelfstandige waarde van eis e) is beperkt. Eis f) behelst immers dat partijen uitdrukkelijk gekozen moeten hebben voor de internationale kamer van Rechtbank Amsterdam respectievelijk Hof Amsterdam. Daar waar dwingend supranationaal of Nederlands recht zich verzet tegen die competentie is er echter geen ruimte voor NCC en in zoverre heeft eis e) dus toch zelfstandige waarde. Zie bijv. art. 24 Brussel I-bis respectievelijk art. 80 Rijksoctrooiwet 1995 en art. 69-70 RO.

Eis f) wijkt door toevoeging van het adjectief 'uitdrukkelijk' af van de lijn die gaandeweg is gekozen voor het arbitrage-recht. Voor arbitrage geldt mede in het licht van art. 6 EVRM de eis van een ondubbelzinnige en vrijwillige keuze. Veel verschil zal dit in de praktijk niet uitmaken, temeer daar de contractuele keuze voor NCC evenals die voor arbitrage bewezen dient te worden door een geschrift. Zie art. 30r lid 1, derde en vierde zin, Rv waarin men art. 1021 Rv herkent. Toch kan er verschil optreden, getuige de volgende passage uit de memorie van toelichting:

“Een overeenkomst waarbij de keuze voor de NCC in de algemene voorwaarden van een van de partijen is opgenomen en waarbij de algemene voorwaarden door de andere partij stilzwijgend zijn aanvaard, voldoet daar niet aan. Indien de keuze voor de NCC in de algemene voorwaarden is opgenomen, blijft deze dus zonder rechtsgevolg. Dat is slechts anders indien de partij de in de algemene voorwaarden opgenomen keuze van de wederpartij om bij de NCC in het Engels te procederen alsnog uitdrukkelijk heeft aanvaard. Deze aanvaarding moet dan kunnen worden bewezen door een geschrift.”¹⁵

Dat kantonzaken worden uitgezonderd van NCC – eis g) – spreekt deels voor zichzelf, gegeven dat het daarbij veelal om kleinere financiële belangen gaat, die geen voor partijen relatief kostbare procedures rechtvaardigen. Daar waar de kantonrechter bevoegd is op basis van de aard van de vordering kan die uitzondering minder voor de hand liggen; men denke bijvoorbeeld aan een huurgeschil over een groot kantoorpand. De wetgever had die uitsluiting misschien dan ook beter achterwege kunnen laten, zodat partijen ook in kantonzaken voor NCC hadden kunnen kiezen, maar dit hier terzijde.

Een enkel woord over de aanvulling van art. 1064a lid 1 Rv mag hier niet ontbreken. Beoogd wordt de volgende zin aan deze bepaling toe te voegen:

“Indien de plaats van arbitrage is gelegen in het ressort Amsterdam en partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, kan de vordering tot vernietiging worden ingesteld bij de internationale handelskamer van het gerechtshof Amsterdam («Netherlands Commercial Court of Appeal»). Artikel 30r is van overeenkomstige toepassing.”

Deze bepaling vormt een welkome aanvulling van het arbitragerecht. In internationale, veelal Engelstalige arbitrages, zal het dikwijls nuttig zijn dat ook de eventuele vernietigingsprocedure bij het hof als rechter in eerste aanleg in het Engels gevoerd zal kunnen worden. Concentratie bij één hof kan bovendien de rechtseenheid bevorderen.

Beide argumenten pleiten ervoor om ook in geval van arbitrages buiten Amsterdam die forumkeuze bij het Gerechtshof Amsterdam toe te laten. Hetzelfde geldt voor executieprocedures voor buitenlandse arbitrale vonnissen (vgl. art. 1075 Rv jo. art. 985 Rv en 1076 lid 6 Rv jo. art. 985 Rv). Misschien zou ook een overgangsrechtelijke bepaling toegevoegd kunnen worden die voorziet in de mogelijkheid van een NCC-procedure bij de Rechtbank Amsterdam respectievelijk het Hof Amsterdam voor arbitrages die ooit voor 1 januari 2015 zijn aangevangen.

Dan nog iets over de kosten van NCC-procedures, dit afgezien van het geval dat de bevoegdheid van NCC wordt verworpen overeenkomstig het beoogde eerste lid van het nieuwe art. 9a Wet griffierechten burgerlijke zaken.

