

TvA 2017/79

Hoge Raad (Civiele kamer) 31 maart 2017, nr. 16/02825
(Mr. J.Ph. de Korte)

RvdW 2017/422
TVA 2017/25
NJ 2017/343
NJB 2017/857
JWB 2017/140
RBP 2017/53
ECLI:NL:HR:2017:555
ECLI:NL:PHR:2017:35

Verzoek enkele erkenning buitenlands arbitraal vonnis ex art. 1075 Rv jo. het Verdrag van New York. Discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York. Geen doorbreking van het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod.

Nelux Holdings International N.V. en Lawton Corporation N.V. (Nelux c.s.) tegen Joseph Nakash, Ralph Nakash en Avi Nakash (Nakash c.s.)

1. Inleiding

Tussen partijen is op 8 mei 2012 in New York een arbitraal vonnis gewezen waarbij met betrekking tot een bepaalde schikkingsovereenkomst is bepaald dat Nelux c.s. geen recht op verdere betalingen hadden en dat zij bepaalde zekerheden dienden vrij te geven.¹ Niet lang daarna, op 22 juni 2012, hebben Nakash c.s. de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om het arbitraal vonnis op grond van art. 1075 Rv (oud) jo. het Verdrag van New York in Nederland te erkennen en om verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen. Na diverse aktewisselingen en zelfs een getuigenverhoor heeft de voorzieningenrechter bij eindbeschikking van 23 december 2014 het verzoek tot erkenning van het arbitrale vonnis toegewezen. Het verlof tot tenuitvoerlegging daarvan werd geweigerd bij gebrek aan belang, omdat de zekerheden tegen die tijd reeds door Nelux c.s. waren vrijgegeven.

Nelux c.s. hebben hoger beroep ingesteld tegen de erkenningsbeschikking. Daarbij kwamen twee vragen aan de orde: (i) is hoger beroep tegen de enkele erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis ex art. 1075 Rv (oud) jo. het Verdrag van New York op grond van het discriminatieverbod van art. III van dat verdrag uitgesloten; en – zo ja – (ii) zijn er in dit geval gronden aanwezig om dat (asymmetrische) rechtsmiddelenverbod te doorbreken. Beide vragen werden door het hof in het nadeel van Nelux c.s. beantwoord, waarop cassatieberoep over dezelfde twee vragen volgde.

¹ Nelux c.s. hebben in de Nederlandse procedure betwist dat sprake was arbitrage met New York als plaats van arbitrage, maar ik laat deze discussie buiten beschouwing.

2. Het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York

Op grond van het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York mag de Nederlandse procedure voor de erkenning en tenuitvoerlegging van een in een andere verdragsluitende staat gewezen arbitraal vonnis voor de verzoeker niet aanmerkelijk bezwaarlijker zijn dan de Nederlandse procedure die geldt voor de erkenning en tenuitvoerlegging van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen. Over deze bepaling is in eerdere jurisprudentie bevestigd dat er – net als op grond van art. 1062 lid 4 en art. 1063 lid 5 Rv (oud) gold voor de procedure voor het verkrijgen van verlof tot tenuitvoerlegging van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen – geen hoger beroep en cassatie open stond tegen een door de voorzieningenrechter van de rechtbank respectievelijk het hof op grond van art. 1075 Rv (oud) jo. het Verdrag van New York verleend verlof tot tenuitvoerlegging.² De vraag die nu aan de orde was, is of hetzelfde geldt voor een enkele erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis ex art. 1075 Rv (oud) jo. het Verdrag van New York, zonder dat ook verlof tot tenuitvoerlegging is verleend.

Op het eerste gezicht lijkt het verschil tussen erkenning en tenuitvoerlegging een marginaal onderscheid. Nelux c.s. wees er echter op dat, terwijl er wel een Nederlandse executieprocedure bestaat, er geen Nederlandse procedure is voor de enkele erkenning van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis. Er is daarmee ook geen procedure waarmee een zuivere vergelijking gemaakt kan worden in het kader van het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York. Op grond van art. 1059 Rv (oud) heeft een in Nederland gewezen arbitraal vonnis gezag en kracht van gewijsde in een ander geding tussen dezelfde partijen met ingang van de dag waarop het arbitraal vonnis is gewezen (tenzij partijen arbitraal hoger beroep zijn overeengekomen). Er lijkt dus geen rechter aan de enkele erkenning van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis te pas te behoeven komen. Voor arbitrale vonnissen die buiten Nederland zijn gewezen geldt echter dat deze geen effect in Nederland kunnen hebben zolang deze niet eerst door de Nederlandse rechter zijn erkend in een procedure ex art. 1075 of 1076 Rv.³ Op zich hebben Nelux c.s. daarmee een interessant onderscheid naar voren gebracht, maar uit de beschikkingen wordt niet duidelijk waarom zij daaruit een recht op hoger beroep menen te kunnen afleiden. Wanneer nationale arbitrale vonnissen automatisch zouden worden erkend, vormt het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York immers juist geen argument om voor de erkenning van buitenlandse arbitrale vonnissen een rechterlijke procedure te vereisen waarbij verweerder recht heeft op drie instanties. Art. III van het Verdrag van New York zou

