# ECLI:NL:PHR:2018:263

| | |
|---|---|
| Instantie | Parket bij de Hoge Raad |
| Datum conclusie | 23-03-2018 |
| Datum publicatie | 11-04-2018 |
| Zaaknummer | 17/01280 |
| Formele relaties | Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:914, Gevolgd |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | - |
| Inhoudsindicatie | Procesrecht. Arbitrage. Verzoek tot vernietiging arbitraal vonnis wegens gestelde partijdigheid arbiter. Ontvankelijkheid. Termijnen van art. 1064 lid 3 (oud) Rv. Kan na afloop van eerste termijn vernietiging worden verzocht voordat tweede termijn is aangevangen? |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl<br>TvA 2018/53<br>JBPR 2018/48 met annotatie van mr. C.L. Schleijpen |

# Conclusie

Zaaknr: 17/01280

mr. R.H. de Bock

Zitting: 23 maart 2018

Conclusie inzake:

Bursa Büyüksehir Belediyesi

(hierna: Bursa)

advocaat mr. M.W. Scheltema,

tegen

1. Güriş Insaat Ve Mühendislik A.S.
2. Siemens Aktiengesellschaft
3. Siemens Sanayi ve Ticaret A.S.
4. Tüvasas Türkiye Vagon Sanayi A.S.

(hierna: Güriş)

advocaat mr. R.S. Meijer

## 1 Feiten en procesverloop

*Feiten*

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, ontleend aan rov. 2.1 tot en met 2.3 van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 12 februari 2014[1] en rov. 2.1 tot en met 2.6 van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 6 december 2016.[2]

1.1 Bursa, een grote Turkse gemeente gelegen ten zuiden van Istanbul aan de overzijde van de Zee van Marmara, heeft op 31 januari 1997 met een consortium (hierna: het Consortium), waarvan Güriş en de overige drie verweersters in cassatie deel uitmaakten, een aanneemovereenkomst naar Turks recht gesloten (hierna: de Overeenkomst), waarbij Bursa aan het Consortium heeft opgedragen om de eerste fase van een stadsmetro in Bursa te realiseren, het zogenoemde "Project Light Rail System Bursa". In art. 97 van de Overeenkomst is bepaald dat geschillen die niet in der minne kunnen worden opgelost moeten worden beslecht door middel van arbitrage conform de Rules of Arbitration van het Arbitragereglement van de International Chamber of Commerce (ICC) van 1 januari 1988 (ICC Reglement). Daarnaast is in dit artikel bepaald dat Den Haag de plaats van arbitrage zal zijn en dat, ingeval het ICC Reglement geen uitkomst biedt, op die arbitrage Nederlands procesrecht van toepassing is.

1.2 In verband met de Overeenkomst zijn tussen de hoofdzakelijk Turkse contractspartijen meerdere geschillen met grote financiële belangen ontstaan. Deze geschillen zijn niet opgelost door de Engineer die in de Overeenkomst was aangewezen om over geschillen te oordelen. Daarom dienden deze geschillen binnen een in de Overeenkomst bepaalde tijd te worden voorgelegd in een ICC-arbitrage. Dit heeft geresulteerd in meerdere internationale arbitrale ICC-vonnissen. Al die arbitrale vonnissen hebben op hun beurt geleid tot meerdere civiele bodemprocedures voor de rechtbank Den Haag die strekten tot vernietiging van die arbitrale vonnissen. Twee daarvan zijn uitgeprocedeerd tot en met de Hoge Raad.[3]

1.3 De onderhavige procedure betreft de door Bursa gevorderde vernietiging van het internationale arbitrale ICC-vonnis dat op 11 juli 2011 in de Turkse taal tussen de contractspartijen is gewezen. Deze (vierde) arbitrage was verzocht door Güriş op 16 oktober 2006 en betrof een vordering tot betaling van extra kosten die Güriş ten gevolge van de vertraging van het project heeft moeten maken. Het ICC-scheidsgerecht bestond uit de volgende drie Turkse bouwarbiters: prof. Dr. Atilla Altop, voorzitter, Prof. Dr. Kemal Dayinlarli (hierna Dayinlarli), voorgedragen door Güriş en Doç. Dr. Köksal Kocaağa, voorgedragen door Bursa. Bij het hiervoor genoemde vonnis van 11 juli 2011 heeft het arbitrale college beslist dat Bursa voor vertragingsschade € 5.695.284,23 aan Güriş moet betalen en voor tot 11 juli 2011 vervallen verzuimrente nog eens € 1.903.395,20, nog te vermeerderen met eventuele verdere verzuimrente en met een deel van de arbitrale kosten van Güriş, onder afwijzing van het meer of anders door Güriş gevorderde.[4] Doç. Dr. Köksal Kocaağa is niet akkoord gegaan met het vonnis en heeft een minderheidsrapport ingediend.[5]

1.4 Bursa heeft het ICC International Court of Arbitration verzocht om Dayinlarli te wraken. Het college heeft dit verzoek op 13 september 2011 afgewezen.

1.5 Op 3 oktober 2011[6] heeft Güriş het arbitrale vonnis van 11 juli 2011 gedeponeerd bij de griffier van de rechtbank Den Haag. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft op 6 juni 2012 op verzoek van Güriş verlof verleend tot tenuitvoerlegging van ditzelfde vonnis.

Een verzoek van Bursa tot schorsing van de tenuitvoerlegging op de grond dat zij op goede gronden vernietiging van het arbitrale vonnis had verzocht vanwege het ontbreken van

onpartijdigheid en onafhankelijkheid van arbiter Dayinlarli is door de rechtbank Den Haag bij beschikking van 30 juli 2013 afgewezen.

1.6 Op 20 juni 2012 is Güriş bij de rechtbank te Bursa, Turkije, een procedure gestart tot erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis van 11 juli 2011. De rechtbank te Bursa heeft het gevorderde toegewezen bij vonnis van 30 mei 2013. Bursa heeft hoger beroep ingesteld. De betekening van dit vonnis heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2013.

*Procesverloop*

1.7 Bij inleidende dagvaarding van 19 september 2012 in de verstekprocedure met nummer C/09/439246/ HA ZA 13-0299 heeft Bursa vernietiging van het arbitrale vonnis van 11 juli 2011 gevorderd. Kort gezegd heeft Bursa daartoe vooral gesteld dat en waarom aan Bursa pas achteraf was gebleken dat de door Güriş benoemde arbiter Dayinlarli naar de overtuiging van Bursa niet onpartijdig en/of niet onafhankelijk was (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). Ter rolzitting van 20 maart 2013 heeft de rechtbank verstek verleend jegens Güriş. Bij verstekvonnis van 29 mei 2013 heeft de rechtbank de vordering van Bursa tot vernietiging van het arbitrale vonnis van 11 juli 2011 toegewezen, met veroordeling van Güriş in de proceskosten en met uitvoerbaar verklaring bij voorraad van die proceskostenveroordeling van € 1.117,17 plus verschuldigde BTW.

1.8 Bij verzetdagvaarding van 2 augustus 2013 in de verzetprocedure met nummer C/09/448772 / HA ZA 13-0904 heeft Güriş alsnog gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vorderingen van Bursa en geconcludeerd tot vernietiging van het verstekvonnis van de rechtbank van 29 mei 2013, met alsnog afwijzing van de daarin bij verstek toegewezen vorderingen van Bursa die strekten tot vernietiging van het arbitrale vonnis van 11 juli 2011.

1.9 Bij vonnis van 12 februari 2014 heeft de rechtbank haar verstekvonnis van 29 mei 2013 vernietigd en Güriş ontheven van alle daarin bij verstek tegen Güriş op vordering van Bursa uitgesproken veroordelingen, en opnieuw rechtdoende in verzet:

- alsnog de door Bursa bij inleidende dagvaarding tegen Güriş ingestelde vordering tot vernietiging van het tussen partijen gewezen arbitrale vonnis van 11 juli 2011 afgewezen;
- Bursa veroordeeld tot betaling van € 1.493,- aan Güriş voor de proceskosten in verzet;
- het vonnis tot zover zo veel als rechtens mogelijk uitvoerbaar bij voorraad verklaard;
- het in verzet door Güriş meer of anders gevorderde afgewezen.

Aan deze beslissing heeft de rechtbank ten grondslag gelegd, kort samengevat, dat de door Bursa aangevoerde argumenten die tot vernietiging van het arbitrale vonnis zouden moeten leiden, niet steekhoudend zijn (rov. 4.4-4.14). De rechtbank heeft Bursa wel ontvankelijk geacht in haar vordering tot vernietiging (rov. 4.2-4.3).

1.10 Bursa is bij exploot van 24 maart 2014 in hoger beroep gekomen van dit vonnis. Bij memorie van grieven met een productie heeft Bursa zes grieven aangevoerd. Die grieven zijn door Güriş bij memorie van antwoord bestreden. Vervolgens hebben partijen op 8 november 2016 de zaak doen bepleiten, aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

1.11 Bij arrest van 6 december 2016 heeft het hof het beroep tegen het vonnis van de rechtbank van 12 februari 2014 verworpen en Bursa veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Volgens het hof is Bursa niet-ontvankelijk in haar vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis, omdat deze vordering buiten de termijnen van art. 1064 lid 3 Rv is ingesteld (rov. 5.1-5.2). Ten overvloede heeft het hof ook inhoudelijk beoordeeld of de door Bursa aangevoerde gronden tot vernietiging van het arbitrale vonnis kunnen leiden. Dat is volgens het hof niet het geval (rov. 6-10.5).

1.12 Bursa heeft bij dagvaarding van 24 februari 2017 - tijdig - cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Güriş heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep, met zodanige

verdere beslissing ten aanzien van de kosten als de Hoge Raad juist zal achten. Güriş vordert voorts dat de toe te wijzen proceskostenvergoeding wordt vermeerderd met de wettelijke rente daarover, te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van het arrest van de Hoge Raad. Beide partijen hebben een schriftelijke toelichting gegeven. Bursa heeft nog gerepliceerd. Güriş heeft afgezien van dupliek.

## 2 Inleiding op de bespreking van de cassatieklachten

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen.

Onderdeel 1, dat is onderverdeeld in vier subonderdelen, is gericht tegen 's hofs oordeel in rov. 5.2 dat Bursa niet-ontvankelijk is in haar vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis, omdat de tweede in art. 1064 lid 3 Rv genoemde termijn nog niet was gaan lopen op het moment waarop Bursa haar vordering tot vernietiging instelde (rov. 5.2).

Onderdeel 2, dat is onderverdeeld in negen subonderdelen, is gericht tegen rov. 8.3-8.8, waarin het hof – ten overvloede – inhoudelijk beoordeelt of het arbitraal vonnis vernietigd moet worden wegens strijd met de openbare orde, omdat de door de Güriş voorgedragen arbiter Dayinlarli niet onpartijdig en onafhankelijk is geweest (art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv).

Onderdeel 3 bevat een op de onderdelen 1 en 2 voortbouwende klacht tegen de slotsom van het hof in rov. 11.

*Onderdeel 1*

2.2 Het eerste onderdeel is gericht tegen het oordeel dat Bursa niet-ontvankelijk is in haar vordering tot vernietiging. Na de vaststelling in rov. 5.1 (in cassatie niet bestreden) dat tussen partijen niet in geschil is dat de eerste termijn in art. 1064 lid 3 Rv reeds was verlopen op de dag waarop de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis werd ingesteld, overweegt het hof in rov. 5.2 ten aanzien van de tweede termijn als volgt:

"*De tweede termijn bedraagt drie maanden vanaf de dag waarop het vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan Bursa is betekend. Op Bursa rust de stelplicht en de bewijslast dat deze termijn is gaan lopen. Zij dient dus omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat het arbitrale vonnis van 11 juli 2011 aan haar is betekend. Bursa heeft niet aan haar stelplicht voldaan. Zij heeft noch in eerste aanleg noch in hoger beroep enig feit gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het arbitraal vonnis binnen drie maanden vóór haar dagvaarding tot vernietiging aan haar is betekend. Daarnaar gevraagd heeft zij bij pleidooi in hoger beroep gesteld dat de rechtbank te Bursa haar in verband met de onder 2.5 genoemde procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging formeel heeft opgeroepen en dat bij die oproep het arbitraal vonnis met het Nederlandse verlof tot tenuitvoerlegging was gevoegd. Güriş heeft dit betwist. Het hof is van oordeel dat een dergelijke oproep door een rechtbank niet als betekening in de zin van art. 1064 lid 3 Rv (oud) kan gelden, aangezien deze oproep niet van de wederpartij afkomstig is en een derde het niet in zijn macht behoort te hebben om de termijn te doen aanvangen. Een met de Nederlandse betekening vergelijkbare wijze van kennis geven van het arbitraal vonnis is ook in Turkije mogelijk, zoals blijkt uit het feit dat Güriş het arbitrale vonnis op 23 oktober 2013 aan Bursa heeft betekend.*

*Maar ook indien een oproep door een gerechtelijke instantie wel met een betekening kan worden vergeleken, heeft Bursa onvoldoende aannemelijk gemaakt dat bij de oproep, gesteld dat deze heeft plaatsgevonden, het arbitraal vonnis en een verlof tot tenuitvoerlegging was gevoegd. Zij heeft daarvoor geen bewijsmiddelen aangedragen en ook geen bewijs aangeboden. Het bij memorie van grieven gedane bewijsaanbod ziet niet op deze stelling, aangezien zij deze pas bij pleidooi in hoger beroep heeft betrokken. De tweede in artikel 1064 lid 3 oud Rv genoemde termijn was dus nog niet gaan lopen op het moment waarop Bursa haar vordering tot vernietiging instelde. Zij is daarom niet-ontvankelijk in haar vordering.*"

2.3 Voordat de verschillende subonderdelen zullen worden besproken, schets ik het juridisch kader. Voorts wijs ik erop dat bij de bespreking van subonderdeel 1.2 een overzicht met relevante data is opgenomen (zie onder 3.12).

*Juridisch kader*

Toepasselijk arbitragerecht

2.4 Per 1 januari 2015 heeft een modernisering van arbitragerecht plaatsgevonden.[7] Zoals het hof in rov. 3 met juistheid – en in cassatie onbestreden – heeft overwogen is op de onderhavige procedure ingevolge art. IV lid 2 van de Wijzigingswet Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering enz. (modernisering Arbitragerecht)[8] het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing, zoals dat gold vóór 1 januari 2015, omdat de arbitrage reeds voor die datum aanhangig was. In deze conclusie verwijs ik daarom naar de bepalingen van het oude arbitragerecht, tenzij anders is aangegeven.

2.5 Bij Wet van 2 juli 1986, in werking getreden op 1 december 1986, is de wettelijke regeling van de arbitrage – die sinds 1838 nauwelijks gewijzigd was[9] – geheel vernieuwd.[10] Dit heeft geleid tot de toevoeging van een Vierde boek aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dit Vierde boek bestaat uit twee titels: 1. Arbitrage in Nederland (art. 1020-1073 Rv) en 2. Arbitrage buiten Nederland (art. 1074-1076 Rv). Op de onderhavige zaak is het bepaalde in de eerste titel - en daarmee het Nederlandse arbitragerecht - van toepassing, omdat de plaats van de arbitrage (Den Haag) in Nederland is gelegen (art. 1073 lid 1 Rv).