Volgens de gewijzigde bijlage en tabel bij deze wet wordt het griffierecht per partij € 15.000 bij de rechtbank en € 20.000 bij het hof. Voor zover de voorzieningenrechter eraan te pas komt (waarover art. 30r lid 3 Rv), wordt het griffierecht € 7.500 respectievelijk € 10.000; ik laat dat verder maar terzijde. Volgens de memorie van toelichting zou NCC aldus budgetneutraal kunnen werken.¹⁶ T.a.p. wordt hierbij uitgegaan van (op termijn) 100 rechtbankzaken en 25 hofzaken, wat schrijver dezes nogal veel voorkomt (mede gelet op de gezichtspunten, die hieronder sub 3-4 de revue passeren).¹⁷ Aldus zou voor het totale NCC-gebeuren grofweg € 4 miljoen per jaar ter beschikking komen.¹⁸ Dat hiermee budgetneutraal gewerkt zou kunnen worden, ondanks de niet al te hoge salarissen van rechters, valt te bezien, mede gelet op de kosten van de zittingsruimte (die hoort natuurlijk ook gebudgetteerd te worden)¹⁹, andere logistieke kosten en personele assistentie. De Tweede Kamer heeft hier dan ook vragen over gesteld. Uit het conceptreglement en de toelichting valt niet af te leiden in hoeverre NCC grondig maatwerk gaat verrichten. Worden bijvoorbeeld gedetailleerde debatten over de vraag naar over te leggen stukken

14 Geheel terzijde maar toch wel frappant (ook al ziet men het meer): in de WVNCC-kamerstukken van regeringswege wordt gesproken over de 'Raad voor de rechtspraak' enerzijds en 'de rechtbank Amsterdam' resp. 'het gerechtshof Amsterdam'. Moge het wisselend gebruik van kapitalen geen teken aan de wand vormen. Soortgelijk opmerkelijk gebruik van hoofdletters en kleine letters ziet men overigens ook wel in andere context. Zo wordt in processtukken wel gerefereerd aan 'het vonnis van de rechtbank' en 'de Memorie van Grieven'.

15 Zie MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 11. Zie voorts Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 6, p. 7.

16 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 3, p. 4 en p. 8.

17 Vanuit de Tweede Kamer werd ook de vraag gesteld waarop deze verwachting was gebaseerd. Zie Verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 5, p. 4.

18 Vanuit de Tweede Kamer kwam de berekening uit op (maximaal) € 2 miljoen (Verslag *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 5, p. 3), maar als schrijver dezes het goed ziet, dient dit bedrag verdubbeld te worden, nu zowel eisers/verzoekers als verweerders griffierecht verschuldigd zijn.

19 Of dat laatste gebeurt, is niet geheel duidelijk. Vgl. MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 8 sub 4.

toegestaan (vgl. het *Redfern schedule*)? Komt er gelegenheid voor zo nodig dagenlange getuigenverhoren, waaronder kruisverhoren? Is er gelegenheid voor uitvoerige mondelinge toelichtingen met mondelinge re- en dupliek?²⁰ Het zijn vragen die zich moeilijk en detail laten beantwoorden in een reglement, maar een tip van de sluier zou daarin, althans in de toelichting, wel kunnen worden onthuld. Veel zal nu afhangen van de wijze waarop NCC er zelf invulling aan geeft. Het reglement wordt overigens pas vastgesteld nadat WVNCC is aangenomen door het parlement, aldus de memorie van toelichting.²¹ Dat de regering de 'variabele zaaksgerelateerde kosten' in antwoord op de Kamervragen schat op 'gemiddeld € 19.000 per zaak in eerste aanleg en € 28.000 per zaak in hoger beroep'²² duidt er, uitgaande van meervoudige behandeling, niet dadelijk op dat grondig maatwerk zal kunnen worden verricht. Een andere contra-indicatie wordt gevormd door de omstandigheid dat de NCC-rechters 'vooralsnog komen uit de bestaande capaciteit in de rechtspraak' en dat dit per saldo 'geen extra belasting voor de rechtspraak [betekent] omdat deze zaken anders door handelsrechters in de reguliere gerechten zouden zijn afgedaan'.²³ Die passage duidt er niet op dat NCC-zaken intensiever zouden worden behandeld dan andere zaken.

Reeds gezien dat laatste zou vanuit de Tweede Kamer inzicht gevraagd kunnen worden in de beoogde eindtekst van het reglement en zou ook die beoordeeld moeten worden, al zal men daar vermoedelijk niet veel wijzer van worden, ervan uitgaande dat de eindtekst vermoedelijk niet veel zal afwijken van de concepttekst. Duidelijk is wel, zo blijkt uit de memorie van toelichting,²⁴ dat in het (concept)procesreglement beoogd wordt binnen het wettelijk kader van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te blijven (met inbegrip van de wijzigingen op basis van het KEI-programma). Zo wijst de memorie van toelichting t.a.p. op de regiefunctie van de rechter (met inbegrip van de verruiming daarvan door KEI) en op de doorslaggevende betekenis van art. 843a Rv voor de vraag of inzage dan wel afschrift van bescheiden dient te worden gegeven. Feit is bovendien dat het procesreglement, ook na de eventuele beoordeling van het reglement door de Tweede Kamer, nog gewijzigd kan worden binnen het kader van de wet. Ten slotte valt te bedenken dat de rechter van de bepalingen van het reglement kan afwijken indien 'de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven' (aldus art. 1.3.1 van het conceptreglement).

