ECLI:NL:PHR:2012:BU3436

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum uitspraak	13-01-2012
Datum publicatie	13-01-2012
Zaaknummer	10/02538
Formele relaties	Arrest gerechtshof: ECLI:NL:GHSGR:2010:BL6399 Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2012:BU3436
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Art. 81 RO. Arbitrage. Internationale bevoegdheid Nederlandse rechter.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RvdW 2012/111 S&S 2012/58 JWB 2012/34

Conclusie

10/02538

Mr. P. Vlas

Zitting, 4 november 2011

Conclusie inzake:

DSV Road B.V.

(hierna: 'DSV')

tegen

[Verweerster]

In deze zaak gaat het om de vraag of een arbitraal beding in de weg staat aan de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter.

1. Feiten en procesverloop (1)

1.1 In 1990 werd de Nederlandse expediteur [A] B.V. (hierna: [A]) door haar Duitse opdrachtgever [verweerster] ingeschakeld voor expeditiewerkzaamheden met betrekking tot zendingen videorecorders die via Rotterdam naar klanten van [verweerster] in Duitsland gingen.

1.2 In het kader van de invoer in Duitsland is door de Duitse douane een 'antidumpheffing' opgelegd,

die aan [A] in rekening is gebracht. [A] zocht hiervoor verhaal op [verweerster], maar die weigerde vergoeding. Hierop is [A] een Fenex-arbitrageprocedure gestart tegen [verweerster]. De arbiters hebben zich bij tussenvonnis bevoegd verklaard en bij arbitraal eindvonnis van 1 oktober 1993 de vordering nagenoeg geheel toegewezen. Op verzoek van [A] heeft de president van de rechtbank Rotterdam beide arbitrale vonnissen op 16 augustus 1994 voorzien van een exequatur. [Verweerster] heeft zich op het standpunt gesteld dat in het geheel geen arbitrage is overeengekomen en heeft vernietiging van de arbitrale vonnissen gevorderd. Partijen hebben hierover in drie instanties geprocedeerd, met als resultaat dat de vordering van [verweerster] tot vernietiging van de arbitrale vonnissen is afgewezen (zie HR 2 februari 2001, LJN: AA9767, NJ 2001/200).(2)

1.3 In de onderhavige procedure vordert [A] dat [verweerster] door de Nederlandse rechter wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag dat zij op grond van het arbitrale eindvonnis moet voldoen. De achtergrond hiervan is dat het arbitrale eindvonnis als gevolg van een wijziging van de Duitse wet op 22 december 1997 niet ten uitvoer kan worden gelegd in Duitsland, aldus [A]. Die wetswijziging had tot gevolg dat in Duitsland voor erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen de bepalingen van het verdrag van New York van 10 juni 1958 (Trb. 1959, 58) gelden, waardoor moet worden getoetst aan het vereiste in art. II van dat verdrag dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst tot arbitrage. Kennelijk zal dit ertoe leiden dat de Duitse rechter verlof tot tenuitvoerlegging zal weigeren. [A] ziet dit als een in 1990, bij aanvang van de relatie tussen partijen niet voorziene omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW, die rechtvaardigt dat het arbitrale beding als niet geschreven wordt beschouwd, zodat de rechtbank Rotterdam op grond van art. 5 EEX-Verdrag alsnog bevoegd is.

1.4 Bij vonnis van 6 februari 2008 (LJN: BC4287) heeft de rechtbank Rotterdam zich op grond van art. 1022 Rv onbevoegd verklaard, daartoe overwegende dat sprake is van een geschil waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten op basis waarvan [A] een geldig arbitraal vonnis heeft verkregen dat in Nederland kan worden ten uitvoer gelegd. De problemen die [A] bij de tenuitvoerlegging in Duitsland ondervindt komen in beginsel voor haar risico. Gesteld noch gebleken is dat het voor [A] onmogelijk is om bij de Duitse rechter een procedure tegen [verweerster] te starten en daarin een veroordeling te verkrijgen, aldus de rechtbank.

