

Niet alle wegen leiden naar Rome

Arbitrage, toepasselijk recht ten gronde en Rome I Verordening

Prof. dr. F.J.M. De Ly, datum 20-04-2021

Datum

20-04-2021

Auteur

Prof. dr. F.J.M. De Ly^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS266337:1

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht (V)

A controversy has recently arisen in relation to the question whether the EU Rome I Regulation and its predecessor, the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, apply directly before arbitral tribunals seated in EU Member States, effectively preempting national arbitration rules containing provisions on the law applicable to the merits of disputes. This contribution discusses the relationship between these European instruments and national arbitration law, and concludes that the Rome I Regulation does not apply directly to contractual merits issues pending before arbitral tribunals having their place of arbitration in EU Member States and, thus, does not raise preemption issues and does not affect the full application of national arbitration law such as Article 1054 (2) of the Dutch Code of Civil Procedure.

1. Inleiding

Bij internationale handelsarbitrages duiken geregeld vragen van toepasselijk recht op, onder meer ten aanzien van het recht dat op het bodemgeschil moet worden toegepast. Omdat de meeste geschillen van contractuele aard zijn, betreft het dan de vraag naar het toepasselijke recht op de achter het geschil liggende overeenkomst.^[2] Arbitragespecialisten denken dan onmiddellijk aan artikel 1054 lid 2 Rv, dat bepaalt dat een scheidsgerecht beslist naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts of, indien zo'n aanwijzing ontbreekt, volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen. Niet-ingewijden, inclusief traditionele specialisten op het terrein van het internationaal privaatrecht, denken echter vaak onmiddellijk aan de in Boek 10 BW gecodificeerde conflictregels en daarbij vooral aan de artikelen 10:153-156 BW die ten aanzien van het op overeenkomsten toepasselijke recht duidelijk doorverwijzen naar de Rome I Verordening (Rome I).^[3]

In deze bijdrage staat de vraag centraal naar de verhouding tussen het voornoemde artikel 1054 lid 2 Rv en Rome I en meer bepaald of er tussen beide samenloop is en, zo ja, of Rome I – gelet op de voorrang van Unierecht – niet boven artikel 1054 lid 2 Rv prevaleert. Deze bijdrage zal concluderen dat er in de gedingvoering voor het scheidsgerecht geen samenloop tussen beide bestaat en derhalve evenmin voorrang van Rome I.

2. Rome I

Alhoewel Rome I pas in 2008 werd aangenomen en dus van latere datum is dan artikel 1054 lid 2 Rv dat reeds werd ingevoerd door de oude arbitragewet van 2 juli 1986,^[4] kan bij de beschrijving van een mogelijke samenloop tussen beide toch beter begonnen worden met Rome I, omdat deze de opvolger is van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst ("EVO") dat op 1 april 1991 in werking trad.^[5] Het EVO beoogde eenvormige conflictregels voor contracten te bieden zodat tussen lidstaten *forum shopping* zou worden tegengegaan. Het EVO was liberaal door rechtskeuze te begunstigen en beschermend ten aanzien van arbeids-, consumenten- en verzekeringsovereenkomsten, bood ruimte voor toepassing van buitenlandse voorrangsregels en bevatte een vrij open conflictregel voor overeenkomsten waar partijen geen rechtskeuze hadden gedaan. Ten aanzien van arbitrage bepaalde artikel 1 lid 1 sub d) dat de bepalingen van het EVO niet van toepassing zijn op overeenkomsten tot arbitrage. Het toelichtende rapport van de Italiaanse hoogleraar Mario Giuliano en de Franse hoogleraar Paul Lagarde bespreekt deze uitsluiting enkel met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage en merkt daarover afsluitend als volgt op:

“De uitsluiting van arbitrageclausules geldt niet alleen voor de procesrechtelijke aspecten, maar ook voor de totstandkoming, de geldigheid en de rechtsgevolgen daarvan. ...”^[6]

Het rapport zwijgt echter in alle talen over de vraag of scheidsgerichten het EVO moeten toepassen nu alleen de overeenkomst tot arbitrage van het toepassingsgebied van het EVO is uitgezonderd; evenmin wordt uitspraak gedaan over de vraag of het EVO alleen de overheidsrechter viseert en aldus impliciet door scheidsgerichten toe te passen conflict- of andere regels niet regelt. Door de doctrine is dit punt onder het EVO evenmin opgemerkt; evenmin is er ter zake jurisprudentie van het Hof van Justitie.^[7]

Ingevolge de federalisering van het internationaal privaatrecht door het Verdrag van Amsterdam, werd het EVO omgezet in Rome I zonder dat de uitsluiting van overeenkomsten tot arbitrage van de werkingssfeer van Rome I werd gewijzigd. Artikel 1 lid 2 sub e) bepaalt nog steeds dat Rome I niet van toepassing is op overeenkomsten tot arbitrage. Evenmin biedt Rome I aanknopingspunten met betrekking tot de vraag of zij überhaupt toepasselijk is op vragen van toepasselijk recht inzake verbintenissen uit overeenkomst die voor scheidsgerichten rijzen. Het belangrijkste verschil met het EVO vormt overweging 13 van de preambule waarin wordt gesteld dat Rome I niet belet dat partijen in hun overeenkomst een niet-statelijk recht of een internationaal verdrag kunnen opnemen door daarnaar te verwijzen.^[8] Deze overweging vormde een compromis tussen een liberale opvatting die rechtskeuze voor niet-statelijk recht zoals *lex mercatoria* of religieus recht mogelijk wilde maken en tegenstanders die alleen rechtskeuze voor overheidsrecht wilden toelaten.^[9] De voornoemde overweging is wel relevant ten aanzien van de reikwijdte van Rome I in arbitrage. Vraag is immers of Rome I hiermee de in de volgende afdeling besproken liberalisering van geschillenbeslechtsmaatstaven in arbitrage heeft willen uitbreiden tot de overheidsrechter dan wel beoogde haar toepassing in arbitrage anders te regelen door ruimte te bieden voor niet-statelijk recht.