3. Gezichtspunten voor keuze tussen NCC en arbitrage in verband met beperkingen van NCC

Een aantal gezichtspunten vloeien rechtstreeks voort uit de analyse sub 2, die de nodige beperkingen aan de actieradius

van NCC aan het licht bracht. Andere gezichtspunten, die in de praktijk wellicht meer een rol spelen, komen sub 4 aan de orde.

3.1 *Geschil of geen geschil?*

Gaat het om een andere zaak dan een geschil, dan komt NCC niet in aanmerking, aldus blijkt reeds uit art. 30r lid 1 Rv. Arbitrage kan dan nog wel mogelijk zijn op de voet van art. 1020 lid 4 Rv, dat ook (a) een pure vaststelling van kwaliteit; (b) een enkele vaststelling van een verschuldigde schadevergoeding; en (c) aanvulling of wijziging van een rechtsbetrekking buiten geschil vatbaar maakt voor arbitrage op grond van een daartoe strekkende overeenkomst. Veel lijken die extensies in de praktijk niet voor te komen, maar een aandachtspunt is het dus wel.

3.2 *Welke procestaal wensen partijen?*

Wie in een andere taal dan de Engelse in Nederland wil procederen, zal ook voor arbitrage dienen te kiezen. Met name Duits en Frans worden soms nog wel als procestaal in de arbitrage gebruikt. Daarvoor biedt NCC geen voorziening. Bij wijze van uitzondering kan bij NCC wel in het Nederlands geprocedeerd worden. Dat vindt men niet terug in art. 30r lid 1 Rv waar het gebruik van de Engelse taal juist als wezenlijk element van NCC wordt gepresenteerd, maar wel in art. 30r lid 4 Rv: NCC (en ook de voorzieningenrechter in een NCC-zaak) doet 'uitspraak in de Engelse taal, tenzij op verzoek van partijen de procedure in de Nederlandse taal is gevoerd'. Wetstechnisch gezien is deze uitzondering niet zo mooi gepositioneerd, maar dit terzijde. Kennelijk beslist NCC zelf of het die uitzondering wil toestaan. Enerzijds maakt dat de keuze voor NCC ingeval men wil procederen in het Nederlands wat ongewis. Anderzijds ligt het niet voor de hand dat NCC die toestemming voor procederen in het Nederlands zou weigeren, indien partijen daar reeds in hun geschilbeslechtsclausule voor kiezen of daarom althans (bij nader inzien) gezamenlijk aan het begin van de procedure vragen. Zie ook de memorie van toelichting, die aangeeft dat de rechter in de regel de keuze van partijen zal volgen.²⁵

3.3 *Internationaal of nationaal geschil?*

Alleen internationale geschillen kunnen onderworpen worden aan NCC. Zoals sub 2 bleek, is het niet geheel duidelijk wat daaronder moet worden verstaan. Wie voor NCC kiest en een geschil in het licht van die keuze bij NCC aanbrengt, zal door NCC verwezen worden naar een andere rechter ingeval NCC het geschil na een daartoe strekkende exceptie van onbevoegdheid ex art. 30r lid 2 Rv niet als internationaal aanmerkt. Bevoegdheidsgeschillen moet men zoveel mogelijk voorkomen en dat kan een aanwijzing vormen om toch maar voor arbitrage te kiezen daar waar twijfel kan bestaan aan de bevoegdheid van NCC.

Omgekeerd kan het soms de vraag zijn of een volgens het reglement als internationaal aan te merken geschil wel het beste door NCC kan worden behandeld daar waar het

20 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 8 spreekt van 'naar verwachting altijd complexe maatwerkprocedures'.

21 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 10.

22 Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 6, p. 8.

23 Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34761, 6, p. 11; zie ook p. 5.

24 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 4 en p. 6.

25 MvT, *Kamerstukken II 2016/17*, 34761, 3, p. 13.

internationale element er juist tegen pleit. Stel, het enige internationale element bestaat hieruit dat partijen verklaren dat Duits of Roemeens recht of een ander buitenlands rechtsstelsel op hun koopovereenkomst van toepassing is (waarover ook nr. 2), komt het dan wel praktisch voor om een eventueel geschil naar aanleiding van die overeenkomst door Nederlandse rechters te laten behandelen?

3.4 *Handelsgeschil of ander geschil?*

De tekst van de wet duidt niet op een beperking tot handelsgeschillen, de memorie van toelichting duidt daar wel enigszins op, zoals sub 2 werd geadstrueerd. Wie twijfelt ten aanzien van de vraag of een (eventueel) geschil uit hoofde van zijn rechtsbetrekking een handelsgeschil is, zal er goed aan kunnen doen toch voor arbitrage te kiezen. Hier geldt dus een soortgelijke aanwijzing als zojuist gegeven voor onduidelijkheid omtrent de vraag of een geschil internationaal is.

