

Remission in de nieuwe arbitragewet

Mr. N. Peters en mr. B. van Zelst*

1 Inleiding

Op 15 april 2013 heeft de minister van Veiligheid en Justitie zijn voorstel voor aanpassing van onze arbitragewet¹ (hierna: het Voorstel) naar de Tweede Kamer gezonden. Het Voorstel beoogt de huidige arbitragewet (art. 1020-1077 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Rv) op een aantal punten te moderniseren en te verbeteren. Ook wordt gepoogd onze arbitragewet te stroomlijnen met buitenlandse arbitragewetten en de UNCITRAL Model Law (hierna: de Modelwet). Daardoor zou Nederland (weer) interessanter worden voor internationale arbitrages.²

Een van de wijzigingen die men terugvindt in het Voorstel betreft de verkorting van de vernietigings- en herroepingsprocedures. Zo'n procedure moet nu nog aanhangig worden gemaakt bij de rechtbank. Straks dient zij te worden geëntameerd bij een van de vier gerechtshoven.³ De wetgever heeft er dus één feitelijke instantie afgesnoept.⁴ Ook kunnen partijen de mogelijkheid van cassatie uitsluiten.⁵ Zo kunnen zij de vernietigings- en herroepingsprocedure beperken tot één instantie.⁶

Het nadeel van een vernietigings- of herroepingsprocedure is evenwel haar 'alles of niets'-karakter. Het arbitraal vonnis wordt namelijk (gedeeltelijk⁷) vernietigd of niet. Een tussenweg bestaat er niet. Een rechter kan eventuele gebreken in het arbitraal vonnis dus niet zelf herstellen. Dat hangt samen met het feit dat vernietiging en herroeping buitengewone rechtsmiddelen zijn die niet mogen verworden tot een verkapt

appèl.⁸ Na vernietiging kan de meest gerede partij de zaak in beginsel opnieuw onderwerpen aan arbitrage.⁹

Het behoeft vervolgens weinig betoog dat het voeren van eerst een vernietigings- of herroepingsprocedure gevolgd door een nieuwe (arbitrale) procedure weinig efficiënt, tijdrovend en kostbaar is. Dat wordt terstond duidelijk bij het volgende voorbeeld. Stel dat arbiters per abuis niet hebben voldaan aan de ondertekeningsvereisten. Dan volgt vernietiging en moet een geheel nieuwe procedure worden gevoerd. Dat is knap onpraktisch.¹⁰

Ook de wetgever onderkent dat het huidige systeem niet optimaal is. Hij heeft dan ook getracht het te verbeteren. Daartoe voorziet het Voorstel in de mogelijkheid van *remission* of terugverwijzing. Zo kan het aangezochte hof de zaak hangende de vernietigings- of herroepingsprocedure onder bepaalde omstandigheden terugverwijzen naar het scheidsrecht. Dan kan het scheidsrecht de geconstateerde gebreken en onregelmatigheden ongedaan maken. Dit is geregeld in art. 1065a Voorstel:

'1. Het gerechtshof kan, op verzoek van een partij of uit eigen beweging, de vernietigingsprocedure schorsen voor een door het gerechtshof te bepalen termijn om het scheidsrecht in staat te stellen de grond tot vernietiging ongedaan te maken door het heropenen van het arbitraal geding dan wel door het nemen van een andere maatregel als het scheidsrecht gerade acht. Tegen een beslissing van het gerechtshof staat geen hogere voorziening open.

2. Voordat het scheidsrecht beslist, stelt het de partijen in de gelegenheid te worden gehoord.

3. Indien het scheidsrecht van oordeel is dat de grond tot vernietiging ongedaan kan worden gemaakt, wijst het een dienovereenkomstig arbitraal vonnis dat in plaats komt van het vonnis waarvan vernietiging is gevorderd.

4. Na de schorsing van de vernietigingsprocedure, beslist het gerechtshof overeenkomstig hetgeen het, de omstandigheden in aanmerking genomen, passend acht.'

* Mr. N. Peters is advocaat bij Banning N.V. alsmede docent en buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. Mr. Van Zelst is docent aan de Radboud Universiteit.

1. Kamerstuk 33 611, nr. 2, voorstel van wet.
 2. Zie over het Voorstel bijv. TvA 2013, 3, waarin verschillende onderdelen van het Voorstel worden besproken.
 3. Dat volgt uit art. 1064a en 1068 Voorstel.
 4. Zie hierover N. Peters, Vernietiging van arbitrale vonnissen door ad-hocscheidsrecht, is dat niet vernieuwend?, in: M. Kroeze e.a. (red.), Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 218-220.
 5. Voor vernietigingsprocedures is dat neergelegd in art. 1064a lid 5 Voorstel. Deze mogelijkheid wordt daarentegen niet expliciet gegeven bij herroeping. Desalniettemin valt niet in te zien waarom partijen cassatie bij herroeping niet *per analogiam* zouden kunnen uitsluiten.
 6. In de literatuur wordt een algehele uitsluitingsmogelijkheid van vernietiging ook wel verdedigd. Zie bijv. D.A.M.H.W. Strik & J.B.J. Hoefnagel, Uitsluitingsovereenkomsten en het consultatie-wetsontwerp herziening arbitragewetgeving: een gemiste kans?, TvA 2012, 20.
 7. Zie par. 3.3 van dit artikel.

8. Het gewone rechtsmiddel van arbitraal appel is slechts mogelijk indien partijen dat zijn overeengekomen. Vgl. art. 1050 Rv en art. 1061b Voorstel.

9. Op basis van het huidige art. 1067 Rv moet de meest gerede partij de zaak na vernietiging in beginsel voorleggen aan de gewone rechter. Na invoering van het Voorstel is dat anders. Dan herleeft in beginsel de overeenkomst tot arbitrage en moet een nieuwe arbitrage worden geëntameerd.

10. De vernietigings- en herroepingsgronden worden nader besproken in par. 3.7 respectievelijk par. 3.8 van dit artikel.

Nadat de minister het Voorstel bij de Tweede Kamer had ingediend, heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie een aantal opmerkingen gemaakt en een aantal vragen gesteld ter voorbereiding op de mondelinge behandeling van het Voorstel.¹¹ Geen van de vragen zag evenwel op het hiervoor geciteerde art. 1065a, ofschoon die bepaling volgens velen aan duidelijkheid te wensen overlaet en de memorie van toelichting ten aanzien van dit onderdeel behoorlijk summier is. De *communis opinio* is dan ook dat zij nadere uitwerking behoeft.¹² Concrete voorstellen en oplossingen zijn tot op heden niet aangedragen. In dit artikel gaan wij nader in op de voorgestelde *remission*-regeling.

2 Achtergrond van art. 1065a Voorstel en enkele rechtsvergelijkende opmerkingen

De minister heeft zich bij het opstellen van art. 1065a Voorstel hoofdzakelijk laten inspireren door het 'Voorstel tot wijziging van de Arbitragewet' uit 2006, dat was samengesteld door een werkgroep onder leiding van Van den Berg (hierna: de Werkgroep).¹³ De Werkgroep had zich op zijn beurt weer laten inspireren door Sanders¹⁴ en art. 34 lid 4 Modelwet. Dat artikel luidt als volgt:

'The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.'

De mogelijkheid van *remission* was in 1985 – toen de Modelwet verscheen – zo goed als onbekend in de rechtsstelsels van continentaal Europa. In *common law*-landen was zij daarentegen vrij ingeburgerd.¹⁵ Zo kent de Engelse arbitragewet die mogelijkheid bijvoorbeeld al sinds jaar en dag.¹⁶ Engeland was dan ook een groot pleitbezorger van voornoemd artikel.¹⁷ Maar niet iedereen was gelijk even enthousiast en levendige

discussies waren het gevolg.¹⁸ Uiteindelijk overheerste desalniettemin de gedachte dat *remission* een nuttig middel zou kunnen zijn en dat daartoe een bepaling moest worden opgenomen in de Modelwet.¹⁹

Omdat het Voorstel onder meer wordt ingevoerd om onze internationale concurrentiekracht te versterken en Nederland aantrekkelijker te maken voor internationale arbitrages, is het interessant om te bezien of de ons omringende (arbitrage)landen ook een *remission*-regeling kennen.

