

Contracten maken

De arbitrageovereenkomst in (overname)contracten

Mr. L.J.E. Timmer*

1. Inleiding

De geschillenclausule wordt door transactieadvocaten regelmatig behandeld als een *boilerplate*-bepaling, waar de *litigators* zich over mogen ontfermen op het moment dat er een geschil ontstaat. Zij kan vaak aan het einde van de overname- of handelsovereenkomst worden gevonden, vlak na de rechtskeuze en vlak voor de handtekeningpagina. Soms haalt deze ondergewaardeerde bepaling niet eens de hoofdttekst en moet zij het doen met een plek in de algemene voorwaarden.

Het verbaast niet dat de forumkeuze of arbitrageclausule doorgaans niet in het midden staat van de belangstelling bij onderhandelingen over een overname of commercieel contract. De potentiële gevolgen van deze keuze zijn ten tijde van het opstellen van het overnamecontract lastig te overzien voor niet-ingewijden. Anders dan bij de discussie over de exoneratieclausule of bij de set van garanties het geval is, is het voor contractspartijen vaak simpelweg niet duidelijk wat precies het te behalen voor- of nadeel is bij een keuze voor arbitrage.

De keuze voor arbitrage of overheidsrechtspraak kan echter van enorm belang zijn voor contractspartijen als er een conflict ontstaat. Bij contracten met een internationale component kan zij rechtszekerheid bieden en forumshopping voorkomen. In het beste geval bevordert de geschillenclausule een efficiënte en optimale oplossing voor geschillen. In het slechtste geval maakt een (onduidelijke) geschillenclausule de overeenkomst niet

afdwingbaar of leidt zij tot ingewikkelde en kostbare procedures over bevoegdheid.

Op het moment dat een geschil ontstaat, is het meestal te laat om nog te onderhandelen over een forumkeuze of arbitrageovereenkomst. Het is dan ook aan de transactieadvocaat (of jurist) en niet de arbitragespecialist om zorg te dragen voor een goede geschillenclausule. Anders dan bij een forumkeuze het geval is, zijn de gevolgen van een keuze voor arbitrage voor niet-ingewijden lastig te overzien. Dit terwijl in overnamecontracten veel gebruik wordt gemaakt van arbitrageclausules. Deze bijdrage beoogt juristen en advocaten die in de praktijk betrokken zijn bij het opstellen van overnamecontracten of handelsovereenkomsten een handvat te bieden bij het opstellen van de geschillenclausule en in het bijzonder inzicht te geven in de overwegingen die ten grondslag (zouden moeten) liggen aan het opstellen van een arbitrageclausule.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Allereerst zet ik kort uiteen hoe arbitrage zich onderscheidt van vormen van *alternative dispute resolution* (ADR). Daarna ga ik in op de voor- en nadelen van arbitrage als alternatief voor overheidsrechtspraak, de beperkingen van arbitrage als geschillenbeslechtsmechanisme, en strategische overwegingen die een rol kunnen spelen bij de keuze voor arbitrage. Vervolgens ga ik dieper in op de essentiële elementen van de arbitrageclausule, de keuze voor institutionele of ad hoc arbitrage en de gevolgen van het kiezen van een bepaalde zetel. Ten slotte signaleer ik problemen die spelen bij het opstellen van contracten met meerdere partijen en optionele en asymmetrische arbitrageclausules.

* Mr. L.J.E. Timmer is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven en vertegenwoordigt niet noodzakelijk de mening van Allen & Overy LLP.

2. Alternatieven voor overheidsrechtspraak

Indien partijen geen methode van geschillenbeslechting zijn overeengekomen, is de overheidsrechter bevoegd en kunnen partijen terugvallen op de wettelijke regeling van absolute en relatieve bevoegdheid. Er zijn echter verschillende gangbare alternatieven voor overheidsrechtspraak, zoals arbitrage, bindend advies, mediation en onderhandelen (of combinaties daarvan).

Bij het opstellen van de geschillenclausule is het van belang om vast te stellen welke vorm van geschillenbeslechting het best past bij de overeenkomst. De hiervoor genoemde vormen van geschillenbeslechting kunnen worden onderverdeeld in (1) *bindende* geschillenbeslechting (overheidsrechtspraak, arbitrage en bindend advies), en (2) geschillenbeslechting op *vrijwillige* basis (mediation en onderhandelen).

Wat bindende geschillenbeslechting betreft, zal in de volgende paragraaf verder worden ingegaan op de verschillen tussen arbitrage en overheidsrechtspraak. Bindend advies lijkt erg op arbitrage, al ontbreekt een uitgebreide wettelijke regeling zoals die wel geldt voor arbitrage. Arbitrage en bindend advies zijn beide een vorm van particuliere geschillenbeslechting die berust op de wilsovereenstemming van partijen. Beide vormen van geschillenbeslechting zijn beperkt tot geschillen die ter vrije bepaling van partijen staan. Anders dan bij overheidsrechtspraak en arbitrage het geval is, levert een bindend advies echter geen vonnis op, maar een vaststellingsovereenkomst die desnoods voorgelegd kan worden aan de rechter voor tenuitvoerlegging. Een partij met een gunstig arbitraal vonnis kan op eenvoudige wijze een executoriale titel verkrijgen door verlot tot tenuitvoerlegging te verzoeken van de voorzieningenrechter.¹

Geschillenbeslechting op vrijwillige basis biedt in het bijzonder toegevoegde waarde indien de partijen bij de overeenkomst ook in de toekomst samen verder moeten. Mediation is inmiddels onder meer gemeengoed geworden in de echtscheidingspraktijk en bij de afwikkeling van nalatenschappen en arbeidsconflicten. Echter, ook bij ondernemingsrechtelijke geschillen kan mediation een rol van belang spelen.² Gedurende een juridische procedure worden de verhoudingen verder op scherp gezet en is de-escalatie van het conflict vaak niet meer goed mogelijk. Bij mediation gaat het juist om dejuridisering, het achterwege laten van toetsing aan wet- en regelgeving en de-escalatie van het conflict.³ Een geslaagde mediation of onderhandeling zal bovendien vaak (veel) efficiënter, sneller en goedkoper zijn dan een juridische procedure. Bij samenwerkingsovereenkom-

sten voor langere termijn, zoals joint ventures of distributieovereenkomsten, kan het vanuit governanceperspectief dan ook geen kwaad om in de overeenkomst vast te leggen dat partijen mediation zullen overwegen of dat geschillen eerst intern geëscaleerd zullen worden (bijvoorbeeld naar de CEO's van de betrokken partijen) voordat een procedure wordt begonnen.