De wordingsgeschiedenis van Rome I bevat in dit verband geen verdere aanknopingspunten omtrent de vraag of zij in arbitrage toepasselijk is dan wel wijkt voor nationaal arbitragerecht, zoals artikel 1054 lid 2 Rv. Jurisprudentie van het Hof van Justitie ontbreekt eveneens niettegenstaande het Hof onder Rome I prejudiciële bevoegdheid heeft. De doctrine heeft aanvankelijk evenmin aandacht aan deze vraag besteed in het kader van de verwijzing naar niet-statelijk recht in de preambule van Rome I. Recent heeft de doctrine echter deze vraag ontdekt en geanalyseerd.^[10]

Evenmin mag onvermeld blijven dat de verhouding tussen Rome I en nationaal arbitragerecht niet alleen voor Nederland relevant is, maar ook voor alle andere 25 lidstaten die aan Rome I zijn gebonden. Bovendien moet hierbij gewezen worden op de positie van Denemarken en het Verenigd Koninkrijk. Omwille van de Deense opt-out neemt Denemarken geen deel aan de harmonisatie van het EU-conflictenrecht. Dit betekent dat Denemarken nog aan het EVO gebonden blijft, zodat ook voor Denemarken de voornoemde vraag relevant is. Met de Brexit per 1 januari 2021 geldt Rome I vanaf die datum – behalve in overgangssituaties – niet langer voor het Verenigd Koninkrijk, dat tevens ook heeft aangegeven niet langer gebonden te zijn aan het EVO als verdrag tussen lidstaten. Daarmee heeft de centrale vraagstelling van deze bijdrage echter zijn belang voor het Verenigd Koninkrijk niet verloren, omdat Rome I als nationaal Brits recht per 1 januari 2021 blijft voortbestaan ingevolge *The Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations (Amendment ect.) (EU Exit) Regulations 2019*,^[11] zij het dat het Hof van Justitie niet langer prejudiciële bevoegdheid heeft over vragen die voor rechters in het Verenigd Koninkrijk rijzen met betrekking tot onder meer de verhouding tussen Section 46 van de Engelse Arbitration Act 1996^[12] en de aan Rome I ontleende conflictregels inzake verbintenissen uit overeenkomst.

Uit wat voorafgaat, blijkt dat vanuit het perspectief van EVO en Rome I onduidelijk is of zij arbitraal conflictenrecht viseren dan wel ongemoeid laten ten aanzien van arbitrages met een plaats van arbitrage in lid- of verdragsstaten of in het Verenigd Koninkrijk en of zij al dan niet enkel toepasselijk zijn in procedures voor de overheidsrechter in deze landen. Tot slot van deze afdeling moet stil gestaan worden bij de vraag wat een mogelijke toepassing van deze Romeinse conflictregels in arbitrages zou betekenen. In het algemeen zouden dan de artikelen 1-28 Rome I toegepast moeten worden die een meer gedetailleerde regeling bevatten omtrent het contractueel statuut dan de korte bepaling van artikel 1054 lid 2 Rv. Schending van deze conflictregels van Rome I door het scheidsgerecht leiden echter in de regel^[13] niet tot vernietiging van het arbitraal vonnis of tot weigering van erkenning of tenuitvoerlegging, omdat deze beide procedures geen toetsing ten gronde toelaten waaronder begrepen toetsing van de toegepaste conflictregels. Meer specifiek zou toepassing van Rome I in internationale handelsarbitrages met zich brengen dat de conflictregels inzake rechtskeuze (artikel 3 Rome I) en inzake het toepasselijk recht bij afwezigheid van rechtskeuze (vooral de artikelen 4, 5 en 7 Rome I), de bepalingen inzake voorrangregels (artikel 9 Rome I) en deze inzake de omvang van de verwijzingscategorie (artikelen 10-18 Rome I) waaronder deze inzake cessie, subrogatie, hoofdelijkheid, verrekening en materieel bewijsrecht, toepasselijk worden. Voorrang van artikel 1054 lid 2 Rv op Rome I zou scheidsgerichten ten aanzien van deze onderwerpen daarentegen veel meer vrijheid geven.

3. Artikel 1054 lid 2 Rv

Met de Arbitragewet 1986 zocht Nederland inzake het toepasselijke recht op het bodemgeschil aansluiting bij ontwikkelingen die zich vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw afspeelden.^[14] Artikel VII lid 1 van het Europese Handelsarbitrageverdrag van 21 april 1961^[15] bepaalde reeds impliciet dat arbiters niet gehouden waren aan de

conflictrechtsregels van de plaats van arbitrage, wat voor die tijd de heersende leer was. In plaats daarvan honoreerde de voornoemde bepaling rechtskeuze door partijen. Bij afwezigheid van rechtskeuze, kan het scheidsrecht het toepasselijke recht bepalen bij toepassing van de conflictrechtsregel die het in aanmerking acht te komen. Het systeem van het Europees Handelsarbitrageverdrag werd onder meer overgenomen in artikel 13 van het ICC Arbitragereglement 1975 en in artikel 33, lid 1 van de UNCITRAL Arbitrageregels 1976. Dit systeem koppelt het toepasselijke recht dus los van het conflictenrecht van de plaats van arbitrage maar verplicht nog steeds bij afwezigheid van rechtskeuze enige conflictrechtsregel te kiezen en toe te passen. Om die reden wordt dit systeem wel aangeduid als de indirecte benadering; materieel recht kan niet rechtstreeks worden toegepast maar moet eerst via een conflictrechtsregel worden thuisgebracht.

Deze ontwikkeling zette zich verder door met artikel 28 (1) en (2) van de UNCITRAL Modelwet Internationale Handelsarbitrage van 21 juni 1985^[16] dat evenmin verplicht tot toepassing van de conflictrechtsregels van de plaats van arbitrage en het scheidsrecht toestaat zelf de meest passende conflictrechtsregel te kiezen om het toepasselijke recht te bepalen. Ten aanzien van rechtskeuze, gaat de Modelwet echter verder dan het Europese Handelsarbitrageverdrag, aangezien partijen hier niet noodzakelijk nationaal recht moeten kiezen. Maar zo'n keuze ook kan zien op andere rechtsregels, zoals niet-statelijk recht. Bij afwezigheid van rechtskeuze dient echter nog steeds nationaal recht toegepast te worden.^[17]

Binnen deze ontwikkeling ging Frankrijk nog verder. Bij Decreet 81-500 van 12 mei 1981 inzake internationale handelsarbitrage werd in artikel 1496 van de *Nouveau Code de Procédure Civile*^[18] bepaald dat het scheidsrecht beslist overeenkomstig de rechtsregels die partijen hebben gekozen; bij afwezigheid van zo'n keuze overeenkomstig de rechtsregels die het in aanmerking acht te komen. Deze benadering wordt veelal aangeduid als de directe methode; zij maakt het conflictenrecht overbodig en het scheidsrecht mag, bij afwezigheid van door partijen gekozen rechtsregels, zelf onmiddellijk de materiële rechtsregels kiezen. Dit kan, maar hoeft geen nationaal recht te zijn.

Naar aanleiding van de hercodificatie van het Nederlandse arbitragerecht door de voornoemde Arbitragewet 1986 is het Franse systeem gevolgd en heeft het zijn weg gevonden naar artikel 1054 lid 2 Rv dat krachtens artikel 1073 lid 1 Rv toepasselijk is indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen. Bij het moderniseringstraject leidend tot de Arbitragewet 2015 is heel kort stilgestaan bij de vraag of artikel 1054 Rv gewijzigd moest worden, maar daar is van afgezien omdat deze bepaling geen aanleiding gaf tot problemen en nog steeds in lijn was met internationale ontwikkelingen ter begunstiging van internationale handelsarbitrage.

