

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. DARMON

van 19 februari 1991 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

de opzet en de samenhang van de bepalingen van het Verdrag.

1. De uitlegging van het Executieverdrag (hierna ook: „het Verdrag”) veroorzaakt vele moeilijkheden, want nog afgezien van de ingewikkeldheid van de materie worden er begrippen gebruikt die in de nationale rechtsstelsels nauwkeurig, maar vaak onderling afwijkend zijn omschreven, hetgeen het Hof er herhaaldelijk toe heeft gebracht, er een autonome betekenis aan te geven. Daarbij is de doelstelling van het Verdrag — het „vrije verkeer van rechterlijke beslissingen” te verzekeren — een betrouwbaar baken, dat het mogelijk maakt oplossingen te verwerpen die tot een veelvoud van procedures voor de verschillende rechterlijke instanties zouden leiden, met het daarmee samenhangende gevaar van onverenigbare beslissingen.¹

2. Dit voortdurende en terechte streven van de rechtspraak van het Hof stuit evenwel op een duidelijke grens: die welke door het toepassingsgebied van het Verdrag zelf wordt getrokken. De onderhavige prejudiciële zaak over de draagwijdte van artikel 1, tweede alinea, sub 4, van het Verdrag, dat arbitrage van de toepassing ervan uitsluit, biedt ons de gelegenheid eraan te herinneren, dat 's Hof's uitlegging, hoe constructief en resoluut ook, er niet toe mag leiden, dat men zich verwijdt van de tekst,

3. Deze inleidende opmerkingen zijn ingegeven door bepaalde analyses die in deze zaak zijn gemaakt en waarin op een wat rituele wijze een beroep wordt gedaan op de doelstellingen van het Verdrag met voorbijgaan aan alle andere overwegingen, zelfs wanneer deze dwingend voortvloeiën uit de logica daarvan en uit de bijzondere kenmerken van het probleem dat ons thans bezighoudt: de internationale arbitrage. Dit moeilijke probleem kan niet worden aangevat zonder iets te zeggen over het huidige fundamentele belang van de arbitrage binnen de „international business community”, zoals dat in de literatuur wordt genoemd.² Als een instrument dat bijdraagt tot de uitbreiding van de wereldhandel, is internationale arbitrage in de gehele wereld de „meest gebruikte methode om internationale handelsgeschillen op te lossen”.³ Die sterke tendens⁴ kan worden geïllustreerd door deze bepaling van de slotakte van de conferentie van Helsinki (CSCE) van 1 augustus 1975:

„De deelnemende Staten, overwegend dat de onmiddellijke en onpartijdige regeling van geschillen die kunnen voortvloeiën uit handelstransacties met betrekking tot goederen en diensten en contracten voor indu-

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Zie bij voorbeeld het arrest van 8 december 1987 (zaak 144/86, Gubisch/Palumbo, Jurispr. 1987, blz. 4861), waarin een autonoom ruim begrip van aanhangigheid is ontwikkeld; zie met betrekking tot dit arrest onder meer H. Gaudemet-Tallon: *RCDIP*, 1988, blz. 371; A. Huet: *Chnet*, 1988, blz. 537; Linke: *RIW*, 1988, blz. 818, 822.

2 — P. Fouchard: *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, blz. 25.

3 — P. Mayer: „L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989, V, deel 217, blz. 321, Martinus Nijhof, 1990.

4 — Zie betreffende het mondiaal karakter van het beroep op de internationale arbitrage onder meer M. Gaudet: *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Story-Scientia, 1989, blz. 339 e. v.

striële samenwerking; zou bijdragen tot de uitbreiding en vergemakkelijking van de handel en de samenwerking; overwegend dat arbitrage een passend middel is voor de regeling van deze geschillen; bevelen organisaties, ondernemingen, en firma's in hun landen aan, waar dienstig, arbitrageclausules op te nemen in handelscontracten en contracten voor industriële samenwerking of in bijzondere overeenkomsten; bevelen aan dat de arbitragebepalingen voorzien in arbitrage krachtens een wederzijds aanvaardbaar geheel van arbitrageregels en arbitrage mogelijk maken in een derde land, daarbij rekening houdend met bestaande intergouvernementele en andere overeenkomsten op dit gebied."

can also appoint a person of their choice having expert knowledge in the field."

En de auteur vervolgt:

„These and other advantages are only potential until the necessary legal framework can be internationally secured. This legal framework should at least provide that the commitment to arbitrate is enforceable and that the arbitral decision can be executed in many countries, precluding the possibility that a national court review the merits of the decision."

4. De auteur van een belangrijk boek over het Verdrag van New York van 1958⁵ — het voornaamste multilaterale document op het gebied van arbitrage — beschrijft perfect de diepgevoelde behoeften waaraan de internationale arbitrage beantwoordt en die er een heel eigen karakter aan geven vergeleken met nationale arbitrage:

„The foreign court can be an alien environment for a businessman because of his unfamiliarity with the procedure which may be followed, the laws to be applied, and even the mentality of the foreign judges. In contrast, with international commercial arbitration parties coming from different legal systems can provide for a procedure which is mutually acceptable. They can anticipate which law shall be applied: a particular law or even a *lex mercatoria* of a trade. They

5. De beslissing die het Hof in casu moet nemen, is niet zonder gevolg voor de juridische stabiliteit die de internationale arbitrage binnen de Gemeenschap geniet. Sommige van de stellingen die in deze zaak voor het Hof zijn voorgedragen, zouden, indien het Hof ze zou bevestigen, reeds verworven beginselen opnieuw op losse schroeven kunnen zetten door voor onbepaalde tijd de verwachtingen ter zake te verstoren. Bovendien, zoals het Hof ongetwijfeld weet, bestaan er in de Europese Gemeenschap belangrijke centra van internationale arbitrage, wier ontwikkeling de laatste tijd is begunstigd door een grote activiteit op het gebied van rechtsleer, wetgeving en rechtspraak. Het probleem dat door de prejudiciële vraag van de Court of Appeal is opgeworpen, moet dan ook minutieus worden onderzocht.

6. Het EEG-Verdrag — het gemeenschapsrecht heeft een dusdanige draagwijdte, dat

⁵ — A. J. van den Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958*, T. M. C. Asser Instituut, Den Haag, 1981, blz. 1.

aan enigerlei betrekking met arbitrage⁶ niet valt te ontkomen — bepaalde in artikel 220:

„De Lid-Staten treden, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling ter verzekering, voor hun onderdanen, van

(...)

— de vereenvoudiging van de formaliteiten waaraan de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken onderworpen zijn.”

7. Desondanks bepaalt artikel 1 Executieverdrag, waarvan de tekst door de toetredingsverdragen op dat punt niet is gewijzigd:

„Dit Verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. (...)

Het is niet van toepassing op:

6 — Voor een analyse van de betrekkingen tussen gemeenschapsrecht en arbitrage, zie met name R. Kovar: „Droit communautaire de la concurrence et arbitrage” in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, 1982, blz. 109; L. Goffin: „Arbitrage et droit communautaire”, in *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fétweis, Story-Scientia*, 1989, blz. 159; X. de Mello: „Arbitrage et droit communautaire”, *Revue de l'arbitrage*, 1982, blz. 349; ik herinner eraan, dat het Hof in het arrest van 23 maart 1982 (zaak 102/81, Nordsee, Jurispr. 1982, blz. 1095) heeft uitgesloten, dat een arbiter het Hof in het kader van artikel 177 een prejudiciële vraag kan stellen.

1) de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;

2) het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;

3) de sociale zekerheid;

4) *de arbitrage*”.⁷

8. Zonder in dit stadium in te gaan op de vraag welke draagwijdte aan die bepaling moet worden toegekend, zij hier herinnerd aan de redenen zoals uiteengezet in het rapport van het comité van deskundigen dat het ontwerp-verdrag heeft opgesteld:

„Artikel 220 van het Verdrag van Rome noemt ook de arbitrage. Deze stof is echter reeds in talrijke internationale overeenkomsten geregeld. Bovendien heeft de Raad van Europa een Europees verdrag opgesteld, houdende een eenvormige wet op het gebied van de arbitrage, waaraan waarschijnlijk nog een protocol zal worden gehecht; meer dan het Verdrag van New York beoogt dit protocol de erkenning en de tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken te vergemakkelijken.”⁸

7 — Cursivering van mij.

8 — Rapport van P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 1, 13). Zie eveneens het rapport van de professoren D. Evrigenis en K. D. Kerameus over de toetreding van Griekenland tot het Verdrag (PB 1986, C 298, blz. 1, 10): „Voor het in artikel 1, tweede alinea, punt 4, uitzonderen van arbitrage, een vorm van rechtspraak die wordt toegepast op het gebied van burgerlijke en voornamelijk van handelszaken, is de reden dat er al veel internationale overeenkomsten bestaan die dit onderwerp regelen.”

9. Een kort historisch overzicht van de totstandkoming van de internationale verdragen op het gebied van de internationale arbitrage is hier op zijn plaats.⁹ Tot na de eerste wereldoorlog was het recht ter zake bijna uitsluitend¹⁰ onderworpen aan de nationale rechtsstelsels, die evenals de rechterlijke instanties vaak afkerig waren van arbitrage. De ontwikkeling van de internationale arbitrage na het einde van de eerste wereldoorlog leidde tot een omvangrijke internationale regelgevende activiteit onder auspiciën van de Volkenbond.¹¹ De vaststelling van het Protocol van Genève van 1923¹² — dat de geldigheid bevestigde van de arbitragebedingen, die toen door tal van nationale rechtsstelsels werden verboden, en de overheidsrechtshouders verplichtte geschillen ten aanzien waarvan een arbitragebeding bestond, naar een scheidsrecht te verwijzen — en vervolgens, in 1927¹³, de vaststelling van het Verdrag van Genève nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, leidde tot een verbetering van de rechtssituatie van de internationale arbitrage.

10. Bepaalde restrictieve aspecten van die verdragen beperkten evenwel de omvang van hun bijdrage aan een werkelijk bevredigend functioneren van de internationale arbitrage.¹⁴ Vooral de manier waarop artikel 1 van het Verdrag van Genève van 1927 werd uitgelegd — de te erkennen en ten uitvoer te leggen uitspraak moest definitief zijn geworden in het land waar zij was gewezen —, maakte het vaak noodzakelijk een „dubbel exequatur” te verkrijgen, eerst van de rechterlijke instanties van de plaats van arbitrage, vervolgens van de rechterlijke

instanties van de staat van tenuitvoerlegging. Na de tweede wereldoorlog werd het zoeken naar internationale oplossingen voortgezet. In het kader van de werkzaamheden van het Economisch en Sociaal Comité van de Verenigde Naties werd toen het ontwerp-verdrag van New York van 10 juni 1958 opgesteld. Die tekst, die tal van belangrijke wijzigingen bevat ten opzichte van de Verdragen van Genève¹⁵, heeft betrekking op twee wezenlijke aspecten van de internationale commerciële arbitrage: de rechtsgeldigheid van arbitragebedingen¹⁶ en de tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken. Met name moet worden beklemtoond, dat het vereiste van „dubbel exequatur” werd afgeschaft. Meer dan tachtig staten, waarvan elf van de EEG¹⁷, zijn toegetreden tot dat Verdrag, dat thans de voornaamste grondslag vormt voor de internationale arbitrage.

„The modern tendency is for a coming together of the different systems of law which govern the procedural aspects of international commercial arbitration and the recognition and enforcement of international awards. This is partly because of the unifying effect of conventions on arbitration, most importantly the New York Convention.”¹⁸

„The New York Convention (...) is easily the most important international treaty relating to international commercial arbitration. The general level of success of the conven-

9 — Zie inzonderheid A. J. van den Berg, op. cit., blz. 6 e. v.

10 — Vanaf de tweede helft van de 19e eeuw waren evenwel met name tussen Europese staten bilaterale verdragen gesloten.

11 — En op initiatief van de Internationale kamer van Koophandel, die een bijzonder actieve rol heeft gespeeld bij de opstelling in dezelfde periode van de internationale verdragen op het gebied van arbitrage.

12 — Société des Nations, *Recueil des traités* 158 (1924).

13 — Société des Nations, *Recueil des traités* 302 (1929-1930).

14 — Zie ter zake A. J. van den Berg, op. cit., blz. 7.

15 — Voor een samenvattende beschrijving daarvan, zie A. J. van den Berg, op. cit., blz. 9.

16 — Gewaarborgd door artikel II, lid 3, van het Verdrag: „De rechter van een Verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan, verwijst partijen op verzoek van een hunner naar arbitrage, tenzij hij constateert, dat genoemde overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.”

