ECLI:NL:PHR:2017:929

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	08-09-2017
Datum publicatie	24-11-2017
Zaaknummer	16/05686
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2017:2992, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	IPR en arbitrage. Erkenning en tenuitvoerlegging van Russisch arbitraal vonnis na vernietiging van dat vonnis door Russische overheidsrechter? Reikwijdte van rechterlijke beoordelingsruimte. Uitleg van art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York, aan de hand van art. 31-33 Weens Verdragenverdrag.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

Zaaknr: 16/05686

mr. P. Vlas

Zitting: 08 september 2017

Conclusie inzake:

[verzoeker] ,

wonende te [woonplaats] , Russische Federatie

tegen

OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat,

gevestigd te Lipetsk, Russische Federatie

In deze zaak gaat het om de erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van een Russisch arbitraal vonnis dat door de Russische overheidsrechter is vernietigd. Het geschil heeft in cassatie betrekking op de vraag naar het bestaan en de omvang van de discretionaire bevoegdheid die in art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York[1] aan de rechter wordt gelaten om te beoordelen of een buitenlands vernietigingsvonnis aan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in de weg staat. Daarnaast speelt de vraag of voor een beroep op het vernietigingsvonnis de erkenning van dat vonnis (in een afzonderlijke procedure) nodig is.

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.[2] OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat (hierna: NLMK) is een in Rusland gevestigde rechtspersoon naar Russisch recht die de grootste werkgever is in de Russische regio Lipetsk en die internationaal opereert als staalproducent. Een deel van de aandelen in het kapitaal van NLMK wordt verhandeld op de aandelenbeurs in Londen. De overige aandelen, de meerderheid, worden gehouden door V.S. Lisin. Lisin is tevens eigenaar van overslaghavens in Sint Petersburg en Tuapse. Lisin bekleedt voorts een hoge functie bij het Russische staatsbedrijf United Shipbuilding Corporation (scheepsbouw) en heeft middellijk een belang in het Russische staatsbedrijf Freight One (vervoer over het spoor).

1.2 [verzoeker] (hierna: [verzoeker]) heeft de Russische nationaliteit en woonplaats in Rusland. Hij is een internationaal opererende zakenman.

1.3 Op 22 november 2007 zijn [verzoeker] en NLMK een schriftelijk vastgelegde overeenkomst (hierna: de koopovereenkomst) met elkaar aangegaan. Daarbij heeft [verzoeker] 50% plus één van zijn aandelen in het kapitaal van het door hem opgerichte Russische staalbedrijf OJSC Maxi-Group (hierna: Maxi-Group) verkocht aan NLMK tegen een op basis van een in de koopovereenkomst opgenomen formule te bepalen koopprijs. Artikel 5 van de overeenkomst vermeldt onder meer (in Engelse vertaling):

` [verzoeker] and OJSC Maxi-Group herein confirm to OJSC NLMK that all guarantees and representations specified in Annex 3 are valid as per the date of the Agreement, unless otherwise stated'.

Aan de overeenkomst is een bijlage 3 gehecht, getiteld 'Representations and guarantees'.

1.4 Op 4 december 2007 zijn de in de koopovereenkomst bedoelde aandelen aan NLMK geleverd.

1.5 Op 10 januari 2008 heeft NLMK aan [verzoeker] een voorschot op de koopprijs betaald van omstreeks 7,3 miljard roebel.

1.6 Op 22 december 2009 heeft [verzoeker] op de voet van een in de koopovereenkomst opgenomen arbitraal beding een arbitraal geding tegen NLMK aanhangig gemaakt bij de International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (hierna: het scheidsgerecht). [verzoeker] heeft in dat geding gevorderd dat NLMK wordt veroordeeld tot betaling van omstreeks 14,7 miljard roebel, zijnde het volgens hem resterende deel van de koopprijs. NLMK heeft tegen die vordering verweer gevoerd. Op haar beurt heeft NLMK gevorderd dat [verzoeker] wordt veroordeeld tot terugbetaling van omstreeks 5,9 miljard roebel, zijnde het bedrag waarmee het betaalde voorschot volgens haar de koopprijs overtreft. [verzoeker] heeft tegen die vordering verweer gevoerd. In de arbitrale procedure hebben de vertegenwoordigers van [verzoeker] het standpunt ingenomen dat [verzoeker] niet aan bijlage 3 van de overeenkomst is gebonden, omdat hij die bijlage niet heeft ondertekend.

1.7 In maart 2011 is in Rusland een strafzaak tegen [verzoeker] ingeleid op verdenking van fraude in het kader van de aandelentransactie met NLMK en in juni 2011 een strafzaak tegen hem op verdenking van misleiding van het scheidsgerecht in het arbitraal geding tegen NLMK. [verzoeker] heeft strafklachten ingediend tegen Lisin en tegen bij Maxi-Group betrokken personen. Deze klachten hebben niet tot strafvervolging geleid.

1.8 Bij vonnis van 31 maart 2011 (hierna: het arbitraal vonnis) heeft het scheidsgerecht NLMK veroordeeld tot betaling aan [verzoeker] van omstreeks 8,9 miljard roebel in hoofdsom, met afwijzing van het over en weer meer of anders gevorderde. Daartoe heeft het scheidsgerecht bij wijze van meerderheidsstandpunt van arbiters [betrokkene 1] en [betrokkene 2] , en in afwijking

van het minderheidsstandpunt van arbiter [betrokkene 3] , vrij vertaald uit het Engels en verkort weergegeven, het volgende overwogen:

Volgens de berekening van [verzoeker] bedraagt de koopprijs van de aandelen in Maxi-Group omstreeks 22,1 miljard roebel. [verzoeker] heeft zijn berekening gebaseerd op gegevens die hij bij Maxi-Group heeft opgevraagd, aangeduid als Basisgegevens 1. Volgens de berekening van NLMK bedraagt de koopprijs omstreeks 1,4 miljard roebel. NLMK heeft haar berekening gebaseerd op gegevens die zijn ontleend aan de financiële verslagen van een aantal groepsvennootschappen waaronder Maxi-Group. Beide partijen hebben zich onvoldoende ingespannen om de berekening binnen de overeengekomen termijn af te ronden. Daarmee hebben partijen risico's genomen waarvan zij in gelijke delen de gevolgen dienen te dragen. De koopprijs moet daarom worden berekend als de helft van de som van de op grond van Basisgegevens 1 berekende koopprijs en de op grond van Basisgegevens 2 berekende koopprijs. Met inachtneming van het betaalde voorschot komt dit erop uit dat NLMK omstreeks 8,9 miljard roebel aan [verzoeker] dient te betalen.

1.9 Tegen het arbitraal vonnis staat geen arbitraal hoger beroep open.

1.10 Bij gedingstuk van 7 april 2011 heeft NLMK een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis aanhangig gemaakt bij de Arbitrazh Court of the city of Moscow (hierna: de Arbitrazh Court). In het gedingstuk van 7 april 2011 heeft NLMK, vrij vertaald uit het Engels en verkort weergegeven, het volgende aangevoerd:

a. [verzoeker] heeft NLMK welbewust misleid over de waarde van de aandelen;

b. Het scheidsgerecht heeft geweigerd de relevantie van de door [verzoeker] in de koopovereenkomst verschafte 'warranties and representations' en de geldigheid van Annex 3 bij de koopovereenkomst te onderzoeken. Het heeft geoordeeld dat het betoog van NLMK dienaangaande niet van belang is voor de beoordeling van de vordering;

c. Op grond van het voorgaande is sprake van ‘fraud’, hetgeen een schending oplevert van de openbare orde en aldus een vernietigingsgrond.

[verzoeker] heeft een verweerschrift ingediend.

1.11 Op 27 april 2011 heeft [verzoeker] met verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam ten laste van NLMK conservatoir beslag doen leggen op de door NLMK gehouden aandelen in het kapitaal van NLMK International B.V.

