

Arbitrage en bewijsrecht

Mr. F. Eikelboom, datum 14-02-2017

Datum	14-02-2017
Auteur	Mr. F. Eikelboom ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht / Bewijs Burgerlijk procesrecht / Arbitrage

De bijdrage bespreekt de voor- en nadelen van arbitrage als het gaat om het bewijsrecht. Partijen kunnen het bewijsrecht zelf vormgeven. Laten zij dat na, dan beslissen de arbiters.

1. Inleiding

Civilisten beweren van oudsher dat het recht uit de feiten volgt.^[2] Een civiele procedure is echter geen wetenschappelijk onderzoek naar de objectieve waarheid. In plaats daarvan (re)construeren rechters de feiten op basis van het bewijsrecht. Dat bepaalt welke feiten de rechter mag en in voorkomende gevallen moet aannemen. Het recht volgt uit het (bewijs)recht, zogezegd.

Het is daarom interessant om te bezien in hoeverre het bewijsrecht in arbitrage afwijkt van dat in procedures voor de overheidsrechter.^[3] Deze bijdrage onderzoekt de overeenkomsten en verschillen. Een aandachtspunt daarbij is in hoeverre arbiters en overheidsrechters moeten opereren als hoeder van de waarheid en welke mogelijkheden partijen hebben om dat aan banden te leggen. Ook op andere punten komt de mogelijkheid van maatwerk ter sprake. De behoefte aan maatwerk kan liggen in de aard van de procedure, maar ook in de voorkeur van partijen, zo zal inzichtelijk gemaakt worden.

Deze bijdrage is beperkt tot arbitrageprocedures ten aanzien waarvan de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen en bijgevolg Titel 4.1 Rv van toepassing is.

2. Waarheidsvinding, maatwerk en de voorkeur van partijen

2.1 Waarheidsvinding versus maatwerk

Deze bijdrage begon met de observatie dat het recht uit het (bewijs)recht volgt en dat het bewijsrecht geen wetenschappelijk onderzoek naar de objectieve waarheid voorschrijft. Gelukkig biedt het civiele procesrecht wel diverse waarborgen voor waarheidsvinding. In een procedure voor de overheidsrechter rust op de procespartijen de plicht om alle voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Tevens krijgt de overheidsrechter een steeds^[4] actievere rol in het civiele proces en zijn daardoor steeds beter in staat om de waarheid boven tafel te

krijgen.

Hieraan kleven echter ook nadelen. Het gevaar ligt op de loer dat waarheidsvinding door de rechter ontaardt in meeprocederen door de rechter. Daardoor kunnen partijen beginnen te twifelen aan onafhankelijkheid van de rechter en of de rechter wel begrijpt wat (volgens partijen) de kern van het geschil is. Tevens gaat het ten koste van de partijautonomie. Partijen willen zelf kunnen bepalen waaraan in de procedure tijd en geld wordt besteed.

Ook meer in het algemeen leidt het streven naar waarheidsvinding niet altijd tot (louter) positieve resultaten. Ten eerste zijn bewijsverrichtingen als deskundigenberichten en getuigenverhoren kostbaar en tijdrovend. Daardoor kunnen andere procesrechtelijke waarden in het gedrang komen, zoals de toegang tot het recht (tegen redelijke kosten) en een redelijke doorlooptijd. Ten tweede wensen partijen soms dat hun wederpartij gegevens deelt, terwijl deze wederpartij een gerechtvaardigd belang kan hebben om deze gegevens niet te verstrekken. Bijvoorbeeld als het gaat om bedrijfsgeheimen of persoonsgegevens, in het bijzonder als het maar de vraag is of de desbetreffende gegevens van belang zijn voor de uitkomst van de procedure.

Niet iedere partij zal de hierboven besproken voor- en nadelen van (ambtshalve) waarheidsvinding hetzelfde gewicht toekennen in elke situatie. Een partij, die geregeld processen voert met een bescheiden financieel belang, heeft er belang bij dat consequent wordt beknipt op bewijsverrichtingen en zal het mogelijk voor lief nemen als dat betekent dat hij soms een procedure verliest omdat hij onvoldoende gelegenheid kreeg om de waarheid aan te tonen. Daarentegen zullen partijen bij een enkele procedure over een groot financieel, emotioneel of ideëel belang het eerder onverteerbaar vinden als zij geen gelegenheid krijgen om de waarheid voor het voetlicht te krijgen. De voorkeur en verwachtingen van partijen worden ook gevoed door verschillen in rechtscultuur en het belang dat daarin wordt toegekend aan waarheidsvinding. Het burgerlijke procesrecht van sommige landen, zoals de Verenigde Staten en Engeland, vergt van procespartijen veel meer opening van zaken dan bijvoorbeeld het Nederlandse.⁵

2.2 De acceptatie van (arbitrale) vonnissen en bewijsvoering

Geschillen zijn (feitelijk) op vele wijzen te beslechten. Beslechting door middel van een procedure werkt het beste als partijen de uitspraak accepteren. Hun acceptatie van de uitspraak wordt bevorderd als zij zich gehoord voelen en de feiten scrupuleus zijn onderzocht. Dat pleit voor het ruim baan geven aan bewijslevering.