Vernietiging van een arbitraal vonnis

2.6 De vijfde afdeling van Titel 1 van Boek 4 Rv bevat een regeling voor de vernietiging en de herroeping van een arbitraal vonnis. De vernietiging is geregeld in de art. 1064-1067 Rv. Art. 1064 lid 1 Rv bepaalt, voor zover van belang, dat tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep slechts de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping open staan. Art. 1064 lid 2 Rv houdt in dat de vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij de rechtbank ter griffie waarvan het origineel van het vonnis volgens art. 1058 lid 1 Rv moet worden nedergelegd. Art. 1065 lid 1 Rv geeft onder a tot en met e een limitatieve opsomming van de vernietigingsgronden. Alle gronden tot vernietiging moeten, op straffe van verval van het recht daartoe, in de dagvaarding worden opgenomen (art. 1064 lid 5 Rv). De vordering tot vernietiging schorst de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis niet (art. 1066 lid 1). Wel kan een partij de rechter die omtrent de vernietiging oordeelt verzoeken de tenuitvoerlegging te schorsen totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist (art. 1066 lid 2 Rv). Art. 1067 Rv bepaalt tot slot dat de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Termijnen voor het instellen van de vordering tot vernietiging

2.7 Art. 1064 lid 3 Rv regelt binnen welke termijnen een partij de vordering tot vernietiging kan instellen. Art. 1064 lid 3 Rv luidt als volgt:

*Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Wordt echter het vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij betekend, dan kan die partij, ongeacht het verstreken zijn van de termijn van drie maanden, genoemd in de vorige zin, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen.*

Art. 1064 lid 3 Rv bevat dus twee vervaltermijnen voor het instellen van een vordering tot vernietiging, te weten:

(1) drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank; en

(2) drie maanden na de betekening van het vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij.

Totstandkomingsgeschiedenis van art. 1064 lid 3 Rv

2.8 Art. 1064 lid 3 Rv is bij Wet van 2 juli 1986 ingevoerd en hield een wijziging in ten opzichte van het vóór die tijd geldende arbitragerecht dat (slechts) bepaalde dat de vordering tot vernietiging ingesteld diende te worden binnen drie maanden na deponering van het arbitrale vonnis ter griffie (art. 650 lid 1 Rv (oud)). In het voorontwerp van het wetsvoorstel tot een hernieuwde vaststelling van regels omtrent arbitrage was opgenomen dat de vordering tot vernietiging kon worden ingesteld zodra het vonnis was gewezen, maar dat dit recht verviel twee maanden nadat het vonnis, voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij was betekend.[11] Dit systeem was ontleend aan de Franse arbitragewet uit 1981.[12] In het wetsvoorstel werd echter, in afwijking van het voorontwerp, gekozen voor de bepaling dat een vordering tot vernietiging kan worden ingesteld binnen drie maanden nadat het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen (art. 1064 lid 3 Rv).[13] Het vonnis krijgt gezag van gewijsde met ingang van de dag waarop het is gewezen (art. 1059 lid 1 Rv). Indien arbitraal beroep is overeengekomen, verkrijgt het in eerste aanleg gewezen vonnis gezag van gewijsde met ingang van de dag waarop de voor dit beroep geldende termijn ongebruikt is verstreken dan wel met ingang van de dag waarop in hoger beroep uitspraak is gedaan, indien en voor zover het vonnis in dat hoger beroep is bevestigd (art. 1059 lid 2 Rv).

2.9 De bepaling in het wetsvoorstel dat een vordering tot vernietiging kan worden ingesteld binnen drie maanden nadat het arbitraal vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen, stuitte op forse kritiek in de literatuur, in het bijzonder van Sanders[14] en Van den Berg.[15]

2.10 Zo schreef Sanders in zijn voorwoord bij de publicatie van het wetsvoorstel in een speciaal nummer van het Tijdschrift voor Arbitrage:[16]

"*Ik beschouw deze op het laatst aangebrachte wijziging niet als een verbetering vergeleken met het voordien geldende stelsel dat zowel in het vóórontwerp als in de Franse wet te vinden is. Volgens dit stelsel kan de vordering dadelijk nadat het vonnis is gewezen worden ingesteld, maar vervalt dit recht eerst 'twee maanden nadat het vonnis, voorzien van een exequatur aan de wederpartij is betekend'. De vervaltermijn begint dus eerst te lopen wanneer de winnende partij inderdaad tot executie wil overgaan.*

*Drie maanden na gezag van gewijsde (wetsontwerp) knoopt het verval van recht aan de datum die op het vonnis staat (hopelijk één enkele dagtekening). De vervaltermijn begint dus reeds te lopen voordat men het vonnis heeft ontvangen. Daartegenover laat het Franse stelsel, dat ook in het vóórontwerp stond, de vervaltermijn eerst beginnen op het moment dat het ernst wordt, de winnende partij tot executie wil overgaan en het vonnis – voorzien van exequatur – aan de wederpartij wordt betekend.*

*Dit heeft een aantal voordelen. Over de dag waarop de vervaltermijn begint te lopen kan in dat geval geen verschil van mening bestaan. Na ontvangst van het vonnis kunnen partijen, zonder dat dit ten koste van de vervaltermijn gaat, nog in alle rust met elkaar in overleg treden en bijv. een betalingsregeling treffen dan wel, tegen de achtergrond van een eventuele aantasting, tot een vergelijk komen. Kortom, er zijn een aantal voordelen verbonden aan wat ik het Franse stelsel zou willen noemen, vergeleken bij wat het ontwerp nu voorstelt. Dit voorstel zal de verliezende partij er veel eerder toe brengen om de vernietigingsactie in te stellen teneinde te voorkomen dat zij dit recht verliest, terwijl de teneur van het ontwerp juist is om vernietigingsacties zoveel mogelijk te beperken."*

Als voornaamste bezwaar tegen de voorgestelde bepaling dat de vordering tot vernietiging slechts kan worden ingesteld binnen drie maanden nadat het vonnis is gewezen, noemt Sanders dus dat onzekerheid kan ontstaan over het moment waarop deze termijn aanvangt. Bovendien

kan deze (onzekere) termijn de verliezende partij stimuleren een vordering tot vernietiging in te stellen, terwijl dit misschien nog niet nodig is omdat partijen nog met elkaar in overleg kunnen treden. Dit terwijl de teneur van het wetsvoorstel volgens Sanders nu juist is om (onnodige) vernietigingsacties zoveel mogelijk te beperken.

2.11 Van den Berg heeft in een artikel in het Tijdschrift voor Arbitrage eveneens een aantal bewaren geuit tegen het voorgestelde art. 1064 lid 3 Rv. Hij deelt de kritiek van Sanders dat de termijn van drie maanden nadat het vonnis is gewezen een onzekere termijn is. Verder wijst hij erop dat de vordering tot vernietiging het enige rechtsmiddel is tegen het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging (hierna ook wel 'exequatur' genoemd) (art. 1062 lid 4 Rv). Indien het verlof wordt verleend na de drie maanden nadat het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen, kan van dit rechtsmiddel geen gebruik meer worden gemaakt. Volgens Van den Berg klemt dit te meer indien het verlof in eerste aanleg is geweigerd, maar in hoger beroep alsnog wordt verleend ná de drie maanden nadat het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen. De verliezende partij zal zich tegen dit risico moeten indekken door voor het verstrijken van die drie maanden - voor alle zekerheid - een vordering tot vernietiging in te stellen. Van den Berg deelt dan ook de kritiek van Sanders dat het voorgestelde art. 1064 lid 3 Rv de verliezende partij er eerder toe zal brengen een vordering tot vernietiging in te stellen.[17]

2.12 Aan de andere kant merkt Van den Berg op dat er aan het Franse stelsel, waarin de afloop van de termijn afhankelijk is van de betekening van het vonnis, voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging, ook bezwaren kleven. Het kan namelijk zo zijn dat een winnende partij geen verlof tot tenuitvoerlegging nodig heeft, bijvoorbeeld omdat sprake is van een declaratoir vonnis of een afwijzing van de vordering van de andere partij. Indien de winnende partij niet in onzekerheid wil blijven bleven verkeren over de vraag of het vonnis onaantastbaar is, zal hij toch een verlof tot tenuitvoerlegging moeten vragen en het vonnis, voorzien van dat verlof, aan de verliezende partij moeten betekenen. Van den Berg vraagt zich af waarom de winnende partij zich die moeite en kosten op de hals zou moeten halen.

Van den Berg noemt als ander nadeel van het Franse stelsel dat betekening in een aantal landen een moeizame, tijdrovende en soms ook kostbare aangelegenheid is. In sommige landen is betekening van een buitenlands (Nederlands) arbitraal vonnis zelfs onmogelijk. Verder noemt Van den Berg het merkwaardig dat indien een winnende partij tenuitvoerlegging in een ander land wil zoeken, zij ook nog een verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland gaat vragen. Daarbij wijst hij erop dat het systeem van de 'dubbele exequatur' in het New Yorkse Arbitrage Verdrag (1958) juist is afgeschaft.[18]

2.13 Tot slot signaleert Van den Berg dat 'het probleem van het aanvullende vonnis' zowel in het Franse stelsel als in het voorgestelde art. 1064 lid 3 Rv niet wordt opgelost. Met dit probleem doelt hij op het geval waarin het aanvullend vonnis (op grond van art. 1065 lid 6 in samenhang met art. 1061 lid 1 Rv) pas na afloop van de drie maanden nadat het vonnis is gewezen, wordt gegeven. Voor deze situatie biedt art. 1064 lid 3 Rv geen oplossing. De vordering tot vernietiging kan dan niet meer worden ingesteld. Volgens Van den Berg is ook het Franse stelsel in dit geval niet sluitend indien op het oorspronkelijke vonnis direct na het wijzen van dat vonnis, een exequatur is verkregen. Verder merkt Van den Berg nog op dat ook bij de rectificatie (art. 1060 Rv) niet is uitgesloten dat de termijn voor vernietiging onder beide stelsels is verstreken op het moment waarop de rectificatie tot stand komt.[19]

2.14 Van den Berg komt in zijn artikel ook met een mogelijke oplossing voor de door hem gesignaleerde problemen:[20]

*"Bij een oplossing van het probleem van de termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging moet vooropstaan, dat omtrent de afloop van die termijn geen onzekerheid kan bestaan. Zoals gezegd, is deze onduidelijkheid het voornaamste bezwaar tegen het in art. 1064 lid 3 voorgestelde stelsel. Een oplossing voor dit aspect van het probleem kan zijn, de in het huidige art. 650 lid 1 Rv neergelegde regel*

*in de nieuwe wet te behouden: de termijn verloopt drie maanden nadat het vonnis ter griffie is gedeponeerd. Over de datum van het depôt, die op eenvoudige wijze is te verifiëren, zal niemand behoeven te twijfelen.*

*(…)*

*De oplossing van de datum van het depôt – dat in elk geval moet plaatsvinden – voor de bepaling van de termijn komt ook tegemoet aan een aantal andere hiervoor gesignaleerde problemen. Voor het aanvullend vonnis en de rectificatie eindigt de termijn van drie maanden nadat het aanvullend vonnis resp. de rectificatie is gedeponeerd. Voorts behoeft een winnende partij die geen exequatur wenst omdat zij dit niet nodig heeft of omdat zij in het buitenland wil executeren, geen exequatur te vragen en het vonnis voorzien van het exequatur aan de wederpartij te betekenen.*

*De datum van het depôt verschaft evenwel geen oplossing voor de situatie waarin een exequatur wordt verleend nadat de termijn van drie maanden na het depôt is verstreken. De verliezende partij zou dan de vordering tot vernietiging – die het enige rechtsmiddel tegen het verlenen van het exequatur is – niet meer kunnen instellen (art. 1062 lid 4). Voor dit geval kan het Franse stelsel worden gebruikt: de verliezende partij heeft de bevoegdheid de vordering tot vernietiging in te stellen binnen twee maanden nadat het vonnis voorzien van een exequatur aan haar is betekend. Op dit geval zijn de hierboven genoemde bezwaren tegen het Franse stelsel niet van toepassing, omdat de winnende partij een exequatur ter fine van een executie heeft verzocht.*

*De twee stelsels behoren onafhankelijk van elkaar te fungeren. Heeft de winnende partij geen exequatur nodig, dan verloopt de termijn drie maanden nadat het vonnis is gedeponeerd. Vraagt de winnende partij een exequatur, dan verloopt de termijn twee maanden nadat het vonnis voorzien van het exequatur aan de wederpartij is betekend. Indien beide termijnen aan elkaar gekoppeld zouden worden, bijv. door de drie maanden na het depôt als maximum termijn in alle gevallen te nemen, dan zou de winnende partij in de verleiding kunnen worden gebracht met het vragen van het exequatur te wachten tot de drie maanden termijn is verstreken om zodoende een vernietigingsactie te blokkeren. De bevoegdheid om een vernietigingssanctie in te stellen binnen de termijn van twee maanden van betekening van het vonnis voorzien van een exequatur, behoort daarom 'in elk geval', d.w.z. op welk moment dan ook het exequatur wordt verleend, te bestaan.*

*Tenslotte behoort vermeden te worden dat indien de termijn van drie maanden na het depôt ongebruikt is verstreken en de winnende partij geen exequatur heeft gevraagd, de verliezende partij alsnog de mogelijkheid heeft de termijn te verlengen. Zij zou dit kunnen doen door na afloop van de drie maanden een exequatur tegen zichzelf te vragen, Dus, slechts indien de winnende partij een exequatur vraagt en aan de wederpartij betekent, behoort die wederpartij de bevoegdheid tot het instellen van de vernietigingsactie te hebben."*

2.15 De kritiek van Sanders en Van den Berg heeft ertoe geleid dat het voorgestelde art. 1064 lid 3 Rv bij de nota van wijziging[21] is herzien. Daarbij is inhoudelijk gekozen voor het stelsel van Van den Berg, waarin sprake is van twee van elkaar onafhankelijke vervaltermijnen. In de memorie van antwoord is over deze keuze het volgende opgemerkt (mijn onderstreping):[22]

*"De leden van de C.D.A.-fractie concludeerden uit de binnengekomen reacties dat op zijn minst vier stelsels denkbaar zijn voor de termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging, te weten:*

*- het huidige systeem waarbij de vordering ingesteld dient te worden binnen drie maanden na deponering ter griffie;*

*- het in dit artikel voorgestelde systeem: drie maanden na de dag waarop het vonnis is gewezen;*

*- het zogenaamde Franse stelsel, waaraan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak kennelijk de voorkeur geeft, en*

*- een mengvorm, voorgesteld door Van den Berg, van deze systemen.*

*Waar in de memorie van toelichting een nadere uiteenzetting ontbreekt waarom in het voorstel van wet voor het daarin vervatte stelsel is gekozen, stelden deze leden een opsomming van de voor- en nadelen van de genoemde systemen op prijs.*

*De ondergetekende voldoet gaarne aan dit verzoek, zulks temeer daar, zoals uit de nota van wijziging*

*blijkt, bij nadere overweging inhoudelijk voor het stelsel Van den Berg wordt gekozen. Aan het in het voorstel van wet te dezen gekozen systeem kleven inderdaad bezwaren. Sanders wijst er in het bijzonder op dat de termijn van drie maanden nadat het vonnis is gewezen een onzekere termijn is, omdat het vonnis niet altijd een duidelijke datum bevat. Voor het vaststellen van de exacte datum waarop de bevoegdheid om de vordering in te stellen - drie maanden nadat het vonnis is gewezen - vervalt, vormt dit een groot bezwaar. Volgens hem is het Franse stelsel te prefereren volgens welk systeem de termijn vervalt twee maanden nadat het vonnis voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging is betekend aan de wederpartij.*

*Aan het stelsel van het voorstel van wet kleeft behalve de onzekerheid omtrent de termijn, nog een ander bezwaar. De vordering tot vernietiging is - naast request civiel - immers het enige rechtsmiddel tegen het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging (zie het vierde lid van artikel 1062). Indien een verlof wordt verleend na verloop van drie maanden nadat het vonnis is gewezen en gezag van gewijsde heeft verkregen, kan geen vernietiging meer worden gevraagd.*