De grootste beperking van vrijwillige geschiloplossing is dat zij alleen werkt indien de betrokken partijen hun medewerking daaraan verlenen. Het staat partijen die mediation hebben afgesproken te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden.⁴ Als stok achter de deur is het dan ook wenselijk dat partijen de mogelijkheid hebben het geschil voor te leggen aan een onafhankelijke derde, die een bindende uitspraak kan doen over het geschil zonder dat daarvoor de medewerking van de wederpartij een vereiste is.

Het komt in de praktijk voor dat partijen kiezen voor een 'getrapte' procedure, waarbij partijen overeenkomen een geschil pas voor te leggen aan de rechter of arbiter(s) indien zij gedurende een bepaalde periode hebben geprobeerd om het probleem in goed overleg op te lossen (al dan niet na interne escalatie of na een mediationstraject). De volgende tekst is een voorbeeld van een dergelijke getrapte clausule, afkomstig van de International Chamber of Commerce (ICC):⁵

'In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties shall first refer the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall thereafter be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.'

Verschillende rechtbanken hebben inmiddels geoordeeld dat een dergelijke getrapte mediationclausule in de overeenkomst niet leidt tot onbevoegdheid van de rechtbank of niet-ontvankelijkheid van de partij die zich niet houdt aan het overeengekomen mediationtraject.⁶ Het is echter uiterst onzeker of ook een partij bij een *arbitrageovereenkomst* ermee weg komt om niet het afge-

1. Zie verder over het bindend advies, P.E. Ernste, De rol van bindend advies naast arbitrage, TvA 2012/72.

2. Zie A.R.J. Croiset van Uchelen, De hype van mediation gerelativeerd, Ondernemingsrecht 2016/3. Zie ook P. Ingelse, De Ondernemingskamer en alternatieve geschilbeslechting, Ondernemingsrecht 2016/8.

3. Zie A. Schaberg, Mediation en rechtspraak: vrijwilligheid en vertrouwelijkheid, Ondernemingsrecht 2016/4.

4. HR 20 januari 2006, NJ 2006/75, r.o. 3.4. Deze uitspraak zag op een mediation tussen twee particulieren in de familierechtsfeer. Uit latere rechtspraak volgt echter dat het ook professionele partijen te allen tijde vrijstaat hun medewerking aan een overeengekomen mediation te onthouden dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen. Zie bijv. Hof Den Haag 17 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL0679.

5. Zie de website van de ICC voor andere varianten op de ICC-mediation-clausule: <www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/suggested-clauses/>.

6. Zie bijv. Hof Den Haag 17 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL0679; Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10604; Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:843.

sproken mediation- of onderhandelingstraject te volgen.⁷ De arbiter is immers enkel bevoegd op basis van de overeenkomst tussen contractspartijen. Betoogd zou kunnen worden dat de arbitrageovereenkomst is gesloten onder de opschortende voorwaarde van het volgen van een mediationtraject gedurende een bepaalde periode. In de praktijk zal een arbiter eerder geneigd zijn om, al dan niet met schorsing van de arbitrale procedure, de eiser in de gelegenheid te stellen alsnog het mediationtraject te starten dan te riskeren dat het arbitraal vonnis aangetast kan worden.

Het is de vraag of het bijzonder zinvol is om in de transactiefase al overeen te komen dat partijen bij toekomstige geschillen pas naar de arbiter kunnen indien zij eerst een mediationtraject hebben gevolgd. De resultaten van een mediation zijn immers volledig gebaseerd op vrijwillige participatie van de betrokken partijen bij het geschil, en een dergelijke bepaling kan een kwaadwillende partij in de gelegenheid stellen de oplossing van het geschil te vertragen. Indien beide partijen daartoe bereid zijn, staat het hen bovendien te allen tijde nadat een geschil is ontstaan vrij om te proberen dit geschil in der minne op te lossen, al dan niet door middel van een mediationtraject. Daar is geen getrapte mediationbepaling in de contractdocumentatie voor vereist. Mochten partijen toch besluiten om te voorzien in een contractueel mediation- of onderhandelingstraject bij geschillen, dan is het in ieder geval raadzaam om daarbij ook te voorzien in strikte termijnen waarna het partijen vrij staat om zich te wenden tot de arbiter(s).

3. Arbitrage of overheidsrechtspraak

Bij het gros van de contracten tussen Nederlandse partijen zal overheidsrechtspraak de voorkeur genieten boven arbitrage. Anders dan het geval is bij Nederlandse overheidsrechtspraak, vindt arbitrage tegen kostprijs plaats. Partijen moeten in een arbitrage het (vaak aanzienlijke) tarief van de arbiters dragen en, indien toepasselijk, de administratiekosten van het gekozen arbitrageinstituut. Bovendien is het arbitraal proces minder vastomlijnd, waardoor partijen eerder kunnen verzanden in benoemingsgeschillen, wrakingsprocedures en andere procedurele verwickelingen.

In een aantal omstandigheden kan een arbitrageprocedure echter de voorkeur genieten boven overheidsrechtspraak:

1. *Internationale verhoudingen*: indien een contractspartij onvoldoende vermogen heeft binnen de Euro-

7. Naar mijn weten is er geen arbitrale jurisprudentie in dit verband gepubliceerd. In TvA 2008/31 achtte een arbiter de partij ontvankelijk die een arbitraal kort geding aanspande zonder daarvoor een contractueel voorgeschreven mediationtraject te volgen. Het was onverenigbaar met de in de distributieovereenkomst voor partijen voorziene mogelijkheid om in kort geding voorlopige maatregelen te vorderen, dat daaraan de eis zou worden gesteld van een voorafgaande poging tot een minnelijke regeling door middel van mediation, aldus de arbiter.