1.12 Op 17 juni 2011 heeft NLMK in de Russische vernietigingsprocedure een aanvullend gedingstuk ingediend en aanvullende vernietigingsgronden aangevoerd.

1.13 Naar aanleiding van dit aanvullende gedingstuk heeft [verzoeker] herhaaldelijk bij de Arbitrazh Court verzocht om enkele dagen uitstel van de mondelinge behandeling. Dit uitstel is geweigerd. De mondelinge behandeling heeft op 21 juni 2011 plaatsgehad in een zitting die ongeveer vijf uur heeft geduurd. Aan het eind van die zitting heeft de Arbitrazh Court bij mondelinge uitspraak het arbitraal vonnis vernietigd (hierna: het vernietigingsvonnis). De Arbitrazh Court heeft geen inzage gehad in het arbitragedossier, omdat NLMK geen toestemming heeft gegeven voor het verstrekken van dat dossier aan de Arbitrazh Court.

1.14 De Arbitrazh Court heeft zijn uitspraak van 21 juni 2011 op 28 juni 2011 schriftelijk gemotiveerd. Die motivering houdt, verkort weergegeven en vrij vertaald uit het Engels, het volgende in:

a. De deskundigen Bublik, Alekseev en Stepanov, die [verzoeker] hebben bijgestaan in de arbitrageprocedure, werken bij de Ural State Law Academy, hetzelfde instituut als waar arbiter [betrokkene 2] werkt. Deskundige Bublik is rector van dat instituut en bekleedt daar aldus een hogere functie dan arbiter [betrokkene 2] .

De deskundige Shulzhenko werkt bij de State and Law of the Russian Academy of Sciences, hetzelfde instituut als waar arbiter [betrokkene 1] werkt. Deskundige Shulzhenko bekleedt daar

een hogere functie dan arbiter [betrokkene 1] .

De arbiters hebben van deze banden tussen de partijdeskundigen en de arbiters geen melding gemaakt aan partijen. De samenstelling van het scheidsgerecht is daarom niet in overeenstemming met hetgeen partijen daarover zijn overeengekomen. Dit levert de eerste vernietigingsgrond van het arbitraal vonnis op.

b. Het onderwerp van geschil houdt verband met de geldigheid van een aandelenoverdracht. Het geschil is daarom volgens de Russische wet niet vatbaar voor arbitrage. Dit levert de tweede vernietigingsgrond op.

c. De methode waarop het scheidsgerecht de koopprijs heeft vastgesteld (de helft van de som van de op grond van Basisgegevens 1 berekende koopprijs en de op grond van Basisgegevens 2 berekende koopprijs), is in strijd met Russisch dwingend recht inzake koop. Dit levert de derde vernietigingsgrond op.

1.15 Bij uitspraak van 1 september 2011 van de Arbitrazh Court is Maxi-Group op verzoek van NLMK in staat van faillissement verklaard.

1.16 Zowel [verzoeker] als NLMK heeft een rechtsmiddel tegen het vonnis van de Arbitrazh Court ingesteld bij de 'Federal Arbitrazh Court of the Moscow District' (hierna: de Federal Court). Op 26 september 2011 heeft de Federal Court het bestreden vonnis bekrachtigd.

1.17 De Federal Court heeft zijn uitspraak van 26 september 2011 op 10 oktober 2011 schriftelijk gemotiveerd. Uit die motivering blijkt dat de Federal Court het oordeel van de Arbitrazh Court met betrekking tot alle drie de vernietigingsgronden onderschrijft.

1.18 Op 10 november 2011 heeft [verzoeker] tegen de beslissing van de Federal Court een rechtsmiddel ingesteld bij de 'Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation' te Moskou (hierna: de Supreme Court). Bij beslissing van 30 januari 2012 heeft de Supreme Court hierop afwijzend beslist. De motivering van deze beslissing houdt, verkort weergegeven en vrij vertaald uit het Engels, het volgende in:

a. De door de Arbitrazh Court en de Federal Court vastgestelde omstandigheden wijzen erop dat het scheidsgerecht heeft verzuimd informatie te openbaren over de banden tussen arbiters en personen die zijdens [verzoeker] ingebrachte stukken hebben ondertekend. Dit levert een vernietigingsgrond op.

b. Daarnaast is zowel de Arbitrazh Court als de Federal Court tot de juiste conclusie gekomen dat het scheidsgerecht heeft verzuimd de aard te onderzoeken van de transactie waarop de vordering was gebaseerd. Op grond hiervan heeft het scheidsgerecht een onjuiste conclusie over zijn bevoegdheid getrokken.

c. De klachten van [verzoeker] doen een beroep op omstandigheden die niet zijn vastgesteld door de Arbitrazh Court of de Federal Court. Zij zijn gericht op een nieuwe feitenvaststelling. Dit gaat de taak van de Supreme Court te buiten.

1.19 [verzoeker] heeft de 'Constitutional Court of the Russian Federation' verzocht om de grondwettigheid te onderzoeken van Russische wetsbepalingen die in de vernietigingsprocedure zijn toegepast. Bij beslissing van 21 december 2011 heeft de Constitutional Court geweigerd [verzoeker] te horen op dit verzoek en geoordeeld dat zijn beslissing op dit verzoek 'final' is.

1.20 [verzoeker] heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om erkenning en verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen van het arbitraal vonnis, primair onvoorwaardelijk en subsidiair indien NLMK geen bankgarantie zal verschaffen zoals nader gespecificeerd in het verzoek.

1.21 Bij beschikking van 17 november 2011 heeft de rechtbank Amsterdam het verzoek afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank onder meer het volgende overwogen. De beoordeling van het verzoek

moet plaatsvinden aan de hand van het Verdrag van New York, waarbij zowel Nederland als de Russische Federatie partij zijn (rov. 4.1). In het systeem van het Verdrag van New York beslist de *competent authority* van het land waar, of naar welks recht het arbitrale vonnis is gewezen (in de onderhavige zaak de Russische gewone rechter), met toepassing van zijn nationale recht over de vorderingen tot vernietiging van arbitrale vonnissen. De exequaturrechter dient zich in beginsel niet in deze beoordeling te begeven. De rechtbank neemt als uitgangspunt dat het arbitraal vonnis door de Arbitrazh Court als de *competent authority* is vernietigd en dus niet meer bestaat. Deze (door de Federal Court bekrachtigde) beslissing dient bij de beoordeling van het voorliggende verzoek in beginsel te worden gerespecteerd. De omstandigheid dat een arbitraal vonnis in het land van herkomst is vernietigd dient echter niet onder alle omstandigheden te leiden tot afwijzing van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging. De exequaturrechter dient – hoewel met grote terughoudendheid – ook onder het systeem van het Verdrag van New York uiteindelijk steeds zelf aan de hand van de eigen nationale openbare orde te beoordelen of aan de uitspraak waarbij het arbitraal vonnis is vernietigd werking kan worden toegekend. Alleen dan kan geen werking worden toegekend aan het vernietigingsvonnis indien de uitvoering van het vernietigingsvonnis tot een inbreuk op de Nederlandse openbare orde zou leiden, bijvoorbeeld omdat het vernietigingsvonnis tot stand is gekomen in een procedure waarin naar Nederlandse maatstaven op onaanvaardbare wijze tekort is gedaan aan beginselen van een behoorlijke rechtspleging (rov. 4.8). De voorzieningenrechter is tot het oordeel gekomen dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in het onderhavige geval onvoldoende is gebleken.