*Deze bezwaren hebben de ondergetekende er toe gebracht, bij de nota van wijziging, het derde lid te herzien. Gehandhaafd is in een eerste zin van het gewijzigde derde lid, dat de vordering kan worden ingesteld zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen (d.w.z. in de praktijk: direct na ontvangst van het vonnis). De eindtermijn is echter nu duidelijk vastgelegd in een tweede zin van het gewijzigde derde lid: de termijn voor het instellen vervalt drie maanden na de dag der nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Deze datum is immers op eenvoudige wijze vast te stellen.*

*Daarnaast wordt in een derde zin van het gewijzigde derde lid de mogelijkheid geopend om de vernietiging te vorderen binnen drie maanden nadat het vonnis voorzien van het bevel tot tenuitvoerlegging aan de wederpartij is betekend. Deze aparte mogelijkheid bestaat «ongeacht het verstreken zijn van de termijn van drie maanden, genoemd in de vorige zin». Hiermede wordt tot uitdrukking gebracht dat de beide mogelijkheden niet van elkander afhankelijk zijn.*

*Ingevolge de tweede mogelijkheid kan de vordering tot vernietiging dus worden ingesteld na verloop van de termijn van drie maanden na de nederlegging van het vonnis ter griffie. Omgekeerd betekent deze gescheiden behandeling dat, indien bijvoorbeeld een vonnis voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging is betekend binnen een week na de nederlegging van het vonnis ter griffie, de termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging niet drie maanden na de betekening, doch drie maanden na de nederlegging ter griffie, vervalt.*

*De mogelijkheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging binnen twee maanden [23] na betekening van het vonnis voorzien van het bevel tot tenuitvoerlegging, behoort echter niet open te staan aan een partij die de termijn van drie maanden na de nederlegging van het vonnis ter griffie heeft laten verlopen en door een bevel tot tenuitvoerlegging tegen zichzelf te verkrijgen, zijn nalatigheid probeert te herstellen. Mitsdien is in de derde zin van het gewijzigde derde lid uitdrukkelijk de mogelijkheid slechts geboden aan «de wederpartij» aan wie het vonnis voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging is betekend. (…)"*

2.16 De reden voor (handhaving van) de eerste termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging, te weten drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank, is dus dat behoefte bestaat aan een duidelijke eindtermijn. De achterliggende gedachte is dat de datum van de deponering van het vonnis ter griffie eenvoudiger en eenduidiger is vast te stellen dan de datum waarop het arbitrale vonnis is gewezen, waarover onzekerheid kan bestaan. Wel kan vanaf het moment dat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen al een vordering tot vernietiging worden ingesteld. De eerste termijn kan dus langer dan drie maanden duren.

Het door Van den Berg gesignaleerde 'probleem van het aanvullende vonnis' is overigens opgelost door in art. 1065 lid 7 Rv te bepalen dat de termijn voor het instellen van de in art. 1065 lid 6 Rv bedoelde vordering tot vernietiging – in afwijking van het bepaalde in art. 1064 lid 3, tweede zin, Rv – vervalt drie maanden na de dag van nederlegging ter griffie van het aanvullend vonnis dan wel van het afschrift van de mededeling van afwijzing van het verzoek als bedoeld in art. 1061 lid 5 Rv.

2.17 Als reden voor opname van de tweede termijn wordt genoemd dat de vordering tot vernietiging (naast herroeping) het enige rechtsmiddel is tegen het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis. Art. 1062 lid 4 Rv bepaalt namelijk:

"*Verleent de voorzieningenrechter van de rechtbank het verlof tot tenuitvoerlegging, dan staan de wederpartij van de verzoeker slechts de rechtsmiddelen genoemd in artikel 1064, eerste lid, open. Vernietiging of herroeping van het arbitraal vonnis brengt van rechtswege die van het verlof tot tenuitvoerlegging met zich mede.*"

Dit rechtsmiddelenverbod van art. 1062 lid 4 Rv in verbinding met art. 1064 lid 1 Rv is in zoverre 'asymmetrisch' dat met betrekking tot het instellen van hoger beroep en beroep in cassatie verschil wordt gemaakt tussen afwijzende en toewijzende beschikkingen op verzoek tot het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging. De verzoeker kan bij *afwijzing* van het verzoek het rechtsmiddel van hoger beroep dan wel beroep in cassatie tegen de beschikking aanwenden, terwijl bij *toewijzing* van het verzoek – dus wanneer het verlof tot tenuitvoerlegging wordt verleend – aan de wederpartij de mogelijkheid tot het aanwenden van deze rechtsmiddelen wordt onthouden.[24] In dat geval staan de wederpartij slechts de buitengewone rechtsmiddelen vernietiging en herroeping ten dienste.

Indien het verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis pas na het verstrijken van de in art. 1064 lid 3 Rv als eerste genoemde termijn wordt verleend, zou de wederpartij – bij gebrek aan een tweede termijn – daartegen niet meer kunnen opkomen door een vordering tot vernietiging in te stellen. Blijkens de memorie van antwoord heeft men een dergelijke 'blokkade' willen voorkomen door in art. 1064 lid 3 Rv te bepalen dat een vordering tot vernietiging ook nog kan worden ingesteld binnen drie maanden na de betekening van het arbitrale vonnis voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging.

2.18 Tot slot volgt uit de hiervoor geciteerde passage uit memorie van antwoord dat de twee termijnen in art. 1064 lid 3 Rv niet van elkaar afhankelijk zijn en dat de tweede termijn slechts wordt geboden aan 'de wederpartij' aan wie het vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, is betekend. Een partij die de eerste termijn heeft laten verstrijken kan dus niet door een bevel tot tenuitvoerlegging tegen zichzelf te verkrijgen de tweede termijn doen aanvangen.

<u>Handhaving van de tweede termijn in het nieuwe art. 1064a lid 2 Rv</u>

2.19 Met ingang van 1 januari 2015 is art. 1064 lid 3 Rv vervangen door een nieuw art. 1064a lid 2 Rv. Daarin is de tweede termijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging (uiteindelijk) gehandhaafd. Het huidige art. 1064a lid 2 Rv luidt:

"*De bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging vervalt drie maanden na de dag van verzending van het vonnis. Indien de partijen zijn overeengekomen gebruik te maken van het in artikel 1058, eerste lid, onder b, bepaalde, vervalt deze bevoegdheid drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis. Wordt echter het vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij betekend, dan kan die partij, ongeacht het verstreken zijn van de termijn van drie maanden genoemd in de vorige zin, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen.*"

2.20 In het wetsvoorstel was de tweede termijn aanvankelijk niet opgenomen.[25] Bij nota van wijziging is de tweede termijn echter toch weer toegevoegd.[26] Over de keuze voor (handhaving van de) tweede termijn in art. 1064a lid 2 Rv vermeldt de nota van wijziging het volgende:[27]

*"In de huidige wetgeving is een tweede moment (naast het moment van deponering of verzending van het vonnis) opgenomen waarop een nieuwe termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging begint te lopen, namelijk na betekening van het verlof tot tenuitvoerlegging. Dit leidt ertoe*

*dat het instellen van een vordering tot vernietiging ook nog mogelijk is als er een verlof tot tenuitvoerlegging is verleend, oftewel wanneer het daadwerkelijk tot executie komt. Als reden voor het opnemen van deze tweede termijn werd destijds onder andere gegeven dat vernietiging, naast herroeping, het enige rechtsmiddel is tegen het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging (zie Kamerstukken II 1985/86, 18 464, nr. 6). Het wetsvoorstel breidt de rechtsmiddelen die kunnen worden ingesteld niet uit; artikel 1062, lid 3, bepaalt opnieuw dat tegen verlening van een verlof tot tenuitvoerlegging alleen vernietiging en herroeping openstaan. De argumenten van destijds gaan hierdoor nog steeds op. Om deze reden wordt artikel 1064, lid 2, Rv aangepast. De in artikel 1064, lid 3, laatste zin, van de huidige wet opgenomen regel wordt toegevoegd in artikel 1064, lid 2. Zo kan het niet gebeuren dat de termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging verloopt zonder dat de wederpartij hiervan op de hoogte is. Door deze tweede termijn wordt een extra bescherming ingebouwd voor de partij die wordt geconfronteerd met een verlof tot tenuitvoerlegging. Deze partij heeft namelijk niet de mogelijkheid om hoger beroep of beroep in cassatie in te stellen tegen de beschikking waarbij het verlof tot tenuitvoerlegging is verleend. Dit kan op grond van artikel 1062 e.v. Rv alleen tegen de beschikking tot weigering van een verlof tot tenuitvoerlegging. Door een extra termijn op te nemen in artikel 1064, lid 2, Rv heeft de wederpartij ook na de verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging, ook al is de elders geregelde termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis inmiddels verstreken, de mogelijkheid om een vordering tot vernietiging in te stellen. Hiermee kan de wederpartij indirect opkomen tegen de beschikking waarbij het verlof tot tenuitvoerlegging is verleend. Dit is in het belang van de «equality of arms» van partijen die artikel 6 EVRM beoogt te waarborgen."*

2.21 De tweede termijn is dus toch gehandhaafd omdat onder het huidige arbitragerecht nog steeds geldt dat vernietiging, naast herroeping, het enige rechtsmiddel is tegen het verlenen van een verlof tot tenuitvoerlegging. De tweede termijn strekt ertoe de wederpartij te beschermen tegen een verlof tot tenuitvoerlegging dat pas na het verstrijken van de eerder in art. 1064a lid 2 Rv genoemde driemaandentermijnen wordt verleend en maakt het voor de wederpartij mogelijk om met een vordering tot vernietiging (alsnog) indirect op te komen tegen de beschikking waarbij het verlof tot tenuitvoerlegging is verleend.[28] Hiermee wordt blijkens de parlementaire geschiedenis recht gedaan aan de *equality of arms,* zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM.

<u>De literatuur over de tweede vervaltermijn</u>

2.22 In de literatuur is over de tweede termijn in art. 1064 lid 3 Rv - en in het sinds 1 januari 2015 geldende art. 1064a lid 2 Rv - het volgende te lezen.

2.23 Sanders stelt dat de bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie vervalt (art. 1064 lid 3, tweede zin, Rv), maar dat deze bevoegdheid 'herleeft' wanneer het vonnis, voorzien van een exequatur, aan de wederpartij wordt betekend. In dat geval kan de wederpartij alsnog binnen drie maanden na die betekening de vordering tot vernietiging instellen (art. 1064 lid 3, derde zin, Rv).[29]

2.24 Snijders schrijft dat de rechtsvordering tot vernietiging twee vervaltermijnen kent: 1. drie maanden na griffiedepot van het arbitraal vonnis respectievelijk 2. drie maanden na betekening van het arbitraal vonnis met exequatur aan de verliezer. Over de strekking van de tweede termijn merkt hij op dat deze in een aantal gevallen verhindert dat de verliezer gedwongen wordt ten aanzien van een voor hem onaanvaardbaar[30] arbitraal vonnis een vordering tot vernietiging in te stellen, zonder dat er een aanwijzing bestaat dat de winnaar dat vonnis ten uitvoer zal leggen. Snijders waarschuwt de verliezende partij echter voor de situatie dat de tweede termijn nooit een aanvang zal nemen: [31]

"*Hoewel de wetgever de termijn aldus bepaald coulant voor verliezer heeft geregeld, hoede deze zich toch voor de tweede termijn. Laat hij de eerste termijn verlopen, dan maakt hij zich niet slechts (afgezien van verjaring of rechtsverwerking) tot in lengte van jaren afhankelijk van de winnaar van het arbitraal geding, maar bovendien bestaat de reële kans dat de tweede termijn nimmer zal intreden*

*omdat betekening voor de winnaar irrelevant is: die betekening heeft immers slechts zin voor een condemnatoir vonnis, niet voor een constitutief of declaratoir vonnis. (…) De verliezer van het arbitraal geding doet er dus goed aan, het arbitraal vonnis op zijn aard te analyseren en slechts bij een voor zover relevant condemnatoir vonnis het initiatief van de wederpartij af te wachten als hij althans dat geduld op kan brengen. (…)*"

2.25 Ook Stein schrijft dat de tweede termijn aanvangt op de dag waarop betekening van het vonnis plaatsvindt (art. 1064 lid 3 Rv). Hij wijst op de noodzaak van betekening voor het leggen van beslag, en merkt op dat de tweede termijn 'een passende maatregel' is om te voorkomen dat een arbitraal vonnis onaantastbaar is voordat betekening aan verweerder heeft plaatsgevonden.[32]

2.26 Van den Nieuwendijk stelt dat er onder het huidige arbitragerecht voor 'de termijn tot vernietiging' twee *aanvangsmomenten* zijn (mijn cursivering): (1) drie maanden na de dag van verzending van het vonnis (art. 1064a lid 2, eerste zin, Rv), of indien partijen depot zijn overeengekomen, drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis (art. 1064a lid 2, tweede zin, Rv) en (2) als het vonnis voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging aan de wederpartij wordt betekend, dan kan die partij ongeacht het verstreken zijn van de voorgaande termijn, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen (art. 1064a lid 2, derde zin, Rv).[33]

2.27 Ook Meijer schrijft dat de tweede termijn van art. 1064a lid 2 Rv (mijn onderstreping):[34]

*" (…) <u>begint te lopen</u> als het arbitraal vonnis, voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 1062, aan de wederpartij wordt betekend. Alsdan kan de wederpartij, ongeacht het verstreken zijn van de eerste termijn, alsnog binnen drie maanden na de betekening van het arbitraal vonnis (dit tezamen met het daarop verleende verlof tot tenuitvoerlegging), de vordering tot vernietiging instellen (art. 1064a lid 2, derde zin)."*

Meijer stelt verder - onder verwijzing naar rov. 5.2 van de beschikking van de Hoge Raad *Eco Swiss/Benetton*[35] - dat vernietiging slechts kan worden gevorderd, hetzij binnen de eerste termijn, hetzij binnen de tweede termijn.[36]

2.28 Tot slot is in Hugenholtz/Heemskerk het volgende te lezen (mijn onderstreping):[37]

*"De tweede termijn eindigt drie maanden na de betekening van het vonnis met het exequatur. <u>Die tweede termijn is echter alleen gegund aan de partij aan wie het vonnis wordt betekend. Wordt het vonnis in het geheel niet betekend, dan begint de tweede termijn niet te lopen, maar is ook geen tenuitvoerlegging mogelijk.</u> "*

2.29 De conclusie is dat in geen van de aangehaalde passages steun is te vinden voor de gedachte dat de tweede termijn op een ander moment kan beginnen te lopen dan op het moment van betekening van het arbitrale vonnis voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging. Ook zijn daarin geen aanknopingspunten om aan te nemen, zoals in het onderdeel wordt voorgesteld, 'dat aan de aanvang van de termijn niet strak de hand hoeft te worden gehouden' of dat het vasthouden aan dat aanvangsmoment van de termijn 'onnodig formalistisch' is.

