

perkt verweer heeft gevoerd, dan kan het bij toewijzing van de vorderingen van eiser zo zijn dat de verplichtingen tot vergoeding van proceskosten *deels* overlappen. De rechter kan dan ten aanzien van de kosten van de dagvaarding en wellicht een mondelinge behandeling een vergoedingsplicht hoofdelijk opleggen aan *beide* gedaagden, terwijl slechts de actievere gedaagde de kosten voor de incidenten – indien de beslissing daarover is aangehouden tot het oordeel in de hoofdzaak – dient te vergoeden. Slechts voor zover een verplichting bestaat tot vergoeding van *dezelfde* kosten is hoofdelijkheid aangewezen, net als het geval is bij toepassing van art. 6:102 BW (vgl. D.F.H. Stein, 'Partijautonomie en hoofdelijke verbondenheid', *RM Themis* 2022/1, par. 3.6).

mr. drs. D.F.H. Stein
promovendus en docent Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

11

Gewone rechter onbevoegd vanwege ICC-arbitrageovereenkomst

Gerechtshof Den Haag
19 juli 2022, nr. 200.300.125/01,
ECLI:NL:GHDHA:2022:1519
(mr. Honée, mr. Burg, mr. Ter Haar)
Noot mr. R. Schellaars

Arbitrage. ICC. Deskundigenbericht. Bevoegdheid.

[Rv art. 202, 1022c, 1074d]

Gewone rechter oordeelt over verzoek voorlopig deskundigenbericht. Partijen zijn ICC-arbitrage in Duitsland overeengekomen. ICC-arbitrage voorziet, aldus het hof, in een deskundigenbericht dat tijdig kan worden uitgebracht voorafgaand aan een inhoudelijk debat in een arbitrage. De gewone rechter kan daarom op grond van de Nederlandse arbitragewet geen bevoegdheid aanne-

Verburg Audio B.V. te Hengelo, verzoekster in hoger beroep, nader te noemen: Verburg, advocaat: mr. C.P.B. Kroep te Enschede, tegen

1. *Harman International Industries Incorporated* te Stamford, Verenigde Staten,
2. *Harman Consumer Nederland B.V.* te Rotterdam,

verweersters in hoger beroep, hierna afzonderlijk te noemen: Harman Inc. en Harman NL

en gezamenlijk: Harman c.s., advocaat: mr. A.D. Josephus Jitta te Amsterdam.

1. De zaak in het kort

1.1. Verburg en Harman c.s. hebben in het verleden gewerkt aan de ontwikkeling van een audiosysteem voor keukens. Dat audiosysteem heeft niet goed gefunctioneerd. Verburg wil onderzoek laten doen naar de oorzaak daarvan en heeft om een voorlopig deskundigenbericht gevraagd.

1.2. Het hof verklaart zich – net zoals de rechtbank – onbevoegd in de zaak tegen Harman Inc. In de overeenkomst tussen Verburg en Harman Inc. is gekozen voor ICC arbitrage en Verburg kan een deskundigenonderzoek vragen in een ICC arbitrage. Harman NL is geen partij bij de overeenkomst en het verzoek tegen haar wordt (onder meer) daarom afgewezen.

2. Procesverloop (...; red.)

3. Feitelijke achtergrond

3.1. Tussen partijen staat onder meer het volgende vast.

3.2. Verburg richtte zich in 2010 op de ontwikkeling en exploitatie van audiosystemen voor integratie in keukens en meubels.

3.3. Harman Inc. is een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming die zich bezighoudt met de ontwikkeling, productie en verkoop van producten op het gebied van audio en infotainment.

3.4. Harman NL maakt deel uit van de Harman Groep en is onder meer verantwoordelijk voor de marketing en verkoop van producten van Harman in Nederland.

3.5. Verburg en Harman c.s. zijn in 2010 onderhandelingen aangegaan over de ontwikkeling en distributie van een audiosysteem dat kan worden

geïntegreerd in keukens. Dat systeem is de 'Maestro Kitchen 100' (hierna: Maestro 100) genoemd. 3.6. Begin 2012 zijn de afspraken over de ontwikkeling en distributie van de Maestro 100 geformaliseerd in een schriftelijke overeenkomst, de zogenaamde *Development and Distribution Agreement* (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst is op naam gesteld van, en ondertekend door enerzijds Verburg en anderzijds Harman Inc. In de overeenkomst is onder meer bepaald dat Verburg *the exterior design and appearance* zou ontwikkelen en Harman Inc. *all other aspects* van de Maestro 100. Harman Inc. heeft gegarandeerd dat de Maestro 100 vrij is van gebreken *in materials and workmanship* voor een periode van 30 maanden vanaf de datum van levering. De overeenkomst werkte terug tot 1 april 2011 en had een looptijd van drie jaar. Als Verburg haar inkooptargets zou hebben gehaald zou de overeenkomst stilzwijgend worden verlengd met drie jaar. Op de overeenkomst is het recht van de staat New York van toepassing verklaard.

