

ECLI:NL:PHR:2015:311

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	20-03-2015
Datum publicatie	01-05-2015
Zaaknummer	14/04336
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2015:1194 , Gevolgd
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Arbitrage. Internationaal privaatrecht. Staat tegen de verlening van verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland van een Zwitsers arbitraal vonnis hoger beroep open? Art. 1075 lid 2 Rv en art. III Verdrag van New York. HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55. ‘Asymmetrie’ in rechtsmiddelenverbod. Afstand van recht om arbitraal vonnis ten overstaan van de overheidsrechter aan te tasten, art. 6 EVRM. Rechtsmacht Nederlandse rechter. Verbonden met de rechtssfeer van Nederland, art. 3 onder c Rv (HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2015/254 met annotatie van mr. C.G. van der Plas JBPR 2015/59 met annotatie van mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk

Conclusie

14/04336

Mr. P. Vlas

Zitting, 20 maart 2015

Conclusie inzake:

de vennootschap naar buitenlands recht Çukurova Holding A.S.
gevestigd te Istanbul (Turkije)
(hierna: Çukurova)

tegen

Sonera Holding B.V.
gevestigd te Rotterdam
(hierna: Sonera)

Deze zaak betreft de vraag of het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv, zoals deze bepalingen luiden vóór 1 januari 2015, kan worden doorbroken ter zake van een door de voorzieningenrechter afgegeven verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis dat wordt bestreken door het op 10 juni 1958 te New York gesloten Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke uitspraken (hierna: Verdrag van New York)¹, in een geval waarin partijen op voorhand afstand hebben gedaan van het recht om een beslissing van arbiters aan te vechten bij de overheidsrechter in het land van herkomst van het arbitrale vonnis. Kan dit rechtsmiddelenverbod worden doorbroken omdat het beginsel van 'equality of arms' in dit geval niet is gewaarborgd of omdat de voorzieningenrechter ten onrechte internationale bevoegdheid heeft aanvaard met betrekking tot het exequaturverzoek?

1 Feiten en procesverloop

1.1 De relevante feiten zijn in cassatie als volgt.² In maart 2005 zijn partijen een schriftelijke overeenkomst (hierna: de overeenkomst) aangegaan die voorziet in de verkoop door Çukurova aan Sonera van aandelen die Çukurova destijds hield in Turkcell Holding A.S., tegen een koopprijs van ruim USD 3,1 miljard en mits bepaalde voorwaarden zouden zijn vervuld. Turkcell had een controlerend belang in een onderneming met activiteiten in de markt voor mobiele telefonie in Turkije.

1.2 Bij de uitvoering van de overeenkomst is tussen partijen een geschil ontstaan. De overeenkomst bevat in art. 5.4 een arbitraal beding dat ertoe strekt dat geschillen naar aanleiding van de overeenkomst worden onderworpen aan arbitrage volgens het arbitragereglement van de International Chamber of Commerce. Dit beding luidt als volgt:

'Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement, if not amicably resolved by the Parties within 60 days of notification thereof, shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the "ICC Rules"), except as such ICC Rules may be modified below'.

1.3 Het arbitraal beding voorziet niet in enige vorm van hoger beroep. In art. 5.4 onder d van de overeenkomst is in het arbitraal beding voorts een 'waiver' opgenomen, waarin partijen op voorhand afstand doen van eventuele rechten om een beslissing van arbiters aan te vechten bij de overheidsrechter. Deze 'waiver' luidt als volgt:

'Any award of the tribunal shall be final and binding on the Parties. The Parties hereby waive any rights to appeal any arbitration award to, or seek determination of any question of law arising in the course of arbitration from jurisdictional courts'.

1.4 Het geschil tussen partijen heeft geleid tot een arbitraal geding voor het International Court of Arbitration van de International Chamber of Commerce te Genève, Zwitserland (hierna: het scheidsgerecht). Dit arbitraal geding is aanhangig gemaakt door Sonera. Çukurova heeft in dat geding verweer gevoerd. Op de arbitrage was Zwitsers recht van toepassing, op de overeenkomst Turks recht krachtens een door partijen gemaakte rechtskeuze.

1.5 Het scheidsgerecht heeft drie arbitrale vonnissen gewezen: een eerste deelvonnis gedateerd 15 januari 2007, een tweede deelvonnis gedateerd 29 juli 2009 en een eindvonnis gedateerd 1 september 2011. In het arbitrale eindvonnis is Çukurova veroordeeld om aan Sonera een schadevergoeding te betalen van USD 932 miljoen, te vermeerderen met rente en kosten, omdat Çukurova haar door het scheidsgerecht aangenomen verplichting tot levering van de aandelen in Turkcell aan Sonera niet is nagekomen.

- 1.6 Çukurova heeft niet vrijwillig aan de hiervoor genoemde veroordeling voldaan. Zij heeft bij de bevoegde Zwitserse overheidsrechter ('Tribunal fédéral') een procedure aanhangig gemaakt strekkend tot herroeping ('révision') van beide arbitrale deelvonnissen en van het arbitrale eindvonnis. Bij beslissing van 30 april 2012 heeft het 'Tribunal fédéral' de vordering van Çukurova tot 'révision' afgewezen.³
- 1.7 Çukurova heeft voorts een nieuw arbitraal geding tegen Sonera aanhangig gemaakt teneinde de werking van de bij het arbitrale eindvonnis uitgesproken veroordeling te ontkrachten.⁴
- 1.8 Çukurova heeft geen vordering tot vernietiging van de arbitrale deelvonnissen of van het arbitrale eindvonnis ingesteld. Weliswaar kent het te dezen toepasselijke Zwitserse recht een algemene mogelijkheid daartoe, maar bij het arbitraal beding hebben partijen die mogelijkheid uitgesloten door op voorhand afstand te doen van eventuele rechten om een beslissing van arbiters aan te vechten bij de overheidsrechter (zie de 'waiver' vermeld onder 1.3).
- 1.9 Sonera wenst de tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis, althans de daarbij ten gunste van haar uitgesproken veroordeling van Çukurova, te bewerkstelligen. Zij heeft hiertoe in verschillende landen, in het bijzonder in Nederland, de Verenigde Staten, Engeland, de Britse Maagdeneilanden en Curaçao, verzoeken gedaan strekkend tot erkenning en verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis. Çukurova heeft tegen al deze verzoeken verweer gevoerd.
- 1.10 Teneinde het verhaal van haar vordering uit hoofde van het arbitrale eindvonnis te verzekeren, heeft Sonera na daartoe verkregen rechterlijk verlof, op 19 oktober 2011 ten laste van Çukurova in Nederland conservatoire beslagen doen leggen. Bij deze beslagleggingen zijn geen vermogensbestanddelen van Çukurova aangetroffen, zodat zij feitelijk zonder gevolg zijn gebleven.⁵
- 1.11 Bij verzoekschrift van 17 oktober 2011 heeft Sonera aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om aan haar, uitvoerbaar bij voorraad, verlof te verlenen het arbitrale eindvonnis in Nederland ten laste van Çukurova ten uitvoer te leggen. Bij beschikking van 28 maart 2013⁶ heeft de voorzieningenrechter het gevraagde verlof verleend. Tegen deze beslissing en de overwegingen die daaraan in de genoemde beschikking alsmede in de tussenbeschikking van 16 april 2012 ten grondslag zijn gelegd, heeft Çukurova hoger beroep ingesteld.
- 1.12 Bij beschikking van 24 juni 2014⁷ heeft het hof Amsterdam Çukurova niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep. Het hof heeft daaraan, kort weergegeven, de volgende overwegingen ten grondslag gelegd. Aangezien tegen de verlening van verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland van een binnenlands arbitraal vonnis geen hoger beroep openstaat (art. 1062 lid 4 Rv⁸), zou het aannemen van een mogelijkheid van hoger beroep tegen de verlening van zodanig verlof met betrekking tot een buitenlands arbitraal vonnis een 'substantially more onerous condition' in de zin van art. III van het Verdrag van New York meebrengen in vergelijking met de procedure voor de tenuitvoerlegging in Nederland van binnenlandse arbitrale vonnissen. Art. III van het Verdrag van New York verbiedt een dergelijk aanmerkelijk bezwarender voorschrift ten aanzien van de procedure voor de tenuitvoerlegging van onder het verdrag vallende buitenlandse arbitrale vonnissen en houdt in zoverre een afwijkende voorziening in (zoals bedoeld in art. 1075 Rv) ten opzichte van art. 985 t/m 991 Rv, waarvan art. 989 lid 2 Rv wel hoger beroep openstelt. Het bedoelde verbod brengt daarom mee dat tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitrale eindvonnis door de voorzieningenrechter in beginsel geen hoger beroep openstaat (rov. 2.6).
- 1.13 Volgens het hof kan het hiervoor genoemde rechtsmiddelenverbod uitzondering lijden als zich (i) een grond zou voordoen voor doorbreking van het uitgangspunt dat hoger beroep tegen de