17 — Portugal, dat de Verdragen van Genève had ondertekend, is tot op heden niet tot het Verdrag van New York toegetreden.

18 — A. Redfern en M. Hunter: *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet and Maxwell, London, 1986, blz. 43.

tion may be seen as one of the factors responsible for the rapid development over recent decades of arbitration as a mean of resolving international trade disputes.”¹⁹

11. Al vormt het Verdrag van New York het belangrijkste instrument van de internationale arbitrage, daarnaast valt te vermelden het potentiële gewicht van de recente modelwet van 1985 van de Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht (UNCITRAL) inzake de internationale commerciële arbitrage.²⁰ De bepalingen van die modelwet vormen een referentiekader voor de nationale wettelijke regelingen²¹ inzake het arbitragebeding, de samenstelling van het scheidsgerecht, de scheidsrechterlijke procedure, het geven van beslissingen, de voorzieningen daartegen alsmede hun erkenning en tenuitvoerlegging. In navolging van de ontwikkeling in de nationale rechtsstelsels houdt de modelwet het beginsel aan van de „bevoegdheid-bevoegdheid”²² van de arbiter, volgens hetwelk deze, behoudens latere rechterlijke controle, zelf zijn eigen bevoegdheid mag beoordelen.

„In adopting the concept of ‚competence/competence’, the Model Law has recognised the general trend of modern national legal systems, and of international conventions, which allow an arbitral tribunal to determine its own jurisdiction. However, the Model Law does not give an arbitral tribunal the final word; there is position for concurrent control by the court specified by article 6.”²³

19 — Ibid., blz. 362.

20 — Zie daarover Jarvin: „La loi-type de la Cnudei”, *Revue de l'Arbitrage*, 1986, blz. 509; Fouchard: „La loi-type de la Cnudei sur l'arbitrage commercial international”, *Clunet*, 1987, blz. 861; Redfern en Hunter, op. cit., blz. 402 e. v.

21 — Voor een voorbeeld van een wettelijke regeling waarin de modelwet is overgenomen, zie A. Alvarez: „La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international”, *Revue de l'Arbitrage*, 1986, blz. 529.

22 — Zie hiervoor met name Fouchard, op. cit., blz. 135 e. v.; Mayer, op. cit.; Redfern en Hunter, op. cit., blz. 213-215; Mustill en Boyd: *Commercial arbitration*, London, Butterworths, 1982, blz. 516 e. v.

23 — Redfern en Hunter, op. cit., blz. 395.

12. Naast deze instrumenten²⁴ bestaan er tal van regionale verdragen op het gebied van de internationale arbitrage in handelszaken. Beperken wij ons tot Europa, dan vallen twee verdragen te noemen: het Europees Verdrag inzake de internationale arbitrage in handelszaken van 21 april 1961²⁵ en het Europees Verdrag houdende een eenvoudige wet op het gebied van de arbitrage van 20 januari 1966 (Verdrag van Straatsburg).²⁶ Het eerste hiervan, een aanvulling op het Verdrag van New York, beperkt de gronden voor weigering van erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken. Meer bepaald, vernietiging van de uitspraak door de rechterlijke instanties van de staat waarin zij is gewezen, kan slechts een reden zijn om verlot tot tenuitvoerlegging te weigeren, indien de nietigverklaring op bepaalde gronden berust.²⁷ Het Europees Verdrag van 1961 erkent voorts het beginsel van de „bevoegdheid-bevoegdheid” van de arbiters en regelt het geval van litispendingie tussen de arbitrageprocedure en een later beroep op de overheidsrechter. Dit Verdrag bindt twintig Lid-Staten, waaronder zeven van de Gemeenschap.²⁸ Daarentegen heeft het Verdrag van Straatsburg niet het aanvankelijk verwachte succes gehad, daar slechts één staat, België, het tot op heden heeft bekrachtigd.

13. Tegelijkertijd hebben de nationale rechtsstelsels in toenemende mate de behoeften aan internationale arbitrage in handelszaken erkend door de consequenties van

24 — In dit verband moet eveneens worden vermeld het Verdrag houdende de beslechting van geschillen met betrekking tot beleggingen tussen staten en onderdanen van andere staten van 1965, het Verdrag van Washington (*Recueil des traités des Nations Unies*, 1966, deel 575, blz. 160, nr. 8359); dit Verdrag is van toepassing op geschillen tussen een verdragsluitende staat en een onderdaan van een andere staat betreffende een belegging.

25 — Zie hiervoor met name D. Hascher: „Commentary on the European Convention on Commercial Arbitration”, *Yearbook Commercial Arbitration*, deel XV, 1990, blz. 619.

26 — Serie Europese Verdragen 1966.

27 — Artikel IX van het Verdrag.

28 — België, Denemarken, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië en Luxemburg; ook niet-Europese staten kunnen tot het Verdrag toetreden.

de wilsautonomie in de internationale orde te aanvaarden. Die tendens is bijzonder duidelijk in Europa en komt tot uiting zowel op wetgevend gebied²⁹ als in de standpunten van overheidsrechters die niet afwijzend staan tegenover internationale arbitrage.

14. „It used occasionally to be suggested that the English courts were hostile to the process of arbitration. Whether this was ever true, in the distant past, is a matter of opinion. What must be clear, to anyone reading the judgments delivered during the past 60 years, is that this is now a complete misconception.”³⁰

Wat hier over de Britse gerechten wordt gezegd, geldt zonder enige twijfel ook voor de meeste andere nationale gerechten.

29 — De laatste tien jaar hebben een golf van nationale hervormingen ten gunste van de internationale arbitrage te zien gegeven; zo heeft de Arbitration Act van 1979 in het Verenigd Koninkrijk de beroepen tot nietigverklaring tegen internationale scheidsrechterlijke uitspraken beperkt; de Franse hervorming van 1981 wordt gekenmerkt door een zeer liberale opstelling tegenover internationale arbitrage, evenals de Belgische wet van 1985 en de Portugese wet van 1986; zie ook de Italiaanse wet van 1986 waarbij de arbitrage is gemoderniseerd, alsmede de Spaanse wet van 1988; zie buiten de Gemeenschap de Zwitserse federale wet op het internationaal privaatrecht van 1987.

30 — Mustill en Boyd, op. cit., blz. 7; dit citaat doet onweersstaanbaar denken aan de bewoordingen van de zeer belangrijke beslissing *Mitsubishi/Soler* (105 VS, 1985, blz. 3346) van de Supreme Court van de Verenigde Staten, volgens welke op de Sherman Act gebaseerde verdringen in het kader van een geschil over een internationale handelstransactie voor arbitrage in aanmerking kwamen: „we are well past the time when judicial suspicion of the desirability of arbitration and the competence of arbitral tribunals inhibited the development of arbitration as an alternative means of dispute resolution”; zie over die beslissing onder meer J. Robert: „Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt *Mitsubishi/Soler*”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, blz. 173, en de referenties in T. E. Carbonneau: *Le droit américain de l'arbitrage* (travaux offerts au professeur Albert Fettweis), blz. 210, noot 20.

15. De voorgaande grove schets, die aangevuld zou moeten worden met een beschrijving van de belangrijke rol van de permanente arbitrage-instellingen of van de opkomst van een nieuwe „lex mercatoria”³¹, biedt een algemeen beeld van de internationale arbitrage, die zich geleidelijk heeft vrijgemaakt uit het nationale kader en volgens sommige commentatoren neigt tot „denationalisatie” of zelfs tot „delocalisatie”.³²

16. De onderhavige prejudiciële zaak is om twee redenen van groot belang: het is de eerste keer dat een Britse rechter een zaak over het Executieverdrag aanhangig maakt, en het is de eerste gelegenheid voor het Hof, zich uit te spreken over de draagwijdte van de uitsluiting van de arbitrage van het toepassingsgebied van dat Verdrag.³³ Voor een goed begrip van hetgeen op het spel staat, is een korte samenvatting van de feiten van de zaak noodzakelijk.

31 — Zie over de lex mercatoria met name B. Goldman: „Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives de philosophie du droit*, 1964, blz. 177; „La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives”, *Clunet*, 1979, blz. 475; M. Mustill: *The New Lex Mercatoria*, liber amicorum for Lord Wilberforce, 1987, Bos and Brownlie editors; J. Paulsson: „La lex mercatoria dans l'arbitrage CCF”, *Revue de l'arbitrage*, 1990, nr. 1, blz. 55; voor kritische opmerkingen zie met name P. Lagarde: „Approche critique de la lex mercatoria”, „Le droit des relations économiques internationales”, *Études offertes à Berthold Goldman*, 1982, blz. 125, en de aangehaalde auteurs in Paulsson, op. cit., blz. 57, noot 11.

32 — Over de delocalisatie van de internationale arbitrage, zie met name Fouchard, op. cit., blz. 22 e. v.; Paulsson: „Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin” (1981) 30 *ICQIL* 358; „Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters” (1983) 32 *ICLQ* 53; Sanders: „Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, 1975, deel II, blz. 207; voor een kritische analyse van die theorie, zie met name Redfern en Hunter, op. cit., blz. 55 e. v.; Park: „The lex fori arbitri and International Commercial Arbitration” (1983) 32 *ICLQ*; A. J. van den Berg, op. cit., blz. 29 e. v.

33 — Zie dienaangaande twee artikelen verschenen na het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing: D. R. Thomas: „The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective”, *Journal of International Arbitration*, 1990, blz. 44; de auteur bepleit een oplossing waarbij het aan de verwijzende rechter voorgelegde geschil van de werkingsfeer van het Verdrag wordt uitgesloten; M. J. Bonell bepleit een omgekeerde stelling in „Le Corte Inglese e i contratti commerciali internazionali: English law and jurisdiction über alles?”, *Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno*, juli-december 1989, blz. 329.

17. Bij telexbericht van 23 januari 1987 deed Marc Rich & Co. AG (hierna: „Marc Rich”) de Società Italiana Impianti PA (hierna: „SII”) een bod toekomen voor een partij ruwe olie uit Iran. SII aanvaardde dit bod op 25 januari daaraanvolgend, onder voorbehoud van aanvullende voorwaarden die Marc Rich op 26 januari schijnt te hebben aanvaard; op die datum werd volgens SII een volledige overeenkomst gesloten. Op 28 januari zond Marc Rich een nieuw telexbericht, waarin de contractvoorwaarden waren vermeld en dat voorts de volgende clausule bevatte:

„Toepasselijk recht en arbitrage

De uitlegging, geldigheid en uitvoering van deze overeenkomst wordt beheerst door Engels recht. Alle geschillen tussen koper en verkoper worden voorgelegd aan drie arbiters te Londen. Elke partij benoemt één arbiter; de derde arbiter wordt aangewezen door de twee aldus door partijen gekozen arbiters. De beslissing van de arbiters of van twee van hen is definitief en bindend voor partijen.”

Op die telex werd niet geantwoord.

18. De inlading van de ruwe olie in de „Atlantic Emperor” begon enkele dagen later en werd op 6 februari voltooid. Naar het schijnt op dezelfde dag beklagde Marc Rich zich erover, dat de lading ernstig verontreinigd was, met als gevolg een schade van meer dan 7 miljoen USD.

19. Op 18 februari 1988 maakte de Italiaanse vennootschap in Italië een rechts-

zaak aanhangig, waarin zij verzocht om een verklaring voor recht, dat zij niet aansprakelijk was tegenover Marc Rich. De dagvaarding werd op 29 februari 1988 betekend aan Marc Rich, die op dezelfde dag in Londen een arbitrageprocedure inleidde en een arbiter aanwees en op 4 oktober 1988 met een beroep op het arbitragebeding concludeerde dat de Italiaanse rechter onbevoegd was. Verder maakte Marc Rich daarna de zaak rechtstreeks aanhangig bij de Italiaanse Corte di Cassazione, ten einde de Italiaanse gerechten op grond van het arbitragebeding onbevoegd te laten verklaren. Daar SII geen arbiter aanwees, diende Marc Rich op 20 mei 1988 een verzoekschrift in om krachtens de Arbitration Act van 1950 een arbiter te doen aanwijzen door de High Court. De Britse rechter gaf toestemming tot betekening van het inleidend verzoekschrift aan SII in Italië. Op 8 juli 1988 verzette de Italiaanse vennootschap nietigverklaring van die toestemming, met het betoog dat het werkelijke geschil tussen partijen de vraag betrof of het betrokken contract al dan niet een arbitrageclausule bevatte. Dat geschil zou vallen onder de werkingssfeer van het Executieverdrag en moest bijgevolg in Italië worden berecht. Volgens Marc Rich was op dit geschil het Verdrag niet van toepassing als gevolg van artikel 1, dat arbitrage uitsluit.