<u>Jurisprudentie Hoge Raad</u>

2.30 In de onder 2.23 al genoemde tussenbeschikking van de Hoge Raad *Eco Swiss/Benetton*[38] ging het, voor zover hier van belang, om het volgende. Benetton en Eco Swiss hebben op 1 juli 1986 een licentie-overeenkomst gesloten voor een periode van acht jaar. In deze overeenkomst was bepaald dat geschillen zullen worden beslecht door arbitrage in overeenstemming met het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) en dat het arbitraal college Nederlands recht zal toepassen. Op 24 juni 1991 heeft Benetton de licentie-overeenkomst aan Eco Swiss opgezegd tegen 24 september 1991. Over deze opzegging is vervolgens een arbitrale procedure

gevoerd. In een als Partial Final Award (PFA) aangeduid vonnis van 4 februari 1993 hebben arbiters Benetton bevolen aan Eco Swiss de schade te vergoeden die zij hebben geleden als gevolg van de opzegging van de overeenkomst. Het PFA is op 4 februari 1993 gedeponeerd ter griffie van de rechtbank Den Haag. Vervolgens hebben arbiters bij een als Final Arbitral Award (FAA) aangeduid vonnis van 23 juni 1995 Benetton bevolen aan Eco Swiss (onder meer) een bedrag van US $ 23.750.000 te betalen wegens als gevolg van Benettons contractbreuk door Eco Swiss geleden schade. Het FAA is op 26 juni 1995 gedeponeerd ter griffie van de rechtbank Den Haag.

2.31 Benetton heeft op 14 juli 1995 Eco Swiss gedagvaard voor de rechtbank Den Haag en vernietiging van zowel het PFA als het FAA gevorderd, onder meer op de grond dat deze arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde, aangezien de litigieuze overeenkomst nietig is op grond van art. 85 van het (toenmalige) EG-Verdrag. Vervolgens heeft Benetton met een op 24 juli 1995 bij de griffie van de rechtbank binnengekomen verzoekschrift de rechtbank primair verzocht het FAA te schorsen en subsidiair om te bepalen dat Eco Swiss, alvorens tot executie over te gaan, zekerheid zal dienen te stellen. Benetton heeft aan deze verzoeken ten grondslag gelegd dat de door haar genoemde gronden tot vernietiging van het arbitrale vonnis zullen leiden, althans dat er naar objectieve maatstaven rekening mee moet worden gehouden dat deze gronden tot vernietiging van het vonnis zullen leiden, en dat zij er daarom belang bij heeft dat de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis wordt geschorst totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist.

2.32 De rechtbank heeft het primaire verzoek afgewezen en het subsidiaire verzoek toegewezen. Het hof heeft daarentegen het primaire verzoek tot schorsing, ten aanzien van een aantal posten van het dictum van het FAA, toegewezen en de toewijzing van het subsidiaire verzoek tot zekerheidstelling vernietigd. Het hof heeft aan de (beperkte) toewijzing van het primaire verzoek tot schorsing onder meer ten grondslag gelegd dat het PFA een (deel)eindvonnis is. Aangezien Benetton haar vordering tot vernietiging niet heeft ingesteld binnen drie maanden nadat dit vonnis ter griffie van de rechtbank was nedergelegd, is Benetton in haar vordering tot vernietiging van dit vonnis niet ontvankelijk. Als gevolg daarvan is een toetsing van het PFA aan art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, in de schorsingsprocedure niet aan de orde. Dit geldt volgens het hof ook voor het in het dictum van het PFA opgenomen bevel aan Benetton om aan Eco Swiss de schade te vergoeden, die zij hebben geleden als gevolg van de opzegging door Benetton van de litigieuze overeenkomst.

2.33 Het incidentele cassatieberoep van Benetton bevat de klacht dat het hof met dit oordeel heeft miskend dat het in de toetsing van het PFA, althans van het FAA, niet beperkt is, aangezien nog geen betekening van het PFA heeft plaatsgevonden en de in art. 1064 lid 3 Rv bedoelde termijn van drie maanden na deze betekening (nog) niet is verstreken. De Hoge Raad overweegt in rov. 5.2 (slotalinea) dat deze klacht faalt:

*"(…) Deze klacht faalt, omdat zij eraan voorbijziet dat blijkens art. 1059 een arbitraal eindvonnis met ingang van de dag waarop het is gewezen, gezag van gewijsde heeft en dat het vonnis dit behoudt zolang het niet is vernietigd, terwijl vernietiging slechts gevorderd kan worden hetzij binnen drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank, hetzij binnen drie maanden na betekening. "*

Ook de Hoge Raad lijkt er hier derhalve vanuit te gaan dat de tweede termijn niet kan gaan lopen vóórdat betekening heeft plaatsgevonden.

2.34 In zijn *NJ*-noot onder de beschikking merkt Snijders op dat een (gedeeltelijk) eindvonnis, gelet op de dubbele vernietigingstermijn in art. 1064 lid 3 Rv, bij wijze van spreken twee keer onherroepelijk wordt. Daarbij dient volgens hem wel te worden bedacht dat het rechtsmiddel van vernietiging een buitengewoon rechtsmiddel is dat naar zijn aard het in beginsel onherroepelijke karakter van een bestreden uitspraak kan doorbreken.[39]

2.35 De *Eco Swiss/Benetton*-uitspraak was, zoals gezegd, een tussenbeschikking. Bij deze beschikking heeft de Hoge Raad (onder 8) een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG). Eén van die vragen had betrekking op de regel van Nederlands procesrecht dat, wanneer arbiters in een tussenvonnis dat in zoverre het karakter van eindvonnis draagt, een eind hebben gemaakt aan een deel van het geschil tussen partijen, dit vonnis in zoverre gezag van gewijsde krijgt, en dat, wanneer van dit tussenvonnis niet tijdig de vernietiging is gevorderd, de mogelijkheid om van een op het tussenvonnis voortbouwend, later arbitraal vonnis de vernietiging te vorderen, wordt beperkt door dat gezag van gewijsde. De betreffende prejudiciële vraag luidde of op grond van het gemeenschapsrecht deze regel buiten toepassing moet worden gelaten indien dit nodig is om in de vernietigingsprocedure, gericht tegen het latere arbitrale vonnis, te kunnen onderzoeken of een overeenkomst, waarvan in het arbitrale tussenvonnis met gezag van gewijsde is beslist dat zij rechtsgeldig is, wellicht toch nietig is wegens strijd met art. 85 EG-Verdrag (vraag 4). Althans of in een dergelijk geval buiten toepassing moet blijven de regel dat van het arbitrale tussenvonnis, voor zover dit het karakter van eindvonnis draagt, niet tegelijk met het latere arbitrale vonnis de vernietiging kan worden gevorderd (vraag 5). Het HvJ EG beantwoordde deze vragen ontkennend. Volgens het HvJ EG dwingt het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet deze procesrechtelijke regels buiten toepassing te laten.[40] De Hoge Raad heeft op 25 februari 2000, met in achtneming van de uitspraak van het HvJ EG, einduitspraak gedaan.[41]

## 3 Bespreking van de cassatieklachten

3.1 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof – in algemene zin – heeft miskend dat een vordering tot vernietiging, gelet op de ratio van art. 1064 lid 3 Rv, ook al *voorafgaand* aan de betekening van het arbitraal vonnis, voorzien van het verlof tot tenuitvoerlegging, kan worden ingesteld indien voldoende duidelijk is dat het arbitrale vonnis daadwerkelijk ten uitvoer zal worden gelegd.

3.2 Deze klacht dient te falen. De *tekst* van art. 1064 lid 3 Rv is duidelijk en luidt dat de vordering tot vernietiging, ongeacht het verstreken zijn van de eerste termijn, alsnog binnen drie maanden na de betekening van het arbitraal vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, kan worden ingesteld. Op grond van de wettekst begint de tweede vervaltermijn dus pas *na de betekening* te lopen.

3.3 Het aanvangsmoment van de tweede termijn is overigens niet alleen in de wettekst, maar ook in de parlementaire geschiedenis expliciet gekoppeld aan de betekening van het arbitrale vonnis aan de wederpartij. Zo vermeldt de memorie van antwoord (mijn onderstreping):

*"Daarnaast wordt in een derde zin van het gewijzigde derde lid de mogelijkheid geopend om de vernietiging te vorderen binnen drie maanden nadat het vonnis voorzien van het bevel tot tenuitvoerlegging aan de wederpartij is betekend ."*

Verder is in de nota van wijziging bij het huidige art. 1064a lid 2 Rv over de tot 1 januari 2015 geldende regeling opgemerkt (mijn onderstreping):

*"In de huidige wetgeving is een tweede moment (naast het moment van deponering of verzending van het vonnis) opgenomen waarop een nieuwe termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging begint te lopen, namelijk na betekening van het verlof tot tenuitvoerlegging. "*

3.4 Blijkens de memorie van antwoord, gelezen in samenhang met het artikel van Van den Berg in het Tijdschrift voor Arbitrage, is de ratio van de tweede termijn onder meer het voorkomen van een 'blokkade' van het rechtsmiddel vernietiging tegen een verlof tot tenuitvoerlegging dat na het

verstrijken van de eerste vervaltermijn is verleend. Gelet op de strekking van de tweede termijn, is het dan ook niet logisch dat de tweede termijn al een aanvang zou kunnen nemen voordat er een rechterlijke uitspraak is waarbij verlof tot tenuitvoerlegging is verleend. Hoewel beargumenteerd zou kunnen worden dat het indienen van een verzoek tot verlof en/of het aanhangig zijn van een procedure tot tenuitvoerlegging een eerste stap is richting executie van het arbitrale vonnis, bestaat op dat moment nog geen zekerheid dat het verlof zal worden verleend en daadwerkelijk executie zal plaatsvinden.

3.5 In de parlementaire geschiedenis is niet nader toegelicht waarom de aanvang van de tweede termijn is gekoppeld aan *de betekening* van het arbitrale vonnis met het exequatur. Waarschijnlijk is, zoals Stein ook signaleert (zie onder 2.25), dat aansluiting is gezocht bij het bepaalde in art. 430 lid 3 Rv, dat bepaalt dat grossen van in Nederland gewezen vonnissen, (…) alsmede van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken niet in Nederland ten uitvoer kunnen worden gelegd dan na betekening aan de partij tegen wie de executie zich zal richten. Tenuitvoerlegging in Nederland is dus pas mogelijk na betekening van de executoriale titel aan degene die daaraan moet voldoen, en tegen wie de executie zich richt. De gedachte is dan kennelijk geweest dat (pas) de betekening van het arbitrale vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij erop duidt dat een partij het arbitrale vonnis daadwerkelijk (in Nederland) wil gaan executeren. Dit rechtvaardigt dan de aanvang van de tweede termijn in art. 1064 lid 3 Rv voor het instellen van de vordering tot vernietiging.

3.6 Bij het voorgaande rijst wel de vraag in hoeverre bij de totstandkoming van art. 1064 lid 3 Rv onder ogen is gezien dat bij internationale arbitrages de tenuitvoerlegging van het vonnis vaak niet in Nederland, maar in het buitenland zal plaatsvinden waar mogelijk andere vereisten voor de tenuitvoerlegging gelden. In de literatuur wordt er vanuit gegaan dat ook de betekening van een *buitenlands* (in dit geval Turks) verlof tot tenuitvoerlegging van een Nederlands arbitraal vonnis[42] voor de toepassing van art. 1064 lid 3 Rv of art. 1064a lid 2 Rv in aanmerking komt.[43] Hierbij wordt geen uitzondering aangenomen op het vereiste dat dit buitenlandse verlof dan tezamen met het Nederlandse arbitraal vonnis aan de wederpartij dient te worden betekend (op een wijze vergelijkbaar aan de Nederlandse wijze van betekening) om de tweede termijn in art. 1064 lid 3 Rv of 1064a lid 2 Rv te doen aanvangen. In dit verband is voor de onderhavige zaak van belang dat het hof in rov. 5.2, in cassatie onbestreden, heeft overwogen dat ook in Turkije een met de Nederlandse betekening vergelijkbare wijze van kennis geven van het arbitraal vonnis mogelijk is. In de onderhavige zaak doet zich derhalve niet voor dat betekening van het arbitrale vonnis met het Turkse exequatur niet mogelijk is.[44] Daarmee kan onbesproken blijven hoe tegen de onderhavige kwestie moet worden aangekeken – meer specifiek: of het handhaven van de eis van de betekening onredelijk zou zijn[45] – indien betekening van het vonnis met exequatur níet mogelijk is.

3.7 Noch de tekst noch de ratio van art. 1064 lid 3 Rv bieden naar mijn mening ruimte voor de door het subonderdeel bepleite maatstaf dat een vordering tot vernietiging ook al vóór de betekening van het arbitraal vonnis en het verlof tot tenuitvoerlegging kan worden ingesteld indien voldoende duidelijk is dat de het genoemde vonnis daadwerkelijk ten uitvoer zal worden gelegd. In de literatuur is evenmin steun te vinden voor deze opvatting en wordt de betekening juist uitdrukkelijk genoemd als aanvangsmoment van de tweede termijn. Tot slot lijkt ook de Hoge Raad van een duidelijk afgebakend aanvangsmoment van de tweede termijn uit te gaan, gelet op zijn overweging in het arrest *Eco Swiss/Benetton* dat vernietiging slechts gevorderd kan worden "*(…), hetzij binnen drie maanden na betekening*".

3.8 Een ander bezwaar tegen de door het subonderdeel bepleite maatstaf is dat deze subjectief van aard is.[46] De maatstaf roept immers de vraag op wanneer voor partijen *voldoende duidelijk* is dat een arbitraal vonnis daadwerkelijk ten uitvoer zal worden gelegd. Is dat op het moment dat de 'winnende' partij de Nederlandse of een buitenlandse rechter om verlof tot tenuitvoerlegging verzoekt? Of pas wanneer dit verlof door een rechter is verleend? En wat gebeurt er als de partij die het verlof heeft verkregen vervolgens blijft stilzitten en niet daadwerkelijk overgaat tot

executie? Een effectief functionerende arbitrale rechtspleging is juist gebaat bij rechtszekerheid. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook dat steeds getracht is onzekerheid over aanvang – en dus einde – van de termijn te minimaliseren. Discussies over het aanvangsmoment van de tweede termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging moeten dan ook zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. De winnende partij moet – na het verstrijken van de eerste termijn – erop kunnen vertrouwen dat de arbitrale uitspraak onaantastbaar is, zolang hij zelf niet in actie komt door de uitspraak, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij te betekenen. De bepleite subjectieve maatstaf past ook niet goed bij de aard van een vervaltermijn en de door de overheidsrechter – ambtshalve – toe te passen ontvankelijkheidstoets.

3.9 Bij het voorgaande dient bedacht te worden dat de tweede termijn in art. 1064 lid 3 Rv vooral bedoeld is om de verliezende partij die zich pas na het verstrijken van de eerste termijn geconfronteerd ziet met een verleend verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis, te beschermen. Zoals Snijders opmerkte (zie onder 2.24), neemt dit niet weg dat aan het (al dan niet bewust) laten verstrijken van de eerste termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging risico's zijn verbonden. Eén van die risico's is dat de verliezende partij bij het uitblijven van een betekening van het arbitraal vonnis door de winnende partij (voorlopig) geen vordering tot vernietiging meer zal kunnen instellen. Indien de verliezende partij daarop niet wil wachten dan wel hoe dan ook vernietiging wil vorderen, dient zij dat dus binnen de eerste vervaltermijn van art. 1064 lid 3 Rv te doen. In de onderhavige zaak staat, zoals gezegd, niet ter discussie dat Bursa deze eerste termijn ongebruikt heeft laten verstrijken.

3.10 Ten slotte is ook het in subonderdeel 1.1 genoemde argument dat het de proceseconomie niet ten goede komt om een partij niet-ontvankelijk te verklaren en vervolgens dezelfde vordering tot vernietiging nogmaals te laten instellen, onvoldoende om de partij die de vordering tot vernietiging prematuur heeft ingesteld toch ontvankelijk te verklaren indien 'voldoende duidelijk' is dat executie van het arbitrale vonnis zal plaatsvinden.