verlening van het verlot tot tenuitvoerlegging is uitgesloten of (ii) als onverkorte toepassing van dat uitgangspunt ertoe zou leiden dat het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces zou worden geschonden (rov. 2.7).

1.14 Met betrekking tot de eerste uitzondering op het rechtsmiddelenverbod overweegt het hof als volgt. Het hof verwerpt het verweer van Çukurova dat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 Rv is getreden doordat hij zich ten onrechte bevoegd heeft geacht over het verzoek van Sonera tot verlening van het verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland te beslissen, althans doordat hij Sonera ten onrechte ontvankelijk heeft verklaard in het verzoek omdat Çukurova in Nederland geen voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen heeft. De onbetwiste stelling van Sonera dat niet is uitgesloten dat Çukurova op enig moment vermogensbestanddelen zal verkrijgen in Nederland, gelet op de vennootschappelijke structuur van Çukurova en met haar verbonden andere rechtspersonen in Nederland, brengt volgens het hof mee dat de voorzieningenrechter zich terecht bevoegd heeft verklaard en dat hij Sonera terecht ontvankelijk heeft verklaard in haar verzoek. De aangevoerde grond voor doorbreking van de uitsluiting van hoger beroep doet zich niet voor, ongeacht het antwoord op de vraag of Çukurova daadwerkelijk vermogensbestanddelen heeft in Nederland. Noch de wet, noch het Verdrag van New York stelt dit laatste immers als voorwaarde voor de door de voorzieningenrechter aangenomen bevoegdheid of voor de ontvankelijkheid van Sonera in haar verzoek (rov. 2.8).

1.15 Met betrekking tot de tweede uitzondering op het rechtsmiddelenverbod heeft het hof als volgt overwogen. Dat Çukurova geen vordering tot vernietiging van het arbitrale eindvonnis heeft kunnen instellen, is uitsluitend het gevolg van het feit dat partijen het recht daartoe bij het arbitraal beding op voorhand hebben prijsgegeven. Dat Çukurova na de verlening van het verlot door de voorzieningenrechter niet alsnog een dergelijke vordering heeft kunnen instellen, aangezien het toepasselijke Zwitserse recht niet een met art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv vergelijkbare mogelijkheid kent, laat onverlet dat Çukurova als gevolg van het genoemde prijsgeven evenmin na de verlening van het verlot een vordering tot vernietiging van het arbitrale eindvonnis had kunnen instellen als het Zwitserse recht wel een mogelijkheid hiertoe zou kennen. Bovendien had Çukurova, ongeacht het ontbreken van laatstbedoelde mogelijkheid in het Zwitserse recht, voorafgaand aan de verlening van het verlot door de voorzieningenrechter een vordering tot vernietiging van het arbitrale eindvonnis kunnen instellen als zij het recht daartoe niet had prijsgegeven, aangezien zij met dit (op tegenspraak gewezen) eindvonnis bekend was. Dat de ingestelde vordering tot herroeping ('révision') geen toereikend middel is gebleken om het gevraagde verlot tot tenuitvoerlegging af te weren, is het gevolg van het feit dat die vordering is afgewezen en doet aan de mogelijkheid tot instelling daarvan niet af, terwijl in de afstand van rechten door partijen besloten ligt dat Çukurova met het ontbreken van een verderstrekkend rechtsmiddel dan 'révision' en hiermee met de beperkingen van dit middel had ingestemd. Dit alles brengt mee dat niet kan worden gezegd dat Çukurova als gevolg van de uitsluiting van hoger beroep tegen de verlening van het verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland is benadeeld, zodanig dat het recht op een eerlijk proces krachtens art. 6 EVRM, het beginsel van 'equality of arms' daaronder begrepen, is geschonden (rov. 2.10).

1.16 Çukurova heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof. Sonera heeft verweer gevoerd.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen waarmee wordt opgekomen tegen het oordeel

van het hof dat Çukurova niet-ontvankelijk is in haar hoger beroep tegen de exequaturverlening ter zake van het arbitrale eindvonnis. Alvorens de klachten van het cassatiemiddel te bespreken, geef ik een uiteenzetting van het juridische kader waarbinnen de ontvankelijkheidsvraag moet worden beantwoord.

