ECLI:NL:PHR:2018:307

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	30-03-2018
Datum publicatie	15-06-2018
Zaaknummer	17/02024
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:918, Contrair
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
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

Conclusie

Zaaknr: 17/02024

mr. P. Vlas

Zitting: 30 maart 2018

Conclusie inzake:

Diag Human SE, gevestigd te Vaduz, Liechtenstein

tegen

De Republiek Tsjechië, zetelend te Praag, Tsjechië

In deze zaak gaat het om de erkenning en de tenuitvoerlegging in Nederland van een Tsjechisch arbitraal vonnis dat krachtens de arbitrageovereenkomst onderworpen is geweest aan herziening door andere arbiters. In cassatie heeft het geschil betrekking op de vraag of het arbitraal vonnis door de uitkomst van de arbitrale herzieningsprocedure bindende kracht mist. Aan de orde is de vraag of art. III van het Arbitrageverdrag van New York (hierna: Verdrag van New York)[1] in die zin moet worden uitgelegd dat het ontbreken van bindende kracht in de weg staat aan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis onder het Verdrag.

1.Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.[2] Tussen Diag Human SE (hierna: Diag) en de Republiek Tsjechië (hierna: Tsjechië) is een geschil ontstaan naar aanleiding van de 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 arbitrale overeenkomst van 18

september 1996 overeengekomen dat het geschil beslist zal worden door middel van een arbitraal geding volgens Tsjechisch recht, door onafhankelijke en onpartijdige arbiters. Daarnaast zijn partijen in art. V van de arbitrale overeenkomst overeengekomen dat het arbitrale vonnis op verzoek van één of beide partijen ter herziening kan worden voorgelegd aan andere arbiters.

1.2 Diag heeft het geschil op grond van de arbitrale overeenkomst 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.

1.3 In een op de voet van art. V van de arbitrale overeenkomst 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.

1.4 Op 25 juni 2002 hebben arbiters een Partial Arbitration Award (hierna: de Partial Award) gewezen. Die award waarin Diag in de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gedane uitspraak 'the Claimant' wordt genoemd en Tsjechië 'the Respondent', luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'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.'

1.5 In een op de voet van art. V van de arbitrale overeenkomst 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.

1.6 Op 4 augustus 2008 hebben arbiters een Final Award (hierna: de Final Award) gewezen. Die award waarin Diag in de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gedane uitspraak 'the plaintiff' wordt genoemd en Tsjechië 'the defendant', luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'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.'

1.7 In een op de voet van art. V van de arbitrale overeenkomst gevoerd geding hebben (weer) andere arbiters bij Resolution van 23 juli 2014 (hierna: de Resolution), waarin Diag in de Engelse vertaling van de in het Tsjechisch gedane uitspraak 'claimant' wordt genoemd en Tsjechië 'defendant', onder meer en voor zover hier van belang, beslist:

'I The proceedings are discontinued.

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

1.8 Diag heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om de Final Award van 4 augustus 2008 te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien op de voet van art. 1075 Rv (oud) en art. III Verdrag van New York. Tsjechië heeft verweer gevoerd en een aantal – al dan niet voorwaardelijke – tegenverzoeken ingediend, onder meer strekkend tot erkenning van de Resolution in Nederland en het opleggen van een verplichting aan Diag tot het stellen van zekerheid als de voorzieningenrechter het verzochte verlof tot tenuitvoerlegging zou verlenen.

1.9 Bij beschikking van 12 november 2015 heeft de voorzieningenrechter het verzoek van Diag afgewezen. Daartoe heeft hij – samengevat – overwogen dat in de Resolution slechts 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 de Review Partial Award, geen effect sorteren.

1.10 Diag is van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. Bij beschikking van 21 februari 2017 heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Het verzoek van Diag dient te worden getoetst aan art. 1075 (oud) Rv alsmede aan het Verdrag van New York waarbij Nederland en Tsjechië partij zijn. Daarnaast is het Tsjechische arbitragerecht van toepassing en voorziet de arbitrageovereenkomst uitdrukkelijk in de mogelijkheid van onderwerping van een arbitraal vonnis aan herziening door andere arbiters. Art. III, eerste zin, 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 (rov. 3.6). Tussen partijen staat vast dat Tsjechië gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de Final Award aan herziening door andere arbiters te onderwerpen en dat dit heeft geresulteerd in de Resolution die het sluitstuk van de arbitrageprocedure vormt en naar Tsjechisch arbitragerecht rechtsgeldig tot stand is gekomen. Blijkens de inhoud van de Resolution heeft de Final Award zijn rechtskracht verloren daar met de (Review) Partial Award het gehele geschil is beslecht, welke beslissing in 2002 in kracht van gewijsde is gegaan. Dit heeft tot gevolg dat de arbitrageprocedure na de Review Partial Award had behoren te worden stopgezet en dat deze daarmee 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: 'had no other choice than to discontinue the arbitration') hetgeen niet de reviewprocedure als zodanig betreft, maar de gehele arbitrageprocedure vanaf de Review Partial Award. De Final Award kan derhalve niet worden aangemerkt als een onherroepelijke, finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van art. III Verdrag van New York of van art. 1076 (oud) Rv. Aan de Resolution kan geen effect worden ontzegd op grond van strijdigheid met de openbare orde (rov. 3.7 en 3.8). De Resolution heeft de rechtskracht aan de Final Award ontnomen, waarbij in het midden kan blijven of naar Tsjechisch recht de mogelijkheid heeft bestaan een rechtsmiddel tegen de Resolution aan te wenden. Het voorgaande brengt mee dat het verlof tot tenuitvoerlegging van de Final Award niet kan worden verleend. Dat de Final Award in Tsjechië is voorzien van een 'clause of legal force' doet hieraan niet af. Het hof Amsterdam heeft de bestreden beschikking bekrachtigd (rov. 3.9). Gelet op deze uitkomst behoeft het verzoek van Diag tot erkenning van de Partial Award geen bespreking (rov. 3.10).

1.11 Diag heeft tegen de beschikking van het hof (tijdig)[3] beroep in cassatie ingesteld. Tsjechië heeft een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep, alsmede een (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld. Diag heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep.

2.Bespreking van het principale cassatiemiddel

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

2.2 2.2 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 3.6 t/m 3.9 van de bestreden beschikking en valt in drie subonderdelen (A, B en C) uiteen. Het onderdeel betoogt in de kern genomen dat het hof met zijn oordelen een onjuiste uitleg heeft gegeven aan art. I, III en V van het Verdrag van New York en blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de consequenties van de Resolution voor de Final Award.

