ECLI:NL:PHR:2017:35

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	27-01-2017
Datum publicatie	31-03-2017
Zaaknummer	16/02825
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2017:555, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Arbitrage. Erkenning van in buitenland gewezen arbitraal vonnis (art. 1075 Rv, Verdrag van New York). Discriminatieverbod van art. III Verdrag van New York en uitsluiting van rechtsmiddelen tegen beslissing om verlof tot erkenning te verlenen. Doorbreking van rechtsmiddelenverbod op grond van art. 6 EVRM? HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, en HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2017/254 met annotatie van mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk JBPR 2017/46 met annotatie van mw. mr. I.P.M. van den Nieuwendijk

Conclusie

Zaaknr: 16/02825

mr. P. Vlas

Zitting: 27 januari 2017

Conclusie inzake:

1. Nelux Holdings International N.V., gevestigd te Curaçao,

2. Lawton Corporation N.V., gevestigd te Curaçao

tegen

1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats] (Verenigde Staten)

2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats] (Verenigde Staten)

3. [verweerder 3], wonende te [woonplaats] (Israël)

Deze zaak heeft betrekking op de erkenning van een arbitraal vonnis onder het op 10 juni 1958 te New York gesloten Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (hierna: Verdrag van New York).[1] In het bijzonder rijst de vraag of het 'asymmetrische' rechtsmiddelenverbod, zoals dit voor onder het Verdrag van New York vallende arbitrale vonnissen is aanvaard in de beschikking van de Hoge Raad van 25 juni 2010[2], tevens geldt wanneer slechts wordt verzocht om de erkenning (en niet om de tenuitvoerlegging) van een buitenlands arbitraal vonnis. In dit kader komt ook de vraag aan de orde of er gronden zijn voor

doorbreking van het rechtsmiddelenverbod.

1. Feiten [3] en procesverloop

1.1 Op 18 april 2012 heeft [betrokkene 1] namens Nelux Holdings International N.V. en Lawton Corporation N.V. (hierna: Nelux resp. Lawton, en gezamenlijk aan te duiden als Nelux c.s.) een 'agreement to submit disputes to arbitration' ondertekend die al eerder door [verweerder 1], [verweerder 2] en [verweerder 3] (hierna: [verweerders]) was ondertekend. Deze arbitrageovereenkomst strekt ertoe dat de geschillen die naar aanleiding van de op 30 september 2001 tussen partijen gesloten 'Settlement Agreement' zijn gerezen, onderworpen worden aan arbitrage door A. Shibolet als arbiter volgens de in die arbitrageovereenkomst genoemde voorwaarden. De arbitrageovereenkomst voorziet niet in enige vorm van hoger beroep. De geschillen hadden, kort gezegd, betrekking op het uitblijven van de terugbetaling van leningen die door Nelux waren verstrekt aan [verweerders] en waarvoor Lawton garant stond.

1.2 De arbiter heeft op 8 mei 2012 een 'Final Award' (hierna: het arbitraal vonnis) gewezen in de zaak tussen [verweerders] als 'claimants' en Nelux c.s. als 'respondents'. In het arbitrale vonnis is, kort weergegeven, beslist dat Nelux c.s. niet gerechtigd zijn tot verdere betalingen door [verweerders] onder de 'Settlement Agreement', dat alle door [verweerders] in verband met de 'Settlement Agreement' verstrekte zekerheden binnen zeven dagen moeten worden vrijgegeven en dat het arbitrale vonnis alle geschillen tussen partijen die aan de arbiter zijn voorgelegd definitief beslecht.

1.3 [verweerders] hebben zich op 22 juni 2012 gewend tot de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam met het verzoek om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, het arbitrale vonnis te erkennen en verlof te verlenen dit vonnis in Nederland ten uitvoer te leggen. [verweerders] hebben hun verzoek primair gebaseerd op art. 1075 Rv in verbinding met art. III en art. IV van het Verdrag van New York en subsidiair op art. 1076 Rv.

1.4 Bij beschikking van 11 april 2013 heeft de voorzieningenrechter een mondelinge behandeling bepaald tot het verkrijgen van inlichtingen. De mondelinge behandeling is gehouden op 21 mei 2013, waarna door partijen nog diverse akten zijn genomen. Op 23 december 2014 heeft de voorzieningenrechter Nelux c.s. toegelaten tot het bewijs van hun stelling dat zij door de arbiter niet in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt in het geschil met [verweerders] naar voren te brengen. Vervolgens heeft getuigenverhoor plaatsgevonden en zijn daarna door partijen nog conclusies genomen.

1.5 Bij (eind)beschikking van 23 december 2014 heeft de voorzieningenrechter het arbitrale vonnis in Nederland erkend en het meer of anders verzochte afgewezen. Het verzoek tot het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging is bij gebrek aan belang afgewezen, omdat aan het voor tenuitvoerlegging vatbare gedeelte van het arbitrale vonnis door Nelux c.s. reeds was voldaan door vrijgave van de zekerheden die in verband met de schikkingsovereenkomst door [verweerders] waren verstrekt.