- 2.2 Vooropgesteld moet worden dat deze zaak temporeel wordt bestreken door de bepalingen van het arbitragerecht opgenomen in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals deze bepalingen golden tot aan de modernisering van het arbitragerecht met ingang van 1 januari 2015. Op die datum is in werking getreden de Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (Stb. 2014, 200).¹⁰ Aangezien de onderhavige zaak reeds aanhangig was vóór de datum van inwerkingtreding van de modernisering van het arbitragerecht, blijft daarop het voorheen geldende arbitragerecht van toepassing krachtens art. IV lid 4 van de Wet van 2 juni 2014.
- 2.3 Voor zover van belang ziet de wettelijke regeling met betrekking tot de tenuitvoerlegging van binnenlandse en van buitenlandse arbitrale vonnissen in Nederland, zoals dat gold tot 1 januari 2015, er in het kort als volgt uit.¹¹ Voor de tenuitvoerlegging van binnenlandse arbitrale vonnissen in Nederland geldt dat voorafgaand rechterlijk verlof (exequatur) van de voorzieningenrechter van de rechtbank dient te worden gevraagd (art. 1062 lid 1 Rv). Weigert de voorzieningenrechter het verzochte verlof te verlenen, dan kan de verzoeker daartegen hoger beroep instellen (art. 1063 lid 3 Rv). Wordt het verzochte verlof ook in hoger beroep afgewezen, dan kan de verzoeker daartegen cassatieberoep instellen (art. 1063 lid 4 Rv). Indien de voorzieningenrechter het verzochte verlof wel verleent, kan de wederpartij van de verzoeker daartegen geen hoger beroep instellen.¹² Op grond van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv kan de wederpartij tegen het exequatur slechts het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping instellen op de in art. 1065 respectievelijk art. 1068 Rv vermelde gronden.
- 2.4 De vernietiging of herroeping van het binnenlandse arbitrale vonnis brengt van rechtswege die van het verlof tot tenuitvoerlegging met zich mee (art. 1062 lid 4 Rv). In dit verband wordt ook wel gesproken van het 'asymmetrische' rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv, omdat voor het instellen van hoger beroep en beroep in cassatie onderscheid wordt gemaakt tussen afwijzende en toewijzende beschikkingen op het exequaturverzoek. Bij afwijzing van het exequaturverzoek kan de verzoeker daartegen hoger beroep en beroep in cassatie instellen, terwijl bij toewijzing van het exequaturverzoek de wederpartij deze rechtsmiddelen niet kan aanwenden.¹³ Het asymmetrische rechtsmiddelenverbod is gehandhaafd in het per 1 januari 2015 gewijzigde arbitragerecht, zie thans art. 1062 lid 3 jo. art. 1064 en art. 1063 leden 4 en 5 Rv.¹⁴ Ook het rechtsmiddel van vernietiging en herroeping, waarmee de wederpartij kan opkomen tegen een exequaturverlening, is gehandhaafd in het thans geldende art. 1064 Rv.
- 2.5 Voor de volledigheid vermeld ik dat art. 1064 Rv alleen betrekking heeft op *binnenlandse* arbitrale vonnissen. Ten aanzien van *buitenlandse* arbitrale vonnissen geldt dat het recht van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen bepaalt of dat vonnis kan worden aangetast door het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping. De bevoegdheid om kennis te nemen van een vordering tot vernietiging of herroeping berust onder het Verdrag van New York exclusief bij de autoriteiten van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen. Dit betekent dat in Nederland de mogelijkheid van vernietiging of herroeping van onder het Verdrag van New York vallende buitenlandse arbitrale vonnissen niet openstaat en is er in het licht van de verdragsregeling geen reden dat te compenseren met het openstellen van hoger beroep en cassatie tegen de verlening van het exequatur.¹⁵
- 2.6 Voor de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen in Nederland geldt, voor zover thans van belang, art. 1075 Rv.¹⁶ Deze bepaling schrijft voor dat een in een vreemde staat gewezen vonnis waarop een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is, vatbaar is voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland. Voorts zijn art. 985 t/m 991 Rv van

overeenkomstige toepassing verklaard voor zover het toepasselijke verdrag geen afwijkende voorzieningen inhoudt, met dien verstande dat de voorzieningenrechter van de rechtbank in de plaats treedt van de rechtbank en de termijn voor hoger beroep en voor cassatie twee maanden bedraagt. Op grond van art. 985 Rv kan een buitenlands arbitraal vonnis dat krachtens een verdrag in Nederland uitvoerbaar is, hier te lande ten uitvoer worden gelegd nadat daarvoor rechterlijk verlof is verkregen van de voorzieningenrechter. Tegen de beschikking van de voorzieningenrechter stelt art. 989 lid 2 Rv hoger beroep open, terwijl tegen de beschikking van het hof krachtens art. 990 Rv cassatieberoep mogelijk is. Van belang is dat deze beroepsmogelijkheden tegen exequaturbeslissingen slechts gelden voor zover het toepasselijke erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag geen afwijkende voorzieningen inhoudt. De regeling van art. 1075 Rv is – in iets gewijzigde vorm – teruggekeerd in het per 1 januari 2015 geldende arbitragerecht.

2.7 Inzet van het onderhavige geding is de vraag of het asymmetrische rechtsmiddelenverbod op een buitenlands arbitraal vonnis waarop het Verdrag van New York van toepassing is, kan worden doorbroken wegens strijd met het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' dan wel op de grond dat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 Rv is getreden door zich ten onrechte internationaal bevoegd te achten ten aanzien van het exequaturverzoek van Sonera.

2.8 Over de kwestie van het asymmetrische rechtsmiddelenverbod en art. 6 EVRM in het kader van het Verdrag van New York heeft de Hoge Raad zich reeds uitvoerig uitgelaten in de reeds aangehaalde beschikking van 25 juni 2010.¹⁷ Vertrekpunt daarbij is het voorschrift van art. III van het Verdrag van New York, dat in de authentieke Engelse tekst als volgt luidt:

'Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards'.¹⁸

2.9 Uit art. III van het Verdrag van New York volgt dat aan de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen waarop het verdrag van toepassing is geen zwaardere eisen mogen worden gesteld dan aan de erkenning en tenuitvoerlegging van binnenlandse arbitrale vonnissen. Over dit discriminatieverbod heeft Uw Raad in de beschikking van 25 juni 2010 overwogen dat de strekking van het discriminatieverbod is dat arbitrale vonnissen onder het Verdrag van New York ten uitvoer kunnen worden gelegd met toepassing van een eenvoudige en snelle procedure die in elk geval niet aanmerkelijk bezwaarlijker mag zijn dan de exequaturprocedure die geldt voor binnenlandse arbitrale vonnissen. De 'onerous conditions' genoemd in art. III van het Verdrag van New York hebben geen betrekking op de materiële voorwaarden voor erkenning en tenuitvoerlegging (die worden uitsluitend door het verdrag zelf bepaald), maar zien op de procedurele voorschriften betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging. Het discriminatieverbod van art. III Verdrag van New York komt hierop neer dat de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen niet mag worden onderworpen aan voorwaarden die aanmerkelijk drukkender, of aan gerechtskosten die aanmerkelijk hoger zijn dan die waaraan de erkenning en tenuitvoerlegging van binnenlandse arbitrale vonnissen is onderworpen, aldus de Hoge Raad (rov. 3.3).¹⁹

2.10 De Hoge Raad heeft vervolgens in de beschikking van 25 juni 2010 overwogen:

'3.4 Tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene moet worden geoordeeld dat bij vergelijking van de processuele voorschriften betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van enerzijds nationale arbitrale vonnissen en anderzijds onder het Verdrag van New York vallende buitenlandse arbitrale vonnissen, blijkt dat de laatstbedoelde processuele voorschriften

'substantially more onerous conditions or higher fees or charges' inhouden wanneer zij hoger beroep en cassatieberoep zouden toelaten tegen een verlof tot tenuitvoerlegging, waar die – tot extra kosten en tot een verlenging van de procedure leidende – rechtsmiddelen, zoals volgt uit art. 1062 lid 4 in verbinding met art. 1064 lid 1 Rv, niet openstaan tegen een verlof tot tenuitvoerlegging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis. De exequaturprocedure voor buitenlandse vonnissen zou daarom bij toelating van hoger beroep en cassatieberoep tegen de exequaturverlening aanmerkelijk bezwaarlijker zijn dan de exequaturprocedure voor binnenlandse arbitrale vonnissen. Dat zou in strijd zijn met het in art. III van het Verdrag van New York neergelegde discriminatieverbod. Aldus doet zich een geval voor waarin een verdrag een afwijkende voorziening inhoudt als bedoeld in art. 1075 Rv, die in de weg staat aan overeenkomstige toepassing van art. 985 tot en met 991 Rv, voorzover daarin hoger beroep en beroep in cassatie worden opengesteld zonder onderscheid tussen een toewijzende en een afwijzende beslissing op een verzoek tot tenuitvoerlegging'.

2.11 De Hoge Raad heeft derhalve overwogen dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'substantially more onerous condition' in de zin van art. III van het Verdrag van New York aankomt op een vergelijking van de processuele voorschriften van het land van tenuitvoerlegging met betrekking tot enerzijds binnenlandse arbitrale vonnissen en anderzijds buitenlandse onder het Verdrag van New York vallende arbitrale vonnissen. Daarbij is een vergelijking met de processuele voorschriften van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen, niet aan de orde. Bij het onderzoek of sprake is van een 'substantially more onerous condition' behoeft daarom niet te worden betrokken of en op welke wijze naar het recht van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen in geval van verlening van exequatur nog de mogelijkheid van vernietiging of herroeping van het betrokken arbitrale vonnis bestaat, aldus de Hoge Raad in rov. 3.7.3 van de beschikking van 25 juni 2010.