3.7. Artikel 11.3 van de overeenkomst bevat de volgende arbitrageclausule:
Disputes.

(a) Any controversy or claim related to or arising out of this Agreement shall be settled by binding arbitration conducted under the arbitration rules of the International Chamber of Commerce where such arbitration will be held in Frankfurt, Germany. Judgment on the arbitrator's award may be entered and enforced in any court of competent jurisdiction. Neither party will be precluded from seeking provisional remedies in the courts including, but not limited to, temporary restraining orders and preliminary injunctions, to protect its rights and interests, but such relief will not be sought as a means to avoid or stay arbitration.

3.8. In de overeenkomst staat het volgende over kooporders van Verburg (waarbij met 'Harman' wordt bedoeld: Harman Inc.):

Products Purchases between Harman and Verburg.

5.1. Purchase Orders. *Verburg will place all orders for the Products by issuing purchase orders to Harman that are delivered in the manner and contain those details and other information as described in this Section. All purchase orders and purchase/sale transactions involving the Products between Harman and Verburg will be governed by this Agreement. Such purchase orders will not contain any*

terms or conditions additional to or different from the terms and conditions in this Agreement. (...)
Each purchase order will contain the following details, subject to the terms and conditions of this Agreement (...) in accordance with the terms set forth in Exhibit A.

En in Exhibit A staat onder meer:

Products

(...)

Delivery Terms: Ex-works TIEL (KN Harman warehouse).

(...)

Purchase Order Recipient: Verburg will send all purchase orders to the following addressee: Harman Consumer's Amsterdam procurement contact as designated by Harman.

3.9. Verburg heeft een groot aantal klachten van klanten ontvangen over de Maestro 100. Zij heeft eind 2014 een kort geding aanhangig gemaakt tegen Harman c.s. bij de rechtbank Amsterdam en gevorderd dat geleverde Maestro 100 exemplaren werden teruggenomen en gebreken werden hersteld. Deze vorderingen zijn afgewezen. Daartoe is onder meer overwogen dat, naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter:

- tussen Verburg en Harman NL geen contractuele verhouding bestaat, en
- nader onderzoek is vereist om te kunnen beoordelen of sprake is van (ontwerp)fouten van Harman Inc. dan wel (uitvoerings)fouten aan de zijde van Verburg en naar de rechtsgevolgen die het recht van de Staat van New York aan de resultaten van de feitenonderzoek verbindt.

4. Verzoek en beslissing van de rechtbank

4.1. Verburg heeft verzocht om een voorlopig deskundigenbericht (ex artikel 202 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, hierna 'Rv.'). Aan dat verzoek heeft zij het volgende ten grondslag gelegd:

Harman Inc. is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. Zij was verantwoordelijk voor de technische ontwikkeling en productie van de Maestro 100 maar heeft gebrekkige producten geleverd aan Verburg. Mede hierdoor zijn de omzetprognoses van de overeenkomst niet gehaald en is de overeenkomst op 1 april 2014 geëindigd en niet stilzwijgend verlengd. Verburg heeft hierdoor schade geleden en begroot deze op meer dan € 20.000.000,-.

Harman NL staat ook in een contractuele verhouding tot Verburg omdat zij feitelijk betrokken is

geweest bij de samenwerking en ook zij heeft wanprestatie gepleegd. In ieder geval heeft Harman NL onrechtmatig jegens Verburg gehandeld door op geen enkele wijze medewerking te verlenen aan een definitieve oplossing van de gebreken. Verburg heeft er recht op en belang bij dat door middel van een voorlopig deskundigenbericht wordt vastgesteld welke gebreken de geleverde producten hebben, wat de oorzaak van deze gebreken is en aan wie de gebreken (in technische zin) zijn toe te rekenen.

4.2. Harman c.s. heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.3. De rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard voor zover het verzoek is gericht tegen Harman Inc. en heeft het verzoek tegen Harman NL afgewezen. Daartoe is in de kern overwogen dat in de overeenkomst tussen Verburg en Harman Inc. wordt voorzien in arbitrage buiten Nederland zodat de rechtbank zich op grond van artikel 1074d Rv. onbevoegd dient te verklaren. Ten aanzien van Harman NL is kort gezegd overwogen dat Verburg in redelijkheid niet tot het uitoefenen van haar bevoegdheid om een voorlopig deskundigenbericht kan worden toegelaten.

5. Verzoek in hoger beroep en bezwaren tegen de beschikking

5.1. Verburg komt in hoger beroep op tegen de afwijzing van het verzoek. Zij wil dat het hof alsnog het door haar verzochte voorlopig deskundigenbericht beveelt, met veroordeling van Harman c.s. in de kosten van de procedure in eerste aanleg en hoger beroep.

6. Beoordeling door het hof

6.1. Verburg verzoekt in deze zaak om een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in artikel 202 Rv. Het hof zal bij de beoordeling van het verzoek onderscheid maken tussen Harman Inc. en Harman NL.

Het verzoek tegen Harman Inc.