pese Unie (EU) om in te staan voor haar verplichtingen, kan een arbitrageovereenkomst aangewezen zijn. Een vonnis van de Nederlandse overheidsrechter wordt in elke lidstaat van de EU erkend op basis van de EEX-Verordening en het Verdrag van Lugano. Buiten de EU is dat echter niet het geval. Een arbitraal vonnis kan ook buiten de EU in de meeste landen ten uitvoer worden gelegd, op grond van het Verdrag van New York.⁸ De gebruikers van internationale arbitrage zien het bovendien als een groot goed dat zij kunnen procederen voor een arbitragetribunaal en niet in de rechtbank van het land van de wederpartij. Samen met de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen onder het Verdrag van New York wordt arbitrage als ‘neutraal forum’ beschouwd als het meest waardevolle aspect van arbitrage.⁹

2. *Complexe technische materie*: arbitrage biedt de mogelijkheid om technisch onderlegde arbiters te benoemen met verstand van het onderwerp van de overeenkomst, waardoor kan worden voorkomen dat een onkundige rechter een keuze moet maken tussen conflicterende verklaringen van experts. Deze overweging speelt met name een rol in de bouwsector, waar veel geschillen worden beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Ook bij complexe overnamegeschillen kan het zinvol zijn om deskundige arbiters te benoemen, bijvoorbeeld met kennis van het jaarrekeningenrecht of met ervaring in de dynamiek van de M&A praktijk.

3. *Vertrouwelijkheid*: overheidsrechtspraak is in beginsel openbaar. Slechts in uitzonderingsgevallen vindt een zitting achter gesloten deuren plaats.¹⁰ Bovendien worden uitspraken in de regel gepubliceerd en komen op die wijze het geschil en de onderliggende feiten en omstandigheden in de openbaarheid. Bij arbitrage kunnen partijen afspreken dat geschillen vertrouwelijk zullen worden behandeld en kan worden voorkomen dat arbitrale beslissingen in de openbaarheid komen. Indien geheimhouding van doorslaggevend belang is – bijvoorbeeld omdat de onderliggende overeenkomst ziet op concurrentiegevoelige informatie –, ligt arbitrage meer voor de hand. Bij overnamegeschillen kan vertrouwelijkheid een grote rol spelen, naargelang de aard van de transactie.

4. *Taal*: anders dan bij overheidsrechtspraak het geval is, kunnen partijen bij de arbitrageovereenkomst afspreken dat de arbitrage in het Engels plaatsvindt. Indien de overeenkomst is opgesteld in het Engels of als een van de partijen bij de overeenkomst de Nederlandse taal niet machtig is, kan dit een aanzienlijke kostenbesparing opleveren, omdat in een

8. Ten tijde van schrijven zijn 157 landen partij bij het Verdrag van New York. Zie: <www.newyorkconvention.org/countries>. Zie verder over de werking van het Verdrag van New York, M.R.P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International 2016.

9. Queen Mary University's International Arbitration Survey 2015: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 6.

10. Zie art. 27 Rv en art. 4 Wet RO.

arbitrage niet alle stukken moeten worden vertaald naar het Nederlands.¹¹

5. *Staat als partij*: arbitrage is een veelgebruikt alternatief voor overheidsrechtspraak bij geschillen tussen staten onderling en bij internationale investeringsgeschillen tussen bedrijven en overheden. Het is raadzaam bij het opstellen van investeringsovereenkomsten met buitenlandse overheden specialistisch advies in te winnen. Arbitrage met overheden, al dan niet op basis van investeringsverdragen, gaat het bestek van deze bijdrage te buiten en zal hier niet verder worden behandeld.

Als argument voor arbitrage wordt ook wel genoemd dat, met uitzondering van arbitrage bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, arbitrage normaliter niet is onderworpen aan hoger beroep of cassatie. Er is slechts een beperkte gerechtelijke toets van het arbitraal vonnis in de vorm van de vernietigingsprocedure en bij het verzoek tot verlop tot tenuitvoerlegging. Dit zou de procedure moeten vereenvoudigen en versnellen.¹²

Persoonlijk spreekt dit laatste argument mij minder aan. Het beperken van het geschil tot één feitelijke instantie kan ook bij een procedure voor de overheidsrechter door middel van prorogatie.¹³ Van deze mogelijkheid wordt echter zelden gebruikgemaakt in de praktijk. Bovendien grijpen teleurgestelde partijen regelmatig de vernietigingsprocedure en de procedure voor het verkrijgen van verlop aan als verkapt hoger beroep, ook al biedt de wet daar geen grondslag voor. Hoewel een vernietigingsprocedure de tenuitvoerlegging niet schorst,¹⁴ levert tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd arbitraal vonnis aansprakelijkheid op. Hierdoor zijn partijen in de regel terughoudend met het ten uitvoer leggen van een arbitraal vonnis gedurende de vernietigingsprocedure.

Er zijn plannen om per 1 januari 2017 een *Netherlands Commercial Court* op te richten als onderdeel van de Rechtbank Amsterdam. Met de *Netherlands Commercial Court* wil de Nederlandse rechtspraak een specialistisch forum bieden voor het beslechten van internationale handelsgeschillen. De rechters zullen gespecialiseerd zijn in de beslechting van economische geschillen die zich over landsgrenzen heen voordoen en er zal worden geprocedureerd in het Engels, tenzij partijen anders

overeenkomen.¹⁵ Het is nog te vroeg om te zeggen of het *Netherlands Commercial Court* een volwaardig alternatief zal bieden voor arbitrage bij internationale handelsgeschillen (althans, voor handelsgeschillen binnen de EU), maar het initiatief lijkt veelbelovend.

