ECLI:NL:HR:2018:918

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	15-06-2018
Datum publicatie	15-06-2018
Zaaknummer	17/02024
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2017:527, Bekrachtiging/bevestiging Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:307, Contrair
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie Beschikking
Inhoudsindicatie	IPR, procesrecht. Erkenning en tenuitvoerlegging van Tsjechisch arbitraal vonnis waaraan in Tsjechisch arbitraal herzieningsvonnis rechtskracht is ontnomen? Toepassing van art. III dan wel art. V lid 1, onder e, Verdrag van New York? Art. 31-33 Weens Verdragenverdrag. Strijd met openbare orde?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2018/1246

Uitspraak

15 juni 2018

Eerste Kamer

17/02024

LZ/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

De rechtspersoon naar buitenlands recht DIAG HUMAN SE,
gevestigd te Vaduz, Liechtenstein,

VERZOEKSTER tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

t e g e n

de REPUBLIEK TSJECHIË,
zetelende te Praag, Republiek Tsjechië,

VERWEERSTER in cassatie, verzoekster in het incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. M. Ynzonides.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Diag en Tsjechië.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de beschikkingen in de zaak C/13/575493/KG RK 14-2168 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 12 februari 2015 en 12 november 2015;

b. de beschikking in de zaak 200.183.580/01 van het gerechtshof Amsterdam van 21 februari 2017.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft Diag beroep in cassatie ingesteld. Tsjechië heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt zowel in het principale als in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot verwijzing.

De advocaat van Diag en de advocaat van Tsjechië hebben ieder bij brief van 13 april 2018 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) Tussen Diag en Tsjechië is een geschil ontstaan naar aanleiding van een brief van 9 maart 1992 van de toenmalige Minister van Volksgezondheid van Tsjechië aan de handelspartner van Diag, het Deense bedrijf Novo Nordisk. Diag en Tsjechië zijn bij overeenkomst tot arbitrage van 18 september 1996 (hierna: de arbitrageovereenkomst) overeengekomen dat het geschil zal worden beslecht door middel van een arbitraal geding volgens Tsjechisch recht, door onafhankelijke en onpartijdige arbiters. Volgens
  art. V van de arbitrageovereenkomst kan het arbitrale vonnis op verzoek van (een van) partijen ter herziening worden voorgelegd aan andere arbiters.
- ii) Diag heeft het geschil op grond van de arbitrageovereenkomst voorgelegd aan een scheidsgerecht te Praag, Tsjechië. In dat geding is Tsjechië verschenen en heeft zij verweer

gevoerd. Op 19 maart 1997 hebben de arbiters een Interim Arbitral Award (hierna: de Interim Award) gewezen.

- iii) In een op de voet van art. V van de arbitrageovereenkomst gevoerd geding hebben andere arbiters bij award van 27 mei 1998 (hierna: de Review Interim Award) de Interim Award op de in het kader van het onderhavige geding relevante punten in stand gelaten.
- iv) Op 25 juni 2002 hebben arbiters een Partial Arbitration Award (hierna: de Partial Award) gewezen. Blijkens de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gewezen Partial Award (waarin Diag 'the Claimant' wordt genoemd en Tsjechië 'the Respondent') hebben arbiters, voor zover in cassatie van belang, als volgt beslist:

"The arbitrators decided (…) with justice as follows:

1. The Respondent is obliged to pay to the Claimant an amount of CZK 326,608,334 within five days of legal force of this partial arbitration award.

2. This arbitration award is partial (…).

3. Other parts of the matter at issue including ancillary rights and interest accrued as well as costs of the proceedings shall be decided upon in a final arbitration award."

- v) In een op de voet van art. V van de arbitrageovereenkomst gevoerd geding hebben andere arbiters bij award van 17 december 2002 (hierna: de Review Partial Award) de Partial Award op de in het kader van het onderhavige geding relevante punten in stand gelaten.
- vi) Op 4 augustus 2008 hebben arbiters een Final Award (hierna: de Final Award) gewezen. Blijkens de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gewezen Final Award (waarin Diag 'the plaintiff' wordt genoemd en Tsjechië 'the defendant') hebben arbiters, voor zover in cassatie van belang, als volgt beslist:

"1. The defendant shall pay the plaintiff the amount of damages of 4,089,716,666.00 CZK, within one month from the entry into force of the final arbitral award.