In geval van overheidsrechtspraak draagt ook het gezag van de rechterlijke macht bij aan de acceptatie van de uitspraak. In geval van arbitrage zal dat moeten worden gecompenseerd. Dat kan door de reputatie en deskundigheid van de arbiter(s), de (veel benutte mogelijkheid van) betrokkenheid van partijen bij de selectie van de arbiters,⁶ maar ook door (nog) meer aandacht te hebben voor bewijs(levering).

2.3 Verschillen in arbitrale procesvoering

Arbitrages zijn er in vele soorten en maten. De onderlinge verschillen leiden tot een verschillende omgang met bewijs(voering) en wensen dienaangaande van partijen.

Aan de ene kant van het spectrum bevinden zich zogeheten grijp- en knijparbitrages, waarbij het gaat om de enkele vaststelling van de hoedanigheid of toestand van zaken. Denk aan het vaststellen of een partij fruit de overeengekomen kwaliteit heeft. Dergelijke procedures hebben naar hun aard (procesrechtelijk) weinig om het lijf. Dat wordt ook gefaciliteerd doordat dergelijke arbitrages aan weinig regels zijn onderworpen (zie art. 1047 Rv jo. art. 1020 lid 4 sub a Rv). Zo is hoor en wederhoor niet

verplicht en hoeft het vonnis niet te worden gemotiveerd. Het nadeel hiervan is dat partijen zich kunnen afvragen of de arbiters wel alle van belang zijnde feiten in ogenschouw hebben genomen. Aan de andere kant van het spectrum staan (internationale) arbitrages over grote belangen, zoals arbitrages met betrekking tot investeringsverdragen, waarbij het belang in de miljarden euro's kan lopen. Het verloop van dergelijke procedures is vaak veel uitvoeriger dan gebruikelijk is bij een procedure voor de Nederlandse overheidsrechtters. Denk bijvoorbeeld aan een bevoegdheidsincident waarin wordt gere- en dupliceerd, een zitting plaatsvindt die wordt gevolgd door nog een schriftelijke ronde, en een tientallen pagina's tellend tussenvonnissen en dan moet de hoofdzaak nog beginnen. In de literatuur⁷ wordt het almaar uitdijen van dergelijke procedures verklaard door de wens van arbiters om uit te sluiten dat hun vonnis wordt vernietigd wegens het schenden van fundamentele beginselen van procesrecht, zoals het beginsel van hoor en wederhoor (zie par. 3.4) en aan advocaten die de arbiters daaraan op agressieve wijze herinneren. In een dergelijk klimaat is goed denkbaar dat veel ruimte wordt geboden voor bewijslevering, ook als kan worden getwijfeld aan de relevantie daarvan voor de uitkomst van het geding. Hoe dan ook lijkt er in dergelijke procedures groot belang te worden gehecht aan waarheidsvinding. Daarbij zal tevens een rol spelen dat veel van de partijen, advocaten en arbiters in dergelijke – vaak internationale – procedures (mede) afkomstig zijn uit landen waarin getuigenverhoren en het verplicht overleggen van stukken een grotere rol spelen in civiele procedures dan in Nederland het geval is. De meeste arbitrageprocedures bevinden zich ergens tussen deze extremen.

3. Arbitraal bewijsrecht in het algemeen

3.1 Hoofddregels bewijsrecht

Het Nederlandse arbitragerecht kent een eigen bewijsrecht dat overeenkomsten en verschillen vertoont met het bewijsrecht dat de overheidsrechter dient toe te passen. Beide bieden partijen de mogelijkheid om kwesties omtrent bewijs af te stemmen op hun eigen behoefte. Dat kan vooraf, bijvoorbeeld bij het sluiten van de overeenkomst die een bepaalde rechtsverhouding tussen partijen regelt, maar ook gedurende de procedure. Komen partijen er onderling niet uit, of denken ze er niet aan om zelf bewijsafspraken te maken, dan bepaalt de overheidsrechter of bepalen de arbiters.