Wij beginnen met Frankrijk. Dat land heeft zijn arbitragewet in 2011 volledig herzien, maar een *remission*-regeling als vervat in de Modelwet kent het niet. In Frankrijk kan de vernietigingsrechter de zaak hangende de vernietigingsprocedure dus niet terugverwijzen naar het scheidsgerecht om de geconstateerde gebreken ongedaan te maken. Wel kunnen partijen de zaak in geval van een nationale arbitrage volgens Derains en Kiffer – ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag – na vernietiging opnieuw voorleggen aan het scheidsgerecht, aangezien 'the arbitrators are functus officio with respect to what has been decided in the award'.²⁰

Van Frankrijk stappen wij over naar Duitsland. Daar kan de vernietigingsrechter de zaak hangende de vernietigingsprocedure evenmin terugverwijzen.²¹ Wel kan de rechter de zaak terugverwijzen nadat de vernietiging is uitgesproken. Dat geldt zowel voor nationale als voor internationale arbitrages. Art. 1059 lid 4 van de Deutsche Zivilprozessordnung (ZPO)²² bepaalt in dat verband:

'Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.'

De Duitse benadering is sterk gestoeld op proceseconomische overwegingen. Zo erkennen ook de Duitsers dat een nieuwe procedure (waarbij de zaak wordt voorgelegd aan nieuwe arbiters²³) veel tijd en geld kost.

Daarom kan de Duitse vernietigingsrechter de zaak – op verzoek van een van de partijen – in voorkomende gevallen terugverwijzen naar het oorspronkelijke scheidsgerecht. Verzet van de partijen zich evenwel tegen terugverwijzing, omdat zij

11. Zie Kamerstuk 33 611, nr. 4, Verslag.

12. Zie bijv. punt 27 van het advies van 20 december 2012 van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht.

13. Het definitieve voorstel van de Werkgroep, inclusief een toelichting, kan worden gevonden op <www.arbitragewet.nl>.

14. P. Sanders, Een herziening van onze arbitragewet ligt in het verschiep, TCR 2002, p. 74-75.

15. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & S.M. Kröll, *Comparative international commercial arbitration*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 682-683.

16. De Engelse codificatie was ingegeven door een gevestigde praktijk vanaf de eerste helft van de negentiende eeuw, waarbij partijen de mogelijkheid van *remission* geregeld expliciet vastlegden in hun overeenkomst tot arbitrage. Zo'n beding stond ook wel bekend als een 'Mr. Richard's clause'. Zie hierover M. Curtis & N. Brooke, What effect does the remission of part of an award in arbitration proceedings have upon the remaining part of the award?, *Arbitration* 1994, jrg. 60, nr. 4, p. 268-272.

17. Zie de *travaux préparatoires* op <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/319meeting-e.pdf>.

18. H.M. Holtzmann & J.E. Neuhaus, *A guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: Legislative history and commentary*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1989, p. 920-921.

19. Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 983 e.v.

20. Zie Y. Derains & L. Kiffer, National report for France (2013), in: J. Paulsson (red.), *International handbook on commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 1984, versie 2013, supplement nr. 74, p. 81.

21. C. Eckstein-Puhl, *Prozessbetrug im Schiedsverfahren*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH 2005, p. 71-72.

22. De Duitse arbitragewet stamt uit 1997 en is van kracht sinds 1998.

23. Op grond van art. 1059 lid 5 ZPO herleeft na vernietiging van het arbitraal vonnis in beginsel de oude overeenkomst tot arbitrage.

geen vertrouwen meer heeft in het scheidsgerecht dat het vonnis heeft gewezen, dan is terugverwijzing volgens Schütze veelal niet geïndiceerd, omdat men die partij lastig kan verplichten weer vertrouwen in het scheidsgerecht te hebben 'das eine mit Verfahrens- oder sonstigen schweren Mängeln behaftete Entscheidung erlassen hat'.²⁴ Musielak meent daarentegen: '[D]er Widerspruch einer Partei steht der Zurückweisung nicht entgegen.'²⁵ Wat partijen er verder ook van vinden, de vernietigingsrechter mag de zaak alleen terugverwijzen als hij van oordeel is dat terugverwijzing naar het scheidsgerecht efficiënter is dan afdoening door nieuw te benoemen arbiters.²⁶ Wordt de zaak uiteindelijk terugverwezen, dan herleeft de opdracht van het oorspronkelijke scheidsgerecht.²⁷ Dat moet vervolgens opnieuw beslissen met inachtneming van het oordeel van de vernietigingsrechter.²⁸

Sanders is evenwel kritisch op terugverwijzing nadat de vernietiging is uitgesproken. Een instructie van de rechter aan arbiters om, nadat hun vonnis door hem is vernietigd, de zaak opnieuw in behandeling te nemen en een nieuw vonnis te wijzen, lijkt Sanders namelijk in strijd met het concept van arbitrage.²⁹ Sanders meent derhalve dat *remission* alleen mogelijk is zolang het arbitraal vonnis nog niet is vernietigd. Daarover denkt men in andere landen dus anders. Zo ook in Zwitserland.

Zwitserland kent een gecompliceerde *remission*-regeling voor nationale arbitrages.³⁰ Zo stelt art. 394 van het Zwitsers ZPO voorop dat de vernietigingsrechter de zaak hangende een vernietigingsprocedure kan terugverwijzen:

'Die Rechtsmittelinstanz kann den Schiedsspruch nach Anhörung der Parteien an das Schiedsgericht zurückweisen und ihm eine Frist zur Berichtigung oder Ergänzung setzen.'

Vindt er evenwel geen terugverwijzing plaats of wordt het arbitraal vonnis niet binnen een bepaalde termijn verbeterd of aangevuld, dan wordt de vernietigingsprocedure vervolgd. Het arbitraal vonnis kan dan alsnog worden vernietigd. Dat staat met zoveel woorden in art. 395 lid 1 van het Zwitsers ZPO. Vervolgens wordt de zaak (al dan niet nogmaals) terugverwezen naar het oorspronkelijke scheidsgerecht, zodat dit een nieuw arbitraal vonnis kan wijzen met inachtneming van het

vernietigingsvonnis.³¹ Dat bepaalt art. 395 lid 2 van het Zwitsers ZPO:

'Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so entscheidet das Schiedsgericht nach Massgabe der Erwägungen im Rückweisungsentscheid neu.'

Daarnaast regelt art. 399 van het Zwitsers ZPO de mogelijkheid van terugverwijzing indien zich een herroepingsgrond voordoet:

'1. Heisst das Gericht das Revisionsgesuch gut, so hebt es den Schiedsspruch auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an das Schiedsgericht zurück.

2. Ist das Schiedsgericht nicht mehr vollständig, so ist Artikel 371 anwendbar.'

Voor internationale³² arbitrages³³ ontbreekt een wettelijke regeling voor *remission*. Desalniettemin wordt voor zulke arbitrages aangenomen dat de overeenkomst tot arbitrage herleeft en dat de zaak na vernietiging terug moet naar het scheidsgerecht dat het arbitraal vonnis heeft gewezen.³⁴ Dat scheidsgerecht moet vervolgens een nieuw arbitraal vonnis wijzen met inachtneming van het oordeel van de vernietigingsrechter.³⁵

Onze zuiderburen kenden de mogelijkheid van *remission* tot voor kort niet. Dat is anders sinds hun nieuwe arbitragewet op 1 september 2013 in werking is getreden.³⁶ Die nieuwe wet vervangt art. 1676-1723 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek. Zij is gebaseerd op de Modelwet. Art. 34 lid 4 is ook bijna letterlijk overgenomen in art. 1717 lid 6:

'De rechtbank van eerste aanleg kan, wanneer zij een vordering tot vernietiging van een arbitrale uitspraak krijgt, desgevallend, op vordering van een partij, de vernietigingsprocedure opschorten gedurende een door haar bepaalde termijn om aan het scheidsgerecht de mogelijkheid te geven de arbitrageprocedure te hervatten of iedere andere

24. R.A. Schütze, *Schiedsgerecht und Schiedsverfahren*, München: Verlag C.H. Beck 2012, p. 192.

25. H.J. Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Frans Vahlen 2013, art. 1059, aant. 41.

26. Zie K.H. Böckstiegel, S.M. Kröll & P. Nacimiento (red.), *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 475.

27. Art. 1056 lid 3 ZPO.

28. J.P. Lachmann & W. König, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 1998, p. 249.

29. Sanders 2002, p. 75.

30. De regels voor nationale arbitrages zijn neergelegd in deel 3 (art. 353-399) van het Zwitserse Wetboek voor burgerlijk procesrecht (Schweizerische Zivilprozessordnung).