3.5 *Verzet dwingend supranationaal of Nederlands recht zich tegen competentie van NCC?*

Daar waar dwingend supranationaal of Nederlands recht zich verzet tegen die competentie is er echter geen ruimte voor NCC en in zoverre heeft eis e) dus toch zelfstandige waarde. Zie bijv. art. 24 Brussel I-bis respectievelijk art. 80 Rijksoctrooiwet 1995 en art. 69-70 RO. Soms zal in het geval dat dwingend supranationaal of Nederlands recht zich verzet tegen die competentie de zaak ook niet arbitrabel zijn, zoals aan de orde is bij art. 80 Rijksoctrooiwet 1995. Veelal is in dat geval de zaak echter wel vatbaar voor arbitrage zoals bij de meeste onderwerpen waarvoor art. 24 Brussel I-bis voorziet in een exclusief forum.

4. *Andere gezichtspunten*

Dan zijn er nog andere gezichtspunten die tevens een rol spelen bij de vergelijking tussen arbitrage en overheidsrechtspraak in het algemeen. Hier is ook al veel over geschreven.²⁶ De gezichtspunten zijn dan ook al wel in belangrijke mate in beeld gebracht.

Hieronder passeren die reeds in beeld gebrachte gezichtspunten de revue. Ook wordt gekeken naar nog niet of nauwelijks in beeld gebrachte gezichtspunten. Al deze gezichtspunten komen ook naar voren in de resultaten van kwantitatief empirisch onderzoek, dat vanuit de *International School of Arbitration (Queen Mary, Londen)* in 2015 werd gedaan.²⁷ Hieronder wordt dan ook telkens aan die onderzoeksresultaten gerefereerd. Daarbij zal blijken dat die resultaten bij nader inzien toch niet steeds een aandachtspunt opleveren voor de keuze tussen arbitrage en NCC.

Het gaat hier om een tamelijk grootschalig onderzoek, dat met name bestond uit een kwantitatieve analyse. 763 res-

pondenten beantwoordden de vragen. Veelal ging het om professionals van verschillende huize (in meerderheid professionele rechtshulpverleners zoals *private practitioners* en – deels *in-house – counsel*) met arbitrage-ervaring. Zij kwamen uit Europa (53%) en alle andere werelddelen (47%) en waren qua juridische achtergrond gelijkmatig verspreid over *common law* en *civil law* landen.²⁸ De eerste drie vragen en de antwoorden daarop²⁹ bieden goede kapstokken voor de aandachtspunten bij de keuze voor arbitrage of overheidsrechtspraak waaronder NCC.

De eerste vraag luidde: *What is your preferred method of resolving cross-border disputes?* 90% van de respondenten koos voor arbitrage (56% voor arbitrage alleen, 34% voor arbitrage tezamen met een (andere) vorm van ADR. 6% koos voor *mediation*. 4% koos voor *cross-border litigation* (al dan niet met ADR).

De tweede vraag luidde: *What are the three most valuable characteristics of international arbitration?* Deze vraag leidde tot de volgende antwoorden en antwoordpercentages: 65% van de respondenten koos voor *enforceability of awards*, 64% voor *avoiding specific legal systems/national courts*, 38% voor *flexibility*, 38% voor *selection of arbitrators*, 33% voor *confidentiality and privacy*, 25% voor *neutrality*, 18% voor *finality*, 10% voor *speed*, 2% voor *cost* en 2% voor *other*.

De derde vraag luidde: *What are the three worst characteristics of international arbitration?* 68% van de respondenten koos voor *cost*, 46%, voor *lack of effective sanctions during the arbitral process*, 39% voor *lack of insight into arbitrators' efficiency*, 36% voor *lack of speed*, 25% voor *national court intervention*, 24% voor *lack of third party mechanism*, 17% voor *lack of appeal mechanism on the merits*, 12% voor *lack of insight into institutions' efficiency*, 3% voor *lack of flexibility* en 9% voor *other*.

4.1 *Kosten*

De antwoorden op de drie genoemde vragen duiden erop, in onderlinge samenhang beschouwd, dat arbitrage wel als kostbaar wordt ervaren en dat zelfs door 68% als een van de drie belangrijkste minpunten wordt beschouwd, maar dit toch niet de voorkeur voor arbitrage wegneemt.