2. The claim for damages in the amount of 1,354,455,000.00 is dismissed.

3. The claim for damages in the amount of 326,608,334.00 CZK proceedings is terminated."

(vii) In een op de voet van art. V van de arbitrageovereenkomst gevoerd geding hebben (weer) andere arbiters op 23 juli 2014 een Resolution (hierna: de Resolution) gewezen. Blijkens de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gewezen Resolution (waarin Diag 'Claimant' wordt genoemd en Tsjechië 'Defendant') hebben arbiters, voor zover in cassatie van belang, als volgt beslist:

"I. The proceedings are discontinued.

II. Neither party shall be entitled to compensation of the costs of the proceedings."

Daartoe is door de arbiters onder meer als volgt overwogen:

"4.4. Plea of res iudicata

In addition to a number of other arguments, briefly speaking, the Defendant defended by the fact that in the above arbitration, a partial arbitral award was issued on 25 June 2002 whereby the Claimant was awarded the right to certain performance (that was paid by the Defendant to the Claimant).

This award was subjected by the Defendant to the review and the then review arbitral panel (speaking very briefly) agreed with the original decision in its award dated 16 December 2002. Because a part of the claim on which the above award decided was not specified in any manner in the award and was not differentiated in any manner from the remaining part of the claim raised, the decision was made on the entire claim, in the Defendant's opinion (so that further hearing of the matter is prevented by the plea of res iudicata because pursuant to Section 159a (4) of the CPC, as soon as a final and conclusive decision is made on the matter, it cannot be heard any longer or again and the proceedings must be discontinued).

Both parties actually requested that the arbitration be discontinued, although each of them on different grounds: The Claimant, because it considered the review request of the other party to be legally ineffective and withdrew its own request so there is nothing to be heard, while the Defendant, because the matter was actually resolved back in 2002 so there is nothing to be heard and all the subsequent decisions are null and void and all the subsequent procedural acts are ineffective. Both parties identically moved that the proceedings be discontinued while both of them claimed that there was nothing to be heard, although each of them on completely different grounds.

As regards the objections of the Defendant, it is naturally true that for a long time, the judicial practice (for the first time probably under No. V/1968 of the Collection of judicial decisions and opinions) has been of the opinion that the part of the matter being heard, on which a decision may be made by way of a partial decision, may only be one out of more separate claims or, as the case may be, a claim against only one out of more defendants.

It is also true that in case a decision in the matter was already made, the matter cannot be heard again and that subsequent decisions, if any, whereby a decision is made on the issues already decided on, lack any legal effects.

(…)

(…) It is also true that the Act does permit that the court (and also the arbitrators) decides by way of a separate decision only on a part of the subject matter of the proceedings, however, pursuant to the decision of the Supreme Court, file No. 21 Cdo 1509/2010, such decision may only be made on the claim of one of the claimants, on the claim against only one defendant, on one of the matters joined for common proceedings, on cross-action or on a fully separate claim. Naturally, the matter to be heard does not concern more claimants or more defendants or cross action or joining of matters.

It is also true that a partial arbitral award in this matter does not specify in any manner what part of the asserted claim is concerned and the panel that issued the award subject to review dated 4 August 2008 (on page 100) simply subtracted this previously awarded amount from the lost profits. The fact that the court did not decide on the entire asserted claim does not make it a partial decision (as may be inferred, for example, from the reasoning of the Supreme Court, file No. 22 Cdo 411/98) regardless of its name. Each procedural act, including a decision, must be considered from an objective point of view in terms of its contents (as may be inferred from the decision of the Supreme Court, file No. 2 Cdon 1646/96) and the accuracy of the final and conclusive decision can no longer be reviewed or attributed other legal effects, even if it is not correct (as decided by the Supreme Court under file No. 32 Cdo 4343/2013). Pursuant to the decision of the Supreme Administrative Court, file No. 1 Afs 80/2013, the failure to comply with the prescribed form of the decision alone cannot create unlawfulness of the decision and rule out its effects as determined by its contents. The objections of the Defendant that the decision formally titled as partial is not actually such a partial decision must be agreed to.