Het Franse systeem wordt niet alleen door Nederland gevolgd, maar stond ook model voor vele arbitragereglementen; men zie onder meer artikel 46 NAI Arbitragereglement 1986, nu artikel 42 lid 2 NAI Arbitragereglement 2015, artikel 17 lid 1 ICC Arbitragereglement, nu artikel 21 lid 1 ICC Arbitragereglement 2021 en artikel 22.3 LCIA Arbitragereglement 1998, nu artikel 22.3 LCIA Arbitragereglement 2020.

Uit wat voorafgaat, blijkt dat tijdens de gehele periode van de onderhandelingen over het EVO, zijn ondertekening op 19 juni 1980, zijn inwerkingtreding op 1 april 1991, de onderhandelingen over Rome I en zijn vaststelling op 17 juni 2008, ontwikkelingen plaatsvonden in arbitrageland waarbij het conflictenrecht van de plaats van arbitrage geëcarteerd werd ten gunste van een eigen, conflictenrechtelijke bepaling door het scheidsrecht bij de indirecte benadering of van een zelfstandige, materieelrechtelijke bepaling van de toepasselijke rechtsregels bij de directe benadering. Deze vaststelling roept dan opnieuw de centrale vraagstelling van deze bijdrage op naar de samenloop tussen EVO en Rome I enerzijds en artikel 1054 lid 2 Rv anderzijds en de voorrangsvraag ten aanzien van welke regels bij contractuele geschillen toegepast moeten worden. Het belang van deze vraagstelling vanuit het perspectief van het arbitragerecht kent verschillende perspectieven. Vooreerst zou voorrang van EVO en vooral van Rome I ertoe kunnen leiden dat de werkingssfeer van artikel 1054 lid 2 Rv sterk beperkt wordt nl. tot niet-contractuele rechtsverhoudingen, tot contractuele verbintenissen die materieel buiten het toepassingsgebied van Rome I vallen of tot voorvragen die bij een contractueel geschil opduiken.^[19] Vervolgens hoeft samenloop niet noodzakelijk tot voorrang van Rome I te leiden voor zover er geen conflict is tussen Rome I en artikel 1054 lid 2 Rv. Dat speelt dan eerst ten aanzien van rechtsregels die partijen hebben gekozen die eveneens de toets van artikel 3 Rome I kunnen doorstaan. Zijn dit echter niet-statelijke rechtsregels die artikel 1054 lid 2 Rv sanctioneert, dan ontstaat slechts geen conflict met Rome I indien overweging 13 van de preambule van Rome I zo uitgelegd wordt dat zij eveneens toestaat dat partijen niet-statelijk recht kiezen, ook indien dit betekent dat daarmee dwingend recht van het anderszins toepasselijke recht wordt vermeden. Uit overweging 13 van de preambule is echter niet af te leiden of Rome I voor een echte rechtskeuze of slechts voor de mogelijkheid van incorporatie van niet-statelijk recht binnen de contouren van het normaal toepasselijke recht en dus met inbegrip van zijn dwingend recht heeft gekozen. Vervolgens kan, bij afwezigheid van rechtskeuze, een conflict tussen artikel 1054 lid 1 Rv en Rome I worden vermeden indien het scheidsrecht – in het kader van zijn bevoegdheid rechtstreeks de toepasselijke rechtsregels toe te passen – tot dezelfde slotsom komt als indien de conflictrechtsregels van Rome I waren toegepast. Deze hypothese moet worden onderscheiden van de situatie dat het scheidsrecht wel rekening houdt met Rome I maar zich daaraan niet gebonden acht en andere materiële regels toepast.

Met de voorafgaande afdelingen van deze bijdrage werd gepoogd het spanningsveld tussen Rome I en artikel 1054 lid 2 Rv te schetsen en het belang van de oplossing van dit spanningsveld te benadrukken. De oplossing zal in de volgende afdeling

besproken, geanalyseerd en voorgesteld worden.

4. Samenloop tussen EVO en artikel 14.054 lid 2 Rv

Uit wat voorafgaat, blijkt dus dat de kernvraag is of het EVO en Rome I überhaupt toepasselijk zijn voor scheidsgerichten en, zo ja, ook voorrang hebben op nationaal arbitragerecht. Deze afdeling bespreekt de eerste vraag toegespitst op het EVO nl. of het EVO toepasselijk is voor scheidsgerichten en aldus een samenloopssituatie creëert. Alhoewel het EVO – met uitzondering van Denemarken – nauwelijks nog toepasselijk is, is de vraagstelling in deze afdeling niet louter van rechtshistorisch belang maar ook positiefrechtelijk relevant gelet op de overgang van EVO naar Rome I.

Zoals reeds kort aangestipt, biedt de tekst van het EVO hierover geen uitsluitel. De uitsluiting van de overeenkomst tot arbitrage van zijn toepassingsgebied kan beperkend uitgelegd worden in die zin dat andere aan arbitrage gerelateerde onderwerpen van contractuele aard wel onder het EVO vallen. De uitsluiting kan ook ruim uitgelegd worden zodat niet alleen de overeenkomst tot arbitrage maar ook vragen omtrent het toepasselijke recht inzake verbintenissen uit overeenkomst die voor scheidsgerichten rijzen onder de uitsluiting vallen. De enge uitleg lijkt mij te exegetisch om op zich bepalend te zijn zonder nadere overwegingen bij de uitleg te betrekken. Ook de ruime uitleg spreekt mij niet aan, omdat op grond van drie woorden “overeenkomsten tot arbitrage” evenmin uitspraak kan worden gedaan omtrent de toepassing van het EVO voor arbiters.

Ook het reeds genoemde rapport Giuliano en Lagarde biedt geen houvast ten aanzien van de samenloopproblematiek aangezien het enkel de overeenkomst tot arbitrage behandelt en niet het voor scheidsgerichten toepasselijke materiële recht. Enige steun voor de ruime uitsluiting van problemen van toepasselijk recht voor arbiters kan gevonden worden in het feit dat het rapport wel artikel VIII van het Europese Handelsarbitrageverdrag vermeldt ter ondersteuning van de liberale bepalingen van het EVO inzake rechtskeuze^[20] maar daar niet de consequentie aan verbindt hetzij dat deze bepaling moet wijken voor het EVO hetzij dat het EVO niet toepasselijk is voor arbiters.