31. Zie hierover B. Berger & F. Kellerhals, *International and domestic arbitration in Switzerland*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2010, p. 504-505.

32. De regels voor een internationale arbitrage kunnen worden gevonden in hoofdstuk 12 (art. 176-194) van de Zwitserse federale wet op het internationale privaatrecht (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht) uit 1987.

33. Al kunnen partijen in een internationale arbitrage ook de nationale arbitrageregels van toepassing verklaren en omgekeerd. Zie art. 176 lid 2 van de wet genoemd in voetnoot 32 respectievelijk art. 353 lid 2 van het Zwitserse Wetboek voor burgerlijk procesrecht. Zie hierover J.F. Poudret, *Challenge and enforcement of arbitral awards in Switzerland*, *Arbitration International* 1998, nr. 4, p. 278-299.

34. P.A. Karrer & P.A. Straub, *Switzerland*, in: F.B. Weigand (red.), *Practitioner's handbook on international commercial arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 866.

35. S. Pfisterer & A.K. Schnyder, *International arbitration in Switzerland*, Zürich: Dike 2012, p. 142.

36. Wet van 24 juni 2013 tot wijziging van het zesde deel van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage. Zij is gepubliceerd in het Belgische Staatsblad van 28 juni 2013, p. 41263-41276 en kan worden gevonden op <www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl>.

maatregel te nemen die het van aard acht om de gronden van vernietiging weg te werken.’

Uit de memorie van toelichting bij voornoemde bepaling volgt dat zij is ingegeven door ‘een bezorgdheid voor doeltreffendheid’. De vernietiging van de arbitrale uitspraak moet het laatste middel blijven om een eventuele onregelmatigheid te verhelpen. Indien zij kan worden gecorrigeerd door een nieuwe tussenkomst van het scheidsgerecht, is het verkieslijk deze weg te volgen. Aldus de Belgische memorie van toelichting.³⁷

Het voorgaande rechtvaardigt de conclusie dat er kennelijk twee ‘*remission*-systemen’ naast en door elkaar bestaan. In het eerste systeem vindt terugverwijzing plaats nadat de vernietiging is uitgesproken. Dat is bijvoorbeeld het geval in Duitsland en Zwitserland, waarbij in het laatste land terugverwijzing zelfs de hoofdregel is. Daarnaast is terugverwijzing in Zwitserland in het geval van een nationale arbitrage ook al mogelijk gedurende de vernietigingsprocedure. Dat brengt ons op het tweede systeem, waarbij terugverwijzing plaatsvindt tijdens de vernietigingsprocedure. Dat is bijvoorbeeld het geval in België en Engeland.

Onze minister meende op zijn beurt (en in lijn met de Werkgroep³⁸) dat *remission* – gezien het *ultimum remedium*-karakter van vernietiging – geïndiceerd is hangende de vernietigingsprocedure. Fouten kunnen zodoende worden hersteld zonder dat de vernietiging hoeft te worden uitgesproken.³⁹ Wat dat betreft lopen wij in Nederland straks in de pas met laatstgenoemde landen. Of dat een verstandige keuze is, zal de tijd ons leren.

3 *Remission* en de *remission*-procedure nader beschouwd

Dan wordt het nu de hoogste tijd om art. 1065a Voorstel en de praktische kanten van de *remission*-procedure inhoudelijk te bespreken. Daarbij trachten wij de praktijk ook een aantal handvatten te verschaffen, waar de voorgestelde regeling nu zwijgt. Voorts zullen wij de wetgever hierna een aantal suggesties doen.

In deze paragraaf komen eerst enkele procedurele punten aan bod (par. 3.1-3.6). Daarna gaan wij in op de vraag welke vernietigingsgronden (par. 3.7) en herroepingsgronden (par. 3.8) zich lenen voor *remission*. Vervolgens kijken wij in meer detail naar de gang van zaken als het hof de zaak terugverwijst naar het scheidsgerecht en onderzoeken wij de status van een eventueel ‘ongedaanmakingsvonnis’ (par. 3.9-3.11). Tot slot behandelen wij in deze paragraaf nog enkele praktische vragen die kunnen spelen zodra de zaak weer terugkomt bij het hof (par. 3.12).

37. <www.dekamer.be/FLWB/PDF/53/2743/53K2743001.pdf>, p. 41-42.

38. Toelichting op het ontwerp van de Werkgroep, p. 111.

39. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40-41.

3.1 *Ambtshalve terugverwijzing of toch maar niet?*

Het eerste punt dat wij bespreken, betreft de voorgestelde mogelijkheid van ambtshalve terugverwijzing. In navolging van Sanders⁴⁰ bepaalt art. 1065a Voorstel namelijk dat het gerechtshof de zaak ambtshalve kan terugverwijzen naar het scheidsgerecht. Daarmee wordt afgeweken van art. 34 lid 4 Modelwet. Op basis van dat artikel is terugverwijzing immers alleen mogelijk ‘where requested by a party’.⁴¹ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld in Duitsland en België. Ook het voorstel van de Werkgroep voorzag slechts in *remission* op verzoek van een van de partijen.

De minister rechtvaardigt zijn (afwijkende) keuze met een verwijzing naar de Engelse arbitragewet uit 1996. Op grond van art. 68 lid 3 van die wet heeft de Engelse rechter volgens Diamond en Veeder zelfs een *prima facie*-plicht om terug te verwijzen.⁴² Zo mag hij alleen overgaan tot vernietiging als hij ‘is satisfied that it would be inappropriate to remit the case to the arbitral tribunal for further consideration’.⁴³

Helaas heeft de minister niet toegelicht waarom hij ambtshalve terugverwijzing uit de Engelse arbitragewet prefereert boven de regel uit de Modelwet en het voorstel van de Werkgroep. Op ambtshalve terugverwijzing valt namelijk wel wat af te dingen. Zo wordt bijvoorbeeld voorbijgegaan aan het beginsel van partijautonomie, toch een van de hoekstenen van arbitrage. Om die reden kan *remission* wat ons betreft beter aan partijen worden gelaten. Verzoekt geen van hen om terugverwijzing, dan mag worden aangenomen dat partijen vernietiging van het arbitraal vonnis verkiezen. Voor *remission* is dan geen plaats. Wat dat betreft kunnen wij ons zelfs voorstellen dat partijen de mogelijkheid van *remission* kunnen uitsluiten als zij daar niets voor voelen.

Wat daarvan verder ook zij, het hof mag partijen niet overvalen met een ambtshalve terugverwijzing. Voordat het de zaak kan terugverwijzen, zal het hen in de gelegenheid moeten stellen om hun zienswijze te geven.⁴⁴ Blijft het hof hiermee in gebreke, dan wijst het een verrassingsbeslissing.

3.2 *De discretionaire bevoegdheid van het hof*

De bevoegdheid tot terugverwijzing bestaat niet alleen ambtshalve, zij is ook discretionair. Het hof hoeft dus niet terug te verwijzen. Ook niet als alle partijen daarom verzoeken. Dan moet het hof overigens wel van goeden huize komen, aangezien het op dat moment ingaat tegen de uitdrukkelijke wil van partijen. Vanzelfsprekend kan het verzoek ook worden gedaan

40. P. Sanders, Het Nederlands arbitragerecht, nationaal en internationaal, Deventer: Kluwer 2001, p. 213.

41. Ambtshalve terugverwijzing is wel aan de orde geweest, maar was voor veel landen een brug te ver. Zie Holtzmann & Neuhaus 1989, p. 986.

