

## Arbitragerecht

Sinds de vorige kroniek in TCR 2008, p. 137 heeft de rechtspraak van de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie weer een aantal interessante uitspraken op het gebied van het arbitragerecht opgeleverd. In deze kroniek bespreek ik HR 5 december 2008, NJ 2009, 6 over gebreken in de ondertekening van een arbitraal vonnis en HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 460 en 461, over de toelaatbaarheid van het in de loop van een vernietigingsprocedure aanvoeren van nieuwe stellingen ter onderbouwing van een eerder gedaan beroep op een vernietigingsgrond. Gelet op het bestek van de kroniek besteed ik verder slechts kort aandacht aan HR 24 april 2009, RvdW 2009, 580 (het tweede arrest van de Hoge Raad in de zaak IMS/Modsaf), HR 4 december 2009, RvdW 2009, 1406 over de maatstaf voor aansprakelijkheid van een arbiter uit onrechtmatige daad in geval van vernietiging van zijn vonnis, en HvJEG 10 februari 2009, RvdW 2009, 546 over *anti-suit injunctions* en arbitrage. Ik sluit de kroniek af met de vermelding van twee interessante hofuitspraken, waarvan een uitspraak in cassatie in het verschiet ligt. In deze inleiding volsta ik tot slot met de signalering van HvJEG 6 oktober 2009, RvdW 2009, 1395 in de zaak Asturcom/Rodríguez Nogueira. Dit arrest betreft de bevoegdheid van de nationale (in dit geval Spaanse) executierechter om de nietigheid van een oneerlijk arbitragebeding ambtshalve aan de orde te stellen en ligt daarmee qua onderwerp in de lijn van HvJEG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201 (Mostaza Claro/Móvil), besproken in TCR 2007, p. 53.

**HR 5 december 2008, NJ 2009, 6 (Bursa/Güris c.s.)**

Deze zaak draait om een gebrek in de ondertekening van een arbitraal vonnis. Art. 1057 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) vereist dat een arbitraal vonnis op schrift wordt gesteld en door de arbiter of arbiters wordt ondertekend. Bestaat het scheidsgerecht uit meer arbiters en weigert een minderheid het vonnis te ondertekenen, dan moet van die weigering volgens art. 1057 lid 3 Rv onder het vonnis melding worden gemaakt. Die melding moet volgens datzelfde artikellid ook weer worden ondertekend. Een vonnis dat niet conform art. 1057 Rv is ondertekend, is op grond van art. 1065 lid 1 sub d Rv vatbaar voor vernietiging. Herstel van het ontbreken van een handtekening of van de vermelding van weigering tot ondertekening is niet mogelijk.

In het voorontwerp voor een nieuwe arbitragewet van de werkgroep onder leiding van prof. mr. A.J. van den Berg (<www.arbitragewet.nl>) worden wijzigingen van art. 1057 lid 3 Rv en 1060 lid 2 Rv voorgesteld die neerkomen op een deformalisering van de geldende regels. Ten eerste kan de weigering van ondertekening door een minderheid van arbiters volgens het voorstel ook *in* het vonnis worden vermeld, in plaats van, zoals volgens het huidige art. 1057 lid 3 Rv, uitsluitend eronder. Voorts hoeft de mededeling omtrent niet-ondertekening volgens het nieuwe art. 1057 lid 3 Rv niet meer apart te worden ondertekend als deze onder het vonnis wordt geplaatst. Ten slotte wordt in het voorstel aan art. 1060 lid 2 Rv een verwijzing toegevoegd naar art. 1057 lid 3 Rv, waarmee het ontbreken van de vermelding van weigering van ondertekening door een min-

derheid van arbiters, anders dan thans het geval is, vatbaar wordt voor herstel.