20. Rechter M. Hirst oordeelde dat het Verdrag niet van toepassing was op het geschil en dat het contract door Engels recht werd beheerst, en gaf toestemming tot betekening in het buitenland. Tegen deze beslissing werd beroep aangetekend. Hoewel beide partijen in het hoofdgeding er blijkbaar weinig voor voelden de kwestie door middel van een prejudiciële verwijzing aan het Hof voor te leggen, en de Court of Appeal uitnodigden zelf te beslissen over de uitlegging van het Verdrag, heeft deze rechterlijke instantie het Hof de volgende drie vragen gesteld:

- „1) Omvat de uitzondering van artikel 1, tweede alinea, sub 4, Executieverdrag
21. Vooraf twee opmerkingen.

a) alle gedingen of beslissingen, en zo ja,

b) gedingen of beslissingen over het aanvankelijke bestaan van een arbitrageclausule?

- 2) Zo het onderhavige geschil binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag valt en niet onder bovengenoemde uitzondering, kunnen de kopers zich dan niettemin tot de gerechten in Engeland wenden krachtens

a) artikel 5, sub 1, Executieverdrag en/of

b) artikel 17 Executieverdrag?

- 3) Zo de kopers zich anderszins dan krachtens de bepalingen vermeld sub (2) tot de gerechten in Engeland kunnen wenden,

a) moet het kennisnemende gerecht zich dan onbevoegd verklaren of moet het de behandeling van de zaak schorsen overeenkomstig artikel 21 Executieverdrag, of, subsidiair,

b) de behandeling van de zaak schorsen overeenkomstig artikel 22 Executieverdrag, op grond dat de zaak het eerst bij het Italiaanse gerecht is aangebracht?”

22. De eerste betreft de adviezen van de heren Jenard en Schlosser die SII aan het Hof heeft voorgelegd. Zoals men weet, gaat het daarbij om de personen die de rapporten hebben opgesteld van de comités van deskundigen die het oorspronkelijke Verdrag en het Toetredingsverdrag voor Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk hebben voorbereid. Die rapporten zijn door het Hof dan ook steeds in aanmerking genomen.³⁴ Ook in de Civil Jurisdiction and Judgments Act van 1982³⁵ wordt er uitdrukkelijk naar verwezen voor de uitlegging van het Verdrag door de Britse rechterlijke instanties. Daarentegen is het duidelijk, dat de standpunten die het Hof thans zijn voorgelegd, niet meer zijn dan simpele adviezen, die niet méér gewicht kunnen hebben dan er op grond van hun merites aan kan worden toegekend. Deze precisering is te meer noodzakelijk, omdat Schlosser een stelling verdedigt die in elk opzicht ingaat tegen het standpunt dat in het officiële rapport dat zijn naam draagt, is verwoord met betrekking tot de toepassing van het Verdrag op voor overheidsrechters gebrachte geschillen in verband met arbitrage.

34 — Zie bij voorbeeld de arresten van 26 mei 1982 (zaak 133/81, Ivenel en Schwab, Jurispr. 1982, blz. 1891); 15 november 1983 (zaak 288/82, Duijnstee, Jurispr. 1983, blz. 3663); 27 september 1988 (zaak 189/87, Kalfelis, Jurispr. 1988, blz. 5565).

35 — Part I, Section 3 (3) luidt als volgt:
„3. Interpretations of the Conventions:

1) Any question as to the meaning or effect of any provision of the Conventions shall, if not referred to the European Court in accordance with the 1971 Protocol, be determined in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court.

2) Judicial notice shall be taken of any decision of, or expression of opinion by, the European Court on any such question.

3) Without prejudice to the generality of subsection (1), the following reports (which are reproduced in the Official Journal of the Communities), namely

a) the reports by Mr P. Jenard on the 1968 Convention and the 1971 Protocol; and

b) the report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention, may be considered in ascertaining the meaning or effect of any provision of the Conventions and shall be given such weight as is appropriate in the circumstances.”

23. De tweede opmerking betreft de draagwijdte van het door het Hof te geven antwoord op de eerste vraag, die de Court of Appeal in zeer algemene bewoordingen heeft gesteld. Deze algemene formulering zou het Hof ertoe kunnen brengen, een groot aantal gevallen te onderzoeken met betrekking tot de draagwijdte van de uitsluiting van arbitrage van de toepassing van het Executieverdrag. Ik denk hierbij met name aan de netelige kwestie die tijdens de onderhandelingen vóór de toetreding van het Verenigd Koninkrijk is gerezen.³⁶ De delegatie van die staat had, naar het schijnt, de stelling verdedigd, dat het Verdrag niet van toepassing was op de erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing ten gronde die een overheidsrechter zou geven omdat hij een arbitrageovereenkomst over het hoofd had gezien of als ongeldig had beschouwd. Ofschoon die stelling niet door de oorspronkelijke Lid-Staten lijkt te zijn aanvaard, heeft dit verschil van mening niet tot een wijziging van de tekst van het Verdrag geleid. Volgens het rapport-Schlosser „kunnen de Lid-Staten de genoemde onzekerheid ten aanzien van de uitlegging in hun invoeringswetgeving op de koop toe nemen”.³⁷ Welke opvatting men op dit punt ook geneigd kan zijn te volgen, vaststaat dat die moeilijkheid niets te maken heeft met het geschil voor de verwijzende Britse rechter. Anders dan de Franse regering heeft gesuggereerd, stel ik het Hof daarom voor, in zijn antwoord aan de Court of Appeal niet op die kwestie in te gaan. Ik deel de mening van de Duitse regering, dat het Hof zich in zijn antwoord moet beperken tot de verduidelijkingen die voor de beslissing in het hoofdgeding noodzakelijk zijn.

24. Het verzoek van Marc Rich betreft de *aanwijzing van een arbiter*, dat wil zeggen de samenstelling van het scheidsgerecht. De

raadsman van SII stelt de prealabele vraag, of de *arbitrageovereenkomst wel bestaat*. Dit zijn ontegenzegglijk de wezenlijke punten in het geding voor de verwijzende rechter en ik stel het Hof voor, voor zijn uitlegging van artikel 1, tweede alinea, sub 4, van het Verdrag van die punten uit te gaan.

25. In dit verband schijnt enige verwarring te zijn ontstaan doordat SII betwist dat het geding voor de verwijzende rechter de aanwijzing van een arbiter betreft. Het „voornaamste of echte geschil tussen partijen” zou betrekking hebben op de vraag of er een arbitrageovereenkomst bestaat. In de huidige stand van het geding is dit stellig de belangrijkste vraag. Procesrechtelijk gezien is het slechts een incidentele of, beter nog, een prealabele vraag. SII zelf verklaarde ter terechtzitting, dat de vraag of er een arbitrageovereenkomst bestaat, moet worden beslist *voordat* een arbiter kan worden aangewezen. In haar schriftelijke opmerkingen zegt zij uitdrukkelijk:

„De door koper bij de Engelse rechter ingediende vordering strekt ertoe, een arbiter te doen aanwijzen. Maar zoals de rechter heeft verklaard — en koper heeft hem op dat punt niet tegengesproken —, deze vordering kan niet worden toegewezen zolang koper niet heeft aangetoond dat er een geldige arbitrageovereenkomst bestaat.”

Een prealabele vraag zou niet beter kunnen worden omschreven.

36 — Zie rapport-Schlosser paragrafen 61 en 62 (PB 1979, C 59, blz. 92 en 93).

37 — Rapport-Schlosser, reeds aangehaald, paragraaf 61.

26. Verder merk ik op, dat dit aan continentale juristen welbekende onderscheid tussen prealabele en hoofdvraag juist in de onderhavige materie reeds door „common law”-juristen is gebruikt. In een beslissing van de High Court — over de prerogatieven van arbiters wier bevoegdheid wordt betwist — werd de kwestie van de bevoegdheid, die voorafgaat aan de beoordeling ten gronde van het geschil, specifiek aangemerkt als een „preliminary matter” in de volgende bewoordingen:

„They are entitled to inquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties — because that they cannot do — but for the purpose of satisfying themselves as a *preliminary matter* whether they ought to go on with the arbitration or not.”³⁸

27. Hoewel het in dit citaat gaat om een voor een arbiter gerezen vraag over diens eigen bevoegdheid, kan de — overigens logische en voor de hand liggende — analyse dat het een prealabele vraag betreft, niet anders luiden in een geding voor een overheidsrechter die gevraagd is een arbiter aan te wijzen.

28. Volgens de stelling van SII, die gedeels berust op de adviezen van Jenard en Schlosser, is het Verdrag van toepassing op

het bij de verwijzende rechter aanhangige geding. Op het eerste gezicht is die conclusie in tegenspraak met de oplossing waartoe men zou komen vanuit de tot dusverre aanvaarde beginselen betreffende de toepassing van de in het Verdrag genoemde uitsluitingen, welke beginselen ik eerst zal beschrijven. Die oplossing is zeer duidelijk uiteengezet in de opmerkingen van de Duitse regering. Zij is helder en nauwkeurig. Het uitgangspunt van de analyse is hier het onbetwistbare beginsel, dat „de uitgesloten onderwerpen dit echter alleen zijn wanneer zij het hoofdonderwerp van het rechtsgeding uitmaken”.³⁹

29. In casu gaat het geding, zoals wij zagen, primair over de aanwijzing van een arbiter. Het rapport-Schlosser is op dit punt categorisch:

„Het Executieverdrag heeft geen betrekking op gerechtelijke procedures die ten dienste staan van een arbitrageprocedure, zoals bij voorbeeld procedures voor de benoeming of afzetting van scheidsrechters (...)”.⁴⁰

Alle auteurs die dit punt hebben behandeld, zijn het er dan ook over eens, juist die pro-

38 — Christopher Brown LD. — Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer und Holzwirtschaftsbetriebe, Registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (1952 C. 3851) I Q. B. 1954, blz. 8, 12 en 13, cursivering van mij.

39 — Rapport-Jenard, loc. cit., blz. 10; P. Bellet: „L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun”, *Clunet*, 1965, blz. 833, 851 en 852.

40 — Loc. cit., blz. 93.

cedure van de toepassing van het Executieverdrag uit te sluiten.⁴¹

30. Tenzij wij ons aansluiten bij het herziene radicale standpunt van Schlosser in zijn bijgewerkt advies, namelijk dat het Executieverdrag van toepassing is op alle voor rechterlijke instanties gebrachte geschillen in verband met arbitrage — op het standpunt zal ik later terugkomen —, is er geen ruimte voor twijfel: het Executieverdrag is niet van toepassing op het hoofdonderwerp van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding. Voor deze rechter ligt echter ook de prealabele vraag, of er wel een arbitrageovereenkomst bestaat.

31. Op dit punt moet ik er met klem op wijzen, dat volgens het stelsel van het Executieverdrag, wanneer de rechter kennis neemt van een zaak waarvan het hoofdonderwerp buiten het toepassingsgebied van dat Verdrag valt, zijn bevoegdheid om te beslissen over een prealabele vraag, in geen geval van het Executieverdrag afhangt, maar van de *lex fori*, zelfs in het geval dat de prealabele vraag wel binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt.

32. Gothot en Holleaux formuleren dit heel duidelijk:

„La Convention ne joue pas au sujet des questions principales exclues de son domaine même si elles soulèvent incidemment une question appartenant à ce domaine. La

compétence du juge en ce qui concerne la question principale (de sécurité sociale, par exemple...), exclue du domaine du traité, *et la question incidente* (relative à un contrat de travail, par exemple), comprise dans le champ de la convention, dépend de la *lex fori* étatique et non de la convention (le jugement prononcé ne saurait évidemment bénéficier du régime conventionnel de reconnaissance et d'exécution)".⁴²

33. Hieruit vallen twee conclusies te trekken. De eerste is, dat alleen de *lex fori*, dat wil zeggen in casu het Engelse recht, kan bepalen of de rechter bevoegd is de prealabele vraag te beslissen. De tweede is, dat het geschil, waarvan het hoofdonderwerp buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag valt, niet binnen dat toepassingsgebied wordt gebracht als gevolg van een prealabele vraag, ook al zou deze ratione materiae onder het Executieverdrag vallen. Zo gezien lijkt het mij niet nodig, dat het Hof zich in deze zaak uitspreekt over de vraag of het probleem van het al dan niet bestaan van een arbitrageovereenkomst, dat ten principale aan een rechter wordt voorgelegd, al dan niet binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt. Mijns inziens behoeft het alleen maar vast te stellen dat, indien het daarbij gaat om een prealabele vraag in een geding waarvan het hoofdonderwerp buiten het Verdrag valt, dit Verdrag niet van toe-

41 — Zie onder meer Kaye, „Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments”, *Professional Books Limited*, 1987, blz. 148; L. Collins: *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths 1983, blz. 29; D. Lasok en P. A. Stone: „Conflict of Laws in the European Community”, *Professional Books Limited*, 1987, blz. 185; T. C. Hartley: *Civil Jurisdiction and Judgments*, Sweet and Maxwell, blz. 22; Beraudo: „Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Juriscloqueur Europe*, fasc. 3000, blz. 10, nr. 34.