² HR 25 juni 2010 (*Rosneft/Yukos Capital*), *JPBr* 2010/55, m.nt. R.J. Tjittes, *TvA* 2011/9, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, *Bb* 2011/25, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *NJ* 2012/55, m.nt. H.J. Snijders; Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, *TvA* 2012/27; HR 1 mei 2015 (*Çukurova/Sonera*), *NJ* 2015/454.

³ Ik dwaal af indien ik hierbij tevens zou wijzen op art. 7 van de Consulaire Wet van 25 juli 1871.

dan veeleer gebruikt kunnen worden om te argumenteren dat een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis – net als een in Nederland gewezen arbitraal vonnis – zonder vorm van proces in Nederland moet worden erkend.

De A-G wijst er echter terecht op, althans zo interpreteer ik de zeer summiere motiveringen op dit punt⁴, dat het Verdrag van New York weliswaar een discriminatieverbod bevat maar daarnaast ook bepaalde discriminatie juist sanctioneert, waaronder het principe dat een buitenlands arbitraal vonnis geen werking heeft zolang het niet is erkend door een rechterlijke instantie of andere bevoegde autoriteit. De tekst van art. III van het Verdrag van New York bepaalt reeds dat het discriminatieverbod niet onbeperkt is ('onder de in de volgende artikelen vervatte voorwaarden'). Bovendien volgt uit art. IV dat het een verdragsluitende staat (ongeacht de procedure voor nationale arbitrale vonnissen) vrijstaat om erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen afhankelijk te stellen van productie van een gelegaliseerd origineel of gewaarmerkt afschrift van het arbitrale vonnis en de arbitrageovereenkomst en een officiële vertaling daarvan.⁵ Dat erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen onder het verdrag afhankelijk gesteld mag worden van een rechterlijk oordeel volgt bovendien duidelijk uit art. V van het Verdrag van New York ('indien (...) aan de bevoegde autoriteit (...) het bewijs levert' en 'indien de bevoegde autoriteit (...) constateert'). Voor Nederland volgt uit art. 1075 Rv en art. 1076 Rv dat erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis in Nederland afhankelijk is van de rechter. Nadat aldus is vastgesteld dat ook voor de enkele erkenning een rechterlijke procedure onder het verdrag is toegestaan, resteerde de vraag hoeveel instanties de verweerder in de Nederlandse erkenningsprocedure dan gegund mogen worden.

Zowel de A-G als de Hoge Raad komen tot de conclusie dat op grond van het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York de verweerder geen hoger beroep en cassatie kan instellen tegen een erkenning van het buitenlandse arbitrale vonnis ex art. 1075 Rv (oud) jo het Verdrag van New York.⁶ Ook al zou een zuivere vergelijking met een (niet bestaande) erkenningsprocedure voor in Nederland gewezen arbitrale vonnissen niet mogelijk zijn, dan lijkt mij dat een juiste uitkomst. Daarmee heeft de verweerder in de internationale NYC erkenningsprocedure niet meer rechtsmiddelen dan de verweerder in een internationale NYC exequaturprocedure en de verweerder in een nationale erkennings- en exequaturprocedure. Het is in ieder geval niet praktisch om in dit verband onderscheid te maken tussen enerzijds erkenning en anderzijds verlof tot tenuitvoerlegging, alleen al omdat tenuitvoerlegging van zowel een in Nederland als een in het buitenland gewezen arbitraal von-

nis niet mogelijk is zonder rechterlijke erkenning. Indien dat onderscheid wel gemaakt zou worden, zou dat mogelijk tot gevolg kunnen hebben dat er, ondanks het in *Rosneft/Yukos Capital* door de Hoge Raad bevestigde verbod op hoger beroep en cassatie tegen een exequatur, nog wel rechtsmiddelen open zouden staan tegen de voor een verlof tot tenuitvoerlegging inherente erkenning van het arbitrale vonnis, of dat wat betreft één arbitraal vonnis dat zowel declaratoire als condemnatoire elementen in zich bergt er wel hoger beroep en cassatie zouden open staan tegen erkenning van de declaratoire elementen maar niet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging van de condemnatoire elementen.

