

MR. S.C. CONWAY<sup>1</sup>

# Samenvoeging van Arbitrages

Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 16 april 2002,  
Beschikking KG 02-401JRB

Internationale handel heeft vaak te maken met een serie transacties tussen partijen in een zogenaamde commerciële keten. Bijvoorbeeld een fabrikant verkoopt aan een distributeur die vervolgens verkoopt aan een eindgebruiker; of een project-eigenaar sluit een *turnkey*-overeenkomst voor de levering van een fabriek door een hoofdaannemer die op zijn beurt onderaannemers inschakelt voor levering van materialen en het verrichten van diensten voor het bouwen van de fabriek. Het komt ook regelmatig voor dat een scheepslading van een *commodity* uit bijvoorbeeld Azië (herhaaldelijk) is doorverkocht voordat de lading aankomt op de bestemmingsplaats in Europa. Indien een geschil rijst tussen de partijen aan het einde van de keten betreffende bijvoorbeeld de kwaliteit van de goederen, het werk of het product, zal dit geschil zich vaak neerwaarts verplaatsen door de keten in de vorm van geschillen tussen de andere partijen in de keten. Eindgebruiker C claimt van B en B maakt vervolgens een vordering geldend tegen A.

Gezien het feit dat arbitrage een gebruikelijke keuze is voor het oplossen van geschillen met betrekking tot internationale transacties, zullen 'ketengeschillen' vaak uitmonden in twee of meer verknochte maar afzonderlijke arbitrages. De partij 'in het mid-

den' wordt dus geconfronteerd met een strijd op twee fronten met niet alleen dubbele proceskosten maar ook het risico van onverenigbare uitspraken.

In sommige landen achten de rechtbanken zich bevoegd om arbitrages met verknochte feitelijke of juridische kwesties samen te voegen.<sup>2</sup> Het opleggen aan partijen van een scheidsgerecht of een bepaalde arbitrale rechtsgang brengt echter het risico met zich mee dat het uiteindelijke vonnis niet in een ander land geëxecuteerd kan worden bij gebreke van een schriftelijk compromis tussen alle partijen of omdat het scheidsgerecht niet naar behoren is samengesteld.<sup>3</sup> Zo laat de arbitragewetgeving van Hong Kong alleen samenvoeging toe van nationale (maar niet internationale) arbitrages.<sup>4</sup> In Nederland wordt echter de kwestie van instemming van partijen met samenvoeging op betrekkelijk unieke wijze aangepakt ten faveure van samenvoeging. Artikel 1046 Rv gaat er namelijk van uit dat samenvoeging geschiedt van verknochte arbitrages tenzij partijen deze mogelijkheid contractueel uitsluiten.<sup>5</sup>

Bovendien voorzien de reglementen van een aantal arbitrage-instituten in Nederland in samenvoeging van gedingen.<sup>6</sup> Deze reglementen bieden echter niet altijd de oplossing die men nodig heeft. Bijvoorbeeld (in de hiervoor vermelde hypothetische casus)

1 Met dank aan mr.drs. R.M.T. van den Bosch voor de hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.

2 A. Redfern and M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, p. 187 (met verwijzing naar een uitspraak van een federaal hof: *Cable Belt Conveyors, Inc. v. The Paul Howard Company v. Alumina Partners of Jamaica*, 857 F.2d 1461 (2d Cir.), cert. denied, 484 U.S. 855 (1987)). Rubino-Sammaratano citeert echter verschillende uitspraken in de V.S. waarin besloten wordt dat de rechtbanken geen bevoegdheden hebben om samenvoeging te gelasten zonder de toestemming van partijen (M. Rubino-Sammaratano, *International Arbitration*, p. 300-301).

3 Idem.

4 Hong Kong Arbitration Act of 1982, section 6B. Een afzonderlijke wet waarin de United Nations Model Law wordt geadopteerd (Arbitration Ordinance of 1990) beheert Internationale Arbitrages in Hong Kong, maar die voorziet niet in samenvoeging.

5 Artikel 1046 Rv lid 1!...tenzij partijen anders zijn overeengekomen'.

6 Reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut, artikel 41; reglement van de Raad voor Arbitrage in de Bouw, de artikelen 23 t/m 27; reglement College van Geschillen van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs artikelen 9 t/m 13.

## Samenvoeging van Arbitrages

als A vanuit preventieve overwegingen een arbitrale procedure aanspant tegen B ter verkrijging van een verklaring voor recht (dat A niet aansprakelijk jegens B is) voordat een procedure tussen B en C aanhangig is, laat artikel 41 van het NAI reglement niet toe dat B C betreft in de eerste procedure. Er is dan namelijk geen sprake van 'vrijwaring' door A in verband met C's vordering tegen B. In zulke gevallen zal B (nadat de tweede arbitrage aanhangig is) de voorzieningenrechter (hierna gemakshalve: 'de President') moeten verzoeken de gedingen samen te voegen.