The plea of res iudicata is established e.g. also by a final and conclusive arbitral award pursuant to decision of the Supreme Court file No. 29 Cdo 2254/2011. The arbitrators believe that this plea did occur by issue of the partial arbitral award."

3.2.1 In dit geding heeft Diag in eerste aanleg verzocht om erkenning en om verlof tot tenuitvoerlegging van de Final Award, primair op de voet van art. 1075 (oud) Rv in verbinding met het Verdrag van New York over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (Trb. 1958, 145, en 1959, 58; hierna: Verdrag van New York), en subsidiair op de voet van art. 1076 (oud) Rv.

Tsjechië heeft verweer gevoerd en onder meer aangevoerd dat de Resolution de Final Award

heeft gediskwalificeerd en dat de Final Award geen arbitraal vonnis is als bedoeld in het Verdrag van New York. Voorts heeft Tsjechië een aantal – al dan niet voorwaardelijke – tegenverzoeken ingediend, waaronder een verzoek strekkende tot erkenning in Nederland van de Resolution.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft het verzoek van Diag afgewezen. Daartoe heeft hij – samengevat – overwogen dat de Resolution redelijkerwijs slechts aldus kan worden gelezen dat de Partial Award rechtens geen partial award is maar een final award die gezag van gewijsde heeft verkregen, en dat de proceshandelingen die zijn verricht na de Partial Award, althans na de Review Partial Award, geen effect sorteren.

3.2.3 In hoger beroep heeft Diag haar verzoek vermeerderd en tevens erkenning van de Partial Award verzocht.

3.2.4 Het hof heeft de beschikking van de voorzieningenrechter bekrachtigd en het meer of anders verzochte afgewezen. Daartoe heeft het hof als volgt overwogen:

"3.6 Naar de voorzieningenrechter met juistheid heeft overwogen is uitgangspunt dat het verzoek van Diag om de Final Award te voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging dient te worden getoetst aan artikel 1075 (oud) Rv alsmede het te dezen toepasselijke Verdrag van New York waarbij Nederland en Tsjechië partij zijn. Het hof stelt voorop dat het toepasselijke arbitragerecht het Tsjechische is en dat de arbitrageovereenkomst uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van onderwerping van een arbitraal vonnis aan herziening door andere arbiters. Artikel III, eerste zin, van het Verdrag van New York veronderstelt de aanwezigheid van een naar het toepasselijke arbitragerecht geldige arbitral award. De vraag in dit geding is dan ook of de Final Award van 4 augustus 2008 een rechtsgeldige, finale en partijen bindende arbitrale beslissing is die vatbaar is voor tenuitvoerlegging in Nederland. Het hof overweegt daaromtrent als volgt.