6.2. Het hof stelt voorop dat Verburg en Harman Inc. een schriftelijke overeenkomst hebben gesloten die voorziet in een arbitrageprocedure buiten Nederland (namelijk ICC arbitrage, zie het arbitragebeding onder 3.7). Harman Inc. heeft een beroep gedaan op dat beding. In de wet is bepaald dat de rechter zich in zo'n geval uitsluitend bevoegd verklaart indien de gevraagde beslissing (in dit geval: een voorlopig deskundigenbericht) niet

of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen (zie artikel 1074b in samenhang met artikel 1074d Rv.). Aan deze regeling ligt ten grondslag dat de beslissingen over onder meer voorlopige bewijsmaatregelen bij voorkeur zoveel mogelijk in handen liggen van het scheidsgerecht dat bevoegd is ten aanzien van de hoofdzaak. Een exacte invulling van het criterium is overgelaten aan de rechtspraak die daarbij rekening kan houden met de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van de overeenkomst tot arbitrage. Wel zal de rechter moeten toetsen of het al dan niet mogelijk is om de gevraagde voorziening tijdig in arbitrage te verkrijgen (zie de wetsgeschiedenis: MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3, p. 10).

6.3. De vraag is dus of het mogelijk is voor Verburg om (tijdig) een voorlopig deskundigenbericht in een ICC arbitrage te verkrijgen. Als dat zo is, dan moet het hof zich onbevoegd verklaren. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat dit inderdaad het geval is en licht dat hierna toe.

6.4. Volgens het ICC arbitragereglement is het niet alleen mogelijk dat onafhankelijke deskundigen worden benoemd, ook is daarin bepaald dat de arbitrageprocedure wordt gevoerd “*in an expeditious and cost-effective manner*” (vgl. artikel 22, 24 en 25 ICC arbitration rules). Verder is in dat arbitragereglement geen specifieke volgorde van behandeling van geschilpunten voorgeschreven. Het is dus mogelijk dat de benoeming van een of meer deskundigen plaatsvindt voorafgaand aan een inhoudelijk debat tussen partijen over andere geschilpunten (zoals, in dit geval, de vraag of de vordering naar het recht van de staat New York verjaard dan wel vervallen is). Het hof volgt Verburg dan ook niet in haar stelling dat in een ICC arbitrage een volledige inhoudelijke procedure moet worden doorlopen voordat een of meer deskundigen kunnen worden benoemd. De gevraagde beslissing – een deskundigenbericht voorafgaand aan de verdere inhoudelijke behandeling van het geschil – kan ook in een ICC arbitrage worden verkregen.

6.5. Het voeren van één arbitrageprocedure heeft ook de voorkeur boven het voeren van een verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 202 Rv. voor de Nederlandse rechter en vervolgens het (eventueel) voeren van een ICC arbitrage ten overstaan van een scheidsgerecht. Voorlopige bewijsmaatregelen dienen immers bij voorkeur zoveel mogelijk in handen te liggen van het scheids-

gerecht dat bevoegd is ten aanzien van de hoofdzaak.

6.6. Ook neemt het hof in aanmerking dat Verburg en Harman Inc. blijkens de tekst van de arbitrageclausule voor ogen heeft gestaan dat hun conflicten zoveel mogelijk volgens ICC arbitrage worden beslecht; alleen ‘*provisional remedies*’ zijn van de clausule uitgezonderd (zie onder 3.7). Een voorlopig deskundigenonderzoek is naar het oordeel van het hof geen *provisional remedy*. Verburg heeft dat overigens ook niet gesteld.

6.7. Tot slot is van belang dat een deskundigenbenoeming in een ICC arbitrage ook tijdig kan worden verkregen, temeer nu het begrip ‘tijdig’ moet worden gezien tegen de achtergrond dat het geschil tussen partijen al vele jaren bestaat – in ieder geval sinds eind 2014, toen Verburg een kort geding tegen Harman c.s. aanhangig maakte.

6.8. Verburg heeft er op gewezen dat een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in artikel 202 Rv. niet vergelijkbaar is met een deskundigenbericht volgens het ICC arbitragereglement, onder meer omdat niet voorafgaand aan de arbitrageprocedure een (voorlopig) deskundigenbericht kan worden verkregen op grond waarvan de kansen en risico’s van een eventuele procedure kunnen worden ingeschat. Het hof merkt hierover op dat het er niet om gaat of het ICC arbitragereglement voorziet in een regeling die exact gelijk is aan de regeling van artikel 202 Rv. Het gaat erom of de gevraagde beslissing – een deskundigenbericht dat wordt uitgebracht voorafgaand aan eventueel verder inhoudelijk debat tussen partijen – ook via ICC arbitrage kan worden verkregen en dat is het geval.

6.9. Verburg heeft er ook op gewezen dat in een ICC arbitrage eerst arbiters moeten worden benoemd en dat ten overstaan van die arbiters discussie mogelijk is over andere geschilpunten. Dat is juist, maar dat is evenzeer het geval in een verzoekschriftprocedure ex artikel 202 Rv. Ook dan wordt de zaak eerst aan een of meer rechters toegewezen, alleen vindt die toewijzing zonder inspraak en buiten het zicht van partijen plaats. Verder kan ook in de verzoekschriftprocedure discussie plaatsvinden over inhoudelijke geschilpunten van partijen, in het kader van een beroep op strijd met de goede procesorde, misbruik van bevoegdheid of een ander zwaarwichtig bezwaar. Ook in de onderhavige verzoekschriftprocedure hebben partijen inhoudelijk gedebatteerd over

onder meer de vraag of een eventuele vordering van Verburg is verjaard of vervallen.