Mede gezien de kosten die met arbitrage gepaard gaan, zal overheidsrechtspraak over het algemeen de aangewezen vorm van geschillenbeslechting zijn bij overeenkomsten met consumenten. Een arbitrageovereenkomst in de algemene voorwaarden van een consumentenovereenkomst wordt onredelijk bezwarend geacht (zwarte lijst), tenzij het beding de consument de mogelijkheid biedt om alsnog voor beslechting door de overheidsrechter te kiezen gedurende een termijn van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen.¹⁶

4. Arbitrabiliteit van geschillen

Niet elke rechtsbetrekking leent zich voor arbitrage. De overeenkomst tot arbitrage mag niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van de partijen staan, aldus artikel 1020 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Aangenomen wordt dat partijen zaken die van openbare orde zijn niet aan arbitrage kunnen onderwerpen. Of een zaak van openbare orde is, moet van geval tot geval worden beoordeeld. Zo zijn onder meer de volgende kwesties *niet* vatbaar voor beslechting door arbitrage:¹⁷

1. strafrechtelijke aansprakelijkheid;
2. bepaalde familierechtelijke zaken, zoals de staat van personen, ouderlijk gezag, voogdij en omgang, adoptie, huwelijk en scheiding;
3. bepaalde vennootschapsrechtelijke geschillen, zoals de beoordeling van de nietigheid of vernietigbaarheid van een besluit van een orgaan van een besloten of naamloze vennootschap of de toetsing van het gevoerde beleid in een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer;
4. bepaalde zaken op het terrein van het intellectuele eigendomsrecht (zie bijvoorbeeld voor octrooirechtelijke geschillen art. 80 Rijksoctrooiwet 1995);
5. verzegeling, boedelbeschrijving, verlop voor het leggen van conservatoir beslag, berechting van executiegeschillen, toewijzen van executoriale verkoop;
6. faillietverklaring, verificatie van vorderingen, surséance van betaling, schuldsanering van een natuurlijke persoon;
7. het verhoor van onwillige getuigen.

11. Zie echter HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65, r.o. 3.4.4. Bij de beoordeling van het geschil voor de overheidsrechter dient acht te worden geslagen op behoorlijk in het geding gebrachte producties die in een vreemde taal zijn gesteld en waarop door een partij een beroep is gedaan als de rechter en de wederpartij een vertaling niet nodig hebben voor een goede beoordeling van de inhoud van die producties, aldus de Hoge Raad. Het overleggen van een vertaling van een productie is in beginsel niet noodzakelijk als die productie is gesteld in de Engelse, Duitse of Franse taal. De rechter kan echter een vertaling verlangen als hij dat nodig of wenselijk acht voor de behandeling van de zaak, mede gelet op de belangen van de wederpartij. Een vertaling is in beginsel wel noodzakelijk als een productie is gesteld in een andere vreemde taal.

12. G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Deventer: Kluwer Law International 2014, p. 83.

13. Art. 329 Rv.

14. Art. 1066 lid 1 Rv.

15. Zie het persbericht van de Raad voor de rechtspraak van 20 januari 2016. Digitaal beschikbaar op: <www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Plan-voor-speciale-voorziening-handelsconflicten-definitief.aspx>.

16. Art. 6:236(n) BW.

17. Zie H.J. Snijders, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, 2011, artikel 1020 Rv aantekening 5.

5. Strategische overwegingen bij het opstellen van een geschillenclausule

Naast de hiervoor weergegeven ‘neutrale’ overwegingen bij de keuze tussen arbitrage en overheidsrechtspraak is er ook een aantal strategische overwegingen die een rol kunnen spelen bij het opstellen van een geschillenclausule in de transactiepraktijk:

1. arbitrage vereist een hogere initiële investering van de eiser (voorschot arbiters en administratiekosten van het instituut) en biedt de gedaagde meer ruimte om te vertragen;
2. het gebrek aan vertrouwelijkheid van openbare overheidsrechtspraak kan als drempel voor het opstarten van een procedure werken indien de eiser een belang heeft bij vertrouwelijkheid;
3. een arbitrageovereenkomst kan de eiser meer mogelijkheden bieden voor het vergaren van informatie en bewijs dan mogelijk is bij het Nederlandse overheidsrecht, bijvoorbeeld indien partijen de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* van toepassing verklaren in de arbitrageovereenkomst (een in internationale arbitrage breed erkende set bewijsregels die, wat het opvragen van informatie bij de wederpartij betreft, het midden houdt tussen de beperkte Nederlandse exhibitieplicht en de uitgebreide Amerikaanse *discovery*-procedure).¹⁸

Dergelijke overwegingen worden met name relevant als het ten tijde van het opstellen van het contract al duidelijk is welke partij in een eventuele procedure zal optreden als gedaagde en welke partij zal optreden als eiser. Bij een overnamegeschil zal de verkoper in de regel de gedaagde zijn. Het is immers de verkoper die de garanties en vrijwaringen geeft, terwijl de koper slechts mee dient te werken aan het vervullen van de opschortende voorwaarden en de koopprijs moet betalen.

Bij de keuze voor een arbitragebeding is het minder relevant of te verwachten valt dat er procedures gevoerd zullen worden met een spoedeisend karakter. Moderne arbitragereglementen voorzien in het algemeen in een mogelijkheid tot het verkrijgen van voorlopige voorzieningen in een arbitraal kort geding.¹⁹ Indien een maatregel tot bewaring van recht of een voorlopige voorziening niet tijdig in arbitrage verkregen kan worden, kan de voorzieningenrechter zich alsnog bevoegd verklaren.²⁰

18. Zie over de IBA Rules en het vergaren van bewijs in internationale arbitrage, R. Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, Kluwer Law International 2015.

19. Zie bijv. art. 35 NAI Reglement 2015, art. 14 RvA Arbitragereglement 2016, art. 29 ICC Rules 2012 en art. 9B LCIA Rules 2014.

20. Art. 1022a Rv jo. art. 1022c Rv.

6. Essentiële elementen van de arbitrageclausule

De basis voor arbitrage is de arbitrageovereenkomst. Zonder arbitrageovereenkomst geen arbitrage.²¹ In het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en artikel 17 van de Grondwet dient de keuze voor arbitrage met uitsluiting van de overheidsrechter ondubbelzinnig en vrijwillig te zijn.²² Een arbitrageovereenkomst kan de vorm hebben van een arbitraal beding of van een compromis. Indien partijen afspreken om toekomstige geschillen te beslechten door middel van arbitrage, is er sprake van een arbitraal beding. Er is sprake van een compromis wanneer partijen achteraf, nadat een geschil is ontstaan, overeenkomen dat zij dit geschil wensen op te lossen door middel van arbitrage.