2.12 Uit het voorgaande volgt dat uitgangspunt is dat art. III van het Verdrag van New York meebrengt dat het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv eveneens geldt voor buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het Verdrag van New York vallen. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan een wettelijk rechtsmiddelenverbod als het onderhavige echter worden doorbroken op een van de in de rechtspraak ontwikkelde doorbrekingsgronden, te weten indien de rechter buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende regeling is getreden, deze ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken.²⁰ In rov. 2.7 van de thans in cassatie bestreden beschikking heeft het hof deze maatstaf gehanteerd door te overwegen dat het asymmetrische rechtsmiddelenverbod tegen de exequaturverlening van een door het Verdrag van New York bestreken arbitraal vonnis uitzondering kan lijden 'als zich (i) een grond zou voordoen voor doorbreking van het uitgangspunt dat hoger beroep tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging is uitgesloten of (ii) als onverkorte toepassing van dat uitgangspunt ertoe zou leiden dat het door artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) gewaarborgde recht op een eerlijk proces zou worden geschonden'.

2.13 De vraag is gerezen of de toepassing van het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv met betrekking tot buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het Verdrag van New York vallen, in strijd is met een goede procesorde en in het bijzonder met het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms', omdat de verzoeker van het exequatur wel en de wederpartij niet hoger beroep en beroep in cassatie kan instellen tegen de (voor de betrokken partij nadelig uitvallende) beslissing van de exequaturrechter. Nadat de Hoge Raad in de reeds genoemde beschikking van 25 juni 2010 heeft overwogen dat het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York ertoe noopt het stelsel van het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod ook te volgen ten aanzien van onder dat verdrag vallende arbitrale vonnissen, vervolgt Uw Raad aldus:

'3.8.2 (...) Dat op grond van dit discriminatieverbod ten aanzien van buitenlandse arbitrale vonnissen op dezelfde wijze wordt onderscheiden tussen afwijzende en toewijzende beschikkingen, is op zichzelf niet in strijd met een goede procesorde of het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms'.

3.8.3 Daarbij is in de eerste plaats te bedenken dat, zoals hiervoor in 3.4 vermeld, het discriminatieverbod ertoe strekt te verzekeren dat ten aanzien van onder het verdrag vallende arbitrale vonnissen een eenvoudige en snelle procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging wordt toegepast die in elk geval niet bezwaarlijker mag zijn dan de exequaturprocedure voor binnenlandse arbitrale vonnissen. Door met toepassing van het in het Verdrag van New York neergelegde discriminatieverbod de erkenning en tenuitvoerlegging van onder dat verdrag vallende arbitrale vonnissen te begunstigen, worden op zichzelf geen door art. 6 EVRM beschermde rechten geschonden.

3.8.4 In de tweede plaats kan aan art. 6 EVRM op zichzelf niet een recht worden ontleend op een rechtsmiddel. (...)’.

2.14 De Hoge Raad wijst erop dat in dit verband wel dient te worden getoetst of de asymmetrie in het rechtsmiddelenverbod de wederpartij ten opzichte van de verzoeker van het exequatur in een zodanig nadelige positie plaatst dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake is. Volgens Uw Raad moet worden aangenomen dat waar het de rechtsmiddelen in de exequaturprocedure voor binnenlandse arbitrale vonnissen betreft, geen sprake is van schending van rechten die worden gewaarborgd door art. 6 EVRM, met name doordat in geval van verlening van het exequatur alsnog op de voet van art. 1064 lid 3 Rv het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping tegen het arbitrale vonnis kan worden aangewend. Of dit ook geldt wanneer het gaat om de exequaturprocedure voor buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het Verdrag van New York vallen, is afhankelijk van de vraag of een vergelijkbare voorziening bestaat in het recht van het land waar het arbitrale vonnis is uitgesproken. De Hoge Raad vervolgt in rov. 3.8.4:

‘Indien dat het geval is en de betrokken procedure in dat land is of alsnog kan worden gevolgd, levert de ‘asymmetrie’ geen schending op van rechten die door art. 6 EVRM worden beschermd. Daarbij is niet van belang tot welke uitkomst die procedure heeft geleid of naar verwachting zal leiden. Het gaat immers erom of, met inachtneming van de internationale aspecten van de zaak, sprake is van schending van het beginsel van ‘equality of arms’ doordat de mogelijkheden tot het verkrijgen van het verlof tot tenuitvoerlegging in vergelijking met de middelen om dat tegen te houden zodanig verschillen dat de ene partij substantieel wordt benadeeld ten opzichte van de andere partij. Van een dergelijke substantiële benadeling is geen sprake indien voor dan wel na de exequaturverlening een procedure tot vernietiging of herroeping van het betrokken vonnis moet worden gevoerd niet voor de tot verlening van het exequatur bevoegde rechter maar voor de rechter van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen. Degene te wiens laste het arbitrale vonnis is gewezen dat in het land van herkomst is of kon worden aangevochten met een procedure tot vernietiging of herroeping, verkeert niet in een substantieel nadeliger positie ten opzichte van de wederpartij. In deze situatie is evenmin sprake van strijd met een goede procesorde’.

2.15 Na deze inleidende beschouwingen ga ik over tot bespreking van de klachten die het cassatiemiddel aanvoert tegen de niet-ontvankelijkverklaring van Çukurova in haar hoger beroep tegen de exequaturverlening door de voorzieningenrechter met betrekking tot het arbitrale eindvonnis.

2.16 In de onderhavige zaak heeft Çukurova zich in de appelprocedure op het standpunt gesteld dat een uitzondering moet worden gemaakt op het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv, omdat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 Rv is getreden doordat hij zich ten onrechte internationaal bevoegd heeft geacht om van het exequaturverzoek van Sonera kennis te nemen op de grond dat Çukurova in Nederland geen voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen heeft.²¹ Het hof heeft dit standpunt van Çukurova

verworpen in rov. 2.8 van de bestreden beschikking, tegen welk oordeel het tweede onderdeel van het cassatiemiddel zich keert. Voorts heeft Çukurova in de appelprocedure betoogd dat art. 6 EVRM noopt tot een uitzondering op het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv, omdat zij als gevolg van de uitsluiting van hoger beroep tegen de exequaturverlening ten opzichte van Sonera in een zodanig nadelige positie zou worden geplaatst dat het in art. 6 EVRM verankerde beginsel van 'equality of arms' zou worden geschonden. Dit is volgens Çukurova in het bijzonder het geval (i) omdat zij nadat het arbitrale eindvonnis was gewezen geen vordering tot vernietiging daarvan heeft kunnen instellen bij de Zwitserse overheidsrechter die te dezen bevoegd zou zijn, (ii) omdat zij – anders dan geldt op grond van art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv – een dergelijke vordering na de exequaturverlening niet alsnog heeft kunnen instellen en (iii) omdat de wel door Çukurova ingestelde vordering tot herroeping ('révision') gelet op de beperkingen van dit rechtsmiddel geen toereikend middel was om de exequaturverlening in Nederland af te weren.²² Het hof heeft dit standpunt van Çukurova verworpen in rov. 2.10 van de bestreden beschikking, tegen welk oordeel het eerste onderdeel van het cassatiemiddel zich keert.