De verschillen in bewijsrecht zien met name op de beslissingsvrijheid die de overheidsrechter en arbiters hebben, indien partijen zelf geen bewijsafspraken gemaakt hebben. De vrijheid van de overheidsrechter wordt ingeperkt door de bewijsregels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de uitleg daarvan in de jurisprudentie. Arbiters hebben veel meer vrijheid. Zij bepalen de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs (art. 1039 Rv), zij het binnen de in par. 3.4 en 4 beschreven grenzen. Wel kan het recht dat van toepassing is op de rechtsverhouding waarover wordt geprocedeerd, regels van bewijsrecht bevatten die de arbiters in acht moeten nemen (zie par. 4.1).

Het feit dat de arbiters meer vrijheid hebben, neemt niet weg dat zij dat binnen de grenzen van hun bevoegdheden het bewijsrecht dat geldt voor de overheidsrechter kunnen toepassen, of daaruit inspiratie kunnen putten. Het hoeft daarbij niet per se te gaan om Nederlands bewijsrecht. Goed denkbaar is dat buitenlandse arbiters hun bewijsbeslissingen laten inspireren door het bewijsrecht waarin zij geschoold zijn. Daarnaast is denkbaar dat arbiters hun beslissingen omtrent bewijslevering zullen laten afhangen van de wensen en verwachtingen en eisen van partijen (zie par. 2).

3.2 Arbitragereglementen

Hoewel het arbitrale bewijsrecht partijen de mogelijkheid biedt om hun eigen maatwerkafspraken te maken, wordt in de praktijk vaak geopteerd voor een standaardregeling. Partijen verklaren veelal een bepaald arbitragereglement van toepassing. Dat reglement maakt dan deel uit van de arbitrageovereenkomst (art. 1020 lid 6 Rv).

Bekende voorbeelden, die in deze bijdrage ter sprake zullen komen, zijn het arbitragereglement^[8] van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: Arbitragereglement NAI 2015), het arbitragereglement^[9] van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: AR-RAB) en de Arbitration Rules^[10] van de United Nations Commission on International Trade Law (hierna: AR-UNCITRAL). Met betrekking tot het bewijsrecht kan ook worden geopteerd voor de IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Deze laatste regels vormen een compromis tussen de verschillende continentale en common law tradities wat betreft bewijslevering voor de overheidsrechter.^[11]

Beide genoemde Nederlandse reglementen wijken niet af van het uitgangspunt in de wet dat kwesties omtrent bewijs worden bepaald door de arbiters, behoudens voor zover partijen zelf een andere regeling zijn overeengekomen.^[12] De genoemde internationale reglementen perken de beslissingsruimte van de arbiters meer in met specifieke voorschriften omtrent bewijs (welke hierna ter sprake komen).

3.3 Uitleg bewijsafspraken

Voor de uitleg van partijafspraken over bewijs geldt, naar Nederlands recht, hetzelfde als voor de uitleg van overeenkomsten in het algemeen.^[13] Indien Nederlands recht van toepassing is op deze (bewijs)afspraken, komt het dus neer op de bedoeling die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij in dat verband redelijkerwijs mochten verwachten.^[14] Daarbij zijn onder meer van belang de tekst, de verdere inhoud van de overeenkomst – en dan met name wat met betrekking tot bewijsrechtelijke en procedurele kwesties verder is overeengekomen – de totstandkomingsgeschiedenis, de gebruiken in de (arbitrage)praktijk^[15] en de branche, de hoedanigheid en/of deskundigheid van partijen.^[16]

3.4 Toetsing door de overheidsrechter

Op grond van art. 1064 Rv kan de overheidsrechter een arbitraal vonnis vernietigen. Een dergelijke vernietiging kan plaatsvinden, indien het in strijd met de openbare orde tot stand is gekomen (art. 1065 lid 1 sub e Rv). Bijvoorbeeld, omdat fundamentele beginselen van procesrecht zijn geschonden, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. Aldus heeft de overheidsrechter uiteindelijk het laatste woord omtrent de vraag welke proceshandelingen met betrekking tot bewijs de arbiters minimaal moeten toestaan.

Bij het bepalen daarvan zal ook de aard van de arbitrage een rol spelen,^[17] alsmede in hoeverre partijen welbewust hebben afgezien van bepaalde fundamentele rechten.^[18] Verwezen zij naar par. 2.3 en 3.1. Indien partijen bijvoorbeeld met het oog op een snelle en goedkope procedure de gelegenheid tot hoor en wederhoor en/of bewijsvoering hebben beperkt, is de kans kleiner dat het resulterende arbitrale vonnis wordt vernietigd wegens strijd met de openbare orde.