3.11 Subonderdeel 1.2 klaagt dat het hof althans heeft miskend dat het betoog in subonderdeel 1.1 in ieder geval geldt in het onderhavige geval, waarin Güriş op het moment van het instellen van de vordering tot vernietiging al een procedure bij de Turkse rechter aanhangig had gemaakt om verlof tot tenuitvoerlegging te verkrijgen en, naar het hof heeft vastgesteld, Güriş het arbitrale vonnis later ook daadwerkelijk heeft betekend op het moment dat (de verzetprocedure in het kader van) de vernietigingsvordering van Bursa nog door de rechtbank werd behandeld en daarin nog een zitting zou gaan plaatsvinden.[47] Daarbij komt, aldus de klacht, dat Güriş tijdens de procedure bij de rechtbank – toen de drie maanden termijn na betekening verstreek – ook geen beroep heeft gedaan op niet-ontvankelijkheid.

3.12 Bij de beoordeling van het subonderdeel kan worden uitgegaan van de volgende data:

11 juli 2011 arbitraal vonnis.

3 oktober 2011 deponering van het arbitraal vonnis bij de griffie van de rechtbank Den Haag.

6 juni 2012 de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag verleent verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis. Dit verlof is niet aan Bursa betekend.

20 juni 2012 Güriş start in Turkije een procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis.

19 september 2012 Bursa vordert bij inleidende dagvaarding vernietiging van het arbitraal vonnis.

29 mei 2013 de rechtbank Den Haag wijst de vordering tot vernietiging bij verstek toe.

30 mei 2013 de Turkse rechter verleent het door Güriş verzochte verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis.

23 oktober 2013 het Turkse vonnis wordt aan Bursa betekend.

12 februari 2014 de rechtbank Den Haag wijst de gevorderde vernietiging van het arbitraal vonnis

af.

Op het moment dat Bursa bij dagvaarding van 19 september 2012 de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis instelde, was bij de Turkse rechter dus een procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis aanhangig. Bij vonnis van 30 mei 2013 heeft de Turkse rechter het gevorderde toegewezen. Dit vonnis is op 23 oktober 2013 aan Bursa betekend. Op het moment dat de vordering tot vernietiging werd ingesteld, was dus niet voldaan aan het vereiste van art. 1064 lid 3 Rv dat het arbitraal vonnis, voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging, door Güriş aan Bursa was betekend.

3.13 Anders dan subonderdeel 1.2 veronderstelt, heeft Güriş in haar verzetdagvaarding van 2 augustus 2013 (punten 9-11) wel een ontvankelijkheidsverweer gevoerd. Punt 11 luidt (mijn onderstreping):

"*Hoewel er na verloop van de eerste termijn alsnog binnen een tweede termijn een vordering tot vernietiging kan worden ingesteld, heeft Bursa niet gesteld dat deze tweede termijn een aanvang heeft genomen en dat zij de dagvaarding in de onderhavige zaak binnen deze termijn heeft betekend. In haar dagvaarding maakt Bursa zelfs in het geheel geen melding van de omstandigheid dat Güriş c.s. de executie zou hebben aangevangen door het Arbitrale Vonnis voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging aan Bursa te betekenen. Evenmin heeft Bursa daarvan bewijsmiddelen overgelegd. Dat betekent dat moet worden geconcludeerd dat Bursa de vordering tot vernietiging ook buiten de termijn van art. 1064, lid 3 Rv heeft ingesteld, zodat zij in haar vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, althans haar vordering tot vernietiging moet worden afgewezen.*"

3.14 De rechtbank heeft dit ontvankelijkheidsverweer van Güriş verworpen. Daartoe heeft de rechtbank in rov. 4.2 van haar vonnis van 12 februari 2014 overwogen, voor zover van belang, dat door Güriş, mede gelet op het mondeling verweer van Bursa, onvoldoende is gesteld dat ook de tweede vervaltermijn van art. 1064 lid 3 Rv *al is verstreken.* Onvoldoende gesteld of gebleken zou volgens de rechtbank namelijk zijn dat en wanneer Güriş een door een Nederlandse en/of Turkse rechter verleend verlof tot tenuitvoerlegging met het arbitrale vonnis geldig aan Bursa heeft doen betekenen. In hoger beroep heeft Güriş haar ontvankelijkheidsverweer herhaald.[48] Het hof heeft dit verweer gehonoreerd en geoordeeld dat inderdaad niet is gebleken dat de tweede vervaltermijn binnen drie maanden vóór het instellen van de vordering tot vernietiging is gaan lopen.

3.15 Als er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat tijdens de procedure bij de rechtbank, namelijk op 23 oktober 2013, de tweede vervaltermijn (alsnog) een aanvang heeft genomen,[49] dan nog had dit het hof niet tot een ander oordeel moeten leiden over de ontvankelijkheid. Feit blijft immers dat de vernietigingsvordering was ingesteld vóórdat de tweede vervaltermijn een aanvang had genomen. Bursa had desgewenst alsnog binnen drie maanden na 23 oktober 2013, toen de tweede termijn wél een aanvang had genomen, opnieuw een vordering tot vernietiging kunnen instellen, die dan wel tijdig zou zijn gedaan. In dit verband is nog op te merken dat zich niet voordoet dat Bursa door het andersluidende vonnis van de rechtbank 'op het verkeerde been' zou zijn gezet; op het moment dat vonnis werd gewezen (12 februari 2014) was de termijn van drie maanden na betekening van het arbitrale vonnis met exequatur reeds verstreken.

3.16 Subonderdeel 1.3 klaagt dat het hof in rov. 5.2 heeft miskend dat indien het ambtshalve dient vast te stellen of Bursa ontvankelijk is in haar vordering, partijen in dat verband niets behoeven te stellen en/of bewijzen, maar dat het hof ambtshalve dient te onderzoeken of de in art. 1064 lid 3 Rv bedoelde termijn van drie maanden is gaan lopen, al dan niet nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich uit te laten over de vragen die het hof in dat kader heeft of om gegevens te verstrekken waarom het hof heeft gevraagd teneinde tot een beslissing te kunnen komen. Althans dat het hof partijen in de gelegenheid had moeten stellen hun standpunt in dit verband te onderbouwen en waar nodig bewijs aan te dragen.

3.17 Blijkens rov. 5.2 heeft het hof partijen – in het kader van de ambtshalve uit te voeren ontvankelijkheidstoets – tijdens de pleidooizitting in hoger beroep in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over de vraag of de tweede termijn in art. 1064 lid 3 Rv op het moment van de inleidende dagvaarding (19 september 2012) was aangevangen. Uit het proces-verbaal

van die zitting blijkt dat mr. Tubbergen namens Bursa heeft aangevoerd dat de tweede termijn aanvangt bij de betekening van het arbitrale vonnis met exequatur aan de wederpartij. In dat kader heeft hij gesteld dat de eerste officiële betekening een op 9 juli 2012 door Bursa ontvangen oproep is geweest om ter erkenning van het arbitrale vonnis voor de Turkse rechter te verschijnen. Dit is volgens de Bursa de reden dat zij Güriş in september heeft gedagvaard. Mr. Tubbergen heeft namens Bursa verder aangevoerd dat betekening in Turkije vanuit de rechtbank plaatsvindt en dat dit gebeurt door middel van verzending van een formele brief aan de wederpartij, in dit geval Bursa. Mr. Tubbergen heeft daarbij aangegeven over de oproepingsbrief van de Turkse rechtbank te beschikken met daarbij de arbitrale uitspraak en het Nederlandse exequatur. Dit levert volgens hem een betekening op.[50]

Mr. Drok heeft namens Güriş betwist dat het arbitrale vonnis aan Bursa is betekend en is voorzien van een Nederlands verlof tot tenuitvoerlegging in Turkije. Daarnaast is namens Güriş betwist dat een oproep van de Turkse rechtbank kwalificeert als een betekening. Voorts is door Güriş betwist dat bij die oproep het arbitrale vonnis en het Nederlandse verlof tot tenuitvoerlegging zat.[51]

3.18 Het hof heeft zich op grond van het verhandelde ter zitting kennelijk voldoende voorgelicht geacht om tot het oordeel te komen dat de tweede in art. 1064 lid 3 Rv genoemde termijn nog niet was gaan lopen op het moment waarop Bursa haar vordering tot vernietiging instelde. Daartoe acht het hof redengevend dat:

- Een oproep door de Turkse rechtbank niet als betekening in de zin van art. 1064 lid 3 Rv kan gelden, aangezien deze oproep niet van de wederpartij afkomstig is en een derde het niet in zijn macht behoort te hebben om de termijn te doen aanvangen; en
- Indien een oproep door een gerechtelijke instantie wel met een betekening kan worden vergeleken, heeft Bursa onvoldoende aannemelijk gemaakt dat bij de oproep, gesteld dat deze heeft plaatsgevonden, het arbitraal vonnis en een verlof tot tenuitvoerlegging was gevoerd. Bursa heeft daarvoor geen bewijsmiddelen aangedragen en ook geen bewijs aangeboden.

Beide overwegingen kunnen 's hofs oordeel zelfstandig dragen. Nu subonderdeel 1.3 zich slechts tegen de hiervoor onder (2) weergegeven overweging van het hof richt, kan het subonderdeel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.19 Overigens blijkt ook niet dat van de zijde van Bursa (ter zitting in hoger beroep) is aangevoerd dat zij nadere stukken in het geding wenste te brengen dan wel nader onderzoek wenste te doen naar het bestaan van bepaalde stukken in verband met de aanvang van de tweede termijn. Ook blijkt niet dat Bursa toen anderszins heeft aangegeven dat zij haar stellingen op dit punt nader wenst toe te lichten of te onderbouwen. Er was dan ook geen enkele aanleiding voor het hof om nader onderzoek te doen (dat wil zeggen: om Bursa in de gelegenheid te stellen op dit punt nadere informatie aan te dragen) naar de mogelijke aanvang van de tweede vernietigingstermijn. Het onderdeel maakt ook niet duidelijk welke informatie dan boven tafel had kunnen komen.

3.20 Subonderdeel 1.4 bouwt voort op de subonderdelen 1.1 en 1.2 met de klacht dat het hof de zaak inhoudelijk had moeten behandelen. Ook deze klacht faalt.

*Onderdeel 2*

3.21 Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 8.3-8.8, waarin het hof inhoudelijk heeft beoordeeld of het arbitraal vonnis vernietigd moet worden wegens strijd met de openbare orde op de grond dat door de Güriş voorgedragen arbiter Dayinlarli niet onpartijdig en onafhankelijk is geweest (art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv). Het hof heeft deze vraag - evenals de rechtbank (rov. 4.4-4.9) - ontkennend beantwoord. Dit inhoudelijke oordeel is blijkens rov. 6 *ten overvloede* gegeven. Ervan

uitgaande dat het hof terecht heeft geoordeeld dat Bursa niet-ontvankelijk is in haar vordering tot vernietiging (zie onderdeel 1), faalt onderdeel 2 dus bij gebrek aan belang. De bespreking van het onderdeel is dus ook ten overvloede.

Juridisch kader

3.22 Art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv bepaalt dat vernietiging van een arbitraal vonnis kan plaatsvinden op de grond dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden.[52] Van vernietiging wegens strijd met de openbare orde kan onder meer sprake zijn indien sprake is van een schending van fundamentele beginselen van procesrecht, zoals het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.[53] Dit fundamentele beginsel wordt ook gewaarborgd door art. 6 lid 1 EVRM.

3.23 In vernietigingsprocedures geldt op grond van rechtspraak van de Hoge Raad als algemeen uitgangspunt dat de overheidsrechter zich terughoudend dient op te stellen bij het onderzoek of een grond tot vernietiging bestaat, omdat een vernietigingsgrond niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep van een arbitraal vonnis en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.[54] Specifiek met betrekking tot art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv heeft de Hoge Raad overwogen dat dit artikel naar zijn aard met terughoudendheid dient te worden toegepast.[55] Voor een terughoudende toepassing van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv is volgens de Hoge Raad echter geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor.[56]

3.24 Verder is van belang dat de Hoge Raad in het *Nordström/Nigoco*-arrest heeft overwogen dat, mede gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging, bij de beantwoording van de vraag of het arbitraal vonnis vernietigbaar is wegens strijd met de openbare orde een strengere maatstaf moet worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschoning. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van een arbiter is volgens de Hoge Raad alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat (1) hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, (2) hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.[57]

3.25 Het *Nordström/Nigoco*-arrest kreeg nog een vervolg naar aanleiding van een klacht van Nordström c.s. tegen Nederland bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM). De klacht hield in dat hun recht op een eerlijke behandeling zoals gegarandeerd door art. 6 lid 1 EVRM was geschonden, omdat de nationale rechters een arbitraal vonnis hadden bevestigd dat gewezen was door drie arbiters, waarvan er volgens Nordström c.s. één niet onafhankelijk en onpartijdig was. De ECRM verklaarde de klacht kennelijk ongegrond en niet-ontvankelijk. Daartoe overwoog de ECRM onder meer dat een arbitraal vonnis niet noodzakelijkerwijs vernietigd moet worden omdat partijen niet alle garanties van art. 6 EVRM hebben genoten en dat elke verdragsstaat in beginsel zelf mag bepalen op welke gronden een arbitrale uitspraak moet worden vernietigd. De hiervoor vermelde strenge maatstaf uit *Nordström/Nigoco*-arrest van de Hoge Raad acht de ECRM redelijk, omdat de vernietiging van een arbitraal vonnis vaak zal betekenen dat een lange en kostbare arbitrale procedure nutteloos blijkt te zijn geweest en veel werk en kosten zullen moeten worden geïnvesteerd in nieuwe procedures. Volledigheidshalve geef ik de relevante overwegingen van het ECRM hieronder geciteerd weer (mijn onderstreping):[58]

"*The Commission observes that the grounds on which arbitral awards may be challenged before*

*national courts differ among the Contracting States and considers that it cannot be required under the Convention that national courts must ensure that arbitral proceedings have been in conformity with Article 6 of the Convention. In some respects — in particular as regards publicity — it is clear that arbitral proceedings are often not even intended to be in conformity with Article 6, and the arbitration agreement entails a renunciation of the full application of that Article. The Commission therefore considers that an arbitral award does not necessarily have to be quashed because the parties have not enjoyed all the guarantees of Article 6, but each Contracting State may in principle decide itself on which grounds an arbitral award should be quashed.*

*Under Dutch law an arbitral award may be quashed on, inter alia, grounds of public order interests. In the present case the applicants have challenged the arbitral award on these grounds before the Dutch courts, stating that there were ascertainable facts which showed that one of the arbitrators gave the appearance of lacking independence and impartiality. The Supreme Court, however, decided that an arbitral award could only be quashed as being contrary to public order interests if either facts and circumstances had been revealed on the ground of which it had to be assumed that the arbitrator had in fact not been independent or impartial, or the doubts as regards his independence or impartiality were so grave that the disadvantaged party could not be required to accept the arbitral award. Since the circumstances were not such in the present case, the Supreme Court rejected the applicant's appeal in cassation.*

*In view of this interpretation by the Supreme Court of what could be considered to be contrary to public order interests, the Commission observes that the applicant's argument that the mere appearance of a lack of independence or impartiality should lead to a quashing of the arbitral award has no basis in Dutch law. It considers that Article 6 para. 1 of the Convention does not require the Dutch courts to apply a different criterion in determining whether or not to quash an arbitral award. It finds it reasonable that in this respect Dutch law requires strong reasons for quashing an already rendered award, since the quashing will often mean that a long and costly arbitral procedure will become useless and that considerable work and expense must be invested in new proceedings.*"