2.17 Onderdeel 1 betoogt dat het hof in rov. 2.10 van de bestreden beschikking ten onrechte heeft geoordeeld dat de uitsluiting op voorhand door partijen van een vernietigingsprocedure voor de Zwitserse overheidsrechter in een arbitraal beding ('uitsluitingsbeding') tot gevolg heeft dat Çukurova als verweerster in de onderhavige exequaturprocedure de op art. III van het Verdrag van New York gebaseerde uitzondering op haar wettelijk recht van hoger beroep tegengeworpen kan worden. Volgens het middel heeft het hof hiermee de maatstaf van HR 25 juni 2010 onjuist toegepast en blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 1075 en art. 989 lid 2 Rv in verband met art. III van het Verdrag van New York. Voorts zou het hof het door art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' en het recht op een eerlijk proces hebben geschonden. Een uitsluitingsbeding zoals het onderhavige kan volgens het middel niet tot gevolg hebben dat een met het asymmetrische rechtsmiddelenverbod gegeven ongelijkwaardigheid tussen partijen in een Nederlandse exequaturprocedure in stand wordt gelaten. De gelijkwaardige uitsluiting van bescherming door de Zwitserse vernietigingsrechter rechtvaardigt niet dat Çukurova als verweerster in de onderhavige exequaturprocedure het moet doen met een beoordeling in slechts één feitelijke instantie, terwijl Sonera als verzoekster van een afwijzende beschikking hoger beroep en cassatieberoep kan instellen.²³

2.18 Deze algemene klacht wordt in het middel nader uitgewerkt, waarbij kort gezegd aandacht wordt gevraagd voor het volgende. In de eerste plaats ontbreekt in het Zwitserse recht een met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening om tegen (het Nederlandse verlot tot tenuitvoerlegging van) het arbitrale vonnis in een vernietigings- of herroepingsgeding ten overstaan van de Zwitserse overheidsrechter op te komen en wel (in een tweede termijn zoals bedoeld in de derde volzin van art. 1064 lid 3 Rv) nadat de Nederlandse rechter verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis heeft verleend.²⁴ In de tweede plaats wijst het middel op de vergelijking van de situatie waarin partijen op voorhand een uitsluitingsbeding zijn overeengekomen met de situatie dat in het land van herkomst van het arbitrale vonnis een met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening ontbreekt.²⁵ In de derde plaats voert het middel kort gezegd aan dat de verweren van Çukurova tegen het verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland niet kunnen worden ingeroepen in de vernietigings- en herroepingsprocedure in Zwitserland²⁶, dat het voor Çukurova niet mogelijk was het Nederlandse verlot tot tenuitvoerlegging aan te tasten in de procedure van 'révision' die zij in Zwitserland aanhangig heeft gemaakt²⁷, alsmede dat een geslaagde 'révision' anders dan bij het rechtsmiddel van herroeping op grond van het Nederlandse recht (art. 1062 lid 4, tweede volzin, Rv) niet leidt tot verval van rechtswege van een eenmaal verleend exequatur.²⁸

2.19 Bij de bespreking van deze klacht moet worden vooropgesteld dat het partijen in beginsel vrij staat om de arbitrageprocedure zelf in te richten, met name waar het betreft de keuze van het land van arbitrage, van het scheidsgerecht, alsmede van de procedureregels. De keuze van het land van arbitrage heeft onder meer gevolgen voor de mogelijkheden die partijen hebben om een arbitraal vonnis aan te tasten door het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping ten overstaan

van de overheidsrechter van het gekozen land. De vraag of een arbitraal vonnis kan worden aangetast door het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping moet immers worden beantwoord volgens het recht van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen. De bevoegdheid om kennis te nemen van een vordering tot vernietiging of herroeping berust op grond van het Verdrag van New York exclusief bij de bevoegde autoriteiten van dat land. Wanneer de mogelijkheden tot aantasting van een arbitraal vonnis in het land waar dat vonnis is gewezen beperkt zijn, geldt dat partijen daarmee bij het sluiten van de arbitrageovereenkomst rekening hebben kunnen houden.²⁹ Anders gezegd, partijen hebben een eigen verantwoordelijkheid bij de keuzes die zij maken bij geschillenbeslechting door middel van arbitrage.

2.20 Voor zover het toepasselijke arbitragerecht dat toestaat kunnen partijen voorts op voorhand afspreken dat zij – omwille van een snelle afdoening van arbitrale geschillen en/of het waarborgen van de vertrouwelijkheid van het geschil dan wel om andere redenen – afstand doen van het recht om een beslissing van het scheidsgerecht aan te vechten in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter. Vast staat dat partijen in het onderhavige geding in overeenstemming met het toepasselijke Zwitserse recht (ingevolge art. 192 van de Zwitserse Wet op het IPR/ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht) op voorhand afstand hebben gedaan van het hiervoor bedoelde recht. Partijen zijn uit vrije wil tot afstand van dit recht gekomen en de afstand is onvoorwaardelijk. Aangenomen moet worden dat een volgens het toepasselijke recht gemaakte partijafpraak die rechtsgeldig is en waarin door de betrokken partijen op voorhand uitdrukkelijk en ondubbelzinnig afstand is gedaan van het recht om bij de overheidsrechter de vernietiging van een arbitraal vonnis te vragen, geoorloofd is in het licht van art. 6 EVRM.³⁰ Voor zover daarbij rechten in het geding zijn die door art. 6 EVRM worden gewaarborgd, geldt volgens de rechtspraak van het EHRM dat partijen daarvan afstand kunnen doen mits deze afstand ondubbelzinnig is en uit vrije wil is geschied. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het EHRM van 1 maart 2006 in de zaak *Sejdovic/Italië*, waarin de volgende eisen worden gesteld aan een 'waiver':

'86. Neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial (see *Kwiatkowska v. Italy* (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000). However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance (see *Poitrimol*, cited above, § 31). Furthermore, it must not run counter to any important public interest (see *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, 21 February 1990, § 66, Series A no. 171-A).³¹

2.21 In de onderhavige zaak hebben partijen uit vrije wil afstand gedaan van het recht om bij de overheidsrechter de vernietiging van een arbitraal vonnis te vragen, en is deze afstand ondubbelzinnig. Bovendien verkeren partijen in een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar (er is geen sprake van een zwakkere partij die bescherming behoeft, zoals bij consumenten of werknemers het geval is) en gaat het om een wederkerige 'waiver' die voor beide partijen geldt. Ook aan het in de rechtspraak van het EHRM gestelde vereiste dat afstand van een recht gepaard moet gaan met de nodige waarborgen, is in een geval als het onderhavige voldaan, aangezien moet worden aangenomen dat partijen – zoals in de regel het geval is bij partijen in de internationale handel en zeker bij overeenkomsten met een groot financieel belang – zich hebben laten bijstaan door gespecialiseerde advocaten die partijen bij het opstellen van de contracten hebben kunnen voorlichten over de gevolgen van afstand van rechten in arbitragekwesties.³² Daarbij komt nog dat het voor Çukurova op ten minste twee³³ manieren mogelijk is geweest om de arbitrale eindbeslissing aan een rechterlijke controle te onderwerpen, namelijk in de exequaturprocedure bij de Nederlandse rechter en in de herroepingsprocedure bij de Zwitserse rechter; van beide mogelijkheden heeft Çukurova gebruik gemaakt. Al met al verzet art. 6 EVRM zich naar mijn mening niet tegen de afstand die partijen in het onderhavige geval hebben gedaan om in Zwitserland een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis in te stellen bij de overheidsrechter.