Een arbitraal vonnis kan ook worden vernietigd, als in strijd is gehandeld met het toepasselijke arbitragereglement, welke bewijsrechtelijke regels kan bevatten (zie par. 3.2) of specifiek tussen partijen gemaakte bewijsafspraken (art. 1065 lid 1 sub c Rv). Als een arbitragereglement bijvoorbeeld bepaalt dat in een bepaald geval getuigen moeten worden gehoord, dan kan het arbitrale vonnis worden vernietigd als dat achterwege is gebleven. Dit noopt tot een interpretatie van de desbetreffende bewijsregels (zie par. 3.3), zij het dat de overheidsrechter slechts in sprekende

gevallen dient in te grijpen in de uitleg die de arbiters aan het reglement hebben gegeven.^[19] Een vernietigingsactie mag niet ontaarden in een verkapt hoger beroep tegen de arbitrale uitspraak. Een dergelijke terughoudendheid hoeft niet te worden betracht als fundamentele beginselen van procesrecht zijn geschonden.^[20]

De impact van deze vernietigingsmogelijkheden op de beslissingen van arbiters op grond van bewijs kan groter zijn, dan de slagingskans daarvan doet vermoeden. Het is niet onvoorstelbaar dat arbiters, gezien de grote nadelen van vernietiging, de nadelen van extra bewijsverrichtingen gerechtvaardigd achten als zulks het risico op vernietiging minimaliseert. In geval van een vernietiging zijn de tijd en kosten die zijn geïnvesteerd in de arbitrage immers grotendeels voor niets geweest. Het geschil blijft intussen boven de hoofden van partijen hangen. Voorts doet een vernietiging mogelijk afbreuk aan de beroepseer en reputatie van de arbiters en hun kans op verdere benoemingen als arbiter (vgl. ook par. 2.2 en 2.3).

4. De organisatie van waarheidsvinding in de arbitrageprocedure

4.1 Stelplicht, bewijslast en waarheidsplicht

In een procedure voor de overheidsrechter geldt als hoofdregel dat degene die een rechtsgevolg inroept de feiten moet stellen die hij daaraan ten grondslag legt en, in geval van gemotiveerde betwisting, deze moet bewijzen (art. 149 Rv en art. 150 Rv.).^[21] Verder geldt dat de overheidsrechter aan zijn beslissing slechts feiten ten grondslag mag leggen die aan hem in het geding ter kennis zijn gekomen, of van algemene bekendheid zijn (art. 149 Rv lid 1 respectievelijk lid 2). Dit biedt partijen de mogelijkheid om de feiten waarop wordt beslist, te beperken, en daarmee de waarheidsvinding. In de praktijk kan dit ertoe leiden dat partijen de voor hen nadelige feiten buiten de procedure houden, met name in het geval hun wederpartij niet bekend is met deze feiten.

Deze mogelijkheid wordt enigszins beperkt door de verplichting van partijen om alle voor de beslissing relevante feiten aan te voeren (art. 21 Rv). De overheidsrechter kan partijen ook bevelen bepaalde feitelijke stellingen nader uit te werken. Als partijen hieraan niet voldoen, kan de overheidsrechter daaraan de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Daarbij dient de overheidsrechter zich echter te beperken tot de door partijen aangevoerde grondslagen (art. 24 Rv).

Een andere aanpak is ook denkbaar.^[22] Zo beginnen procedures voor de Amerikaanse overheidsrechter veelal met een *discovery* fase waarin partijen alle stukken die relevant (kunnen) zijn voor de uitkomst van de procedure met elkaar dienen te delen.^[23] Dus ook de stukken die nadelig zijn voor hun eigen positie en waarvan de wederpartij geen weet heeft (zie ook par. 5.1). Als later blijkt dat toch stukken zijn achtergehouden, kan dat vergaande gevolgen hebben, bijvoorbeeld dat de rechter de jury opdraagt om aan te nemen dat uit het achtergehouden stuk iets zeer nadeligs blijkt. De gekozen aanpak kan dus nogal een verschil maken.

In de arbitrageovereenkomst kunnen partijen zelf kiezen of zij voor de Nederlandse of Amerikaanse aanpak kiezen, of daar iets tussenin. Laten zij dat na, dan beslissen de arbiters (art. 1039 Rv). Dit alles voor zover zij binnen de fundamentele beginselen van procesrecht blijven (zie par. 3.4).

Dit betekent ook dat de arbiters kunnen bepalen wie de bewijslast draagt ten aanzien van de ingenomen stellingen, dus bijvoorbeeld ook dat eiser bewijs moet leveren met betrekking tot een door gedaagde

ingeroepen opschortingsrecht, terwijl in een procedure voor de overheidsrechter de bewijslast bij gedaagde zou liggen. Ook kunnen de arbiters bepalen dat onbetwiste stellingen moeten worden bewezen, bijvoorbeeld op de grond dat deze niet met stukken zijn onderbouwd. Zie echter par. 3.1 in fine.