Toch kan dit gezichtspunt van belang zijn bij de keuze tussen arbitrage en NCC, dat ondanks de hogere griffierechten in het algemeen goedkoper zal zijn dan de arbitrage. Deze veronderstelling lijkt gerechtvaardigd nu de honorering van arbiters in het algemeen in internationale geschillen van enige omvang hoger zal uitvallen dan de bedragen die bij NCC voor griffierechten worden gerekend, ook al zijn in de kosten van arbiters ook die van logistieke en personele voorzieningen verwerkt; bovendien dient de eventuele secretaris dikwijls afzonderlijk betaald te worden. De kosten voor het scheidsgerecht en de secretaris kunnen fors oplopen naargelang grondiger maatwerk wordt verricht. Bij institutionele arbitrage komen bovendien ook administratiekosten van dat instituut in de regel voor rekening van de partijen. Daar staat weer tegenover dat bij de overheidsrechter, al-

26 Verwezen moge worden naar GS, Boek IV, aant. 1 sub h (H.J. Snijders), het zakelijk gelijklopende boek H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011 en het uitvoerige literatuuroverzicht t.a.p.

27 Loukas Mistelis e.a., *2015 International Arbitration Survey: Improvements and innovations in International Arbitration* (www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf).

28 T.a.p., p. 51-53.

29 T.a.p., p. 5-7.

thans NCC in Nederland, in het algemeen in drie instanties kan worden geprocedeerd. Arbitrage is in het algemeen tot één instantie beperkt; arbitrale vonnissen kunnen slechts op de zeer beperkte gronden van art. 1065 en 1068 Rv vernietigd worden, al moet gezegd worden dat er naar het zich laat aanzien relatief veel vernietigingsprocedures worden gevoerd in zaken waar heel grote belangen bij gemoeid zijn. Dat in verreweg de meeste internationale geschillen arbitrage, ondanks de hoge kosten, toch geprefereerd wordt boven overheidsrechtspraak, laat zich wellicht aldus verklaren dat de kosten van arbiters en hun secretarissen in het algemeen toch in het niet vallen bij de kosten van hun advocaten, die in het algemeen veel meer werk zullen verzetten in die zaken.

4.2 *Snelheid*

10% van de ondervraagden geeft snelheid als een van de drie belangrijkste voordelen van arbitrage op, gebrek aan snelheid wordt daarentegen door 36% van de ondervraagden als een van de drie grootste nadelen genoemd. Dat contrast laat zich wellicht hierdoor verklaren dat de ene arbitrage de andere niet is. Juist omdat bij arbitrage in grote geschillen grondig maatwerk wordt verschaft, duurt een dergelijke arbitrage dikwijls ook langer. Maar dat grondige maatwerk willen partijen ook vaak en hun wensen plegen in de regel gehonoreerd te worden. Partijen zijn binnen de grenzen van het dwingend arbitragerecht vrij in de bepaling van de procesregels. Willen partijen uitvoerige *discovery* en dagen- of zelfs wekenlange *hearings*, al of niet met *cross examination* van *witnesses* en *experts*, dan krijgen zij die. Zijn zij het eens op dit punt, dan zullen arbiters zich daar in de regel naar schikken, gezien de partij-autonomie die binnen zekere grenzen gerespecteerd wordt bij de arbitrale procedure (art. 1036 en 1039 Rv). Of NCC dergelijk maatwerk wil en gaat leveren, valt nog te bezien, zoals reeds sub 2 geadstrueerd. Of NCC, ook afgezien daarvan, sneller gaat werken dan het doorsnee scheidsgerecht in een internationale arbitrage, valt eveneens nog te bezien. Een vergelijking van de omloopsnelheden van arbitrages en procedures ten overstaan van de overheidsrechter en in het bijzonder van internationale arbitrages en NCC in de toekomst, zal overigens niet gemakkelijk te maken zijn.

4.3 *Maatwerk of standaardwerk?*

Gelet op die partij-autonomie, kan arbitrage de voorkeur genieten boven NCC. Dit geldt althans, indien partijen hechten aan door hen te bepalen maatwerk, en dat komt veel voor, met name in grote internationale arbitrages; vgl. ook de antwoorden op vraag 2 hierboven, die erop duiden dat 38% van de respondenten flexibiliteit van de internationale arbitrage als een van de drie grootste voordelen beschouwt. NCC kan ook maatwerk leveren, maar naar het zich laat aanzien is de rechter, gezien de door ons burgerlijk procesrecht aan hem toebedachte regiefunctie, toch *leading* in de bepaling daarvan. Verder is nog niet geheel duidelijk of en in welke zin NCC dat zou gaan doen, waarover nr. 2.

Bij deze vergelijking wordt ervan uitgegaan dat NCC omwille van de kwaliteit van de beoordeling in de regel, ook in

eerste aanleg, meervoudig beslist; aldus ook art. 3.5 van het conceptreglement, dat alleen een uitzondering toelaat voor zaken bij de voorzieningenrechter.