Om vernietiging van een arbitraal vonnis te voorkomen, werd in de onderhavige zaak anticipatie op de genoemde wijzigingsvoorstellen bepleit, in het bijzonder op de tendens tot deformalisering van de ondertekeningsvereisten en de mogelijkheid van verbetering, zoals voorzien in het nieuwe art. 1060 lid 2 Rv. De Hoge Raad wil daar echter niet aan. De casus was als volgt. In 1997 heeft Bursa aan Güris c.s. opdracht gegeven voor de bouw van een spoorstelsel in de stad Bursa in Turkije. In de overeenkomst is een arbitrageclausule opgenomen op grond waarvan geschillen worden beslecht door middel van ICC arbitrage met Den Haag als plaats van arbitrage. Tussen partijen is een geschil gerezen waarover Güris c.s. een arbitrage aanhangig heeft gemaakt. Güris c.s. en Bursa hebben elk een arbiter benoemd. Deze twee arbiters hebben de derde arbiter aangewezen, die als voorzitter van het scheidsgerecht optrad. Nadat partijen hun standpunten uiteen hadden gezet, hebben arbiters begin 2002 een overleg gepland ten kantore van de voorzitter om het door hem vervaardigde conceptvonnis te bespreken. Door persoonlijke omstandigheden is de door Güris c.s. benoemde arbiter niet bij dat overleg aanwezig geweest. Desondanks hebben de voorzitter en de door Bursa benoemde arbiter het vonnis overeenkomstig het concept vastgesteld, waarna het door de voorzitter ter goedkeuring aan het *International Court of Arbitration* (ICA) is gezonden. De door Güris c.s. benoemde arbiter heeft kort daarna aan de ICC laten weten dat geen beraadslagingen tussen arbiters hadden plaatsgevonden, dat hij het vonnis niet zou ondertekenen en dat hij na ontvangst van het vonnis een *dissenting opinion* zou toezenden. Nadat het ICA het conceptvonnis had goedgekeurd, is het door de voorzitter en de door Bursa benoemde arbiter ondertekend. De door Güris c.s. benoemde arbiter heeft het vonnis niet ondertekend en heeft een *dissenting opinion* aan de ICC toegestuurd. De ICC heeft vervolgens het origineel van het vonnis en een kopie van de *dissenting opinion* aan partijen toegezonden. De voorzitter heeft circa vijf maanden later het arbitrale vonnis tezamen met een afzonderlijke verklaring die door hem en de door Bursa benoemde arbiter is ondertekend en waarin wordt uiteengezet dat en waarom de door Güris c.s. benoemde arbiter het vonnis niet heeft ondertekend, ter griffie van de Rechtbank Den Haag gedeponneerd.

Güris c.s. heeft vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd op de grond dat het niet conform art. 1057 lid 2 en 3 Rv is ondertekend (zie art. 1065 lid 1 sub d Rv). De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Deze beslissing blijft in hoger beroep in stand. In cassatie probeert Bursa onder meer ingang te doen vinden dat de *dissenting opinion* onderdeel uitmaakt van het arbitrale vonnis en dat die *opinion*, hoewel (uitsluitend) ondertekend door de door Güris c.s. benoemde arbiter, moet worden aangemerkt als de verklaring bedoeld in art. 1057 lid 3 Rv. Voorts bepleit Bursa dat het voorschrift van art. 1057 lid 2 en 3 Rv niet van zodanig dwingende aard is dat niet-naleving daarvan zonder meer een grond voor vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1 sub d Rv oplevert. Dat geldt volgens Bursa *a fortiori* in een internationale arbitrage. Tot slot voert Bursa onder meer aan dat