2.22 Of de processuele gevolgen die Çukurova van deze afstand in de onderhavige

exequaturprocedure ondervindt zich verdragen met het in art. 6 EVRM vervatte beginsel van 'equality of arms', laat zich als volgt beoordelen.³⁴

2.23 Het cassatiemiddel roept de vraag op of de mogelijkheden om het arbitrale vonnis in Zwitserland aan te vechten voldoende zijn om compensatie te bieden voor de processuele achterstand waarin de verwerende partij in deze exequaturprocedure komt te verkeren door het asymmetrische rechtsmiddelenverbod. Anders gezegd, rijst de vraag of de verwerende partij in deze exequaturprocedure door toepassing van het asymmetrische rechtsmiddelenverbod in een zodanig nadelige positie wordt geplaatst dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake is. Bij de beantwoording van deze vraag is van belang hetgeen Uw Raad heeft geoordeeld in de reeds genoemde beschikking van 25 juni 2010, namelijk dat waar het de rechtsmiddelen in de procedure tot verkrijging van het verlof tot tenuitvoerlegging van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen betreft, geen sprake is van schending van art. 6 EVRM met name doordat bij verlening van het exequatur alsnog het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping tegen het betrokken arbitrale vonnis kan worden aangewend. Bij de vraag of dit ook geldt wanneer het gaat om de procedure inzake buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het Verdrag van New York vallen, heeft Uw Raad van belang geacht of een met vernietiging en herroeping vergelijkbare voorziening bestaat in het recht van het land waar het arbitrale vonnis is uitgesproken. Naar het hof in rov. 2.3 van de bestreden beschikking heeft vastgesteld, kent het te dezen toepasselijke Zwitserse recht een algemene mogelijkheid tot vernietiging en van herroeping ('révision') van arbitrale vonnissen bij de Zwitserse overheidsrechter. Çukurova heeft in Zwitserland geen vordering tot vernietiging ingesteld, omdat partijen in het arbitraal beding die mogelijkheid uitdrukkelijk hebben uitgesloten. Zij heeft haar recht om vernietiging te vorderen – net als Sonera – op voorhand prijsgegeven, vrijwillig en ondubbelzinnig. Çukurova heeft in Zwitserland daarentegen wel het rechtsmiddel van herroeping ingesteld, maar dat heeft niet geleid tot een aantasting van het arbitrale eindvonnis.³⁵

2.24 Wat betreft de mogelijkheid om een vernietigingsvordering in te stellen bij de Zwitserse overheidsrechter, heeft het hof in rov. 2.10 van de bestreden beschikking doorslaggevend geacht dat partijen op voorhand afstand hebben gedaan van het recht om een dergelijke vordering in te stellen. Dat oordeel van het hof komt mij juist voor, gelet op de geoorloofdheid van een dergelijke afstand in het licht van art. 6 EVRM. Hiervan uitgaande is het, anders dan het middel stelt, verder irrelevant of de mogelijkheid om vernietiging bij de Zwitserse overheidsrechter te vorderen bestaat vóór dan wel na het verlenen van het exequatur door de Nederlandse rechter. Çukurova kon hoe dan ook geen vordering tot vernietiging bij de Zwitserse overheidsrechter instellen, omdat zij het recht daartoe op voorhand prijs heeft gegeven. Daarop heeft de passage in rov. 2.10 betrekking, waarin het hof overweegt dat de omstandigheid dat Çukurova na de exequaturverlening in Nederland niet alsnog een vordering tot vernietiging in Zwitserland heeft kunnen instellen aangezien het Zwitserse recht niet een met art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv vergelijkbare mogelijkheid kent, onverlet laat dat Çukurova als gevolg van de 'waiver' evenmin na de verlening van het exequatur een vordering tot vernietiging van het arbitrale eindvonnis had kunnen instellen als het Zwitserse recht hiertoe wel een mogelijkheid zou kennen. Bovendien geldt dat volgens de beschikking van Uw Raad van 25 juni 2010 het bestaan van een mogelijkheid tot aantasting van het arbitrale vonnis in het land van herkomst 'voor dan wel na verlening van het exequatur' volstaat om te voldoen aan het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms'.³⁶ Naar het hof in de thans bestreden beschikking heeft vastgesteld biedt het Zwitserse recht de mogelijkheid om een arbitraal vonnis aan te vechten door middel van een vordering tot vernietiging of tot herroeping bij de Zwitserse overheidsrechter.

2.25 Wat betreft het Zwitserse rechtsmiddel van herroeping ('révision') geldt het volgende. Voorafgaand aan de exequaturverlening in Nederland heeft Çukurova een vordering tot herroeping in Zwitserland ingesteld, doch zonder het door haar gewenste resultaat: deze vordering heeft niet geleid tot een aantasting van het arbitrale eindvonnis.³⁷ In het middel wordt opgemerkt dat het Zwitserse rechtsmiddel van herroeping ('révision') zoals geregeld in art. 123 van de Swiss Supreme Court Act³⁸, grote verwantschap vertoont met het Nederlandse

rechtsmiddel van herroeping in art. 1068 Rv.³⁹ Dat het rechtsgevolg van een geslaagde 'révision', anders dan een geslaagde herroeping naar Nederlands recht, niet tot vernietiging van het verleende exequatur leidt, zoals het middel stelt, is in dit verband niet doorslaggevend omdat een geslaagde 'révision' naar het middel zelf stelt uiteindelijk wel gevolgen kan hebben voor de rechtskracht van het arbitrale vonnis.⁴⁰ Hiermee staat vast dat het Zwitserse recht een met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening kent om een arbitraal vonnis aan te tasten met het rechtsmiddel van herroeping. Dat is kennelijk ook het oordeel van het hof geweest, waar het in rov. 2.10 van de bestreden beschikking overweegt dat de ingestelde vordering tot herroeping ('révision') geen toereikend middel is gebleken om het gevraagde verlot tot tenuitvoerlegging af te weren, maar dat dit het gevolg is van het feit dat die vordering is afgewezen en zulks niet afdoet aan de mogelijkheid tot instelling daarvan. Weliswaar merkt het middel terecht op dat een vernietiging of herroeping van het arbitrale vonnis in het land van herkomst – anders dan het geval is bij binnenlandse arbitrale vonnissen, zie art. 1062 lid 4, tweede volzin Rv – niet van rechtswege die van het in Nederland verleende exequatur met zich brengt⁴¹, maar dit neemt niet weg dat de aantasting van het arbitrale vonnis in het land van herkomst een grond kan zijn om in een Nederlandse (kortgeding) procedure op de voet van art. VI van het Verdrag van New York de schorsing van de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis te vragen.⁴²

2.26 Uit het voorgaande volgt dat Çukurova als verwerende partij in de onderhavige exequaturprocedure ten opzichte van Sonera als verzoekende partij door het asymmetrische rechtsmiddelenverbod niet in een zodanig nadelige positie wordt geplaatst dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake is, omdat (i) in cassatie vast staat dat het recht van Zwitserland als herkomstland van het arbitrale vonnis over een met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening beschikt om het arbitrale vonnis aan te tasten door vernietiging of herroeping van dat vonnis te vragen bij de Zwitserse overheidsrechter, en voorts (ii) Çukurova in een rechtsgeldige overeenkomst op voorhand uit vrije wil en ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van het recht om in Zwitserland vernietiging van het vonnis te vragen bij de overheidsrechter, terwijl (iii) Çukurova gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om in Zwitserland herroeping ('révision') van het vonnis te vragen doch zonder het door haar gewenste resultaat. De toepassing van het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv leidt in dit geval dan ook niet tot schending van een of meer door art. 6 EVRM gewaarborgde rechten, zodat het rechtsmiddelenverbod niet op deze grond kan worden doorbroken. Onderdeel 1 van het middel faalt derhalve.