Een andere vraag is hoe in arbitrage moet worden omgegaan met regels van materieel recht met bewijsrechtelijke implicaties. Denk aan wettelijke bepalingen die bewijsvermoedens creëren,^[24] of die (impliciet) de bewijslast verdelen.^[25] In met name continentale rechtsstelsels worden deze regels als regels van materieel recht gezien – hetgeen betekent dat de arbiters deze moeten toepassen tenzij partijen anders zijn overeengekomen (art. 1054 Rv) – terwijl deze regels in *common law* landen veelal als regels van procesrecht worden gezien^[26] – hetgeen betekent dat de arbiters zelf bepalen of ze deze toepassen tenzij partijen anders zijn overeengekomen (art. 1039 Rv). Het is onduidelijk hoe arbiters hiermee moeten omgaan, maar de beslissingen die de arbiters dienaangaande nemen zijn slechts in beperkte mate toetsbaar door de overheidsrechter (zie par. 3.4).

De arbiters mogen hun beslissing slechts baseren op standpunten en gegevens die in het geding ter kennis van de arbiters zijn gebracht (art. 1036 Rv), zodat er gelegenheid is tot hoor en wederhoor. Van die regel kunnen noch partijen, noch de arbiters afwijken.^[27] Wel hebben de arbiters diverse instrumenten om in de procedure bekend te raken met de feiten (zie ook par. 4.2). Zo kunnen de arbiters ambtshalve een zitting bevelen waarin zij partijen om inlichting kunnen vragen (art. 1043 Rv). Partijen kunnen die bevoegdheid niet uitsluiten.^[28] Tevens oordeelde de Hoge Raad dat de plicht, om alle voor de beslissing relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, van toepassing is op alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures,^[29] hetgeen zich ook lijkt uit te strekken tot de in Boek 4 Rv geregelde arbitrageprocedure. De Hoge Raad liet zich niet uit over de vraag of daarvan in een bewijs- of arbitrageovereenkomst kan worden afgeweken. Partijen kunnen legitieme redenen hebben om niet *volledig* te willen zijn over de feiten, bijvoorbeeld vanuit kostenoverwegingen.

Arbitragereglementen zwijgen veelal op de hierboven genoemde punten.^[30] Een van de weinige uitzonderingen is art. 27 lid 1 AR-UNCITRAL, dat de bewijslast ten aanzien van feiten legt bij de partij die zijn vordering of verweer op deze feiten beroept. En uit art. 9 lid 5 en 6 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration volgt dat de arbiters uit de weigering van een partij om een bepaalde informatie in het geding te brengen mogen afleiden dat deze informatie haaks staat op de stellingen die deze partij inneemt.

4.2 Bewijslevering, toelaatbaarheid en waardering

In een procedure voor de overheidsrechter kan bewijs op diverse manieren worden geleverd, bijvoorbeeld door het overleggen van stukken, het horen van getuigen, een deskundigenbericht, plaatsopneming en het afspelen van audio- of videofragmenten tijdens een zitting. Het is aan de overheidsrechter om dit bewijs te waarderen (art. 152 lid 2 Rv), zij het dat de wet regels stelt aan de bewijskracht van (bijvoorbeeld) authentieke akten^[31] en partijgetuigen.^[32]

Bewijsverrichtingen kunnen ook ambtshalve worden bevolen. In een bodemprocedure bestaat echter slechts een beperkt recht op bewijslevering. In ieder geval bij de dagvaarding en de conclusie van antwoord mogen bescheiden worden overgelegd^[33] en een (voldoende specifiek) getuigenbewijsaanbod moet worden aanvaard als dat ziet op feiten die tot een beslissing in de zaak kunnen leiden (art. 166 Rv). Ook hebben partijen recht op een contra-enquête (art. 168 Rv).

Daarbij gelden enige uitzonderingen. Bewijs dat in een dergelijk laat stadium wordt ingediend dat de procesorde wordt geschaad, mag worden geweigerd. Onrechtmatig verkregen bewijs wordt in

beginsel toegelaten, maar kan worden uitgesloten als sprake is van bijkomende omstandigheden.^[34] Voorts kunnen partijen bepaald bewijs hebben uitgesloten in een bewijsovereenkomst, tenzij dit betrekking heeft op feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv).

In een arbitrageprocedure is bewijslevering op min of meer dezelfde manieren mogelijk als in een procedure voor de overheidsrechter.^[35] Partijen kunnen echter bepaalde bewijsverrichtingen, zoals het horen van getuigen, uitsluiten. Niet hoeft te worden gevreesd dat hiermee de regel wordt omzeild dat bewijsovereenkomsten niet mogen zien op feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan, nu dergelijke kwesties niet arbitabel zijn (art. 1020 lid 3 Rv).