In vrijwel alle gevallen waarin tot nu toe samenvoeging werd verzocht heeft de bevoegde President van het arrondissement te Amsterdam dat verzoek gehonoreerd.<sup>7</sup> In een recente beschikking van de genoemde President wordt deze lijn in de jurisprudentie verder geaccentueerd met de redenering dat samenvoeging van verknochte arbitrages alleen geweigerd dient te worden als er sprake is van 'zwaarwegende redenen' die zich tegen samenvoeging verzetten. Hierna volgt een bespreking van de casus positie waarop deze beschikking betrekking had.

Met artikel 1046 Rv biedt de wet de mogelijkheid om arbitrale gedingen samen te voegen. Samenvoeging dient bij verzoekschrift bij de Voorzieningenrechter van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam te worden verzocht. De voorwaarden die aan een dergelijk verzoek gesteld worden, zijn dat er sprake is van twee of meerdere arbitrale gedingen, die voor een scheidsgerecht in Nederland aanhangig zijn, alsmede dat het onderwerp van het ene arbitrale geding samenhangt met het onderwerp van het andere arbitrale geding.

Samenvoeging is een regeling waar in een beperkt aantal gevallen gebruik van is gemaakt. Het vervult evenwel in een behoefte, die met name in de bouw wereld speelt.<sup>8</sup> Zo ook in de onderhavige zaak.

### De beschikking van 16 april 2002

Gronden voor de beslissing

– *Het verzoekschrift strekt tot samenvoeging van de arbitrage die onder no. NAI 2422 aanhangig is bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) te Rotterdam tussen de gerekwestreeerde K. als eiseres en verzoekster als verweerder, met de arbitrage die onder nummer 2549 bij het NAI aanhangig is tussen verzoekster als eiseres en K. en de gerekwestreeerde G. als verweersters.*

– *Arbitrage no. 2422 is op 30 januari 2001 aanhangig gemaakt. Er is een arbiter benoemd. De Memorie van Eis is ingediend. De mondelinge behandeling is*

*gepland in begin 2003. Arbitrage no. 2549 is op 19 oktober aanhangig gemaakt middels een verzoek tot arbitrage. G. heeft een kort antwoord ("Short Answer") ingediend. Een arbiter is geselecteerd, maar nog niet formeel benoemd.*

– *Beide arbitrages betreffen geschillen die zijn voortgekomen uit een opdracht van verzoekster voor de bouw van een nieuwe farmaceutische fabriek te X. K. was onder meer belast met het ontwerp ('engineering'), materiaalkeuze en inkoop daarvan, projectmanagement en het namens verzoekster contracteren met de (onder)aannemers (het EP CM-contract).*

– *K. heeft op naam en voor rekening van verzoekster de 'Piping', mechanische, elektrische en instrumentatiewerkzaamheden aanbesteed aan G. (het PMEI-contract). In arbitrage 2422 vordert K. van verzoekster betaling van € 1.198.210 krachtens het EPCM-contract. Deze vordering heeft in belangrijke mate betrekking op meerwerk dat K. stelt te hebben verricht. Verzoekster neemt het standpunt in dat K. haar werkzaamheden niet deugdelijk en niet tijdig heeft verricht en heeft aangekondigd in die arbitrage een tegenvordering tot schadevergoeding te zullen instellen.*

– *G. heeft verzoekster aansprakelijk gesteld voor een schade van circa € 3,6 miljoen wegens tekortkomingen van verzoekster met betrekking tot haar verplichtingen uit het PMEI-contract en de opgelopen schade wegens de onderonden vertragingen. Vooruitlopend op deze claim heeft verzoekster in arbitrage 2549 onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat K. haar dient te vrijwaren voor deze claim van G.*

– *K. verzet zich tegen de verzochte samenvoeging van beide arbitrages, op de grond dat de beide procedures zich in verschillende stadia bevinden en ieder een andere mate van complexiteit vertonen. De gevorderde bedragen zijn van een andere grootteorde en arbitrage 2422 betreft een directe claim en no. 2549 een indirecte (namelijk vrijwaringclaim). K. heeft niet op eigen naam met G. gecontracteerd.*