Op grond van artikel 1021 Rv kan naar Nederlands recht de arbitrageovereenkomst alleen worden bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden die in arbitrage voorzien, en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Sinds de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel van 8 juni 2000, nr. 2000/31/EG, kan de overeenkomst tot arbitrage tevens worden bewezen door elektronische gegevens. Het verdient echter de voorkeur de arbitrageovereenkomst schriftelijk (niet elektronisch) overeen te komen, om uitvoeringsproblemen buiten de EU te voorkomen.

Uit de arbitrageovereenkomst moet duidelijk blijken dat partijen zich ertoe verbinden om geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, (exclusief) aan arbitrage te onderwerpen.²³ Het is zaak de arbitrageovereenkomst niet te beperkt te formuleren, omdat het normaliter de voorkeur zal hebben om alle geschillen tussen de contractspartijen in één forum te beslechten.

Een arbitrageovereenkomst bevat verder bij voorkeur de volgende elementen:

1. een keuze voor een arbitragereglement en -instituut, indien toepasselijk;
2. de zetel van arbitrage;
3. de taal van de arbitrage;
4. het toepasselijk recht;
5. indien gewenst, de vertrouwelijkheid van de arbitrage;
6. het aantal arbiters. Eén arbiter is voldoende voor eenvoudige geschillen of geschillen met een lage

21. Born 2014, p. 177.

22. Zo is onlangs nog geoordeeld door de Engelse *Privy Council* dat de bepaling that ‘any party may submit a dispute to arbitration’ de toegang tot de overheidsrechter niet afsloot, maar slechts voorzag in een optie om een arbitrageprocedure te starten (waarna een eventuele aanhangige procedure bij de overheidsrechter zou moeten worden geschorst). Zie UKPC 1 18 januari 2016 (Anzen Ltd & ors/Hermes One Ltd (BVI)).

23. Art. 1020 lid 1 Rv.

inzet, maar een tribunaal met drie arbiters geniet vaak de voorkeur bij complexere geschillen met een hogere inzet. Het toepasselijke arbitrage-instituut voorziet in een benoemingsprocedure. Indien geen arbitrage-instituut wordt aangewezen, doen partijen er verstandig aan zelf te voorzien in een benoemingsprocedure.

Deze elementen betreffen wezenlijke aspecten van de arbitrageovereenkomst waarvoor partijen er goed aan doen zelf een regeling te treffen. Doen partijen dat niet, dan kunnen zij terugvallen op de regels van de wet ('fall back') indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.²⁴

Het is onwenselijk als de arbitrageclausule één of meer mankementen of onduidelijkheden in zich bergt. Een dergelijke 'pathologische' arbitrageclausule kan verschillende nadelige gevolgen voor één of beide partijen met zich meebrengen indien het tot een geschil komt. Er zijn verschillende soorten pathologische clausules te onderscheiden, zoals:²⁵

1. clausules waarbij onduidelijk is welke wijze van geschillenbeslechting door partijen is gekozen;
2. clausules waarbij onduidelijk is wat voor soort geschillen door partijen aan arbitrage worden onderworpen;
3. clausules waarbij onduidelijk is welk arbitrage-instituut partijen hebben gekozen;
4. clausules waarbij onduidelijk is op welke wijze de arbiters worden benoemd;
5. clausules waarbij dusdanig veel kwalitatieve eisen worden gesteld aan de te benoemen arbiters, dat het niet mogelijk is om een geschikte arbiter te vinden die voldoet aan de vereisten.

Een voorbeeld van een Nederlandstalig arbitraal beding, gebaseerd op de modelclausule van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI), luidt als volgt:²⁶

'Deze overeenkomst (inclusief de hieronder opgenomen arbitrageovereenkomst) wordt beheerst door en zal worden uitgelegd overeenkomstig Nederlands recht.

Alle geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst dan wel van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen worden beslecht overeenkomstig het Arbitrage-reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut. Het scheidsgerecht zal bestaan uit drie arbiters. De plaats van arbitrage zal zijn Amsterdam, Nederland. De procedure zal worden gevoerd in de Nederlandse taal.'

24. Zie voor een uitgebreidere lijst van elementen die geregeld kunnen worden in een arbitrageovereenkomst G.J. Meijer, Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, 2014, artikel 1020, aantekening 1(d).
 25. C.C. de Vink, Pathologische arbitrageclausules en het voorkomen daarvan, Contracteren 2010/1.
 26. Zie de website van het NAI. Ten tijde van publicatie van deze bijdrage is de meest recente clausule van het NAI te vinden op <www.nai-nl.org/nl/info.asp?id=701>.

Het volgende Engelstalige arbitraal beding is gebaseerd op de modelclausule van de ICC:²⁷

'This agreement (including, for the avoidance of doubt, the arbitration clause below) and any contractual or non-contractual obligations arising out of or in connection to it, is governed by and shall be construed in accordance with the laws of the Netherlands.

All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The place of arbitration will be Amsterdam, the Netherlands. The language of the arbitration shall be English.'

De modelclausule voor ad hoc arbitrage met toepassing van de UNCITRAL Arbitration Rules luidt als volgt:²⁸

'This agreement (including, for the avoidance of doubt, the arbitration clause below) and any contractual or non-contractual obligations arising out of or in connection to it, is governed by and shall be construed in accordance with the laws of the Netherlands.

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force.'

7. Institutionele of ad hoc arbitrage

Bij het opstellen van de arbitrageovereenkomst kunnen partijen kiezen voor *institutionele arbitrage*, waarbij geschillen worden beslecht op basis van het arbitrage-reglement van het gekozen arbitrage-instituut. De arbitrage-instituten hebben eigen statuten en reglementen met bepalingen omtrent de wijze waarop de procedure verloopt en op welke wijze de arbiter(s) worden benoemd. Arbiters kunnen desgewenst praktische en eventueel inhoudelijke ondersteuning krijgen vanuit het arbitrage-instituut.