anticipatie op de voorstellen van de commissie-Van den Berg voor de hand ligt, waar die het bereik van art. 1060 Rv uitbreiden en het ontbreken van de in art. 1057 lid 3 Rv bedoelde verklaring van weigering van ondertekening door een minderheid vatbaar maakt voor herstel.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. De Hoge Raad maakt nauwelijks woorden vuil aan de vraag of de *dissenting opinion* onderdeel uitmaakt van het arbitrale vonnis, maar beantwoordt die vraag met een vrijwel letterlijk aan het hof ontleende motivering ontkenkend. Voor een uitvoerige bespreking van het verschijnsel van arbitrale *dissenting opinions* zij verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Wesseling-van Gent, nr. 2.22-2.34. Kern van het arrest van de Hoge Raad is dat, anders dan Bursa had bepleit, de ondertekeningsvoorschriften van art. 1057 lid 2 en 3 Rv wel degelijk van zodanig dwingende aard zijn, dat niet-naleving daarvan grond is voor vernietiging van het arbitrale vonnis op de voet van art. 1065 lid 1 sub d Rv. De Hoge Raad benadrukt dat de ondertekening (zowel die van art. 1057 lid 2 Rv als die van art. 1057 lid 3 Rv) een van de essentialia van een arbitraal vonnis is, óók in een 'internationale' arbitrage. Met de genoemde ondertekeningsvoorschriften is beoogd zo veel mogelijk te waarborgen dat alle arbiters betrokken zijn bij de totstandkoming van het vonnis en ook daadwerkelijk collegiaal tot een beslissing komen. Voor de door Bursa bepleite anticipatie op de voorstellen van de commissie-Van den Berg is volgens de Hoge Raad geen ruimte, nu die voorstellen 'vooralsnog niet hebben geleid tot enig initiatief op het gebied van wetgeving'. Ook overigens meen ik uit het arrest te kunnen afleiden dat de Hoge Raad niet veel voelt voor een verruiming van de mogelijkheid tot herstel van ondertekeningsgebreken. In die zin sluit het oordeel van de Hoge Raad aan bij de door onder anderen B.C. Punt (TvA Special 2005, p. 50) geuite (door mij gedeelde) kritiek op het nieuw voorgestelde art. 1060 lid 2 Rv, dat het ontbreken van de vermelding van weigering van ondertekening door een minderheid vatbaar maakt voor herstel. Een dergelijke herstelmogelijkheid doet de noodzaak voor arbiters vervallen om zich juist voorafgaand aan het wijzen van vonnis expliciet rekenschap te geven van elkaars mening en van de reden van een eventuele weigering tot ondertekening door een van hen. Gezien het belang daarvan dient niet-naleving van de voorschriften van art. 1057 lid 3 Rv naar mijn mening gesanctioneerd te blijven met vernietiging van het arbitrale vonnis.

Deze uitspraak is ook geannoteerd door H.W. Wiersma in JBPr 2009, 2 en door T.D. de Groot in TvA 2009, 33.

**HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 460 (HPB/Burshan)  
en HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 461 (Smit c.s./  
Ruwa)**

Kort gezegd, is in beide zaken de vraag aan de orde in hoeverre het toelaatbaar is om in een vernietigingsprocedure nieuwe feitelijke of juridische stellingen aan te voeren ter onderbouwing van een in de arbitrage of in de dagvaarding gedaan beroep op de gronden als bedoeld in art. 1065 lid 1 Rv.

In de zaak die leidde tot HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 461 (Smit c.s./Ruwa) heeft Ruwa zich in de arbitrage bij het Scheidsgerecht voor de Bloembollenhandel beroepen op onbe-

voegdheid van het scheidsgerecht vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Aan dat beroep heeft Ruwa ten grondslag gelegd dat tussen partijen geen koopovereenkomst is gesloten, zodat zij ook geen arbitrage zijn overeengekomen. Het scheidsgerecht heeft dat betoog verworpen en zich bevoegd geacht. In de vernietigingsprocedure heeft Ruwa aangevoerd dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft geacht, omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 sub a Rv). Daarbij heeft Ruwa primair herhaald wat zij in de arbitrage had aangevoerd, namelijk dat er geen koopovereenkomst tussen partijen bestaat, zodat geen arbitrage is overeengekomen. Subsidiair heeft Ruwa daar in de vernietigingsprocedure echter aan toegevoegd dat het koopbriefje waarop Smit c.s. zich ten bewijze van de overeenkomst heeft beroepen, geen verwijzing bevat naar het reglement van SBC, noch naar de eventuele bevoegdheid van het scheidsgerecht, zodat er geen geschrift bestaat waaraan het scheidsgerecht zijn bevoegdheid kan ontlelen. In cassatie is de vraag aan de orde of het samenstel van art. 1052 lid 2 Rv en art. 1065 lid 2 Rv eraan in de weg staat dat in een vernietigingsprocedure voor de gewone rechter ter onderbouwing van een beroep op onbevoegdheid van het scheidsgerecht andere stellingen naar voren worden gebracht dan in de arbitrage.

In HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 460 (HPB/Burshan) speelt een soortgelijke vraag in het kader van art. 1064 lid 5 Rv. Dat artikellid bepaalt dat alle gronden tot vernietiging op straffe van verval van het recht daartoe in de dagvaarding moeten worden voorgedragen. HPB heeft vernietiging gevorderd van een arbitraal vonnis op (onder meer) de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 sub a Rv). In de inleidende dagvaarding heeft HPB daartoe aangevoerd dat HPB geen partij is bij de met Burshan gesloten *Exclusivity Agreement* waaruit het geschil is ontstaan. Nadat de rechtbank deze stelling had verworpen, heeft HPB in hoger beroep een andere stelling aangevoerd ter onderbouwing van haar beroep op art. 1065 lid 1 sub a Rv, namelijk dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt omdat de transacties waarop het geschil betrekking heeft, niet onder de *Exclusivity Agreement* vallen. In cassatie is de vraag aan de orde in hoeverre het, gelet op art. 1064 lid 5 Rv, toelaatbaar is om in de loop van de vernietigingsprocedure nieuwe feitelijke of juridische stellingen aan te voeren ter onderbouwing van een in de inleidende dagvaarding gedaan beroep op (een van) de gronden als bedoeld in art. 1065 lid 1 Rv.

De overwegingen van de Hoge Raad zijn in de beide arresten deels gelijklopend. In HR 27 maart 2009, RvdW 2009, 460 (HPB/Burshan) neemt de Hoge Raad allereerst een in de arbitragepraktijk levende onzekerheid weg door vast te stellen (in r.o. 4.3.3) dat met de in art. 1064 lid 5 Rv gebruikte woorden 'gronden tot vernietiging' wordt bedoeld op de in art. 1065 lid 1 sub a tot en met e Rv vermelde gronden waarop vernietiging kan plaatsvinden, en niet op feitelijke of juridische stellingen waarmee het beroep op deze gronden in de loop van het geding nader wordt onderbouwd. De vraag welke ruimte de eiser heeft om een in de inleidende dagvaarding opgenomen grond tot vernietiging in de verdere loop van het geding nader feitelijk en juridisch te onderbouwen, is daarmee echter nog niet beant-

woord. In dat verband is volgens de Hoge Raad de ratio van art. 1064 lid 5 Rv van belang. Die bepaling strekt ertoe te voorkomen dat in meer achtereenvolgende procedures wordt gedebatteerd over de rechtsgeldigheid van het arbitrale vonnis. De Hoge Raad overweegt (in r.o. 4.3.4) dat voor het bereiken van dat doel niet noodzakelijk is dat ook wordt tegengegaan dat aan een in de inleidende dagvaarding opgenomen grond tot vernietiging een nadere juridische of feitelijke uitwerking wordt gegeven. Art. 1064 lid 5 Rv verzet zich dus op zichzelf niet ertegen dat naar aanleiding van een verweer van de wederpartij of naar aanleiding van de beslissing van de rechter in eerste aanleg, in hoger beroep een nadere uitwerking wordt gegeven van de bij de inleidende dagvaarding aangevoerde grond, en zonodig een omissie wordt hersteld. Deze mogelijkheid is echter niet onbeperkt, maar wordt in de eerste plaats begrensd door de gewone regels die gelden voor het hoger beroep, waaronder art. 130 Rv (eiswijziging). In de tweede plaats vindt die mogelijkheid haar begrenzing in specifieke bepalingen die voorschrijven wanneer een bepaalde vernietigingsgrond voor het eerst moet worden ingeroepen, op straffe van verval van het recht daarop later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen. Dat geldt bijvoorbeeld – en hier dringt zich de overeenstemming op met de zaak Smit c.s./Ruwa – voor een beroep op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Een dergelijk beroep moet volgens art. 1052 lid 2 Rv in de arbitrage ‘voor alle weren’ worden gedaan. In samenhang met art. 1065 lid 2 Rv is de strekking van die regel, aldus de Hoge Raad in r.o. 4.3.4 resp. 3.4.1-3.4.2 van de genoemde arresten, dat door het scheidsrecht zelf in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen over zijn bevoegdheid, waardoor zo veel mogelijk wordt voorkomen dat onnodige proceshandelingen worden verricht als een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsrecht onbevoegd is. In hoeverre het toelaatbaar is dat een partij een in de arbitrage voor alle weren gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage in een vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt, dient volgens de Hoge Raad steeds in het concrete geval beoordeeld te worden, waarbij moet worden gelet op de hiervoor weergegeven strekking van de wettelijke regeling, alsmede op de eisen van een goede procesorde. In dat verband kan onder meer van belang zijn in welke mate de nieuwe stellingen aansluiten bij de eerdere (in het arbitraal geding ingenomen) stellingen, wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stellingen en of de desbetreffende partij al dan niet werd bijgestaan door een advocaat.