42. A. Diamond & V.V. Veeder, The new English Arbitration Act 1996: Challenging an English award before the English court, The American Review of International Arbitration 1997, p. 56.

43. Art. 68 lid 3 van de Engelse arbitragewet.

44. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

door een van de partijen. In dat geval moet het hof alle belangen van het voorliggende geval afwegen.

3.3 Vernietiging moet mogelijk zijn

In alle gevallen moet het hof onderzoeken of de zaak voor terugverwijzing in aanmerking komt. Zo is *remission* niet bedoeld om 'schoonheidsfoutjes' te herstellen. Het hof mag de zaak alleen terugverwijzen als het arbitraal vonnis ook daadwerkelijk voor gehele of gedeeltelijke vernietiging in aanmerking komt.

Het arbitraal vonnis komt voor gedeeltelijke vernietiging in aanmerking als het (dictum) verschillende beslissingen bevat die niet onverbreekbaar samenhangen. Dat volgt uit Grünland/Sagro⁴⁵ en IMS/Modsaf.⁴⁶ Daardoor kan ten aanzien van enig gedeelte (van het dictum) vernietiging volgen, terwijl een ander daarmee niet onverbreekbaar samenhangend gedeelte in stand kan blijven.⁴⁷ Dit is ook gecodificeerd in art. 1065 lid 5 Voorstel.

In de procedure na *remission* mag het scheidsgerecht zich vervolgens alleen nog uitlaten over de beslissingen die voor vernietiging in aanmerking komen. De andere beslissingen zijn onaantastbaar. Zo leidt gedeeltelijke vernietiging (feitelijk) tot gedeeltelijke terugverwijzing. Dat kan net als in Engeland wettelijk worden verankerd,⁴⁸ maar strikt noodzakelijk lijkt dit niet.

3.4 Schorsing van de procedure en schorsing van de tenuitvoerlegging

Besluit het hof om de zaak terug te verwijzen, dan schorst het de vernietigingsprocedure.⁴⁹ Dat kan voor een onbepaalde of een bepaalde termijn. Die laatste termijn kan eventueel worden verlengd als de omstandigheden daartoe aanleiding geven.⁵⁰

Wij menen dat het hof de vernietigingsprocedure het best kan schorsen voor een bepaalde termijn, bij voorkeur van drie maanden of korter.⁵¹ Zo houdt het hof de druk op de ketel. Blijkt voornoemde termijn onverhoopt te kort, dan kan een van de partijen en/of het scheidsgerecht altijd nog een gemotiveerd verlengingsverzoek voorleggen aan het hof.

Schorsing van de vernietigingsprocedure leidt echter niet automatisch tot schorsing van de tenuitvoerlegging. Zodoende geldt als uitgangspunt dat een arbitraal vonnis dat met vernietiging wordt bedreigd in een zaak die is terugverwezen in

beginsel nog steeds kan worden geëxecuteerd.⁵² Dat kan niet de bedoeling zijn.

Een arbitraal vonnis dat zo gebrekkig is, dat het wordt terugverwezen, behoort namelijk geen executiewaarde te hebben. De minister zou er derhalve goed aan doen om vast te leggen dat de executie van rechtswege wordt geschorst zodra *remission* plaatsvindt.⁵³

Natuurlijk zou de schorsing van de executie alleen moeten zien op de terugverwezen gedeelten van het arbitraal vonnis. De andere gedeelten – waarvoor geen terugverwijzing heeft plaatsgevonden en die niet worden bedreigd met vernietiging – moeten gewoon ten uitvoer kunnen worden gelegd.⁵⁴

3.5 Het rechtsmiddelenverbod

Op grond van de laatste zin van art. 1065a lid 1 Voorstel staat geen hogere voorziening open tegen de beslissing van het hof om de zaak al dan niet terug te verwijzen. Daarbij is de minister afgeweken van het voorstel van de Werkgroep, zonder zijn keuze uit te leggen. Wij kunnen de keuze van de minister begrijpen als hij hiermee voor ogen had om de vernietigingsprocedure kort te houden. Cassatie (en zeker tussentijdse cassatie) helpt dan niet.

3.6 Mag het scheidsgerecht tot een materieel ander oordeel komen?

Als het hof de zaak terugverwijst, ligt het volgens de memorie van toelichting⁵⁵ voor de hand dat het hof aangeeft op welke grond c.q. gronden het arbitraal vonnis voor vernietiging in aanmerking komt.⁵⁶

Op grond van art. 1065a lid 3 Voorstel moet het scheidsgerecht vervolgens beoordelen of het die gronden ongedaan kan maken. Daartoe herleeft diens opdracht,⁵⁷ al staat dat niet met zoveel woorden in het Voorstel.⁵⁸ Sommigen menen dat de wetgever dit punt, ter vermijding van eventuele discussie en onduidelijkheden, alsnog moet expliciteren.⁵⁹

Vraag is evenwel hoe ruim de bevoegdheid van het scheidsgerecht is na terugverwijzing. Zo kan men zich afvragen of het scheidsgerecht 'new issues' mag afdoen.⁶⁰ Verder rijst de vraag of het scheidsgerecht tot een materieel ander oordeel mag

45. HR 20 januari 2006, TvA 2007, 7 m.nt. Roelvink (Grünland/Sagro).

46. HR 24 april 2009, NJ 2010, 171 m.nt. Snijders (IMS/Modsaf).

47. Zie Roelvink (punten 3-6) en Snijders (punt 3) in hun noot bij voornoemde arresten, alsmede G.J. Meijer, T&C Rv 2012, art. 1065, aant. 9.

48. Dan zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat de zaak *geheel* of *gedeeltelijk* kan worden terugverwezen.

49. Zie art. 1065a lid 1 Voorstel.

50. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

51. Deze termijn wordt ook als uitgangspunt gehanteerd in Engeland. Zie art. 71 lid 3 van de Engelse arbitragewet.

52. Vgl. art. 1066 lid 1 Voorstel.

53. Blijft de wetgever daarmee in gebreke, dan biedt art. 1066 lid 2 mogelijk nog uitkomst. Op basis van dat artikel kan de meest gereede partij namelijk nog een zelfstandig schorsingsverzoek doen.

54. In Engeland geldt hetzelfde. Zie R. Merkin & L. Flannery, Arbitration Act 1996, Londen: Informa 2008, p. 162.

55. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

56. Zie ook P. Sanders, UNCITRAL's remission reconsidered, in: Liber amicorum Claude Reymond, autour de l'arbitrage, Parijs: LexisNexis Litec 2004, p. 274.

57. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

58. Art. 33 lid 3 Modelwet en art. 1058 lid 4 van het ontwerp van de Werkgroep bepalen dat wel uitdrukkelijk.

59. Zie onder meer het advies van Allen & Overy van 15 juni 2012.

60. Sanders (2004, p. 277-278) meent van niet.

komen (ten aanzien van de terugverwezen en met vernietiging bedreigde beslissingen). Het Voorstel en de memorie van toelichting zwijgen wat dat betreft.

Snijders is daarentegen heel beslist. Volgens hem mag terugverwijzing niet leiden tot een materieel andere uitkomst.⁶¹ Helaas heeft Snijders niet inzichtelijk gemaakt hoe hij tot die 'enge opvatting' is gekomen. Dat is jammer, omdat het tegendeel – een 'ruime opvatting', waarbij het scheidsgerecht (ten aanzien van de terugverwezen onderdelen) wél tot een geheel ander oordeel mag komen – eveneens te verdedigen valt. Wij zouden ervoor willen pleiten dat de wetgever een duidelijke keuze maakt. Zo kan hij toekomstige discussies nu al in de kiem smoren.