6.10. Op grond van al het voorgaande zal het hof zich, net zoals de rechtbank, onbevoegd verklaren voor zover het verzoek gericht is tegen Harman Inc.

Het verzoek tegen Harman NL

6.11. Verburg legt aan het verzoek tegen Harman NL ten grondslag dat zij ook met haar een contractuele relatie had en dat Harman NL (kort gezegd) wanprestatie heeft gepleegd. Verburg voert daartoe aan dat zij in 2010, nog voordat zij de schriftelijke overeenkomst met Harman Inc. sloot, een contractuele samenwerking met Harman NL is aangegaan, dat zij alleen maar contact had met Harman NL, dat de bestellingen van de Maestro 100 in het kader van die samenwerking en vóór het sluiten van de overeenkomst zijn geplaatst en dat de overeenkomst met Harman Inc. daar niet op van toepassing is. Harman c.s. heeft dit alles bestreden.

6.12. Het hof neemt in aanmerking dat de samenwerking die in 2010 ten aanzien van de productie en distributie van de Maestro 100 is gestart, in 2012 is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. In die overeenkomst zijn alleen Verburg en Harman Inc. als partij genoemd. Dat was, zoals Verburg zelf heeft gesteld (inleidend verzoekschrift onder 7), op uitdrukkelijk verzoek van Harman c.s. en Verburg heeft daarmee ingestemd. In de overeenkomst is ook uitdrukkelijk bepaald dat deze van toepassing is op *alle* bestellingen van de Maestro 100 van Verburg (“*All purchase orders and purchase/sale transactions involving the Products between Harman and Verburg will be governed by this Agreement*”, zie onder 3.8). De op de dag van inwerkingtreding van de overeenkomst (1 april 2011) reeds geplaatste (maar nog niet geleverde) bestellingen, zijn daarvan niet uitgezonderd. Bovendien is (in de bijlage bij de overeenkomst) bepaald dat Verburg orders moet indienen bij Harman NL (zie eveneens 3.8). Verder is van belang dat Harman Inc. in de overeenkomst garandeert dat de Maestro 100 vrij zal zijn van gebreken (zie onder 3.6). Verburg heeft uit dit alles redelijkerwijs moeten begrijpen dat alleen Harman Inc. haar contractuele wederpartij was voor alle leveranties en niet Harman NL. Dit geldt temeer omdat de overeenkomst wél voorziet in een (uitvoerende) rol van Harman NL, maar Harman NL niet als partij bij de overeenkomst is genoemd.

Dat Verburg bestellingen plaatste (en al had geplaatst) bij Harman NL en dat zij met Harman NL contact had, vloeit voort uit die uitvoerende rol en duidt dan ook niet op een separate (eerdere) mondelinge samenwerkingsovereenkomst tussen Verburg en Harman NL. Verburg heeft uit die feitelijke betrokkenheid van Harman NL dan ook niet kunnen afleiden dat Harman NL haar contractuele wederpartij was. Overigens merkt het hof nog op dat Harman c.s. gemotiveerd heeft betwist dat Verburg *uitsluitend* contact heeft gehad met Harman NL.

6.13. Uit het voorgaande volgt dat ook de stellingen van Verburg dat Harman NL naast of in plaats van Harman Inc. partij is geworden bij de overeenkomst, moeten worden verworpen. Daarbij komt dat ook als het hof er bij wijze van veronderstelling van uitgaat dat partijen met de overeenkomst hebben bedoeld dat (ook) Harman NL de wederpartij is van Verburg, dan alle bepalingen van de overeenkomst tussen Harman NL en Verburg gelden – en niet slechts de inhoudelijke bepalingen daarvan zoals Verburg (ongemotiveerd) betoogt. In dat geval geldt dus ook de arbitrageclausule en hetgeen het hof hiervoor ten aanzien van Harman Inc. heeft overwogen. Het hof zou zich dan ook onbevoegd moeten verklaren in het verzoek tegen Harman NL.

6.14. Verburg heeft verder gesteld dat Harman NL als feitelijk uitvoerder van de overeenkomst onrechtmatig jegens Verburg heeft gehandeld omdat zij klachten van afnemers niet goed heeft verholpen. Zoals hiervoor is overwogen, vonden de contacten tussen Verburg en Harman NL plaats in het kader van de overeenkomst die Verburg met Harman Inc. heeft gesloten. Indien de verplichtingen uit die overeenkomst niet zijn nagekomen dient Verburg haar wederpartij bij die overeenkomst – Harman Inc. – aan te spreken. Verburg heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat Harman NL zelfstandig en los van de uitvoering van de overeenkomst, onrechtmatig jegens Verburg heeft gehandeld.