42 — „La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, Jupiter 1985, blz. 15, nr. 29; zie ook Kaye (op. cit., blz. 151-152, „In spite of the absence of any express provision in Article 1 of the Convention to such effect, it is widely accepted that it is only the principal subject-matter of proceedings which is to be taken into account in determining whether the latter are within the Convention's scope and that, accordingly, excluded areas which merely arise as incidental issues in the course of main proceedings to which the Convention applies, are themselves subject to Convention jurisdiction and recognition and enforcement rules along with the main claim, while, equally, matters to which the Convention would be applicable if they had formed the principal subject-matter of proceedings, but which are raised incidentally in excluded main proceedings, also fall outside Convention jurisdiction and recognition and enforcement provisions.”) en Beraudo (op. cit., blz. 12, nr. 40, „(...) une question incidente, rattachée à la Convention, ne peut avoir pour résultat de faire entrer dans le champ de la Convention une matière exclue qui serait l'objet principal du procès”).

passing is en dat het dientengevolge van de *lex fori* afhangt of de betrokken rechter bevoegd is over die prealabele vraag te beslissen. Deze conclusie lijkt mij vanzelf voort te vloeien uit de zojuist gememoreerde beginselen.

34. Zou het Hof deze weg echter niet willen gaan en, los van elke procesrechtelijke analyse, van oordeel zijn dat het in deze zaak primair gaat om de vraag of er tussen partijen een arbitrageovereenkomst bestaat, dan behoeft het daarom nog niet te beslissen dat het geschil voor de verwijzende rechter binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt. Ik meen immers dat een geschil over de vraag of een arbitrageovereenkomst bestaat, daarbuiten valt.

35. Ik wil hier nogmaals het rapport-Schlosser citeren:

„Ook een rechterlijke beslissing waarbij de geldigheid of ongeldigheid van een arbitrageovereenkomst wordt vastgesteld, of waarbij de partijen wordt bevolen de arbitrageprocedure niet voort te zetten vanwege die ongeldigheid, valt niet onder het Executieverdrag.”⁴³

Deze opvatting vindt men ook in de rechtsleer:

„Furthermore, it is considered, perhaps controversially, that legal proceedings concerning purely the contractual validity of the arbitration agreement, should also be regarded as being excluded from the convention

as involving arbitration under Article 1, para. 2(4), through being more closely related to the arbitration process itself than, for example, are contractual questions in respect of matrimonial property rights — likewise excluded under Article 1, para. 2(1) — related thereto.”⁴⁴

De Britse regering heeft dienaangaande terecht beklemtoond, dat er geen enkele reden is om onderscheid te maken tussen een niet-bestaande en een ongeldige arbitrageovereenkomst. Het Europees Verdrag van 1961 maakt geen enkel verschil tussen een geschil over het bestaan van een arbitrageovereenkomst en een geschil over de geldigheid ervan.⁴⁵ In beide gevallen gaat het om de bevoegdheid van de arbiter. Ik zie bovendien niet in waarom men, zoals Jenard doet in zijn aan het Hof voorgelegde advies, verschil zou moeten maken tussen een geschil over het bestaan of de geldigheid van de arbitrageovereenkomst vóór het begin van de arbitrage, dat binnen het toepassingsgebied van het Verdrag zou vallen, en een geschil over de bevoegdheid van de arbiter, dat tijdens de arbitrageprocedure voor de rechter wordt gebracht en waarop het Verdrag niet van toepassing zou zijn.

36. In sommige rechtsstelsels wordt de bevoegdheid van de arbiter voornamelijk

44 — Kaye, op. cit., blz. 150; ook in het vonnis van de rechter *a quo* wordt naar deze opvatting verwezen.

45 — Zie artikel V, lid 3: „Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie.”, en artikel VI, lid 3: „Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale.”

43 — PB 1979, C 59, blz. 93, nr. 64.

posteriori door de rechter getoetst. Dat is bij voorbeeld de oplossing van het Franse recht dat, afgezien van het geval van een kennelijk nietige arbitrageovereenkomst, de rechters verplicht naar arbitrage te verwijzen, terwijl het oordeel van de arbiter over zijn eigen bevoegdheid achteraf door de rechter wordt getoetst wanneer tegen de arbitrale uitspraak een beroep tot nietigverklaring wordt ingesteld. In de rapporten Jenard⁴⁶ en Schlosser⁴⁷ wordt verklaard dat het Verdrag niet van toepassing is op vonnissen waarbij een scheidsrechterlijke uitspraak wordt vernietigd, terwijl de reden van de vernietiging nu juist kan zijn dat de arbiter niet bevoegd was. Volgens Jenard zou het Verdrag dus niet op een dergelijke toetsing van toepassing zijn, maar wel op aanvankelijke geschillen over de bevoegdheid van de arbiter in rechtsstelsels die een toetsing vooraf van die bevoegdheid toelaten.

37. Een dergelijke oplossing zou leiden tot een willekeurige scheidslijn tussen gedingen die alle uitlopen op een rechterlijke beslissing over de bevoegdheid van de arbiter: sommige zouden onder het Verdrag vallen en andere niet.

38. Ten slotte moeten wij nog ingaan op het volgende argument van SII: „Voor arbitrage is instemming nodig. Zonder instemming geen ‚arbitrage‘. Houdt men zich aan de natuurlijke betekenis ervan, dan is het begrip ‚arbitrage‘ niet van toepassing op een geding waarin het aanvankelijke bestaan van een arbitrageovereenkomst ter discussie staat.” Met andere woorden, arbitrage kan niet het onderwerp zijn van een geding wanneer het bestaan zelf van de arbitrageovereenkomst betwist wordt.

39. Gelet op 's Hofs rechtspraak kan deze analyse niet overtuigen. Het arrest Effer⁴⁸ betrof een geding waarin een vordering tot betaling van een honorarium werd betwist met het argument dat er tussen partijen geen contractuele verhouding bestond. Het Hof werd de vraag voorgelegd, of het feit dat het bestaan van een overeenkomst werd betwist, de toepassing belette van artikel 5, sub 1, Executieverdrag, dat ontegenzeggelijk toepasselijk was op de vordering tot betaling. Het Hof oordeelde, dat eiser zich ook dan tot het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst kan wenden, „wanneer de totstandkoming van de overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd, tussen partijen in geschil is”. Met andere woorden, volgens het Hof was het niet voldoende te stellen, dat een overeenkomst waarvan de nakoming wordt gevorderd, niet bestaat, om het geschil uit de contractuele sfeer te halen. Toegepast op het onderhavige geval moet deze redenering leiden tot het oordeel, dat een beroep op het niet-bestaan van een arbitrageovereenkomst evenmin aanleiding kan geven tot de conclusie, dat het aan de verwijzende rechter voorgelegde geschil — dat strekt tot de aanwijzing van een arbiter, dat wil zeggen tot uitvoering van de arbitrageovereenkomst — niet de arbitrage betreft.

40. Hoe men dus ook de vraag benadert of het bestaan van de arbitrageovereenkomst een prealabele of een hoofdvraag is, het hoofdonderwerp van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding lijkt dus betrekking te hebben op arbitrage. Ik wijs er bovendien op, dat Jenard zelf in zijn advies heeft toegegeven, dat arbitrage de „main issue” van het geding voor de Britse rechter is, waaraan hij evenwel de conclusie verbindt — waarop ik later zal ingaan — dat het Verdrag op dit geding van toepassing is.

46 — PB 1979, C 59, blz. 13.

47 — Ibid., blz. 93.

48 — Arrest van 4 maart 1982 (zaak 38/81, Jurispr. 1982, blz. 825).

41. Dit is niet de uitkomst waartoe men zou komen bij toepassing van de klassieke beginselen ter zake en die wordt bestreden door SII en de Commissie.

42. Alvorens in te gaan op het standpunt van SII, die zich voornamelijk verlaat op een radicale uitlegging, volgens welke het Verdrag van toepassing is op alle voor de rechter gebrachte gedingen betreffende arbitrage, moet ik mij eerst bezighouden met het standpunt van de Commissie, die de toepassing van het Verdrag verdedigt op grond van een analyse die volledig voorbij lijkt te gaan aan de hiervoor vermelde beginselen.

43. Voor de Commissie is de sleutel tot de oplossing van het probleem te vinden in de volgende passage uit het rapport Evrigenis en Kerameus:

„Daarentegen moet de incidentele toetsing van de geldigheid van het compromissoir beding, dat door een procespartij wordt ingeroepen ter betwisting van de bevoegdheid van de rechter voor wie hij overeenkomstig het Verdrag opgeroepen wordt, geacht worden onder het Verdrag te vallen.”⁴⁹

44. Ik merk vooraf op, dat ik zeer sterk zou twijfelen aan de juistheid van deze passage indien zij zou betekenen dat het Executieverdrag de rechter waaraan een binnen het toepassingsgebied van het Verdrag vallend bodemgeschil is voorgelegd, bevoegd verklaart kennis te nemen van een daarbuiten vallende incidentele vraag. Een dergelijke bevoegdheid hangt af van de „lex fori” van de aangezochte rechter en niet van het Verdrag. Zoals Gothot en Holleaux verklaren:

„En réalité, la convention n'intervient pas à cet égard: il appartient au droit commun de compétence et de procédure du for de décider si une telle question incidente doit être traitée comme simplement préalable ou comme préjudicielle.”⁵⁰

45. Ik wil er dan ook liever van uitgaan, dat de auteurs van het rapport in feite het oog hadden op de toepassing van het Verdrag op de erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis waarbij een onder het Verdrag vallend geding is beslist na een uitspraak over de geldigheid van een arbitrageovereenkomst. Dat probleem is, zoals gezegd, ter sprake gekomen tijdens de onderhandelingen vóór de toetreding van het Verenigd Koninkrijk. Dat probleem is mijns inziens nog steeds een open vraag en in ieder geval niet van belang voor het bij de verwijzende rechter aanhangige geding.

46. Maar zelfs indien de auteurs van het rapport van mening waren, dat het Verdrag de bevoegdheid bepaalde van een op grond van het Verdrag aangezochte rechter om bij wege van prealabele beslissing uitspraak te doen over de geldigheid van een arbitrageovereenkomst, dan nog kan de aangehaalde passage in geen geval leiden tot de conclusie die de Commissie eruit trekt.

47. De situatie waar het immers uitdrukkelijk om gaat, is die van een rechter die *op grond van het Executieverdrag* is aangezocht en die incidenteel de arbitrageovereenkomst moet toetsen. Met andere woorden, beslissend is of de aan de verwijzende rechter voorgelegde hoofdvraag binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt. Dit is de eerste, wezenlijke stap in de redenering, die de Commissie, lijkt mij, heeft overgeslagen.

49 — PB 1986, C 298, blz. 10.

50 — Op. cit., blz. 15.

48. Men kan slechts gissen naar de redenen voor haar opvatting, dat de arbitrage in casu slechts een „incidentele vraag” is. Bedoelt de Commissie te zeggen, dat *voor de Engelse rechter* de aanwijzing van de arbiter een incidentele vraag en het bestaan van een arbitrageovereenkomst de hoofdvraag is? Als dat inderdaad haar bedoeling is, worden fundamentele procesrechtelijke begrippen daarmee op spectaculaire wijze op losse schroeven gezet. Maar zelfs een dergelijke opvatting kan slechts tot toepassing van het Verdrag op het bij de Engelse rechter aanhangige geschil leiden, indien wordt aangevoerd dat de vraag of de arbitrageovereenkomst bestaat, onder het Verdrag valt. Op deze vragen heb ik geen antwoord gevonden in de bij het Hof ingediende opmerkingen.

49. Het zeer gedetailleerde betoog van SII vraagt heel wat meer aandacht van het Hof.

50. De stelling ten gunste van toepassing van het Verdrag op het onderhavige geval berust in hoofdzaak op een alternatief:

— primair — en dit is de radicale analyse waarvoor SII zich met name baseert op de opmerkingen van Schlosser —: het Verdrag is *van toepassing op alle voor de rechter gebrachte gedingen* met betrekking tot arbitrage; wat het Hof dus wordt gevraagd, is een zeer belangrijke beslissing over de draagwijdte van artikel 1, tweede alinea, sub 4;

— subsidiair — en hier baseert SII zich vooral op de opvatting van Jenard —: de toepassing van het Verdrag op het onderhavige geval vindt haar rechtvaar-

diging in de werkelijke doelstellingen van het Verdrag.