Indien partijen geen arbitraal instituut aanwijzen om de arbitrage te administreren, is sprake van een *ad hoc arbitrage*. Partijen dienen dan zelf te voorzien in een benoemingsmechanisme en de wijze van procederen. Indien partijen bij een ad hoc arbitrage niet hebben voorzien in een benoemingsprocedure en de zetel van de arbitrage

27. Zie de website van de ICC. Ten tijde van publicatie van deze bijdrage is de meest recente clausule van de ICC te vinden op <www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>.
 28. Zie de Annex bij de UNCITRAL Rules, zoals gepubliceerd op de website van UNCITRAL. Ten tijde van publicatie van deze bijdrage is de meest recente versie van de UNCITRAL Rules te vinden op <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>.

in Nederland gelegen is (zie hierna), bevat de Nederlandse arbitragewet bepalingen van regeland recht om de arbitrageprocedure alsnog in goede banen te leiden. Als partijen er zelf niet uitkomen, zal uiteindelijk de voorzieningenrechter van de rechtbank de arbiter(s) benoemen.²⁹

In de meeste gevallen verdient het aanbeveling om de arbitrage te laten administreren door een arbitrage-instituut en daarvoor de standaardclausule van het gekozen instituut te gebruiken:

1. De regels uit het arbitragereglement van de gangbare arbitrage-instituten zijn volledig, beproefd en voorzien in een efficiënte procedure en oplossingen voor veel problemen die kunnen ontstaan in een arbitrageprocedure.
2. Arbitrage-instituten bieden onafhankelijk toezicht op de arbitrage, wat goed van pas kan komen indien een van de partijen niet wil meewerken aan de benoeming van de arbiters of op andere wijze probeert de arbitrage te vertragen. Bovendien kunnen arbitrage-instituten van dienst zijn bij het vinden van geschikte en onpartijdige arbiters.
3. Tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis dat is gewezen in overeenstemming met de regels van een internationaal erkend instituut kan eenvoudiger zijn dan de tenuitvoerlegging van een ad hoc vonnis.
4. Arbitrage-instituten kunnen de nodige administratieve ondersteuning bieden, waaronder de financiële afwikkeling van de arbitrage.

Argumenten voor ad hoc arbitrage zijn het vermijden van administratiekosten en de enorme mate van flexibiliteit die ad hoc arbitrage biedt om de procedure zelf in te richten. Ad hoc arbitrage is onder meer populair in de oliesector en bij internationale investeringsovereenkomsten met overheden. Deze vorm van arbitrage is echter minder geschikt voor kleinere, minder professionele, partijen. Indien de gedaagde bij een ad hoc arbitrage dwarsligt, is het bovendien lastiger om daar als eiser efficiënt tegen op te treden.

Partijen bij een ad hoc arbitrageovereenkomst kunnen ervoor kiezen de procedure geheel zelf te modelleren binnen de grenzen van het betamelijke³⁰ of een arbitragereglement toepassen. In ad hoc arbitrages wordt vaak gebruikt gemaakt van de *Arbitration Rules* van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). De UNCITRAL Arbitration Rules 2010 voorzien onder meer in een benoemingsprocedure en een procedurele regeling voor de arbitrageprocedure.

29. Art. 1027 lid 3 Rv.

30. Zo zullen partijen recht hebben op een behandeling van hun zaak door een onpartijdig en onafhankelijk scheidsgerecht, ongeacht het toepasselijke recht en invulling van de arbitrageovereenkomst. Zie verder L.J.E. Timmer, *The Quality, Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Commercial Arbitration*, *Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, p. 348-358.

8. Arbitrage-instituten

Er bestaat een grote variëteit aan instituten die arbitrages administreren. De volgende arbitrage-instituten worden wereldwijd het meest gebruikt voor commerciële geschillenbeslechting:³¹

1. De ICC, met haar hoofdkwartier in Parijs, is wereldwijd het meest gebruikte arbitrage-instituut voor commerciële geschillen.
2. De LCIA (London Court of International Arbitration) is na de ICC het meest gebruikte arbitrage-instituut en geniet vaak de voorkeur van Engelse partijen.
3. Het SCC (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) is een derde populaire keuze.
4. Het HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre) en SIAC (Singapore International Arbitration Centre) worden vaak gekozen in internationale overeenkomsten met het zwaartepunt in Azië.
5. De regels van de AAA (American Arbitration Association) en haar internationale poot, het ICDR (International Centre for Dispute Resolution) genieten de voorkeur van veel Amerikaanse partijen.

Bij geschillenbeslechting in Nederlandse verhoudingen worden de volgende arbitrage-instituten veel gebruikt:

1. Het NAI (Nederlands Arbitrage Instituut) is het grootste algemene arbitrage-instituut in Nederland en administreert arbitrages, bindendadviesprocedures en mediations.
2. De RvA (Raad van Arbitrage voor de Bouw) biedt een specialistisch en erkend forum voor geschillen in de bouw. Bij een geschil worden arbiters benoemd wier (bouw)technische ervaring en kennis aansluiten op het onderwerp van dat geschil.
3. TAMARA (Stichting Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam) legt zich toe op arbitrage op het gebied van scheepvaart, scheepsbouw, transport, opslag, logistiek en internationale handel.

Als vuistregel geldt dat de administratiekosten en kosten van arbiters bij de Nederlandse arbitrage-instituten (substantieel) lager zijn dan de administratiekosten en arbitertarieven bij de internationale instituten. Daar staat tegenover dat de internationale arbitrage-instituten over het algemeen toegang hebben tot een breder internationaal netwerk van arbiters en in een internationale context worden erkend om hun kwalitatief hoogwaardige dienstverlening. Indien Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomst en de betrokken partijen een Nederlandse achtergrond hebben, zal het echter vaak meer voor de hand liggen om een Nederlands instituut aan te wijzen.

31. Zie ook Queen Mary University's International Arbitration Survey 2015: *Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 17.

9. De zetel van de arbitrage

De zetel van arbitrage is een belangrijk element van het arbitragebeding. De zetel bepaalt onder meer welk procedureel recht van toepassing is op de arbitrage (*lex arbitri*) en welke overheidsrechter belast is met het houden van toezicht.³² De exacte lijst van onderwerpen die worden geregeld door de *lex arbitri* verschilt per rechtstelsysteem, maar normaliter bepaalt de *lex arbitri* onder meer:³³

1. de formele vereisten die worden gesteld aan de arbitrageovereenkomst;
2. of een bepaald soort geschil überhaupt beslecht kan worden door arbitrage (arbitrabiliteit van geschillen; zie hiervoor voor de positie naar Nederlands recht);
3. de samenstelling van een arbitraal tribunaal en wrakingsgronden;
4. de bevoegdheid van het tribunaal om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen;
5. proceswaarborgen (zoals het recht op gelijke behandeling en onpartijdigheid van arbiters);
6. de mate van vrijheid om de arbitrale procedure in te richten;
7. assistentie van de overheidsrechtbank, bijvoorbeeld omdat een partij weigert mee te werken aan de arbitrage of als er dwangmaatregelen moeten worden getroffen (waartoe een arbitraal tribunaal niet bevoegd is);
8. bevoegdheden van de arbiters;
9. de mogelijkheden om een arbitraal vonnis aan te vechten bij de overheidsrechter ('vernietiging');
10. fall-back bepalingen ten aanzien van de benoemingswijze van arbiters en de arbitrale procedure.