1.22 [verzoeker] is van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. Bij tussenbeschikking van 18 september 2012 (hierna: de eerste tussenbeschikking) heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Voor het slagen van een beroep op art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York is het niet nodig dat het hof in deze procedure bevoegd is de tenuitvoerlegging te bevelen van het vernietigingsvonnis en evenmin is vereist dat NLMK in of buiten deze procedure aan een Nederlandse rechter erkenning en/of tenuitvoerlegging van dat vonnis heeft verzocht of zal verzoeken (rov. 2.6). Nu de Arbitrazh Court het arbitraal vonnis heeft vernietigd, geldt in beginsel dat het verzoek van [verzoeker] moet worden afgewezen op grond van art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York. Een uitzondering moet echter worden aanvaard indien voldoende sterke aanwijzingen bestaan dat aan de vernietigingsprocedure bij de vreemde overheidsrechter als geheel beschouwd in het concrete geval zo essentiële gebreken kleven dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak. Op deze uitzondering geldt weer een uitzondering indien voldoende aannemelijk is dat indien de zaak eerlijk zou zijn behandeld, die behandeling ook tot vernietiging van het arbitrale vonnis zou hebben geleid. De verplichting om dit een en ander te toetsen ontleent het hof aan het commune Nederlandse internationaal privaatrecht, dat de openbare orde van Nederland beschermt, alsmede aan art. 6 EVRM (rov. 2.8-2.9). Nu niet reeds op grond van de vastgestelde feiten en omstandigheden een uitzondering als bedoeld in rov. 2.9 kan worden aangenomen (rov. 2.12), dient het hof te onderzoeken of de wijze waarop de Russische vernietigingsprocedure is behandeld zelf aanwijzingen oplevert die meebrengen dat die uitzondering moet worden aangenomen. Het hof acht het noodzakelijk dat onafhankelijke deskundigen het hof voorlichten, met name over de inhoud van het Russische recht en de toepassing daarvan door de Arbitrazh Court (rov. 2.13).

1.23 Bij tussenbeschikking van 15 april 2014[3] (hierna: de tweede tussenbeschikking) heeft het hof twee deskundigen benoemd en de vragen vastgesteld die ter beantwoording aan die deskundigen worden voorgelegd.

1.24 Bij eindbeschikking van 27 september 2016[4] (hierna: de eindbeschikking) heeft het hof, kort gezegd, het volgende overwogen. Bij memorie na deskundigenbericht heeft [verzoeker] zijn verzoek gewijzigd en verzocht, primair, erkenning en verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis en, subsidiair, het verzoek niet te weigeren zolang (i) NLMK geen erkenning in Nederland van de Russische vernietiging van het arbitraal vonnis heeft verzocht dan wel op dat verzoek niet onherroepelijk is geoordeeld, (ii) niet is beslist op de klachten die [verzoeker] bij het EHRM

aanhangig heeft gemaakt, (iii) de uitkomst van de exequaturprocedures in het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk niet bekend is, en het verzoek alsnog toe te wijzen indien het verzoek of de vordering onder (i) is afgewezen of de klachten van [verzoeker] onder (ii) geheel of gedeeltelijk worden toegewezen dan wel de verzoeken van [verzoeker] onder (iii) geheel of gedeeltelijk worden toegewezen. Het hof heeft de wijziging van het verzoek toegestaan (rov. 2.1)

1.25 Wat betreft de vraag of de erkenning van het vernietigingsvonnis is vereist, blijft het hof bij zijn eerdere beslissing en wordt daarmee reeds het subsidiaire (gewijzigde) verzoek ten dele afgewezen. Tevens blijft het hof bij de oordelen die het in rov. 2.12 van de eerste tussenbeschikking en rov. 2.2.2 van de tweede tussenbeschikking heeft gegeven dat de vastgestelde feiten ontoereikend zijn om tot de slotsom te komen dat niet kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in Rusland. Vervolgens ziet het hof geen reden tot aanhouding van de onderhavige procedure vanwege de procedure tussen [verzoeker] en de Russische staat bij het EHRM, vanwege de Nederlandse procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv, of vanwege de exequaturprocedure in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk (rov. 2.4-2.7). Daarnaast gaan de algemene bezwaren van [verzoeker] tegen het deskundigenbericht niet op (rov. 2.8-2.12). Ten aanzien van de vraag of de wijze waarop de Russische vernietigingsprocedure als geheel is behandeld aanwijzingen oplevert dat jegens [verzoeker] geen sprake is geweest van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM heeft het hof geoordeeld dat hiervan bijvoorbeeld sprake kan zijn indien de uitspraken van Russische overheidsrechters blijk geven van opvattingen of toepassingen van het (materiële of formele) Russische recht die geen redelijk oordelend jurist met redelijke kennis van het Russische recht verdedigbaar acht, of indien zij blijk geven van een reeks van onjuiste rechtsopvattingen en/of rechtstoepassingen, telkens ten nadele van dezelfde partij. Daarbij merkt het hof op dat uit de enkele omstandigheid dat sprake is van een onjuiste opvatting of toepassing van het Russische recht nog niet kan worden afgeleid dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke behandeling van de zaak (rov. 2.12). Het hof is, nadat het acht heeft geslagen op hetgeen de deskundigen in het deskundigenbericht ter zake hebben geadviseerd en hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd, tot het oordeel gekomen dat de bezwaren die [verzoeker] heeft aangevoerd tegen het oordeel in de vernietigingsprocedure er niet toe leiden dat sprake is geweest van een oneerlijk proces. Het hof komt derhalve tot het oordeel dat NLMK terecht een beroep heeft gedaan op art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York en wijst het primair en subsidiair ingestelde verzoek van [verzoeker] af.

1.26 [verzoeker] heeft tegen de beschikkingen van het hof Amsterdam van 18 september 2012, 15 april 2014 en 27 september 2016 tijdig beroep in cassatie ingesteld. NLMK heeft een verweerschrift ingediend en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Na een inleiding waarin geen klachten zijn opgenomen, bevat het middel drie onderdelen, die nader zijn uitgewerkt en toegelicht.

2.2 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 2.8 van de eerste tussenbeschikking, rov. 2.2 van de tweede tussenbeschikking en rov. (2.8 en) 2.27 van de eindbeschikking. Het onderdeel betoogt dat het hof met zijn oordelen heeft miskend dat art. V, eerste lid, aanhef en sub e, Verdrag van New York aan de rechter een ruime discretionaire beoordelingsruimte toekent om te beoordelen of een buitenlands vernietigingsvonnis aan de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis in Nederland in de weg staat.

2.3 Het hof heeft in rov. 2.8 en 2.9 van de eerste tussenbeschikking ten aanzien van de gehanteerde maatstaf het volgende overwogen:

‘2.8 Nu het Arbitrazh Court het arbitraal vonnis heeft vernietigd, geldt in beginsel dat het verzoek van [verzoeker] moet worden afgewezen op grond van artikel V, eerste lid, aanhef en sub e, Verdrag van New York 1958. Ter beoordeling staat of in dit geval een uitzondering moet worden aanvaard.

2.9 Een uitzondering moet worden aanvaard indien voldoende sterke aanwijzingen bestaan dat aan de vernietigingsprocedure bij de vreemde overheidsrechter als geheel beschouwd in het concrete geval zo essentiële gebreken kleven dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak. Op deze uitzondering geldt weer een uitzondering – zodat artikel V, eerste lid, aanhef en sub e, Verdrag van New York 1958 dan toch weer toepassing vindt – indien voldoende aannemelijk is dat indien de zaak eerlijk zou zijn behandeld, die behandeling ook tot vernietiging van het arbitrale vonnis zou hebben geleid. Het hof ontleent de bevoegdheid en de verplichting om dit een en ander te toetsen aan het commune Nederlandse internationaal privaatrecht, dat de openbare orde van Nederland beschermt, alsmede aan artikel 6 EVRM (vergelijk: EHRM 20 juli 2001, no. 30882/96, (Pellegrini/Italië).’