2.3 2.3 Onderdeel 1A voert aan dat het hof een rechtens onjuiste uitleg heeft gegeven aan art. III Verdrag van New York. Het hof heeft in rov. 3.6 ten onrechte geoordeeld dat het voor de toepassing van art. III Verdrag van New York van belang is of het arbitraal vonnis volgens het toepasselijke arbitragerecht rechtsgeldig, finaal en voor partijen bindend is.[4] De mogelijke consequenties die de Resolution naar Tsjechisch recht heeft voor de rechtsgeldigheid en de verbindendheid van de Final Award dienen, anders dan het hof heeft overwogen, niet te worden beoordeeld in het kader van art. III, maar in het kader van art. V, lid 1, onder e Verdrag van New York.[5] De door het hof gevolgde weg heeft het onwenselijke gevolg dat de bewijslast van de bindende kracht van de Final Award in strijd met de ratio van het Verdrag van New York wordt verschoven van Tsjechië naar Diag, aldus het onderdeel.[6]

2.4 In cassatie is onbestreden dat op de onderhavige zaak van toepassing is het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals dit luidde vóór 1 januari 2015, op welk tijdstip de Wet van 2 juni 2014 (modernisering van het arbitragerecht) in werking is getreden.[7] Eveneens is in cassatie onbestreden dat in de onderhavige zaak het Verdrag van New York van toepassing is, waarbij zowel Nederland als Tsjechië partij zijn.[8] Het Verdrag van New York is ingevolge art. I van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken die zijn gewezen op het grondgebied van een andere Staat dan die waar de erkenning en tenuitvoerlegging van zodanige uitspraken wordt verzocht. Art. III verplicht iedere Verdragsluitende Staat arbitrale uitspraken als bindend te erkennen en ten uitvoer te leggen overeenkomstig het nationale procesrecht van de Staat van tenuitvoerlegging, indien is voldaan aan de voorwaarden neergelegd in het Verdrag. Art. IV vereist dat ter verkrijging van de erkenning en tenuitvoerlegging de partij die de erkenning en tenuitvoerlegging verzoekt, bij haar verzoek moet overleggen een origineel of een gewaarmerkt afschrift van het arbitraal vonnis en van de overeenkomst tot arbitrage. Art. V bevat een limitatieve opsomming van de gronden voor weigering van de erkenning en de tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak. De weigeringsgronden genoemd in het eerste lid van art. V dienen te worden aangevoerd en bewezen door de partij tegen wie een beroep op de arbitrale uitspraak wordt gedaan, terwijl de weigeringsgronden genoemd in het tweede lid van art. V ambtshalve door het gerecht kunnen worden toegepast.

2.5 Het hof heeft in rov. 3.6 overwogen dat art. III, eerste zin, van het Verdrag van New York de aanwezigheid veronderstelt van een naar het toepasselijke arbitragerecht geldige arbitrale uitspraak. Volgens het hof rijst derhalve de vraag 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 heeft deze vraag in rov. 3.7-3.9 ontkennend beantwoord. In rov. 3.7 heeft het hof geoordeeld dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen en dat de Final Award derhalve niet kan worden aangemerkt als een onherroepelijke, finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van het Verdrag van New York. In rov. 3.8 heeft het hof overwogen dat 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 gekwalificeerd. Vervolgens is het hof in rov. 3.9 tot de conclusie gekomen dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen en dat derhalve de Final Award niet van een verlof tot tenuitvoerlegging kan worden voorzien.

2.6 Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of het oordeel van het hof in strijd is met art. III (jo. art. I) Verdrag van New York, omdat nadere eisen worden gesteld aan een arbitraal vonnis. Het hof zou daarmee het systeem van het Verdrag van New York hebben miskend.

2.7 De authentieke Engelse tekst van art. III Verdrag van New York luidt als volgt:

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

this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.'

De authentieke Franse tekst van art. III Verdrag van New York luidt als volgt:

'Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.'

De Nederlandse vertaling van art. III Verdrag van New York luidt als volgt:

'Iedere Verdragsluitende Staat zal onder de in de volgende artikelen vervatte voorwaarden scheidsrechterlijke uitspraken als bindend erkennen en ze ten uitvoer leggen overeenkomstig de regelen van rechtsvordering, geldende in het gebied waar een beroep op de uitspraak wordt gedaan. De erkenning of tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken waarop dit Verdrag van toepassing is, zal niet worden onderworpen aan aanzienlijk drukkender voorwaarden of aanzienlijk hogere gerechtskosten dan die waaraan de erkenning of tenuitvoerlegging van de nationale scheidsrechterlijke uitspraken zijn onderworpen.'

2.8 Uit art. III Verdrag van New York volgt dat de verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging onder het Verdrag alleen bestaat in het geval dat sprake is van 'arbitral awards'/'une sentence arbitrale', of – in de Nederlandse vertaling – van 'scheidsrechterlijke uitspraken'. Ook in art. I lid 1 Verdrag van New York, waarin het materieel toepassingsgebied van het Verdrag is aangegeven, is bepaald dat het Verdrag alleen van toepassing is op de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken.

2.9 Een definitie van het begrip 'scheidsrechterlijke uitspraak' ontbreekt in het Verdrag. Bij gebreke daarvan rijst een vraag van uitleg. Vooropgesteld kan worden dat de uitleg van bepalingen van het Verdrag van New York dient te geschieden aan de hand van de uitlegregels van art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: WVV).[9] Deze regels kunnen worden beschouwd als codificatie van het geldende volkenrecht inzake de uitleg van verdragen.[10] Art. 31 WVV bepaalt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Art. 32 WVV bepaalt dat een beroep kan worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en in het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden (*travaux préparatoires*) en de omstandigheden waaronder het desbetreffende verdrag is gesloten. Art. 33 WVV heeft betrekking op de uitlegging van in twee of meer talen opgestelde authentieke teksten. Art. 33 lid 4 WVV bepaalt dat indien de vergelijking met de authentieke verdragsteksten een verschil in betekenis oplevert dat niet door de toepassing van art. 31-32 WVV wordt weggenomen, de betekenis moet worden aangenomen die, rekening houdend met het voorwerp en doel van het verdrag, deze teksten het best met elkaar verzoent. Het doel van het Verdrag van New York is het faciliteren van de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken met toepassing van een eenvoudige en snelle procedure. Zoals reeds opgemerkt, geeft het Verdrag van New York geen definitie van het begrip 'scheidsrechterlijke uitspraak'. Ook uit de *travaux préparatoires* van het Verdrag van New York blijkt niet wat onder dit begrip moet worden verstaan. De Verdragsluitende Staten konden geen overeenstemming bereiken over een definitie, zodat uiteindelijk is besloten om het begrip ongedefinieerd te laten.[11]

2.10 In art. I lid 2 Verdrag van New York is slechts het volgende bepaald:

'The term "arbitral awards" shall include not only awards made by arbitrators appointed for each

case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted'.

In de authentieke Franse tekst:

'On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises'.

In de Nederlandse vertaling:

'De uitdrukking "scheidsrechterlijke uitspraken" omvat niet alleen uitspraken, gewezen door voor een bepaald geval benoemde scheidsmannen, doch tevens uitspraken, gewezen door permanente scheidsrechterlijke instanties waaraan partijen zich hebben onderworpen'.

Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b WVV volgt dat behalve met de context ook rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan. Hieruit volgt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van het desbetreffende verdrag vormt.[12]

2.11 In zijn beschikking van 26 oktober 1973 inzake *SEEE/Joegoslavië I* heeft de Hoge Raad het begrip 'scheidsrechterlijke uitspraak' onder het Verdrag van New York nader geduid.[13] De Hoge Raad heeft het volgende overwogen:

'dat volgens art. I, lid 2, en II, lid 1, van het Verdrag de term 'scheidsrechterlijke uitspraken' alle uitspraken omvat, welke door scheidsmannen zijn gewezen ingevolge een overeenkomst, waarbij pp. zich hebben verbonden aan een uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen alle of bepaalde geschillen welke tussen hen zijn gerezen of welke tussen hen zouden kunnen rijzen naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking'.