3.7 Tussen partijen staat vast dat Tsjechië gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de Final Award aan herziening door andere arbiters te onderwerpen. Deze herziening heeft geresulteerd in de Resolution. De Resolution is het sluitstuk van de tussen partijen in Tsjechië gevoerde arbitrageprocedure. Naar het hof voldoende aannemelijk is geworden, is deze Resolution naar Tsjechisch arbitragerecht rechtsgeldig tot stand gekomen. Blijkens de inhoud van de Resolution heeft de Final Award zijn rechtskracht verloren. In de Resolution valt immers te lezen dat met de Partial Award en de Review Partial Award het gehele geschil, dat in de arbitrage voorlag, is beslecht en dat die beslissing in 2002 in kracht van gewijsde is gegaan. Naar het hof begrijpt betekent dit volgens het scheidsgerecht dat de Resolution heeft gewezen, naar Tsjechisch arbitragerecht dat de gehele arbitrage vanaf de Review Partial Award had behoren te worden stopgezet. Omdat sinds 2002 geen enkele arbiter bevoegd was een beslissing te geven in de arbitrageprocedure heeft het Review scheidsgerecht beslist dat de arbitrageprocedure na de Review Partial Award van 17 december 2002 zijn geldigheid heeft verloren. De arbiters hebben in de Resolution geconcludeerd dat zij niet anders konden dan de arbitrageprocedure te beëindigen (in de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gedane uitspraak "had no other choice than to discontinue the arbitration"). Anders dan Diag heeft bepleit betreft deze beëindiging niet de review procedure als zodanig maar blijkens de gebezigde bewoordingen, bezien tegen de achtergrond van de overweging onder 4.4 van de Resolution, de gehele arbitrageprocedure vanaf de Review Partial Award. Daarmee is de Final Award door de Resolution buitenspel gezet en kan de Final Award niet worden aangemerkt als een onherroepelijke finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van het Verdrag van New York of artikel 1076 (oud) Rv. Dat de Resolution in het dictum niet expliciet vermeldt dat de Final Award is tenietgedaan zoals Diag heeft gesteld, doet aan het voorgaande niet af. Diag heeft nog betoogd dat de overwegingen van het Review Scheidsgerecht in de Resolution dat met de Partial Award het geschil al definitief was beslist onjuist zijn, maar dat betoog wordt verworpen. Naar hiervoor reeds is weergegeven, is de Resolution naar Tsjechisch arbitragerecht rechtsgeldig tot stand gekomen en staat artikel 985 Rv

niet toe dat het hof de zaak in het kader van het onderhavige verzoek aan een nieuwe inhoudelijke beoordeling onderwerpt. Aan de Resolution zou evenwel geen effect toekomen indien deze tot stand is gekomen op een wijze die strijdig is met de openbare orde. In dat kader heeft Diag in de eerste plaats weliswaar betoogd dat het Review scheidsgerecht niet volgens de daartoe geldende regels is samengesteld, maar het hof acht dit betoog niet juist. Het Review scheidsgerecht was samengesteld uit de arbiters P. Kužel, M. Kindl en J. Schwarz. Ten aanzien van Kindl geldt dat hij overeenkomstig de arbitrageovereenkomst is benoemd door Tsjechië. De overige arbiters, Kužel en Schwarz, zijn uiteindelijk benoemd door de Tsjechische overheidsrechter (Praag High Court) op 22 oktober 2012 respectievelijk 27 maart 2013 nadat partijen onderling niet tot overeenstemming konden komen. Diag heeft zich tegen laatstgenoemde benoemingen in procedures ten overstaan van de Tsjechische hoogste rechter (Supreme Court) nog verzet, maar zij heeft hangende die procedure dat verzet ingetrokken.

3.8 Naar het hof begrijpt heeft Diag voorts met een beroep op de rechtspraak, gepubliceerd in HR 25 juni 2010, NJ 2012/55, Hof Amsterdam 28 april 2009, TvA 2009/5 (Rosneft/Yukos) en Hof Amsterdam 18 september 2012, TvA 2013/51 (Maximov/NLMK), betoogd dat bij de beoordeling van het onderhavige verzoek geen rekening kan worden [de Hoge Raad leest: gehouden] met de Resolution aangezien de totstandkoming daarvan in strijd zou zijn met de openbare orde. Dit betoog wordt verworpen. Anders dan in de bedoelde rechtspraak is het hof in het onderhavige geval niet gebleken van concrete feiten en omstandigheden die nopen tot de conclusie dat de Resolution het resultaat is van rechtspraak die als partijdig en afhankelijk moet worden gekwalificeerd.

3.9 Aldus moet worden geoordeeld dat de Resolution die zoals gezegd het sluitstuk is van de tussen partijen in Tsjechië gevoerde arbitrageprocedure, de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen. In het midden kan blijven of naar Tsjechisch recht de mogelijkheid heeft bestaan een rechtsmiddel aan te wenden tegen de Resolution. Tussen partijen staat vast dat dit laatste niet is geschied. Het voorgaande brengt mee dat de Final Award niet kan worden voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging als door Diag is verzocht. De omstandigheid dat de Final Award in Tsjechië is voorzien van een clause of legal force, waarvan overigens onduidelijk is gebleven wanneer en op welke wijze deze is tot stand gekomen, leidt niet tot een ander oordeel. De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd.