Hoewel de A-G en de Hoge Raad er van uitgaan dat er geen Nederlandse procedure bestaat voor de enkele erkenning van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis⁷, waag ik dat te betwijfelen. Art. 1059 Rv (nieuw) ziet op de bindende kracht van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis 'in een ander geding tussen dezelfde partijen' en daarmee niet op de werking van het arbitraal vonnis tegen derden. Hoewel de procedure van art. 1062-1063 Rv volgens de tekst daarvan alleen van toepassing is op het verkrijgen van verlof tot tenuitvoerlegging, zou ik menen dat die procedure ook gevolgd zou moeten kunnen worden wanneer enkel rechterlijke erkenning van het arbitraal vonnis gewenst is.⁸ Wanneer het meerdere (verlof tot tenuitvoerlegging na inherente erkenning) verkregen kan worden, moet het mindere (enkele erkenning) ook in die procedure te halen zijn. Degene die zich in Nederland wil beroepen op een arbitraal vonnis zou er mogelijk voor kunnen kiezen om een verklaring voor recht conform dat arbitrale vonnis in een dagvaardingsprocedure te vorderen, maar deze partij moet volgens mij niet afgetrokken kunnen worden van de bescherming (zoals de beperkte weigeringsgronden) en andere voordelen (zoals het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod) die de procedure van art. 1062-1063 Rv voor deze partij inhoudt wanneer enkel erkenning en niet ook tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis gewenst is.

De geannoteerde beschikking is geweest onder het oude arbitragerecht, zoals geldt voor arbitrageprocedures die zijn gestart voorafgaand aan 1 januari 2015. Onder het nieuwe arbitragerecht dienen verzoeken ex art. 1075 Rv ingediend te worden bij het hof in plaats van voorheen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank. Afgezien van een verwijzing naar die wijziging van de eerste instantie maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen de oude en nieuwe arbitragewet. Daarmee is in het voorbijgaan bepaald dat voor verzoeken ex art. 1075 Rv jo. het Verdrag van New York ook onder het nieuwe arbitragerecht een asymmetrisch rechtsmiddelenverbod blijft gelden, dus dat er dan – net als op grond van art. 1062 lid 3 Rv geldt voor de procedure voor

4 Zie § 2.16 van de conclusie van A-G mr. P. Vlas.

5 Zie verder J.Ph. de Korte, 'Welke consequenties heeft het discriminatieverbod van artikel III van het Verdrag van New York voor de Nederlandse exequaturprocedure?', *TvA* 2007/3.

6 Zie § 2.17 van de conclusie van A-G mr. P. Vlas en rechtsoverwegingen 3.4.3 en 3.4.4 van de Hoge Raad.

7 Zie § 2.2, § 2.16 en § 2.17 van de conclusie van A-G mr. P. Vlas en rechts-overweging 3.4.3 van de Hoge Raad.

8 Hoewel de tekst van Titel 9 van Boek 3 Rv ook alleen rept over verlof tot tenuitvoerlegging wordt in de literatuur ook daarvoor aangenomen dat deze tevens van toepassing is op de enkele erkenning van buitenlandse rechterlijke vonnissen in Nederland. Zie Zilinsky, *T&C Int. Opm.*, aant. 2c.

in Nederland gewezen arbitrale vonnissen – geen hogere voorziening open staat tegen een erkenning en verlening van verlof tot tenuitvoerlegging.⁹ Het komt mij daarnaast voor dat het veel gunstiger voor de verzoeker is wanneer deze partij twee feitelijke instanties ter beschikking staan – net als onder oud en nieuw arbitragerecht op grond van art. 1063 lid 4 en 5 Rv geldt voor in Nederland gewezen arbitrale vonnissen – dan wanneer de verzoeker slechts één feitelijke instantie bij het hof ter beschikking zou staan.¹⁰ Het ligt daarom voor de hand dat de verzoeker op grond van art. III van het Verdrag van New York het recht heeft om ook onder het nieuwe arbitragerecht het verzoek ex art. 1075 Rv jo. het Verdrag van New York in te leiden bij de voorzieningenrechter van de rechtbank in plaats van het hof, met recht op hoger beroep tegen een afwijzing door de voorzieningenrechter en recht op cassatie bij afwijzing door het hof. Slechts twee kansen op succes is aanmerkelijk bezwaarlijker dan drie kansen op succes. Met dat argument lijkt de Hoge Raad nog geen rekening gehouden te hebben.

3. **Geen doorbreking asymmetrisch rechtsmiddelenverbod**

Nelux c.s. voerden vervolgens aan dat, zelf indien hoger beroep voor hen uitgesloten zou zijn, er gronden aanwezig zouden zijn om dit appèlverbod op grond van art. 6 EVRM te doorbreken. Uit de beschikking van de Hoge Raad in *Rosneft/Yukos Capital* kan worden afgeleid dat de asymmetrie van het rechtsmiddelenverbod op zich niet in strijd is met een goede procesorde of het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' maar dat dit verbod doorbroken zou kunnen worden indien de staat waar het arbitraal vonnis is gewezen geen met art. 1064 lid 3 Rv (oud) (thans art. 1064a lid 2 Rv) vergelijkbare vernietigingsvoorziening zou kennen.