1.6 Nelux c.s. zijn tegen het toewijzende gedeelte van de beschikking van de voorzieningenrechter in hoger beroep gekomen en hebben zich derhalve beperkt tot de beslissing tot erkenning van het arbitrale vonnis. Bij beschikking van 29 maart 2016 heeft het hof Amsterdam het hoger beroep verworpen. Voor zover thans van belang, heeft het hof het volgende overwogen:

'2.4 In de onderhavige zaak is door de voorzieningenrechter op het arbitrale vonnis het bepaalde in artikel 1075 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en artikel III van het Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, hierna 'het Verdrag van New York' van toepassing verklaard. Het hof stelt daarbij voorop dat aangezien tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland van een binnenslands gewezen arbitraal vonnis – naar volgt uit artikel 1062 lid 4 in verbinding met artikel 1064 lid 1 Rv –

geen hoger beroep openstaat, het aannemen van een mogelijkheid van hoger beroep tegen de verlening van zodanig verlof met betrekking tot een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis, te dien aanzien een 'substantially more onerous condition' – in de zin van artikel III van het Verdrag van New York – zou meebrengen in vergelijking met de procedure voor tenuitvoerlegging van binnenslands gewezen arbitrale vonnissen (vergelijk Hoge Raad 25 juni 2010, 09/02566, NJ 2012/55). Artikel III van het Verdrag van New York verbiedt een dergelijk aanmerkelijk bezwarender voorschrift ten aanzien van de procedure voor tenuitvoerlegging van onder het verdrag vallende buitenlandse arbitrale vonnissen. Dit artikel houdt in zoverre een afwijkende voorziening – zoals bedoeld in art. 1075 Rv – in ten opzichte van de regeling van de artikelen 985 tot en met 991 Rv, waarvan artikel 989 lid 2 Rv wel hoger beroep openstelt en welke regeling voor het overige van toepassing is. Het bedoelde verbod brengt daarom mee dat tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging en, zoals in onderhavige zaak, erkenning van het arbitrale vonnis door de voorzieningenrechter in beginsel geen hoger beroep openstaat'.

1.7 Vervolgens heeft het hof overwogen dat het bovenstaande 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 art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces zou worden geschonden. Nu Nelux c.s. hebben aangevoerd dat de voorzieningenrechter ten onrechte het Verdrag van New York en art. 1075 Rv heeft toegepast dan wel dat het eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM is geschonden, kunnen Nelux c.s. in hun hoger beroep worden ontvangen. Getoetst moet worden of het appelverbod op grond van de stellingen van Nelux c.s. hieromtrent kan worden doorbroken (rov. 2.5). Nelux c.s. hebben, kort gezegd, aangevoerd dat de voorzieningenrechter de beslissing van 8 mei 2012 ten onrechte heeft aangemerkt als een arbitraal vonnis in de zin van het Verdrag van New York althans als een buitenlands arbitraal vonnis in de zin van art. 1075 en 1076 Rv. Voorts hebben Nelux c.s. zich op het standpunt gesteld dat zij als gevolg van de uitsluiting van hoger beroep tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland, ten opzichte van [verweerders] in een zodanige nadeligere positie zouden worden geplaatst dat het in art. 6 EVRM verankerde beginsel van 'equality of arms' zou worden geschonden. Volgens het hof leidt geen van de door Nelux c.s. aangevoerde gronden echter tot doorbreking van de uitsluiting van het appelverbod (rov. 2.6 t/m 2.11).

1.8 Nelux c.s. hebben tijdig cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof. [verweerders] hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Op 1 januari 2015 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.[4] Aangezien de onderhavige arbitragezaak 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.[5] In deze conclusie wordt daarom verwezen naar de bepalingen van het oude arbitragerecht, tenzij anders aangegeven. Op de punten die thans in cassatie van belang zijn, verschilt het nieuwe arbitragerecht overigens niet wezenlijk van het voorheen geldende arbitragerecht.

2.2 Deze zaak heeft betrekking op de erkenning van een arbitraal vonnis. Bij de erkenning gaat het om het toekennen van rechtskracht aan het arbitraal vonnis, zonder dat daarbij sprake is van executie op vermogensbestanddelen van de veroordeelde partij. Erkenning kan van belang zijn bij afwijzende, constitutieve of declaratoire arbitrale vonnissen.[6] In Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn geen regels te vinden over de erkenning van nationale arbitrale

vonnissen. Voor de erkenning van een nationaal arbitraal vonnis is geen afzonderlijke (exequatur)procedure vereist. Een belanghebbende partij kan het gezag van gewijsde (art. 1059 lid 1 Rv)[7] van een afwijzend, constitutief of declaratoir arbitraal vonnis rechtstreeks inroepen, bijvoorbeeld bij wijze van verweer in het kader van een gerechtelijke of (andere) arbitrale procedure, zonder dat daarvoor eerst een exequatur moet worden verkregen.[8] Dat is anders wanneer het gaat om de tenuitvoerlegging van Nederlandse arbitrale vonnissen, waarvoor Boek IV Rv (art. 1062 e.v.) wel een regeling bevat. Voor de tenuitvoerlegging van nationale arbitrale vonnissen 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.[9] 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. De vernietiging of herroeping van het nationale arbitrale vonnis brengt van rechtswege die van het verlof tot tenuitvoerlegging met zich mee (art. 1062 lid 4 Rv).

2.3 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 cassatieberoep onderscheid wordt gemaakt tussen afwijzende en toewijzende beschikkingen op het exequaturverzoek. Bij afwijzing van het exequaturverzoek kan de verzoeker daartegen hoger beroep en cassatieberoep instellen, terwijl bij toewijzing van het exequaturverzoek de wederpartij deze rechtsmiddelen niet kan aanwenden. In dat geval kan de wederpartij slechts het rechtsmiddel van vernietiging of herroeping van art. 1064 Rv aanwenden.[10] Deze bepaling ziet overigens alleen op nationale arbitrale vonnissen. Voor 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 er in het licht van de verdragsregeling geen reden is dat te compenseren met het openstellen van hoger beroep en cassatieberoep tegen de verlening van het exequatur.[11]