Ondanks deze vingerwijzingen van de Hoge Raad zal het in de praktijk moeilijk voorspelbaar zijn in hoeverre een nieuwe stelling door de rechter toelaatbaar wordt geacht. De vraag naar de toelaatbaarheid van de stellingen van HPB en Ruwa werd uiteindelijk in geen van beide zaken beantwoord. Het cassatieberoep van Smit c.s. werd verworpen, omdat het middel gebaseerd was op het uitgangspunt dat bij de gewone rechter ter onderbouwing van de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, in het geheel geen stellingen naar voren

mogen worden gebracht die niet ook in de arbitrage naar voren zijn gebracht. Zoals uit het voorgaande blijkt, is dat een te beperkt uitgangspunt. Hoewel het cassatieberoep van HPB wel tot vernietiging leidde (het hof had art. 1064 lid 5 Rv onjuist uitgelegd), kwam het ook in die zaak niet tot een concrete beoordeling van de toelaatbaarheid van de nieuwe stellingen van HPB. In die zaak speelde namelijk ook nog een kwestie met betrekking tot de door de arbiter gehanteerde beslissingsmaatstaf, waarop de Hoge Raad de zaak uiteindelijk (zelf) heeft afgedaan. HPB had in de vernietigingsprocedure mede een beroep gedaan op art. 1065 lid 1 sub c Rv (schending van de opdracht), omdat de arbiter blijkens de tekst boven het dictum had beslist als goede man naar billijkheid, terwijl hij had moeten beslissen naar de regelen des rechts. Omdat het vonnis geen expliciete overwegingen bevatte ten aanzien van de toegepaste beslissingsmaatstaf, had het hof onderzocht of de arbiter ondanks de vermelding boven het dictum niet toch de juiste beoordelingsmaatstaf had gehanteerd. De Hoge Raad oordeelt dat het hof niet had mogen treden in een inhoudelijke beoordeling van het arbitrale vonnis met het oog op de vraag of de arbiter de juiste beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd. Een dergelijke inhoudelijke beoordeling – waarbij de rechter eigenlijk op de stoel van de arbiter gaat zitten – strookt niet met de aard van de vernietigingsprocedure. Nu niet is gebleken dat de vermelding boven het dictum op een kennelijke misslag berust, moet er volgens de Hoge Raad van worden uitgegaan dat de arbiter zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, zodat het vonnis moet worden vernietigd.

Deze uitspraken zijn ook geannoteerd door R.J.A. Bron-Sluis in NTHR 2009, p. 151-152, en B.C. Punt in TvA 2009, 49 en 50.

#### HR 24 april 2009, RvdW 2009, 580 (IMS/Modsaf II)

Deze uitspraak is een vervolg op HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384 (IMS/Modsaf), besproken door G.J. Meijer in zijn kroniek in TCR 2004, p. 25, en betreft vorderingen tot vernietiging van arbitrale vonnissen gewezen in een langsepend geschil over de beëindiging van contracten tussen *International Military Services* (IMS) en (het ministerie van Defensie van) Iran (afgekort Modsaf). IMS heeft in de onderhavige vernietigingsprocedure een reeks vernietigingsgronden aangevoerd, waarvan er in het arrest slechts twee expliciet aan de orde komen.

IMS had onder meer vernietiging van de arbitrale vonnissen gevorderd op de grond dat de vonnissen in strijd met de openbare orde tot stand waren gekomen (art. 1065 lid 1 sub e Rv), doordat het beginsel van hoor en wederhoor (neergelegd in art. 1039 lid 1 Rv) zou zijn geschonden. IMS zou in de arbitrage zijn beperkt in de mogelijkheid bewijs te leveren van haar stellingen. In dat kader herhaalt de Hoge Raad in r.o. 4.3.1 allereerst de belangrijkste overwegingen uit zijn arrest van 17 januari 2003. Niet iedere schending van een in de arbitrage geldende procedurereguleer hoeft tot vernietiging van het arbitrale vonnis te leiden. Zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, moet art. 1065 lid 1 sub e Rv naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast. Deze terughoudendheid hangt onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van art. 1065 Rv

niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en dat de overheidsrechter gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging slechts in sprekende gevallen mag ingrijpen. De Hoge Raad voegt daar in het onderhavige arrest een verwijzing aan toe naar zijn uitspraak van 25 mei 2007 (NJ 2007, 294, besproken in TCR 2008, p. 137), waarin hij oordeelde dat voor een terughoudende toepassing van art. 1065 lid 1 sub e Rv geen plaats is wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor. Die situatie doet zich hier echter niet voor. Het hof heeft volgens de Hoge Raad terecht vooropgesteld dat het op grond van art. 1039 lid 5 Rv in beginsel aan de beoordeling van het scheidsgerecht is overgelaten of en in welke mate partijen wordt toegestaan bewijs te leveren van hun stellingen. De vrijheid van het scheidsgerecht om een bewijsaanbod te passeren, vindt haar grens waar dit in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde of de fundamentele beginselen van procesrecht. Daarvan is in casu geen sprake geweest.

Het tweede punt dat in het arrest aan de orde komt, betreft de vraag of partiële vernietiging van een arbitraal vonnis (ook) mogelijk is in het geval van een schending van de opdracht door het scheidsgerecht die is gelegen in schending van het gezag van gewijsde. De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Maatstaf bij de beantwoording van de vraag of gedeeltelijke vernietiging mogelijk is, is dat de scheidsrechterlijke uitspraak verschillende beslissingen bevat die niet onverbrekkelijk samenhangen en aldus ten aanzien van enig gedeelte vernietiging kan volgen en een ander daarmee niet onverbrekkelijk samenhangend gedeelte in stand kan blijven (HR 20 januari 2006, NJ 2006, 77). Het stond het hof vrij de vonnissen gedeeltelijk te vernietigen, nu een partiële vernietiging neerkomt op een gedeeltelijke toewijzing van het gevorderde. Voor een uitvoeriger bespreking van het punt van de partiële vernietiging verwijs ik naar nr. 2.57-2.65 van de conclusie advocaat-generaal en de annotatie van R.J.A. Bron-Slis in NTHR 2009, p. 189-190.

#### HR 4 december 2009, RvdW 2009, 1406 (ASB Greenworld/arbitrator c.s.)

Greenworld heeft zich in een NAI-arbitrage waarin zij als (een van) verweerster(s) was betrokken, beroepen op onbevoegdheid van het scheidsgerecht, omdat er geen geldige arbitrageovereenkomst tussen haar en de eisende partij in die arbitrage bestond. Arbiters hebben dit beroep op onbevoegdheid verworpen en een vonnis gewezen waarin ten laste van Greenworld veroordelingen zijn uitgesproken. Greenworld heeft bij de burgerlijke rechter met succes een vernietigingsprocedure gevoerd op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbrak.

De onderhavige zaak betreft de civiele procedure die Greenworld vervolgens aanhangig heeft gemaakt tegen de arbiters en het NAI. Greenworld verwijt arbiters dat zij onrechtmatig hebben gehandeld door ondanks het ontbreken van een geldige titel voor arbitrage hun bevoegdheid als arbiters aan te nemen en een vonnis tegen Greenworld te wijzen. Greenworld houdt het NAI aansprakelijk voor onvoldoende toezicht op arbiters. De verde-

ringen van Greenworld zijn door zowel rechtbank als hof afgewezen.

In cassatie beantwoordt de Hoge Raad de vraag naar welke maatstaf moet worden beoordeeld of arbiters ten opzichte van een derde die (naar achteraf blijkt) ten onrechte in een arbitrage werd betrokken en daarin werd veroordeeld, aansprakelijk zijn wegens schending van de door hen ten opzichte van die derde in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van overheidsrechters geldt art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Hoewel ten aanzien van arbiters een wettelijke regeling ontbreekt, oordeelt de Hoge Raad dat voor arbiters net als voor overheidsrechters heeft te gelden dat zij slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Een en ander betekent dat dus slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen. Dat houdt ermee verband dat een wettelijke regeling van tegen rechterlijke beslissingen aan te wenden rechtsmiddelen niet is gebaseerd op de gedachte dat slechts één uitspraak betreffende een tussen partijen gerezen geschil de juiste kan zijn. Dat na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, hoeft volgens de Hoge Raad niet te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, maar kan het gevolg zijn van herstel van een processuele fout, of van een andere presentatie door partijen of andere – mogelijk zelfs minder juiste – beoordeling door de (hogere) rechter van het voorgelegde geschil. De regeling van de rechtsmiddelen stelt weliswaar de laatst gedane uitspraak boven de eerdere uitspraak, maar dat is geen grond de eerdere (scheids)rechterlijke beoordeling in de vernietigde uitspraak in beginsel voor onrechtmatig te houden. Daarnaast acht de Hoge Raad van belang dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen. Ook dat noopt ertoe een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd, slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten. Nu zich een dergelijk uitzonderlijk geval hier niet voordoet en arbiters niet aansprakelijk zijn, is ook de vordering tegen het NAI terecht afgewezen.