3.26 Voor de vernietiging van een arbitraal vonnis in verband met het niet onpartijdig of niet onafhankelijk zijn van een arbiter geldt naar Nederlands recht dus een strengere maatstaf dan voor wraking van de arbiter. In dit verband is van belang dat art. 1033 lid 1 Rv bepaalt dat een arbiter kan worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Op grond van art. 1034 lid 1 Rv dient een als arbiter aangezochte persoon die het vermoeden heeft dat hij zou kunnen worden gewraakt daarvan schriftelijk mededeling doet aan degene die hem heeft aangezocht, onder vermelding van de vermoedelijke redenen tot wraking (lid 1). De strekking van deze bepaling is zoveel mogelijk te voorkomen dat een arbiter wordt gewraakt. Ingeval aan degene die de arbiter heeft aangezocht de in lid 1 bedoelde mededeling wordt gedaan en die partij de arbiter ondanks de gedane mededeling toch benoemt, zal die partij zijn recht op wraking op grond van de door de arbiter medegedeelde redenen hebben verwerkt.[59] Art. 1034 lid 2 Rv bepaalt dat een tot arbiter benoemde persoon de in lid 1 bedoelde mededeling doet aan de partijen zodra zijn benoeming heeft plaatsgevonden, tenzij zij deze mededeling reeds hebben ontvangen (lid 2). Per 1 januari 2015 is aan art. 1034 Rv nog een derde lid toegevoegd, waarin is bepaald dat een arbiter die hangende het arbitraal geding het vermoeden krijgt dat hij zou kunnen worden gewraakt, daarvan onder vermelding van de vermoedelijke redenen tot wraking schriftelijk mededeling doet aan de partijen en, indien het scheidsgerecht uit meer arbiters bestaat, aan de mede-arbiters. De regeling in art. 1034 Rv wordt ook wel de '*disclosureverplichting*' genoemd. Ook de ICC Rules of Arbitration bevatten een verplichting tot disclosure.[60]

3.27 De *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (hierna: IBA-Guidelines) gaan nader in op de redenen voor 'disclosure'.[61] Volgens de IBA-Guidelines is het doel van disclosure om partijen te informeren over feiten en omstandigheden die zij mogelijk verder zouden willen onderzoeken om te bepalen of er objectief gerechtvaardigde twijfel bestaat aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de arbiter. Indien een partij na disclosure tot de conclusie komt dat geen gerechtvaardigde twijfel bestaat, dan kan de arbiter de zaak in beginsel

gewoon (verder) behandelen. Als een partij echter besluit een wrakingsverzoek in te dienen, kan de arbiter de zaak alleen (blijven) behandelen als dat verzoek wordt afgewezen.[62] Om de internationale arbitragepraktijk meer houvast te bieden bij de beantwoording van de vraag welke omstandigheden wel of niet moeten worden *disclosed* bevatten de IBA-Guidelines zogenoemde "*Application Lists*". Deze niet-bindende lijsten bevatten een niet-limitatieve opsomming van omstandigheden (1) waarvoor een disclosureverplichting geldt (*Red List*, die bestaat uit een "*Non-Waivable Red List*" en een "*Waivable Red List*"); (2) die dienen te worden disclosed (*Orange List*) en (3) waarvoor geen disclosureverplichting geldt (*Green List*).

3.28 Hoewel de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak 2014 van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak niet voor arbiters is opgesteld, kan ook deze houvast bieden bij de vraag of een bepaalde omstandigheid moet worden gemeld.[63]

Oordeel hof

3.29 Het hof beoordeelt in rov. 8.1-8.8 de grieven II en III van Bursa.[64] In rov. 8.1 geeft het hof allereerst een samenvatting van de stellingen die Bursa aan de vordering tot vernietiging op grond van art. 1065, aanhef en lid 1, onder e Rv ten grondslag heeft gelegd:

1. Dayinlarli is vanaf 1986 tot 1989 (toen de arbitrage is geëindigd) dan wel 1990 (toen het dossier definitief werd gesloten) als advocaat opgetreden voor een ander bouwconsortium waarvan Güriş deel uitmaakte (het Güriş-Mak consortium) in een geschil dat middels ICC-arbitrage is beslecht. Toen de onderhavige arbitrage in 2006 op verzoek van Güriş aanhangig werd gemaakt had Dayinlarli dit feit moeten melden als vermoedelijke reden tot wraking.
2. Daarnaast had Dayinlarli na aanvang van de onderhavige arbitrage moeten melden dat hij als arbiter was benoemd in twee andere arbitrages, te weten:

a. de arbitrage die Güriş voerde tegen het Turkse Directoraat Generaal Rijkswaterstaat (DSI); en

b. de arbitrage waarin de bouwcombinatie Güriş-ACK procedeerde tegen DSI.

3. In elk geval had Dayinlarli tijdens de onderhavige arbitrage een melding moeten doen toen hij in de hiervoor onder a. genoemde arbitrage werd gewraakt door DSI voor het hiervoor onder 1 genoemde feit dat hij in het verleden als advocaat is opgetreden;

4. Uit het vonnis van de eerste rechtbank voor Handelszaken te Ankara die de wraking behandelde, blijkt bovendien dat Dayinlarli een Legal Opinion heeft gegeven. Daarmee is duidelijk dat Dayinlarli door de partij die om die Legal Opinion heeft gevraagd, wordt betaald of optreedt als advocaat van die partij.

5. Toen het Turkse Hof van Cassatie op 16 februari 2009 de wraking toewees, had Dayinlarli in de onderhavige arbitrage moeten melden dat hij in de hiervoor onder a. genoemde arbitrage waarbij Güriş partij was, met succes was gewraakt.

6. Ten slotte had Dayinlarli moeten melden dat hij na het hiervoor bedoelde arrest van het Hof van Cassatie op 27 maart 2009 is teruggetreden als arbiter in de hiervoor onder b. genoemde arbitrage tussen Güriş-ACK en DSI.

3.30 In de onderhavige cassatieprocedure wordt de weergave van de stellingen van Bursa in rov. 8.1 niet bestreden. Hetzelfde geldt voor de door het hof in rov. 8.2 vooropgestelde maatstaf uit het *Nordström/Nigoco*-arrest.

3.31 Bursa komt wel op tegen 's hofs vooropstelling in rov. 8.3 dat de omstandigheid dat een arbiter niet aan zijn disclosureplicht heeft voldaan op zichzelf niet betekent dat hij als arbiter niet onpartijdig of onafhankelijk is, maar dat daarvoor de niet bekend gemaakte feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn. Ook 's hofs daaropvolgende beoordeling in rov. 8.4-8.8 van de door Dayinlarli niet bekend gemaakte feiten wordt in cassatie bestreden. Deze beoordeling luidt, samenvat, dat:

- Tussen partijen vaststaat dat sinds het hiervoor onder 1 vermelde feit meer dan zestien jaren

zijn verstreken voordat Dayinlarli in de onderhavige arbitrage als arbiter werd benoemd. Dit zijn zoveel jaren dat het gegeven dat Dayinlarli ooit gevolmachtigde is geweest voor een ander bouwconsortium waarvan Güriş deel uitmaakte, onvoldoende is om aan te nemen dat hij in feite niet onpartijdig of onafhankelijk was. Evenmin bestaat er op die grond een ernstige mate van twijfel aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat voor deze omstandigheid volgens de IBA-Guidelines (groene lijst) geen disclosureplicht geldt (rov. 8.4).

- Ook de hiervoor onder 2 vermelde omstandigheid dat Dayinlarli na aanvang van de onderhavige arbitrage nog tweemaal tot arbiter is benoemd in een procedure waarin ook Güriş was betrokken, vormt geen aanleiding om aan te nemen dat hij in feite niet onpartijdig of onafhankelijk was en vormt ook geen reden om te twijfelen aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid. De IBA-Guidelines (oranje lijst) bevelen in het algemeen aan melding te doen van deze omstandigheid, maar in een bijbehorende voetnoot is vermeld dat het in bepaalde specialistische arbitrages gebruik is om arbiters aan te zoeken uit dezelfde kleine kring en dat er in dat geval geen aanleiding is tot disclosure. Een bouwarbitrage als de onderhavige behoort tot die specialistische arbitrages, waarbij beide partijen op de hoogte zijn van het gebruik om arbiters uit een betrekkelijk gering aantal gegadigden te kiezen. (rov. 8.5).
- Het feit waarvoor Dayinlarli is gewraakt is, gelegd langs de zwaardere maatstaf voor vernietiging (dan voor wraking), gelet op het lange tijdsverloop en het bepaalde in de IBA-Guidelines niet zodanig dat moet worden getwijfeld aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli. De wraking door het Hof van Cassatie vormt geen reden om daarover anders te oordelen. (rov. 8.6), waarmee wordt gerespondeerd op de hiervoor onder 3, 5 en 6 door Bursa gestelde omstandigheden.
- De hiervoor onder 4 vermelde stelling is door Bursa onvoldoende onderbouwd. Het vonnis van de eerste rechtbank voor Handelszaken te Ankara vermeldt slechts een 'juridisch standpunt' inzake de ontbinding van de vennootschap onder firma tussen de procederende partijen. Daaruit blijkt onvoldoende dat Dayinlarli voor één van die partijen is opgetreden; de inhoud van het standpunt blijft volledig duister. Van belang is ook dat dit juridisch standpunt in de uitspraak van het Turkse Hof van Cassatie niet terugkomt; blijkbaar vormde dit punt geen reden om Dayinlarli te wraken. (rov. 8.7).
- De door Bursa genoemde feiten en omstandigheden kunnen, noch op zichzelf noch tezamen genomen, de conclusie dragen dat Dayinlarli bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, noch dat omtrent diens toenmalig onpartijdig of onafhankelijk zijn in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van Bursa, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt. (rov. 8.8).

Bespreking subonderdelen

3.32 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het hof in rov. 8.3 heeft miskend dat hoewel het niet voldoen aan de disclosureplicht niet zonder meer meebrengt dat een arbiter daadwerkelijk niet onpartijdig of niet onafhankelijk is, deze omstandigheid wel een (belangrijke) aanwijzing kan zijn dat omtrent diens toenmalig onpartijdig of onafhankelijk zijn in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt. De beslissing van het hof in rov. 8.3 dat (enkel) de niet gemelde omstandigheden doorslaggevend zijn, gaat volgens het subonderdeel daarom uit van een onjuiste rechtsopvatting.

3.33 Deze klacht faalt. Het hof heeft in rov. 8.3 vooropgesteld dat de omstandigheid dat een arbiter feiten niet heeft bekend gemaakt die hij wel behoorde bekend te maken, *op zichzelf* niet betekent dat hij als arbiter niet onpartijdig en onafhankelijk is. Daarvoor is volgens het hof niet het niet voldoen aan de disclosureplicht *doorslaggevend*, maar de niet bekend gemaakte feiten en omstandigheden. Deze vooropstelling lijkt het hof te hebben ontleend aan de IBA-Guidelines waarin is vermeld: [65]

*"5. A later challenge based on the fact that an arbitrator did not disclose such facts or circumstances should not result automatically in non-appointment, later disqualification or a successful challenge to any award. Nondisclosure cannot by itself make an arbitrator partial or lacking independence: only the facts or circumstances that he or she failed to disclose can do so."*

Anders dan het subonderdeel veronderstelt, heeft het hof in rov. 8.3 niet tot uitgangspunt genomen dat het niet voldoen aan de disclosureplicht 'in het geheel niet relevant is' voor de beoordeling of een arbiter onpartijdig en onafhankelijk was en evenmin dat deze omstandigheid bij ernstige twijfel over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een arbiter niet zou kunnen bijdragen aan de beslissing dat het arbitraal vonnis moet worden vernietigd. Ook uit de verdere overwegingen van het hof in rov. 8.4-8.5, dat op grond van de IBA-Guidelines geen disclosureplicht gold voor de door Bursa gestelde feiten dat 1) Dayinlarli in de periode 1986 tot 1989 is opgetreden als gevolmachtigde van een (ander) consortium waarvan Güriş deel uitmaakte in een geschil dat middels ICC-arbitrage is beslecht en dat 2) Dayinlarli na de aanvang van de onderhavige procedure nog tweemaal tot arbiter is benoemd in een procedure waarin ook Güriş was betrokken, kan worden opgemaakt dat het hof de stellingen van Bursa dát niet is voldaan aan de disclosureplicht (mede) heeft betrokken in zijn beoordeling van de vraag of sprake is van strijd met de openbare orde in verband met het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van de arbiter Dayinlarli. Nu het subonderdeel berust op een onjuiste lezing van het arrest, kan verder onbesproken blijven dat of in hoeverre in (buitenlandse) literatuur en rechtspraak het niet voldoen aan de disclosureplicht wordt betrokken bij de beoordeling van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een arbiter.[66]

3.34 Subonderdeel 2.2 klaagt dat gegrondbevinding van subonderdeel 2.1 tevens 's hofs beslissing in rov. 8.8 vitieert dat omtrent het toenmalig onpartijdig en onafhankelijk zijn van Dayinlarli niet in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt. Ook deze klacht faalt.

3.35 Subonderdeel 2.3 klaagt dat het hof in rov. 8.4 heeft miskend dat hoewel de betrokkenheid van Dayinlarli als gevolmachtigde voor een consortium waarvan Güriş deel uitmaakte zich tussen 1986-1989 afspeelde en de IBA-Guidelines slechts disclosure voorschrijven indien deze betrokkenheid in de afgelopen drie jaren voorafgaand aan de arbitrage heeft bestaan, deze omstandigheid in het onderhavige geval wel relevant kan zijn, met name gelet op het door het hof in rov. 8.7 besproken door Dayinlarli ingenomen 'juridisch standpunt', dat er op kan wijzen dat Dayinlarli ook hangende de onderhavige procedure nog advieswerkzaamheden voor Güriş heeft verricht. Hoewel naar het hof in rov. 8.7 heeft beslist, niet duidelijk is of Dayinlarli dit 'juridische standpunt' heeft ingenomen als advocaat/adviseur van Güriş, maakt de omstandigheid dat hij in een verder verleden mede gevolmachtigde voor Güriş is geweest dat waarschijnlijker dan wanneer hij niet mede gevolmachtigde voor Güriş zou zijn geweest. Het hof heeft miskend dat de omstandigheid dat Dayinlarli gevolmachtigde is geweest voor Güriş in een verder verleden in beginsel in samenhang met de omstandigheid dat hij, naar Güriş erkent, een 'juridisch standpunt' heeft ingenomen dat van belang is in een arbitrage waarin hij arbiter was en waarin Güriş partij was, terwijl de onderhavige arbitrage nog liep, meebrengt dat hij niet onafhankelijk en onpartijdig is, althans dat zonder nadere motviering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom dat anders is.

3.36 Ook deze klachten falen. De afweging van de omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie slechts beperkt worden getoetst. 's Hofs (kennelijke) feitelijke oordeel dat de omstandigheid dat Dayinlarli in 1986 tot 1989 is opgetreden als gevolmachtigde voor het consortium waarvan Güriş deel uitmaakte, het niet (veel) waarschijnlijk(er) maakt dat Dayinlarli ook ten tijde van de onderhavige arbitrage (2006-2011) als advocaat/adviseur nog werkzaamheden voor Güriş heeft verricht, is niet onbegrijpelijk. Voor een hernieuwde feitelijke beoordeling van de door Bursa gestelde omstandigheden, al dan niet in onderlinge samenhang bezien, is in cassatie geen plaats.