Het feit dat in de procedure van art. 1062-1063 Rv de verweerder in principe niet wordt gehoord op het verzoek en geen hoger beroep en cassatieberoep kan instellen tegen een exequatur op een in Nederland gewezen arbitraal vonnis, wordt gecompenseerd door de mogelijkheid om op grond van art. 1064 Rv (oud) (thans art. 1064a Rv) (tot drie maanden na betekening van de exequatur) vernietiging van het arbitraal vonnis te vorderen, hetgeen bij succes op grond van art. 1062 lid 4 Rv ook tot vernietiging van de exequatur leidt. De Hoge Raad overwoog in *Rosneft/Yukos Capital* dat die balans niet steeds aanwezig is in internationale gevallen en dat dit onder omstandigheden aanleiding kan vormen om het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod op grond van art. 6 EVRM te doorbreken. Nelux c.s. voerden twee argumenten aan waarom het rechtsmiddelenverbod volgens hen doorbroken diende te worden: (i) naar Amerikaans arbitragerecht bestaat er geen met art. 1064 Rv (oud) vergelijkbaar recht om vernietiging van het arbitraal vonnis te vorderen

binnen drie maanden nadat de exequatur is betekend; en (ii) vernietiging van het arbitraal vonnis door de bevoegde autoriteit in de Verenigde Staten heeft anders dan geldt op grond van art. 1062 lid 4 Rv niet van rechtswege de vernietiging van de Nederlandse exequatur tot gevolg. Nelux c.s. moesten erkennen dat zij de mogelijkheid om binnen drie maanden na wijzen van het arbitraal vonnis de vernietiging daarvan te vorderen bij de (exclusief bevoegde) Amerikaanse autoriteit ongebruikt voorbij hadden laten gaan. De A-G concludeerde tot verwerping van de argumenten van Nelux c.s., kort gezegd, omdat het feit dat de buitenlandse mogelijkheden tot vernietiging vergelijkbaar met maar niet identiek zijn aan de Nederlandse, niet op basis van art. 6 EVRM noopt tot doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. De Hoge Raad doet het af met de constatering dat Nelux c.s. door het rechtsmiddelenverbod niet in een zodanig nadelige positie zijn geplaatst dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake is.

Het is niet duidelijk of de Hoge Raad daarmee minder belang hecht aan de mogelijkheid van vernietiging in het land van oorsprong dan zij nog deed in *Rosneft/Yukos Capital*. Mogelijk heeft de Hoge Raad nu doorslaggevende betekenis toegekend aan het feit dat Nelux c.s. de mogelijkheid om vernietiging te vorderen ongebruikt voorbij hebben laten gaan en zal in een geval waarbij er in het land van oorsprong helemaal geen mogelijkheid van vernietiging bestaat het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod mogelijk wel om die reden op grond van art. 6 EVRM worden doorbroken. Het is ook mogelijk dat de Hoge Raad inmiddels meer belang hecht aan de waarborgen die de procedure van art. 1075 Rv jo. het Verdrag van New York zelf biedt. Ook al is er geen vernietiging (meer) mogelijk in het land van oorsprong, dan nog kan de verliezer in de exequaturprocedure van art. 1075 Rv zich immers op alle andere weigeringsgronden van art. V van het Verdrag van New York beroepen. En die weigeringsgronden van art. V van het Verdrag van New York zijn vergelijkbaar met de internationaal algemeen erkende gronden voor vernietiging van een arbitraal vonnis. Bovendien geldt in de procedure ex art. 1075 Rv jo. het Verdrag van New York niet een beperking van verweren wanneer de termijn voor het vorderen van vernietiging ongebruikt is verstreken (zoals op grond van art. 1063 lid 2 Rv wel geldt voor in Nederland gewezen arbitrale vonnissen). Alleen al daarom is de verweerder in de procedure van art. 1075 Rv jo. Verdrag van New York mogelijk al afdoende beschermd tegen tenuitvoerlegging van een anderszins vernietigbaar arbitraal vonnis. Er bestaat ook dan uiteraard wel een grond om het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod ex art. 6 EVRM te doorbreken indien de fundamentele procesrechten van verweerder, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, zijn geschonden in de Nederlandse erkennings- of exequaturprocedure.

⁹ Zie rechtsoverweging 3.4.4.

¹⁰ Zie eerder J.Ph. de Korte, 'Een wereld van verschil – verlof tot executie en erkenning van vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis', *TvA* 2012/58 (special).