#### HvJEG 10 februari 2009, RvdW 2009, 546 (Allianz/West Tankers)

In deze uitspraak geeft het Hof van Justitie antwoord op de door het Britse *House of Lords* voorgelegde prejudiciële vraag of een *anti-suit injunction* (een verbod een procedure in te leiden of voort te zetten voor het gerecht van een andere lidstaat) ter nakoming van een arbitragebeding verenigbaar is met de EEX-verordening. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend.

Aan de prejudiciële procedure ging het volgende vooraf. In augustus 2000 kwam een schip van West Tankers, gecharterd door Erg Petroli SpA, bij het Italiaanse Syracuse in aanvaring met een havenhoofd van Erg, wat tot schade leidde. De charterovereenkomst bevatte een beding dat arbitrage te Londen voorschreef. Erg wendde zich tot haar verzekeraars, Allianz en Gene-

rali, om schadevergoeding te verkrijgen tot aan de grens van haar verzekeringsdekking, en maakte voor het restant van de schade een arbitrage aanhangig tegen West Tankers. Na uitkering van de schade aan Erg hebben de verzekeraars bij de Italiaanse rechter te Syracuse tegen West Tankers een procedure aanhangig gemaakt om terugbetaling te verkrijgen van de bedragen die zij aan Erg hadden uitgekeerd. West Tankers heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen op basis van het arbitragebeding. Daarnaast heeft West Tankers voor de *High Court* in Londen een procedure aanhangig gemaakt tot vaststelling dat het geding tussen haarzelf en de verzekeraars aan arbitrage moest worden onderworpen. West Tankers eiste bovendien dat het de verzekeraars zou worden verboden om een andere procedure in te leiden dan de arbitrage en om de voor het Italiaanse rechter ingestelde procedure voort te zetten. De *High Court* wees de door West Tankers gevorderde *anti-suit injunction* toe. De verzekeraars stelden daartegen beroep in bij het *House of Lords*, dat vervolgens aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag stelde of het met de EEX-verordening verenigbaar is dat een rechterlijke instantie van een lidstaat een gerechtelijk bevel uitvaardigt teneinde iemand te verbieden in een andere lidstaat een procedure in te leiden of voort te zetten, op de grond dat een dergelijke procedure in strijd is met een arbitragebeding.

West Tankers en de Engelse regering waren van mening dat een dergelijk gerechtelijk bevel niet in strijd kan zijn met de verordening, omdat art. 1 lid 2 sub d arbitrage uitsluit van de werkingssfeer van de verordening. Het Hof oordeelt anders. Zeer kort weergegeven stelt het Hof vast dat de procedure tot het verkrijgen van een *anti-suit injunction* weliswaar buiten het toepassingsbereik van de EEX-verordening valt, maar dat deze procedure verhindert dat een gerecht van een andere lidstaat (in casu de Italiaanse rechter te Syracuse) zijn bevoegdheden krachtens de EEX-verordening (waaronder de bevoegdheid zich uit te spreken over zijn eigen rechtsmacht in een procedure waarvan het onderwerp binnen het bereik van de verordening valt) kan uitoefenen. Dit druist volgens het Hof in tegen het vertrouwen van de lidstaten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties, waarop het stelsel van bevoegdheden van de verordening berust. Het Hof acht *anti-suit injunctions* daarom onverenigbaar met de EEX-verordening. Dit oordeel vindt volgens het Hof steun in het Verdrag van New York, waarin is bepaald dat partijen door de rechter van een verdragsluitende staat bij wie een geding aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp waarover partijen een arbitrageovereenkomst hebben gesloten, op verzoek van een van hen naar arbitrage worden verwezen, tenzij de rechter constateert dat de overeenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.