De jurisprudentie onder het EVO van het Hof van Justitie brengt ons evenmin verder. Het Protocol trad pas in werking op 1 januari 2004 en een zevental arresten werden gewezen inzake de uitleg van het EVO. Geen van die arresten betreft de in deze bijdrage besproken arbitrageproblematiek.

De doctrine onder het EVO voert het debat evenmin verder. De literatuur op het terrein van het conflictenrecht gaat er vanuit dat een nationale rechter in een EVO-verdragsstaat internationaal bevoegd is om van een contractueel geschil kennis te nemen en bespreekt het EVO enkel vanuit dit perspectief. De arbitrageliteratuur of arbitrale uitspraken behandelen het EVO niet rechtstreeks, omdat dit niet bindend in arbitrage toepasselijk is maar slechts indirect als *persuasive authority* in het kader van de grote vrijheid die arbiters zoals hiervoor besproken sinds het Europese Handelsarbitrageverdrag 1961 bezitten om de toepasselijke rechtsregels te bepalen.^[21] In algemene zin heeft zich vanuit het arbitrageperspectief een dichotomie ontwikkeld tussen het conflictenrecht dat de overheidsrechter moet toepassen en de daarvan afwijkende methodes inzake toepasselijk recht die voor arbiters gelden, soms aangeduid als autonoom internationaal privaatrecht.^[22] Vanuit dat perspectief zijn er dan gescheiden werelden zodat ten aanzien van het toepasselijke recht ten gronde in arbitrage anders wordt omgesprongen met problemen die het contractueel statuut betreffen dan in procedures voor de overheidsrechter. Voor toepassing van het EVO is dan evenmin ruimte, behalve dat aan het EVO enige reflexwerking niet ontzegd kan worden.

Voor die laatste conclusie is er ook een institutioneel argument. Het EVO vond – anders dan het EEX Verdrag 1968^[23] – geen steun in artikel 220 van het EEG Verdrag van Rome van 25 maart 1957 en kwam dan ook tot stand als vorm van intergouvernementele samenwerking. Het EVO behoorde aldus evenmin tot het *acquis communautaire* en toetredende lidstaten sloten daarom de reeds genoemde toetredingsverdragen. Om diezelfde reden was er geen automatische prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Justitie en werden twee Protocolen gesloten om dit mogelijk te maken. Het EVO is daarom niet wezenlijk anders dan andere conflictenrechtelijke verdragen die verdragsstaten binden en dus ook hun overheidsrechters, maar – gelet op de vernoemde arbitrale ontwikkelingen – niet toepasselijk zijn voor scheidsgerichten in verdragsstaten. In dat opzicht is er dus evenmin sprake van een mogelijke volkenrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat voor handelingen of nalaten door scheidsgerichten.^[24]

Twijfels omtrent de verhouding tussen het EVO en meer liberaal arbitragerecht ontstonden vooral in Duitsland naar aanleiding van de herziening van het Duitse arbitragerecht die leidde tot de Arbitragewet 1997. De Commissie die de herziening voorbereidde, volgde in belangrijke mate artikel 28 van de UNCITRAL Modelwet 1985 en stelde voor in een nieuwe paragraaf 1051 (2) van de *Zivilprozessordnung* (“ZPO”) op te nemen dat het scheidsgerecht, bij afwezigheid van rechtskeuze, het nationaal recht moest toepassen waarmee het geschil het nauwst verbonden was. Daarmee wou de Commissie artikel 28 van de Modelwet verduidelijken en de vrijheid van scheidsgerichten beperken en liet zich daarbij inspireren door artikel 4 lid 1 EVO dat in het Duitse recht geïncorporeerd was in paragraaf 28 Invoeringswet BW (“EGBGB”).^[25] Tot dusver geen grote afwijkingen van de Modelwet ware het niet dat de memorie van toelichting bij het

wetsvoorstel afstand nam van het advies van de voornoemde Commissie en tot uitdrukking bracht dat het EVO via de verwijzing naar de nauwste band in de nieuwe arbitragewet toepasselijk moest worden.^[26] Paragraaf 1051 (2) ZPO zoals door de Commissie voorgesteld wijzigde echter niet en vond aldus zijn weg naar de ZPO. De doorverwijzing van het Duitse arbitragerecht naar het EVO werd in eigen land uiteenlopend ontvangen^[27] maar zette de in deze bijdrage geschetste problematiek wel op scherp.^[28] In andere EVO verdragsstaten werden deze Duitse ontwikkelingen echter niet of nauwelijks opgemerkt. Dat lijkt me ook terecht. Het staat de Duitse wetgever vrij bij de herziening van zijn arbitragerecht een standpunt in te nemen ten aanzien van de verhouding tussen het herziene arbitragerecht en de voor de Duitse Staat geldende internationale verplichtingen zoals deze onder het EVO en er in dit verband voor te kiezen scheidsgerichten met plaats van arbitrage in Duitsland aan nadere vereisten te onderwerpen met betrekking tot de vrijheid van scheidsgerichten ten aanzien van de rechtsregels die op het achterliggende geschil toegepast kunnen worden. Het is echter een andere vraag of uit het EVO zelf voortvloeit dat het samenloopt met nationaal arbitragerecht en bij conflict voorrang heeft.^[29] Zoals reeds eerder bleek, moet deze vraag ontkennend beantwoord worden. Het is echter zinvol om de voornoemde Duitse ontwikkelingen te schetsen, omdat zij voor het eerst de vraag naar de samenloop tussen EVO en nationaal arbitragerecht onder de aandacht hebben gebracht.

Uit dit alles volgt dat scheidsgerichten in EVO Verdragsstaten geen verplichting hebben het EVO toe te passen indien het arbitragerecht van de plaats van arbitrage hen toestaat de in aanmerking komende conflictregel (indirecte benadering) of materiële regel (directe benadering) toe te passen. Voor Nederland is er derhalve evenmin reden het EVO toe te passen gelet op de voorrang van artikel 1054 lid 2 Rv. Van een samenloop tussen EVO en artikel 1054 lid 2 Rv is dan ook geen sprake.

Naar geldend recht is nu de vraag of de overgang van het EVO naar Rome I de voorgaande analyse verandert.

5. Samenloop tussen Rome I en artikel 1054 lid 2 Rv

Ingevolge artikel 73 M van het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie^[30] werd het conflictenrecht gefederaliseerd nl. in die zin dat de Europese Unie bevoegdheid kreeg via verordeningen conflictregels vast te stellen en dat dergelijke conflictregels voorrang kregen op nationaal conflictenrecht en verdere nationale wetgeving op deze terreinen door de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid door de Unie geblokkeerd werd. Deze bevoegdheid vindt men nu terug in artikel 81 VWEU. Deze nieuwe bevoegdheid van de Unie leidde tot de aanneming van een aantal verordeningen waaronder verordeningen inzake toepasselijk recht inclusief de Rome I Verordening.