6.15. Hierbij komt nog dat het gestelde onrechtmatig handelen van Harman NL, geen verband houdt met het verzochte deskundigenbericht. Dat deskundigenbericht heeft betrekking op onderzoek naar de (eventuele) technische gebreken van de Maestro 100. Zoals Verburg zelf heeft gesteld was Harman Inc. verantwoordelijk voor de technische ontwikkeling van de Maestro 100 (zie inleidend verzoekschrift onder 9). Verburg heeft

ook niet betwist dat Harman Inc. de entiteit is geweest die de Maestro 100 daadwerkelijk heeft geproduceerd. Verburg heeft niet concreet gemaakt dat Harman NL ook bij die productie betrokken is geweest en daarom onrechtmatig jegens Verburg heeft gehandeld.

6.16. Het verzoek is gelet op het voorgaande niet ter zake dienend voor zover dat tegen Harman NL is gericht. Als uit deskundigenonderzoek naar voren komt dat de Maestro 100 gebrekkig is geproduceerd, dan volgt uit hetgeen Verburg heeft gesteld, niet dat Harman NL daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden. In ieder geval moet het verzoek worden afgewezen omdat Verburg, gelet op het voorgaande, in redelijkheid niet kan worden toegelaten tot het uitoefenen van haar bevoegdheid om een voorlopig deskundigenbericht te verzoeken.

6.17. De conclusie is dat de (ongenummerde) grieven die Verburg tegen de beschikking naar voren heeft gebracht falen en dat de beschikking dient te worden bekrachtigd. Het hof zal Verburg als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten in hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de beschikking van 7 juli 2021 van de rechtbank Rotterdam;
- veroordeelt Verburg in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de kant van Harman c.s. begroot op € 772,- aan griffierecht en € 2.228,- aan salaris advocaat;
- verklaart deze beschikking voor wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze beschikking betreft een geschil over de ontwikkeling van audiosystemen in keukens. Dit biedt een aardig aanknopingspunt voor een metafoor om de werking te duiden van art. 1022c Rv (voor arbitrage met een Nederlandse plaats van arbitrage) en art. 1074d Rv (voor arbitrage met een buiten Nederland gelegen plaats van arbitrage). Immers, ook in het kader van art. 1022c Rv en art. 1074d Rv komt het niet slechts aan op de tekst van een recept (een arbitragereglement) maar ook op de plaats van de keuken (de plaats van arbitrage) en de achtergrond en gebruiken van de koks (de procescultuur). Over de precieze

vormgeving van het onderhavige verzoek om een voorlopig deskundigenbericht kan uit de beschikking niet veel worden afgeleid – daar abstracte ik dus van. Perikelen ten aanzien van specifiek gerekestreerde Harman Consumer NL – die geen partij was bij de overeenkomst tot arbitrage die in deze zaak aan de orde was – behandel ik in deze noot niet.

2. Art. 1022c en 1074d Rv regelen de verhouding tussen de bevoegdheid van de gewone rechter en arbitrale scheidsgerichten ten aanzien van beslissingen over middelen tot bewaring van recht, voorlopige voorzieningen en voorlopige bewijsmaatregelen. De wetgever overwoog bij het vormgeven van de Nederlandse arbitragewet van 2015 dat: '(...) het de voorkeur verdient dat de beslissingen over middelen tot bewaring van recht, voorlopige voorzieningen en voorlopige bewijsmaatregelen zoveel mogelijk in handen liggen bij het ten principale bevoegde scheidsrecht. Een exacte invulling van het criterium wordt evenwel nadrukkelijk overgelaten aan de rechtspraak die daarbij rekening kan houden met de omstandigheden van het geval, waaronder, maar niet beperkt tot, de inhoud van de overeenkomst tot arbitrage.' Zie: MvT, *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 10. Het hof memoreert dit in randnummer 6.2 van de beschikking.

3. De op grond van art. 1022c en 1074d Rv te volgen aanpak is ogenschijnlijk helder: '(...) de [Nederlandse] gewone rechter verklaart zich uitsluitend bevoegd, indien de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in [een buitenlandse] arbitrage kan worden verkregen.' Het komt er bij verschil van inzicht over de toepassing van deze regeling op aan dat naast een toepasselijk arbitragereglement – zoals in het onderhavige geval het arbitragereglement van de ICC – ook aandacht wordt besteed aan de vormen en gebruiken bij een gegeven instituut en de invloed van de toepasselijke arbitragewet. Anders gezegd: het maakt uit welke kok met welke ingrediënten aan de gang gaat en ook waar de keuken staat. De wetgever maakte dit ook duidelijk door er op te wijzen dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft eerder uitgemaakt – in een weinig geciteerde overweging – dat bij de uitleg van arbitragereglementen die internationaal worden toegepast mede rekening moet worden gehouden met de internationale praktijk (HR 17 januari 2003,

«JBPr» 2003/38, m.nt. Van den Nieuwendijk, r.o. 3.3). Die praktijk lijkt in deze zaak onderbelicht.

4. In deze noot ga ik nader in op de toepassing van art. 1074d Rv. In dit geval gaat het om het arbitragereglement van de ICC van 2017 of 2021. Over deze reglementen publiceerde ik eerder in *TvA: TvA* 2017/21 en *TvA* 2021/2. Eerst sta ik nog even stil bij de relevantie van de toepasselijke arbitragewet.