Met een scheidsrechterlijke uitspraak wordt gedoeld op beslissingen die volgens een regeling inzake arbitrage tot stand zijn gekomen. Het Verdrag van New York is derhalve niet van toepassing op met arbitrage vergelijkbare rechtsfiguren zoals het bindend advies.[14] Geconcludeerd kan worden dat een scheidsrechterlijke uitspraak aan de volgende voorwaarden moet voldoen: (i) de beslissing moet afkomstig zijn van een arbitraal tribunaal, (ii) de beslissing moet zijn tot stand gekomen naar aanleiding van een overeenkomst tot arbitrage, en (iii) de beslissing moet een definitief (*final*) inhoudelijk oordeel inhouden over (een deel van de) vorderingen in een juridisch geschil tussen partijen.[15] Voor de toepassing van het Verdrag van New York gaat het dus vooral om de vraag of een beslissing is aan te merken als een scheidsrechterlijke uitspraak dan wel als een ander type beslissing waarop het Verdrag niet van toepassing is.

2.12 Een van de kenmerken van het Verdrag van New York is dat – anders dan onder de toepassing van het Arbitrageverdrag van Genève[16] het geval was – een 'dubbel exequatur' niet wordt verlangd. Een dubbel exequatur houdt in dat erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis slechts mogelijk is indien in het land van herkomst verlof tot tenuitvoerlegging is verleend.[17] Krachtens art. 1, lid 2, onder d, van het Verdrag van Genève gold als vereiste voor het verkrijgen van verlof tot tenuitvoerlegging dat het arbitraal vonnis definitief (*final*) was geworden in het land van herkomst. Het woord definitief (*final*) kon aldus worden uitgelegd dat tegen het arbitraal vonnis in het land van herkomst niet langer rechtsmiddelen met een korte beroepstermijn open stonden.[18] Op grond van art. 4 lid 2 Verdrag van Genève diende de partij die tenuitvoerlegging verzocht te bewijzen dat de beslissing definitief was geworden. Uit art. 1, aanhef en onder d, van het Verdrag van Genève volgde dat een arbitraal vonnis niet als definitief (*final*) kon worden beschouwd indien daartegen nog verzet, beroep of voorziening in cassatie (in de landen waar deze rechtsmiddelen bestaan) mogelijk was, of indien een geding aanhangig was om de geldigheid van de uitspraak te betwisten. In de praktijk kon de verzoekende partij hieraan slechts

voldoen door het overleggen van een exequatur verleend in het land van herkomst van het arbitraal vonnis. Aangezien in het land waar tenuitvoerlegging werd verzocht ook een exequatur werd verlangd, leidde dit tot het systeem van het 'dubbele exequatur'. Door de opstellers van het Verdrag van New York werd dit systeem belastend en ontoereikend geacht. Het woord *final* is daardoor in art. III Verdrag van New York vervangen door het woord *binding*. Daarnaast verplicht art. III Verdrag van New York een Verdragsluitende Staat scheidsrechterlijke uitspraken te erkennen en ten uitvoer te leggen met toepassing van een eenvoudige en snelle procedure, terwijl art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York onder meer bepaalt dat tenuitvoerlegging kan worden geweigerd indien een arbitraal vonnis nog niet bindend is geworden.

2.13 Onder het Verdrag van New York is de bewijslast aangaande (het ontbreken van) de bindende kracht van een scheidsrechterlijke uitspraak verschoven naar de partij tegen wie een beroep op de scheidsrechterlijke uitspraak wordt gedaan.[19] Op grond van art. IV Verdrag van New York worden aan de partij die de erkenning en de tenuitvoerlegging van een scheidsrechterlijke uitspraak verzoekt, derhalve geen andere eisen gesteld dan de overlegging van een origineel of een gewaarmerkt afschrift van die uitspraak en van de overeenkomst tot arbitrage. De partij tegen wie beroep op de uitspraak wordt gedaan dient het bewijs te leveren van het bestaan van een weigeringsgrond onder art. V lid 1 Verdrag van New York. Daarnaast kunnen de weigeringsgronden van art. V lid 2 Verdrag van New York ambtshalve door de rechter worden toegepast.

2.14 Art. V lid 1 Verdrag van New York luidt, voor zover thans van belang, in de Engelse authentieke tekst als volgt:

'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 Franse authentieke tekst:

'1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refuses, 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:

'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.'

2.15 Het bindende karakter van een scheidsrechterlijke uitspraak onder het nationale recht is

derhalve geen constitutief vereiste van een scheidsrechterlijke uitspraak in de zin van het Verdrag van New York. Het ontbreken van bindend effect levert daarentegen wel een weigeringsgrond op onder art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York.[20] Slechts indien *prima facie* blijkt dat een beslissing geen scheidsrechterlijke uitspraak is in de zin van het Verdrag van New York, mist het Verdrag toepassing en zal om die reden de erkenning en de tenuitvoerlegging moeten worden geweigerd. Indien een beslissing daarentegen voldoet aan de hierboven genoemde vereisten en dus niet *prima facie* blijkt dat het geen scheidsrechterlijke uitspraak is, zal de partij tegen wie een beroep op die uitspraak wordt gedaan zich moeten beroepen op de gronden van art. V lid 1 Verdrag van New York om weigering van de erkenning en de tenuitvoerlegging te bewerkstelligen.[21]

2.16 Het hierboven uiteengezette systeem van het Verdrag van New York blijkt ook uit de reeds genoemde beslissing van de Hoge Raad inzake *SEEE/Joegoslavië I.* Deze zaak betrof de erkenning en de tenuitvoerlegging in Nederland van een in Lausanne (Zwitserland) gegeven beslissing door twee arbiters in een geschil tussen de Franse vennootschap SEEE en Joegoslavië. In een door Joegoslavië aanhangig gemaakte procedure tot vernietiging van de arbitrale beslissing heeft de rechter in het Zwitserse kanton Vaud (waarin Lausanne is gelegen) geoordeeld dat deze beslissing niet voor vernietiging in aanmerking komt, omdat het door de arbiters getekende stuk geen arbitraal vonnis is in de zin van het toepasselijke arbitragerecht van het kanton Vaud op grond waarvan een oneven aantal arbiters is vereist. Het hof 's-Gravenhage heeft het verlof tot tenuitvoerlegging van de beslissing geweigerd, omdat het stuk niet voldeed aan de vereisten van het Zwitserse arbitragerecht (van het kanton Vaud) en daarmee niet is een scheidsrechterlijke uitspraak 'gewezen als in het Verdrag [van New York, A-G] bedoeld op het grondgebied van een andere verdragsstaat dan Nederland'. De Hoge Raad heeft de beschikking van het hof vernietigd, omdat het hof op onjuiste gronden tot dit oordeel was gekomen. De Hoge Raad heeft, kort samengevat, overwogen dat het hof de erkenning en de tenuitvoerlegging van de arbitrale beslissing niet had mogen weigeren buiten het kader van een onderzoek naar de in art. V lid 1 Verdrag van New York genoemde weigeringsgronden. Het verband tussen het arbitraal vonnis en het recht van het land waar dit vonnis is gewezen, behoeft slechts aan de orde te komen in het kader van het onderzoek naar het bestaan van weigeringsgronden van art. V lid 1 Verdrag van New York en in het bijzonder de weigeringsgronden genoemd in sub a, d en e, aldus de Hoge Raad.

2.17 Dat in de onderhavige zaak de Final Award bepaalt dat het arbitraal vonnis *final and binding* is in de zin van art. III Verdrag van New York onder het voorbehoud van de mogelijkheid de Final Award te onderwerpen aan een herziening, maakt het voorgaande niet anders. Zoals hierboven is uiteengezet, volgt uit het systeem van het Verdrag van New York dat de vraag of een scheidsrechterlijke uitspraak onder het toepasselijke nationale recht bindende kracht mist, slechts aan de orde komt bij de weigeringsgrond van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York.