2.4 In rov. 2.2 van de tweede tussenbeschikking heeft het hof overwogen dat het blijft bij de oordelen die het in de (eerste) tussenbeschikking heeft gegeven en in het bijzonder bij het beoordelingskader dat in die beschikking is gegeven, waarna in rov. 2.2.1-2.2.3 hierop een toelichting is gegeven. In rov. 2.8 van de eindbeschikking heeft het hof vervolgens onder meer geoordeeld dat van een feitelijke of juridische fout met betrekking tot de gehanteerde maatstaf geen sprake is. Ten slotte heeft het hof in rov. 2.27 van de eindbeschikking onder meer het volgende overwogen:

‘De slotsom luidt dat NLMK terecht een beroep heeft gedaan op artikel V lid 1 sub e Verdrag van New York. Dat beroep staat aan toewijzing van het primaire verzoek van [verzoeker] in de weg. Anders dan [verzoeker] heeft bepleit heeft het hof in dat verband geen discretionaire bevoegdheid’.

2.5 In cassatie is onbestreden dat in de onderhavige zaak het Verdrag van New York van toepassing is. Bij dit verdrag zijn zowel Nederland als de Russische Federatie partij. Het Verdrag van New York is ingevolge art. I van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken die zijn gewezen op het grondgebied van een andere staat dan die waar de erkenning en tenuitvoerlegging van zodanige uitspraken wordt verzocht. Art. III verplicht een Verdragsluitende Staat arbitrale uitspraken te erkennen en ten uitvoer te leggen. Art. V bevat de gronden voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging. De gronden genoemd in het eerste lid van art. V dienen te worden aangevoerd en bewezen door de partij tegen wie een beroep op het arbitraal vonnis wordt gedaan, terwijl de gronden genoemd in het tweede lid van art. V ambtshalve door het gerecht kunnen worden toegepast.

2.6 In de onderhavige zaak heeft [verzoeker] in Nederland de tenuitvoerlegging verzocht van een in Rusland gewezen arbitraal vonnis dat door de Russische overheidsrechter is vernietigd. NLMK heeft een beroep gedaan op de weigeringsgrond van art. V, eerste lid, aanhef en sub e Verdrag van New York. Krachtens deze grond kan, voor zover thans van belang, de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis worden geweigerd indien de partij tegen wie een beroep op de uitspraak wordt gedaan het bewijs levert dat het arbitraal vonnis is vernietigd door de bevoegde autoriteit van het land waar of krachtens welks recht die uitspraak werd gewezen. De Arbitrazh Court – door het hof in rov. 2.6 van de eerste tussenbeschikking aangemerkt als de bevoegde autoriteit – heeft het arbitrale vonnis vernietigd[5], waarna dit vernietigingsvonnis door de Russische Federal Court[6] en de Russische Supreme Court[7] is bekrachtigd. Bovendien heeft [verzoeker] zich vervolgens zonder succes gewend tot de Russische Constitutional Court. [8] Ook het EHRM heeft de klachten van [verzoeker] tegen de Russische Staat over de vernietigingsprocedure niet-ontvankelijk verklaard.[9]

2.7 Wat betreft de vraag naar het bestaan en de omvang van de discretionaire bevoegdheid, kan het

volgende worden opgemerkt. De authentieke Engelse tekst van art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York 1958, luidt voor zover relevant:

'1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(…)

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made'.

2.8 De tekst van art. V geeft een opsomming van weigeringsgronden, maar geeft niet aan wat de gevolgen zijn van het bestaan van een weigeringsgrond. Het is duidelijk dat door de woorden 'may be refused (…), only if' de weigeringsgronden onder a) tot en met e) van het eerste lid van art. V limitatief zijn, in die zin dat – afgezien van de gronden genoemd in het tweede lid van art. V – geen andere gronden voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging kunnen worden aangenomen.[10]

2.9 In de internationale rechtspraak en literatuur bestaan verschillende opvattingen over de vrijheid die het eerste lid van art. V aan de exequaturrechter laat om een arbitraal vonnis te erkennen en het verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen, ondanks de omstandigheid dat zich een of meer van de in art. V lid 1 opgesomde weigeringsgronden voordoen. Volgens de ene opvatting moet de exequatur-rechter een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis weigeren indien bewijs is geleverd van het bestaan van een weigeringsgrond.[11] Volgens de andere opvatting moet art. V lid 1 aldus worden uitgelegd dat in het geval dat de partij tegen wie de tenuitvoerlegging zich richt het bestaan van een weigeringsgrond heeft bewezen, de exequaturrechter de discretionaire bevoegdheid heeft om desalniettemin de tenuitvoerlegging toe te staan en derhalve voorbij te gaan aan de weigeringsgrond.[12]

2.10 De vraag of art. V, eerste lid, aanhef en sub e Verdrag van New York aan de exequaturrechter een discretionaire bevoegdheid laat, is een kwestie van uitleg van het Verdrag. Daarvoor kan worden gekeken naar de uitlegregels van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: WVV).[13] Hoewel het Verdrag van New York is gesloten vóór de inwerkingtreding van het WVV en derhalve ingevolge art. 4 WVV buiten het toepassingsbereik van het WVV valt, kunnen art. 31-33 WVV toch worden toegepast omdat zij worden gezien als een codificatie van het geldende internationaal gewoonterecht.[14] Art. 31 WVV bepaalt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Een grammaticale uitleg van art. V lid 1 Verdrag van New York in zijn context leidt tot twijfel aangezien een vergelijking van de authentieke teksten van het Verdrag een verschil in betekenis oplevert. De woorden 'may be refused' komen overeen met de bewoordingen in de Chinese, Spaanse en Russische authentieke teksten van het Verdrag van New York. De eveneens authentieke Franse tekst spreekt echter van 'ne seront refusées (…) que si', wat als 'shall not be refused (…) unless' kan worden vertaald.[15] Nu het artikel in verschillende verdragstaten verschillend wordt uitgelegd, kan evenmin worden gesproken van overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging, zoals bedoeld in art. 31 lid 3 WVV. Daarnaast bieden de in art. 32 WVV genoemde aanvullende middelen weinig houvast. In tegenstelling tot hetgeen het cassatiemiddel (onderdeel 1, onder 5) betoogt, blijkt niet uit de *travaux préparatoires* van het Verdrag van New York dat wat betreft art. V, eerste lid, aanhef en sub e, discussie heeft plaatsgevonden omtrent het toekennen van een discretionaire bevoegdheid en het daarmee corresponderende gebruik van het meer permissieve woord 'may' in tegenstelling tot 'shall'.[16] In lijn met art. 33 lid 4 WVV dient in dit geval derhalve een betekenis aangenomen te worden die, rekening houdend met het voorwerp en doel van het Verdrag, de verschillende authentieke teksten het best met elkaar verzoent.

2.11 Het doel van het Verdrag van New York is het faciliteren van de erkenning en tenuitvoerlegging

van arbitrale vonnissen. Gelet op dit doel kan worden geconcludeerd dat de exequatur-rechter onder art. V verplicht is om, behoudens de genoemde weigeringsgronden, verlof tot erkenning en tenuitvoerlegging te *verlenen*. Uit art. V noch uit een andere bepaling van het Verdrag volgt echter dat de exequaturrechter verplicht is om de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te *weigeren*. Deze interpretatie van art. V wordt ondersteund door art. VII waarin onder meer is bepaald dat de bepalingen van het Verdrag geen belanghebbende partij enig recht ontnemen dat zij mocht hebben om gebruik te maken van een scheidsrechterlijke uitspraak op de wijze en in de mate, toegestaan volgens de wetgeving of de internationale overeenkomsten van het land waar op die uitspraak een beroep wordt gedaan. Dit 'meestbegunstigingsbeginsel' is een uitvloeisel van het doel van het Verdrag om de mogelijkheden voor het erkennen en tenuitvoerleggen van arbitrale vonnissen uit te breiden. Bovendien is het aannemen van een discretionaire bevoegdheid in lijn met art. II en art. III van het Verdrag welke bepalingen de Verdragsluitende Staten verplichten om een arbitrageovereenkomst te erkennen en om, behoudens uitzonderingen, arbitrale vonnissen te erkennen en ten uitvoer te leggen. Hieruit volgt dat de exequaturrechter ingevolge art. V lid 1 een discretionaire bevoegdheid heeft om vernietigde arbitrale vonnissen te erkennen en het verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen.[17]

2.12 Vervolgens rijst de vraag naar de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid ten aanzien van art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York. Het middel betoogt dat de exequaturrechter een volledige discretionaire bevoegdheid heeft en dat er derhalve geen enkele reden is voor de door het hof betrachte terughoudendheid wat betreft het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis. Volgens het middel (onder punt 20) was het hof nu juist in de gelegenheid geweest om ook buiten de door hem geformuleerde (beperkte) uitzonderingsregel te beslissen toch het verzoek tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis toe te wijzen.