De arbiters gaan over de toelaatbaarheid van het bewijs (art. 1039 Rv)^[36] en kunnen bewijsverrichtingen bevelen,^[37] alles behoudens voor zover partijen anders zijn overeengekomen. De tekst van de wet biedt partijen geen recht op bewijslevering, anders dan het overleggen van bescheiden bij het indienen van memories (art. 1040 lid 1 Rv). Er bestaat voorts geen algemeen fundamenteel recht op bewijslevering.^[38] Het passeren van een serieus en relevant aanbod tot getuigenbewijs kan echter in strijd zijn met de fundamentele beginselen van procesrecht.^[39] Indien dat het geval is, kan het passeren van het bewijsaanbod leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis door de overheidsrechter (zie par. 3.4). Wanneer dat het geval is, blijkt niet uit de rechtspraak, maar duidelijk is wel dat de arbiters ruime mogelijkheden hebben om een getuigenbewijsaanbod te passeren.^[40] Een recht op (getuigen)bewijslevering kan wel worden overeengekomen. Het niet toestaan van een contra-enquête, is strijdig met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor en kan dus leiden tot vernietiging.^[41]

De arbiters gaan over de waardering van het bewijs, behoudens voor zover partijen anders zijn overeengekomen (art. 1039 Rv). Voor de overheidsrechter bestaat zo goed als geen ruimte om het oordeel van de arbiters omtrent de bewijswaardering te toetsen.^[42]

De in deze bijdrage besproken arbitragereglementen volgen min of meer de wet op de hierboven besproken punten, maar bevatten soms meer uitgewerkte regelingen. Zo bevat art. 9 lid 2 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration een opsomming van de gronden voor het weigeren van bewijs, bijvoorbeeld omdat het onder het verschoningsrecht valt. Art. 17 lid 3 AR-UNCITRAL verstrekt een recht op het naar voren brengen van bewijs, waaronder het horen van getuigen(deskundigen),^[43] mits een verzoek daartoe tijdig wordt gedaan. Ook mag getuigenbewijs worden geleverd in de vorm van het overleggen van een getekende schriftelijke verklaring.^[44] Daarnaast schrijft art. 2 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration voor dat de arbiters partijen consulteert over de bewijslevering in de procedure.

5. Enige specifieke kwesties

5.1 Exhibitie van documenten

Discussies over de feiten worden door de Nederlandse overheidsrechter dikwijls afgedaan op basis van louter bescheiden, zoals documenten en correspondentie. Vaak beschikken partijen niet over dezelfde bescheiden, zodat de mogelijkheden om bescheiden van de wederpartij te verkrijgen, een wezenlijke invloed hebben op de uitkomst van de procedure.

In de Verenigde Staten en Engeland begint een procedure, zoals gezegd, veelal met het in het geding brengen van alle stukken die relevant zijn voor de uitkomst van de procedure en wordt van

^[45]

partijen ook verwacht dat zij stukken overleggen die nadelig voor hen zijn.^[45] Aldus kan de wederpartij op te hoogte raken van feiten die hij nog niet kende en die zijn slagingskansen aanzienlijk kunnen doen toenemen. In een procedure voor de Nederlandse overheidsrechter geldt strikt genomen tevens dat partijen alle voor de beslissing relevante feiten dienen aan te voeren en dat zij de stukken waarop zij zich beroepen, dienen te overleggen (art. 21 Rv, respectievelijk art. 85 lid 1 Rv), alsmede dat het achterwege laten daarvan kan leiden tot sancties.^[46] In de praktijk brengt dat partijen er echter veelal niet toe om bescheiden te overleggen die in hun nadeel zijn. Om die bescheiden te bemachtigen zijn partijen veelal aangewezen op een vordering uit hoofde van art. 843a Rv. Kort gezegd, geeft die bepaling recht op een afschrift van een bescheiden, indien daarbij een rechtmatig belang bestaat, de bescheiden betrekking hebben op een rechtsverhouding waarbij eiser partij is en de verlangde bescheiden voldoende bepaald zijn. Die vereisten dienen onder meer om zogeheten *fishing expeditions* te voorkomen,^[47] dat wil zeggen het vorderen van bescheiden om uit te vinden of men een zaak heeft en niet om een bestaande vordering of een bestaand verweer te staven met bewijsstukken.^[48] Art. 1040 lid 3 Rv biedt partijen de mogelijkheid om hieromtrent een eigen regeling te ontwerpen, of een verplichting daartoe uit te sluiten (vgl. voorts art. 1042 lid 2 Rv). De IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration bevatten een uitvoerige regeling op dit punt. Het zij herhaald, dat deze regeling het midden houdt de Angelsaksische traditie en de meer terughoudende continentale traditie. Indien partijen hieromtrent niets zijn overeengekomen, staat dit ter discretie van de arbiters.^[49] De wetgever maant de arbiters daarbij wel om te waken voor *fishing expeditions*,^[50] maar of het gevolgen heeft als de arbiters dat toch toestaan, is onduidelijk.