2.4 Voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen in Nederland geldt, voor zover thans van belang, art. 1075 Rv.[12] 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. In het algemeen geldt dat logischerwijs erkenning aan tenuitvoerlegging vooraf gaat: zonder erkenning géén tenuitvoerlegging. In de praktijk zal doorgaans om de tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis worden verzocht, en daarmee dus óók erkenning, maar denkbaar is dat slechts de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis wordt verzocht, bijvoorbeeld wanneer een partij voor hetzelfde geschil door de wederpartij wordt gedagvaard voor een overheidsrechter. In dat geval kan de desbetreffende partij zich beroepen op het gezag van gewijsde van het arbitraal vonnis, zonder dat de tenuitvoerlegging van het vonnis aan de orde is.[13] 2.5 Voor de tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis is steeds vereist dat dit vonnis vatbaar is voor erkenning in Nederland. Anders dan bijvoorbeeld het geval is ten aanzien van rechterlijke beslissingen die onder het regime van de EEX-Verordening vallen[14], vindt in Nederland de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis dat onder het geldingsbereik van een arbitrageverdrag valt, niet van rechtswege plaats, maar is voor de erkenning en de veelal daarop volgende tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis steeds het verlof van de voorzieningenrechter vereist. Uit de tweede volzin van art. 1075 Rv volgt dat het verlof verzocht dient te worden volgens het bepaalde in art. 985 t/m 991 Rv. Deze bepalingen zijn 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. Volgens 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. Deze beroepsmogelijkheden tegen exequaturbeslissingen van de Nederlandse rechter gelden slechts voor zover het toepasselijke erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag geen afwijkende voorzieningen inhoudt.[15]

2.6 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 nationale arbitrale vonnissen. Art. III luidt als volgt:

'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'.

Over dit discriminatieverbod heeft Uw Raad in de reeds genoemde 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 nationale arbitrale vonnissen. De 'onerous conditions' genoemd in art. III 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 komt volgens de Hoge Raad 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 nationale arbitrale vonnissen is onderworpen'.[16]

2.7 Over de gevolgen van art. III van het Verdrag van New York voor het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van het Nederlandse arbitragerecht, heeft de Hoge Raad in de beschikking van 25 juni 2010 het volgende 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'.

2.8 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 komt het derhalve aan op een vergelijking van de processuele voorschriften van het land van erkenning en tenuitvoerlegging met betrekking tot enerzijds nationale arbitrale vonnissen en anderzijds buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het Verdrag van New York vallen. 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.[17]

2.9 Uit het voorgaande volgt dat als uitgangspunt heeft te gelden dat het discriminatieverbod van 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 de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen die onder het bereik van het Verdrag van New York vallen. In rov. 2.4 van de thans in cassatie bestreden beschikking heeft het hof zich hiervan rekenschap gegeven en overwogen dat het asymmetrische rechtsmiddelenverbod meebrengt 'dat tegen de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging en, zoals in de onderhavige zaak, erkenning van het arbitrale vonnis door de voorzieningenrechter, in beginsel geen hoger beroep openstaat'.

2.10 Volgens vaste rechtspraak kan een wettelijk rechtsmiddelenverbod 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.[18] In rov. 2.5 van de bestreden beschikking heeft het hof deze uitzondering op het appelverbod onderkend.

2.11 De vraag rijst 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 wél en de wederpartij geen hoger beroep en cassatieberoep kan instellen tegen de (voor de betrokken partij nadelig uitvallende) beslissing van de exequaturrechter. Nadat de Hoge Raad in de 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 internationale 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 (…) 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. (…)'.

2.12 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. Waar het de rechtsmiddelen in de exequaturprocedure voor nationale arbitrale vonnissen betreft, is geen sprake 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 overweegt hierover 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'.[19]

2.13 Na deze algemene uiteenzetting keer ik terug naar het cassatiemiddel. Het cassatiemiddel bestaat uit een inleiding en vier onderdelen waarin verschillende rechts- en motiveringsklachten worden geformuleerd tegen de beschikking van het hof.

2.14 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 2.4 van de bestreden beschikking en betoogt dat het rechtens onjuist is dat het rechtsmiddelenverbod, zoals aanvaard in de beschikking van de Hoge Raad van 25 juni 2010, ook geldt voor de *erkenning* van een buitenlands arbitraal vonnis. Volgens het onderdeel leidt de mogelijkheid tot het instellen van een rechtsmiddel tegen een beschikking tot erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis op grond van art. 1075 Rv niet tot schending van art. III van het Verdrag van New York. In Nederland bestaat geen afzonderlijke procedure voor de erkenning van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis, zodat een vergelijking met de procedurevoorschriften voor de erkenning van buitenlandse arbitrale vonnissen niet mogelijk is. De procedurevoorschriften van het Nederlandse arbitragerecht die gelden voor de erkenning van buitenlandse arbitrale vonnissen kunnen dan ook niet 'substantially more onerous' zijn, aldus het middel.

2.15 Bij de behandeling van deze klacht staat het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York centraal. De procedure voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen wordt beheerst door het nationale procesrecht van de verdragsstaten, waarbij art. IV van het Verdrag van New York voorschrijft welke documenten moeten worden overgelegd en welke taalvoorschriften in acht moeten worden genomen. De gronden voor de weigering van de

erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen worden opgesomd in art. V van het Verdrag van New York. Het discriminatieverbod opgenomen in de tweede volzin van art. III van het Verdrag van New York geldt zowel voor de erkenning als de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. De erkenning en tenuitvoerlegging mogen niet worden onderworpen aan aanzienlijk drukkender voorwaarden of aanzienlijk hogere gerechtskosten dan die waaraan de erkenning of tenuitvoerlegging van nationale arbitrale vonnissen zijn onderworpen.