2.13 Ten aanzien van de reikwijdte van deze discretionaire bevoegdheid kan het volgende worden opgemerkt. Het Verdrag van New York bepaalt niet in welke gevallen een aangezochte rechter in zijn algemeenheid voorbij mag gaan aan weigeringsgronden en geeft evenmin ten aanzien van de specifieke weigeringsgrond onder art. V, lid 1, sub e gezichtspunten die moeten worden betrokken bij deze afweging. In de internationale rechtspraak en literatuur bestaan ook verschillende opvattingen over de ruimte die de rechter heeft om voorbij te gaan aan de vernietiging van een arbitraal vonnis.

2.14 Aan de ene kant wordt betoogd dat wat er ook zij van de ruimte die het eerste lid van art. V in zijn algemeenheid biedt om voorbij te gaan aan weigeringsgronden, die ruimte in ieder geval niet bestaat ten aanzien van de weigeringsgrond onder art. V, lid 1, sub e. In die opvatting, die ook wel de '*territorial approach*' wordt genoemd, kan alleen de bevoegde autoriteit (*competent authority*) in de zin van art. V, lid 1, sub e de geldigheid van een arbitraal vonnis beoordelen. Door te kiezen voor een arbitragetribunaal in een bepaald land onderwerpen de partijen zich indirect ook aan de wetten en gerechten van dat land. Het systeem van het Verdrag van New York zou worden doorkruist indien de exequaturrechter het vernietigingsvonnis van de bevoegde autoriteit naast zich neer mag leggen.[18] Het uitgangspunt van deze meer traditionele benadering is dat een vernietigd arbitraal vonnis niet meer bestaat waardoor het ook niet ten uitvoer kan worden gelegd.[19] De opvatting dat het Verdrag de exequaturrechter ten aanzien van de erkenning en tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis geen discretionaire bevoegdheid laat, wordt bijvoorbeeld in Duitsland gedeeld.[20] Het nadeel van deze opvatting is dat het limitatieve karakter van de weigeringsgronden van art. V van het Verdrag kan worden ondermijnd indien allerlei eigenaardigheden van het recht van het land waar het vonnis werd gewezen, als lokale vernietigingsgronden, in de weg kunnen staan aan tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis.[21] Lokale vernietigingsgronden ('Local Standard Annulments') zijn bijvoorbeeld de vernietiging van een arbitraal vonnis omdat het niet door alle arbiters is ondertekend of omdat het (mede) gewezen werd door een vrouw als arbiter.[22] Nog daargelaten dat deze laatste grond een reden zou zijn het vernietigingsvonnis wegens strijd met de openbare orde niet te erkennen, zouden lokale vernietigingsgronden niet aan tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis in de weg mogen

staan. Derhalve wordt betoogd dat tenuitvoerlegging alleen mag worden geweigerd op grond van art. V, lid 1, aanhef en sub e, indien het arbitrale vonnis door de bevoegde autoriteit is vernietigd op internationaal erkende gronden, zoals de gronden genoemd in art. V, lid 1, onder sub a tot en met d.[23]

2.15 Lijnrecht tegenover de '*territorial approach*' staat de '*delocalized approach*' die ervan uitgaat dat het de exequaturrechter vrij staat voorbij te gaan aan het oordeel van de bevoegde autoriteit om het arbitrale vonnis te vernietigen.[24] In deze opvatting wordt aansluiting gezocht bij art. V van het Verdrag, welke bepaling geen verplichting inhoudt voor de exequaturrechter om tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren indien het is vernietigd door de rechter van de plaats van arbitrage, en bij het 'meestbegunstigingsbeginsel' van art. VII van het Verdrag. De opvatting dat vernietigde arbitrale vonnissen in weerwil van hun vernietiging ten uitvoer kunnen worden gelegd, vindt weerklank bij Franse gerechten en is tot uitdrukking gekomen in de *Hilmarton*-uitspraak van de Franse Cour de Cassation.[25] Daarin is beslist dat een in Zwitserland vernietigd arbitraal vonnis in Frankrijk met een beroep op art. VII kan worden erkend onder toepassing van nationaal recht dat gunstiger is dan art. V. [26] Hiertegen kan echter worden ingebracht dat deze opvatting kan leiden tot tegenstrijdige uitspraken in verdragsstaten en tot rechtsonzekerheid ten aanzien van de interpretatie van het Verdrag van New York, vooral indien het nationale recht afwijkt van de internationaal erkende weigeringsgronden van art. V.[27]

2.16 Uit het voorgaande volgt dat aan deze twee uitersten ernstige bezwaren kleven. Om tegemoet te komen aan deze bezwaren wordt thans in de Verenigde Staten van Amerika verdedigd dat de discretionaire bevoegdheid die de exequaturrechter ten aanzien van art. V, lid 1, aanhef en sub e heeft, terughoudend dient te worden toegepast.[28]Volgens Amerikaanse rechtspraak dient de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis dat is vernietigd door de bevoegde autoriteit in beginsel te worden geweigerd tenzij de partij die erkenning en tenuitvoerlegging verzoekt uitzonderlijke omstandigheden stelt en bewijst die het voorbijgaan aan het vernietigingsvonnis rechtvaardigen. Daarmee wordt een buitenlands vernietigingsvonnis steeds op zijn merites door de exequaturrechter beoordeeld. Van belang wordt geacht of de gronden voor vernietiging van het arbitrale vonnis internationaal erkende gronden voor vernietiging zijn en tevens weigeringsgronden onder art. V van het Verdrag van New York.[29]

2.17 Het bestaan van een discretionaire bevoegdheid en het betrachten van terughoudendheid bij de toepassing daarvan is in overeenstemming met het voorwerp en het doel van het Verdrag van New York. Dat een beperkte ruimte ten aanzien van art. V, lid 1, aanhef en sub e van het Verdrag wordt geboden, in die zin dat de exequaturrechter alleen in uitzonderingsgevallen voorbij mag gaan aan de vernietigingsuitspraak, minimaliseert het risico op tegenstrijdige uitspraken met rechtsonzekerheid en *forumshopping* tot gevolg en draagt tevens bij aan de gewenste uniformiteit. Daarnaast draagt het bij aan het aanzien en het vertrouwen in internationale arbitrage omdat niet zonder meer aan elk vernietigingsvonnis, ongeacht de vernietigingsgrond of de wijze van totstandkoming, effect moet worden toegekend. In beginsel kan derhalve een vernietigd arbitraal vonnis niet ten uitvoer worden gelegd, tenzij een of meer redenen bestaan om aan het vernietigingsvonnis voorbij te gaan. Reden hiervoor kan zijn dat het vernietigingsvonnis zelf krachtens het commune IPR niet voor erkenning in aanmerking komt, bijvoorbeeld omdat het vonnis niet na een behoorlijke rechtspleging tot stand is gekomen, de rechter niet bevoegd was of het vernietigingsvonnis in strijd is met de openbare orde.[30] Daarnaast wordt betoogd dat dit ook het geval kan zijn indien de gronden voor vernietiging worden gebaseerd op lokale regels die niet internationaal geaccepteerd zijn en ook niet overeenkomen met de weigeringsgronden van art. V van het Verdrag.[31]