5.2 Getuigen

Het recht om getuigen te horen in een procedure voor de overheidsrechter wordt gesterkt door een plicht om te getuigen. De getuige dient tevens de eed of belofte af te leggen dat hij de gehele waarheid en niets dan de waarheid zal melden ('onder ede'). Het niet nakomen van die plichten kan resulteren in een bevel tot gijzeling door de overheidsrechter en een plicht tot schadevergoeding (art. 173 Rv en art. 178 Rv). Daartegenover staat dat de getuige recht heeft op een schadeloosstelling met betrekking tot inkomstenderving en reis- en verblijfkosten (art. 182 Rv).

In arbitrage kunnen getuigen eveneens onder ede worden gehoord (art. 1041 lid 4 Rv). Het opzettelijk afleggen van een valse verklaring onder ede in arbitrage is een misdrijf (art. 207 Sr). In het geval van een weigerachtige getuige dienen de arbiters zich echter tot de overheidsrechter te wenden om de plicht getuigen af te dwingen (art. 1041a lid 1 Rv). Het verhoor vindt dan plaats voor de overheidsrechter, maar de arbiters mogen de getuigen eveneens vragen stellen (art. 1041a lid 2 Rv).

6. Afronding

Het Nederlandse arbitragerecht biedt partijen veel ruimte om zelf te bepalen hoe met bewijs zal worden omgegaan aan de (eventueel) tussen hen te voeren procedure. Laten zij dat na, dan zijn partijen veelal aan de arbiters overgeleverd wat betreft bewijslevering. Deze hebben daarbij een ruime discretionaire bevoegdheid, die met name wordt begrensd door het fundamentele beginsel van procesrecht. In de praktijk kan dat verschillend uitpakken en ook op manieren die partijen niet hadden voorzien. Zo kunnen partijen worden gedwongen om meer bewijsstukken te delen dan hen lief is, of juist niet in staat worden gesteld om getuigen te horen en kan de bewijslast door de arbiters worden verdeeld dan de overheidsrechter dat zou moeten doen. Dat alles kan een grote invloed hebben op de uitkomst van de

procedure. Partijen die willen weten waar zij aan toe zijn, wordt aangeraden om dit onderling te regelen. De kans dat dergelijke afspraken kunnen worden gemaakt is groter bij het sluiten van de overeenkomst dan als het geschil eenmaal is ontstaan. Evenwel zullen gedetailleerde voorstellen op dit punt veelal weinig vertrouwen wekken, terwijl dat vertrouwen wel nodig is om de relatie te kunnen aangaan. Dat zou kunnen worden ondervangen met een verwijzing naar de IBA Rules on Taking Evidence, althans voor wie zich senang bij deze regels voelt.

Voetnoten

[1]

Floor Eikelboom is advocaat bij bureau Brandeis.

[2]

Reeds de Romeinen introduceerden het adagium 'Geef mij de feiten, dan geef ik u het recht'. In de vorige eeuw merkte Scholten op 'in de feiten ligt het recht.'

[3]

In deze bijdrage betekent de term 'overheidsrechter' enkel de Nederlandse civiele rechter, tenzij expliciet het tegendeel blijkt.

[4]

Ik heb hier niet specifiek KEI voor ogen, maar meer de wetwijzigingen van 1988 en 2002. Zie over deze ontwikkeling Asser *Procesrecht/Asser 3 Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 9.

[5]

Zie daarover Asser, t.a.p. nr. 65.

[6]

Vgl. art. 1027 lid 1 Rv.

[7]

Reed, *(Ab)Use of Process: Sword or shield?*, Freshfield arbitration lecture. Zie hierover www.globalarbitrationreview.com, 1 november 2016, 'Reed condemns Trump approach to due process' en 17 november 2016, 'Second leading arbitrator highlights due process threat'.

[8]

In deze bijdrage wordt uitgegaan van de versie van het reglement ingaande op 1 januari 2015.

[9]

In deze bijdrage wordt uitgegaan van de versie van het reglement ingaande op 1 december 2012.

[10]

In deze bijdrage wordt uitgegaan van de versie van het reglement die stamt uit 2013.

[11]

Snijders, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 5 bij art. 1039 Rv.