2.16 Voor de erkenning van een nationaal arbitraal vonnis is in Boek IV Rv geen (exequatur)procedure voorgeschreven, zodat een belanghebbende partij zich rechtstreeks – zonder dat daarvoor een exequatur is vereist – op het gezag van gewijsde van het arbitraal vonnis kan beroepen.[20] Met uitzondering van het door partijen overeengekomen arbitraal hoger beroep (art. 1050 lid 1 Rv), kunnen tegen een arbitraal vonnis geen andere rechtsmiddelen dan die van vernietiging en van herroeping worden aangewend (art. 1064 Rv). Voor de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis vallend onder het Verdrag van New York is ingevolge het bepaalde in art. 1075 jo. art. 985 Rv verlof van de voorzieningenrechter vereist. Zoals ik in 2.5 van deze conclusie heb aangegeven, geldt op grond van het Verdrag van New York geen automatische erkenning van arbitrale vonnissen. Voor de erkenning van vonnissen die vallen onder het Verdrag van New York moet, anders dan voor nationale arbitrale vonnissen, verlof worden gevraagd van de Nederlandse voorzieningenrechter. Dit onderscheid tussen de erkenning van nationale en van buitenlandse arbitrale vonnissen wordt gerechtvaardigd door de – op soevereiniteitsoverwegingen berustende – verdragsregeling zelf.[21]

2.17 Wanneer tegen de toewijzing van een verlof tot erkenning van een onder het verdrag vallend arbitraal vonnis hoger beroep en cassatieberoep zouden worden toegestaan op de voet van art. 1075 jo. art. 989 en 990 Rv, zou dat in strijd komen met het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York, aangezien deze rechtsmiddelen niet kunnen worden ingesteld tegen de erkenning (dat wil zeggen: het inroepen van het gezag van gewijsde) van een nationaal arbitraal vonnis. Buiten het geval van het door partijen zelf overeengekomen arbitraal hoger beroep, kan tegen een nationaal arbitraal vonnis dat gezag van gewijsde heeft verkregen alleen worden opgekomen met de rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping (art. 1064 leden 1 en 3 Rv). Het toelaten van hoger beroep en cassatie tegen een verlof tot erkenning van een onder het Verdrag van New York vallend arbitraal vonnis zou dan ook een 'substantially more onerous condition' inhouden zoals bedoeld in art. III van dat Verdrag in vergelijking met de behandeling van nationaal arbitrale vonnissen. In zoverre houdt art. III een afwijkende voorziening in, zoals bedoeld in art. 1075 Rv, ten opzichte van de in art. 1075 Rv van overeenkomstige toepassing verklaarde appelmogelijkheid in art. 989 Rv tegen (zowel afwijzende als toewijzende) exequaturbeslissingen van de voorzieningenrechter met betrekking tot de erkenning van arbitrale vonnissen uit het buitenland. Hieraan doet niet af dat, wanneer een belanghebbende partij zich in een civiel geding beroept op het gezag van gewijsde van een nationaal arbitraal vonnis, tegen het daarop gerichte oordeel van de civiele rechter wel de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatieberoep open staan. Die rechtsmiddelen tegen het oordeel van de civiele rechter kunnen immers niet leiden tot de aantasting van het gezag van gewijsde van het arbitraal vonnis. Een arbitraal vonnis kan uitsluitend met de rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping worden aangetast (art. 1064 Rv).

2.18 Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat het hof in rov. 2.4 van de bestreden beschikking terecht heeft beslist dat tegen de verlening van het verlof tot erkenning van het arbitraal vonnis door de voorzieningenrechter in beginsel geen hoger beroep openstaat. Onderdeel 1 faalt derhalve.

2.19 Onderdeel 2 heeft betrekking op rov. 2.10 van de bestreden beschikking, waarin het hof geen aanleiding ziet om het rechtsmiddelenverbod te doorbreken op grond van een door Nelux c.s. gestelde schending van art. 6 EVRM. Nelux c.s. hebben, kort weergegeven, betoogd dat zij door het rechtsmiddelenverbod ten opzichte van [verweerders] in een zodanige nadeligere positie zouden worden geplaatst dat het in art. 6 EVRM verankerde beginsel van 'equality of arms' zou

worden geschonden. Volgens Nelux c.s. is dat het geval (i) omdat naar Amerikaans recht een met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening, te weten de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping, niet (meer) bestaat en, (ii) omdat, in tegenstelling tot hetgeen art. 1062 lid 4, laatste zin, Rv bepaalt, vernietiging of herroeping van het arbitraal vonnis in de Verenigde Staten niet van rechtswege vernietiging van het in Nederland verleende exequatur met zich brengt. Dit betoog van Nelux c.s. is door het hof verworpen in rov. 2.10 van de bestreden beschikking:

' (…) Bij de beoordeling 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, is van belang of een met artikel 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening bestaat in het recht van het land waar het arbitraal vonnis is uitgesproken. Nelux c.s. hebben in hun beroepschrift te kennen gegeven dat in Amerika, en meer in het bijzonder New York, de mogelijkheid heeft bestaan om vernietiging van het arbitraal vonnis te vorderen. Dat een dergelijke vernietigingsactie, naar Nelux c.s. hebben aangevoerd, uiterlijk drie maanden na het wijzen van het arbitrale vonnis moet worden ingesteld laat onverlet dat in de Verenigde Staten een met het nationale recht vergelijkbare voorziening, te weten een mogelijkheid om het arbitraal vonnis te kunnen aanvechten, bestaat. De omstandigheid dat een eenmaal verleend exequatur inmiddels niet meer kan worden aangetast door een vernietiging van het arbitraal vonnis in de Verenigde Staten rechtvaardigt voorts niet het oordeel dat Nelux c.s. door het rechtsmiddelenverbod substantieel worden benadeeld ten opzichte van [verweerders] De 'asymmetrie' van het rechtsmiddelenverbod levert immers geen schending op van door art. 6 EVRM beschermende rechten, indien het arbitrale vonnis in het land van herkomst is of kon worden aangevochten met een procedure tot vernietiging of herroeping. Daarbij is niet van belang tot welke uitkomst die procedure heeft geleid of naar verwachting zal leiden. Evenmin is van voldoende belang, dat daarvan verder zij, de stelling dat een dergelijke procedure niet van rechtswege zou leiden tot een vernietiging of herroeping van de onderhavige beslissing. Dit alles brengt mee dat niet kan worden gezegd dat Nelux c.s. als gevolg van de uitsluiting van hoger beroep tegen de verlening van het verlof tot erkenning in Nederland is benadeeld zodanig dat het recht op een eerlijk proces krachtens artikel 6 EVRM, het beginsel van 'equality of arms' daaronder begrepen, is geschonden'.