1.5 Van deze uitspraak is de rechtsopvolgster van [A], DSV, in hoger beroep gekomen, doch tevergeefs. Bij arrest van 23 februari 2010 (LJN: BL6399, NJ 2010/380) heeft het hof 's-Gravenhage de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Daartoe heeft het hof in rov. 5 als volgt overwogen, waarbij DSV mede wordt aangeduid als [A]:

'De bevoegdheid dient in de eerste plaats te worden getoetst aan het EEX-Verdrag. Binnen de grenzen van het materiële en formele toepassingsgebied van dit verdrag is de daarin vervatte bevoegdheidsregeling immers dwingend en uitputtend. De door [A] ingestelde vordering heeft betrekking op een burgerlijke of handelszaak als bedoeld in art. 1, lid 1, EEX-Verdrag. Lid 2 van dat artikel zegt echter dat het verdrag niet van toepassing is op arbitrage. De uitzondering is hier van toepassing, nu het er naar Nederlands recht voor moet worden gehouden dat tussen partijen sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage die ook het onderhavige geschil omvat. Dit laatste is met zoveel woorden overwogen in de eerste twee zinnen van rov. 4.4 van het rechtbankvonnis en daartegen is niet gegriefd. Dit betekent dat de door [verweerster] betwiste bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet kan worden gebaseerd op art. 5 EEX-Verdrag. Ook art. 1022 Rv. staat aan bevoegdheid in de weg. Gelet op het bepaalde in de artt. 1052 en 1053 Rv zijn de arbiters bevoegd om te oordelen over de bij inleidende dagvaarding ingestelde vordering en de daarin besloten eis tot wijziging van de overeenkomst tussen [A] en [verweerster]'.

In rov. 6 heeft het hof overwogen dat het beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 lid 1 BW) [A] niet kan baten, omdat de problemen die zij thans ondervindt bij de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in Duitsland voor haar rekening moeten worden gelaten (art. 6:258 lid 2 BW). Het hof wijst erop dat [A] destijds bewust ervoor heeft gekozen

'om [verweerster], niettegenstaande de door deze geuite bezwaren, te houden aan een arbitraal beding dat niet schriftelijk was overeengekomen - maar slechts berustte op een veronderstelde stilzwijgende aanvaarding van algemene voorwaarden waarnaar onderaan briefpapier werd verwezen - en dat daardoor niet voldeed aan de in artikel II van het Verdrag van New York geformuleerde geldigheidsvereisten, hetgeen mogelijkerwijs in het buitenland zou kunnen leiden tot problemen bij de erkenning en tenuitvoerlegging. In plaats daarvan had zij er ook voor kunnen kiezen om de vordering aanhangig te maken bij de overheidsrechter, waarmee deze problemen waren voorkomen. Bovendien wordt [A] door het achterwege blijven van de wijziging niet ernstig in haar belangen geschaad, omdat - naar moet worden aangenomen; het tegendeel is ook in hoger beroep gesteld noch gebleken - zij zich kan wenden tot de Duitse overheidsrechter, die, ervan uitgaande dat deze het arbitraal beding en het arbitrale eindvonnis niet als geldig zal erkennen, bevoegdheid kan ontlenen aan art. 2 EEX-Verdrag. De Nederlandse rechter heeft derhalve evenmin te gelden als forum necessitatis. Het is dan ook niet zo dat, zoals [A] ingang wil doen vinden, bij onbevoegdheid van de Nederlandse rechter een toestand van rechteloosheid ontstaat. Het voorgaande betekent verder dat niet kan worden gezegd dat [verweerster] naar redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verlangen. Ook is het beroep op art. 1022, lid 1, Rv in de gegeven omstandigheden niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' (rov. 6).

1.6 DSV heeft tijdig(3) cassatieberoep ingesteld tegen voormelde uitspraak van het hof.(4)

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen. In onderdeel 1.1 wordt opgekomen tegen het oordeel van het hof in rov. 5 dat [A] geen grief heeft gericht tegen de eerste twee volzinnen van rov. 4.4 van het vonnis van de rechtbank waarin is overwogen dat zich in dit geval een geschil voordoet waarover een overeenkomst tot arbitrage is overeengekomen, zodat het geschil is uitgezonderd van het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag (art. 1 lid 1 EEX-Verdrag). Volgens de klacht is dat oordeel van het hof in het licht van de (in het onderdeel gepreciseerde) stellingen uit de MvG van [A] onbegrijpelijk of berust het op een onbegrijpelijke beperking van de grieven van [A].