Met betrekking tot de vraagstelling in deze bijdrage veranderde Rome I weinig in vergelijking met het EVO. De uitsluiting van overeenkomsten tot arbitrage van de werkingssfeer van Rome I (artikel 1 lid 2 sub e) werd woordelijk overgenomen van het EVO zonder dat nadere preciseringen of aanwijzingen terug te vinden zijn met betrekking tot de vraag of deze uitsluiting eng of ruim uitgelegd moet worden of hoe deze zich verhoudt tot nationaal arbitragerecht dat bepalingen bevat in verband met het ten gronde toepasselijke recht voor scheidsgerichten. Het enige relevante inhoudelijke verschilpunt tussen Rome I en het EVO betreft overweging 13 van de preambule van Rome I dat stelt dat Rome I een verwijzing in een overeenkomst naar niet-statelijk recht of naar een internationaal verdrag onverlet laat. Middels een bepaling in de preambule werd aldus een compromis bereikt om te vermijden dat in artikel 3 Rome I een regel zou worden opgenomen met betrekking tot rechtskeuze voor niet-statelijk recht of voor toepasselijkverklaring van een internationaal verdrag (men denke aan het Weens Koopverdrag) die controversiële vragen zou oproepen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een dergelijke rechtskeuze en naar het karakter van zo'n rechtskeuze als primaire of secundaire rechtskeuze.

Vanuit het perspectief van deze bijdrage is de preambule van Rome I echter slechts één richting betreffende de verhouding tussen niet-statelijk en ander recht enerzijds en toepasselijk recht anderzijds nl. de vraag of en onder welke voorwaarden en met welke gevolgen de overheidsrechter in een Rome I lidstaat onder Rome I dergelijk recht kan toepassen. Die vraag is relevant niet alleen ten aanzien van toepassing van de *lex mercatoria* of van internationale verdragen waarvoor partijen hebben gekozen maar ook met betrekking tot religieus recht, de UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts^[31] of – relevant voor de Europese Unie – de Principles of European Contract Law.^[32] Deze vraag werd nauwelijks gesteld^[33] en het antwoord in de preambule van Rome I is onbevredigend, omdat geen relevante of wezenlijke antwoorden worden gegeven op de vraag hoe dergelijke normbestellen nu voor een overheidsrechter moeten worden behandeld. De voornoemde vraag is echter geen eenrichtingsverkeer; de andere richting is immers of Rome I rechtstreeks toepasselijk is voor scheidsgerichten en hoe zij zich verhoudt tot nationaal arbitragerecht zoals artikel 1054 lid 2 Rv. De ene richting stelt de door Rome I niet goed beantwoorde vraag of ontwikkelingen in arbitrageland in de afgelopen zestig jaar leiden tot een liberalisering van het conflictenrecht voor de overheidsrechter middels de begunstiging van rechtskeuze voor niet-statelijk recht; de andere richting is of Rome I beperkingen oplegt of impliceert ten aanzien van de liberalisering van het toepasselijke recht voor scheidsgerichten die zich in diezelfde periode heeft voorgedaan. Beide bewegingen lijken contradictorisch en hierna zal besproken worden of van een contradictie gesproken kan worden.

Uit wat voorafgaat, bleek al dat van een trendbreuk bij de overgang van het EVO naar Rome I met betrekking tot de vraag naar het toepasselijke recht op contractuele geschillen geen sprake is. Twee aanvullende elementen moeten daarbij ook meegewogen worden.

Het eerste is de mogelijke impact van de samenloopbepaling met andere verdragen die men in artikel 25 Rome I aantreft en die relevant is ten aanzien van de samenloop met het Europese Handelsarbitrageverdrag. Daar waar artikel 21 EVO als intergouvernementeel verdrag eerbiedigende werking had ten aanzien van andere verdragen, is artikel 25 Rome I – na de federalisering van het conflictenrecht – strenger. Lid 2 van artikel 25 Rome I ecarteert tussen lidstaten gesloten verdragen, zodat de unierechtelijke regeling van Rome I voorrang heeft. Deze bepaling is echter niet toepasselijk omdat het Europese Handelsarbitrageverdrag niet uitsluitend tussen lidstaten is gesloten. Lid 1 van artikel 25 Rome I laat – net als artikel 21 EVO – de toepassing van internationale verdragen onverlet waarbij één of meer lidstaten partij zijn. Anders dan artikel 21 EVO, sluit lid 1 van artikel 25 Rome I echter verdragen uit waarbij lidstaten partij worden na het tijdstip van de vaststelling van Rome I. Deze beperking is echter niet toepasselijk op het Europees Handelsarbitrageverdrag 1961 waarbij lidstaten partij werden vóór de vaststelling van Rome I. Artikel 25 lid 1 Rome I bevat echter nog een tweede beperking nl. dat verdragen die met derde landen gesloten werden slechts onverlet gelaten worden voor zover zij betrekking hebben op aangelegenheden waarop Rome I toepasselijk is. Deze bepaling ziet niet enkel op bijzondere conflictenrechtelijke verdragen – zoals voor Nederland het Haagse Vertegenwoordigingsverdrag 1978 – maar ook op verdragen die incidenteel conflictenrechtelijke bepalingen bevatten.^[34] Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de gelijkaardige bepaling van artikel 71 van de EEX Vo, vloeit echter voort dat het Hof grenzen stelt aan de eerbiedigende werking van oude verdragen gelet op de gewijzigde institutionele infrastructuur waarbij de federalisering van het internationaal privaatrecht een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid beoogt te handhaven en te ontwikkelen. Overeenkomstig deze jurisprudentie heeft het Hof geen prejudiciële bevoegdheid deze oude verdragen uit te leggen maar toetst het wel of toepassing van de bepalingen van deze oude verdragen geen afbreuk doet aan de doelstellingen en beginselen van verordeningen op het terrein van het internationaal privaatrecht.^[35]

Een dergelijke beperkte toetsing van door scheidsgerechten gehanteerde regels inzake toepasselijk recht zal ingevolge de *Nordsee* jurisprudentie van het Hof van Justitie^[36] niet rechtstreeks door het Hof zelf kunnen plaatsvinden nu scheidsgerechten volgens die rechtspraak geen prejudiciële vragen aan het Hof kunnen stellen. Overheidsrechters kunnen dat daarentegen wel, bijvoorbeeld in het kader van een vernietigings- of tenuitvoerleggingsprocedure. Daar zal zelden^[37] reden toe zijn gelet op de afwezigheid van toetsing ten gronde van scheiderechterlijke uitspraken die mede ziet op de keuze door het scheidsgerecht van de toepasselijke rechtsregels.