51. Laten wij deze twee argumenten één voor één onderzoeken.

52. De stelling dat het Verdrag van Brussel van toepassing is op alle voor de rechter aanhangige geschillen op het gebied van de arbitrage, heeft het grote voordeel van de eenvoud. Zij is echter in tegenspraak met de opzet van het Verdrag en zij stuit op ernstige bezwaren, waar geen enkel voordeel van betekenis tegenover staat.

53. Volgens het advies van Schlosser is artikel 1, tweede alinea, sub 4, van het Verdrag zuiver declaratoir. Met andere woorden, het enige doel van die bepaling is, duidelijk te maken dat het Verdrag niet van toepassing is op de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken. Daarentegen zouden zowel de bevoegdheid van de overheidsrechters in gedingen met betrekking tot arbitrage als de erkenning en tenuitvoerlegging van de door die rechters gegeven beslissingen onder het toepassingsgebied van het Verdrag vallen.

54. Anders dan de verschillende rapporten van de comités van deskundigen gaat deze analyse in de eerste plaats mank aan logica wanneer men de bepaling onderzoekt. Ik haal hierbij een gezaghebbend commentator aan:

„La Convention de Bruxelles exclut expressément cette matière à la différence de la Convention de La Haye sur l'exécution des

jugements. Il est vrai que les conventions qui ont pour objet la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les juridictions étatiques ne s'appliquent pas, par hypothèse, à l'exécution des sentences arbitrales. Toutefois un doute qui n'a pas effleuré les négociateurs de La Haye a subsisté dans l'esprit de ceux de Bruxelles et ils ont voulu, par une disposition formelle, éliminer toute tentative de reconnaissance ou d'exécution de décisions judiciaires statuant sur les contestations relatives à l'arbitrage, comme par exemple une action en nullité. *En outre la Convention de Bruxelles étant relative à la compétence internationale, il est ainsi précisé que le Traité ne prétend pas déterminer la compétence des tribunaux pour les contestations relatives à un arbitrage.*"⁵¹

55. Ik merk overigens op, dat de formulering van de tekst die analyse ondersteunt. Als artikel 1, tweede alinea, van het Verdrag onder 1 (staat van personen...), 2 (faillissement...), en 3 (sociale zekerheid) de onderwerpen opsomt die, hoewel tot de bevoegdheid van de rechter behorend, toch uitgesloten zijn van het Verdrag, is het logisch dat het vierde en laatste punt van die bepaling hetzelfde beoogt met de bij overheidsrechters aanhangige gedingen. Zou de uitsluiting van de arbitrage enkel de declaratoire strekking hebben die SII en Schlosser eraan toekennen — dat wil zeggen, wijzen op wat vanzelfsprekend is, namelijk dat een Verdrag over de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen niet van toepassing is op arbitrageprocedures en op de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken —, dan zou de opzet van de tekst wel erg weinig samenhang vertonen.

56. Het betoog van SII wordt duidelijk ondermijnd door de verschillende rapporten

van de comités van deskundigen. Om te beginnen het rapport-Jenard⁵²:

„Het Verdrag is niet van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke beslissingen (...), het behelst geen bepalingen omtrent de bevoegdheid van de rechter in gedingen over arbitrage, bij voorbeeld wanneer vernietiging van een scheidsrechterlijke uitspraak wordt gevorderd en is ook niet van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing over zodanige vordering.”

57. Vervolgens het rapport-Schlosser⁵³, dat nog duidelijker is:

„(...) Het Executieverdrag heeft geen betrekking op gerechtelijke procedures die ten dienste staan van een arbitrageprocedure, zoals bij voorbeeld procedures voor de benoeming of afzetting van scheidsrechters, voor de bepaling van de plaats van arbitrage, voor de verlenging van de termijn voor de uitspraak of voor de verkrijging van een prejudiciële beslissing over materiële vragen, zoals het Engelse recht die kent in de vorm van het 'statement of special case' (sec. 21 Arbitration Act 1950). Ook een rechterlijke beslissing waarbij de geldigheid of ongeldigheid van een arbitrageovereenkomst wordt vastgesteld, of waarbij de partijen wordt bevolen de arbitrageprocedure niet voort te zetten vanwege die ongeldigheid, valt niet onder het Executieverdrag.

(...) Het Executieverdrag geldt ook niet voor procedures en beslissingen over verzoeken tot vernietiging, wijziging, erken-

51 — G. A. L. Droz: „Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun" (*Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*), Dalloz, 1972, blz. 27-28, cursivering van mij.

52 — PB 1979, C 59, blz. 13.

53 — Ibid., blz. 93.

ning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken.”

58. Volgens dit laatste rapport was het voorts voor alle partijen bij het Verdrag duidelijk, dat de uitsluiting op zijn minst geldt voor „(...) procedures voor overheidsrechters die alleen onder ‚arbitrage‘ (vallen) als zij betrekking hebben op arbitrageprocedures, ongeacht de vraag of deze reeds afgewikkeld zijn, nog lopen of nog moeten plaatsvinden”.⁵⁴ Dat was namelijk ten duidelijkste het standpunt van de oorspronkelijke Lid-Staten, dat evenwel ten aanzien van het probleem waarop ik hierboven wees, werd geacht restrictiever te zijn dan dat van het Verenigd Koninkrijk.

59. Ten slotte het rapport-Evrigenis en Kerameus⁵⁵:

„Procedures die rechtstreeks en in de eerste plaats de arbitrage betreffen, zoals bij voorbeeld de gevallen waarin de rechter een taak heeft bij het samenstellen van een arbitraal college of het vernietigen of erkennen van de geldigheid of de gebrekkigheid van een arbitrale uitspraak, vallen niet onder het Verdrag.”

60. De rechtsleer is eenstemmig met betrekking tot het feit dat gedingen over arbitrage van de toepassing van het Verdrag zijn uitgesloten.⁵⁶ Het enige omstreden punt be-

treft het reeds aangeroepte probleem van de erkenning en tenuitvoerlegging overeenkomstig het Executieverdrag van een beslissing waarin ondanks een arbitrageovereenkomst een geding ten gronde is beslist.⁵⁷ Maar zelfs voor de auteurs die voorstander zijn van toepassing van het Verdrag in een dergelijk geval, zijn alle gedingen betreffende arbitrage van het Verdrag uitgesloten.⁵⁸

61. Waar de tekst van het Verdrag steun vindt in volledig overeenstemmende meningen in de rapporten van de comités van deskundigen — waardoor, dat mag wel worden beklemtoond, gewettigde verwachtingen in de betrokken kringen zijn gewekt —, zouden er wel heel goede redenen moeten zijn om de thans door Schlosser bepleite radicale oplossing serieus in overweging te nemen. Bij nader toezien blijken de daarvoor aangevoerde redenen echter hoogst twijfelachtig.

62. Voor de stelling die hier wordt verdedigd, wordt met name gewezen op het gebrek aan continuïteit tussen het Executieverdrag en internationale verdragen, indien het eerste niet van toepassing zou zijn op gedingen betreffende arbitrage, die aan de rechter worden voorgelegd.

63. Mag ik om te beginnen opmerken, dat volgens professor Schlosser zelf,

„very often in practice arbitral awards have been enforced extra-territorially despite the

54 — Ibid., blz. 92.

55 — PB 1986, C 298, blz. 10.

56 — Zie met name Kaye, op. cit., blz. 146 e. v.; Lasok en Stone voor wie „The effects of Article 1 (2) (iv) seem largely clear and uncontroversial”, op. cit., blz. 185; I. C. Hartley, op. cit., blz. 22; L. Collins, op. cit., blz. 29; Droz, op. cit., blz. 37; Beraudo, op. cit., blz. 10, nr. 34; voorts betreurt laatstgenoemde het dat het Verdrag geen eenvormige regel bevat voor het geval dat een geding ondanks een arbitrageovereenkomst bij de rechter aanhangig wordt gemaakt, en niet bepaalt dat een scheidsrechtelijke uitspraak de erkenning en tenuitvoerlegging van een in een andere Lid-Staat gewezen vonnis kan beletten.

57 — Zie ten gunste van de erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis juist in dit geval onder meer Lasok en Stone, op. cit., blz. 186; Kaye, op. cit., blz. 147; Cheshire en North's, *Private International Law*, 11th. edition, Butterworths, 1987, blz. 426-427; tegen erkenning, Hartley, op. cit., blz. 97.

58 — Lasok en Stone, op. cit., blz. 175-186; Kaye, op. cit., blz. 146 e. v.

fact that some other court (namely the court of the place where the arbitration was conducted) had previously interfered in the arbitration proceedings by, for example, appointing an arbitrator. The courts in the country of enforcement often find it quite normal and self-evident that the courts at the place of arbitration have jurisdiction over the arbitration proceedings if the judicial measures at issue are familiar to other legal regimes. Problems of the integrity of such kind of judicial proceedings, such as the fair hearing to both parties involved in arbitration, apparently have never arisen. Therefore very often no attention has been paid to the issue whether judgments relating to arbitration must really be recognized in another country under the respective bilateral treaty".⁵⁹

64. Toch lijkt professor Schlosser niet volstaan over het ogenschijnlijk doelmatige pragmatisme van de verschillende nationale rechters. Hij vervolgt namelijk:

„A closer scrutiny of these treaties, however, reveals that this approach is superficial. A judgment relating to arbitration is a judgment like any other. It can be recognized in another country only if a legal basis exists for doing so. Such a legal basis may be found in the respective bilateral treaty.”⁶⁰

En vervolgens vestigt de auteur de aandacht op de tekortkomingen die die bilaterale verdragen op dat punt zouden bevatten.

65. Door die analyse ben ik verre van overtuigd.

66. Terwijl de nationale rechters, wanneer zij scheidsrechterlijke uitspraken erkennen, blijkbaar geen enkel bezwaar hebben tegen de tussenkomst van de overheidsrechter van de plaats van arbitrage, wordt het Hof niettemin voorgesteld een „herziene” lezing van het Executieverdrag te aanvaarden omdat de nationale rechters bij een zorgvuldig juridisch onderzoek wel eens moeilijkheden zouden kunnen maken. Het lijkt me niet bevredigend de aandacht te vestigen op een zuiver theoretisch probleem — want erkend wordt dat het systeem in de praktijk normaal werkt —, om vervolgens te stellen dat het om een nieuwe uitlegging van het Verdrag vraagt. De opvatting van Schlosser en SII zou de moeite van het overwegen waard zijn indien zij een antwoord gaf op werkelijk bestaande praktijkproblemen. De behoeften waarnaar in dit verband wordt verwezen, kunnen alles bijeen niet overtuigen.

67. Enerzijds beroept Schlosser zich op de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken die zijn „opgegaan” in een rechterlijke beslissing („awards merged into judgments”) — een situatie die volgens de auteur vaak voorkomt in het Verenigd Koninkrijk —, wat zou vereisen dat het Verdrag van toepassing is op procedures betreffende arbitrage, gezien het belang van het Verenigd Koninkrijk als plaats van arbitrage. De situatie waarop Schlosser doelt, doet zich voor wanneer de rechter van de plaats van arbitrage het verlot tot tenuitvoerlegging in een bijzondere vorm verleent: het vonnis wordt gewezen „in terms of the award”.⁶¹

61 — Zie hierover A. J. van den Berg, op. cit., blz. 346 e. v.; in het Verenigd Koninkrijk volgt deze mogelijkheid uit Section 26 van de Arbitration Act van 1950: „An award on an arbitration agreement may, by leave of the High Court or a judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given judgment may be entered in terms of the award.”

59 — Blz. 3 van het advies.

60 — Ibid.

68. Met dit argument kan korte metten worden gemaakt door erop te wijzen, dat juist de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen waarin de scheidsrechterlijke uitspraak is „opgegaan”, in de door Schlosser genoemde gevallen geen enkel probleem heeft veroorzaakt. Dat blijkt althans bij lezing van de beslissingen die hij vermeldt als voorbeelden waarin onder dergelijke omstandigheden een beslissing over het verlot tot tenuitvoerlegging moest worden gegeven.⁶²

69. Deze pragmatische vaststelling moet echter worden aangevuld met een meer fundamentele juridische bemerking. In het kader van het Verdrag van New York lijdt het geen twijfel, dat bij een in een vonnis „opgegene” scheidsrechterlijke uitspraak deze uitspraak als zodanig kan worden erkend. Immers,

„the fact that the leave for enforcement has the effect of absorbing the award in the country of origin is a technical aspect for the purposes of enforcement within that country. The award can therefore be deemed to remain a cause of action for enforcement in other countries.”⁶³

Dat de uitspraak eventueel in de rechterlijke beslissing „opgaat”, geldt dus enkel voor het grondgebied van de rechter die die beslissing heeft gegeven, terwijl voor de erkenning en tenuitvoerlegging in andere staten enkel de scheidsrechterlijke uitspraak in aanmerking moet worden genomen.⁶⁴ Het

is in ieder geval duidelijk, dat de oplossing om de erkenning enkel te beperken tot de beslissing waarin de uitspraak is „opgegaan”, moet worden afgewezen.