3.10 Gelet op deze uitkomst behoeft het in hoger beroep vermeerderde verzoek van Diag strekkende tot erkenning van de Partial Award geen bespreking. Hetzelfde geldt voor de door Tsjechië incidenteel gedane verzoeken. Al deze verzoeken, voor zover nog aan de orde, worden bij gebrek aan belang afgewezen."

3.3 Het middel keert zich tegen het hiervoor in 3.2.4 weergegeven oordeel van het hof, waarbij onderdeel 1 ziet op de wijze waarop het hof het Verdrag van New York heeft toegepast, onderdeel 2 op de betekenis van de Resolution voor de rechtskracht van de Final Award, en onderdeel 3 op het oordeel van het hof over de openbare orde.

3.4.1 Onderdeel 2A onder (i) betoogt dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich – voor de vaststelling van de betekenis van de Resolution voor de rechtskracht van de Final Award – te beperken tot de tekst van de Resolution. Het hof heeft miskend dat daarvoor mede acht moet worden geslagen op het toepasselijke Tsjechische recht en op de overige door Diag gestelde omstandigheden van het geval, aldus de klacht.

3.4.2 In rov. 3.6 heeft het hof vooropgesteld dat op de arbitrageprocedure het Tsjechische arbitragerecht van toepassing is. Dit uitgangspunt is in cassatie niet bestreden. Derhalve dient naar Tsjechisch recht te worden bepaald welke betekenis de Resolution heeft voor de rechtskracht van de Final Award. Blijkens de rov. 3.7 en 3.9 heeft het hof toepassing gegeven aan het Tsjechische arbitragerecht. De klacht dat het hof bij zijn uitleg van de Resolution geen acht heeft geslagen op het Tsjechische arbitragerecht, mist dan ook

feitelijke grondslag.

De klacht dat het hof – niet alleen op basis van het partijdebat, maar ook ambtshalve – had moeten vaststellen wat naar Tsjechisch recht de betekenis van de Resolution is voor de rechtskracht van de Final Award, miskent dat het hof de Resolution wel met inachtneming van Tsjechisch arbitragerecht moest uitleggen (en heeft uitgelegd, zie hiervoor), maar dat het als exequaturrechter niet zijn eigen oordeel over de vraag welke betekenis de Resolution naar Tsjechisch recht heeft voor de rechtskracht van de Final Award, in de plaats mocht stellen van het oordeel van de arbiters daaromtrent in de Resolution.

Voor zover in het onderdeel de klacht besloten ligt dat het hof bij zijn uitleg van de Resolution het Tsjechische arbitragerecht op onjuiste wijze heeft toegepast, stuit deze af op het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO. Voor zover het onderdeel zich met motiveringsklachten keert tegen de wijze waarop het hof aan de hand van het Tsjechische recht heeft beoordeeld welke betekenis de Resolution heeft voor de rechtskracht van de Final Award, verdient opmerking dat dergelijke klachten zich in dit geval niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van dat recht te betrekken, hetgeen meebrengt dat deze motiveringsklachten eveneens afstuiten op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO. Dit laatste geldt ook voor zover het onderdeel klaagt dat het hof heeft verzuimd acht te slaan op de overige door Diag gestelde omstandigheden die ertoe strekken dat de Resolution niet de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen en heeft kunnen ontnemen.

Op grond van het vorenstaande kan onderdeel 2A onder (i) niet tot cassatie leiden.

3.4.3 Onderdeel 2B klaagt in de eerste plaats (onder (i) en (iii)) dat het hof onvoldoende heeft gerespondeerd op de stelling van Diag dat, nu er naar Tsjechisch recht geen rechtsmiddel openstaat tegen de Resolution, de betekenis van de Resolution niet kan zijn dat deze de rechtskracht aan de Final Award ontneemt, respectievelijk dat het hof zonder toereikende motivering heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat de Final Award is voorzien van een ‘clause of legal force’, niet tot een ander oordeel leidt.