2.20 Het onderdeel (onder 2.2) voert aan dat hof de rechtspraak van Uw Raad inzake de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod met betrekking tot een verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis[22] op grond van een schending van art. 6 EVRM onjuist heeft uitgelegd. Onder verwijzing naar de reeds genoemde beschikking van HR 25 juni 2010 neemt het middel tot uitgangspunt dat het rechtsmiddelenverbod voor een verlof tot tenuitvoerlegging van een door het Verdrag van New York bestreken arbitraal vonnis kan worden doorbroken op grond van art. 6 EVRM, wanneer in het recht van het land waar het arbitraal vonnis is uitgesproken geen met art. 1064 lid 3 Rv vergelijkbare voorziening bestaat. Het middel wijst erop dat in art. 1064 lid 3 Rv twee vervaltermijnen zijn opgenomen voor de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis, te weten: drie maanden na griffiedepot van het arbitraal vonnis (tweede volzin), en drie maanden na betekening van het arbitraal vonnis met exequatur aan de wederpartij (derde volzin). Onder verwijzing naar paragraaf 12 van de Federal Arbitration Act wordt betoogd dat naar het federale recht van de Verenigde Staten slechts de mogelijkheid bestaat een vernietigingsactie te beginnen drie maanden nadat het arbitraal vonnis is gedeponeerd of is ontvangen. Er bestaat geen met art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv vergelijkbare vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis nadat het arbitraal vonnis is erkend en/of tenuitvoerlegging is verleend. Het feit dat Nelux c.s. in de Verenigde Staten niet binnen drie maanden nadat het arbitraal vonnis is gewezen een vernietigingsprocedure hebben gestart, laat volgens het middel onverlet dat het aan Nelux c.s. onthouden van een rechtsmiddel tegen de uitgesproken erkenning een schending van art. 6 EVRM oplevert.

2.21 Ik meen dat deze klacht tevergeefs is voorgesteld. Voorop kan worden gesteld dat het partijen in beginsel vrij staat om de arbitrageprocedure zelf in te richten, met name wat betreft de keuze van het land van arbitrage, van het scheidsgerecht, alsmede van de procedureregels.[23] De keuze van

het land van arbitrage heeft 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 het arbitrale vonnis is gewezen beperkt zijn, geldt dat partijen daarmee bij het sluiten van de arbitrageovereenkomst rekening hebben kunnen houden.[24] Anders gezegd, partijen hebben een eigen verantwoordelijkheid bij de keuzes die zij maken bij geschillenbeslechting door middel van arbitrage.

2.22 Het hof is in rov. 2.10 van de bestreden beschikking nagegaan of het rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken wegens schending van het in art. 6 EVRM verankerde beginsel van 'equality of arms' in het kader van de mogelijkheden om vernietiging van een exequaturverlening te vragen bij de overheidsrechter. Voor nationale arbitrale vonnissen is daarin voorzien met de in art. 1064 Rv opgenomen rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping. Volgens het hof heeft in de Verenigde Staten, in het bijzonder New York, eveneens de mogelijkheid voor Nelux c.s. bestaan om vernietiging van het arbitraal vonnis te vragen. Dat wordt door Nelux c.s. zelf ook erkend, maar het ontbreken van de twee in art. 1064 lid 3 Rv genoemde termijnen in het Amerikaanse recht zou hen ten opzichte van Nelux c.s. in een zodanige nadeligere positie plaatsen dat het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms' zou worden geschonden. Ik ben van mening dat dit betoog geen hout snijdt, omdat volgens HR 25 juni 2010 (rov. 3.8.4) niet is vereist dat de mogelijkheden om in de Verenigde Staten vernietiging van een arbitraal vonnis te vragen *identiek* zijn aan die van art. 1064 lid 3 Rv. Het gaat erom dat voor dan wel na verlening van het exequatur in Nederland – ik citeer de Hoge Raad – 'een met art. 1064 lid 3 Rv *vergelijkbare* voorziening' (mijn curs., A-G) in de Verenigde Staten bestaat om vernietiging van het arbitraal vonnis bij de Amerikaanse overheidsrechter te vragen. Vaststaat dat die mogelijkheid heeft bestaan. Al aangenomen dat een met art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv vergelijkbare tweede termijn in het Amerikaanse recht ontbreekt om de vernietiging van een arbitraal vonnis te kunnen vragen nadat exequatur in het buitenland is verleend, zal deze omstandigheid Nelux c.s. overigens niet kunnen baten omdat de tweede termijn van art. 1064 lid 3, derde volzin, Rv slechts van belang is voor het geval het arbitraal vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij is betekend.[25] Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, aangezien het slechts om de erkenning van het arbitraal vonnis in Nederland gaat.