[12]

Expliciet hierover is art. 26 Arbitragereglement NAI 2015.

[13]

Meijer, *Overeenkomst tot Arbitrage*, Deventer: Kluwer 2011, par. 4.2.2.

[14]

HR 18 maart 1981, *NJ* 1981/635 en HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron.

[15]

HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384, m.nt. H.J. Snijders.

[16]

Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 2002/6493, p. 430 e.v.

[17]

Vgl. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007/114.

[18]

Knigge, *De procesovereenkomst, over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Deventer: Kluwer 2012, par. 6.2.4.

[19]

HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384.

[20]

HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294.

[21]

Vgl. tevens art. 24 Rv.

[22]

Ook een inquisitoire procedure, waarin de rechter het voorwerp van de procedure mede bepaalt en zich actief inlaat met waarheidsvinding en bewijsvoering, is denkbaar in een civiele procedure. Zo bepaalt art. 110 lid 2 van het Curaçaose Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat, indien de eiser niet kan schrijven, hij zijn vordering mondeling mag voordragen aan de rechter in eerste aanleg, die haar in geschrifte brengt of doet brengen. Ook de enquêteprocedure bij de ondernemingskamer heeft inquisitoire aspecten. Zie HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/293, m.nt. Maeijer. Minder voorstelbaar is dat (beide) partijen bij een arbitraal beding behoefte hebben aan een inquisitoire arbitrageprocedure.

[23]

Zie Asser, t.a.p., nr. 65.

[24]

Zie bijvoorbeeld art. 2:248 lid 2 BW.

[25]

Zie bijvoorbeeld hetgeen in art. 6:74 BW respectievelijk art. 6:162 BW is bepaald over de toerekenbaarheid en de implicaties daarvan voor de bewijslastverdeling.

[26]

Zie Vonken, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, aant. 1 bij art. 10:13 BW.

[27]

Zie [Kamerstukken 2012/13, 33611, 3](#), onderdeel S.

[28]

Zie [Kamerstukken 2012/13, 33611, 3](#), onderdeel V.

[29]

HR 25 maart 2011, *NJ* 2012/627, m.nt. Snijders.

[30]

Zij het dat arbitragereglementen veelal bepalen dat eisers (de feitelijke grondslag van) hun eis dienen toe te lichten. Zie art. 20 lid 2 sub b AR-UNCITRAL en art. 8 lid 1 AR-RAB. Vgl. art. 1043a Rv dat bepaalt dat het arbitrale geding beëindigt, indien eiser in gebreke blijft zijn eis naar behoren toe te lichten.

[31]

Zie art. 157 Rv jo. art. 151 Rv.

[32]

Zie art. 179 lid 4 Rv.

[33]

Vgl. art. 85 Rv.

[34]

Zie bijvoorbeeld HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20, m.nt. Mendel en Krans.

[35]

Zie art. 1040 Rv (exhibitie), art. 1041 Rv (getuigenbewijs), art. 1042 Rv (deskundigenbericht) en art. 1042a Rv (plaatsopneming).

[36]

Zie ook art. 27 lid 4 AR-UNCITRAL en art. 9 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

[37]

Zie art. 1040 Rv (exhibitie), art. 1041 Rv (getuigenbewijs), art. 1042 Rv (deskundigenbericht) en art. 1042a Rv (plaatsopneming).

[38]

Asser, t.a.p., nr. 68 en 69.

[39]

HR 24 april 2009, *NJ* 2010/171, m.nt. H.J. Snijders. Zie verder Asser, t.a.p., nr. 68 en 69.

[40]

Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 3 december 2008, Rechtbank Rotterdam 25 maart 2009, beide kenbaar uit de bundel *De Rechter en Arbitrage 1996-2009*, Deventer: Kluwer 2009 nr. 257, respectievelijk 287 en Rechtbank 's-Gravenhage 10 februari 2010, *TvA* 2010/60.

[41]

HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294.

[42]

HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190, m.nt. Snijders (*Nannini*).

[43]

Art. 17 lid 3 AR-UNCITRAL.

[44]

Art. 27 lid 2 AR-UNCITRAL.

[45]

Zie Asser, t.a.p., nr. 65.

[46]

Zie art. 22 Rv, respectievelijk art. 85 lid 4 Rv.

[47]

Zie bijvoorbeeld HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455, m.nt. Krans.

[48]

Asser, t.a.p., nr. 105.

[49]

Zie [Kamerstukken 33611, 3](#), onderdeel X. Art. 27 lid 2 Arbitragereglement NAI 2015 en art. 27 lid 3 UNCITRAL bevatten een vergelijkbare regeling.

[50]

[Kamerstukken 33611, 3](#), onderdeel X.