3.37 Subonderdeel 2.4 klaagt dat het hof in rov. 8.5 heeft miskend dat de uitzondering in noot 6 bij art. 3.1.3 van de IBA-Guidelines dat het in bepaalde specialistische arbitrages gebruik is om arbiters aan te zoeken uit dezelfde kleine kring en dat er in dat geval geen aanleiding tot disclosure bestaat, alsmede dat een bouwarbitrage als de onderhavige behoort tot die specialistische arbitrages waarbij beide partijen op de hoogte zijn van het gebruik om arbiters uit een betrekkelijk gering aantal gegadigden te kiezen, slechts van toepassing is in gevallen waarin het aantal in te schakelen arbiters vanwege een bijzondere en zeer specifieke deskundigheid zodanig beperkt is dat maar uit enkele personen kan worden gekozen. Volgens het subonderdeel heeft Güriş niet gesteld dat deze situatie zich in het onderhavige geval voordoet en valt dat ook niet (zonder meer) in te zien. Bovendien brengt de omstandigheid dat in de IBA-Guidelines een specifieke uitzondering op het uitgangspunt van disclosure wordt aanvaard nog niet (zonder meer) mee dat in de Nederlandse rechtsorde uitgangspunt is dat die uitzondering ook hier te lande door de Nederlandse rechter dient te worden aanvaard in het kader van de vernietigingsprocedure in een internationale arbitrage. Daarom valt niet (zonder meer) in te zien waarom de omstandigheid dat Dayinlarli hangende de onderhavige arbitrage ook in twee andere arbitrages door Güriş als arbiter is benoemd, niet meebrengt dat ernstig kan worden getwijfeld aan zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid.

3.38 Ook deze klachten falen. Noot 6 bij art. 3.1.3 (oranje lijst) van de IBA-Guidelines (versie 2004) luidt als volgt:

*"It may be the practice in certain types of arbitration, such as maritime, sports or commodities arbitration, to draw arbitrators from a smaller or specialised pool of individuals. If in such fields it is the custom and practice for parties to frequently appoint the same arbitrator in different cases, no disclosure of this fact is required, where all parties in the arbitration should be familiar with such custom and practice."*

's Hofs oordeel dat de onderhavige bouwarbitrage behoort tot de in noot 6 bedoelde specialistische arbitrages waarbij beide partijen op de hoogte zijn van het gebruik om arbiters uit een betrekkelijk gering aantal gegadigden te kiezen, is feitelijk van aard. Gelet op de stellingen van Güriş[67] – waarvan de uitleg is voorbehouden aan de feitenrechter –, alsmede de overweging van de rechtbank in rov. 4.6 van het vonnis in de verzetzaak dat internationale arbiters vaak al lange en uiteenlopende loopbanen achter de rug hebben en dat de internationale ICC-bouwarbitrage een relatief kleine wereld is, waarbij men elkaar in verschillende hoedanigheden vaak tegenkomt en de spoeling dun is, waardoor niet alle denkbare wrakingsgronden vooraf moeten of kunnen worden gemeld door de aangezochte arbiters, is dit oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Dat het hof in deze vernietigingsprocedure aansluiting heeft gezocht bij de specifiek voor internationale arbitrages opgestelde IBA-Guidelines is evenmin onjuist of onbegrijpelijk en past juist bij de op grond van rechtspraak van de Hoge Raad aan te leggen terughoudende toets.

3.39 Subonderdeel 2.5 klaagt in de eerste plaats dat het hof in rov. 8.6 heeft miskend dat de omstandigheid dat in een procedure tot vernietiging een zwaardere maatstaf dient te worden aangelegd dan bij wraking van een arbiter, geen, althans geen toereikende, weerlegging vormt van het betoog van Bursa dat ernstig getwijfeld moet worden aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli omdat hij door het Turkse Hof van Cassatie is gewraakt in een arbitrage van Güriş c.s. tegen DSI en zich daarna in een andere arbitrage tussen diezelfde partijen heeft teruggetrokken.

3.40 Blijkens rov. 8.6 heeft het hof aan de verwerping van het hiervoor vermelde betoog van Bursa ten grondslag gelegd dat het feit waarvoor Dayinlarli is gewraakt – het in de periode 1986 tot 1989 optreden als gevolmachtigde van een consortium, waarvan ook Güriş deel uitmaakte in een ICC-arbitrage (vgl. rov. 8.4) –, gelet op het lange tijdsverloop en gelet op de IBA-Guidelines op grond waarvan voor dit feit geen disclosureplicht geldt (vgl. rov. 8.4), niet zodanig is dat in de onderhavige arbitrage moet worden getwijfeld aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli. De wraking vormt volgens het hof geen reden om daarover anders te oordelen. Daarbij

heeft het hof blijkens rov. 8.6, gelezen in samenhang met de vooropstelling in rov. 8.2, in aanmerking genomen dat voor vernietiging een zwaardere maatstaf geldt dan voor wraking. Anders dan het subonderdeel betoogt, heeft het hof het betoog van Bursa dus niet verworpen op grond van de *enkele* omstandigheid dat in een procedure tot vernietiging een zwaardere maatstaf dient te worden aangelegd dan bij wraking van een arbiter. De klacht faalt derhalve.

3.41 Voor het geval de hiervoor vermelde klacht niet opgaat omdat het hof aan zijn beslissing in rov. 8.6 (mede) ten grondslag heeft gelegd het door hem genoemde lange tijdsverloop en de hiervoor genoemde IBA-Guidelines, klaagt subonderdeel 2.5 dat de beslissing evenzeer rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Daartoe wordt aangevoerd dat de wraking door het Turkse Hof van Cassatie is uitgesproken op 16 februari 2009[68] en dus op het moment de onderhavige arbitrage nog liep. Volgens het subonderdeel geldt hetzelfde voor de onttrekking van Dayinlarli in een andere arbitrage.[69] Daarmee vormen dit volgens het subonderdeel relevante omstandigheden voor de beoordeling van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli in de onderhavige arbitrale procedure.

3.42 Ook deze klacht faalt. De verwerping van het betoog van Bursa berust op waarderingen van feitelijke aard en kan in cassatie slechts beperkt worden getoetst. Het hof heeft bij zijn oordeel betrokken dat de wraking door het Turkse Hof van Cassatie is uitgesproken op het moment dat de onderhavige arbitrage nog liep en dat dit eveneens geldt voor de daaropvolgende onttrekking van Dayinlarli in een andere arbitrale procedure.[70] Naar 's hofs oordeel is de wraking en de daaropvolgende terugtrekking echter niet zo ernstig dat moet worden getwijfeld aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli in de onderhavige arbitrage. Daarbij heeft het hof van belang geacht dat de wraking ziet op een feit dat zich in een ver verleden heeft voorgedaan en dat daarvoor op grond van de IBA-Guidelines geen disclosureverplichting geldt.

3.43 Tot slot klaagt het subonderdeel dat niet zonder meer valt in te zien waarom de onttrekking van Dayinlarli in de andere arbitrale procedure om de door het hof genoemde redenen niet relevant is. Het subonderdeel betoogt daartoe dat Dayinlarli deze onttrekking niet heeft gebaseerd op de omstandigheid dat hij is gewraakt.[71] Daarom kan het lange tijdsverloop sinds de omstandigheid die aanleiding was voor de wraking, niet, althans niet zonder meer, dienen als weerlegging van de relevantie van deze onttrekking voor de beoordeling van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli. Het subonderdeel betoogt dat dit in het bijzonder geldt omdat Bursa heeft aangevoerd dat aan die onttrekking mede het geven van het door het hof in rov. 8.7 bedoelde 'juridisch standpunt' ten grondslag lag en het risico dat Dayinlarli mede op die grond opnieuw zou worden gewraakt.[72]

3.44 Kennelijk heeft het hof wel een verband aangenomen tussen de door het Hof van Cassatie op 16 februari 2009 toegewezen wraking en de terugtreding van Dayinlarli op 27 maart 2009 als arbiter in de andere arbitrage. Dit is gelet op de stellingen van Bursa niet onbegrijpelijk:

Zo stelt Bursa in haar memorie van grieven, p. 17 (onder 10) dat Dayinlarli het in zijn brief aan de advocaten van 27 maart 2009 doet voorkomen alsof hij niet terug treedt in verband met het dan iets meer dan één maand oude arrest van het Turkse Hof van Cassatie, maar meedeelt: "*Wegens de drukte van mijn werkzaamheden in mijn beroepsactiviteiten, laat ik u echter weten dat ik ontslag uit deze functies neem en bij deze betuig ik hoogachtend mijn erkentelijkheid voor het vertrouwen dat u in mijn persoon heeft gesteld.*" Bursa stelt voorts dat Dayinlarli de werkelijke reden had moeten vermelden, namelijk dat het feit dat hij in een andere procedure tussen deels dezelfde partijen met succes wat gewraakt.

In de memorie van grieven, p. 20 (onder 41) spreekt Bursa van het naar aanleiding van de wraking, maar onder valse voorwendselen terugtrekken van Dayinlarli in de andere arbitrale procedure.

In de pleitnotities in hoger beroep (onder 40) stelt Bursa dat Dayinlarli al evenmin heeft disclosed "*dat hij in de eerste van die beide procedures gewraakt is, dat in die wraking naar voren gekomen is dat hij ook een Legal Opinion heeft gegeven en dat die wraking uiteindelijk door het Hof van Cassatie in*

*Turkije gegrond is bevonden, noch dat hij in de tweede procedure waarin hij – naar wij mogen aannemen – door het Turkse Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat ook wel zal zijn gewraakt en zich na het arrest in die eerste zaak "vrijwillig" heeft teruggetrokken."*

3.45 Gelet op het door het hof aangenomen verband tussen de wraking door het Turkse Hof van Cassatie en de daaropvolgende terugtrekking van Dayinlarli in de arbitrage tussen Güriş-ACK en DSI, is niet onbegrijpelijk waarom het hof deze laatste omstandigheid om dezelfde redenen niet zodanig ernstig heeft geacht dat moet worden getwijfeld de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van Dayinlarli.

3.46 Subonderdeel 2.6 klaagt dat het hof in rov. 8.7 heeft miskend dat de omstandigheid dat uit het door hem bedoelde 'juridische standpunt' onvoldoende blijkt dat Dayinlarli voor één van de partijen in een andere arbitrage waarin Güriş was betrokken is opgetreden en de inhoud van dat standpunt volledig duister blijft, alsmede dat dit in de uitspraak in cassatie geen reden was om Dayinlarli te wraken, mede gelet op het in subonderdeel 2.1 betoogde, niet voor rekening van Bursa dient te komen, gelet op de omstandigheid dat Dayinlarli terzake in de onderhavige arbitrage niet aan zijn disclosureplicht heeft voldaan. Gesteld wordt dat het hof heeft miskend dat het op de weg van Güriş lag om over het 'juridisch standpunt' meer duidelijkheid te verschaffen en haar betwisting zodanig te onderbouwen dat zij Bursa voldoende aanknopingspunten gaf om haar stellingen te kunnen bewijzen. Nu zij dat heeft nagelaten en de in het subonderdeel genoemde stellingen van Bursa onvoldoende heeft ontzenuwd, had het hof tot uitgangspunt moeten nemen dat het 'juridische standpunt' in opdracht van Güriş is gegeven. Daarvan uitgaande is volgens het subonderdeel sprake van een omstandigheid die in beginsel meebrengt dat Dayinlarli niet onpartijdig en niet onafhankelijk is.

3.47 Bij de beoordeling van dit subonderdeel is voorop te stellen dat het op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv aan Bursa om feiten en omstandigheden te stellen en – bij gemotiveerde betwisting door Güriş – te bewijzen op grond waarvan moet worden aangenomen dat Dayinlarli hetzij bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent zijn toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van Bursa te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.

3.48 Het hof oordeelt in rov. 8.7 dat Bursa niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Dat wil zeggen dat Bursa haar stelling dat Dayinlarli ook een legal opinion heeft gegeven aan een van beide partijen, niet met voldoende feiten en omstandigheden heeft onderbouwd. Dit oordeel baseert het hof blijkens rov. 8.7 (mede) op de uitleg van de door Bursa overgelegde (vertalingen van) de uitspraken van zowel de eerste rechtbank voor handelszaken te Ankara als het Turkse Hof van Cassatie. Voor zover het subonderdeel betoogt dat het hof heeft miskend dat op Güriş een verzwaarde stelplicht rustte – dat wil zeggen dat van Güriş kon worden verlangd dat zij voldoende feitelijke gegevens verstrekte ter motivering van haar betwisting van de stellingen van Bursa ten einde Bursa aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen – ziet het eraan voorbij dat het hof aan een verzwaarde stelplicht van Güriş, zo daar al sprake van zou zijn, pas toekomt op het moment dat Bursa haar stellingen, voor zover dat redelijkerwijs van haar kan worden gevergd, heeft toegelicht en onderbouwd.[73] Kennelijk is het hof van oordeel dat de stellingen van Bursa deze 'drempel' niet hebben gehaald. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk[74] en geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.49 Subonderdeel 2.7 klaagt dat het hof in rov. 8.7 heeft miskend dat de enkele omstandigheid dat het Turkse Hof van Cassatie het zijn van gevolmachtigde voor Güriş in de periode 1986-1989 aan de wraking ten grondslag heeft gelegd, niet, althans niet zonder meer, meebrengt dat het 'juridisch standpunt' geen reden vormde om Dayinlarli te wraken. Nu dat standpunt in de wrakingsprocedure, naar het hof in rov. 8.7 heeft vastgesteld, wel een rol heeft gespeeld, valt niet zonder meer in te zien waarom dit voor het Hof van Cassatie niet mede een reden kan zijn geweest voor de wraking.

3.50 Ook deze klacht faalt. 's Hofs overweging in rov. 8.7 dat het 'juridisch standpunt' in de uitspraak van het Turkse Hof van Cassatie niet terugkomt en de daaraan verbonden gevolgtrekking dat dit punt blijkbaar geen reden vormde om Dayinlarli in de arbitrale procedure van Güriş c.s. tegen DSI te wraken, is niet onbegrijpelijk. De gedachte van het hof is kennelijk geweest dat indien het Turkse Hof van Cassatie het 'juridisch standpunt' wel (mede) als een reden voor wraking had aangemerkt het dit ook duidelijk tot uitdrukking zou hebben gebracht in de motivering van zijn uitspraak. Onbegrijpelijk is die gedachte niet. Dat geldt ook voor 's hofs uitleg van die uitspraak zelf, waarin als reden voor de wraking inderdaad slechts de omstandigheid dat Dayinlarli in het verleden in de hoedanigheid van gemachtigde is opgetreden voor Güriş wordt genoemd.[75]

3.51 Subonderdeel 2.8 klaagt dat het hof in rov. 8.8 heeft miskend dat de in rov. 8.1 genoemde feiten en omstandigheden, mede gelet op het in de subonderdelen 2.3-2.7 betoogde, in ieder geval *in onderlinge samenhang bezien* de conclusie kunnen dragen dat Dayinlarli bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, althans dat omtrent diens toenmalig onpartijdig of onafhankelijk zijn in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, onaanvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.

3.52 Gelet op hetgeen hiervoor bij de bespreking van de subonderdelen 2.3-2.7 is opgemerkt, faalt ook deze klacht. De beoordeling van de in rov. 8.1. genoemde feiten en omstandigheden is ook wanneer deze in onderlinge samenhang worden bezien overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie slechts beperkt worden getoetst.

3.53 Subonderdeel 2.9 klaagt tot slot dat 's hofs overweging in rov. 8.8. dat de door Bursa genoemde omstandigheden neerkomen op hetzelfde feit, namelijk het zijn van gevolmachtigde in het verleden en het zijn van arbiter in andere arbitrages waarbij Güriş is betrokken, gelet op 's hofs overweging in rov. 8.1, zonder nadere motivering die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Uit 's hofs overweging in rov. 8.1 blijkt immers dat het ook gaat om het gewraakt zijn in één en het zich terugtrekken uit een andere arbitrage waarin Güriş partij was, alsmede het innemen van een 'juridisch standpunt' in verband met een arbitrage waarin Güriş partij was.