3.4.4 Blijkens het eerste deel van rov. 3.7 heeft het hof de in art. V van de arbitrageovereenkomst voorziene mogelijkheid dat het arbitrale vonnis op verzoek van (een van) partijen ter herziening kan worden voorgelegd aan andere arbiters, in het licht van het Tsjechische arbitragerecht aldus uitgelegd dat het arbitrale vonnis (hier: de Final Award) zijn rechtskracht kan verliezen door de arbitrale uitspraak (hier: de Resolution) van de met de herziening belaste arbiters, en dat laatstgenoemde uitspraak het sluitstuk is van de tussen partijen in Tsjechië gevoerde arbitrageprocedure. Deze uitleg van de – door partijen zelf in overeenstemming met het Tsjechische arbitragerecht gekozen – inrichting van de arbitrageprocedure is niet onbegrijpelijk.

Diag mist belang bij de klacht dat het hof(in rov. 3.9) niet in het midden had mogen laten of naar Tsjechisch recht de mogelijkheid heeft bestaan een rechtsmiddel aan te wenden tegen de Resolution, in het licht van het vaststaande feit dat zij geen poging heeft ondernomen om tegen de Resolution een rechtsmiddel (bij de Tsjechische overheidsrechter) aan te wenden.

In het licht van de hiervoor bedoelde uitleg van de inrichting van de arbitrageprocedure is voorts niet onbegrijpelijk dat het hof (in rov. 3.9) niet van belang heeft geacht dat de Final Award in Tsjechië is voorzien van een ‘clause of legal force’. De inrichting van de arbitrageprocedure bracht immers mee dat de Final Award kon worden onderworpen aan herziening door andere arbiters, en dat hun oordeel (in de Resolution) de rechtskracht aan de Final Award zou kunnen ontnemen, ongeacht of de Final Award is voorzien van een ‘clause of legal force’.

De hiervoor in 3.4.3 weergegeven motiveringsklachten van onderdeel 2B kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

3.4.5 Onderdeel 2B klaagt voorts (onder (ii) en (iv)) dat het hof een onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven door te oordelen dat het feit dat de Resolution in het dictum niet expliciet vermeldt dat de Final Award is tenietgedaan, niet tot een ander oordeel kan leiden, respectievelijk dat het hof een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de Resolution door doorslaggevende betekenis toe te kennen aan rov. 4.4 daarvan.

3.4.6 Deze klachten treffen evenmin doel. De door het hof aan de Resolution gegeven uitleg is niet onbegrijpelijk. Blijkens de hiervoor in 3.1 onder (vii) aangehaalde rov. 4.4 van de Resolution hebben arbiters toepassing gegeven aan het Tsjechische arbitragerecht en zich rekenschap gegeven van de rechtspraak van de hoogste rechters in Tsjechië. De door het hof in rov. 3.7 aangehaalde conclusie van arbiters dat voor hen "no other choice than to discontinue the arbitration" bestond, en de daaraan door het hof gegeven uitleg dat arbiters daarmee doelden op de gehele arbitrageprocedure vanaf de Review Partial Award, omdat met de Partial Award en de Review Partial Award het gehele geschil dat in de arbitrage voorlag, reeds was beslecht, strookt met rov. 4.4 van de Resolution. In het licht van een en ander is niet onbegrijpelijk dat het hof geen betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat het dictum van de Resolution niet expliciet vermeldt dat de Final Award is tenietgedaan.

3.4.7 In dit verband verdient opmerking dat het hof (in rov. 3.7) terecht heeft overwogen dat art. 985 Rv (in verbinding met art. 1075 (oud) Rv en art. 1076 lid 6 (oud) Rv) niet toestaat dat de zaak in het kader van het onderhavige verzoek aan een nieuwe inhoudelijke beoordeling wordt onderworpen.

3.4.8 Ten slotte keert onderdeel 2A onder (ii) zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.10) dat het in hoger beroep vermeerderde verzoek van Diag strekkende tot erkenning van de Partial Award geen bespreking meer behoeft.