De meeste ontwikkelde rechtssystemen geven partijen en arbiters veel ruimte om de arbitrageprocedure naar eigen inzicht in te richten. Ook de Nederlandse arbitragewet is grotendeels van regeland recht, waarbij hij slechts voorziet in een aantal uitgangspunten indien partijen arbitrage zijn overeengekomen. Het staat partijen expliciet vrij om de arbitrageprocedure anders vorm te geven. De daadwerkelijke vormgeving van de arbitrageprocedure geschiedt normaliter door te kiezen voor een arbitragereglement en door verder overleg tussen partijen en de arbiters nadat een geschil aanhangig is gemaakt.

Bij gelijke verhoudingen kiezen internationale partijen bij het opstellen van een arbitrageovereenkomst in een commercieel contract nog wel eens voor een 'neutrale' zetel, buiten het rechtstelsel van de partijen. Bij overnamecontracten wordt vaak gekozen voor een zetel in het land van de targetvennootschap. Ongeacht het type

32. Zo volgt uit art. 1073 Rv dat art. 1020-1073 Rv van toepassing zijn indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.

33. Zie voor een uitgebreider overzicht, N. Blackaby & C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2015, par. 3.46.

overeenkomst zijn er verschillende overwegingen relevant bij het bepalen van de plaats van arbitrage.

Het is van groot belang dat de zetel ligt in een land dat verdragspartij is bij het Verdrag van New York, om uitvoeringsperikelen te voorkomen. De lijst van landen die geen partij zijn bij het Verdrag van New York is gelukkig vrij beperkt en bestaat zonder uitzondering uit ontwikkelingslanden. Voorbeelden van landen die geen verdragspartij zijn, zijn Angola, Irak, Noord-Korea en Libië.³⁴

Partijen doen er verder goed aan een zetel te kiezen die is gelegen in een 'arbitragevriendelijk' land met een ontwikkeld rechtssysteem. Het is wenselijk dat de lokale rechtbanken van de zetel de keuze voor arbitrage respecteren en zich niet te intensief bemoeien met de gang van zaken in de arbitrage. Landen zoals Rusland, India en China zijn weliswaar verdragspartij bij het Verdrag van New York, maar staan niet bekend als arbitragevriendelijk land omdat lokale rechtbanken zich in het verleden intensief hebben bemoeid met de gang van zaken in de arbitrage. Nederland staat wel bekend als een arbitragevriendelijk land en het is niet ongebruikelijk om Amsterdam of Rotterdam als zetel op te nemen in een overeenkomst met het zwaartepunt in Nederland. Internationaal gezien zijn Londen, Parijs, Hongkong, Singapore, Genève, New York en Stockholm populaire zetels.³⁵ Het verdient ten slotte aanbeveling om een plek aan te wijzen die voor alle betrokken partijen en eventuele getuigen toegankelijk is. De keuze voor een bepaalde locatie als plaats van arbitrage brengt overigens niet noodzakelijkerwijs mee dat de fysieke besprekingen in de arbitrage altijd op die locatie moeten plaatsvinden.³⁶

10. Arbitrageovereenkomsten met meerdere partijen

Bij het opstellen van een arbitrageovereenkomst is bijzondere oplettendheid vereist indien de kans bestaat dat meer dan twee partijen betrokken zullen zijn bij een toekomstig geschil ('multi-party disputes'). Dit kan bijvoorbeeld een rol spelen bij projectontwikkeling, waarbij onder meer opdrachtgevers, (onder)aannemers, architecten, adviesbureaus en investeerders betrokken zijn.

Indien de arbitrageovereenkomst of het toepasselijke arbitragereglement bij een dergelijke rechtsverhouding geen rekening houdt met de mogelijkheid van geschillen tussen meer dan twee partijen, kunnen bijzondere complicaties ontstaan. Er zijn in dit verband verschillende scenario's denkbaar. Indien de arbitrageovereenkomst is aangegaan door drie of meer partijen, zou bijvoorbeeld discussie kunnen ontstaan over wie de arbiters mag benoemen en hoe de procesvoering moet geschieden.

34. Zie voor een actueel overzicht van de verdragspartijen bij het Verdrag van New York: <www.newyorkconvention.org/countries>.

35. Queen Mary University's International Arbitration Survey 2015: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 12.

36. Blackaby & Partasides 2015, par. 3.56.

Als sprake is van een overkoepelende rechtsverhouding die bestaat uit meerdere contracten tussen verschillende partijen, bestaat het risico dat er geen mogelijkheid is om alle relevante partijen in één procedure te betrekken. De arbitrageovereenkomst geldt immers slechts tussen partijen bij de desbetreffende overeenkomst.

Bij het opstellen van complexe contracten met meerdere partijen zijn onder meer de volgende vragen van belang.

1. Is het bij een geschil voldoende helder hoe de arbiter(s) moet(en) worden benoemd?
2. Zijn er gevallen denkbaar waarbij het wenselijk is om een additionele contractspartij (al dan niet tegen haar wil) bij een lopende arbitrale procedure te betrekken?
3. Zijn er gevallen denkbaar waarbij het wenselijk is om nieuwe claims in te stellen gedurende een aanhangige arbitrage?
4. Is het denkbaar dat er meerdere arbitrages (al dan niet tussen verschillende partijen) worden ingesteld over dezelfde materie, waarbij het wenselijk is om de arbitrages te voegen of gelijktijdig te laten beslechten door dezelfde arbiters?
5. Is het wenselijk dat een arbitraal vonnis tussen twee partijen ook bindend is voor andere contractspartijen?