2.18 Gelet op het voorgaande heeft het hof in rov. 3.6 het systeem van het Verdrag van New York en de daarin opgenomen bewijslastverdeling miskend door te oordelen dat art. III, eerste zin, van het Verdrag van New York de aanwezigheid veronderstelt van een naar het toepasselijke arbitragerecht geldige scheidsrechterlijke uitspraak en dat het Verdrag slechts van toepassing is indien er sprake is van een rechtsgeldige, finale en partijen bindende arbitrale beslissing. Het hof heeft daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat de klacht slaagt.

2.19 Nu de klacht van onderdeel 1A naar mijn mening slaagt, dient in de procedure na verwijzing alsnog te worden beoordeeld of in het licht van de door het Verdrag van New York voorgeschreven bewijslastverdeling de tenuitvoerlegging moet worden geweigerd op grond van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York.[22] In dat kader kan de betekenis van de Resolution aan de orde komen.

2.20 De vraag of een arbitraal vonnis bindend is geworden in de zin van art. V, lid 1, aanhef en onder

e Verdrag van New York, moet worden beantwoord door het nationale recht van het land van herkomst van de scheidsrechterlijke uitspraak.[23] In het algemeen wordt een arbitraal vonnis in ieder geval als niet bindend beschouwd indien daartegen arbitraal hoger beroep openstaat bij een overheidsrechter of bij appelarbiters.[24] In het onderhavige geval is sprake van herziening door andere arbiters, hetgeen als een gewoon rechtsmiddel kan worden aangemerkt. De mogelijkheid van herziening dan wel de uitkomst van die herziening staat derhalve aan het aannemen van bindende kracht in de weg.[25] Het ontbreken van bindend effect kan in dat geval een weigeringsgrond opleveren.

2.21 2.21 Onderdeel 1B betoogt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof met toepassing van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York de door Diag verzochte erkenning en het verlof tot tenuitvoerlegging niet had mogen weigeren, nu de Resolution een procesrechtelijke beslissing is en daarmee niet een beslissing die in Nederland kan worden erkend. Aan de voorwaarden van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York is niet voldaan, aldus het onderdeel.

2.22 De klacht van onderdeel 1B berust op een verkeerde lezing van de bestreden beschikking. Het hof heeft – weliswaar onjuist – art. III, eerste zin, Verdrag van New York toegepast en niet art. V, lid 1, aanhef en onder e. De klacht kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het onderdeel faalt.

2.23 2.23 Onderdeel 1C betoogt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de Resolution zowel onder de vigeur van art. III (jo. art. I) als van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York niet kan leiden tot een door de Nederlandse rechter verplicht te erkennen rechtskrachtverlies van de Final Award. De uitleg die het hof heeft gegeven aan de Resolution impliceert immers dat aan Diag rechten worden ontnomen zonder dat aan haar rechtsbescherming toekomt. Het Verdrag van New York dient te worden uitgelegd in overeenstemming met internationaal aanvaarde maatstaven, waaronder art. 6 en 13 EVRM, art. 1 EP EVRM en art. 14 IVBPR. Daarnaast heeft het hof, voor zover de Resolution moet worden gezien vanuit de weigeringsgronden van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York, miskend dat geen verplichting bestaat voor de aangezochte rechter tot weigering van een verzoek om erkenning en van het verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis, aldus het onderdeel.

2.24 Voor zover het middel tot uitgangspunt neemt dat het hof het verlenen van het verlof tot tenuitvoerlegging heeft geweigerd op grond van art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York, gaat het uit van een verkeerde lezing van de beschikking en kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers de tenuitvoerlegging geweigerd op de grond van art. III Verdrag van New York.

2.25 Voor het overige geldt dat het hof in rov. 3.7 en 3.9 heeft geoordeeld dat de Final Award blijkens de inhoud van de Resolution rechtskracht heeft verloren, dan wel dat de Resolution rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen. Vervolgens heeft het hof in rov. 3.9, voor zover relevant, het volgende overwogen:

'(…) 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. (…)'.

2.26 Met deze overweging is het hof ingegaan op de tweede grief van Diag, waarin is betoogd dat de Resolution niet toetsbaar is door de Tsjechische overheidsrechter, omdat het geen arbitraal vonnis is waartegen een rechtsmiddel kan worden ingesteld. Met deze grief is Diag opgekomen tegen het oordeel van de voorzieningenrechter in rov. 4.9.6 van de beschikking van 12 november 2015 dat het met betrekking tot de betekenis van de Resolution voor de Final Award niet de bedoeling is om een onderzoek in te stellen naar de merites van de Resolution, aangezien de bevoegdheid

daartoe is voorbehouden aan de gewone rechter in Tsjechië als de rechter van het land van herkomst van de Resolution. In hoger beroep hebben partijen getwist over de vraag of onder het toepasselijke Tsjechische recht een rechtsmiddel openstond tegen de Resolution.[26] Het hof is uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat in het midden kan blijven of een rechtsmiddel tegen de Resolution openstond, omdat partijen geen rechtsmiddel hebben aangewend.

2.27 Het hof heeft in rov. 3.6 – onbestreden in cassatie – geoordeeld dat het Tsjechische recht het toepasselijke arbitragerecht is. Het is aan de rechter in feitelijke instanties om te bepalen of naar Tsjechisch recht een rechtsmiddel tegen de Resolution kan worden aangewend. Dat partijen niet hebben gepoogd een rechtsmiddel in te stellen kan niet tot de conclusie leiden dat in het midden kan blijven of naar Tsjechisch recht die mogelijkheid heeft bestaan.

2.28 Nog onlangs heeft Uw Raad geoordeeld dat art. V lid 1 Verdrag van New York:

'de rechter een zekere beoordelingsruimte toekent om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien, ook indien zich in het concrete geval een of meer van de in deze bepaling vervatte weigeringsgronden aandienen'.[27]

De Hoge Raad heeft daarbij voorts overwogen dat nu deze beoordelingsruimte een uitzondering vormt op het stelsel van art. V lid 1 Verdrag van New York, de rechter daarvan slechts in bijzondere gevallen gebruik kan maken. Op de partij die in weerwil van het bestaan van een weigeringsgrond erkenning of tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis verzoekt, rust in dat geval de stelplicht en de bewijslast van het bestaan van feiten en omstandigheden die rechtvaardigen dat aan die weigeringsgrond(en) wordt voorbijgegaan.[28] In de onderhavige zaak is het na verwijzing aan de feitenrechter om te oordelen of Diag voldoende heeft gesteld en heeft bewezen dat aan de weigeringsgrond voorbij moet worden gegaan (zie ook onder 2.19 van deze conclusie). De rechter zal dan eveneens moeten beoordelen in hoeverre daarbij de omstandigheid een rol speelt dat tegen de Resolution al dan niet een rechtsmiddel kan worden ingesteld. De klacht slaagt derhalve.

2.29 2.29 Onderdeel 2 komt met rechts-en motiveringsklachten op tegen de oordelen van het hof in rov. 3.7, 3.9 en 3.10 van de bestreden beschikking over de uitleg en de consequenties van de Resolution voor de Final Award. Het onderdeel valt in twee subonderdelen (A en B) uiteen, die gezamenlijk kunnen worden behandeld.