Daar komt bij dat een keuze voor de enge of de ruime opvatting gevolgen heeft voor het toepassingsbereik van de voorgestelde bepaling. Zou men namelijk kiezen voor de enge opvatting, dan is terugverwijzing slechts mogelijk in een zeer beperkt aantal gevallen. Dat zullen wij inzichtelijk maken in de volgende paragraaf, waar de vernietigingsgronden aan bod komen.⁶²

3.7 Welke vernietigingsgronden lenen zich voor terugverwijzing?

Het voorgestelde art. 1065a laat in het midden welke vernietigingsgronden zich lenen voor terugverwijzing. De memorie van toelichting⁶³ vermeldt daarentegen dat terugverwijzing niet aan de orde is bij het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage en strijd met de openbare orde.⁶⁴ In deze paragraaf gaan wij daar nader op in. Meer in het bijzonder onderzoeken wij hierna bij welke van de vijf vernietigingsgronden als vervat in art. 1065 lid 1 Rv *remission* mogelijk is.

3.7.1 Ontbreken geldige overeenkomst

Bestaat er geen geldige overeenkomst tot arbitrage, dan heeft het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd geacht. Het arbitraal vonnis kan vervolgens worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 sub a Rv. Terugverwijzing is in dat geval niet aan de orde, omdat een van de vereisten van arbitrage ontbreekt.⁶⁵ Wat ons betreft is het daarnaast ook weinig praktisch om de zaak terug te verwijzen met als enig doel om het scheidsgerecht de mogelijkheid te geven om alsnog zijn eigen onbevoegdheid uit te spreken. Dat kost slechts tijd en geld. Het aangezochte hof kan het arbitraal vonnis beter direct vernietigen. Dan kan de meest gerede partij daarna een procedure entameren bij de juiste instantie.

3.7.2 Schending openbare orde

Verder moet terugverwijzing volgens de minister achterwege blijven wanneer het arbitraal vonnis is gewezen in strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1 sub e Rv.⁶⁶ Een arbitraal vonnis kan in strijd zijn met de openbare orde, indien (a) een fundamentele regel van procesrecht is geschonden, of (b) een regel van dwingend materieel recht van openbare orde is veronachtzaamd.

Fundamentele regels van procesrecht – zoals het beginsel van hoor en wederhoor – vormen het fundament van elke procedure. Zij moeten altijd in acht worden genomen. Dat gaat geregeld mis. Dat was bijvoorbeeld het geval in Van der Lely/VDH.⁶⁷ In die zaak had een van de arbiters na overleg met partijen, maar buiten hun aanwezigheid, gesproken met de accountant van een van hen. Het arbitraal vonnis berustte vervolgens mede op dit gesprek en het gespreksverslag dat aan het arbitraal vonnis was gehecht. Partijen waren evenwel niet in de gelegenheid geweest om zich over dat verslag uit te laten. Daardoor had het scheidsgerecht het beginsel van hoor en wederhoor geschonden. Een ander voorbeeld van schending van hoor en wederhoor kan worden gevonden in Spaanderdam/Anova.⁶⁸ In die zaak had het scheidsgerecht zijn oordeel hoofdzakelijk gebaseerd op verklaringen van één getuige. Die getuige was echter niet onafhankelijk en diens aanwezigheid ter zitting was van tevoren evenmin aangekondigd. Anova werd daarmee dus overvallen. Desondanks mocht Anova zich nadien niet uitlaten over die getuigenverklaring, terwijl het scheidsgerecht haar ook de mogelijkheid van een contra-enquête had ontzegd. In voorgaande gevallen was het scheidsrechtelijk oordeel (achteraf gezien) dus grotendeels gebaseerd op informatie die met een fundamenteel gebrek werd bedreigd. Vraag is vervolgens of *remission* in soortgelijke gevallen in de toekomst wel of niet mogelijk moet zijn. Wij zouden die vraag bij voorkeur negatief beantwoorden, omdat in zulke gevallen moet worden geconcludeerd dat het fundament aan de beslissing is komen te ontvallen. Dan kunnen andere arbiters beter beslissen. Nu met inachtneming van de fundamentele regels van procesrecht. Aan de andere kant zou het natuurlijk ook zo kunnen zijn dat het scheidsgerecht zich slechts ten aanzien van een klein en specifiek te identificeren punt heeft vergalopperd. Wat dat betreft kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ontbreken van een reactiemogelijkheid op een enkele nagekomen productie die het scheidsgerecht heeft gebruikt voor een enkel postje in een verder zeer omvangrijke schadeberekening.⁶⁹ Voor zulke gevallen lijkt *remission* juist weer bij uitstek geschikt.⁷⁰

Vervolgens rijst de vraag hoe het zit als het scheidsgerecht een dwingende materieelrechtelijke regel van openbare orde heeft

61. H.J. Snijders, Analyse van het conceptwetsvoorstel Herziening arbitragerecht 2012, Piet Sanders en zijn Arbitragewet revisited, TvA 2012, 54, p. 151.

62. Zie met name de conclusie in par. 3.7.6.

63. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

64. Dit moet volgens Sanders (2004, p. 275) ook worden aangenomen voor art. 34 lid 4 Modelwet.

65. In gelijke zin Sanders 2001, p. 213; Snijders 2012, p. 152.

66. Helaas heeft de minister zijn zienswijze niet toegelicht.

67. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 449 m.nt. Snijders (Van der Lely/VDH).

68. HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderdam/Anova).

69. Dit voorbeeld is afkomstig van mr. V. van den Brink.

70. Zie ook Sanders 2001, p. 212-213. Hij meent dat *remission* bij schending van een fundamentele regel van procesrecht onder bepaalde omstandigheden wel mogelijk zou kunnen zijn.

veronachtzaamd. Van een rechtsregel van openbare orde die een scheidsgerecht – dus ook ambtshalve buiten de rechtsstrijd om – moet toepassen, is sprake indien wordt geoordeeld dat het algemeen belang of fundamentele rechtsbeginselen worden geschaad als die regel niet wordt toegepast.⁷¹ Wederom gaat het dus om regels die het fundament (moeten) vormen van een beslissing.⁷² Als vervolgens blijkt dat een regel van openbare orde is veronachtzaamd en toepassing van die regel gevolgen heeft voor de gewezen beslissing, dan moet worden geconcludeerd dat de aangevallen beslissing of beslissingen een gedegen grondslag of fundament ontberen. Vanuit die invalshoek valt wel te verklaren waarom de minister meent dat *remission* voor dit soort gevallen geen geschikte remedie is.

Wil de minister daadwerkelijk voorkomen dat *remission* plaatsvindt wanneer het arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde, dan zal hij dat moeten vastleggen in de wet. Anders kan niet worden uitgesloten dat in zulke gevallen toch wordt terugverwezen. In de rechtspraak kan namelijk afstand worden genomen van de memorie van toelichting,⁷³ aangezien zij niet meer behelst dan een (gezaghebbend) standpunt van één of meer ministers.⁷⁴

Wat dat betreft is de aanval ook al geopend. Zo heeft Snijders zich bijvoorbeeld al kritisch uitgelaten. Hij ziet niet in waarom het hof de zaak niet zou kunnen terugverwijzen naar het scheidsgerecht bij schending van een (naar wij begrijpen) materieelrechtelijke regel van openbare orde.⁷⁵ Terugverwijzing bij deze grond lijkt ons echter maar beperkt mogelijk als het scheidsgerecht – zoals Snijders zelf stelt – niet tot een materieel ander oordeel mag komen. Een voorbeeld ter illustratie. Partij X vordert betaling uit hoofde van een overeenkomst en het scheidsgerecht veroordeelt G tot nakoming. G laat het er evenwel niet bij zitten. Zij entameert een vernietigingsprocedure en stelt dat het scheidsgerecht een materieelrechtelijke regel van openbare orde, bijvoorbeeld art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), heeft veronachtzaamd. Stel nu eens dat het hof G volgt. Dan ontvalt de grondslag aan X' vordering. Na terugverwijzing zou het scheidsgerecht de vordering dan alsnog moeten afwijzen. Dat kan het scheidsgerecht niet doen als het niet tot een geheel ander oordeel mag komen. Ook kan het scheidsgerecht de vordering niet weer toewijzen, tenzij partijen in de procedure na terugverwijzing nieuwe stellingen en grondslagen mogen aanvoeren of het scheidsgerecht kan oordelen dat X tijdens de arbitrage voldoende had aangevoerd om de vordering op een andere grondslag – bijvoorbeeld ongerechtvaardigde verrijking⁷⁶ – toe te wijzen. Dan zou het scheidsgerecht de ver-

nietigingsgrond mogelijk nog wel kunnen wegnemen zonder tot een ander oordeel te komen. Anders dus niet. Dan resteert slechts vernietiging.