2.18 Het hof heeft in rov. 2.8 en 2.9 van de eerste tussenbeschikking geoordeeld – bij welk oordeel het hof in de daaropvolgende beschikkingen is gebleven – dat in beginsel geldt dat een vernietigd arbitraal vonnis niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt en dat dit alleen anders kan zijn indien een uitzondering moet worden aanvaard. Daarmee heeft het hof niet miskend dat de exequaturrechter een discretionaire bevoegdheid heeft onder art. V, lid 1, aanhef

en sub e Verdrag van New York. Het hof heeft immers onderzocht of een reden bestaat om een door de bevoegde autoriteit vernietigd arbitraal vonnis in weerwil van die vernietiging te erkennen en het verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen. Uit de overwegingen van het hof volgt dat het van oordeel is dat het Verdrag van New York ruimte laat voor het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis en dat de exequaturrechter in ieder geval niet verplicht is het verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren indien dat vonnis is vernietigd door een bevoegde autoriteit van het land waar het vonnis werd gewezen. Anders dan het cassatiemiddel betoogt, heeft het hof niet ontkend dat het Verdrag van New York de exequaturrechter een discretionaire bevoegdheid laat. Dit geldt ook ten aanzien van rov. 2.27 van de eindbeschikking, waarin het hof de door [verzoeker] bepleite ruimere beslissingsmaatstaf heeft afgewezen. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat het Verdrag van New York de exequaturrechter een discretionaire beoordelingsruimte laat, gaat het derhalve uit van een verkeerde lezing van het oordeel van het hof en faalt het bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.19 Uit het voorgaande volgt tevens dat het hof de juiste beslissingsmaatstaf heeft aangelegd wat betreft de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid door te oordelen dat het verzoek van [verzoeker] om erkenning en verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen van een arbitraal vonnis dat door de bevoegde autoriteit is vernietigd in beginsel moet worden afgewezen, tenzij een uitzondering moet worden aanvaard. De door het middel bepleite 'volledige discretionaire beslissingsruimte' kan derhalve niet worden aangenomen.

2.20 Onder punt 20 van het onderdeel wordt nog betoogd dat het hof nu juist in de gelegenheid was geweest om ook buiten de door hem geformuleerde (beperkte) uitzonderingsregel te beslissen toch het verzoek van [verzoeker] toe te wijzen. Het middel geeft hierbij overigens niet aan op grond waarvan het hof tot een ander oordeel had moeten komen.

2.21 Het hof heeft in rov. 2.9 van de eerste tussenbeschikking overwogen dat een uitzondering moet worden aanvaard op de hoofdregel dat een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis moet worden afgewezen, indien voldoende sterke aanwijzingen bestaan dat aan de vernietigingsprocedure bij de vreemde overheidsrechter als geheel beschouwd in het concrete geval zo essentiële gebreken kleven dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak. Met het formuleren van deze uitzondering heeft het hof het oog gehad op het standpunt van [verzoeker] zoals aangevoerd in feitelijke instanties en heeft het hof geenszins te kennen gegeven dat zich geen andere uitzonderingsituaties kunnen voordoen. Door [verzoeker] is in feitelijke instanties aangevoerd dat aan het vernietigingsvonnis voorbij moet worden gegaan, omdat ten aanzien van [verzoeker] gedurende de Russische vernietigingsprocedure geen sprake is geweest van een eerlijk proces. Het hof heeft dit onderzocht en is, nadat het op dit punt door onafhankelijke deskundigen is voorgelicht, tot het oordeel gekomen dat de wijze waarop de Russische vernietigingsprocedure als geheel is behandeld geen aanwijzingen oplevert dat jegens [verzoeker] geen sprake is geweest van een eerlijk proces. Het hof is derhalve tot het oordeel gekomen dat er geen reden is om voorbij te gaan aan het vernietigingsvonnis. NLMK heeft terecht een beroep gedaan op de weigeringsgrond van art. V, lid 1, sub e van het Verdrag van New York waardoor het verzoek van [verzoeker] tot erkenning en het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging moet worden afgewezen.[32] In het licht van het voorgaande bestond geen ruimte voor het hof om buiten de door hem geformuleerde uitzonderingsregel te beslissen het verzoek van [verzoeker] toe te wijzen. Het onderdeel faalt derhalve in zijn geheel.

2.22 Onderdeel 2 komt met een rechts- en motiveringsklacht op tegen het oordeel van het hof in rov. 2.6, 2.9, 2.10, 2.11 en 2.13 van de eerste tussenbeschikking en rov. 2.2.1, 2.2.3, 2.8 en 2.12 van de eindbeschikking. Ten eerste klaagt het onderdeel (onder punt 28) dat de oordelen van het hof dat voor een beroep op art. V, lid 1, aanhef en sub e Verdrag van New York geen erkenning van het buitenlandse vernietigingsvonnis nodig is, getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, omdat een dergelijke erkenning in een afzonderlijke procedure is vereist en niet in een procedure tot

verkrijging van een verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Ten tweede voert het onderdeel (onder punt 29) aan dat het oordeel van het hof tegenstrijdig is en daardoor onbegrijpelijk. In rov. 2.6 van de eerste tussenbeschikking en rov. 2.2.3 van de eindbeschikking oordeelt het hof dat er geen noodzaak is om het vernietigingsvonnis, waarop NLMK zich beroept, via een aparte (verkapte exequatur-)procedure dan wel in de onderhavige procedure, te erkennen. Het hof toetst vervolgens echter toch, blijkens rov. 2.9, 2.10 en 2.13 van de eerste tussenbeschikking, aan erkenningscriteria van het Nederlandse IPR en art. 6 EVRM of dat vernietigingsvonnis in deze zaak zou moeten worden gepasseerd. Het oordeel is in het licht van rov. 2.6 van de eerste tussenbeschikking en rov. 2.3 van de tweede tussenbeschikking[33] onbegrijpelijk gemotiveerd, want innerlijk tegenstrijdig, aldus de klacht.

2.23 Het systeem van het Verdrag van New York brengt mee dat alleen de rechter die aangemerkt kan worden als de bevoegde autoriteit onder art. V, lid 1, sub e de geldigheid van het arbitrale vonnis kan beoordelen.[34] De vernietiging van het arbitrale vonnis door de bevoegde autoriteit geldt als een van de gronden voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Op grond van art. V lid 1 (aanhef) van het Verdrag van New York dient de partij die zich op een weigeringsgrond beroept het bewijs van het bestaan daarvan te leveren. Het Verdrag van New York stelt verder geen eisen aan het te leveren bewijs van het bestaan van een weigeringsgrond in het algemeen of van de vernietiging van het arbitrale vonnis in het bijzonder. Uit het Verdrag volgt niet dat het voor de bewijslevering in verband met een beroep op art. V, lid 1, aanhef en sub e nodig is dat de partij die zich tegen de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis verzet, in een aparte procedure erkenning verzoekt van het buitenlandse vernietigingsvonnis. Daarnaast geldt naar Nederlands internationaal privaatrecht dat de bewijskracht die aan een vreemd vonnis moet worden toegekend is overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de rechter.[35] Aangenomen kan worden dat het vreemde vonnis als authentieke akte ten minste bewijs levert van het feit dat de beslissing is gegeven.[36] Het is vervolgens aan de partij die betoogt dat aan het vernietigingsvonnis voorbij dient te worden gegaan om te stellen en te bewijzen dat sprake is van omstandigheden die een dergelijke uitzondering rechtvaardigen.[37] Dit heeft het hof klaarblijkelijk ook onder ogen gezien door in rov. 2.6 van de eerste tussenbeschikking en in rov. 2.2.1 en 2.2.3 van de eindbeschikking te oordelen dat het voor het slagen van een beroep op de weigeringsgrond niet nodig is dat het hof in deze procedure bevoegd is de tenuitvoerlegging van het vernietigingsvonnis te bevelen of dat NLMK in of buiten de onderhavige procedure aan een Nederlandse rechter erkenning en/of tenuitvoerlegging van het vernietigingsvonnis heeft verzocht of zal verzoeken.