3.4.9 Ook deze klacht faalt. Blijkens de gedingstukken beoogt Diag met haar verzoek tot erkenning van de Partial Award louter te bewerkstelligen dat zij zich in Nederland erop kan beroepen dat volgens de Partial Award slechts over een deel van haar vorderingen is beslist en dat over het resterende deel nog moet worden beslist. Nu het hof (in rov. 3.7) heeft geoordeeld – kort gezegd – dat in de Resolution is beslist dat met de Partial Award en de Review Partial Award het gehele geschil dat in de arbitrage voorlag, was beslecht, en deze uitleg van de Resolution in cassatie tevergeefs wordt bestreden (zie hiervoor in 3.4.6), kon het hof oordelen dat Diags verzoek tot erkenning van de Partial Award geen bespreking meer behoeft.

3.4.10 Het vorenstaande betekent dat onderdeel 2 niet tot cassatie kan leiden.

3.5.1 Het hof heeft aan zijn oordeel dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen, de gevolgtrekking verbonden dat de Final Award niet kan worden aangemerkt als een rechtsgeldige, finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van art. III, eerste volzin, Verdrag van New York (rov. 3.6 en 3.7), en dat de Final Award daarom niet kan worden voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging op de voet van art. 1075 (oud) Rv in verbinding met het Verdrag van New York, dan wel art. 1076 (oud) Rv (rov. 3.9).

Dit oordeel wordt door onderdeel 1 bestreden op de grond – kort gezegd – dat het hof de betekenis van de Resolution voor de rechtskracht van de Final Award ten onrechte heeft beoordeeld in het kader van art. III Verdrag van New York, in plaats van in het kader van art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York.

3.5.2 Onderdeel 1 kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Immers, ook indien – zoals onderdeel 1 betoogt en anders dan het hof heeft overwogen – tot uitgangspunt wordt genomen dat de Final Award een scheidsrechterlijke uitspraak is in de zin van art. III in verbinding met art. I lid 2 Verdrag van New York, is geen andere conclusie mogelijk dan dat

de erkenning en tenuitvoerlegging van de Final Award moet worden geweigerd op de in art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York genoemde weigeringsgrond. Daartoe wordt het volgende overwogen.

3.5.3 Art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York luidt in de authentieke Engelse tekst:

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

(…)

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

In de authentieke Franse tekst luidt deze bepaling:

"1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

(…)

(e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue."

In de Nederlandse vertaling luidt deze bepaling:

"1. De erkenning en tenuitvoerlegging van de uitspraak zullen slechts dan, op verzoek van de partij tegen wie een beroep op de uitspraak wordt gedaan, geweigerd worden, indien die partij aan de bevoegde autoriteit van het land waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht, het bewijs levert:

(…)

(e) dat de uitspraak nog niet bindend is geworden voor partijen of is vernietigd of haar tenuitvoerlegging is geschorst door een bevoegde autoriteit van het land waar of krachtens welks recht die uitspraak werd gewezen."

3.5.4 De uitleg van de bepalingen van het Verdrag van New York dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51 en 1985, 79; hierna: Verdrag van Wenen), die moeten worden beschouwd als codificatie van het geldende volkenrecht inzake de uitleg van verdragen (vgl. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2363, NJ 2018/144 (High Point/KPN), rov. 4.1.4, en HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992 (Maximov/NLMK), rov. 3.4.2).

Op grond van art. 31 lid 1 Verdrag van Wenen moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, Verdrag van Wenen volgt dat behalve met de context ook rekening dient te worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van dat verdrag vormt.

3.5.5 Volgens de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden kan de uitkomst van een herziening van een arbitraal vonnis door andere arbiters (zogenoemde appelarbiters) ertoe leiden dat het bindend effect aan dat arbitraal vonnis wordt ontnomen,

en vormt het ontbreken van bindend effect in dat geval een weigeringsgrond als bedoeld in art. V lid 1, aanhef en
onder e, Verdrag van New York (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.20).