4.4 *Kwaliteit van de rechters of arbiters*

In het algemeen zullen de arbiters en rechters die over grote internationale geschillen oordelen goede juristen zijn met de benodigde vaardigheden voor geschilbehandeling. Zo algemeen bezien vormt de kwaliteit van de rechters of arbiters dan ook geen aandachtspunt. Op sommige punten kunnen kwaliteitsverschillen echter wel de aandacht vragen. Daarbij valt te bedenken dat partijen een *say* hebben in de benoemingen van de arbiters, terwijl zij niets te zeggen hebben over de samenstelling van de internationale kamers van NCC. Dat kan opbreken als een zaak ermee gediend is beoordeeld te worden door arbiters met specifieke expertise op feitelijk of juridisch terrein. Zo kan specifieke expertise op gebieden als accountancy, bouwtechniek en IT van groot gewicht zijn. Zo kan ook specifieke deskundigheid op een bepaald rechtsterrein zoals zeerecht, fiscaal recht of financieel recht gewenst zijn. Specifiek inzicht in een bepaald toepasselijk nationaal recht en de vaardigheid om kernbronnen van dat recht in de originele versie te lezen kan eveneens van belang zijn. Bij de benoeming van arbiters kan daar zonder meer rekening mee gehouden worden. Of dat gebeurt en steeds kan gebeuren bij de samenstelling van een NCC-kamer valt te betwijfelen. Misschien is het mede daarom dat 38% van de respondenten van het onderzoek van 'Queen Mary' de selectie van arbiters als een van de drie voornaamste voordelen van arbitrage beschouwt.

4.5 *Neutraliteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

Die laatstgenoemde uitslag van 38% kan ook samenhangen met de behoefte van partijen in internationale zaken om beoordeeld te worden door personen met een neutrale nationaliteit, althans door een tribunaal dat qua nationaliteiten evenwichtig is samengesteld. Een Nederlandse partij die procedeert tegen een Chinese of Amerikaanse partij zal niet voelen voor een panel dat geheel uit Chinezen of Amerikanen is samengesteld en het omgekeerde geldt ook. Bij arbitrage kan dat gemakkelijk vermeden worden door geen arbiters te benoemen van een van deze nationaliteiten of althans alleen en wel op een evenwichtige wijze bijzitters met die nationaliteiten te kiezen (dus van elke nationaliteit één of – bij een vijfmanschap – twee). Bij NCC kan dat niet. Die Chinese of Amerikaanse partij zal er dan ook dikwijls niet voor voelen voor een geschilbeslechttingsclausule ten gunste van NCC. Zij zal niet graag door een volledig uit Nederlanders bestaande kamer van een gerecht beoordeeld worden. Misschien laat zich aldus ook gedeeltelijk de hoge score verklaren van het genoemde voordeel van het vermijden van specifieke rechtsstelsels/nationale gerechten: maar liefst 64% van de respondenten gaf aan dat dit een van de drie grootste voordelen van arbitrage vormde. Ook de score van 25% voor neutraliteit als een van de drie belangrijkste voordelen van arbitrage kan in dit licht bezien worden.

4.6 *Vertrouwelijkheid of openbaarheid?*

33% van de respondenten geeft vertrouwelijkheid op als een van de drie belangrijkste voordelen van arbitrage. In de wereld van de internationaalpubliekrechtelijk georiënteerde arbitrage, met name BIT- en MIT-arbitrages, waarbij grote algemene belangen zijn gemoeid, is de vertrouwelijkheid onder druk komen te staan; dit type arbitrage krijgt dan ook meer en meer in het openbaar gestalte, niet in de laatste plaats door regelgeving van de zijde van UNCITRAL. Bij commerciële arbitrages ligt dat anders. De uitslag van dit onderzoek van Queen Mary laat zich goed verklaren. Er kunnen allerlei legitieme belangen zijn bij vertrouwelijkheid van die arbitrage, zoals bescherming van intellectuele eigendom, *fishing expeditions* van de concurrenten, voorkoming van jojoën van aandelen tijdens de procedure en bescherming van de lichamelijke integriteit van de betrokkenen, bijvoorbeeld om bedreiging te voorkomen (dit soort redenen kunnen overigens ook pleiten voor vertrouwelijke behandeling van internationaalpubliekrechtelijk gekleurde arbitrages; de UNCITRAL Transparency Rules 2014 voorzien daarin ook, dit bij wijze van uitzondering).

In het Wetsvoorstel dat leidde tot de Arbitragewet 2015 was een regeling van de vertrouwelijkheid niet te vinden (wel in het conceptwetsvoorstel en het voorontwerp). Uiteindelijk is van regeringswege na indringende vragen van de Eerste Kamer niettemin de vertrouwelijkheid een en andermaal en nadrukkelijk bevestigd.³⁰ Wie behoefte heeft aan vertrouwelijke behandeling kan er dus zekerheidshalve goed aan doen voor arbitrage te kiezen, gelet op de principiële openbaarheid van procedures bij de overheidsrechter (vgl. art. 28 Rv; zie ook art. 29 Rv). In geval van arbitrage kan de vertrouwelijkheid bovendien nog nader ingevuld en aangevuld worden door afspraken van partijen en desgewenst een *confidentiality order* van het scheidsgerecht.