70. De heersende rechtsleer en rechtspraak⁶⁵ neigen ertoe, degene die een „opgegene” scheidsrechterlijke uitspraak heeft verkregen, te laten kiezen tussen de mogelijkheid om ofwel de uitspraak zelf krachtens het Verdrag van New York ofwel de rechterlijke beslissing krachtens bilaterale verdragen of het nationale recht ten uitvoer te leggen. Onder die omstandigheden behoudt degene die een scheidsrechterlijke uitspraak heeft verkregen, steeds de mogelijkheid van erkenning en tenuitvoerlegging ervan krachtens het Verdrag van New York, ook wanneer de uitspraak is „opgegaan” in een vonnis. Het probleem waarvan Schlosser spreekt⁶⁶, zou zich in feite slechts voordoen indien alleen het vonnis zou kunnen worden erkend. Die oplossing wordt door de rechterlijke instanties niet gevolgd. De door Schlosser in dat verband genoemde voordelen kunnen derhalve niet overtuigen.

62 — Parijs, 20 oktober 1959, *Revue de l'arbitrage*, 1960, blz. 48; Corte di Cassazione, 27 februari 1979, nr. 1273, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, blz. 333; Bundesgerichtshof, 10 mei 1984, WM 1984, 1014 (zie over dit arrest onder meer H. J. Luder: „German Court Decisions Interpreting and Implementing the New-York Convention”, *Journal of International Arbitration*, maart 1990, blz. 127, 129 en noot 14).

63 — A. J. van den Berg, op. cit., blz. 347.

64 — Zie daarvoor het arrest van het Oberlandesgericht Hamburg, besproken door A. J. van den Berg, op. cit., blz. 347.

65 — Zie bij voorbeeld voornoemd arrest van het Bundesgerichtshof en het reeds aangehaalde arrest van de Corte di Cassazione (zie *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, deel 7, blz. 334: „The Corte di Cassazione found that, therefore, the English awards, being final and binding on the parties, could be enforced under the New York Convention, regardless whether a High Court judgment had been entered on the awards.”); zie A. J. van den Berg, op. cit., blz. 346-349; het arrest van de Cour d'appel van Parijs van 20 oktober 1959, dat door Schlosser is aangehaald ter staving van zijn stelling dat de „in het vonnis opgegene” scheidsrechterlijke uitspraak niet meer als uitspraak vatbaar zou zijn voor tenuitvoerlegging, rechtvaardigt geenszins een dergelijk beginsel; die beslissing, die overigens niet krachtens het Verdrag van New York werd gegeven, beperkte zich ertoe, een beslissing van een gerecht van eerste aanleg nietig te verklaren, waarin het verlot tot tenuitvoerlegging van het vonnis werd uitgesloten; van die beslissing vindt men overigens dat het juist de keuzemogelijkheid heeft gehandhaafd; zie Fouchard, op. cit., blz. 540, noot 26.

66 — Een probleem dat overigens niet vaak schijnt voor te komen; zie dienaangaande het commentaar van professor G. Recchia op voornoemd arrest van de Corte di Cassazione: „(...) The recognition and enforcement of a foreign judgment entered upon an award rather than a foreign award without a judgment (according to the law of the place where it was handed down) is very unusual in Italy, particularly after Italy's adherence to the New York Convention of 1958. (...) In fact, this is a unique case.”

71. Verder noemt Schlosser het belang dat men erbij zou hebben, het Verdrag toe te passen op de erkenning van vonnissen waarbij een scheidsrechterlijke uitspraak is vernietigd. Ook hier lijkt de behoefte, waarnaar Schlosser overigens tamelijk laconiek verwijst, verre van dringend te zijn. Het Verdrag van New York voorziet namelijk in artikel V, sub e, eerste alinea, uitdrukkelijk in de mogelijkheid de erkenning en tenuitvoerlegging van de uitspraak te weigeren indien die uitspraak „is vernietigd (...) door een bevoegde autoriteit van het land waar of krachtens welks recht die uitspraak werd gewezen”. Artikel IX van het Europees Verdrag van 1961 bepaalt op zijn beurt, dat het verlot tot tenuitvoerlegging van een scheidsrechterlijke uitspraak kan worden geweigerd op een klein aantal met name genoemde nietigheidsgronden. De erkenning van een vonnis waarbij een scheidsrechterlijke uitspraak is vernietigd, lijkt derhalve door deze bepalingen te worden geregeld.

72. Ik geef toe dat ik daarom niet inzie, om welke reden het „wenselijk” zou zijn het Verdrag van Brussel toe te passen op vonnissen waarbij scheidsrechterlijke uitspraken zijn vernietigd. Misschien denkt Schlosser aan gevallen waarin een uitspraak is vernietigd door de rechter van een andere staat dan waar de uitspraak is gedaan. Het valt nog te bewijzen dat een „transnationale” erkenning van dergelijke vonnissen wenselijk is. Hier moet nogmaals worden herinnerd aan de analyse, dat de rechter van het „land van oorsprong” uitsluitend bevoegd is de uitspraak te vernietigen.⁶⁷ Zo gezien kan men zich bezwaarlijk beroepen op de behoefte om in andere staten gewezen vonnissen tot vernietiging van een uitspraak te erkennen.

73. Ik moet hier echter vooral wijzen op de duidelijke hedendaagse tendens, die in bepaalde nationale wettelijke regelingen is terug te vinden, om de noodzaak van systematische erkenning van vonnissen waarbij een scheidsrechterlijke uitspraak is vernietigd, te ontkennen. Een aspect van die tendens is, om alleen de controle te erkennen van de rechter op wiens grondgebied de tenuitvoerlegging moet plaatsvinden, ter verzekering van een maximale doeltreffendheid van scheidsrechterlijke uitspraken. Het is duidelijk, dat de door Schlosser bedoelde automatische transnationale erkenning van vonnissen tot vernietiging van scheidsrechterlijke uitspraken, juist tegen die doelstellingen indruist.

„(...) ceux pour qui l'arbitre international statue au nom d'un ordre juridique spécifique, la lex mercatoria, ne peuvent songer à faire dépendre la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur le territoire d'un État du point de vue exprimé par un autre ordre juridique étatique: une telle solution ne pourrait s'expliquer que par une infériorité intrinsèque de la lex mercatoria par rapport aux droits étatiques”.⁶⁸

Het positieve recht van sommige Europese staten is gebaseerd op dergelijke opvattingen, bij voorbeeld door uit te sluiten dat beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen een op het nationale grondgebied gewezen internationale scheidsrechterlijke uitspraak (artikel 1717 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek⁶⁹), of ook door niet te bepalen dat de nietigverklaring van de scheidsrechterlijke uitspraak in de staat „van oorsprong” een grond is voor weig-

68 — Mayer, t. a. p., blz. 360-361.

69 — Zie over die tekst onder meer Van Houtte: „La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, blz. 29-41; Vanderelst: „Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum, The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the Annulment of Arbitral Award”, *Journal of International Arbitration*, 1986, blz. 77.

67 — Zie A. J. van den Berg, op. cit., blz. 20 inzake het Verdrag van New York.

ring van het verlot tot tenuitvoerlegging (artikel 1502 van de nieuwe Franse Code de procédure civile). De laatste oplossing laat zien, hoezeer de door Schlosser voorgestane opvatting tegen die tendensen ingaat. Men behoeft alleen maar te bedenken, dat het Executieverdrag de rechters van elke Lid-Staat zou verplichten vonnissen te erkennen waarbij een internationale scheidsrechterlijke uitspraak is vernietigd.⁷⁰

74. Volgens SII behelst artikel II, lid 3, van het Verdrag van New York „niets over de erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing die het bestaan van een arbitragebeslissing ontkent”. De betrokken bepaling luidt als volgt:

„De rechter van een Verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst als bedoeld in dit artikel hebben aangegaan, verwijst partijen op verzoek van een hunner naar arbitrage, tenzij hij constateert, dat genoemde overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.”

Dienaangaande geeft SII toe, dat er natuurlijk geen probleem is indien de rechter van mening is dat er een arbitrageovereenkomst bestaat. In dat geval worden partijen immers naar arbitrage verwezen.

75. Indien de rechter daarentegen concludeert, dat er geen arbitrageovereenkomst bestaat, is er dan zo een dringende behoefte

dat vonnis te erkennen, waardoor de toepassing van het Executieverdrag op geschillen met betrekking tot arbitrage zou worden gerechtvaardigd? Om te beginnen, voor het geval de overheidsrechter zich bij wijze van incident uitspreekt ten gunste van het niet-bestaan of de ongeldigheid van de arbitrageovereenkomst, zichzelf bevoegd verklaart en vervolgens beslist over een geschil dat onder het toepassingsgebied van het Executieverdrag valt, stelt de toepassing daarvan op de erkenning en tenuitvoerlegging van dat vonnis nogmaals de vraag aan de orde die bij de toetreding van het Verenigd Koninkrijk was aangesneden. Gesteld echter dat er wordt beslist dat dat vonnis onder het Executieverdrag valt, dan vereist die oplossing geenszins, dat het Verdrag van toepassing is op alle geschillen die met betrekking tot arbitrage voor de rechter aanhangig zijn. Zoals wij zagen, waren de oorspronkelijke staten, die voor een dergelijke oplossing waren, ook duidelijk van mening, dat de uitsluiting ook gold voor de procedures voor de overheidsrechter, die betrekking hadden op arbitrageprocedures die reeds afgewikkeld waren, nog liepen of nog moesten plaatsvinden.

76. Hoewel SII geen concreet geval heeft genoemd waarin een dergelijk probleem zich zou hebben voorgedaan, zullen wij ons ten slotte bezighouden met de kwestie van de eventuele erkenning van een vonnis waarin primair is beslist over het bestaan en de geldigheid van een arbitrageovereenkomst. Het probleem zou het volgende kunnen zijn. Alvorens een geding te beginnen, verzoekt een partij een rechter in staat A zich uit te spreken over de geldigheid van een arbitrageclausule, en verkrijgt zij een vonnis waarin de ongeldigheid ervan wordt vastgesteld. Nadat een geschil tussen partijen is ontstaan, wordt op dat vonnis een beroep gedaan in staat B waar de arbitrageprocedure wordt ingeleid. Is het nu wel wenselijk op dat vonnis de erkenningsregeling van het Verdrag toe te passen? Dat vonnis kan immers ergens anders dan ter plaatse van de arbitrage zijn geweest. De

70 — Die oplossing heeft het Verdrag van New York niet overgenomen, daar er immers geen verplichting is de erkenning en tenuitvoerlegging van een uitspraak vernietigd in de staat waar zij werd gewezen, te weigeren; daarbij gaat het om een mogelijkheid die volgens artikel VII van het Verdrag van New York de toepassing van nationaal recht niet uitsluit, waarbij ondanks de nietigverklaring gebruik kan worden gemaakt van de uitspraak; aldus volgens de Franse Cour de cassation, „le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise” (Pabalk-Norsolor, 9 oktober 1984; *Revue de l'arbitrage*, 1985, blz. 431, noot Goldenau; Dalloz 1985, blz. 101, noot Robert).

mogelijkheid dat verschillende overheidsrechters zich uitspreken over de bevoegdheid van een arbiter, is door de geleerde schrijvers besproken en in hun conclusies treedt een duidelijke voorkeur aan de dag voor een beoordeling door de rechter van de plaats van arbitrage, gezien diens onpartijdigheid.

„A — Reconnaissance internationale du premier jugement étatique rendu

(...)