– *Verzoekster heeft er op gewezen dat beide geschillen hetzelfde bouwproject betreffen. In beide geschillen is aan de orde wat in de contractuele verhouding tussen verzoekster en K. enerzijds en die tussen verzoekster als formele opdrachtgever en G. anderzijds de "scope of work" was. Er is een nauw verband tussen de taken van K. als ontwerper, inkoper van de materialen en toezichthouder op de bouw en de taak van G. als uitvoerder van het haar opgedragen technische gedeelte. De beide geschillen zijn in sterke mate aan elkaar verknocht.*

De beoordeling door de President

– *In het algemeen dient voorop gesteld te worden dat er een groot belang betrokken is bij de samenvoeging van*

7 J.J. van Haersolte-Hof, 'Samenvoeging van Arbitrale Gedingen', in: *TvA* 2001 p. 87 en 89.

8 Vergelijk TK 1983-1984, 18 464, nr. 3, MvT, p. 17 en 18.

## Samenvoeging van Arbitrages

aan elkaar verknochte arbitrages, zowel om proceseconomische redenen als om het risico van tegenstrijdige uitspraken te voorkomen. Die samenvoeging dient alleen geweigerd te worden indien zwaarwegende redenen zich tegen samenvoeging verzetten.

– Geoordeeld wordt dat zodanige redenen zich niet voordoen. Beide geschillen betreffen hetzelfde bouwproject. De stelling van verzoekster dat geschillen over ontwerp en projectmanagement (K.) enerzijds en die over de uitvoering anderzijds (G.) doorgaans nauw met elkaar zijn verweven, is juist. Het is niet aannemelijk gemaakt dat zulks in het onderhavige geval anders zou liggen.

– Beide arbitrages verkeren nog in een beginstadium. Niet is in te zien dat in arbitrage 2549 de mondelinge behandeling niet ook begin 2003 zou kunnen plaats vinden. Op beide arbitrages is voorts hetzelfde NAI-reglement van toepassing en beide arbitrages worden door het NAI geadministreerd.

– De omstandigheid dat in arbitrage 2422 een aanzienlijk lager bedrag wordt gevorderd dan de te verwachten claim van G. waar no. 2549 op betrekking heeft, levert geen zwaarwegende reden op om de samenvoeging te weigeren.

– Het verzoek dient derhalve te worden toegestaan.

### Commentaar

Uit het artikel 1046 Rv volgt dat wil een verzoek tot samenvoeging van arbitrale gedingen slagen, er sprake moet zijn van een zekere mate van verknocht-hed van de procedures. Redenen voor toewijzing van het verzoek zijn, zo blijkt uit de jurisprudentie, proceseconomische redenen, alsmede het voorkomen van het risico van tegenstrijdige uitspraken.

Zo had de President in zijn uitspraak van 11 oktober 1990 overwogen dat het allerminst aannemelijk was dat voeging vertraging of extra kosten met zich mee zou brengen.<sup>9</sup> Eerder het tegendeel leek het geval te zijn. In zijn uitspraak van 15 november 1990 had de President, nadat hij had vastgesteld dat de zaken aan elkaar verknocht waren, al overwogen dat de verzochte voeging daarom al een efficiënte en economische procesgang zou dienen.<sup>10</sup>

In deze uitspraak gaat de President een stap verder. Allereerst stelt hij voorop, dat in het algemeen een groot belang betrokken is bij de samenvoeging van aan elkaar verknochte arbitrages. Dit belang is gelegen in zowel proceseconomische redenen als het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken. Met deze overweging wordt de lijn die in eerdere uitspraken, alsmede ook in de literatuur te vinden is, gevolgd.

Vervolgens overweegt de President, dat indien blijkt dat het verzoek inderdaad betrekking heeft op aan elkaar verknochte uitspraken en er dus voldaan is aan de in artikel 1046 Rv gestelde vereisten voor een verzoek tot samenvoeging, samenvoeging alleen geweigerd kan worden, indien 'zwaarwegende redenen' zich tegen samenvoeging verzetten. Deze stap is een logisch vervolg op de eerdere overweging dat bij samenvoeging van aan elkaar verknochte arbitrages een groot belang betrokken is. Om een samenvoeging te weigeren zal dus dit belang opzij gezet moeten worden. Het is evenwel de vraag of het de verweerder in een samenvoegingprocedure met deze overweging moeilijker gemaakt wordt om samenvoeging te voorkomen. Uit die uitspraken die er zijn blijkt reeds dat een verzoek tot samenvoeging, indien voldaan is aan de vereisten die daaraan gesteld worden, in veruit de meeste gevallen wordt toegewezen.