3.7.3 *Scheidsgerecht niet juist samengesteld*

Opvallend genoeg stelt de minister niet dat *remission* uitgesloten is wanneer het scheidsgerecht was samengesteld in strijd met de daarvoor geldende regels.⁷⁷ Kennelijk acht hij terugverwijzing in dat geval wel mogelijk en zinvol. Dat lijkt ons evenwel lastig. Het is immers moeilijk voorstelbaar hoe dat gebrek nog kan worden geheeld.⁷⁸

3.7.4 *Schending opdracht*

Dat brengt ons op de vernietigingsgrond dat het scheidsgerecht zich niet heeft gehouden aan zijn opdracht.⁷⁹ Die opdracht bestaat uit een formele en materiële zijde.

De formele zijde van de opdracht ziet op de wettelijke en overeengekomen procedureregels die het scheidsgerecht in acht moet nemen. Vernietiging van het arbitraal vonnis wegens schending daarvan zal echter niet snel aan de orde zijn.⁸⁰ Derhalve zal *remission* in dit soort gevallen evenmin snel plaatsvinden. Daarom gaan wij daar niet verder op in.

De materiële zijde van de opdracht beslaat de grenzen van de rechtsstrijd alsmede de beslissingsmaatstaf die het scheidsgerecht moet aanleggen.⁸¹

Het scheidsgerecht heeft de grenzen van rechtsstrijd geschonden indien het meer of anders heeft toegewezen dan gevorderd, dan wel heeft nagelaten te beslissen op één of meer vorderingen of tegenvorderingen.⁸² Naar het zich voorshands laat aanzien leidt herstel van deze gebreken in de meeste situaties tot een ander dictum. In die situaties zal *remission* dus alleen zin hebben als het scheidsgerecht tot een materieel ander oordeel mag komen.

Daarnaast wordt algemeen aangenomen dat het scheidsgerecht de grenzen van de rechtsstrijd schendt als het een zelfstandig of essentieel argument respectievelijk verweer buiten beschouwing heeft gelaten.⁸³ Dat argument of verweer zou het scheidsgerecht in de procedure na *remission* alsnog kunnen afdoen zonder tot een ander oordeel te komen. Zou het scheidsgerecht wél tot een geheel ander oordeel willen komen (bijvoorbeeld afwijzing in plaats van toewijzing), dan heeft terugverwijzing alleen zin als het scheidsgerecht ook daadwerkelijk tot een ander oordeel mag komen. Anders kan de vernietigingsgrond niet ongedaan worden gemaakt.

71. Formulering ontleend aan HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (Heerlen/Whizz).

72. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4, Hoger beroep, Deventer: Kluwer 2012, 176.

73. Zie bijv. HR 10 april 2009, NJ 2009, 183.

74. A-G Verkade in randnummer 4.4.4 van zijn conclusie voorafgaand aan voornoemd arrest.

75. Zie Snijders 2012, p. 152.

76. Ervan uitgaande dat daarvoor ook bevoegdheid bestaat.

77. Art. 1065 lid 1 sub b Rv.

78. Zie ook Sanders 2001, p. 213.

79. Art. 1065 lid 1 sub c Rv.

80. Vgl. HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384 m.nt. Snijders (IMS/Modsaf-IR) en Spaanderdam/Anova (zie voetnoot 70).

81. Meijer, art. 1065, aant. 4(d).

82. Vgl. art. 1061 lid 1 Voorstel.

83. Dat kan worden afgeleid uit HR 30 maart 1973, NJ 1973, 226 m.nt. Stein (Kaaphoeve/Swinkels).

Hetzelfde geldt wanneer het scheidsgerecht een verkeerde beslissingsmaatstaf heeft aangelegd. Die fout kan mogelijk ook maar beperkt worden hersteld als het scheidsgerecht niet tot een ander oordeel mag komen.

3.7.5 Gebrekkige motivering en ontbreken handtekening

Tot slot kan het scheidsgerecht hebben nagelaten om zijn vonnis (naar behoren) te motiveren of te ondertekenen.⁸⁴

Behalve bij een schikkingsvonnis of een kwaliteitsarbitrage⁸⁵ moet het scheidsgerecht zijn beslissingen motiveren.⁸⁶ Motivering is dus essentieel,⁸⁷ maar een motiveringsgebrek leidt enkel tot vernietiging indien de motivering geheel ontbreekt, of indien een beslissing zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerde beslissing op één lijn moet worden gesteld.⁸⁸ De beslissing is dan zo ondeugdelijk gemotiveerd dat zij als het ware opnieuw moet worden geformuleerd. Vraag is vervolgens of het scheidsgerecht daardoor een zo essentieel vereiste heeft verzuimd dat *remission* niet meer aangewezen is. Bij de beantwoording van die vraag moet worden vooropgesteld dat het scheidsgerecht de partijen en de vernietigingsrechter in dit geval in wezen in het duister heeft gelaten naar het hoe, wat en waarom van zijn beslissing. Daardoor is bijvoorbeeld ook niet (goed) na te gaan of het scheidsgerecht de litigieuze kwestie wel goed voor ogen heeft gehad. In dat licht bezien zou men vervolgens kunnen betogen dat *remission* niet geïndiceerd is.

Hebben arbiters daarentegen niet voldaan aan de ondertekeningformaliteiten, dan lijkt *remission* te allen tijde mogelijk. In dat geval is ook duidelijk wat het scheidsgerecht moet doen in de procedure na terugverwijzing. Alsnog zorgen dat aan de vereiste formaliteiten wordt voldaan.

3.7.6 Conclusie

Uit het hiervoor gereveleerde volgt dat het voor de beantwoording van de vraag welke vernietigingsgronden zich lenen voor *remission* uitmaakt of men vindt dat het scheidsgerecht in de procedure na terugverwijzing tot een geheel ander oordeel mag komen of niet. Hanteert men namelijk die laatste (enge) opvatting, dan bestaat de kans dat *remission* in de praktijk beperkt blijft tot gevallen waarin de ondertekening niet helemaal vlekkeloos is verlopen⁸⁹ of waarbij het scheidsgerecht zich op kleine en duidelijk afzonderlijk te identificeren onderdelen heeft vergalopperd ten aanzien van fundamentele beginselen van procesrecht, zoals hoor en wederhoor.⁹⁰ Zo'n beperkt toepassingsbereik achten wij zonde, want *remission*

lijkt een elegant middel ter bevordering van een efficiënte procesvoering. Daarom bepleiten wij de ruime opvatting. Wat ons betreft mag het scheidsgerecht in de procedure na terugverwijzing dus tot een materieel ander oordeel komen.⁹¹

3.8 Remission en herroeping

Tot zover de vernietigingsgronden, nu de herroepingsgronden. Volgens art. 1068 lid 3 Voorstel is art. 1065a namelijk ook van toepassing bij herroeping. Net als vernietiging zal herroeping worden gevorderd door de partij die (op onderdelen) in het ongelijk is gesteld.

Herroeping is kort gezegd mogelijk (a) bij bedrog door of met medeweten van de wederpartij gepleegd, (b) wanneer het arbitraal vonnis berust op stukken die vals blijken te zijn, en (c) wanneer er door toedoen van de wederpartij bescheiden zijn achtergehouden die van invloed zouden zijn geweest op de uitkomst van het geschil. De reden voor herroeping zal in veel gevallen dus liggen bij de wederpartij.

Meent het hof dat een grond voor herroeping aanwezig is, dan kan het de zaak op grond van het Voorstel terugverwijzen naar het scheidsgerecht. Dat kan de herroepingsgrond vervolgens ongedaan maken. Dan zijn er twee mogelijkheden.