2.2 Het onderdeel mist feitelijke grondslag. In rov. 5 oordeelt het hof dat tussen partijen sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage die ook het onderhavige geschil omvat. Het hof sluit zich daarbij aan bij rov. 4.4 van het vonnis van de rechtbank, waarin is overwogen dat de gewone rechter zich ingevolge art. 1022 Rv onbevoegd dient te verklaren inzake een geschil waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten, en dat zulks zich hier voordoet. Uit de gedingstukken laat zich niet afleiden dat [A] tegen dat oordeel van de rechtbank is opgekomen. Weliswaar heeft [A] zich in appel voldoende duidelijk verzet tegen de onbevoegdverklaring van de rechtbank, maar dat heeft zich niet geuit in grieven tegen bovengenoemd oordeel van de rechtbank, doch - voor zover van belang - slechts in stellingen waarin tegen het arbitraal beding wordt opgekomen met een beroep op art. 6:258 BW (MvG, par. 9) en de redelijkheid en billijkheid (MvG, par. 13).(5) Van een onbegrijpelijk oordeel in het bestreden arrest dan wel onbegrijpelijke beperking van de grieven door het hof is dan ook geen sprake. De klacht mist overigens ook feitelijke grondslag voor zover wordt betoogd dat het hof heeft miskend dat [A] heeft geappelleerd tegen de onbevoegdverklaring van de rechtbank, aangezien het hof in rov. 5 aandacht heeft besteed aan de vraag of de gewone rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen.

2.3 Onderdeel 1.2 betoogt dat het oordeel van het hof in rov. 5 onjuist is voor zover daarin ervan is uitgegaan dat een vordering tot aanpassing van (de arbitrageclausule in) een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, steeds of in beginsel onder de arbitrageclausule in die overeenkomst zou vallen. Voor een dergelijke vordering is vereist dat een voldoende duidelijke keuze voor arbitrage is gemaakt om een partij bij die overeenkomst van de gewone rechter af te kunnen houden (vgl. art. 1020 lid 4, sub c Rv), aldus het onderdeel.

2.4 De klacht mist feitelijke grondslag, omdat het hof in rov. 5 niet tot uitgangspunt heeft genomen dat

een vordering tot aanpassing van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, steeds of in beginsel onder de arbitrageclausule in die overeenkomst valt. Het hof constateert in rov. 5 slechts dat tussen partijen sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage die ook het onderhavige geschil - over de vraag of de overeenkomst tot arbitrage kan worden gewijzigd op grond van onvoorziene omstandigheden - omvat. Dat laatste is met zoveel woorden overwogen in de eerste twee volzinnen van rov. 4.4 van het vonnis van de rechtbank en daartegen is niet gegriefd.

2.5 Onderdeel 2.1 keert zich tegen rov. 6 waarin het hof oordeelt dat, ook indien de Nederlandse rechter wel bevoegdheid heeft met betrekking tot het geschil over de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 lid 1 BW), zulks [A] niet verder brengt. Volgens het onderdeel is dat oordeel onjuist voor zover het hof hiermee een of meer geschilpunten in de hoofdzaak beslist, terwijl in hoger beroep uitsluitend de bevoegdheidskwestie aan de orde was. De klacht houdt in dat het hof ten onrechte in de beoordeling van de hoofdzaak is getreden en tevens buiten de grenzen van de rechtsstrijd in het bevoegdheidsincident.

2.6 De klacht faalt bij gebrek aan belang. Rov. 6 is slechts dragend voor het bestreden arrest ingeval de Nederlandse rechter wel bevoegd is met betrekking tot het geschil over de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden. In cassatie wordt naar mijn mening tevergeefs opgekomen tegen het oordeel van het hof in rov. 5 dat de Nederlandse rechter vanwege een geldige arbitrageclausule daartoe niet bevoegd is. Overigens berust de klacht op een onjuiste lezing van het bestreden oordeel. Anders dan wordt betoogd, heeft het hof in rov. 6 niet een of meer geschilpunten in de hoofdzaak beslist. De desbetreffende overweging moet worden gelezen tegen de achtergrond van de beoordeling van het betoog van [A] dat de arbitrageclausule wegens onvoorziene omstandigheden terzijde moet worden gesteld dan wel dat het onbevoegdheidsverweer van [verweerster] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

2.7 Onderdeel 2.2 keert zich met twee motiveringsklachten tegen rov. 6 van het bestreden arrest. De klachten stranden reeds bij gebrek aan belang om de in nr. 2.6 genoemde reden en delen derhalve het lot van onderdeel 2.1. De hierna volgende bespreking van de klachten is dan ook ten overvloede.

2.8 Het onderdeel klaagt erover dat - kort gezegd - het oordeel van het hof met betrekking tot art. 6:258 lid 1 BW onbegrijpelijk is.