2.27 Onderdeel 2 betoogt dat het hof in rov. 2.8 van de bestreden beschikking ten onrechte het verweer van Çukurova heeft verworpen dat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 jo. art. 985 Rv en art. 10 Rv is getreden doordat hij zich ten onrechte internationaal bevoegd heeft geacht te beslissen over het verzoek van Sonera tot verlening van het verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in Nederland. Volgens het middel heeft het hof hiermee miskend dat voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in een exequaturprocedure op de voet van art. 1075 jo. art. 985 Rv (de plaats waar tenuitvoerlegging wordt verlangd) en art. 10 Rv niet voldoende is dat de verzoeker van het exequatur stelt dat het 'niet uitgesloten' is dat de verweerder tegen wie het verzoek zich richt vermogensbestanddelen zal verkrijgen in Nederland. De verzoeker behoort ten minste te stellen en bij gemotiveerde betwisting aannemelijk te maken dat de schuldenaar in Nederland activa zal gaan of zou kunnen gaan bezitten, aldus het middel.⁴³ Het slagen van deze klacht zou tot gevolg hebben dat de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 jo. art. 985 Rv is getreden, waarmee een grond bestaat voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv.

2.28 De internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van het exequaturverzoek van Sonera is door Çukurova in eerste aanleg – en dus tijdig – betwist. De rechter in eerste aanleg heeft zich als voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waar de tenuitvoerlegging wordt verlangd internationaal bevoegd verklaard op grond van art. 1075 jo. art. 985 Rv, overwegende kort gezegd en onder meer dat het niet

denkbeeldig is dat aan Çukurova toebehorende goederen in Nederland worden aangetroffen aangezien zij deel uitmaakt van een groep van onder meer in Nederland gevestigde vennootschappen waarin Çukurova direct of indirect belangen heeft.⁴⁴ Onder verwerping van de daartegen gerichte grieven van Çukurova heeft het hof dit bevoegdheidsoordeel van de voorzieningenrechter in stand gelaten in rov. 2.8 van de bestreden beschikking. Tegen dat oordeel komt onderdeel 2 van het middel op, waarmee de vraag rijst of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid heeft ten aanzien van het exequaturverzoek van Sonera.

2.29 De vraag of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid heeft om kennis te nemen van een verzoek tot tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis, wordt niet geregeld door het Verdrag van New York of een ander voor Nederland relevant verdrag dan wel Europese verordening.⁴⁵ Bij gebreke van een toepasselijk internationaal verdrag en van een Unierechtelijke regeling wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in een exequaturprocedure geregeld door het commune Nederlandse bevoegdheidsrecht zoals opgenomen in de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1-14 Rv). Voor zaken die bij verzoekschrift moeten worden ingeleid geldt als hoofdregel dat de Nederlandse rechter op grond van art. 3 sub a Rv internationale bevoegdheid toekomt wanneer hetzij de verzoeker of, indien er meer verzoekers zijn, een van hen, hetzij een van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft. Komt de Nederlandse rechter op grond van deze rechtsmachtbepaling geen bevoegdheid toe en volgt de bevoegdheid evenmin uit een andere relevante bevoegdheidsbepaling uit de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 Rv, dan kan art. 10 Rv eventueel nog uitkomst bieden. Deze bepaling heeft de functie van 'sluitsteen' in het geheel van bepalingen inzake de commune rechtsmacht van de Nederlandse rechter.⁴⁶ Volgens art. 10 Rv heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht in het geval van art. 767 Rv (vreemdelingenbeslag), alsmede indien dit voortvloeit uit de bepalingen tot aanwijzing van een bevoegde rechter, niet zijnde de algemene bepalingen inzake relatieve competentie voor de dagvaardingsprocedure (art. 99-110 Rv) en voor de verzoekschriftprocedure (art. 262-270 Rv). Art. 10 Rv kan een rol spelen wanneer door de bepalingen van de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 Rv 'niet in rechtsmacht is voorzien en voorzover uit de specifieke bepaling zelf niet voortvloeit dat zij alleen op interne relatieve bevoegdheid betrekking heeft'.⁴⁷

2.30 Uit het bepaalde in art. 10 Rv volgt dat de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van een verzoek tot tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis kan worden gebaseerd op art. 985 jo. art. 1075 Rv, wanneer de rechtsmacht niet voortvloeit uit een andere bepaling opgenomen in de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 Rv.⁴⁸ In dat geval leidt de toepassing van art. 985 jo. art. 1075 Rv tot internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter wanneer de wederpartij van de verzoeker in Nederland woonplaats heeft of de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis in Nederland wordt verlangd. In het onderhavige geval komt de op art. 10 Rv gebaseerde internationale bevoegdheid krachtens art. 985 jo. art. 1075 Rv evenwel niet aan bod, omdat, gelet op de in Nederland te lokaliseren plaats van vestiging van Sonera als verzoekster in de exequaturprocedure, de Nederlandse rechter reeds op grond van art. 3 sub a Rv internationale bevoegdheid heeft om van het exequaturverzoek van Sonera kennis te nemen. Dit betekent dat de Nederlandse rechter hoe dan ook internationaal bevoegd is ten aanzien van het exequaturverzoek van Sonera, zodat de klacht van onderdeel 2 tegen het oordeel van het hof over de bevoegdheid van de voorzieningenrechter (die dus ten onrechte op art. 985 jo. 1075 Rv is gegrond) bij gebrek aan belang zal moeten falen. Van een doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 jo. art. 1064 lid 1 Rv op de in onderdeel 2 genoemde grond is dan ook geen sprake.

2.31 Het middel voert in onderdeel 2, onder nr. 2, slotalinea, nog de klacht aan dat de door het hof uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring van Çukurova in hoger beroep onjuist is, omdat het hof bij verwerping van het beroep op de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod het hoger beroep had moeten verwerpen. Volgens Çukurova heeft zij belang bij deze klacht.

2.32 Ook deze klacht kan naar mijn oordeel niet tot cassatie leiden. Weliswaar had het hof na vastgesteld te hebben dat geen grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod aanwezig is, het hoger beroep van Çukurova dienen te verwerpen in plaats van een niet-ontvankelijkverklaring uit te spreken, doch niet valt in te zien dat dit formele gebrek Çukurova nadeel toebrengt. Zij mist belang bij deze klacht, nu uit het voorgaande volgt dat alle in cassatie aangevoerde klachten dienen te falen.

2.33 De slotsom is dat geen van de aangevoerde klachten tot cassatie zal kunnen leiden.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Trb. 1958, 145 (authentieke Engelse en Franse tekst), Trb. 1959, 58 (Nederlandse vertaling).

² Zie rov. 2.1 e.v. van de bestreden beschikking van het hof Amsterdam van 24 juni 2014.

³ Zie hiervoor ook de tussenbeschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 16 april 2012 en rov. 2.1-2.2 van de eindbeschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 28 maart 2013.

⁴ Volgens het hof is dit tweede arbitraal geding klaarblijkelijk aanhangig gemaakt op de grondslag van het arbitraal beding in de overeenkomst. Op de datum van de mondelinge behandeling van het hoger beroep was in dit tweede arbitraal geding nog geen uitspraak gedaan (zie rov. 2.3 van de bestreden beschikking).