3.5.6 In het onderhavige geval heeft Tsjechië gebruikgemaakt van de in art. V van de arbitrageovereenkomst voorziene mogelijkheid om de Final Award aan herziening door andere arbiters te onderwerpen. Deze herziening heeft geresulteerd in de Resolution. Het hof heeft de Resolution aldus uitgelegd dat deze de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen. Laatstgenoemd oordeel wordt door onderdeel 2 tevergeefs bestreden (zie hiervoor in 3.4.1-3.4.10).

De omstandigheid dat de Resolution – in de uitleg van het hof – de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen, moet op een lijn worden gesteld met het in art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York bedoelde geval dat een bevoegde autoriteit de arbitrale uitspraak heeft vernietigd (vgl. HR 7 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD7489, NJ 1976/274 (SEEE/Joegoslavië II)). In dit verband komt geen betekenis toe aan de omstandigheid dat het dictum van de Resolution niet met zoveel woorden vermeldt dat de Final Award is vernietigd.

3.5.7 Een en ander betekent dat de erkenning en tenuitvoerlegging van de Final Award afstuit op de weigeringsgrond van art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York. Dit staat in de weg aan toewijzing van Diags primaire verzoek op de voet van art. 1075 (oud) Rv in verbinding met het Verdrag van New York (zie hiervoor in 3.2.1).

Art. 1076 lid 1, aanhef en onder A onder e, (oud) Rv bevat een met art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York overeenstemmende weigeringsgrond, hetgeen in de weg staat aan toewijzing van Diags subsidiaire verzoek op de voet van art. 1076 (oud) Rv (zie hiervoor in 3.2.1).

3.5.8 Opmerking verdient nog dat Diag in de feitelijke instanties niet het standpunt heeft ingenomen dat sprake is van een bijzonder geval als bedoeld in HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992 (Maximov/NLMK), rov. 3.4.6, op grond waarvan de Final Award moet worden erkend of van verlof tot tenuitvoerlegging moet worden voorzien, hoewel daaraan de rechtskracht is ontnomen door de Resolution. Overigens valt ook niet in te zien dat zich hier een dergelijk bijzonder geval voordoet.

3.6.1 Onderdeel 3 richt klachten tegen de verwerping door het hof (in rov. 3.7 en 3.8) van het betoog van Diag dat de Resolution is tot stand gekomen op een wijze die strijdig is met de openbare orde.

3.6.2 Het hof heeft (in rov. 3.7) terecht overwogen dat aan de Resolution geen effect zou toekomen indien deze tot stand is gekomen op een wijze die strijdig is met de openbare orde. Vervolgens heeft het hof (in rov. 3.8) geoordeeld dat in dit geval niet is gebleken van concrete feiten en omstandigheden die nopen tot de conclusie dat de Resolution het resultaat is van rechtspraak die als partijdig en afhankelijk moet worden aangemerkt. Laatstgenoemd oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat een groot deel van de door Diag genoemde feiten en omstandigheden geen betrekking heeft op de wijze waarop de Resolution tot stand is gekomen, dan wel zonder nadere toelichting niet valt in te zien waarom die feiten en omstandigheden de gevolgtrekking zouden rechtvaardigen dat de Resolution op een met de openbare orde strijdige wijze tot stand is gekomen.

3.6.3 Opmerking verdient nog dat de klacht over de wijze van samenstelling van het scheidsgerecht dat de Resolution heeft gewezen, miskent dat het enkele feit dat de Tsjechische overheidsrechter tot benoeming van twee arbiters is overgegaan, niet betekent

dat de Resolution, waarbij Tsjechië als partij is betrokken, in strijd met de openbare orde tot stand is gekomen. Deze wijze van benoeming van de arbiters strookte met de tussen partijen gemaakte afspraak, die inhield dat de overheidsrechter tot benoeming van arbiters zou overgaan indien partijen hierin niet binnen de gestelde termijn in onderling overleg zouden slagen.

3.7 De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.8 Het principale beroep faalt. Daarmee is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld niet vervuld, zodat het geen behandeling behoeft.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Diag in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Tsjechië begroot op € 854,34 aan verschotten en € 1.800,-- voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president G. de Groot op 15 juni 2018.