5. Ten aanzien van beschikbaarheid van een voorlopig deskundigenbericht in arbitrage het volgende. In de eerste plaats dient bedacht te worden dat een verzoek op de voet van art. 202 Rv door de gewone rechter in beginsel gelast wordt (zie onder meer W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2021, p. 141). Dat ligt bepaald anders indien een verzoek om een dergelijke bewijsmaatregel wordt gedaan in een arbitrale procedure. In Nederland geldt in arbitrage namelijk een vrije bewijsleer op grond waarvan het arbiters in beginsel vrij staat om al dan niet een (voorlopig) deskundigenbericht te gelasten. Arbiters zijn naar Nederlands arbitrage-recht ook niet gebonden aan art. 202 Rv, tenzij partijen anders zijn overeengekomen (zie ook H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 319). Een vergelijkbare regeling is opgenomen in art. 1042 lid 4 van de (vanwege de *in casu* Duitse plaats van arbitrage toepasselijke) Duitse arbitragewet. Aan deze invalshoek lijkt – althans zo mag op basis van de beschikking worden geconcludeerd – geen aandacht te zijn besteed door partijen. Het is mijns inziens dus bepaald geen gegeven dat de voorlopige bewijsmaatregel waar het hier om gaat in een ICC-arbitrage daadwerkelijk kán worden verkregen. In ieder geval is dat bepaald minder zeker dan in een procedure bij de gewone rechter op de voet van art. 202 Rv.

6. In de tweede plaats dient bezien te worden of deze maatregel anderszins en tijdig in een ICC-arbitrage aan de orde is. De relevante overwegingen van het hof Den Haag staan in de randnummers 6.5 en 6.8. Deze verdienen nadere beschouwing. In randnummer 6.5 oordeelt het hof hierover op beknopte wijze: '[A] Volgens het ICC arbitragereglement is het niet alleen mogelijk dat onafhankelijke deskundigen worden benoemd, ook is daarin [B] bepaald dat de arbitrageprocedure wordt gevoerd "in an expeditious and cost-effective manner" (vgl. artikel 22, 24 en

25 ICC arbitration rules). Verder is [C] in dat arbitragereglement geen specifieke volgorde van behandeling van geschilpunten voorgeschreven. Het is [D] dus mogelijk dat de benoeming van een of meer deskundigen plaatsvindt voorafgaand aan een inhoudelijk debat tussen partijen over andere geschilpunten (...). Het hof volgt Verburg dan ook niet in haar stelling dat [E] in een ICC arbitrage een volledige inhoudelijke procedure moet worden doorlopen voordat een of meer deskundigen kunnen worden benoemd. De gevraagde beslissing – een deskundigenbericht [F] voorafgaand aan de verdere inhoudelijke behandeling van het geschil – kan ook in een ICC arbitrage worden verkregen.’ In de navolgende paragraaf ga ik in op de hiervoor met de markering A tot en met F aangeduide elementen in ‘s hofs overweging.

7. Ten aanzien van element [A] geldt dat het inderdaad mogelijk is dat in een ICC-arbitrage onafhankelijke deskundigen worden benoemd. Dat is geen controversiële constatering, onder meer op basis van art. 25 ICC Arbitragereglement waar het hof ook naar verwijst. Een onafhankelijk deskundige in algemene zin is overigens wel wat anders dan een deskundige die een *voorlopig* deskundigenbericht uitbrengt. Ook past meer nuance bij een overweging zoals in element [B]. De algemene constatering dat een ICC-arbitrage voortvarend en kosten-efficiënt moet (en inderdaad kan) worden gevoerd is juist; de gemiddelde lengte van een reguliere ICC-arbitrage was op basis van de statistische gegevens van de ICC ongeveer 22 maanden. Dat is lang maar steekt niet ongunstig af bij doorlooptijden bij de Nederlandse gewone rechter (waarover R.R. Verkerk in *TCR* 2020/4). Het hof gaat niet in op de mogelijkheid om bij de ICC een *emergency arbitration* (zie art. 29 ICC Arbitragereglement) te voeren. Dat hoeft ook niet nu in zo een emergency procedure – waarover ook in Nederland in de context van art. 1022c/1074d Rv is geprocedeerd (zie onder meer en met precisie rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2124, r.o. 3.3) – geen mogelijkheid bestaat om tot voorlopige bewijsmaatregelen in de zin van art. 202 Rv te komen (zie <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/03/icc-arbitration-adr-commission-report-on-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>). Ook is het hof niet ingegaan op de mogelijkheid om een spoedbodemprocedure te voeren (deze wordt in het ICC-reglement aangeduid als een *expedited*