Moderne arbitragereglementen houden al rekening met de mogelijkheid van multi-party disputes, maar het moet per contract worden beoordeeld of deze regels voldoen. Bij complexe rechtsverhoudingen op basis van meerdere contracten en partijen is het wenselijk om te voorzien in een op de situatie toegespitst systeem van arbiterbenoeming, tussenkomst en voeging van procedures en partijen. Het verdient aanbeveling om hiervoor specialistisch advies in te winnen.

11. Optionele arbitrageclausules

Sommige partijen hebben behoefte aan een bepaalde mate van flexibiliteit in de keuze voor een geschillenbeslechtingsmechanisme nadat een geschil is ontstaan. Zo hebben banken bij bepaalde rechtsverhoudingen soms behoefte aan de mogelijkheid om te kunnen arbitreran indien zij eiser zijn – bijvoorbeeld omdat de schuldenaar is gevestigd buiten de EU –, terwijl het hun voorkeur kan hebben om te procederen voor de overheidsrechter indien zij gedaagde zijn.

Optionele arbitrageclausules beogen in deze behoefte te voorzien. Een wederzijdse optionele arbitrageclausule voorziet als uitgangspunt in een procedure bij de overheidsrechter, maar biedt beide partijen de mogelijkheid om met uitsluiting van de overheidsrechter een arbitrage aanhangig te maken (of andersom). Eenzijdige arbitrageclausules (ook bekend als ‘unilaterale’ of ‘asymmetrische’ clausules) bieden een van de partijen bij de overeenkomst – normaliter de partij met de sterkere onderhandelingspositie – de mogelijkheid om te kiezen tussen arbitrage en overheidsrechtspraak, terwijl de

andere partij op grond van de overeenkomst deze keuze niet heeft. Eenzijdige arbitrageclausules komen onder meer voor in internationale bouwovereenkomsten en financieringsdocumentatie zoals internationale derivaten en leningsovereenkomsten.

Indien Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomst, doen partijen er vooralsnog verstandig aan om asymmetrische arbitrageclausules te vermijden. Anders dan in Engeland het geval is, is de toelaatbaarheid van een dergelijke clausule naar mijn weten in Nederland nog niet getest. De asymmetrische arbitrageclausule is in diverse andere jurisdicties niet uitvoerbaar gebleken vanwege strijd met de openbare orde. Dit is bijvoorbeeld in Rusland, Polen en Bulgarije het geval.³⁷ Gezien het bepaalde in artikel 6 lid 1 EVRM is het bovendien van belang om in de geschillenclausule een heldere keuze te maken voor de gewenste wijze van oplossing van geschillen. Indien de optionele arbitrageovereenkomst niet helder is opgesteld, kan er discussie ontstaan over de vraag of partijen wel daadwerkelijk afstand hebben gedaan van het recht tot toegang bij de overheidsrechter.

12. Conclusie en aanbevelingen

Arbitrage kan onder omstandigheden partijen bij een overeenkomst grote voordelen bieden ten opzichte van de reguliere wijze van geschillenbeslechting. Het is bij het opstellen van een overnamecontract of handelsovereenkomst dan ook van belang dat de juridisch adviseurs bekend zijn met de overwegingen die ten grondslag zouden moeten liggen aan de keuze tussen arbitrage of overheidsrechtspraak. In dit verband zijn in deze bijdrage de voor- en nadelen van arbitrage aan bod gekomen, de beperkingen van arbitrage als geschillenbeslechtingsmechanisme en de essentiële elementen van de overeenkomst tot arbitrage.

Op basis van de vorige paragrafen zijn onder andere de volgende aanbevelingen te doen aan de praktijkbeoefenaar die geacht wordt te adviseren over de keuze tussen arbitrage en overheidsrechtspraak in een overnamecontract of handelsovereenkomst:

1. Overweeg arbitrage indien één of meer partijen bij de overeenkomst hun vermogen buiten Europa hebben, als bijzondere (technische) deskundigheid een vereiste is bij het oplossen van geschillen of als het van belang is dat de inhoud van de overeenkomst vertrouwelijk wordt behandeld.
2. Wees terughoudend met een keuze voor arbitrage indien het geldelijk belang beperkt is. De kosten van arbitrage zijn over het algemeen substantieel hoger dan die van overheidsrechtspraak, aangezien arbitrage tegen kostprijs plaatsvindt.
3. Gebruik bij het opstellen van de arbitrageovereenkomst als basis de modelclausule van het gewenste

37. Zie verder D. Draguiiev, *Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability*, *Journal of International Arbitration* 2014/1, p. 19-45.

arbitrage-instituut, zoals het NAI, de RvA of de ICC. De modelclausule is te vinden op de website van het instituut.

4. Zorg dat de contractsdocumentatie geen conflicterende geschillenregelingen bevat (zoals een keuze voor de rechter in Amsterdam in het overnamecontract, maar een arbitrageovereenkomst in een aangehechte serviceovereenkomst).
5. Vermijd kwalitatieve eisen aan de arbiters in de arbitrageovereenkomst, tenzij dit absoluut noodzakelijk is en dergelijke eisen relevant zijn voor alle mogelijke geschillen die kunnen voortvloeien uit de desbetreffende overeenkomst. Een overdaad aan dergelijke eisen kan het lastig (of onmogelijk) maken om geschikte arbiters te vinden en daarmee de arbitrageovereenkomst gebrekkig maken. Een bepaalde mate van flexibiliteit is bovendien wenselijk, omdat het niet altijd eenvoudig is om vooraf vast te stellen over welke kennis en vaardigheden arbiters daadwerkelijk moeten beschikken om het geschil te kunnen beslechten.
6. Wees voorzichtig bij het opstellen van de arbitrageovereenkomst indien er potentieel meer dan twee partijen betrokken kunnen raken bij een conflict onder de overeenkomst. Indien dat het geval is, kan het noodzakelijk zijn om specialistisch advies in te winnen.
7. Vermijd eenzijdige arbitrageovereenkomsten waarbij slechts een van de contractspartijen de mogelijkheid heeft om te arbitreran. Dergelijke clausules zijn in bepaalde jurisdicties niet uitvoerbaar en naar mijn weten is nog niet getest of dergelijke clausules uitvoerbaar zijn onder Nederlands recht.