De positie van de verweerder is er evenwel niet eenvoudiger op geworden. Immers, het is nu aan de verweerder om aan te geven dat er inderdaad zwaarwegende redenen bestaan die zich verzetten tegen samenvoeging en dus dat het verzoek tot samenvoeging dient te worden afgewezen. Indien voldaan is aan de vereisten van artikel 1046 Rv kan de verzoeker in principe volstaan met het aannemelijk maken dat de arbitrages verknocht zijn. Meer hoeft de verzoeker niet te doen. De bewijslast wordt daarmee omgekeerd.

In onderhavige casus oordeelde de President dat er geen zwaarwegende redenen aanwezig waren. De uitspraak laat echter in het midden wat als zwaarwegende redenen kan worden aangemerkt. Wel geeft de uitspraak aan wat in ieder geval niet als zwaarwegende reden heeft te gelden, namelijk indien de in de arbitrages gevorderde bedragen in aanzienlijke mate verschillen. Verdere aanknopingspunten biedt deze uitspraak niet.

Uitgaande van deze door de President geformuleerde regel, kunnen nu de overwegingen bij eerdere uitspraken nader bekeken worden. In het bijzonder de redenen ten aanzien van het wel of niet afwijzen van een verzoek tot samenvoeging zijn hier interessant. Uit eerdere uitspraken van de President blijkt dat niet als een zwaarwegende reden beschouwd te worden:

- een verschil in materieel recht dat toepasselijk is op de verschillende samen te voegen arbitrages;<sup>11</sup>
- betwisting van de ontvankelijkheid van een partij

9 President Rechtbank Amsterdam 15 november 1990, BR 191/301.

10 President Rechtbank Amsterdam 11 oktober 1990, BR 1991/300.

11 President Rechtbank Amsterdam 11 oktober 1990.

### Samenvoeging van Arbitrages

in haar vordering in een van de samen te voegen arbitrages. Deze vraag dient door de arbiters beoordeeld te worden;<sup>12</sup>

- betwisting van feiten. Betwiste feiten dienen door de arbiters onderzocht te worden;<sup>13</sup>
- verschillende contractuele verhoudingen tussen partijen;<sup>14</sup>
- bevoegdheid van de arbiters ten aanzien van een van de samen te voegen arbitrages.<sup>15</sup>

Wel als zwaarwegende reden is aangenomen:

- de samen te voegen arbitrale procedures bevinden zich in verschillende stadia. Over de aansprakelijkheid is in de ene arbitrale procedure wel beslist en in de andere niet. De arbiters hebben niet meer de vrijheid in het samengevoegde geding te beslissen over de punten die in het geding zijn;<sup>16</sup>
- samenvoeging van drie reeds in een eerder stadium samengevoegde geschillen met een ander geschil dat een ander onderwerp betrof.<sup>17</sup>

Uit het bovenstaande volgt dat een verweer tegen een verzoek tot samenvoeging alleen slaagt indien

zwaarwegende redenen aangenomen kunnen worden die een afwijzing rechtvaardigen. Zoals uit de jurisprudentie ook blijkt is een President niet snel geneigd een verzoek tot samenvoeging af te wijzen. In die gevallen waarin toch tot afwijzing werd geconcludeerd, bleek inderdaad van zwaarwegende redenen sprake te zijn. Zo zal een verzoek tot samenvoeging afgewezen worden indien blijkt dat niet aan een vereiste voor de samenvoeging, zoals bijvoorbeeld de verknochtheid van de zaken, is voldaan. Voorzover echter voldaan is aan de vereisten die artikel 1046 Rv aan samenvoeging stelt, heeft de verzoeker een goede kans dat het verzoek tot samenvoeging wordt toegevoegd. Op de verweerder rust de bewijslast om aan te tonen dat er zwaarwegende redenen zijn om het verzoek af te wijzen.

**Mr. S.C. Conway is advocaat te Rotterdam, tevens lid van de balies van het District of Columbia (USA) en Illinois (USA), partner Van Mens & Wisselink.**

12 Idem noot 11.

13 President Rechtbank Amsterdam 11 oktober 1990; President Rechtbank Amsterdam 22 oktober 1992; President Rechtbank Amsterdam 22 oktober 1992, *BR* 1993/234.

14 President Rechtbank Amsterdam 22 oktober 1992.

15 Idem noot 14.

16 President Rechtbank Amsterdam 5 april 2001; J.J. van Haersolte-Hof, 'Samenvoeging van Arbitrale Gedingen', in: *TvA* 2001, p. 87-94, p. 89.

17 President Rechtbank Amsterdam 27 mei 1999; P. Sanders; *Het Nederlandse Arbitragerecht, Nationaal en Internationaal*, Kluwer, Deventer, 2001, p. 125.