Les jugements rendus sur une exception d'incompétence opposée à une demande au fond n'ont guère non plus de vocation à la reconnaissance internationale, car leur objet direct est de statuer sur la compétence du tribunal étatique qui les prononce. En revanche, il paraît légitime qu'un jugement rendu au siège du tribunal arbitral, et se prononçant à titre principal sur la compétence arbitrale (soit à titre déclaratoire, soit dans le cadre d'un recours en annulation) soit reconnu, à certaines conditions, dans les autres pays. Certes, le lieu de l'arbitrage est souvent accidentel, et sans relation avec la substance du litige. Mais cela même lui assure une neutralité précieuse. Et il n'y a de toutes façons aucune alternative si l'on cherche à centraliser le contrôle afin d'atteindre l'harmonie internationale des solutions.”⁷¹

Het staat wel vast, dat deze oplossing niet zou worden begunstigd door toepassing van het Executieverdrag, dat de erkenning mogelijk maakt van elk vonnis dat gewezen is door een rechter van een verdragsluitende

staat, zonder bijzondere aandacht voor de rechter van de plaats van arbitrage. Harmonisatie van de door de nationale rechters gegeven oplossingen is geen doel op zich, omdat dat ten koste zou gaan van de bijzondere kenmerken van het betrokken gebied.

77. Toepassing van het Executieverdrag op gedingen met betrekking tot arbitrage levert een groot risico op voor oplossingen die ongetwijfeld zijn geharmoniseerd, maar die volstrekt niet beantwoorden aan de eigen behoeften van de internationale arbitrage. Doordat het Executieverdrag daarvoor niet geschikt is, is het twijfelachtig of de voordelen die SII zegt te zien, wel bestaan. Die ongeschiktheid blijkt bovendien uit een zeer groot nadeel. Het is vaste praktijk van de gerechten van de plaats van arbitrage om steun en bijstand te verlenen aan de arbitrageprocedure: aanwijzing van een arbiter, conservatoire en voorlopige maatregelen en maatregelen met het oog op de bewijslevering.

„For example, the assistance of a national court may be needed for the appointment, replacement or challenge of an arbitrator. It is a generally accepted principle of the international division of judicial competence that the court of the country under the arbitration law of which the arbitration is to take, is taking, or took place, is the competent judicial authority in relation to arbitration.”⁷²

Deze medewerking van de overheidsrechters van de plaats waar de arbitrage plaatsvindt, zou ernstig kunnen worden bemoeilijkt indien het Executieverdrag van toepassing zou moeten zijn op het gebied van de arbitrage. Men zou dan immers moeten bepalen, op

71 — Mayer, op. cit., blz. 358-359.

72 — A. J. van den Berg, op. cit., blz. 30.

welke bepaling van het Verdrag de bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage berust. Dit probleem is in de rechtsleer uitstekend beschreven:

„It is right and proper that judicial proceedings connected with the prosecution of an arbitration agreement, such as are mentioned above, should be held to be excluded from the Convention's scope under Article 1, para. 2(4), and accordingly be subject to national jurisdiction rules: for, just as the law of the place of arbitration will normally govern the latter proceedings in the absence of a different choice, so too it is believed should courts of the same country be regarded as being particularly appropriate and well-placed to control arbitration activities within its territory at national law; thus, if Convention grounds were to apply to any such court proceedings, the English courts might find themselves unable to adjudicate in respect of English arbitration proceedings where the defendant was domiciled in a foreign contracting state (unless, perhaps, Article 5(1) were able to be construed as affording local jurisdiction)”⁷³.

78. Hoewel SII ontkent dat de uitsluiting krachtens artikel 1, tweede alinea, sub 4, tot doel heeft de bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage te erkennen, geeft zijzelf toe dat het een bron van zorg is om in het Verdrag een bevoegdheid daarvoor te vinden, en het advies van Schlosser poogt een bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage te „construeren” op basis van artikel 5, sub 1, of artikel 17 van het Verdrag.

79. Wat om te beginnen artikel 5, sub 1, betreft, wijst Schlosser erop, dat de partijen bij een arbitrageovereenkomst moeten samenwerken om een goed verloop van de arbitrage te verzekeren. Strafbbaarstelling van de schending van die verplichting, die enkele auteurs overwegen⁷⁴, onderstelt dat er een plaats is waar nakoming van die verplichting kan worden afgedwongen. Volgens het advies moet dat worden geacht de plaats van arbitrage te zijn, als uitvloeisel van de wilsovereenstemming van partijen over de plaats van arbitrage. Bijgevolg zou op grond van artikel 5, sub 1, de rechter van de plaats van arbitrage bevoegd zijn.

80. Hiertegen moet duidelijk bezwaar worden aangetekend. In de eerste plaats is de arbitrageovereenkomst een overeenkomst van procedurele aard, waarvan het doel fundamenteel verschilt van dat van materiële overeenkomsten waaruit verbintenissen voor partijen voortvloeien.

„It is, however, of a different nature from the other provisions of the contract: not merely because the rights which it creates are procedural rather than substantive.”⁷⁵

In de tweede plaats hebben vele gedingen die bij de rechter van de plaats van arbitrage aanhangig worden gemaakt, kennelijk niet tot doel de nakoming van een verbintenis uit de arbitrageovereenkomst af te dwingen; bij voorbeeld een verzoek om conservatoire maatregelen of om verlenging van de termijn waarbinnen de arbiter zijn opdracht moet vervullen.

73 — Kaye, op. cit., blz. 149-150.

74 — Mustill en Boyd, op. cit., blz. 409.

75 — Ibid.

81. Ten slotte en vooral geeft Schlosser zelf toe, dat de bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage op grond van artikel 5, sub 1, niet exclusief kan zijn. Hij ziet daarom als mogelijkheid, dat de rechters van een andere verdragsluitende staat dan die van de plaats van arbitrage „give support to arbitration conducted or to be conducted pursuant to the rules of a foreign legal order”. Dat lijkt mij niet erg realistisch. Kan men zich bij voorbeeld voorstellen, dat een Engelse rechter bereid zou zijn maatregelen te nemen ter ondersteuning van een arbitrage die in Parijs plaatsvindt? Schlosser geeft in dit verband overigens toe, dat de nationale rechters bijna altijd hebben geweigerd tussenbeide te komen in arbitrageprocedures waarop hun eigen recht niet van toepassing is.

82. Ook de pogingen de bevoegdheid op artikel 17 te baseren, lijken vatbaar voor kritiek. Het zou immers gevaarlijk zijn te suggereren, dat de arbitrageovereenkomst impliceert dat partijen zich onderwerpen aan de bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage. Deze door Schlosser aanbevolen oplossing zou betekenen dat arbitrageclausules dienen te voldoen aan de voorwaarden van artikel 17 om de rechter van de plaats van arbitrage bevoegd te maken. Het is niet moeilijk de onoplosbare problemen te voorzien die, zo Schlossers opvatting werd aanvaard, zouden rijzen wanneer om maatregelen van de rechter van de plaats van arbitrage werd gevraagd. Met name moet men het grootste voorbehoud maken ten aanzien van de suggestie van de auteur, dat artikel II, lid 2, van het Verdrag van New York, betreffende de *vorm van de arbitrageovereenkomst*, de in de internationale handelspraktijk gebruikelijke vorm bevat waarop artikel 17 Executieverdrag doelt in verband met *overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter*.

83. De complicaties die het gevolg zouden zijn van de „ontdekking” in de arbitrageovereenkomst van een stilzwijgende clause waarbij de rechter van de plaats van arbitrage als de bevoegde rechter wordt aangewezen, maken die oplossing onaanvaardbaar, die trouwens alleen maar is voorgesteld in een poging de bezwaren van de aan het Hof gesuggereerde „herziene” lezing van het Verdrag af te zwakken.

84. Indien de artikelen 5, sub 1, en 17 van het Verdrag zo vermetel moeten worden uitgelegd als Schlosser voorstelt, is dat juist omdat het Verdrag niet heeft voorzien in een bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage, en dat een dergelijke bepaling ontbreekt, vindt nu juist zijn verklaring in het feit dat de arbitrage van het toepassingsgebied van het Verdrag is uitgesloten.

„Had it been decided expressly to include such legal proceedings within the Convention's scope, it may have required an additional exclusive jurisdiction ground of courts of place of arbitration in Section 5 of Title II.”⁷⁶

85. De onderhandelingen bij de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot het Executieverdrag hebben duidelijk aan het licht gebracht, dat voor alle verdragsluitende staten de bij de gerechten aanhangige gedingen met betrekking tot arbitrage van het toepassingsgebied van het Verdrag zijn uitgesloten. Het rapport over het toetredingsverdrag van 1978 is op dat punt ondubbelzinnig. Waar ieder overtuigend argument ervoor ontbreekt, moet de stelling van SII, gelet op de bezwaren die eraan kleven, ten stelligste worden verworpen.

76 — Kaye, op. cit., blz. 189, noot 412.

86. Jenard stelt in zijn advies een oplossing voor die ogenschijnlijk minder radicaal is dan die van Schlosser, omdat hij niet uitdrukkelijk het beginsel ter discussie stelt, dat gedingen met betrekking tot arbitrage van het toepassingsgebied van het Verdrag zijn uitgesloten. Hij komt nochtans tot de conclusie, dat het Verdrag van toepassing is op het geding dat in casu bij de nationale rechter aanhangig is. Volgens Jenard is het Verdrag van toepassing wanneer een gerecht dat krachtens het Verdrag bevoegd is, moet beslissen over de incidentele vraag of een arbitrageovereenkomst bestaat dan wel geldig is. Verder verwijst hij naar 's Hofs arrest in de zaak Effer.⁷⁷ Zoals gezegd, oordeelde het Hof in dat arrest, dat artikel 5, sub 1, van het Verdrag van toepassing bleef op een geding, waarin een onder het Verdrag vallende hoofdvraag — betaling van een honorarium — aan de orde was, ook wanneer werd gesteld dat de uit te voeren overeenkomst eigenlijk niet bestond. Het is mij niet duidelijk, hoe dit Jenard tot de opvatting heeft kunnen brengen, dat het Verdrag niettemin van toepassing is op het bodemgeschil in de onderhavige zaak. Hij erkent immers, dat de arbitrage „a main issue” is voor de Engelse rechter. De omstandigheid dat er ook voor de Italiaanse rechter een procedure aanhangig is, zou volgens hem echter tot gevolg hebben, dat het Verdrag van toepassing wordt op het bij de Britse rechter aanhangige geding. Dat, zo zegt hij, vloeit voort uit de doelstellingen en de geest van het Verdrag.

87. Dit standpunt stuit op zeer ernstige bezwaren.

88. Of een geding onder het toepassingsgebied van het Verdrag valt of niet, hangt af van de materie waarop het betrekking heeft. Dit is een objectief criterium. Om te bepalen

of het Verdrag van toepassing is, dient men vast te stellen dat, *ratione materiae*, een geschil wegens zijn bijzondere kenmerken binnen de termen van het Verdrag valt. De omstandigheid dat een ander geding bij een andere rechter aanhangig is, kan echter in geen geval tot gevolg hebben, dat het Verdrag ook van toepassing wordt op het eerstbedoelde geding, wanneer het wegens de materie van dit geding er al niet op van toepassing was. Toch is dit de opvatting van Jenard, een opvatting die ten slotte tot de conclusie zou kunnen leiden, dat *hetzelfde* geschil binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt, wanneer er een ander geding aanhangig is voor de rechter van een andere verdragsluitende staat, maar dat het Verdrag daarentegen niet daarop van toepassing is indien dat niet geval was. De toepasselijkheid van het Verdrag op een bepaald geding zou dus van de situatie afhangen.

89. Volgens het advies van Jenard wordt naar gelang van de situatie het toepassingsgebied van het Verdrag zuiver door de opportuniteit bepaald. Men behoeft zich dus maar op de doelstellingen van het Verdrag te beroepen om het op willekeurig welk geding van toepassing te kunnen verklaren, ongeacht of dat geding *ratione materiae* binnen het toepassingsgebied ervan valt.

90. Stellig zijn de doelstellingen van het Executieverdrag bepalend voor de uitlegging van zijn bepalingen. Maar een enkele verwijzing naar die doelstellingen kan toch geen grond zijn om de vereisten van juridische samenhang terzijde te schuiven en eenvoudig voorbij te gaan aan de consequenties die noodzakelijkerwijs voortvloeien uit de logica van het Verdrag, doch die men maar lastig vindt.

91. Door eenvoudig te zeggen dat, indien twee procedures aanhangig zijn voor rechters van twee verdragsluitende staten, waarvan de ene primair de arbitrage betreft en

77 — Reeds aangehaald.

de andere slechts incidenteel dat onderwerp raakt, het Verdrag van toepassing is op de eerste procedure, tracht Jenard in zijn advies te ontkomen aan de conclusie waartoe de uitsluiting van arbitrage onvermijdelijk leidt, welke uitsluiting hij bovendien niet principieel ter discussie stelt.