4.7 *Gedwongen tenuitvoerlegging mogelijk?*

Verreweg de hoogste score op de vraag welke drie kenmerken van arbitrage het meest waardevol zijn, oogstte de executabiliteit. Maar liefst 65% van de respondenten noteerde die enforceability of awards als een pluspunt. Deze hoge score laat zich gemakkelijk verklaren. Afhankelijk van de vraag waar zich activa van de door een uiteindelijk als verweerder optredende partij bevinden, kan dit gebrek aan executabiliteit heel ernstig zijn. Executie van arbitrale vonnissen is in veel meer landen mogelijk dan tenuitvoerlegging van uitspraken van de overheidsrechter, dit door het Executieverdrag van New York 1958, dat toepasselijk is op verreweg de overgrote meerderheid van alle staten ter wereld. Binnen en rond de EU komt men ook een eind met de EEX-Verordening Herschikking (Brussel I-bis) en het EVEX II, maar daarbuiten zijn er nauwelijks verdragen die in *cross-border* executie voorzien. Dit zou ook partijen in con-

tracten met Britse partijen ertoe kunnen nopen, zolang niet duidelijk is in hoeverre EEX-Verordening Herschikking en EVEX II na de Brexit nog voor het Verenigd Koninkrijk gelden, te kiezen voor arbitrage in plaats van overheidsrecht-spraak van NCC.³¹

Te bedenken valt wel dat voor tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen altijd een exequatur nodig, maar als gezegd is executie van uitspraken van de overheidsrechter buiten EEX-Verordening Herschikking en EVEX II doorgaans in het geheel niet aan de orde.

4.8 *Voldoende 'effective sanctions during the arbitral process'?*

Volgens 46% van de respondenten vormde het gebrek aan 'effective sanctions during the arbitral process' een van de drie belangrijke minpunten van arbitrage. Men kan zich afvragen wat hier precies bedoeld wordt. Van land tot land kan die vergelijking in ieder geval verschillend uitvallen.

Bij vergelijking tussen arbitrage in Nederland en NCC blijkt niet dadelijk een verschil op dit punt. Orders zijn niet executabel maar rolbeschikkingen en hun KEI-equivalenten zijn dat evenmin. Tussenvonnissen van arbiters zijn sinds de invoering van de Arbitragewet zonder meer executabel, zoals tussenvonnissen van de overheidsrechters dat eveneens zijn, een en ander althans voor zover er iets te executeren valt (zoals bij een tussenvonnissen met kostenveroordeling). Gehele en gedeeltelijke eindvonnissen waren en zijn zonder meer executabel, andermaal voor zover er althans iets te executeren valt. Verder kunnen partijen naar Nederlands arbitragerecht een arbitraal kort geding overeenkomen, dat kan leiden tot een executabel arbitraal kortgedingvonnis. Zij kunnen ook een executabele voorlopige voorziening in de arbitrale bodemprocedure vragen, althans sinds de invoering van de Arbitragewet 2015 (vgl. art. 1043b lid 1 Rv jo. art. lid 4 Rv). Arbitragereglementen kunnen hier eventueel aan in de weg staan, maar overeengekomen afwijkingen van arbitragereglementen ter zake zullen mogelijk wel gerespecteerd worden. Bovendien kent Nederland nog het uiterst effectieve kort geding bij de overheidsrechter, dat binnen de grenzen van art. 1022a Rv jo. art. 254 Rv, te hulp geroepen kan worden. Kortom, dit gezichtspunt lijkt in ieder geval niet relevant in de verhouding tussen arbitrage in Nederland en NCC.

4.9 *Inzicht in de efficiency?*

39% van de respondenten noemt gebrek aan 'insight into arbitrators' efficiency' als een van de drie belangrijkste minpunten, 12% noemt gebrek aan 'insight into institutions' efficiency' als zodanig. Deze scores laten zich moeilijk uitleggen. Waar slaat de term inzicht precies op? Kennis vooraf ten aanzien van de personen van arbiters en het geadieerde instituut? Ik zie hierin in ieder geval geen aanknopingspunt voor een verschil ten gunste of ten nadele van arbitrage ten opzichte van NCC.

30 Vgl. nader bijv. het redactioneel voor *TvA* 2014/1, Prof. mr. H.J. Snijders, 'Arbitrage, vertrouwelijk of openbaar danwel een mixtum daarvan', en de aldaar vermelde bronnen, alsmede de EK-stukken voor de Arbitragewet 2015 (WV 33 611), waarover H.J. Snijders, in: G.J. Meijer & H.J. Snijders in *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: BJU 2015, p. 18.