2.23 Onderdeel 3 heeft betrekking op rov. 2.8 van de bestreden beschikking waarin het hof geen aanleiding heeft gezien om het rechtsmiddelenverbod te doorbreken op de door Nelux c.s. – voor het eerst in hoger beroep – aangevoerde grond dat de voorzieningenrechter art. 1075 Rv ten onrechte heeft toegepast aangezien het arbitraal vonnis in Nederland is gewezen. Het hof heeft dit als volgt gemotiveerd:

'(…) Daarbij neemt het hof in aanmerking dat in eerste aanleg, zoals terecht door [verweerders] is gesteld, het debat omtrent de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis ten overstaan van de Nederlandse rechter enkel is gevoerd in het kader van de artikelen 1075 en 1076 Rv. Dat Nelux c.s. dit destijds ook zo hebben opgevat volgt niet alleen uit het betoog in het verweerschrift in eerste aanleg van Nelux c.s. dat gebaseerd is op het bepaalde in artikel 1076 Rv maar ook uit het feit dat Nelux c.s. het voorshands aangenomen oordeel van de voorzieningenrechter (in de tussenbeschikking van 23 december 2013) dat het arbitrale vonnis is gewezen in de Verenigde Staten van Amerika in eerste aanleg niet hebben bestreden. Weliswaar hebben partijen in de arbitrageovereenkomst niet uitdrukkelijk een rechtskeuze gemaakt, maar gelet op het feit dat zowel de vestigingsplaats van de arbiter als de woonplaats van [verweerder 1] en [verweerder 2] New York is, acht het hof voldoende objectieve aanknopingspunten aanwezig om aan te nemen dat het vonnis is gewezen in de Verenigde Staten. Bovendien is het in strijd met de goede procesorde om in zo'n laat stadium van de procedure op dit punt nog met geheel nieuwe

stellingen te komen'.

2.24 Het middel voert hiertegen twee klachten aan. In onderdeel 3.2 is de klacht opgenomen dat het hof rechtens onjuist heeft geoordeeld dat het in strijd is met de goede procesorde om in zo'n laat stadium van de procedure op dit punt nog met geheel nieuwe stellingen te komen. Met een beroep op de herstel- en herkansingsfunctie van het hoger beroep betoogt het middel dat het Nelux c.s. vrijstond om in appel een ander standpunt in te nemen dan zij hebben gedaan in eerste aanleg. In onderdeel 3.3 betoogt het middel dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het overweegt dat voldoende objectieve aanknopingspunten bestaan om aan te nemen dat het arbitraal vonnis is gewezen in de Verenigde Staten, waarbij het hof verwijst naar de vestigingsplaats van de arbiter en de woonplaats van [verweerder 1] en [verweerder 2]. Aangezien de plaats van arbitrage geen feitelijk maar een juridisch begrip is, heeft het hof ten onrechte betekenis toegekend aan feitelijke omstandigheden zoals de vestigingsplaats van de arbiter en de woonplaats van [verweerder 1] en [verweerder 2]. Voor het bepalen van de plaats van arbitrage is volgens het middel (onderdeel 3.4) wel van belang dat partijen in de arbitrageovereenkomst hebben afgesproken dat geschillen die rijzen in verband met de arbitrage worden voorgelegd aan de rechtbank Amsterdam. Op grond hiervan betoogt het middel dat de plaats van arbitrage, anders dan het hof heeft vastgesteld, Nederland is.

2.25 Over deze klachten merk ik het volgende op. Indien Nelux c.s. worden gevolgd in hun standpunt dat de plaats van arbitrage Nederland is, heeft dat tot gevolg dat de voorzieningenrechter art. 1075 Rv, dat geschreven is voor arbitrage buiten Nederland, ten onrechte heeft toegepast hetgeen een grond zou opleveren voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod. Indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, is krachtens art. 1073 lid 1 Rv het bepaalde in de Eerste Titel ('Arbitrage in Nederland') van Boek IV Rv van toepassing en heeft het arbitrale vonnis gezag van gewijsde overeenkomstig het bepaalde in art. 1059 Rv. Voor 'erkenning' – in de zin van het inroepen van het gezag van gewijsde – van arbitrale vonnissen waarvan de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, kent het Nederlandse arbitragerecht geen speciale procedure. Ik volsta met verwijzing naar nr. 2.2 en 2.17 van deze conclusie. In dit licht bezien meen ik dan ook dat de klachten falen bij gebrek aan belang.

2.26 Ik merk nog het volgende op. Voor het antwoord op de vraag wat als plaats van arbitrage heeft te gelden, dient primair te worden gekeken naar hetgeen daarover in de arbitrageovereenkomst is bepaald. In de onderhavige zaak blijkt uit de arbitrageovereenkomst van partijen[26] niet dat zij een plaats van arbitrage hebben afgesproken. Wel kent de overeenkomst in art. 2 bevoegdheid toe aan de gerechten te Amsterdam ten aanzien van verzoeken 'for a judicial acceptance of such award and a judgment or order of enforcement, as the case may be' en is bepaald dat '(a)rbitration hearings shall be held in Amsterdam and/or New York, at the election of the Arbitrator'. In art. 5 is bepaald dat partijen instemmen met de bevoegdheid van de gerechten in Amsterdam 'for all purposes in connection with any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement, the arbitration proceedings hereunder and any arbitration award hereunder'. Anders dan het middel betoogt volgt noch uit deze bepalingen noch uit andere bepalingen van de arbitrageovereenkomst of de daarvan deel uitmakende 'Arbitration Rules', een door partijen afgesproken plaats van arbitrage. Ook uit het arbitraal vonnis[27] – dat wel een datum maar geen plaats van ondertekening bevat – kan niet worden opgemaakt wat de plaats van arbitrage is geweest. Het gegeven dat de arbiter tot zijn beslissing is gekomen op grond van 'arguments, contentions, evidence, and testimony, of the parties submitted both at a formal session in Amsterdam on the 18th of April, 2012, and informally while the parties and/or their representatives were together in Sophia Bulgaria on the 19th – 20th of April, 2012'[28], zegt nog niets over de plaats van arbitrage.