2.30 2.30 Onderdeel 2A klaagt onder (i) dat het hof in rov. 3.7 blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich, na de vaststelling dat de Resolution naar Tsjechisch arbitragerecht rechtsgeldig tot stand is gekomen, te beperken tot uitsluitend (een interpretatie van bepaalde delen van) de tekst van de Resolution voor de vaststelling van de betekenis daarvan voor de (rechtskracht van de) Final Award zonder de Resolution naar Tsjechisch recht te duiden met inachtneming van de overige door Diag aangevoerde omstandigheden van het geval. Onder (ii) klaagt het onderdeel dat het hof ten onrechte het verzoek tot erkenning van de (Review) Partial Award onbesproken heeft gelaten. Onderdeel 2B richt motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat de Resolution de rechtskracht heeft ontnomen aan de Final Award. Tegenover de stellingen van Diag en mede in het licht van de door het hof miskende stelplicht- en bewijslastverdeling zoals neergelegd in het Verdrag van New York, is het oordeel van het hof ontoereikend gemotiveerd, aldus het onderdeel.

2.31 Zoals hierboven opgemerkt, is in cassatie onbestreden het uitgangspunt van het hof dat het Tsjechische recht het toepasselijke arbitragerecht is. Voor zover het onderdeel inhoudt dat het hof het Tsjechische recht onjuist heeft toegepast, stuit het af op het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO. Wel kan in cassatie worden getoetst of het hof een begrijpelijk dan wel voldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven over de inhoud en strekking van de Resolution.

2.32 In rov. 3.7 heeft het hof geoordeeld dat de Resolution naar Tsjechisch arbitragerecht rechtsgeldig

tot stand is gekomen en heeft het hof uitleg gegeven aan de inhoud van de Resolution. Hierbij is het hof niet ingegaan op de discussie die in feitelijke instanties tussen partijen is gevoerd over het karakter van een Resolution naar Tsjechisch recht en de vraag welk effect een Resolution kan hebben op de bindende kracht van een arbitraal vonnis dat aan herziening is onderworpen. Het hof heeft kennelijk gemeend dat kan worden volstaan met het geven van uitleg aan de Resolution, waarin het Review Scheidsgerecht het Tsjechische recht heeft toegepast. Volgens het hof valt in de Resolution te lezen dat met de Partial Award en de Review Partial Award het gehele geschil, dat in arbitrage voorlag, is beslecht en dat die beslissing in 2002 in kracht van gewijsde is gegaan. Vervolgens heeft het hof overwogen dat dit volgens het scheidsgerecht dat de Resolution heeft gewezen, naar Tsjechisch arbitragerecht betekent dat de gehele arbitrage vanaf de Review Partial Award had behoren te worden stopgezet en dat de Final Award zijn geldigheid heeft verloren. Het hof heeft overwogen dat het Review Scheidsgerecht om die reden heeft geoordeeld dat de arbitrageprocedure moest worden beëindigd. Volgens het hof is de Final Award aldus buitenspel gezet en kan deze niet worden aangemerkt als een onherroepelijke, finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van het Verdrag van New York of van art. 1076 (oud) Rv.

2.33 In rov. 3.7 heeft het hof uitleg gegeven aan de Resolution, in het bijzonder aan punt 4.4 en het dictum daarvan. In punt 4.4 van de Resolution heeft het Review Scheidsgerecht overwogen dat de uitspraak die formeel als gedeeltelijk wordt betiteld (de Partial Award) in feite geen gedeeltelijke uitspraak is. Ik citeer uit de Nederlandse vertaling van de in het Tsjechisch gestelde Resolution, waarbij de Partial Award is aangeduid als 'Gedeeltelijke Uitspraak':

'Het feit dat de rechtbank niet over de gehele beweerde vordering uitspraak doet, maakt van zijn uitspraak nog geen gedeeltelijke uitspraak (…), ongeacht de naam van die uitspraak. (…)

De bezwaren van de verwerende partij [Tsjechië, A-G] dat de uitspraak die formeel als gedeeltelijk wordt betiteld in feite geen gedeeltelijke uitspraak is, dient dus te worden bevestigd.

Overeenkomstig het arrest van het Hooggerechtshof, dossiernummer 29 Cdo 2254/2011, wordt het gezag van gewijsde bijvoorbeeld ook door een arbitraal vonnis met een finaal karakter verkregen. De arbiters zijn dan ook van mening dat het gezag van gewijsde door het wijzen van de Gedeeltelijke Uitspraak werd verkregen'.[29]

Het Review Scheidsgerecht is derhalve van mening dat het gezag van gewijsde werd verkregen door het wijzen van de Partial Award en de Review Partial Award, waarin is beslist dat de Partial Award in stand moet worden gelaten. Het Review Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat, gelet op het bovenstaande, de arbiters niet anders konden dan de arbitrageprocedure te beëindigen. In rov. 3.7 van de bestreden beschikking heeft het hof de inhoud van de Resolution, in het bijzonder punt 4.4 daarvan, weergegeven en overwogen dat de beëindiging niet de review procedure als zodanig betreft, 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.

2.34 Aan het onderdeel kan worden toegegeven dat de tekst van de Resolution niet geheel duidelijk is, omdat uit een andere passage van de Resolution lijkt te volgen dat de herziening geen rechtsgevolgen heeft voor de Final Award.[30] In punt 4.2 van de Resolution is immers het volgende overwogen:

'Het bezwaar van de eisende partij kan in die zin niet worden aanvaard. Dat neemt niet weg dat het verzoek tot herziening van het arbitraal vonnis geen rechtsgevolgen sorteert, maar dit echter om geheel andere redenen (zie verder)'.[31]

Gelet op deze dubbelzinnigheid hebben partijen in feitelijke instanties onder verwijzing naar juridische opinies uitvoerig gedebatteerd over het karakter van een Resolution en de vraag wat het rechtsgevolg kan zijn van een Resolution door onder meer in te gaan op het onderscheid tussen een 'arbitral award' en een 'resolution'.[32] In zoverre had het, gelet op het door partijen

gevoerde debat, op de weg van het hof gelegen om vast te stellen wat naar Tsjechisch recht het effect van een Resolution op de bindende kracht van een arbitraal vonnis kan zijn. In dit licht bezien meen ik dan ook dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is dan wel onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel slaagt in zoverre.

2.35 2.35 Onderdeel 3 is gericht tegen rov. 3.7 en 3.8 van de bestreden beschikking en betoogt dat het hof heeft miskend dat aan de Resolution geen effect toekomt omdat deze tot stand is gekomen op een wijze die strijdig is met de openbare orde. Volgens het onderdeel heeft het hof daarmee zijn taak als exequaturrechter onder art. V, lid 2, aanhef en onder b Verdrag van New York veronachtzaamd. Het onderdeel valt uiteen in twee subonderdelen (A en B).

2.36 2.36 Onderdeel 3A voert aan dat het hof het betoog van Diag in rov. 3.7 gedenatureerd heeft weergegeven en in rov. 3.8 heeft nagelaten behoorlijk en toereikend gemotiveerd te responderen op de door Diag concreet gesteld en te bewijzen aangeboden feiten, die erop duiden dat het Review Scheidsgerecht dat de Resolution heeft gegeven, niet voldeed aan basale vereisten van (schijn van) onpartijdigheid en onafhankelijkheid en dat het hof daarmee ten onrechte erkenning en tenuitvoerlegging van de Final Award heeft geweigerd op grond van art. III (jo. art. I) en/of art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York.