31 Vgl. F.P. van Koppen & R.P. Streng, *Bb* 2016/79.

4.10 *Interventie van nationale rechters als nadeel?*

25% van de ondervraagden noemt 'national court intervention' als een van de drie belangrijkste minpunten van arbitrage. Gesteld kan worden dat die ook bij NCC aanwezig is. De vergelijking zal ook hier van land tot land verschillend uitvallen.

Een procedure tot vernietiging van arbitrale vonnissen in Nederland dient sinds de Arbitragewet 2015 dadelijk bij het gerechtshof aanhangig gemaakt te worden (art. 1064a en 1068 lid 2 Rv), waarna cassatieberoep openstaat, maar dat kunnen partijen in commerciële zaken ook nog uitsluiten (art. 1064a lid 5 Rv). NCC-procedures worden in eerste aanleg gevoerd bij de rechtbank, waarna een NCC-appelprocedure kan volgen en cassatie bij de Hoge Raad. De gronden voor vernietiging van arbitrale vonnissen door de overheidsrechter zijn bovendien zeer beperkt (art. 1065 lid 1 en 1068 lid 1 Rv), terwijl de gronden voor vernietiging van een NCC-vonniss in appel onbeperkt zijn. Ergo, 'national court intervention' is bij overheidsrechtspraak in ingrijpender mate mogelijk dan bij arbitrage. Of dat een voordeel dan wel een nadeel is, dient de rechtzoekende zelf uit te maken. In ieder geval gaat het hier om een relevant aandachtspunt bij de keuze voor arbitrage in Nederland of NCC.

4.11 *Geen appel ten principale?*

Omgekeerd noemt 27% van de respondenten de afwezigheid van appel ten principale als een nadeel van arbitrage. Gaat het om landen waarin appel van arbitrale vonnissen openstaat bij de overheidsrechter dan botst dit antwoord met het antwoord op de vorige vraag of – misschien beter gezegd – neutraliseert het dat antwoord. Arbitraal appel is overigens in menig land wel mogelijk, met name ook in geval van een daartoe strekkende overeenkomst van partijen. Zie voor Nederland art. 1061a-l Rv en bijv. het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Bij mijn weten wordt arbitraal appel overigens niet veel overeengekomen afgezien van een reglementaire voorziening zoals zojuist aangegeven.

Al met al biedt ook dit antwoord wel een relevant aandachtspunt maar ook geen eenduidig aanknopingspunt voor de keuze voor arbitrage of NCC.

4.12 *Gebrek aan 'third party mechanism'*

Ten slotte – want hier mee zijn alle scores van enige betekenis behandeld – aandacht voor het eventuele gebrek aan mogelijkheden voor derden om als partij op te treden in een arbitrale procedure. 17% van de respondenten noemt dit als een van de drie belangrijkste minpunten van arbitrage. Menig land voorziet echter wel in die mogelijkheden, dit met instemming van partijen en de derde. Zie voor Nederland bijvoorbeeld thans art. 1045 Rv (voor de voeging en tussenkomst) en art. 1045a Rv (voor de vrijwaring), dit op basis van instemming van de bestaande procespartijen en de derde. Voor NCC valt te bedenken dat interventie van derden ook slechts mogelijk zou moeten zijn op basis van een NCC-keuze van partijen en die derde (het is de vraag of bij het ontwerp van art. 6.4 van het conceptreglement, dat de

eventuele positie van derden in een NCC-procedure behandelt, hiermee wel rekening is gehouden).

Die inmenging van derden kan overigens een forse negatieve invloed hebben op de kosten, de behandelingsduur en de efficiency van de arbitrageprocedure en die van NCC (al gaat het daarbij dan met name om de kosten van advocaten). Parallelle behandeling met onderlinge afstemming kan veel handiger zijn en tijd en geld besparen.

Al met al levert deze score ook geen eenduidig aanknopingspunt en tegelijkertijd wel weer een relevant aandachtspunt op voor de keuze tussen arbitrage en NCC.

5. Conclusie

De sub 3 en 4 geanalyseerde (mogelijke) aandachtspunten voor de keuze tussen arbitrage en NCC wijzen deels in verschillende richting. Om met de Hoge Raad te spreken: het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval waar partijen bij een geschilbeslechtingsoptimaliter op zouden moeten uitkomen. Stellig is de conclusie gerechtvaardigd dat partijen welbewust een keuze dienen te maken tussen arbitrage en NCC of gewone overheidsrechtspraak. Met vele lezers van dit blad beseft schrijver dezes echter dat de ontwerpers van de geschilbeslechtingsoptimaliter veelal geen procesadvocaten zijn. Daarom, dames en heren *arbitration lawyers* en *litigators*, bevorder *s'il vous plaît* dat de *drafters* van uw kantoor die keuze daadwerkelijk welbewust maken. Er hangt veel van af: die keuze kan een zaak maken of breken.