2.9 Krachtens art. 6:258 lid 2 BW wordt een wijziging of ontbinding van een overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden niet uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Het hof heeft in de proceshouding van [A] aanleiding gezien om de problemen inzake de erkenning en tenuitvoerlegging in Duitsland voor haar eigen rekening te laten. [A] heeft er bewust voor gekozen om [verweerster] te houden aan een arbitraal beding dat niet schriftelijk was overeengekomen, terwijl zij er ook voor had kunnen kiezen om de vordering aanhangig te maken bij de overheidsrechter. Dat oordeel is geenszins onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.(6)

2.10 Het onderdeel voert verder aan dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat moet worden aangenomen dat [A] zich kan wenden tot de Duitse overheidsrechter, omdat het tegendeel gesteld noch gebleken is. Het onderdeel betoogt dat de Duitse rechter zich bij de beoordeling van zijn bevoegdheid ter zake van de vordering van [A] zou moeten richten naar het op de overeenkomst toepasselijke Nederlandse recht, op grond waarvan een keuze voor arbitrage is gemaakt, zodat (ook) de Duitse overheidsrechter zich onbevoegd zou moeten verklaren.

2.11 In navolging van de rechtbank (rov. 4.6), en tegen de achtergrond van grief IV, heeft het hof in rov. 6 beoordeeld of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid zou kunnen uitoefenen als noodforum (forum necessitatis).(7) In dat verband heeft het hof geoordeeld dat moet worden aangenomen dat [A] zich kan wenden tot de Duitse rechter die, ervan uitgaande dat deze het arbitraal beding en het arbitrale eindvonnis niet als geldig zal erkennen, bevoegdheid kan ontlenen aan art. 2 EEX-Verdrag. Het tegendeel is in hoger beroep gesteld noch gebleken, aldus het hof. Gelet

op het oordeel van de rechtbank (rov. 4.6) dat niet is gesteld of gebleken noch zonder meer kan worden aangenomen dat het voor [A] onmogelijk zou zijn om bij de Duitse rechter een procedure tegen [verweerster] aan te spannen en daarin een veroordeling te verkrijgen, had het op de weg van [A] gelegen om in appel aan te voeren dat en waarom een procedure in Duitsland voor haar onmogelijk zou zijn. Weliswaar heeft [A] een grief (grief IV) aangevoerd tegen dit oordeel van de rechtbank, maar zij heeft niet aangegeven dat en waarom sprake zou zijn van onmogelijkheid om in Duitsland te procederen. Bij deze stand van zaken is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk en behoeft dit geen verdere motivering.

2.12 Nu de klachten niet tot cassatie kunnen leiden en niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, geef ik de Hoge Raad in overweging het beroep te verwerpen met toepassing van art. 81 RO.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

1 Zie rov. 2-4 van het bestreden arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 23 februari 2010.

2 In een andere procedure heeft [A] gevorderd dat [verweerster] in de vorm van een bankgarantie zekerheid zou stellen voor de voldoening van haar vordering. Zie daarover HR 6 februari 2004, LJN: AL7065, NJ 2005/403, m. nt. PV.

3 In dit verband wijs ik erop dat 5 mei 2010 een algemeen erkende feestdag is als bedoeld in art. 3, lid 1, Algemene Termijnenwet en dat 14 mei 2010 met een algemeen erkende feestdag is gelijkgesteld krachtens Besluit van 27 september 2007 (Stcrt. 8 oktober 2007, nr. 194, p. 7), zodat de cassatietermijn tegen het bestreden arrest van 23 februari 2010 loopt tot en met 25 mei 2010.

4 In navolging van het hof wordt DSV hierna mede aangeduid als [A].

5 Anders dan de schriftelijke toelichting, nr. 3.1.5, suggereert valt niet uit de gedingstukken (ook niet uit MvG, par. 10; vgl. schriftelijke toelichting, nr. 3.1.6, noot 8) op te maken dat [A] heeft gegriefd tegen het in rov. 4.4 vervatte oordeel van de rechtbank dat de vordering ex art. 6:258 BW onder het tussen partijen overeengekomen arbitraal beding valt.

6 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 444, over de beperkte motiveringsplicht in het kader van art. 6:258 BW.

7 Zie in het algemeen over het forum necessitatis, zie F. Ibili, Gewogen rechtsmacht in het IPR. Over forum (non) conveniens en forum necessitatis, Serie Recht en Praktijk, deel 148, 2007, p. 107-134.