92. Om te kunnen zeggen dat het Verdrag van toepassing is, moet men, zoals gezegd, eerst vaststellen dat een geding binnen het toepassingsgebied ervan valt. Zich beroepen op de doelstellingen van het Verdrag, ten einde onder de onmogelijkheid om dat vast te stellen uit te komen, is een juridisch zwakgebod van iemand die niet kan accepteren wat duidelijk is, namelijk dat het bij de verwijzende rechter aanhangige geding buiten het toepassingsgebied van het Verdrag valt.

93. Gelet op het antwoord dat ik op de eerste vraag meen te moeten geven, zal ik mij met betrekking tot de tweede en de derde vraag van de Court of Appeal tot enkele korte opmerkingen beperken.

94. Bij het onderzoek van het advies van Schlosser heb ik kunnen aantonen, hoe kunstmatig en verkeerd het is, op basis van artikel 5, sub 1, of artikel 17 een bevoegdheid van de rechter van de plaats van arbitrage te construeren. Zou het Hof echter de stelling onderschrijven dat alle gedingen met betrekking tot arbitragezaken binnen het toepassingsgebied van het Verdrag vallen, dan zou het er mijns inziens niet aan kunnen ontkomen, zelf *iure praetorio* een bevoegdheid te creëren.

95. Ten slotte behoeft het Hof de vraag over de artikelen 21 en 22 van het Verdrag alleen te beantwoorden indien het van me-

ning is, dat het Verdrag geldt voor het bij de verwijzende rechter aanhangige geding en dat die rechter op grond van artikel 5, sub 1, of artikel 17 bevoegd is.

96. In de eerste plaats zou ik willen opmerken, dat er geen sprake kan zijn van litispendentie tussen een vordering tot aanwijzing van een arbiter en een vordering die de grond van de zaak zelf betreft. Ofschoon de Commissie positief staat tegenover de stelling van SII, geeft zij zelf toe, dat het in casu niet gaat om litispendentie.

97. Wat artikel 22 betreft, zal ik niet ingaan op de vraag of in casu aan de verschillende daarin gestelde voorwaarden is voldaan. Ik stel enkel vast dat, ook wanneer dat het geval zou zijn, die bepaling „n'impose aucune obligation au juge saisi le second d'une des affaires connexes”.⁷⁸ Die rechter is enkel *bevoegd* de uitspraak aan te houden of, indien aan de vereisten van artikel 22, tweede alinea, is voldaan, de zaak te verwijzen. Met andere woorden, bij de door SII voorgestelde uitlegging van het Verdrag kan de verwijzende rechter in geen geval *verplicht* zijn de beslissing aan te houden. Of nog anders gezegd, als de rechter van die mogelijkheid gebruik maakt, zal hij daarbij onvermijdelijk worden beïnvloed door zijn overtuiging, dat de oplossing waardoor het Verdrag van toepassing is op het bij hem aangebrachte geding, de juiste is.

98. Met andere woorden, een oplossing die duidelijk in strijd is met de logica en de rechtszekerheid en die in naam van de doelstellingen van het Verdrag is gekozen, zou niet noodzakelijkerwijs een resultaat opleve-

78 — Gothot en Holleaux, op. cit., blz. 127, punt 225.

ren dat met die doelstellingen overeenkomt: een beslissing alleen van de Italiaanse rechter over de vraag of de arbitrageovereenkomst bestaat. Men zou wel heel goede redenen moeten vinden die pleiten voor de toepassing van het Verdrag op het bij de verwijzende rechter aanhangige geding. Ik heb dergelijke redenen niet weten te vinden.

99. Ten slotte als het mag nog enkele algemene opmerkingen. In de eerste plaats heeft het voor de Britse rechter aanhangige geding niets uitzonderlijks. Het komt immers vaak voor, dat er een geschil is over het bestaan van een arbitrageovereenkomst, hetgeen niet verwonderlijk is nu de tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken vandaag de dag een vertrouwde procedure in de internationale gemeenschap is geworden.

100. In de tweede plaats wordt algemeen erkend, dat de verdragingsacties van een weerspannige partij de doeltreffendheid van de internationale arbitrage ernstig in gevaar brengen. ⁷⁹ Deze opmerking is uiteraard in algemene zin bedoeld, en ik wil er geenszins mee zeggen, dat de houding van één der partijen ten principale in deze zaak door dilatoire overwegingen is ingegeven. Het is echter duidelijk, dat de toepassing van het Verdrag op dergelijke procedures in bepaalde gevallen een extra middel zou zijn tot „forum shopping”, in strijd met de afspraak geschillen aan arbitrage te onderwerpen.

101. In dit verband is een nadere verklaring op zijn plaats. Met de beslissing dat het

Executieverdrag niet van toepassing is op gedingen met betrekking tot arbitrage, zegt het Hof daarom nog niet, dat het aan de arbiters is overgelaten zich over hun bevoegdheid uit te spreken. In de onderhavige zaak zullen het waarschijnlijk de Engelse gerechten zelf zijn die daarover zullen beslissen. Maar men dient niet te vergeten, dat de nationale rechtsstelsels⁸⁰ en de internationale verdragen in het algemeen geneigd zijn, aan de arbiters het recht toe te kennen over hun bevoegdheid te beslissen⁸¹, met dien verstande dat die beoordeling altijd door de rechter kan worden gecontroleerd. In die richting gaat de evolutie, waartegen het Executieverdrag uiteraard niet kan ingaan. De toepassing ervan op de procedures in arbitragezaken zou in het voordeel kunnen zijn van bepaalde verdragingsacties van de tegenstribbelende partij, die de zaak bij de rechter van de verdragsluitende staat aanhangig maakt ter voorkoming van de toepassing van de rechtsstelsels van andere verdragsluitende staten, die gunstiger zijn voor de ontwikkeling van de arbitrage. De plaats van arbitrage is toeval. Het zou paradoxaal zijn dat de keuze van een plaats van arbitrage binnen de Gemeenschap, wanneer één der partijen zijn woonplaats op haar grondgebied heeft, door toedoen van het Executieverdrag een verdraging van de arbitrageprocedure zou kunnen veroorzaken,

80 — Althans de „burgerrechtelijke” rechtsstelsels; het Britse recht toont zich zeer terughoudend ten aanzien van de „bevoegdheid-bevoegdheid”, zoals die in de continentale rechtsstelsels is vastgelegd; zie hiervoor met name E. Gaillard, op. cit., blz. 776.

81 — Voor de mate waarin het bestaan van de arbitrageovereenkomst wordt gecontroleerd door de overheidsrechter die een arbiter moet aanwijzen, zie de beschrijving van de nationale oplossingen in Gaillard, op. cit., blz. 778-779; deze schrijver schijnt van mening te zijn, dat de oplossing van het Nederlandse recht (artikel 1027, lid 4, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), volgens hetwelk „de president of de derde de arbiter of arbiters benoemt ongeacht de vraag of de overeenkomst tot arbitrage geldig is”, al te zeer ten gunste van de bevoegdheid-bevoegdheid is; hij spreekt zijn voorkeur uit voor de compromisoplossingen van het nieuwe Zwitserse recht (de rechter „geeft gevolg aan het verzoek tot benoeming dat hem wordt gedaan, tenzij een vluchtig onderzoek aantoonst dat er tussen partijen geen enkele arbitrageovereenkomst bestaat”); vergelijk artikel 12.5 van de Portugese wet van 1986 en artikel 1444, derde alinea, van de nieuwe Franse Code de procédure civile, waarin wordt bepaald dat de rechter die de arbiter of arbiters moet aanwijzen, kan vaststellen dat de arbitrageclausule kennelijk nietig is, en kan verklaren dat er geen reden voor aanwijzing is.

79 — Zie hiervoor met name E. Gaillard: „Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international”, *Revue de l'arbitrage*, 1990, blz. 759, nr. 4.

terwijl dat Verdrag niet van toepassing zou zijn wanneer de arbitrage buiten de Gemeenschap zou plaatsvinden.

overeenkomst, valt in casu uiteraard niet uit te sluiten dat dat uiteindelijk leidt tot bij voorbeeld een scheidsrechterlijke uitspraak die onverenigbaar is met de in Italië gegeven beslissing ten gronde.⁸³ Bij die mogelijkheid dient het Hof zich neer te leggen.

102. Ten slotte heeft SII er met nadruk op gewezen, dat niet-toepassing van het Verdrag op het bij de Britse rechter aanhangige geding het risico van onverenigbaarheid zou inhouden. Ik ben er volledig van overtuigd, dat men zoveel mogelijk oplossingen moet zoeken die een dergelijk risico uitsluiten, maar tegelijkertijd is het noodzakelijk, de context waarin dat probleem kan ontstaan, correct en nauwkeurig te omschrijven. Om te beginnen kunnen, zoals gezegd, de regelingen van de artikelen 21 en 22 alleen worden toegepast binnen het toepassingsgebied van het Verdrag. Voor zover dat niet van toepassing is op bepaalde materies, houdt dat onvermijdelijk het risico in, dat er onverenigbare beslissingen worden gegeven. Dat is het noodzakelijke gevolg van het feit dat de auteurs van het Verdrag bepaalde zaken van het toepassingsgebied ervan hebben uitgesloten. „In abstracto” kan het betreurenswaardig lijken dat twee rechters, waarvan de een kennis neemt van een onder het Verdrag vallende zaak en de ander van een zaak die buiten het Verdrag valt, dezelfde prealabele vraag verschillend kunnen beoordelen, maar dat is nu eenmaal het gevolg van de uitsluitingen die in het Verdrag zijn opgenomen. Het Hof heeft trouwens al de gelegenheid gehad gevallen van onverenigbaarheid te onderzoeken tussen een onder het Verdrag gegeven beslissing en een beslissing waarop het Verdrag niet van toepassing was.⁸² Wanneer de Italiaanse en de Britse rechter een uiteenlopend standpunt innemen over het bestaan van de arbitrage-

103. Afgezien daarvan zijn er wel oplossingen te vinden voor de onverenigbaarheid tussen een scheidsrechterlijke uitspraak en een vonnis van een overheidsrechter, al zou die onverenigbaarheid natuurlijk in de eerste plaats moeten worden voorkomen. Die oplossingen zijn uiteengezet in een studie over de conflicten tussen vonnissen en scheidsrechterlijke uitspraken.⁸⁴ De auteur bestudeerde in het bijzonder de onverenigbaarheid tussen een door het Executieverdrag beschermd vonnis en een scheidsrechterlijke uitspraak, en de in een dergelijk geval toepasselijke oplossingen. In elk geval komt uit die studie duidelijk naar voren, dat met behulp van de desbetreffende beginselen en naar gelang van de situatie kan worden gezegd of het vonnis dan wel de uitspraak voorrang moet hebben.

104. Ten slotte zou ik willen zeggen, dat ik geenszins inziet met de opmerking van de Commissie ter terechtzitting, dat de door haar verdedigde oplossing een „communautair” karakter heeft, zulks in tegenstelling tot de oplossing die de drie interveniërende

82 — Arrest van 4 februari 1988 (zaak 145/86, Hoffmann/Krieg, Jurispr. 1988, blz. 645; conflict tussen een onder het Verdrag vallende beslissing waarbij alimentatie tussen echtgenoten werd toegekend, en een echtscheidingsvonnis dat niet onder het Verdrag valt).

83 — Waarvan de erkenning en tenuitvoerlegging overigens eventueel kunnen leiden tot een beslissing over de herhaaldelijk in mijn conclusie voorkomende vraag of het Verdrag van toepassing is op een over de hoofdzaak gewezen vonnis ondanks een arbitrageovereenkomst, die de rechter van de aangezochte staat geldig zou vinden.

84 — P. Schlosser: „Conflicts entre jugement judiciaire et arbitrage”, *Revue de l'Arbitrage*, 1981, nr. 3, blz. 371.

Lid-Staten hebben voorgedragen en volgens welke het Verdrag niet van toepassing is op het bij de Britse rechter aanhangige geding. Ik zie niet, welk voordeel het voor de Gemeenschap zou hebben om de specifieke juridische behoeften van de internationale arbitrage, een universele wijze om geschillen

in de internationale handel op te lossen, te negeren. Die behoeften, zoals ik hoop te hebben aangetoond, zijn niet noodzakelijkerwijs identiek met die welke in het Executieverdrag tot uitdrukking komen, dat een instrument is ter verzekering van een goede rechtsbedeling in de Gemeenschap.

105. Mitsdien geef ik het Hof in overweging nogmaals duidelijk het toepassingsgebied van het Executieverdrag in het licht te stellen door te verklaren voor recht:

De uitsluiting van artikel 1, tweede alinea, sub 4, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, geldt ook voor de vraag of een arbitrage-overeenkomst bestaat, wanneer deze vraag wordt opgeworpen in een bij een nationale rechter aanhangig geding betreffende de aanwijzing van een arbiter.