2.24 De door het cassatiemiddel (onder punten 31 en 32) voorgestelde route voor de erkenning van een buitenlands rechterlijk vonnis kan niet worden gevolgd. Art. 431 lid 2 Rv ziet slechts op gevallen waarin een partij een buitenlands vonnis in Nederland ten uitvoer wil leggen. Die situatie doet zich hier niet voor. Krachtens art. 431 lid 1 Rv is het niet mogelijk om een beslissing gegeven door een rechter in een vreemde staat binnen Nederland ten uitvoer te leggen, tenzij hiervoor een grondslag bestaat in een verdrag, in het Unierecht (een EU-Verordening) of een wettelijke bepaling. Ingevolge het tweede lid van art. 431 Rv kan het geding opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan. In dat geval bepaalt de rechter of en in hoeverre gezag moet worden toegekend aan het vreemde vonnis.[38] Dat in de onderhavige zaak ten aanzien van de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis de vraag aan de orde komt naar de erkenning van het vreemde vernietigingsvonnis, maakt niet dat voor die erkenning de procedure van art. 431 lid 2 Rv gevolgd moet worden.[39] Art. 431 Rv betreft slechts de tenuitvoerlegging en gaat niet over het geven van gevolg aan een vreemd vonnis op andere wijze.[40] Zoals reeds is opgemerkt, kan in het geval een beroep wordt gedaan op een vernietigingsvonnis in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis aan het vernietigingsvonnis voorbij worden gegaan indien het vernietigingsvonnis zelf krachtens het commune IPR niet voor erkenning in aanmerking komt. Het gaat daarbij niet om de tenuitvoerlegging van het vernietigingsvonnis maar om een vraag naar de erkenning van dat vonnis, die aan de orde komt in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis. Het betoog van [verzoeker] dat dit zou leiden tot de toepassing van onjuist procesrecht omdat de procedure van art. 1075 Rv wordt gevolgd, terwijl

eigenlijk de tenuitvoerleggingsprocedure van art. 431 lid 2 Rv moet worden gevolgd, berust derhalve op een onjuiste rechtsopvatting.

2.25 Ten overvloede voeg ik hieraan nog toe dat een procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv uitmondt in een uitspraak van de Nederlandse rechter, die het geding dat door de buitenlandse rechter is beoordeeld opnieuw behandelt en afdoet.[41] Zoals reeds is vermeld, kent het Verdrag van New York de bevoegdheid om kennis te nemen van een vordering tot vernietiging of herroeping van een arbitraal vonnis exclusief toe aan de autoriteit van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen. Het systeem van het Verdrag van New York zou derhalve worden doorkruist indien de Nederlandse rechter de vernietigingsprocedure opnieuw zou behandelen en afdoen in een procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv. Dat in die procedure de zaak niet altijd inhoudelijk door de rechter behandeld behoeft te worden, doet hieraan niet af.

2.26 In tegenstelling tot hetgeen het cassatiemiddel (onder punt 33) betoogt, wordt hiermee geenszins het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York geschonden. De benadering die het hof heeft gevolgd leidt er niet toe dat de procedure voor erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen wordt onderworpen aan aanzienlijk drukkender voorwaarden of aanzienlijk hogere gerechtskosten dan die waaraan nationale arbitrale vonnissen zijn onderworpen. [verzoeker] betoogt dat het discriminatieverbod zou worden geschonden indien een nationaal arbitraal vonnis niet kan worden vernietigd in een exequaturprocedure op grond van art. 1062 Rv, terwijl een vraag naar de erkenning van een buitenlands vernietigingsvonnis wel aan de orde komt in een procedure inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van een in een vreemde staat gewezen arbitraal vonnis op grond van art. 1075 Rv. Ik meen dat deze vergelijking mank gaat. De mogelijkheid om een arbitraal vonnis te vernietigingen is niet op één lijn te stellen met het doen van een beroep op een reeds gewezen vernietigingsvonnis als weigeringsgrond onder het Verdrag van New York, waarbij een vraag aan de orde kan komen naar de erkenning van dat vonnis.

2.27 Uit het bovenstaande volgt dat het oordeel van het hof dat het voor een beroep op art. V, lid 1, aanhef en sub e Verdrag van New York niet nodig is dat het hof in deze procedure bevoegd is de tenuitvoerlegging van het vernietigingsvonnis te bevelen of dat NLMK in of buiten de onderhavige procedure aan een Nederlandse rechter erkenning en/of tenuitvoerlegging van het vernietigingsvonnis heeft verzocht of zal verzoeken, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het onderdeel op dit punt faalt.

2.28 Het onderdeel (onder punt 34) voert een motiveringsklacht aan tegen rov. 2.9, 2.10 en 2.13 van de eerste tussenbeschikking. Het onderdeel betoogt dat de maatstaf die het hof heeft aangelegd in feite een erkenningstoets van het vernietigingsvonnis is binnen de exequaturprocedure en dat art. 1075 Rv en het Verdrag van New York daarvoor geen ruimte bieden. Volgens de klacht is het oordeel van het hof innerlijk tegenstrijdig.

2.29 De klacht faalt. Ik herhaal dat in beginsel erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis moeten worden geweigerd indien het vonnis door de bevoegde autoriteit is vernietigd, tenzij er redenen zijn die het voorbijgaan aan een vernietigingsvonnis rechtvaardigen. Zoals ik reeds heb opgemerkt, kan die situatie zich voordoen indien het vernietigingsvonnis zelf krachtens het commune IPR niet voor erkenning in aanmerking komt, bijvoorbeeld omdat ten aanzien van de vernietigingsprocedure niet kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak. Hiermee wordt de erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis centraal gesteld en komt de beoordeling van het vernietigingsvonnis pas op de tweede plaats aan de orde.[42] Het vernietigingsvonnis is in de onderhavige zaak door het hof derhalve niet beoordeeld in het kader van de erkenning en/of tenuitvoerlegging ervan, zoals door het hof ook is opgemerkt in rov. 2.2.1 van de eindbeschikking, maar om na te gaan of ongeacht de vernietiging, het arbitrale vonnis kan worden erkend en ten uitvoer gelegd. Van innerlijke tegenstrijdigheid is geen sprake en ook anderszins zijn de bestreden overwegingen van het hof niet onbegrijpelijk.

2.30 Onderdeel 3 betreft een veegklacht en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

[1] Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, gesloten te New York op 10 juni 1958, zie Trb. 1958, 145 en Trb. 1959, 58 (Nederlandse vertaling).

[2] Zie rov. 2.2.1-2.2.21 van de beschikking van het hof Amsterdam van 18 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010, TvA 2013/51, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, alsmede rov. 2.1-2.9 van de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 17 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646.

[3] ECLI:NL:GHAMS:2014:6020, TvA 2015/76.

[4] ECLI:NL:GHAMS:2016:3911.

[5] Productie 14 zijdens NLMK.

[6] Productie 35 zijdens NLMK.

[7] Productie 36 zijdens NLMK.

[8] Productie 37 zijdens NLMK.

[9] Zie brief mr. J.Ph. de Korte aan het hof Amsterdam van 25 augustus 2016.

[10] Zie o.a. A.J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, diss. 1981, p. 265; Patricia Nacimiento, Article V(1)(a), in: Herbert Kronke e.a. (eds.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention, 2010, p. 209-210.

[11] Zie o.a. P. Sanders, Het Nederlandse Arbitragerecht, 2001, p. 230, die het volgende betoogt: 'Het 'may' slaat op het bewijs dat één van de gronden voor weigering van het exequatur, waaronder dat 'the award has been set aside' in het land van herkomst, aanwezig is. Dat bewijs kàn (d.w.z. 'may') al dan niet geleverd worden. Als het echter is geleverd, moet het exequatur geweigerd worden'; Nacimiento, a.w., p. 207-209.