2.27 In rov. 2.8 van de bestreden beschikking heeft het hof overwogen dat gelet op het feit dat zowel de vestigingsplaats van de arbiter als de woonplaats van [verweerder 1] en [verweerder 2] New York is, er voldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om aan te nemen dat het arbitraal vonnis is gewezen in de Verenigde Staten. Kennelijk heeft het hof voor het bepalen van de plaats van

arbitrage de regel van art. 1037 Rv tot uitgangspunt genomen. Om te bepalen of de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen en daarmee de bepalingen van de Eerste Titel van Boek IV Rv van toepassing zijn, voorziet art. 1037 Rv in een regeling.[29] Is de plaats van arbitrage noch door partijen noch door het scheidsgerecht bepaald, dan geldt de plaats van de uitspraak als plaats van arbitrage.[30]Bij deze stand van zaken meen ik dat het oordeel van het hof dat voldoende objectieve aanknopingspunten aanwezig zijn om aan te nemen dat de plaats van de uitspraak niet in Nederland is gelegen maar in de Verenigde Staten, rechtens voor juist moet worden gehouden. Het oordeel is voorts niet onbegrijpelijk in het licht van de door het hof genoemde omstandigheden dat zowel de vestigingsplaats van de arbiter als de woonplaats van [verweerder 1] en [verweerder 2] New York is. Voor het overige is dit oordeel verweven met waarderingen van feitelijke aard die in cassatie niet kunnen worden getoetst. Nu de daartegen gerichte klacht zal moeten falen, kan onbesproken blijven de vraag of de door Nelux c.s. voor het eerst in appel opgeworpen kwestie van de plaats van arbitrage al dan niet in strijd is met de goede procesorde.

2.28 Onderdeel 4 heeft betrekking op de volgende overwegingen van het hof in rov. 2.7 van de bestreden beschikking:

'Aan het betoog van Nelux c.s. dat geen sprake was van een tussen partijen te beslechten geschil gaat het hof voorbij. De voorzieningenrechter heeft in de bestreden beschikking van 23 december 2013 overwogen dat Nelux c.s. zich met de ondertekening door Keilman verenigd hebben met de inhoud van de arbitrageovereenkomst, waarin onder meer onder het kopje 'Preliminary statement' is vermeld dat tussen partijen meerdere geschillen zijn ontstaan die zij door een arbiter beslecht wilden zien. Nelux c.s. hebben dit onvoldoende gemotiveerd bestreden, zodat dit als tussen partijen vaststaand wordt aangemerkt. (…)'.

De klacht houdt in dat het hof, in het licht van de in het middel genoemde stellingen van Nelux c.s., onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat Nelux c.s. het bestaan van meerdere geschillen tussen hen en [verweerders] onvoldoende hebben bestreden. Het bestaan van een geschil tussen partijen is van belang voor de vraag of de beslissing van de arbiter kan worden erkend onder het Verdrag van New York en daarmee of de voorzieningenrechter buiten het toepassingsgebied van art. 1075 en het Verdrag van New York is getreden door de beslissing te erkennen. Een schikking die wordt bereikt voordat een arbitrale procedure aanhangig is gemaakt en wordt neergelegd in een arbitraal vonnis, kan niet onder het Verdrag van New York ten uitvoer worden gelegd omdat daarvoor is vereist dat de schikking tot stand is gekomen tijdens de arbitrale procedure. Aangezien partijen in de onderhavige zaak reeds voor het sluiten van de arbitrageovereenkomst overeenstemming hadden bereikt en zulks vervolgens is neergelegd in de beslissing van de arbiter, komt deze beslissing volgens het middel niet voor erkenning in aanmerking op grond van art. 1075 Rv jo. Verdrag van New York.

2.29 Het komt mij voor dat deze klacht hoe dan ook niet tot cassatie zal kunnen leiden. In cassatie staat vast dat Nelux c.s. partij zijn bij de arbitrageovereenkomst (zie nr. 1.1 van mijn conclusie) waarin onder 'preliminary statement' is vermeld dat 'Parties entered into a Forbearance and Settlement Agreement (the "Settlement Agreement")', dat 'Various disputes have arisen between the Parties relating to performance under the Settlement Agreement' en voorts dat 'The parties desire to have all these disputes resolved and settled by a third party arbitrator in whom both have confidence, on the terms and conditions set forth in this Agreement'. Reeds hieruit volgt dat de partijen bij de arbitrageovereenkomst erkennen dat tussen hen geschillen zijn gerezen uit hoofde van de 'Settlement Agreement' en dat zij deze geschillen door arbitrage wensen te beslechten.[31] De beslissing van het hof in rov. 2.7 van de bestreden beschikking dat Nelux c.s. het bestaan van geschillen tussen partijen onvoldoende hebben bestreden, komt erop neer dat het hof kennelijk van mening is geweest dat de stellingen van Nelux c.s. onvoldoende zijn om het bestaan van geschillen tussen partijen zoals vermeld in de tussen partijen geldende arbitrageovereenkomst te ontkrachten. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Hieraan doet niet af de stelling van Nelux c.s. dat partijen reeds voor de arbitrageprocedure overeenstemming hadden bereikt over de beslechting van hun geschil en dat de arbiter deze overeenstemming slechts in het

arbitrale vonnis heeft neergelegd. Ook een in een arbitraal vonnis neergelegde overeenstemming tussen partijen met betrekking tot de afdoening van tussen hen gerezen geschillen, valt namelijk onder het bereik van het Verdrag van New York.[32]

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders.

3 Zie rov. 2.1-2.3 van de in cassatie bestreden beschikking van het hof Amsterdam 29 maart 2016.

4 Stb. 2014, 200. Zie voor de datum van inwerkingtreding het Besluit van 30 juni 2014, Stb. 2014, 254.

5 Zie ook p. 6 bovenaan van het cassatierekest.

6 Zie F. de Ly, Arbitrage – erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen, WPNR 2014/7003.

7 Zie hierover Th.P. ten Brink, Gezag van gewijsde van arbitrale vonnissen, TvA 2016/67.

8 Zie F. de Ly, a.w.

9 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).