Bij dit alles blijft de hamvraag uiteraard of de samenloopbepaling van artikel 25 Rome I überhaupt toepasselijk is op door scheidsgerechten ten gronde toe te passen rechtsregels en beoogt zijn verhouding tot het Europese Handelsarbitrageverdrag te bepalen. Ook indien men die vraag positief zou beantwoorden, valt niet in te zien waarom eerbiedigende werking aan dit laatste verdrag zou moeten worden onthouden in het licht van de doelstellingen en de beginselen van Rome I nu de eenvormige conflictregel van artikel VII (1) van het Verdrag geen afbreuk doet aan eenvormigheid die ook door Rome I beoogd wordt en krachtens Rome I ook middels oude bijzondere verdragen bereikt kan worden.^[38] Meer algemeen kan dus gesteld worden dat artikel 25 Rome I geen rol speelt bij de vraag of Rome I voorrang heeft op een bijzonder verdrag zoals het Europese Handelsarbitrageverdrag en evenmin op nationaal arbitragerecht zoals artikel 1054 lid 2 Rv dat een bijzondere regel bevat inzake het voor scheidsgerechten toepasselijke recht.

Dat brengt mij tot de tweede vraag nl. of de federalisering van het conflictenrecht betekent dat Europese conflictregels^[39] niet alleen toepasselijk zijn voor overheidsrechters in lidstaten maar ook op scheidsgerechten in arbitrages met een plaats van arbitrage in een lidstaat. Een ruime uitleg van de bepalingen van het VWEU inzake de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht omtrent justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen die zien op toepasselijk recht en alternatieve methodes van geschillenbeslechting (artikel 81, leden 1 en 2 sub c. en g. VWEU) zou ertoe kunnen leiden dat de Europese Unie op het gebied van het arbitragerecht regelgevend optreedt. Tot op heden is dit echter niet gebeurd. Een beperkte poging daartoe door de EU Commissie naar aanleiding van de herschikking van de EEX Vo mislukte nadat zowel de lidstaten als het Europees Parlement zich daartegen verzetten.^[40] Artikel 73 lid 2 EEX Vo Herschikking bepaalt in dit opzicht uitdrukkelijk dat de verordening toepassing van het Verdrag van New York 1958 onverlet laat.

Het vooralsnog ongeregeld laten van arbitrage betekent dat lidstaten autonomie bezitten en houden ten aanzien van arbitrageaangelegenheden. De bespreking in de vorige pagina's bevat in wezen slechts één argument nl. het exegetische en *a contrario* argument dat artikel 1, lid 2 sub e) Rome I enkel overeenkomsten tot arbitrage uitsluit en derhalve andere aspecten van toepasselijk recht in arbitrage onder de verordening heeft willen brengen. Noch onder het EVO noch onder Rome I valt dit argument echter te verdedigen mede gelet op de reeds geschetste ontwikkelingen inzake het voor scheidsgerechten toepasselijke recht zoals dat in Nederland zijn beslag heeft gekregen in artikel 1054 lid 2 Rv. In ieder geval lijken er geen argumenten te bestaan dat de Uniewetgever met de aanneming van Rome I een bevoegdheid heeft willen uitoefenen om regelgevend op te treden met betrekking tot het toepasselijke recht voor scheidsgerechten met plaats van arbitrage in een lidstaat zodat Rome I enkel toepasselijk is in procedures voor overheidsrechters in lidstaten en er dus

geen samenloop is tussen Rome I, het Europees Handelsarbitrageverdrag en nationaal arbitragerecht zoals artikel 1054 lid 2 Rv.

6. Conclusie

Diverse vragen van toepasselijk recht kunnen bij internationale handelsarbitrages opduiken. Gelukkig worden vele van deze vragen van contractuele aard beantwoord door een daarop gerichte rechtskeuze van partijen, desgevallend ook door een bepaling van een toepasselijk arbitragereglement. Indien dat niet het geval is of indien de rechtskeuze zelf getoetst moet worden, dient zich de vraag aan of de Rome I Verordening dan door scheidsgerechten moet worden toegepast. Naar geldend recht dient deze vraag negatief beantwoord te worden. Rome I is niet geschreven met het oog op toepassing door scheidsgerechten. Ter zake is voor arbitrages met een plaats van arbitrage in Nederland artikel 1054 lid 2 Rv bindend en leidend.

Voetnoten

[1]

Professor De Ly is Hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking aan de Erasmus School of Law.

[2]

In deze bijdrage gaat het dus niet om het recht dat toepasselijk is op de overeenkomst tot arbitrage waar artikel 10:167 BW sinds de nieuwe arbitragewet (Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, *Stb.* 2014, 200) een oplossing biedt ten aanzien van haar materiële geldigheid.

[3]

Verordening 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht toepasselijk op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Pb L 177 van 4 juli 2008, 6-16, gerechtigd door Verordening 593/2008, Pb L 309 van 24 november 2009, 87 ten aanzien van de toepasselijkheid op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 werden gesloten.

[4]

Stb. 1986, 372.

[5]

Pb L 266 van 9 oktober 1980, 1-19. Naar aanleiding van nieuwe toetredingen tot de EU, werd het EVO gewijzigd door het Verdrag van Brussel van 10 april 1984 (Pb L 146 van 31 mei 1984, 1-6), het Verdrag van Funchal van 18 mei 1992 (Pb L 333 van 18 november 1992, 1-26), het Verdrag van Brussel van 29 november 1996 (Pb C 15 van 15 januari 1997, 10-16) en het Verdrag van Luxemburg van 14 april 2005 (Pb C 169 van 8 juli 2005 en C 334 van 30 december 2005). Deze vier toetredingsverdragen zijn voor de analyse in deze bijdrage verder niet van belang aangezien zij geen relevante wijzigingen met zich brachten.

[6]

Randnummer 5 bij de bespreking van het toepassingsgebied van het EVO, Pb C 282 van 31 oktober 1980, 1-50.

[7]

Omdat het EVO een verdrag is, is er geen automatische prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Justitie. Om in deze lacune te voorzien, werden op 19 december 1988 twee protocollen gesloten (Pb L 48 van 20 februari 1989, 1-22) die pas op 1 januari 2004 in werking traden.

[8]

Zie verder F. De Ly, *Choice of Non-State Law and International Contracts*, Verbindend Recht, *Liber amicorum* Krijn Haak, Deventer, Kluwer, 2012, 199-210.

[9]

De verplaatsing van dit vraagstuk naar de preambule lost dit uiteraard niet op, omdat daarmee niet geregeld is of het om een echte rechtskeuze gaat die ook dwingend recht van het anderszins toepasselijke recht kan ecarteren dan wel een contractualisering van niet-statelijk recht die onderworpen blijft aan dit dwingende recht. Voor deze problematiek, zie F. De Ly, *Choice of Non-State Law and International Contracts*, Verbindend Recht, *Liber amicorum*, Krijn Haak, Deventer, Kluwer, 2012, 199-210.