[12] Zie Van den Berg, diss., p. 265; G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage, diss., 2011, onder 6.2.1, p. 245; J.Ph. de Korte, Een wereld van verschil – verlof tot executie en erkenning van vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis, TvA 2012/58, onder 3. Ik vermeld voorts uit de stroom van buitenlandse literatuur: Jan Paulsson, *May* or *Must* under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics, Arbitration International, 1998, vol. 14, nr. 2, p. 227-230; Pierre Lastenouse, Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene, Journal of International Arbitration, 1999, p. 31; Dana Freyer, The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration, in: Emmanuel Gaillard & Domenico di Pietro (eds), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, 2009, p. 758-760; Claudia Alfons, Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards, 2010, p. 78-81; Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Volume III International Arbitral Awards, 2014, p. 3639; Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed., 2015, nr. 11.59, p. 623.

[13] Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, Trb. 1972, 51.

[14] Zie ook Van den Berg, diss., 1981, p. 4-5.

[15] Zie Paulsson, a.w., p. 230, die betoogt dat 'it seems obvious that when the four other languages leave room for judicial discretion, and the French text is not in explicit contradiction, the French version must be given the same meaning'.

[16] Zie ook Albert Jan van den Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, Journal of International Arbitration 2010, p. 186; Alfons, a.w., p. 78-79. Het middel citeert onder 5 een passage waarin de Secretaris-Generaal van de VN de voorstellen voor amendementen van de gedelegeerden betreffende art. V van het Verdrag van New York zou hebben samengevat. Ik heb dit citaat niet aangetroffen in de bron waarnaar wordt verwezen. De tekst van het citaat komt echter overeen met een passage in de aangehaalde *travaux préparatoires* die echter niet over art. V van het Verdrag van New York gaat, maar over art. III van het Verdrag van Genève van 1927: 'Article III of the Convention of 1927 gives the Courts of the enforcing country a discretionary power to refuse enforcement or to adjourn the proceedings if the party opposing enforcement proves that there are certain specified grounds entitling him to contest the validity of the award in a court of law'. Zie Travaux préparatoires – Comments by governments on the draft convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, Annex I, U.N. Doc. E/2822/Add.4 (14 maart 1956), p. 9.

[17] Zie ook Kenneth R. Davis, Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Texas International Law Journal 2002, p. 59-63; G.D. Hoekstra, Geknecht door het recht en de rechterlijke vrijheid onder het Verdrag van New York 1958, in: Th.M. de Boer e.a. (red.), Strikwerda's conclusies, 2011, p. 206-207.

[18] Zie hierover N. Darwazeh, Article V(1)(e), in: H. Kronke e.a. (red.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, 2010, p. 324-331; Davis, a.w., p. 57-58.

[19] Zie P. Sanders, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, NILR (1959), p. 55, waar hij van mening is dat 'in the rather theoretical case that the defendant does not raise this ground, the Courts will anyhow refuse the enforcement as there does not longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement'. Voorts: Van den Berg, a.w., Journal of International Arbitration 2010, p. 187, waar hij opmerkt dat 'an award that has been set aside in the country of origin no longer exists legally. It is no longer possible that an arbitral award would be brought back to life during an enforcement procedure under the Convention in its ocountry of origin or abroad'. In tegenstelling tot hetgeen het middel in voetnoot 38 van het verzoekschrift tot cassatie betoogt, heeft Van den Berg deze opvatting reeds aangehangen in zijn bijdrage Enforcement of annulled awards?, The ICC International Court of Arbitration Bulletin 1998, p. 16.

[20] Zie Darwazeh, a.w., p. 329-330; Klaus Sachs, The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The German Perspective, in: Albert Jan van den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 1999, p. 554.

[21] Zie Van den Berg, diss., 1981, p. 355; Van den Berg, a.w., The ICC International Court of Arbitration Bulletin 1998, p. 15-16.

[22] Zie Jan Paulsson, Enforcing Arbitral Awards notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA), The ICC International Court of Arbitration Bulletin 1998, p. 14-15.

[23] Zie Paulsson in zijn in de vorige voetnoot aangehaalde bijdrage; Van den Berg, diss., 1981, p. 355-357.

[24] Zie o.a. Darwazeh, a.w., p. 331-334.

[25] Hilmarton *v*. Omnium de traitement et de valorisation (Cour de Cassation 23 maart 1994), 20 Yearbook Commercial Arbitration XX 1995, 663.

[26] Zie o.a. Born, a.w., § 26.03, p. 3625-3628 met verdere verwijzingen; Freyer, a.w., p. 767-773; Christopher Koch, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin: The French and U.S. Experience, Journal of International Arbitration 2009, p. 269-276.

[27] Zie Darwazeh, a.w., 2010, p. 338-339; Davis, a.w., Texas International Law Journal 2002, p. 63-67.

[28] Zie de volgende uitspraken: Baker Marine (Nig.) Ltd. *v.* Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999); Spier *v.* Calzuturificio Tecnica S.p.A., 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999); TermoRio S.A.E.S.P. *v*. Electrificadora del Atlantico S.A. E.S.P., 421 F. Supp. 2d 87 (D.D.C. 2006). Vgl. Chromalloy Aeroservices Inc. *v*. The Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

[29] Zie bijv. Baker Marine (Nig.) Ltd. *v.* Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999), 196.

[30] Zie Hoekstra, a.w., p. 207-208; Meijer, a.w., onder 6.2.1; J. Ph. de Korte in zijn noot onder Rb. Amsterdam 28 februari 2008, JBPr 2008/35; Born, a.w., p. 3639; Freyer, a.w., p. 785-786; Van den Berg, a.w., Journal of International Arbitration 2010, p. 192-193. Deze benadering is ook gevolgd in Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451, JOR 2009/208. Voor het vervolg op deze beslissing zie HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2010/55, m.nt. R.P.J.L. Tjittes, TvA 2011/9, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof (*[...]/Yukos Capital*).

[31] Zie Paulsson, a.w., p. 14-31. Zie ook punt 10 van de noot van Van Haersolte-van Hof onder hof Amsterdam 18 september 2012, TvA 2013/51.

[32] Zie rov. 2.23-2.27 van de eindbeschikking.

[33] Kennelijk bedoelt het middel hier rov. 2.2.1 en 2.2.3 van de eindbeschikking.

[34] Zie ook HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.7.2, alsmede punt 25 van de conclusie van A-G Strikwerda vóór genoemd arrest; TvA 2011/9, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof; JBPr 2010/55, m.nt. R.P.J.L. Tjittes. Zie ook: Van den Berg, diss., 1981, p. 20 en p. 350.

[35] Zie HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, m.nt. Th.M. de Boer , rov. 3.6.11 (*Gazprombank*), alsmede punt 2.9 van mijn conclusie vóór genoemd arrest. Zie ook HR 23 januari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7917, NJ 1977/123.

[36] L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, 2015, nr. 270; B.J. van het Kaar, IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging, p. 65-66.

[37] Zie ook Van het Kaar, a.w., p. 65: 'Overigens is het verdedigbaar om in geval van betwisting van de juistheid van het vonnis de bewijslast te leggen op de partij die de juistheid ervan in twijfel trekt'.

[38] Zie HR 26 september 2014, reeds aangehaald (*Gazprombank*).

[39] Anders: J.Ph. de Korte, Een wereld van verschil – verlof tot executie en erkenning van vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis, TvA 2012/58, onder 3.3.

[40] Zie reeds J.P. Verheul, Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen, 1989, p. 61; A.J. Gieske, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 431 Rv, aant. 1; Strikwerda, a.w., nr. 263; Zie ook A.I.M. van Mierlo, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 431 Rv, aant. 1.

[41] Zie rov. 3.6.2 van HR 26 september 2014, reeds aangehaald (*Gazprombank*).

[42] Zie ook punt 3 van de noot van J.J. van Haersolte-van Hof onder hof Amsterdam van 18 september 2012, TvA 2013/51.