2.37 Het hof heeft in rov. 3.7 geoordeeld dat de manier waarop het Review Scheidsgerecht is samengesteld niet in strijd is met de openbare orde. In tegenstelling tot hetgeen het middel onder 3.1.2 betoogt, heeft het hof de stellingen van Diag niet te beperkt uitgelegd. Diag heeft namelijk gesteld dat het Review Scheidsgerecht niet onpartijdig en onafhankelijk was, omdat alle (drie) arbiters door Tsjechië zijn benoemd, althans dat Tsjechië overwegende invloed had op de benoeming van deze drie arbiters. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof deze stellingen aldus heeft opgevat dat Diag bezwaren had tegen de manier waarop het scheidsgerecht is samengesteld. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat nu het Review Scheidsgerecht volgens de daartoe geldende regels is samengesteld, van strijd met de openbare orde geen sprake is. Anders dan het middel betoogt, heeft het hof niet nagelaten om de desbetreffende stellingen te behandelen in het kader van de vraag of het toekennen van betekenis aan de Resolution c.q. de erkenning ervan in Nederland in strijd zou komen met de openbare orde. De klacht faalt derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.38 Het oordeel van het hof dat het Review Scheidsgerecht volgens de daartoe geldende regels is samengesteld, is niet onbegrijpelijk.[33] Het hof heeft overwogen dat één arbiter overeenkomstig de arbitrageovereenkomst is benoemd en dat de andere twee arbiters vervolgens zijn benoemd door de overheidsrechter, omdat partijen niet tot overeenstemming konden komen. Zoals het hof in rov. 3.6 heeft overwogen is het Tsjechische arbitragerecht van toepassing. Het hof heeft aldus geoordeeld dat de benoeming van de arbiters conform het Tsjechische arbitragerecht heeft plaatsgevonden. Dit is in lijn met de stellingen van Tsjechië in feitelijke instanties.[34] Daartegenover heeft Diag niets gesteld over de partijdigheid of afhankelijkheid van de overheidsrechter die de arbiters heeft benoemd. Zij heeft evenmin betoogd dat de benoeming heeft plaatsgevonden in strijd met het toepasselijke Tsjechische arbitragerecht. Het onderdeel faalt op dit punt.

2.39 Wel heeft Diag zich tegen de benoemingen door de overheidsrechter in procedures ten overstaan van de Tsjechische hoogste rechter verzet. Het hof heeft dit in rov. 3.7 van de bestreden beschikking onderkend, maar heeft, anders dan het cassatiemiddel betoogt, geen betekenis toegekend aan de intrekking door Diag van dit verzet. Het hof heeft zijn oordeel dat het Review Scheidsgerecht volgens de daartoe geldende regels is samengesteld, niet mede gegrond op de intrekking door Diag van het verzet tegen de benoemingen van arbiters door de Tsjechische overheidsrechter. In tegenstelling tot hetgeen het middel onder 3.1.4 aanvoert, behoefde het hof derhalve niet in te gaan op de redenen van de intrekking door Diag, zodat het onderdeel ook op dit punt faalt.

2.40 Wat betreft de door Diag aangevoerde stellingen inzake de partijdigheid en afhankelijkheid van

het Review Scheidsgerecht, zoals weergegeven onder 3.1.5 van het middel, geldt het volgende. Van belang is dat voor het aannemen van de uitzondering dat geen effect kan toekomen aan de Resolution wegens strijd met de openbare orde, slechts plaats is indien de aanwijzingen die daartoe aanleiding geven voldoende specifiek betrekking hebben op het concreet te beoordelen geval. In het kader van de in het middel genoemde stellingen die zien op de betrokkenheid van arbiters bij fraude, heeft Diag niet aangegeven op welke manier die omstandigheden invloed hebben gehad op de totstandkoming van de Resolution. Diag heeft immers gesteld dat het gaat om diplomafraude aan een universiteit, fraude waarvan het Tsjechische Ministerie van Financiën slachtoffer is geworden en fraude in een andere zaak. Diag heeft niet verduidelijkt wat de relevantie hiervan is voor de Review procedure. Gelet op het bovenstaande is het oordeel van het hof dat 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 gekwalificeerd, niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Tevens kon om die reden het bewijsaanbod ten aanzien van die feiten door het hof worden gepasseerd, omdat de uitkomst van de bewijslevering niet aan de beoordeling van het geschil zou bijdragen.[35] Ook deze klacht faalt derhalve.

2.41 Wat betreft de overige in punten 3.1.1 en 3.1.3 van het middel weergegeven stellingen van Diag, die zien op de beïnvloeding en manipulatie door Tsjechië van de arbitrageprocedure, geldt het volgende. Diag heeft het beweerde onderbouwd met brieven van het Ministerie van Volksgezondheid van 21 november 1996[36] en een brief van politiecommissaris Tomica van 7 december 2004.[37] Daarnaast heeft Diag gesteld dat de beïnvloeding en manipulatie van de arbitrageprocedure wordt ondersteund door passages uit de Final Award. In rov. 3.8 heeft het hof geoordeeld dat in het onderhavige geval niet gebleken is 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. In het licht van de gedingstukken en bij gebrek aan onderbouwing door Diag van haar stellingen dat de desbetreffende omstandigheden ertoe hebben geleid dat de Resolution het resultaat is van partijdige en afhankelijke rechtspraak, is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Ook op dit punt faalt het onderdeel.

2.42 Ten overvloede wijs ik erop dat, anders dan Diag heeft gesteld, uit de genoemde brieven van het Ministerie van Volksgezondheid niet blijkt dat Tsjechië de politie en de Tsjechische veiligheidsdienst heeft ingeschakeld om te zoeken naar belastend materiaal. In de desbetreffende brief is slechts verzocht tot overlegging van beschikbare informatie.[38] Daarnaast volgt niet uit de brief van de politiecommissaris dat het indienen van processtukken in de arbitrage tegen Tsjechië zou worden aangemerkt als een strafbaar feit. De brief behelst een verzoek aan Diag om de voorzittende arbiter van het scheidsgerecht dat de Final Award heeft gewezen, te ontheffen van zijn geheimhoudingsplicht. Diag heeft niet te kennen gegeven op welke manier die brief concreet heeft bijgedragen aan de partijdigheid en afhankelijkheid van de arbiters die de Resolution hebben gewezen of anderszins van invloed is geweest op de totstandkoming van de Resolution. Evenmin blijkt uit de passage in de Final Award dat 'de politie en het Ministerie van Volksgezondheid hebben geprobeerd de arbitrage op een ontoelaatbare wijze te sturen'. Het oordeel van het hof is voldoende gemotiveerd en getuigt, in tegenstelling tot hetgeen Diag in punt 3.1.7 van het cassatiemiddel betoogt, ook niet van een onjuiste rechtsopvatting.

2.43 2.43 Onderdeel 3B betoogt dat het hof blijkens rov. 3.8 zijn taak als exequaturrechter heeft veronachtzaamd doordat het niet op de grondslag van de stellingen van Diag en zo nodig met ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden heeft onderzocht of, en dientengevolge heeft beslist dat wegens het ontbreken van effectieve rechtsbescherming het toekennen van betekenis aan de Resolution c.q. erkenning daarvan in Nederland afstuit op fundamentele beginselen van een behoorlijke (arbitrale) rechtspleging en/of art. 6 en 13 EVRM en art. 1 EP EVRM en/of art. 14 IVBPR.

2.44 Dit onderdeel behoeft in het licht van de bespreking van onderdeel 1C geen behandeling. Het onderdeel faalt, waarbij ik volsta met verwijzing naar punten 2.24-2.28 van mijn conclusie.