De uitspraak van het Hof is in lijn met zijn arrest in de zaak *Turner/Grovit* van 27 april 2004 (NJ 2007, 152), waarin het Hof oordeelde dat het EEX-Verdrag zich ertegen verzet dat een gerecht in een verdragsluitende staat een partij in een bij hem aanhangige procedure een verbod oplegt een rechtsovereenkomst in een andere verdragsluitende staat in te stellen of voort te zetten, zelfs indien die partij de andere procedure te kwader trouw is gestart, teneinde de reeds aanhangige procedure te belemmeren. Voor een uitgebreide bespreking van het *Allianz/West Tankers*

arrest en het verschijnsel *anti-suit injunctions* verwijs ik naar de artikelen van J.J. van Haersolte-van Hof in *TvA* 2009, 32 en *NTER* 2009, p. 161-165, en M.C. van Leyenhorst in *TvA* 2009, 28. De laatstgenoemde auteur noemt in zijn artikel ook enkele voorbeelden van Nederlandse *anti-suit injunctions* (de hiervoor genoemde jurisprudentie laat de mogelijkheid van nationale *anti-suit injunctions* (voor zover bestaand) onverlet).

**Verwacht: het vervolg van Hof Amsterdam 2 december 2008, NJF 2009, 39 (Knowsley/arbiter X) en Hof Amsterdam 28 april 2009, JOR 2009, 208 (Yukos Capital/Rosneft)**

Het Hof Amsterdam deed twee uitspraken waartegen inmiddels cassatieberoep is ingesteld en waarin dus interessante arresten van de Hoge Raad te verwachten zijn.

De eerstgenoemde uitspraak betreft het hoger beroep van een kort geding waarin Knowsley, een van de procespartijen in een arbitrage, op grond van art. 843a Rv afgifte probeert te krijgen van de aantekeningen die de secretaris van het scheidsgerecht bij een hoorzitting heeft gemaakt. Knowsley stelt belang te hebben bij afgifte van die aantekeningen, omdat zij daarmee de gang van zaken tijdens de hoorzitting kan aantonen. Deze is van belang voor een vernietigingsprocedure die Knowsley aanhangig heeft gemaakt, waarin zij stelt dat het beginsel van *fair trial* is geschonden, omdat zij onvoldoende gelegenheid zou hebben gehad haar standpunt toe te lichten. De voorzieningenrechter had de vordering van Knowsley afgewezen; het hof wijst die vordering toe, waarbij de verplichting tot afgifte wordt beperkt tot die aantekeningen die het verhandelde tijdens de zitting feitelijk vastleggen. Aantekeningen van een ander karakter, zoals persoonlijke notities, vastlegging van buiten de hoorzitting geuite opvattingen van arbiters of van het anderszins verhandelde in raadkamer, hoeven niet te worden verstrekt en moeten door een onafhankelijke derde onleesbaar worden gemaakt.

De tweede uitspraak betreft een beslissing op een verzoek van Yukos Capital om verlof tot tenuitvoerlegging van een vierde tussen Yukos Capital en (de rechtsvoorganger van) Rosneft gewezen arbitrale vonnissen, die door de Russische rechter zijn vernietigd. De voorzieningenrechter heeft dit verzoek afgewezen. Het hof verleent alsnog het gevraagde verlof. Interessant is dat het hof zijn beslissing, anders dan de voorzieningenrechter, niet op het Verdrag van New York baseert, maar op de regels van het commune internationaal privaatrecht. Als de beslissing van de Russische rechter tot vernietiging van de arbitrale vonnissen niet in Nederland kan worden erkend, is de Nederlandse rechter niet verplicht het gevraagde verlof tot tenuitvoerlegging te weigeren. Het hof oordeelt dat het in de kwestie Yukos zó aanneemelijk is dat de vernietigende vonnissen van de Russische civiele rechter het resultaat zijn van rechtspraak die als partijdig moet worden gekwalificeerd, dat deze niet kunnen worden erkend. Bij de beoordeling van het verzoek van Yukos Capital dienen deze uitspraken dan ook te worden genegeerd, zodat verlof tot tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen wordt verleend. Wordt vervolgd.

Mevrouw mr. M.H. de Boer