10 Zie HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.8.2. 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. Zie ook Meijer & Van Mierlo, Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.1 (p. 22). Ook het rechtsmiddel van vernietiging en herroeping, waarmee de wederpartij kan opkomen tegen de verlening van het exequatur, is gehandhaafd in het thans geldende art. 1064 Rv.

11 Aldus rov. 3.7.2 van de genoemde beschikking van de Hoge Raad van 25 juni 2010.

12 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.

13 Zie Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, diss. Rotterdam, 1981, p. 244: 'In most cases a party will request the enforcement of an award. (…) The recognition of a foreign award under the Convention may occur in a court action between the same parties on the same subject matter as decided in the foreign award. The defendant may, on the basis of the award, then object to the jurisdiction of the court to entertain the action. It means that the defendant requests the recognition of the award by invoking its effect of res judicata (…) and relying on the principle of *ne bis in idem* in a court action brought against him concerning a subject matter already decided in a foreign arbitration. In such a case it is not necessary first to institute enforcement proceedings. However, the same conditions as for the enforcement of an award as laid down in Articles IV-VI are applicable. The

procedural aspects of the recognition, such as at which moment the award should be invoked for recognition, are governed by the procedural law of the forum'.

[14] Zie art. 33 lid 1 EEX-Verordening (nr. 44/2001): 'De in een lidstaat gegeven beslissingen worden in de overige lidstaten erkend zonder vorm van proces'. Dezelfde regel komt terug in art. 36 lid 1 van de 'herschikte' EEX-Verordening (nr. 1215/2012).

[15] Zie de tweede volzin van art. 1075 Rv: 'De artikelen 985 tot en met 991 zijn van overeenkomstige toepassing voorzover het verdrag geen afwijkende voorzieningen inhoudt (…)'. De regeling van art. 1075 Rv is – in iets gewijzigde vorm – teruggekeerd in het per 1 januari 2015 geldende arbitragerecht.

[16] Zie rov. 3.3 van de beschikking van 25 juni 2010, alsmede nr. 13-14 van de conclusie A-G Strikwerda vóór die beschikking.

[17] Zie rov. 3.7.3 van de beschikking van 25 juni 2010.

[18] Zie rov. 3.5 van de beschikking van HR 25 juni 2010 alsmede conclusie A-G Strikwerda, 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, NJ 2015/215, m.nt. H.B. Krans, rov. 5.2.

[19] Zie ook HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda, rov. 3.3.2.

[20] Zie ook nr. 2.2 van deze conclusie.

[21] Zie over andere aspecten waarin een onderscheid tussen de erkenning en tenuitvoerlegging van nationale en internationale arbitrale vonnissen door het Verdrag van New York zelf wordt gerechtvaardigd: 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, par. 2.

[22] Zie HR 25 juni 2010, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders en HR 1 mei 2015, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda.

[23] Zie ook rov. 3.3.5 van de beschikking van de Hoge Raad van 1 mei 2015 en nr. 2.19 van mijn conclusie voorafgaand aan die beschikking.

[24] HR 25 juni 2010, NJ 2012/55, rov. 3.7.2.

[25] H.J. Snijders, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1064, aant. 2; G.J. Meijer, T&C Rv, 2016, art. 1064a, aant. 3, onder c (de nieuwe regeling van art. 1064a Rv komt op dit punt overeen met de oude regeling van art. 1064 lid 3 Rv).

[26] Zie prod. 1 bij het inleidend verzoekschrift.

[27] Te vinden als prod. 2 bij het inleidend verzoekschrift.

[28] Zie Final Award, eerste alinea, prod. 2 bij het inleidend verzoekschrift.

[29] Zie ook G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage, 2011, p. 314, die opmerkt dat 'om vast te stellen of de Eerste Titel, ofwel Nederlands recht, waarvan art. 1073 en 1037 Rv deel uitmaken, van toepassing is, past men die bepalingen uit de Eerste Titel eigenlijk al toe. Genoemde – paradoxale – oplossing levert evenwel geen problemen op omdat moet worden aangenomen dat hetgeen in art. 1037 Rv is bepaald, alom geldend internationaal privaatrecht vormt'.

[30] Zie in dit verband ook Rb. Amsterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2793, waarin in de onderhavige zaak de vordering in hoofdzaak aan de orde was. In het kader van een bevoegdheidsincident moest worden beoordeeld of de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen. De rechtbank heeft daartoe aangesloten bij de plaats van de uitspraak en geoordeeld dat het op basis van de feiten zeer aannemelijk is dat de arbiter zijn uitspraak heeft gedaan te New York (zie rov. 4.7 en 4.8).

[31] Zie in deze zin ook de tussenbeschikking van de voorzieningenrechter van 23 december 2013 (p. 8, onder Ad d): 'Reeds in de "preliminary statement" van de arbitrage-overeenkomt wordt gemeld dat "various disputes have arisen between the Parties". Veel duidelijker kan niet op papier worden gezet dat [verweerders], Nelux en Lawton meningsverschillen hadden die zij door een arbiter beslecht wilden zien. Met de handtekeningen van Keilman hebben Nelux en Lawton zich verenigd met de inhoud van de arbitrage-overeenkomst, de "preliminary statement" daaronder begrepen'.

[32] Zie Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, diss. Rotterdam, 1981, p.

49-50: ‘A decision resulting from procedures akin to arbitration must be distinguished from a *settlement* recorded in the form of an award. The award on agreed terms, as this type of award is called, can be deemed to come within the purview of the Convention, provided that in the country or origin such award is considered as a genuine award, which is almost always the case. It regularly occurs that the parties reach an settlement and that this settlement is recorded in the form of an arbitral award. This may facilitate a possible enforcement of the settlement if subsequently a party does not abide by its terms’. Vgl. Christopher Newmark & Richard Hill, Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award?, Arbitration International 2000, p. 81-87.