2.45 De slotsom is dat het principaal cassatieberoep op onderdelen slaagt.

3.Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

3.1 Het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer onderdelen van het principale beroep gegrond worden bevonden. Nu het principaal beroep naar mijn mening op onderdelen slaagt, is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele middel is ingesteld en moet dit incidentele middel worden behandeld. Het incidentele cassatiemiddel is gericht tegen rov. 3.7 en 3.9 van de bestreden beschikking. Het middel betoogt dat de overwegingen van het hof dat de Final Award blijkens de inhoud van de Resolution zijn rechtskracht heeft verloren (rov. 3.7) en dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen (rov. 3.9), onbegrijpelijk zijn. Volgens het middel veronderstellen beide overwegingen dat de Final Award ooit rechtskracht had, welke veronderstelling onverenigbaar is met de andere overwegingen van het hof, mede bezien in het licht van de stellingen van Tsjechië en de expertopinies van beide partijen. De Final Award heeft nimmer rechtskracht gekregen, aldus het middel.

3.2 In rov. 3.7 heeft het hof overwogen dat de Final Award blijkens de inhoud van de Resolution rechtskracht heeft verloren. Vervolgens heeft het hof overwogen dat de Final Award door de Resolution buitenspel is gezet en om die reden niet kan worden aangemerkt als een onherroepelijke, finale en partijen bindende arbitrale beslissing in de zin van het Verdrag van New York of van art. 1076 (oud) Rv. Hiermee heeft het hof kennelijk de in rov. 3.6 geformuleerde vraag beantwoord, namelijk of de Final Award een rechtsgeldige, finale en partijen bindende arbitrale beslissing is die vatbaar is voor tenuitvoerlegging in Nederland. Volgens het hof is deze vraag gerezen omdat art. III, eerste zin, Verdrag van New York de aanwezigheid veronderstelt van een naar het toepasselijke arbitragerecht geldige arbitral award. In rov. 3.9 heeft het hof tevens overwogen dat de Resolution rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen en dat dit meebrengt dat de Final Award niet kan worden voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging.

3.3 Zoals ik reeds bij de bespreking van het principale cassatiemiddel heb uiteengezet, geldt onder het Verdrag van New York als één van de weigeringsgronden voor erkenning en tenuitvoerlegging dat het arbitraal vonnis nog niet bindend is geworden (art. V, lid 1, aanhef en sub e). In de Engelse authentieke tekst wordt de term *binding* gebruikt. Het is dus onder het Verdrag van New York van belang of een arbitraal vonnis bindend is geworden tussen de partijen. Uit de tekst van het Verdrag blijkt niet eenduidig wat onder de term *binding* moet worden verstaan. Blijkens de geschiedenis van totstandkoming van deze bepaling was het doel van de opstellers te verzekeren dat weigering van erkenning en tenuitvoerlegging mogelijk is zolang er nog gewone rechtsmiddelen tegen een arbitraal vonnis openstaan. Zoals ik onder punt 2.20 van mijn conclusie heb uiteengezet, wordt hieronder verstaan dat tegen het arbitraal vonnis hoger beroep openstaat bij een overheidsrechter of bij appelarbiters. De mogelijkheid van herziening door andere arbiters, zoals in het onderhavige geval, staat in het algemeen in de weg aan het aannemen van bindende kracht.[39]

3.4 Partijen zijn het erover eens dat de mogelijkheid van herziening invloed heeft op de bindende kracht van het arbitraal vonnis. In feitelijke instanties hebben zij naar voren gebracht dat naar Tsjechisch recht een arbitraal vonnis in het geval van een herzieningsverzoek niet direct bindende kracht heeft, maar pas bindend wordt als (i) binnen de termijn om *review proceedings* in te stellen geen procedureel effectief verzoek is ingediend, of (ii) is beslist op het ingediende herzieningsverzoek en het arbitraal vonnis is bevestigd.[40] Tussen partijen is derhalve niet in geschil of de Final Award gedurende de herzieningsprocedure bindend was, maar slechts of de Final Award door de Resolution alsnog finaal en bindend is geworden.[41]

3.5 Daarnaast volgt zowel uit de arbitrageovereenkomst als uit de Final Award zelf dat de Final Award niet direct bindend is geworden tussen partijen, omdat het is onderworpen aan herziening. Ik wijs in dit verband op Art. V van de arbitrageovereenkomst, waarvan de Nederlandse vertaling als volgt luidt:

'De partijen zijn verder overeengekomen dat het arbitrale vonnis onderworpen zal zijn aan een herziening door andere arbiters, die door de partijen op de zelfde manier gekozen worden, indien het verzoek tot herziening aan de wederpartij binnen 30 dagen voorgelegd wordt, te rekenen vanaf de dag waarop de verzoekende partij het arbitraal vonnis heeft ontvangen. De art. II. tot IV. van deze overeenkomst zijn op overeenkomstige wijze van toepassing voor een herziening. *Wanneer het verzoek tot herziening niet aan de wederpartij binnen deze termijn voorgelegd wordt, verkrijgt het vonnis gezag van gewijsde* en de partijen binden zich uit vrije wil hieraan te voldoen binnen de termijn die door de arbiters bepaald wordt, anders kan deze ten uitvoer worden gelegd door een bevoegde rechtbank.'[42] (mijn cursivering, A-G)

In de Final Award is in rov. 14 onder meer het volgende bepaald:

'The arbitral award is final and binding, both parties shall take note that the final effect as of a judicial decision and in accordance with § 28 para 2 of Act No. 216/1994 Coll. on arbitration and the enforcement of arbitral awards, as amended, and article III of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 May 1958 will be judicially enforceable, subject to the possibility of implementation of the arbitration clause contained in the arbitration agreement of 18 September 1996, such that the award will be reviewed by arbitration under§ 27 of the law. A request for reconsideration of the arbitral award may be submitted to the other party within 30 days from the date on which the requesting party receives the arbitral award'.[43]

3.6 Uit de beschikking van het hof, waarin zowel wordt gesproken van 'de rechtskracht' van de Final Award als van het vereiste van een partijen bindende beslissing, volgt niet eenduidig wat het hof met de term 'rechtskracht' heeft bedoeld. Voor zover het hof daarmee heeft gedoeld op de bindende kracht (gezag van gewijsde), welk begrip aansluit bij de door het Verdrag van New York gebezigde term *binding*, is het oordeel van het hof dat blijkens de inhoud van de Resolution de Final Award zijn rechtskracht heeft verloren, respectievelijk dat de Resolution de rechtskracht aan de Final Award heeft ontnomen, in het licht van het bovenstaande onbegrijpelijk. Voor zover het hof een andere betekenis heeft toegekend aan de term 'rechtskracht', is het oordeel van het hof zonder een nadere motivering die ontbreekt, niet goed begrijpelijk.

3.7 Uit het voorgaande volgt dat het incidentele cassatieberoep slaagt.

4.Conclusie

De conclusie strekt zowel in het principale als in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

[1] Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenlands gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, gesloten te New York op 10 juni 1958, Trb. 1958, 145 (Engelse en Franse authentieke teksten) en Trb. 1959, 58 (Nederlandse vertaling). Nederland is hierbij sedert 23 juli 1964 partij en Tsjechië sedert 1 januari 1993 (verklaring van voortgezette gebondenheid).

[2] Zie rov. 2.1 (i)-(vii) van de beschikking van het hof Amsterdam van 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:527, alsmede rov. 2.1-2.8 van de beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 12 november 2015.

[3] Het verzoekschrift tot cassatie is uitgebracht op 21 april 2017, derhalve binnen de geldende cassatietermijn van drie maanden op grond van art. 1075 lid 2 (oud) Rv en te rekenen van de dag van de uitspaak op 21 februari 2017.

[4] Zie onder 1.1.8 van het Verzoekschrift tot cassatie zijdens Diag.

[5] Zie onder 1.1.10 van het Verzoekschrift tot cassatie zijdens Diag.