In het eerste geval oordeelt het scheidsgerecht na terugverwijzing ten gunste van de partij die de herroepingsprocedure heeft geëntameerd en die oorspronkelijk (op onderdelen) in het ongelijk was gesteld. Dit is echter alleen maar mogelijk als het scheidsgerecht tot een materieel ander oordeel mag komen wanneer zich een herroepingsgrond voordoet. Gezien hetgeen wij hiervoor in paragraaf 3.6 en 3.7.6 hebben geschreven, zal het niemand verbazen dat ons dat graden voorkomt.⁹²

In het tweede geval maakt het scheidsgerecht de herroepingsgrond ongedaan, maar komt het tot hetzelfde oordeel. Dan is het scheidsgerecht dus van mening dat (a) het bedrog, (b) de valse stukken of (c) de achtergehouden informatie geen doorslaggevend verschil maken. In zulke gevallen heeft de partij die de herroepingsprocedure entameerde daar dus niets aan gehad, omdat de partij die verantwoordelijk was voor het bestaan van de herroepingsgrond nog steeds gelijk krijgt.

In het laatste geval wordt de partij door wier toedoen waarvan een herroepingsgrond aanwezig was als het ware de hand boven het hoofd gehouden, aangezien het arbitraal vonnis, dat in eerste instantie te haren gunste was geweest maar waaraan door haar toedoen een herroepingsgrond kleefde, desalniettemin in stand blijft. Dat komt ons ongewenst voor. Wat ons betreft is het namelijk redelijker om het arbitraal vonnis in

84. Art. 1065 lid 1 sub d Rv.

85. Op grond van art. 1057 lid 5 onder c Voorstel kunnen partijen de verplichting tot motivering van elk ander arbitraal vonnis straks ook uitsluiten.

86. Dat betekent dus dat gedeeltelijke vernietiging mogelijk is als de ene beslissing wel voldoende is gemotiveerd, maar de andere niet.

87. Kamerstuk 18 464, nr. 3, MvT, p. 24.

88. Vgl. HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 m.nt. Snijders (Kers/Rijpma).

89. Vgl. par. 3.7.5.

90. Vgl. par. 3.7.2.

91. Wij kunnen ons daarbij voorstellen dat het scheidsgerecht ook zijn kostenveroordeling herziet als het tot een materieel ander oordeel komt.

92. Komt het scheidsgerecht tot een materieel ander oordeel, dan kunnen wij ons wederom voorstellen dat het zijn kostenveroordeling herziet.

zulke gevallen te vernietigen⁹³ en de partij die verantwoordelijk was voor het bestaan van de herroepingsgrond(en) te veroordelen in de kosten van de herroepingsprocedure en de arbitrage. Alleen zo worden bedrog, valsheid in geschrifte en het achterhouden van informatie op gepaste wijze gesanctioneerd. Daarna kan de meest gerede partij een nieuwe (arbitrale) procedure entameren.

3.9 Welke arbiters beslissen?

Heeft het aangezochte gerechtshof de zaak uiteindelijk terugverwezen, dan rijst terstond de vraag wie vervolgens moet beslissen in de procedure na terugverwijzing. Zoals hiervoor in paragraaf 3.6 uiteengezet, herleeft de bevoegdheid van het scheidsgerecht dat het eerdere vonnis heeft gewezen. Het heeft er derhalve alle schijn van dat de arbiters die in dat scheidsgerecht zitting hadden ook moeten beslissen in de procedure na terugverwijzing.

Snijders heeft daar geen problemen mee, aangezien het scheidsgerecht wat hem betreft toch niet tot een materieel ander oordeel mag komen. Daardoor doet het er volgens hem niet toe dat het scheidsgerecht mogelijk niet langer onbevangen naar de zaak kijkt.⁹⁴

Zou het scheidsgerecht wel anders mogen beslissen – hetgeen ons dus niet onredelijk voorkomt – dan kunnen wij ons voorstellen dat één of meer van de partijen er niet zo happig op is dat dezelfde arbiters nogmaals naar de zaak kijken. Door hun eerdere oordeel of handelwijze kunnen zij namelijk de schijn van vooringenomenheid tegen hebben. Mogelijk moet zelfs worden geoordeeld dat zij niet langer onafhankelijk en onpartijdig zijn. In Zwitserland lijkt men daar echter niet zo moeilijk over te doen, omdat de zaak na vernietiging bij wijze van hoofdregel altijd wordt terugverwezen naar het oorspronkelijke scheidsgerecht (tenzij de vernietigingsrechter oordeelt dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak). Is een arbiter vervolgens niet langer beschikbaar, dan moet een andere worden benoemd.⁹⁵

Volgens onze memorie van toelichting kunnen ook nieuwe arbiters worden benoemd.⁹⁶ Sanders is daarvan evenwel geen voorstander. Volgens hem leidt de benoeming van nieuwe arbiters namelijk tot meer problemen dan oplossingen.⁹⁷ Zo zijn die nieuwe arbiters bijvoorbeeld niet bekend met het dossier. Maar Sanders' opvatting brengt wel mee dat de zaak niet voor *remission* in aanmerking komt als het oorspronkelijke scheidsgerecht niet meer kan worden samengesteld, bijvoorbeeld omdat een van de oorspronkelijke arbiters is overleden, of als de oorspronkelijke arbiters hun opdracht niet langer kunnen vervullen, bijvoorbeeld omdat moet worden geoor-

deeld dat zij niet langer onafhankelijk en onpartijdig zijn.⁹⁸ Daardoor worden de *remission*-mogelijkheden waarschijnlijk wel weer beperkt.

Ter vermindering van onduidelijkheid zou de wetgever er derhalve verstandig aan doen om expliciet in de wet te verankeren dat nieuwe arbiters kunnen worden benoemd, alsmede wanneer en onder welke voorwaarden dat kan. Dan kan daarover in ieder geval geen discussie meer bestaan.

3.10 De verplichting tot het wijzen van een 'ongedaanmakingsvonnis'

Dat brengt ons op de vraag of het scheidsgerecht de door het hof geconstateerde gebreken en onregelmatigheden ongedaan moet maken of dat het scheidsgerecht ook mag weigeren.

Bij de beantwoording van die vraag geldt als uitgangspunt dat het scheidsgerecht een eigen verantwoordelijkheid heeft. Het scheidsgerecht zal dus zelfstandig moeten nagaan of het de door het hof geconstateerde vernietigingsgronden ongedaan kan maken. Meent het scheidsgerecht dat het de geconstateerde gebreken en onregelmatigheden niet kan herstellen, dan resteert slechts vernietiging. Vraag is evenwel of die situatie zich gezwind zal voordoen, aangezien mag worden aangenomen dat het hof de zaak slechts terugverwijst wanneer het zelf van mening is dat de geconstateerde vernietigingsgronden ongedaan kunnen worden gemaakt. Is dat ook het geval, dan moet het scheidsgerecht de grond(en) voor vernietiging wegnemen. Dat volgt met zoveel woorden uit de tekst van art. 1065a lid 3 Voorstel:

'Indien het scheidsgerecht van oordeel is dat de grond tot vernietiging ongedaan kan worden gemaakt, wijst het een dienovereenkomstig arbitraal vonnis (...).'

Het is wat ons betreft ook logisch dat het scheidsgerecht de vernietigingsgronden moet wegnemen en een 'ongedaanmakingsvonnis' moet wijzen.⁹⁹ Het is immers verdedigbaar dat het scheidsgerecht alleen in dat geval zijn opdracht vervult om partijen te voorzien van een executabel vonnis.¹⁰⁰ Verder heeft *remission* slechts zin als het scheidsgerecht ook verplicht is om zijn eerdere fouten en/of andere onregelmatigheden ongedaan te maken.

93. Op grond van art. 1068 lid 3 Rv wordt het arbitraal vonnis vernietigd wanneer een grond voor herroeping terecht is voorgesteld.

94. Snijders 2012, p. 151.

95. Pfisterer & Schnyder 2012, p. 142.

96. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 40.