arbitration, leidt in de regel tot een eindvonnis binnen zes maanden en heeft sinds de invoering in 2017 al meer dan 500 keer plaatsgevonden). Ook daar kon het hof in deze zaak aan voorbijgaan (maar in toekomstige gevallen waarschijnlijk niet) nu het arbitraal beding in de overeenkomst tussen partijen dateert van vóór inwerkingtreding van het ICC-arbitragereglement van 1 maart 2017. Ten aanzien van element [C] geldt dat het inderdaad theoretisch denkbaar is dat een scheidsgerecht reeds voor inhoudelijke behandeling van de zaak een voorlopig deskundigenbericht toelaat – in de (waarschijnlijk onder art. 202 Rv bedoelde) variant waarin op de voet van art. 25 lid 3 ICC-Arbitragereglement door een scheidsgerecht een deskundige wordt benoemd. Maar, dat is – in mijn ervaring als advocaat en in ICC-verband – bepaald uitzonderlijk. Arbiters in ICC-arbitrage zijn überhaupt huiverig om zelf deskundigen te benoemen (zie T.H. Webster & M.W. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell 2021, p. 445). Bovendien is het momentum in de eerste fase van een ICC-arbitrage gericht op het vaststellen van Terms of Reference (althans in een procedure die niet als spoedbodemprocedure geldt) – anders kan dat (en dat is een uitzondering) liggen in een arbitrage op grond van bijvoorbeeld het arbitragereglement van het Deense DIA uit 2021 (art. 32 sub f waar uit volgt dat dit onderwerp reeds bij de eerste *case management conference* aan de orde komt). Een partij die belang heeft bij een voorlopig deskundigenbericht zal dit dus (zeer) goed moeten onderbouwen om een scheidsgerecht te bewegen reeds voor enige inhoudelijke behandeling van de zaak zo een bewijsmaatregel te gelasten. Daarbij zal het belang om te voorkomen dat bewijs verloren gaat een scheidsgerecht naar mijn inschatting bepaald meer aanspreken dan het – in de optie van art. 202 Rv gangbare – willen beoordelen van kansen in een (reeds ahangige) arbitrale bodemprocedure. Als zodanig komt de notie van een voorlopig deskundigenbericht ook niet voor in het ICC-arbitragereglement en ook niet in de ICC Note to the Parties and Arbitral Tribunals (waarover *TvA* 2018/3), en de UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings en de IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration – waar in het kader van ICC-arbitrage veel naar wordt verwezen (zie onder meer T.H. Webster & M.W. Bühler, *ibid.*, par. 25). Ten aanzien van de elementen

[D] en [E] geldt dus dat het een en ander goed uiteengezet moet worden met specifiek oog voor de omstandigheden van het geval en de werking en praktijk van het toepasselijke arbitragereglement en de toepasselijke arbitragewet. Het eindoordeel van het hof, in element [F], kan rechtens juist zijn in de zaak zoals die aan het hof is voorgelegd, maar is in algemene zin niet maatgevend/te kort door de bocht.

8. In randnummer 6.8 overweegt het hof voorts nog als volgt: 'Verburg heeft er op gewezen dat een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in artikel 202 Rv. niet vergelijkbaar is met een deskundigenbericht volgens het ICC arbitragereglement, onder meer omdat niet voorafgaand aan de arbitrageprocedure een (voorlopig) deskundigenbericht kan worden verkregen op grond waarvan de kansen en risico's van een eventuele procedure kunnen worden ingeschat. Het hof merkt hierover op dat het er niet om gaat of het ICC arbitragereglement voorziet in een regeling die exact gelijk is aan de regeling van artikel 202 Rv. Het gaat erom of de gevraagde beslissing – een deskundigenbericht dat wordt uitgebracht voorafgaand aan eventueel verder inhoudelijk debat tussen partijen – ook via ICC arbitrage kan worden verkregen en dat is het geval.' Het (eind)oordeel van het hof is hier mijns inziens weliswaar gericht op doelmatigheid maar desalniettemin inhoudelijk niet goed aanvaardbaar. Er is in ICC-arbitrage slechts sprake van een (tamelijk) theoretische mogelijkheid voor zo een deskundigenbericht. Daar komt bij – en in zoverre volg ik partij Verburg – dat het niet goed denkbaar is dat een scheidsgerecht een deskundigenbericht gelast opdat 'kansen en risico's van een eventuele procedure kunnen worden ingeschat' – die bodemprocedure is alsdan immers reeds aanhangig. Ik meen dat de rechtbank Amsterdam het springende punt in de te maken overweging ex art. 1074d Rv in een vonnis van 30 januari 2020 (ECLI:NL:RBAMS:2020:2124) juist duidt door aan te geven dat er sprake moet zijn van een 'tijdig en volwaardig' alternatief voor de voorziening die van de gewone rechter kan worden verkregen. 'Volwaardigheid' doet meer recht aan de noodzaak dat de gevraagde beslissing in de zin van art. 1074d Rv daadwerkelijk beschikbaar moet zijn; en daar is mijns inziens – in de onderhavige casus – geen sprake van.