3.54 Deze klacht faalt, omdat uit rov. 8.6-8.7 blijkt dat het hof deze omstandigheden wel degelijk in zijn beoordeling heeft betrokken. Dat het hof deze omstandigheden niet opnieuw noemt in zijn slotoverweging in rov. 8.8, maakt zijn oordeel nog niet onbegrijpelijk. Bovendien overweegt het hof in rov. 8.8 dat de door Bursa genoemde feiten en omstandigheden *veelal* op hetzelfde feit neerkomen. Ook daaruit blijkt dat dit dus niet voor álle gestelde omstandigheden geldt.

3.55 De slotsom is dat alle klachten van onderdeel 2 falen.

3.56 Onderdeel 3 bevat slechts een op de onderdelen 1 en 2 voortbouwende klacht tegen de slotsom van het hof in rov. 11.

## 4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

[1] Rechtbank Den Haag 12 februari 2014, in de verzetszaak met nummer C/09/448772 / HA ZA 13-0904, ECLI:NL:RBDHA:2014:1752; *NTHR* 2014, afl. 3, p. 153; *TvA* 2014/31.

[2] Gerechtshof Den Haag 6 december 2016, zaaknummer 200.144.308/02, ECLI:NL:GHDHA:2016:4377; *NTHR* 2017, afl. 4, p. 193.

[3] Zie daartoe HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, *NJ* 2009/6 en HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8099, *NJ* 2013/189. In twee andere vernietigingsprocedures heeft de rechtbank Den Haag op 18 december 2013 eindvonnis gewezen, zie onder ECLI:NL:RBDHA:2013:16937.

[4] Het hof overweegt in rov. 2.3 dat het arbitrale college iets minder dan de helft van de door Güriş gevorderde kosten (43,01%) heeft toegewezen.

[5] Het meerderheidsstandpunt is dus afkomstig van prof. Dr. Dayinlarli en van de voorzitter prof. Dr. Altop.

[6] Op dit punt wijkt de feitenvaststelling van het hof af van die van de rechtbank. Zie rov. 2.1 van het arrest van 6 december 2016, waarin is vermeld dat het vonnis is gedeponeerd op 3 oktober 2011 en niet, zoals de rechtbank in rov. 2.3 van haar vonnis had vastgesteld, op 3 januari 2012.

[7] De belangrijkste wijzigingen hielden in dat (i) gebruik kan worden gemaakt van elektronische middelen, (ii) *best practices* uit de bestaande praktijk in de wet zijn opgenomen, (iii) deponering van het arbitrale vonnis bij de rechtbank niet langer verplicht is, (iv) de vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter nog maar één feitelijke instantie kent (het gerechtshof), (v) institutionele wraking mogelijk is en (vi) een arbitraal beding op de lijst van onredelijk bezwarende bedingen is geplaatst. Zie Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2015, p. 275. Zie voor een uitvoerige bespreking van de wijzigingen: I.P.M. van den Nieuwendijk, De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter. In: *TCR* 2014/4, p. 103-112.

[8] Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, *Stb.* 2014/200.

[9] P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht Nationaal en Internationaal*, 2001, p. XIV.

[10] Wet van 2 juli 1986 tot hernieuwde vaststelling van de regelen omtrent de arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *Stb.* 1986/372.

[11] Zie P. Sanders, Het Nieuwe Arbitragerecht. In: *TvA* 1984/4A, p. 5 (onder nr. 6). Volgens Van den Berg bedroeg de termijn in het voorontwerp 30 dagen. Zie A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 213.

[12] Zie A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 213. Hij schrijft dat de Franse arbitragewet (1981) in art. 1486 lid 2 bepaalde: "*Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence; ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.*"

[13] *Kamerstukken II* 1985-1986, 18 464, nrs. 1-2, p. 12 (voorstel van wet). In de s.t. zijdens Bursa is onder punt 4.2.3 vermeld dat het *wetsvoorstel* slechts een termijn kende van drie maanden die ging lopen na het moment waarop het arbitrale vonnis was gedeponeerd. Dit lijkt niet juist. Het tot 1 december 1986 geldende arbitragerecht kende wel slechts deze termijn.

[14] P. Sanders, Het Nieuwe Arbitragerecht. In: *TvA* 1984/4A, p. 4-5 (onder nr. 6).

[15] A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 213-215.

[16] P. Sanders, Het Nieuwe Arbitragerecht. In: *TvA* 1984/4A, p. 4-5 (onder nr. 6).

[17] A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 213-214.

[18] A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 214.

[19] A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 214.

[20] A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 214-215.

[21] *Kamerstukken II* 1985-1986, 18 464, nr. 7, p. 12-13 (nota van wijziging).

[22] *Kamerstukken II* 1985-1986, 18 464, nr. 6, p. 36-37 (MvA).

[23] Bedoeld zal zijn "drie maanden".

[24] Vgl. HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55 m.nt. H.J. Snijders (*Rosneft/Yukos Capital*), rov. 3.8.2. De Hoge Raad overwoog voorts dat het discriminatieverbod van art. III van het Verdrag van New York 1958 ertoe noopt dit stelsel ook te volgen ten aanzien van onder dat verdrag vallende buitenlandse arbitrale vonnissen. Dat op grond van dit discriminatieverbod ten aanzien van het verlof tot tenuitvoerlegging buitenlandse arbitrale vonnissen op dezelfde wijze wordt onderscheiden tussen afwijzende en toewijzende beschikkingen, is volgens de Hoge Raad op zichzelf niet in strijd met een goede procesorde of het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms'. (rov. 3.8.2 en rov. 3.4).

[25] Zie hierover kritisch o.a. J.W. Bitter en R. Schellaars, De tenuitvoerlegging, vernietiging en herroeping van arbitrale vonnissen naar huidig en naar wordend recht. In: *TvA* 2013/37 (paragraaf 5 onder c) en G.J. Meijer en A.I.M. van Mierlo, Aantasting van arbitrale vonnissen. In: *WPNR* 2014/7003, p. 68.

[26] *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 6, (onderdeel L), p. 4 (nota van wijziging).

[27] *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 6 (onderdeel L), p. 12 (nota van wijziging).

[28] Het huidige art. 1062 lid 4 Rv luidt: "*Vernietiging of herroeping van een arbitraal vonnis brengt van rechtswege die van het verlof tot tenuitvoerlegging met zich mede.*"

[29] P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, 2001, p 188-189.

[30] In de s.t. zijdens Bursa punt 4.2.5 is – onder verwijzing naar dezelfde bron – abusievelijk vermeld "onvindbaar".

[31] H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, 2011, p. 342-343. Zie in dezelfde bewoordingen H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064 Rv, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 15 juli 2011). Vgl. A.J. van den Berg, Internationale arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet. In: *TvA* 1997/1, p. 10-11: "*Voor het gebruik van de 'tweede termijn' is een partij dus afhankelijk van een al dan niet instellen van een verzoek tot het verlenen van een exequatur door de wederpartij.*" Vgl. ook: P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, 2001, p 189: "*De eerste drie maanden kunnen verstrijken hetzij doordat de winnende partij voorlopig stil zit hetzij doordat partijen – niet ongebruikelijk – na het vonnis met elkaar in onderhandeling treden over een schikking. Als dit echter geen resultaat oplevert en de winnende partij tot executie overgaat, mag dit niet ten gevolge hebben dat de verliezende partij niet meer een actie tot vernietiging kan instellen omdat de termijn is verstreken. De 'herleving' is ingevoerd ter bescherming van de verliezende partij. Toch lijkt het mij raadzaam het daarop niet te laten aankomen. Ook de positie van de verliezende partij wordt, tijdens eventuele schikkingspogingen alleen maar versterkt als zij haar actie reeds binnen de eerste drie maanden heeft ingesteld, uiteraard alleen dan wanneer daarvoor gronden bestaan.*"

[32] P.A. Stein, *De nieuwe arbitragewet* (rede), 1986, p. 24-25.

[33] I.P.M. van den Nieuwendijk, De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter. In: *TCR* 2014/4, p. 109.

[34] G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064a Rv, aant. 3.

[35] HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, *NJ* 1998/207 m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

[36] G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064a Rv, aant. 3.

[37] Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2015, p. 287.

[38] HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, *NJ* 1998/207 m.nt. H.J. Snijders, *Bb* 1997, nr. 20, p. 181 m.nt. C.E. Drion; *TCR* 1997, p. 67-69, m.nt. G.J. Meijer (*Eco Swiss/Benetton*).

[39] Zie noot H.J. Snijders in *NJ* 1998/207 (onder 4b).

[40] HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, *NJ* 2000/339, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*), rov. 43-48.

[41] HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD4669, *NJ* 2000/340 m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

[42] Dat wil zeggen een arbitraal vonnis met een plaats van arbitrage in Nederland.

[43] Zie G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064a Rv, aant. 3 onder verwijzing naar HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, *NJ* 2012/55 m.nt. H.J. Snijders (*Rosneft/Yukos Capital*), rov. 3.8.4; H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064 Rv, aant. 2 en I.P.M. van den Nieuwendijk, De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter. In: *TCR* 2014/4, p. 108. Zie ook het voorstel van Van den Berg om door middel van extensieve interpretatie van art. 1064 lid 3 Rv daaronder ook het verlof tot tenuitvoerlegging verleend door een buitenlandse rechter te laten vallen. A.J. Van den Berg, Internationale arbitrage in Nederland onder de huidige arbitragewet. In: *TvA* 1997/1, p. 11.

[44] Vergelijk de opmerking van Van den Berg in 1984, dat betekening in een aantal landen een moeizame, tijdrovende en soms ook kostbare aangelegenheid is en soms zelfs onmogelijk is. Zie A.J. van den Berg, Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet. In: *TvA* 1984/6, paragraaf 8.2, p. 214.

[45] Vgl. s.t. Bursa onder 4.2.13.

[46] Vgl. ook het verweerschrift in cassatie punt 2.9.

[47] Het subonderdeel verwijst in dit verband naar rov. 1.1-1.2 van het rechtbankvonnis van 12 februari 2014.

[48] Zie memorie van antwoord 13 september 2016 punten 6-7.

[49] Of dit inderdaad het geval is, is niet helemaal duidelijk. Het cassatiemiddel gaat daarvan uit, maar uit het arrest van het hof is slechts af te leiden dat het vonnis waarin het verlof tot tenuitvoerlegging is opgenomen, op 23 oktober 2013 aan Bursa is betekend. Of ook het arbitrale vonnis zelf op 23 oktober 2013 aan Bursa is betekend, kan ik niet met zekerheid afleiden uit het arrest (vgl. feitenvaststelling onder 2.6).

[50] Proces-verbaal van de pleidooizitting bij het gerechtshof Den Haag gehouden op 8 november 2016, blad 2.

[51] Proces-verbaal van de pleidooizitting bij het gerechtshof Den Haag gehouden op 8 november 2016, blad 3.

[52] In het huidige art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv is dit ingekort tot 'in strijd met de openbare orde', omdat in de term openbare orde de goede zeden al besloten liggen. Zie Kamerstukken II 2012-2013, 33 611, 3, CCC, p. 39 (MvT).

[53] Zie o.m. H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv, 2011*, p. 358-359; H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7; P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, 2001, p. 197-199.

[54] Zie o.m. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, *NJ* 2004/384 m.nt. H.J. Snijders *(International Military Services/Modsaf-IR*), rov. 3.3. Vgl. ook 's hofs vooropstelling in rov. 7.2; in cassatie niet bestreden.

[55] Zie HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171 m.nt. H.J. Snijders (*International Military Services/Modsaf-IR*), rov. 4.3.1: *"(…) Zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, moet art. 1065 lid 1, onder e, Rv naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast. (…)"*.

[56] Zie HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova Food*), rov. 3.5.

[57] Zie HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, *NJ* 1994/765 m.nt. H.J. Snijders *(Nordström/Van Nievelt Goudriaan & Co (Nigoco)*), rov. 3.8.

[58] ECRM 27 november 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD2654, *NJ* 1997/505 m.nt. P.J. Boon (*Nordström c.s./Nederland*).

[59] Vgl. art. 1033 lid 2 Rv. Zie ook G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1034, aant. 1 onder

verwijzing naar *Kamerstukken II* 1983-1984, 18 464, nr. 3, p. 13.

[60] De disclosureverplichting is thans neergelegd in art. 11 van de ICC Rules of Arbitration (versie 1 maart 2017), te raadplegen via https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration.

[61] De IBA-Guidelines worden sinds 2004 uitgegeven. De laatste versie (2014) is te raadplegen via https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

[62] Zie de IBA-Guidelines (versie 2014), p. 18 onder 4: "*The purpose of disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore further in order to determine whether objectively – that is, from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances – there are justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. (…)*"

[63] De Leidraad is te raadplegen via https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Leidraad-onpartijdigheid-en-nevenfuncties-in-de-rechtspraak-januari-2014.pdf

[64] Zie memorie van grieven punten 30-42.

[65] De IBA-Guidelines (versie 2004), p. 18 onder 5.

[66] De s.t. van Bursa verwijst op dit punt onder meer naar de volgende bronnen: de noot van H.J. Snijders bij HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765 (*Nordström/Nigoco*); M.C. van Leyenhorst, Procedurele aspecten van wraking. In: *TvA* 2013/2 onder 7; de noot van M.C. Leyenhorst bij rechtbank Rotterdam 11 mei 2011, *TvA* 2014/28, onder 4 en 11; T.H. Webster en M. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials,* London: Sweet & Maxwell 2014, p. 228, 236-237, 241-242; Hooggerechtshof Zweden 9 juni 2010, T 156-09 en Cour d'Appel de Reims 2 november 2011, 10/02888 (*Avax/Tecnimont*).

[67] Zie de memorie van antwoord punt 15; de pleitnotities in appel zijdens Güriş van 8 november 2016 punten 31-32 (onder expliciete verwijzing naar rov. 4.6 van het rechtbankvonnis). Zie ook de verzetdagvaarding van 2 augustus 2013 punt 56.

[68] Daartoe wordt verwezen naar de memorie van grieven, p. 15 onder 9.

[69] Daartoe wordt verwezen naar de memorie van grieven, p. 17 (onder 10) en onder 41.

[70] Vgl. in dit verband ook 's hofs samenvatting van de stellingen van Bursa in rov. 8.1.

[71] Daartoe wordt verwezen naar de memorie van grieven, p. 17 onder 10; de pleitnotities van mr. Tubbergen in hoger beroep, onder 40. Ook wordt gewezen op het betoog van Bursa dat Dayinlarli zich onder valse voorwendselen heeft onttrokken (memorie van grieven p. 17 (onder 10) en onder 41).

[72] Daartoe wordt verwezen naar de pleitnotities van mr. Tubbergen in hoger beroep onder 40.

[73] Zie over de verzwaarde stelplicht nader M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, 2011, p. 59-60; H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, 2013, p. 111-121; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, 2004, p. 115-117. Zie over de verzwaarde stelplicht verder o.m. HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500 m.nt. W.L. Haardt (*Timmer/Deutman*); HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, *NJ* 1990/573 m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*); HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175 m.nt. C.H.J. Brunner (*De Heel/Staat-ABP-Korver*); HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244, *NJ* 1999/286 m.nt. W.M. Kleijn (*Vergeten testament*).

[74] Bursa heeft het onderhavige punt in de processtukken tamelijk summier toegelicht. In eerste aanleg is het bezwaar niet aangevoerd. Zie verder de memorie van grieven, p. 14-15 en pleitnota in appel onder punten 36-37. Zie voor de gemotiveerde betwisting van Güriş memorie van antwoord punten 37-40.

[75] Zie in dit verband ook de memorie van antwoord punt 40.