97. P. Sanders, Quo vadis arbitration?, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 325.

98. Dit lijkt ook de regel te zijn in Engeland. Vgl. Merkin & Flannery 2008, p. 162.

99. In gelijke zin Sanders 1999, p. 119. Mogelijk had de Werkgroep een andere mening, aangezien hij in de toelichting op zijn ontwerp (p. 111) stelde dat het scheidsgerecht niet verplicht is om de 'handreiking' van het hof op te volgen.

100. Zo betoogt Lew bijvoorbeeld dat: '[t]he ultimate purpose of an arbitration tribunal is to render an enforceable award'. Zie J.D.M. Lew, The law applicable to the form and substance of the arbitration clause, in: A.J. van den Berg (red.), Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention, Parijs: Kluwer Law International 1999, p. 118.

3.11 Het ongedaanmakingsvonnis

Het ongedaanmakingsvonnis komt op grond van lid 3 van art. 1065a Voorstel in de plaats van het vonnis waarvan vernietiging is gevorderd. Dat impliceert dat het scheidsgerecht een nieuw vonnis moet wijzen.¹⁰¹ Deze oplossing werd ook voorgestaan door Sanders.¹⁰²

Maar hoe zit het dan als slechts een gedeelte van het arbitraal vonnis werd bedreigd met vernietiging? In lijn met de gevestigde Engelse praktijk zou voor dat geval kunnen worden betoogd dat het scheidsgerecht de niet-bedreigde gedeelten ongewijzigd moet overnemen in het nieuwe vonnis.¹⁰³

Vraag is vervolgens wanneer dat nieuwe arbitraal vonnis gezag van gewijsde heeft en kan dienen als grondslag voor de executie. Op het moment dat het is gewezen? Of pas op het moment dat het hof de vernietigingsprocedure heeft gesloten en de vordering tot vernietiging heeft afgewezen? Op grond van art. 1059 Voorstel lijkt de eerste optie te prevaleren. Dat artikel bepaalt namelijk dat het arbitraal vonnis gezag van gewijsde heeft met ingang van de dag waarop het is gewezen. Wij bepleiten evenwel de tweede optie, aangezien de vernietigingsprocedure na de schorsing wordt voortgezet op basis van het nieuwe arbitraal vonnis¹⁰⁴ en dat vonnis (ter goedkeuring) moet worden voorgelegd aan het hof.¹⁰⁵ Deze heeft dus het laatste woord.

3.12 De procedure na schorsing

Zo komen wij op de procedure na schorsing. Na de schorsing zal het hof moeten beoordelen of het scheidsgerecht de vernietigingsgronden naar behoren heeft weggenomen.¹⁰⁶ Partijen moeten daaromtrent worden gehoord. Volgens art. 1065a lid 4 Voorstel beslist het hof uiteindelijk, alle omstandigheden in aanmerking genomen, overeenkomstig het passend acht.

Heeft het scheidsgerecht de vernietigingsgronden niet naar behoren weggenomen, dan ligt een nieuwe terugverwijzing niet voor de hand.¹⁰⁷ Gehele of gedeeltelijke vernietiging is in dat geval meer geïndiceerd. Daarbij moet de verliezer worden veroordeeld in de proceskosten van de vernietigingsprocedure.

Heeft het scheidsgerecht de vernietigingsgronden daarentegen wel naar behoren weggenomen, dan kan het hof de procedure

beëindigen en de vordering tot vernietiging afwijzen.¹⁰⁸ Rest nog de vraag naar de proceskostenveroordeling. Enerzijds lijkt het niet onredelijk om de eiser in de vernietigingsprocedure te veroordelen in de kosten. Zijn vordering is namelijk afgewezen. Anderzijds had de eiser wel het gelijk aan zijn zijde. Zo kon het oorspronkelijke arbitraal vonnis de toets der kritiek niet doorstaan en mogelijk heeft het scheidsgerecht zelfs te zijner gunste herbeslist. In zulke gevallen voelen wij alles afwegende wel iets voor een typische polderoplossing: compensatie van kosten.

4 Rol arbitrage-instituten

Tot slot behoeft het geen betoog dat Nederlandse arbitrage-instituten er verstandig aan doen om in hun reglement te voorzien in een regeling voor het geval de zaak wordt terugverwezen. De instituten zouden zich wat dat betreft kunnen laten inspireren door art. 35 lid 4 van de ICC Rules of Arbitration uit 2012. Dat artikel bepaalt:

‘Where a court remits an award to the arbitral tribunal, the provisions of Articles 31, 33, 34 and this Article 35 shall apply mutatis mutandis to any addendum or award made pursuant to the terms of such remission. The [ICC] Court may take any steps as may be necessary to enable the arbitral tribunal to comply with the terms of such remission and may fix an advance to cover any additional fees and expenses of the arbitral tribunal and any additional ICC administrative expenses.’

Wij kunnen ons daarentegen ook voorstellen dat de arbitrage-instituten de gelegenheid te baat nemen om met een uitgebreide(re) regeling te komen. Daarbij zullen de instituten er goed aan doen om expliciet duidelijkheid te scheppen ten aanzien van de kosten. Zo is het voor alle betrokkenen bijvoorbeeld nuttig om op voorhand te weten of het scheidsgerecht wel of geen additioneel honorarium mag vragen voor zijn werkzaamheden in de procedure na terugverwijzing. Nu het arbitraal vonnis kennelijk zo gebrekkig was dat het met vernietiging werd bedreigd, zouden wij ons kunnen voorstellen dat arbiters de zaak na terugverwijzing, mede als geste aan de partijen, kosteloos afhandelen.

5 Conclusie

Net als andere landen kent Nederland straks waarschijnlijk de mogelijkheid van *remission*. In theorie draagt dat bij aan een efficiëntere procesvoering. Daarom valt zij wat ons betreft toe te juichen.

Helaas laat de voorgestelde bepaling wel aan duidelijkheid te wensen over. De wetgever kan die onduidelijkheid vrij eenvoudig wegnemen door art. 1065a Voorstel verder uit te werken. Zo kan hij eventuele discussies, die wij eerder in dit artikel hebben beschreven, nu al in de kiem smoren. Daar is de rechtspraktijk bij gebaat.

108. Zie hieromtrent ook de toelichting op het ontwerp van de Werkgroep, p. 111.

101. Art. 71 lid 3 van de Engelse arbitragewet bevat een soortgelijke regeling.

102. Sanders 1999, p. 326.

103. Sanders 2004, p. 277 en 280.

104. Leende het oorspronkelijke arbitraal vonnis zich slechts voor gedeeltelijke vernietiging, dan kunnen de niet-bedreigde beslissingen nog ten uitvoer worden gelegd op basis van het oorspronkelijke vonnis totdat het hof zijn goedkeuring heeft gegeven aan het nieuwe (ongedaanmakings)vonnis. Vanaf dat moment verliest het (gehele) oude arbitraal vonnis wat ons betreft dus ook zijn kracht.

105. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 41.

106. In theorie kan het ongedaanmakingsvonnis ook worden bedreigd met nieuwe gebreken, hetgeen partijen dan naar voren zouden kunnen brengen.

107. Kamerstuk 33 611, nr. 3, MvT, p. 41.

Aangezien de buitenlandse *remission*-regelingen evenmin uitblinken in helderheid verandert de status van Nederland op dit onderdeel tegelijkertijd van 'meeloper' naar 'koploper'. Zo'n uitgewerkte regeling zal waarschijnlijk ook de nodige internationale aandacht genereren. Dat mag natuurlijk geen doel op zich zijn, maar is wel een aardige bijkomstigheid.

Dat brengt ons op een laatste afsluitende opmerking. Na de invoering van art. 1065a Voorstel zal een partij die een vordering tot vernietiging overweegt straks nog wel twee keer nadenken. Zij schiet immers weinig op met haar vernietigingsactie als terugverwijzing mogelijk is en het scheidsgerecht de vernietigingsgrond(en) te haren nadeel ongedaan kan maken. Wellicht leidt de invoering van de mogelijkheid van *remission* in de toekomst dus ook tot minder vernietigingsprocedures. Dat neveneffect heeft de minister wellicht niet beoogd, maar hij zal er ook niet rouwig om zijn.