9. Tot slot nog een korte aantekening ten aanzien van het arbitraal beding. Het hof memoreert de

overweging van de wetgever dat bij toepassing van art. 1022c en 1074d Rv ook dient te worden bezien wat partijen concreet zijn overeengekomen. Dat sluit ook aan bij de praktijk: het komt in mijn ervaring regelmatig voor dat partijen toegang tot de gewone rechter voor voorlopige voorzieningen open wensen te houden. Het hof oordeelt in randnummer 6.6 dat partijen weliswaar zijn overeengekomen dat zij ten behoeve van 'provisional remedies' de gewone rechter mogen adiëren, maar dat een voorlopig deskundigenbericht niet geldt als zo een 'remedy'. Het hof geeft daarbij aan dat Verburg dit ook niet heeft gesteld. Dat lag mijns inziens wel op de weg van Verburg. Immers, in het arbitraal beding wordt door partijen expliciet verwezen naar provisional remedies: 'Neither party will be precluded from seeking provisional remedies in the courts including, but not limited to, temporary restraining orders and preliminary injunctions, to protect its rights and interests (...)'. Deze opsomming en verduidelijking van de betekenis van de door partijen opgenomen term 'provisional remedies' maakt, onder meer gelet op het bepaalde in art. 1074a Rv (waarin verwezen wordt naar 'maatregel tot bewaring van recht'), dat denkbaar is dat het hof ook op grond van interpretatie van het arbitraal beding tot het aannemen van bevoegdheid had kunnen komen.

mr. R. Schellaars
advocaat bij Van Doorne N.V.

12

Verzoek voorlopig getuigenverhoor: wie het meerdere moet, mag niet het mindere

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
30 juni 2022, nr. 200.307.310/01,
ECLI:NL:GHSHE:2022:2137
(mr. Bartelds, mr. Zweers-van Vollenhoven,
mr. Van der Valk)
Noot mr. F.J. Fernhout

Voorlopig getuigenverhoor. Doorbrekingsjurisprudentie.

[Rv art. 186, 187, 188]

De rechtbank wijst een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor toe, maar stelt wel een reeks voorwaarden. De verzoeker acht die voorwaarden rechtens onjuist en gaat tegen de beschikking in appel. Het hof oordeelt met toepassing van de doorbrekingsjurisprudentie dat het appel ontvankelijk is en acht het appel eveneens gegrond.

[Appellant] te [woonplaats],
appellant,
hierna te noemen: [appellant],
advocaat: mr. I.F.M. Lakwijk te 's-Hertogenbosch,
tegen
mr. [curator], in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van [B.V. 1] B.V. (hierna: [B.V. 1]), [B.V. 2] B.V. (hierna: [B.V. 2]) en [B.V. 3] B.V. (hierna: [B.V. 3]), te [vestigingsplaats],
verweerder,
hierna te noemen: mr. [curator] of de curator,
advocaat: mr. J. Gorissen te Maastricht.

1. *Het verloop van de procedure*
(...; red.)

2. *De beoordeling*

2.1. Het gaat – zakelijk weergegeven – om het volgende.

– De vennootschappen [B.V. 1], [B.V. 2] en [B.V. 3] behoren toe aan de heer [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). Hij is zich vanaf een zeker moment gaan toeleggen op het bouwen van zoge-

heten 'continuation cars' van het type Austin Healey 100S.

– [betrokkene 1] heeft met zeven afnemers koopovereenkomsten gesloten voor nog te bouwen 'continuation cars', die (gedeeltelijk) zijn voorgefinancierd.

– Op 30 december 2014 is tussen [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) en [B.V. 1] een geldleningsovereenkomst opgemaakt voor € 165.000,00 en is aan [betrokkene 2] een pandrecht verstrekt.

– Op 9 september 2019 en 4 november 2019 heeft [appellant] geldleningen aan [B.V. 1] verstrekt van € 125.000,00 respectievelijk € 199.308,81. [B.V. 1] heeft daartoe aan [appellant] een stil pandrecht verstrekt op al haar toenmalige en toekomstige roerende zaken.

– Bij vonnissen van 30 juni 2020 ([B.V. 1]), respectievelijk 28 juli 2020 ([B.V. 2] en [B.V. 3]), zijn de hiervoor vermelde vennootschappen in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. [curator] tot curator.

– Omstreeks 25 november 2020 is tussen de pandhouders, [appellant] en [betrokkene 2], en de curator een overeenkomst tot stand gekomen, waarbij zij de curator de opdracht hebben gegeven de aan hen verpande zaken te hunnen behoeve te verkopen (hierna: de opdrachtovereenkomst). [appellant] en [betrokkene 2] hebben daarop de door hen (inmiddels) in vuistpand genomen zaken terug laten brengen naar het bedrijfspan van [B.V. 1].

– In april 2021 heeft een executieverkoop plaatsgevonden.

– In het verzoekschrift van 6 juli 2021 heeft [appellant] de rechtbank Limburg verzocht een voorlopig getuigenverhoor te bevelen, omdat hij opgehelder wil hebben wat er met de aan hem verpande inventaris en voorraad is gebeurd, onder andere in de periode tussen 13 oktober 2019 en de executieverkoop in april 2021. [appellant] heeft gesteld dat de curator zich bij het veilen van de inventaris en later ook de voorraad van [B.V. 1] niet aan de opdrachtovereenkomst heeft gehouden en schade voor de pandhouders heeft veroorzaakt. Verder heeft [appellant] gesteld concrete redenen te hebben om aan te nemen dat de curator inbreuk heeft gemaakt op zijn zakelijk recht, door zaken die aan zijn pandrecht onderworpen waren zonder zijn toestemming weg te geven aan derden. [appellant] is voornemens om tegen de curator vorderingen in te stellen strekkende tot onder meer aansprakelijkstelling voor schade als