[6] Zie onder 1.1.11 van het Verzoekschrift tot cassatie zijdens Diag.

[7] Zie Stb. 2014, 200 en het Besluit van 30 juni 2014, Stb. 2014, 254.

[8] Zie ook voetnoot 1.

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

[10] Zie ook HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, RvdW 2017/1257, rov. 3.4.2 en punt 2.10 van mijn conclusie vóór genoemd arrest (ECLI:NL:PHR:2017:929).

[11] Zie o.a. Domenico Di Pietro, What Constitutes an Arbitral Award Under the New York Convention?, in: Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro (eds.), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, 2009, p. 139-140; Bernd Ehle, Article I, in: Reimar Wolff (ed.), New York Convention, Commentary, 2012, art. I, para. 13, p. 32.

[12] Zie ook HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, RvdW 2017/1257, rov. 3.4.2.

[13] HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, NJ 1974/361, m.nt. P. Zonderland en H.F. van Panhuys (*SEEE/Joegoslavië I).*

[14] Zie ook G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage (BPP nr. 13) 2011/6.2.2.6; Domenico Di Pietro, a.w., p. 142-143; Bernd Ehle, a.w., art. I, para. 32, p. 37.

[15] Zie o.a. Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Volume III International Arbitral Awards, 2014, p. 2923; Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed., 2015, nr. 9.08, p. 503; Bernd Ehle, a.w., art. I, para. 22, p. 34-35; Domenico Di Pietro, a.w., p. 139-140.

[16] Verdrag nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, gesloten te Genève op 26 september 1927, Stb. 1931, 399. Ingevolge art. VII, lid 2 Verdrag van New York is het Verdrag van Genève opgehouden van kracht te zijn voor landen die gebonden zijn aan het Verdrag van New York.

[17] A.J. van den Berg, The New York Convention of 1958, diss. EUR 1981, p. 333; Meijer, a.w., 2011/6.2.2.5-6.2.2.6.

[18] Van den Berg, a.w., diss. 1981, p. 333.

[19] Zie voor een uitvoerige beschrijving van het besluitvormingsproces hieromtrent: Van den Berg, a.w., diss. 1981, p. 333-337; C. Liebscher, in: Reinmar Wolff (ed.), New York Convention, Commentary, 2012, art. V, para. 355-356, p. 357-358.

[20] Bernd Ehle, a.w., art. I, para. 79, p. 52; Meijer, a.w., 2011/6.2.2.5-6.2.2.6; Nadia Darwazeh, Article V(1)(e), in: Herbert Kronke e.a. (eds.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention, 2010, p. 311. Zie ook het vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel van 6 juni 2016 waarin de exequaturrechter het verzoek van Diag tot tenuitvoerlegging van de Final Award in België heeft geweigerd op grond van art. V, lid 1, onder e Verdrag van New York (Productie 15 van de Ingebrachte producties zijdens

Tsjechië van 30 september 2016).

[21] Zie ook Meijer, a.w., 2011/6.2.2.6.

[22] Zie ook HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, NJ 1974/361, m.nt. P. Zonderland en H.F. van Panhuys (*SEEE/Joegoslavië I*); HR 7 November 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD7489, NJ 1976/274, m.nt. P. Zonderland (*SEEE/Joegoslavië II*).

[23] Van den Berg, a.w., diss. 1981, p. 357.

[24] A.J. van den Berg, R. van Delden en H.J. Snijders, Arbitragerecht, 1992, p. 183; Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed., 2015, nr. 11.87, p. 634; Gary B. Born, a.w., 2014, p. 3610, 3615-3616; Nadia Darwazeh, a.w., p. 313; Van den Berg, a.w., diss. 1981, p. 357.

[25] Gary B. Born, a.w., 2014, p. 3615-3616. Zie ook HR 7 November 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD7489, NJ 1976/274, m.nt. P. Zonderland (*SEEE/Joegoslavië II*) waarin de Hoge Raad art. V, lid 1, aanhef en onder e Verdrag van New York analogisch heeft toegepast: 'dat immers, al kwam die uitspraak voor vernietiging door de Zwitserse rechter niet in aanmerking, omdat deze die uitspraak niet als een scheidsrechterlijke uitspraak in de zin van zijn recht beschouwde en de in het desbetreffende procesrecht ten aanzien van de arbitrage gegeven voorschriften daarop dus niet toepasselijk oordeelde, de beslissing van die rechter, als gevolg waarvan aan de uitspraak van de heren Ripert en Panchaud [de arbiters, A-G] door een bevoegde autoriteit van het land waar deze werd gewezen, de mogelijkheid van tenuitvoerlegging als scheidsrechterlijke uitspraak in dat land werd ontnomen, in de onderhavige zaak op een lijn moet worden gesteld met het in art. V, lid 1, onder e, Verdrag genoemde geval waarin de desbetreffende autoriteit de tenuitvoerlegging van zo'n uitspraak door een vernietiging daarvan onmogelijk heeft gemaakt'.

[26] Zie punten 118 t/m 122 van het Beroepschrift en punten 57 t/m 59 van de Pleitnota zijdens Diag; voetnoot 31 van het Verweerschrift en p. 10 van de Pleitnota zijdens Tsjechië.

[27] Zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, RvdW 2017/1257, rov. 3.4.5.

[28] Zie HR 24 november 2017, reeds aangehaald, rov. 3.4.5 en punt 2.11 van mijn conclusie vóór genoemd arrest (ECLI:NL:PHR:2017:929).

[29] Resolution onder 4.4, in fine (productie 2 bij het verweerschrift tegen het verzoek tot erkenning en het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging van een Tsjechisch arbitraal vonnis van 15 april 2015).

[30] Zie punt 2.4.2 van het cassatiemiddel zijdens Diag.

[31] Zie ook punt 75 van het Beroepschrift zijdens Diag.

[32] Punt 68 t/m 73 en 81 van het Beroepschrift zijdens Diag; Verweerschrift in Hoger Beroep zijdens Tsjechië, p. 15, waar wordt verwezen naar hoofdstuk 3 van de Schriftelijke Reactie zijdens Tsjechië, productie 3 (zie punten 38 t/m 52) en productie 8 (zie punt 4).

[33] Zie punt 3.1.3 van het cassatiemiddel.

[34] Verweerschrift in hoger beroep zijdens Tsjechië, p. 11-12.

[35] Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2017/220; HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1562, JBPr 2003/41, m.nt. C.J.M. Klaassen.

[36] Akte overlegging producties van 14 september 2016 zijdens Diag, productie 40 en 41.

[37] Akte overlegging producties van 14 september 2016 zijdens Diag, productie 44.

[38] Het verzoek luidt als volgt: '(…) please provide available information in this matter'.

[39] Zie ook Gary B. Born, a.w., 2014, p. 3615-3616.

[40] Beroepschrift zijdens Diag, punt 66; Verweerschrift in hoger beroep zijdens Tsjechië, p. 19-20; Pleitnota in hoger beroep zijdens Tsjechië, p. 5 en 7. Zie ook punten 31 (v-ix) en 32 van het Verweerschrift, tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijdens Tsjechië; punt 16 van het Verweerschrift in (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep zijdens Diag.

[41] Verweerschrift in hoger beroep zijdens Tsjechië, p. 20; Beroepschrift zijdens Diag, punt 66 en punt 81-82.

[42] Productie 1 bij het Verzoekschrift zijdens Diag (deze productie ontbreekt in het B-dossier).

[43] Productie 6 bij het Verzoekschrift zijdens Diag.