[10]

A.J. Bělohlávek, Law applicable to the merits of international arbitration and current developments in European Private International Law: conflict-of-laws and the applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and other EU law standards in international arbitration, *Czech YB Int. Law*, 2010, 25-46 (verplichte toepassing van Rome I bij indirecte benadering), A.J. Bělohlávek Determining the law governing obligations in arbitration and the applicability of the Rome I Regulation, *NIPR* 2020, 634-651; M. Kern, Why the Rome I Regulation has no mandatory application when determining the substantive law in international commercial arbitration, *Arbitration*, 2020, 482-502; P. de Miguel Asensio, The Rome I and Rome II Regulations in international commercial arbitration, in *The Impact of EU law on international commercial arbitration*, F. Ferrari (ed.), New York, Juris, 2017, 177-243 die uitvoerig betoogt dat Rome I niet toepasselijk is voor scheidsgerechten met verdere verwijzingen in voetnoot 35 naar literatuur die Rome I wel voorrang

geeft op nationaal arbitragerecht.

[11]

Te vinden op www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/978011180785/contents.

[12]

Section 46 leest als volgt: “**Rules applicable to substance of dispute.** (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute —(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. (2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules. (3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.” Het voorbeeld van Section 46 wordt gegeven omdat het duidelijk maakt dat ook in een belangrijk arbitrageland als Engeland de nationale conflictregels in de arbitragewet afwijken van deze die ontleend worden aan Rome I wat de relevantie van de vraagstelling van deze bijdrage illustreert.

[13]

Uiteraard blijven toetsing aan de openbare orde mogelijk indien het toepasselijke recht Nederlands recht is of aan de internationale openbare orde indien buitenlands recht toepasselijk is. Daaronder kan men ook toetsing aan Nederlandse of – onder voorwaarden – buitenlandse voorrangregels scharen (zie artikel 1065, lid 1 sub e. Rv).

[14]

Zie F. De Ly, De Nederlandse advocaat en internationale arbitrage: welk materieel recht?, *TvA* 1997, 81-85.

[15]

484 UNTS 349. 31 Staten zijn partij bij dit verdrag dat ten tijde van de koude oorlog beoogde arbitrage te bevorderen als techniek ter beslechting van geschillen die rezen in de handel tussen West- en Oost-Europese landen. Nederland is geen partij bij dit verdrag geworden evenmin als bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland of Zweden.

[16]

Beschikbaar op www.uncitral.un.org. Wetgeving op basis van de Modelwet is intussen in 85 staten aangenomen waaronder in een aantal deelstaten in federale staten wat het totaal op 118 brengt.

[17]

Men vergelijkte met het Zwitserse internationale arbitragerecht waar ook bij toepassing van een conflictregel niet-statelijk recht kan worden toegepast: «Art. 187 1 Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits. 2 Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité.» (Zwitserse IPR-wet van 18 december 1987, zoals gewijzigd per 19 juni 2020). Deze wijziging betrof echter niet artikel 187 van de IPR-wet.

[18]

Bij de herziening van het Franse arbitragerecht door Decreet 2011-48 van 13 januari 2011 is deze bepaling niet gewijzigd maar wel vernummerd als artikel 1511 NCPC.

[19]

Men denke aan verbintenissen uit onrechtmatige daad, aan de in artikel 1 lid 2 Rome I uitgesloten contractuele verbintenissen of aan vertegenwoordigingsvragen als voorraag. Daarbij kunnen ook samenloopsvragen opduiken tussen artikel 1054 lid 2 Rv en ander eenvormig conflicten- of privaatrecht zoals de Rome II Verordening (Verordening 864/2007 van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”), Pb L 199 van 31 juli 2007, 40), het Haagse Vertegenwoordigingsverdrag 1978 (*Trb.* 1987, 138), het Weens Koopverdrag 1980 (*Trb.* 1981, 184) of vervoersrechtelijke verdragen. Deze vraag valt echter buiten het bestek van deze bijdrage. Gelet op de conclusie van deze bijdrage, kan er vooralsnog vanuit worden gegaan dat ook hier geen samenloop en geen voorrang van deze instrumenten optreedt.

[20]

Pb C 282 van 31 oktober 1980, 16.

[21]

Zie onder meer A. Giardina, International Conventions on Conflict of Laws and Substantive Law, in *Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, A.J. van den Berg (ed.), Deventer, Kluwer Law International, 1996, 459-170. Daarbij kunnen verschillende methodes gebruikt worden: (1) de cumulatieve methode; (2) toepassing van algemene rechtsbeginselen; (3) toepassing van de anti-kies regel; (4) toepassing van de betere rechtsregel, én (5) toepassing van internationale materiële regels. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage dit verder te bespreken (zie F. De Ly, i.c., *TvA* 1997, 83-84; P. de Miguel Asensio, i.c., 217-230); deze methodes worden hier enkel vermeld om aan te tonen hoe de methodiek die arbiters aanwenden afwijkt van de conflictenrechtelijke methode die voor overheidsrechters geldt.

[22]

F. De Ly, *De lex mercatoria*, Inleiding op de Studie van het Transnationaal Handelsrecht, Antwerpen, Maklu, 1989, 203 e.v.

[23]

Verdrag van Brussel van 17 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Pb L 299 van 31 december 1972, 32-45. Dit Verdrag is intussen omgezet in verordeningen, eerst bij Verordening 44/2001 van 22 december 2000, Pb. L 12 van 16 januari 2002, 1-23 (“EEX Vo”) en vervolgens bij Verordening 1215/2012 van 12 december 2012, Pb L 351 van 20 december 2012, 1-32 (“EEX Vo. Herschikking”).

[24]

Daarvan zou hoogstens sprake zijn ten aanzien van de toezichhoudende taak van overheidsrechters in het kader van vernietigings- en tenuitvoerleggingsprocedures. Los van openbare orde en voorrangsregels, zal dit nauwelijks opduiken ten aanzien van vragen van toepasselijk recht, omdat de keuze van toepasselijke rechtsregels ten gronde aan deze taak ontsnapt gelet op het verbod van inhoudelijke toetsing. Ten aanzien van de problematiek van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid, rees deze in een zaak voor het Internationaal Gerechtshof tussen België en Zwitserland naar aanleiding van de faillissementen van Swissair en Sabena naar aanleiding van de toepassing van het EXEX door Zwitserse gerechten. Deze zaak werd echter geschikt en van de rol van het IGH geschrapt (*Case concerning Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Belgium v. Switzerland)*), zie www.icj-cij.org.