⁵ Tot de datum van de mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft Sonera in Nederland ook verder geen vermogensbestanddelen aangetroffen die met zekerheid aan Çukurova toebehoren (zie rov. 2.4 van de bestreden beschikking).

⁶ ECLI:NL:RBAMS:2013:6186.

⁷ ECLI:NL:GHAMS:2014:2442.

⁸ Zoals deze bepaling luidde vóór de inwerkingtreding van de modernisering van het arbitragerecht op 1 januari 2015. Zie hierover in nr. 2.2 van deze conclusie.

⁹ Het beroep in cassatie is ingesteld binnen de door art. 1075 Rv (van het vóór 1 januari 2015 geldende arbitragerecht) voorgeschreven termijn van twee maanden. De bestreden beschikking is gewezen op 24 juni 2014. De cassatietermijn verliep op 25 augustus 2014, omdat 24 augustus 2014 op een zondag viel. Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 65.

¹⁰ Zie voor de datum van inwerkingtreding het Besluit van 30 juni 2014, Stb. 2014, 254.

¹¹ Zie ook P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal, 2001, p. 171 e.v. en p. 219 e.v.; H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, 2011, p. 329 e.v. en p. 391 e.v.

¹² Indien de voorzieningenrechter het verlof afwijst, maar het hof dit toewijst, staat tegen de beslissing van het hof geen cassatieberoep open (art. 1063 lid 5 Rv).

- ¹³ Zie HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders (Rosneft/Yukos Capital), rov. 3.8.2.
- ¹⁴ Zie ook Meijer & Van Mierlo, Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.1 (p. 22).
- ¹⁵ Aldus rov. 3.7.2 van de reeds aangehaalde beschikking van de Hoge Raad van 25 juni 2010. Zie ook hierna onder 2.8 e.v. van deze conclusie.
- ¹⁶ Onbesproken blijft art. 1076 Rv, dat betrekking heeft op gevallen waarin geen erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is of een toepasselijk verdrag toelaat dat een beroep wordt gedaan op de wet van het land waar de erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht.
- ¹⁷ Zie ook R.P.J.L. Tjittes, JBPR 2010/55; J.J. van Haersolte-van Hof, TvA 2011/9; A.J. van den Berg, Journal of International Arbitration 2011, p. 617-642.
- ¹⁸ Zie over deze bepaling o.a. 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.
- ¹⁹ Zie ook nr. 13-14 van de conclusie A-G Strikwerda (ECLI:NL:PHR:2010:BM1679) vóór de beschikking van HR 25 juni 2010.
- ²⁰ Zie rov. 3.5 van de genoemde beschikking van HR 25 juni 2010 alsmede conclusie A-G Strikwerda (ECLI:NL:PHR:2010:BM1679), nr. 17 e.v. vóór deze beschikking; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 203, alsmede bijvoorbeeld HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943, RvdW 2014/599, rov. 5.2.
- ²¹ Zie rov. 2.7 van de bestreden beschikking.
- ²² Zie rov. 2.9 van de bestreden beschikking.
- ²³ Zie nr. 1 van het cassatierekest ('Algemene klacht').
- ²⁴ Zie nr. 1.9-1.11, 1.27 van het cassatierekest.
- ²⁵ Zie nr. 1.14 van het cassatierekest.
- ²⁶ Zie nr. 1.28 en 1.29 van het cassatierekest.
- ²⁷ Zie nr. 1.31 van het cassatierekest.
- ²⁸ Zie nr. 1.32 van het cassatierekest.
- ²⁹ Zie de reeds genoemde beschikking van HR 25 juni 2010, rov. 3.7.2.
- ³⁰ Zie D.A.M.H.W. Strik/J.B.J. Hoefnagel, Uitsluitingsovereenkomsten en het consultatie-wetsontwerp herziening arbitragewetgeving: een gemiste kans?, TvA 2012/20. Zie in dit verband ook de beslissing van de Zwitserse Tribunal fédéral van 4 januari 2012, 4A_238/2011, waarin werd geoordeeld dat de naar Zwitserse recht bestaande mogelijkheid voor partijen om af te spreken geen beroep in te stellen tegen een arbitraal vonnis, niet in strijd is met art. 6 EVRM.
- ³¹ EHRM 1 maart 2006, Application no. 56581/00, ECLI:NL:XX:2006:AV9088, NJ 2006/661, m.nt. T.M. Schalken. Zie ook EHRM 23 februari 1999, Application no. 31737/96, Suovaniemi e.a/Finland, p. 5 en EHRM 28 mei 1997, Application no. 16717/90, Pauer/Oostenrijk, rov. 58.
- ³² In de zaak Suovaniemi e.a/Finland oordeelde het EHRM in dit verband als volgt (p. 6): 'Moreover, considering that throughout the arbitration the applicants were represented by counsel, the waiver was accompanied by sufficient guarantees commensurate to its importance'.
- ³³ In rov. 2.3 van de bestreden beschikking wordt nog vermeld dat Çukurova een nieuw arbitraal geding tegen Sonera aanhangig heeft gemaakt – klaarblijkelijk op de grondslag van het arbitraal beding in de overeenkomst – teneinde, naar het hof begrijpt, de werking van de bij het arbitrale eindvonnis uitgesproken veroordeling te ontkrachten.
- ³⁴ Zie over deze vraag ook het eerdergenoemde artikel van D.A.M.H.W. Strik/J.B.J. Hoefnagel, Uitsluitingsovereenkomsten en het consultatie-wetsontwerp herziening arbitragewetgeving: een gemiste kans?, TvA 2012/20.
- ³⁵ Zie de beslissing van het Zwitserse Bundesgericht/Tribunal fédéral van 30 april 2012, opgenomen in het in cassatie overgelegde A-dossier als productie 7 bij het nader verweerschrift, Voorzieningenrechter, 6 september 2012.

³⁶ Zie rov. 3.8.4 van de beschikking van HR 25 juni 2010.

³⁷ Zie de in noot 35 genoemde beslissing van het Zwitserse Bundesgericht/Tribunal fédéral.

³⁸ Het betreft art. 123 lid 2 onder a van de Zwitserse 'Loi sur le Tribunal fédéral' van 17 juni 2005, waarvan de tekst als volgt luidt: '(2) La révision peut en outre être demandée: a. dans les affaires civiles et les affaires de droit public, si le requérant découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt'.

³⁹ Zie nr. 1.30 van het cassatierekest.

⁴⁰ Zie nr. 1.32 van het cassatierekest.

⁴¹ Zie nr. 1.8 en 1.13 van het cassatierekest.

⁴² Zie H.J. Snijders in zijn noot (onder nr. 5) bij HR 25 juni 2010, NJ 2012/55; H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, 2011, p. 361-362; zie ook nr. 1.13 en 1.24 van het cassatierekest.

⁴³ Zie nr. 2 en 2.1 van het cassatierekest.

⁴⁴ Zie de beschikking van 16 april 2012, p. 5-6.

⁴⁵ Het onderwerp van arbitrage is uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening (nr. 44/2001) evenals van de EEX-Verordening II (nr. 1215/2102) die op 10 januari 2015 van toepassing is geworden; zie art. 1 lid 2 sub d van beide verordeningen.

⁴⁶ Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 117; P. Vlas, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 10, aant. 1.

⁴⁷ Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 117.

⁴⁸ Zie ook P. Vlas en F. Ibili, De nieuwe commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, WPNR 2003/6527, p. 311.