[25]

Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO, Bundesministerium der Justiz, 1994, 169-170.

[26]

Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, zevende druk, München, Beck, 2005, 452, voetnoot 16.

[27]

Schwab/Walter, o.c., 452; M. Bühler, The German Arbitration Act 1997, Text and Notes, Deventer, Kluwer Law International, 1998, 31; kritisch Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerechtsbarkeit, Kompendium für die Praxis, Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2006, 195; genueanceerd Stein/Jonas/Schlösser, ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22^e druk, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 542 en 544 (EVO niet rechtstreeks maar via paragraaf 1051 (2) ZPO toepasselijk).

[28]

Daarbij kan opgemerkt worden dat deze vragen in Duitsland niet spelen indien een arbitragereglement zoals dat van de ICC de directe benadering toestaat. Dit geldt dan immers als door partijen gekozen rechtsregels dat door paragraaf 1051 (1) ZPO wordt toegestaan en niet onder paragraaf 1051 (2) ZPO valt. Het Arbitragereglement van het Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) volgt in artikel 24.2 van het 2018 reglement nu ook de directe benadering terwijl het reglement van 1998 in artikel 23.2 nog paragraaf 1051 (2) ZPO imiteerde en bepaalde dat, bij afwezigheid van rechtskeuze, het nationaal recht van het land waarmee het geschil het nauwst verbonden was toepasselijk was. Het DIS Arbitragereglement toont wat dit betreft aan dat partijen door de keuze van een stelsel van institutionele arbitrage de indirecte benadering door de directe kunnen vervangen. Als partijen een rechtskeuze kunnen doen, dan lijkt me dat zij ook het scheidsgerecht kunnen machtigen de toepasselijke rechtsregels te kiezen en is er geen conflict tussen het gekozen arbitragereglement dat in directe benadering voorziet en het arbitragerecht van de plaats van de arbitrage dat voor de indirecte benadering had gekozen.

[29]

Het standpunt van de Duitse regering loopt overigens ook nog tegen een ander probleem aan, nl. dat Duitsland – anders dan Nederland – partij is bij het Europese Handelsarbitrageverdrag. Krachtens artikel 21 EVO, heeft het EVO eerbiedigende werking ten aanzien van internationale verdragen waarbij een EVO staat partij is of zal worden. Het standpunt dat EVO bindend is voor scheidsgerechten in EVO verdragsstaten, leidt er voor verdragsstaten bij het Europese Verdrag toe dat een dubbele regeling ontstaat: arbitrages die onder het Europese Verdrag vallen en dus onder het liberale artikel VII (1) en arbitrages die onder het EVO vallen. Voor Duitsland zou dat dus betekenen dat in arbitrages met partijen uit Duitsland en andere verdragsstaten bij het Europese Verdrag (België, Bulgarije, Denemarken, Finland, Frankrijk, Hongarije, Italië, Kroatië, Letland, Luxemburg, Oostenrijk, Polen, Roemenië, Slowakije, Slovenië, Slowakije en Spanje en Tsjechië) het Europese Verdrag toepasselijk is terwijl in andere gevallen (partijen uit Cyprus, Estland, Griekenland, Litouwen, Malta, Nederland, Portugal, Zweden of derde landen) het EVO toepasselijk zou zijn. De vraag is of het EVO een dergelijke tweespalt kan hebben beoogd.

[30]

Trb. 1998, 11.

[31]

Zie www.unidroit.org. Deze beginselen zijn een poging tot codificatie van algemene beginselen van contractenrecht. De eerste editie dateert van 1994 met uitbreidingen en aanpassingen in 2004, 2010 en 2016. Zie verder M.J. Bonell, An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Ardsley NY, Transnational, derde druk, 2005.

[32]

Commission on European Contract Law, *The Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Lando, O. en Beale, H. (ed.), Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 561 pp.

[33]

Zie F. De Ly, Choice of law clauses, Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Article 3 Rome Convention, The lex mercatoria before domestic courts or arbitration privilege?, Etudes offertes à Bathélemy Mercadal, Paris, Editions Francis Lefebvre, 2002, 133-145.

[34]

Dit vloeit voort uit de gelijkaardige bepalingen van artikel 71 van de EEX-Vo en artikel 71 van de EEX-Vo Herschikking.

[35]

HJEU 4 mei 2010, Zaak C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, TNT Express Nederland; HJEU 19 december 2013, Zaak C-452/12, ECLI:EU:C:2013:858, Nipponkoa Insurance Co (Europe) Ltd/Inter-Zuid Transport BV en DTC Surhuisterveen BV; HJEU 4 september 2014, Zaak C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145, Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra UAB. Artikel 71 EEX Vo Herschikking gaat op die voet verder en verklaart een aantal

van haar bepalingen, vooral deze inzake erkenning en vereenvoudigde tenuitvoerlegging, toepasselijk op procedures op grond van bijzondere oude verdragen.

[36]

HvJ 23 maart 1982, Zaak C-102/1981, ECLI:EU:C:1982:107, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG en Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.

[37]

De geschetste hypothese kan zich echter wel voordien bij mogelijke schending van de openbare orde, van toepasselijke voorrangregels of van dwingende beschermende conflictregels ten gunste van werknemers, verzekeren of consumenten.

[38]

Men kan dan ook betwijfelen of de traditionele toetsingsmaatstaven van gelijkheid en gelijkwaardigheid in staat zijn drempels op te werpen ten aanzien van methodes ter bepaling van toepasselijk recht door scheidsgerechten die het Europees Verdrag of nationaal arbitragerecht bieden, zo ook M. Kern, l.c., 492-494.

[39]

Deze vraag moet onderscheiden worden van toepassing in arbitrages van andersoortige direct werkende bepalingen van EU recht zoals mededingingsrecht. Los van toepassing van deze regels door de overheidsrechter in aan arbitrage gerelateerde procedures (zie vooral HvJ 1 juni 1999, Zaak C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, Eco Swiss China Time v Benetton International), zullen dergelijke bepalingen indien aan hun toepassingsvereisten is voldaan door scheidsgerechten in lidstaten – bijvoorbeeld in Nederland bij toepassing van artikel 1054 lid 2 Rv – als voorrangregels toegepast moeten worden.

[40]

Zie verder F. De Ly, *Herschikking van de EEX-Verordening en Arbitrage*, TvA 2015, 101-112 en F. De Ly, *Conflict of Laws in International Arbitration – an Overview*, in *Conflict of laws in international commercial arbitration*, Ferrari, F. en Kröll, S. (ed.), Juris, NY, 2nd edition, 2019, 12-15. Het voorwerp van het Commissie voorstel betrof het probleem van aanhangigheid tussen een arbitraal geding in één lidstaat en een procedure in een andere lidstaat waar een vraag kan rijzen ten aanzien van de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage.