ECLI:NL:PHR:2019:1329

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	13-12-2019
Datum publicatie	21-02-2020
Zaaknummer	19/02778
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2020:307, Gevolgd
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Art. 81 lid 1 RO. IPR. Procesrecht. Verzoek tot tenuitvoerlegging Engels arbitraal vonnis; art. 1076 Rv. Is (langs elektronische weg) geldige arbitrageovereenkomst tot stand gekomen? Art. 6:227a BW.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/02778
Zitting 13 december 2019
(bij vervroeging)

CONCLUSIE

P. Vlas

In de zaak

Koksokhimtrans LTD, gevestigd te Moskou, Rusland
(hierna: Koksokhimtrans)

tegen

Cool Consultancy B.V., gevestigd te Vlissingen
(hierna: Cool Consultancy)

In deze procedure verzoekt Koksokhimtrans op de voet van art. 1076 Rv verlof tot tenuitvoerlegging van een Engels arbitraal vonnis gewezen in een geschil over geleden schade in het kader van een bevrachtingsovereenkomst. Het hof heeft dit verzoek afgewezen, omdat niet is gebleken dat tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. Koksokhimtrans klaagt in cassatie onder meer dat het hof hierbij een verkeerde maatstaf heeft gehanteerd voor de beantwoording van de vraag of per e-mail een arbitrageovereenkomst is gesloten.

1 Procesverloop

1.1 Koksokhimtrans heeft bij verzoekschrift met producties, ontvangen ter griffie van het hof 's-Hertogenbosch op 30 april 2018, verzocht om bij beschikking zonder verplichting tot zekerheidstelling verlof te verlenen om het aan het verzoekschrift gehechte arbitrale vonnis van 3 juli 2017 (hierna: het arbitrale vonnis) in Nederland ten uitvoer te leggen ten laste van Cool Consultancy, deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en Cool Consultancy te veroordelen in de kosten van dit verlof.

1.2 Uit het door Koksokhimtrans als productie bij haar inleidende verzoekschrift overgelegde arbitrale vonnis en de Nederlandse vertaling daarvan leid ik het volgende af. In dit arbitrale vonnis is Cool Consultancy veroordeeld tot betaling aan Koksokhimtrans van US$ 57.914. Dit bedrag is een vergoeding voor het niet nakomen door Cool Consultancy van een met Koksokhimtrans gesloten bevrachtingsovereenkomst. Deze tekortkoming bestaat erin dat Cool Consultancy heeft verzuimd om lading aan te leveren.[1] Cool Consultancy is niet verschenen in de arbitrageprocedure.[2]

1.3 Cool Consultancy is ook in deze verzoekschriftprocedure niet verschenen.

1.4 In zijn eerste tussenbeschikking van 19 juli 2018 (hierna: de eerste tussenbeschikking)[3] heeft het hof vooropgesteld dat bij een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging van een in een vreemde Staat gewezen arbitraal vonnis op grond van art. 1076 Rv het origineel of een gewaarmerkt afschrift van het vonnis moet worden overgelegd. Volgens het hof is niet gebleken dat het arbitrale vonnis een origineel of een gewaarmerkt afschrift is. Verder heeft Koksokhimtrans een e-mailwisseling overgelegd, waarin volgens haar een arbitrageovereenkomst is vervat. Ook hiervan is volgens het hof niet duidelijk dat deze voldoet aan de eisen die de wet eraan stelt. Het hof heeft Koksokhimtrans in de gelegenheid gesteld het origineel of een gewaarmerkt afschrift van het arbitrale vonnis over te leggen, alsmede een verklaring dat de overgelegde uitgeprinte e-mailwisseling, waarin de gestelde arbitrageovereenkomst is vervat, volledig authentiek en compleet is.

1.5 Op 25 oktober 2018 heeft het hof opnieuw een tussenbeschikking gewezen (hierna: de tweede tussenbeschikking).[4] Hierin heeft het hof, mede naar aanleiding van een briefwisseling tussen de griffier van het hof en de raadsman van Koksokhimtrans, nadere aanwijzingen gegeven over de manier waarop de gevraagde informatie kan worden verstrekt. Ten aanzien van de gestelde arbitrageovereenkomst heeft het hof overwogen, dat de overgelegde uitgeprinte e-mailwisseling

onvoldoende is om het bestaan van die overeenkomst te bewijzen. De verklaring van Koksokhimtrans als direct belanghebbende is volgens het hof niet voldoende om de originaliteit van de door haar afgedrukte en overgelegde uitprint te staven. De uitprint kent, aldus het hof, diverse witte plekken en het is - zoals algemeen bekend - technisch mogelijk ontvangen mails te combineren en te manipuleren, waarna van die bewerking in de uitprint als zodanig niets te zien valt. Om die reden is volgens het hof door de griffier in een brief van 28 augustus 2018 gesuggereerd, dat Koksokhimtrans een verklaring in het geding zou kunnen brengen van een technicus/IT specialist (bij voorkeur beëdigd) inhoudende dat de overgelegde uitprint inderdaad een juiste, volledige en niet gemanipuleerde weergave vormt van daadwerkelijk uitgewisselde originele mailwisseling in de desbetreffende periode (rov. 5.8 en 5.2). Dat Cool Consultancy het bestaan van een arbitrageovereenkomst niet heeft betwist, maakt volgens het hof geen verschil, omdat zij in het geheel niet is verschenen.

1.6 Bij brief van 10 december 2018 heeft Koksokhimtrans een akte na tussenbeschikking ingediend met bijlagen.

1.7 Bij eindbeschikking van 7 maart 2019 (hierna: de eindbeschikking)[5] heeft het hof vastgesteld dat het arbitrale vonnis de originele arbitrale uitspraak is (rov. 8.1-8.2). Het hof heeft het verlenen van het verlof tot tenuitvoerlegging afgewezen, omdat nog steeds niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een originele arbitrageovereenkomst. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen. Koksokhimtrans heeft een beëdigde verklaring van [betrokkene 1] overgelegd die werkzaam is op de afdeling ICT van AKD N.V. in Rotterdam. Deze deskundige is een medewerker van het advocatenkantoor dat voor Koksokhimtrans optreedt, zodat van een onafhankelijke deskundige geen sprake is. Los daarvan heeft het hof in de tweede tussenbeschikking gesuggereerd zorg te (laten) dragen voor technisch onderzoek van de originele mail in haar elektronische vorm en voor een originele verklaring ter zake, inhoudende dat de uitprint een juiste, volledige en niet gemanipuleerde weergave vormt. De verklaring van [betrokkene 1] , afsluitende met de conclusie die kennelijk betrekking heeft op de overgelegde e-mail van 1 juli 2016 17:53: 'Bijgaande door mij uitgeprinte mail zal dus gelijk zijn aan de email zoals die op 1 juli 2016 werd verzonden en ontvangen, tenzij deze is aangepast met gebruikmaking van niet-standaard kantoorsoftware', voldoet niet aan hetgeen het hof heeft aangegeven. De verklaring is immers voorwaardelijk van aard en sluit manipulatie in het geheel niet uit. Verder meldt de verklaring een eerder moment van ontvangst (15.52.32 uur) dan het moment van verzending (15.53.21 uur), zijnde bijna een minuut verschil, zonder dat hiervoor een verklaring wordt gegeven (rov. 8.4.1). Aldus is in ieder geval niet voldaan aan de werkwijze die is voorgesteld in de 'ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a Handbook for Judges' uit 2011 van de International Council for Commercial Arbitration. Van betrouwbare elektronische handtekeningen is in de onderhavige zaak niet gebleken, noch van een voldoende gebleken daadwerkelijke uitwisseling van mails (rov. 8.4.2.). Terzijde heeft het hof opgemerkt dat evenmin is gebleken van een onderzoek naar de authenticiteit van de overige mails, waaronder maar niet uitsluitend de mail van 1 juli 2016 11.49 waarin bij de opgesomde voorwaarden 'arbitrage' wordt genoemd (rov. 8.5). Nog steeds kan niet worden vastgesteld dat sprake is van een originele arbitrageovereenkomst, zodat het gevraagde verlof moet worden afgewezen (rov. 8.6).

1.8 Koksokhimtrans heeft tegen de beide tussenbeschikkingen en de eindbeschikking bij verzoekschrift van 7 juni 2019 – tijdig – beroep in cassatie ingesteld. Cool Consultancy is ook in cassatie niet verschenen. Koksokhimtrans heeft afgezien van schriftelijke toelichting.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Na een inleiding, een weergave van de feiten en van het procesverloop, waarin geen klachten zijn opgenomen, bevat het middel twee onderdelen. De onderdelen bevatten verschillende

(genummerde) klachten

2.2 Onderdeel I is gericht tegen rov. 8.4.1, 8.4.2 en 8.3-8.6 van de eindbeschikking en bevat zes klachten (genummerd Ia t/m If).

2.3 Onderdeel Ia klaagt dat het hof in rov. 8.4.2 van de eindbeschikking bij de beoordeling van het verzoek van Koksokhimtrans ten onrechte betekenis heeft gehecht aan een handboek van de International Council for Commercial Arbitration (hierna: ICCA) over de interpretatie van het Verdrag van New York, terwijl Koksokhimtrans haar verzoek uitdrukkelijk op art. 1076 Rv en niet op dit verdrag had gebaseerd. Volgens het onderdeel heeft het hof daarmee miskend dat het Koksokhimtrans vrijstond om haar verzoek te baseren op een gunstiger nationale regeling van het land waar tenuitvoerlegging wordt verzocht.

2.4 De klacht berust op een verkeerde lezing van de bestreden beschikking. Het hof heeft zijn oordeel niet primair gebaseerd op de in rov. 8.4.2 geciteerde richtlijn uit het handboek van de ICCA over de interpretatie van het Verdrag van New York (hierna kortheidshalve: de ICCA-richtlijn). Het hof overweegt immers in de eerste plaats (rov. 8.4.1) dat Koksokhimtrans niet het bewijs heeft geleverd waarom het hof had verzocht, namelijk een (onafhankelijk) technisch onderzoek waaruit kan worden afgeleid dat de overgelegde uitprint een juiste, volledige en niet gemanipuleerde weergave vormt van de e-mailwisseling. Hiermee heeft het hof kenbaar getoetst aan de naar Nederlands recht geldende norm. In rov. 8.4.2 heeft het hof overwogen dat 'in ieder geval' niet is voldaan aan de ICCA-richtlijn. De ICCA-richtlijn verschilt niet wezenlijk van het Nederlandse recht (zie ook hierna, 2.7). Het hof heeft dus niet (uitsluitend) aan deze norm getoetst, maar deze norm slechts ten overvloede in zijn beoordeling betrokken. Reeds om die reden faalt de klacht.

2.5 Op zichzelf wijst het onderdeel er terecht op dat Koksokhimtrans haar verzoek tot tenuitvoerlegging in dit geval had kunnen baseren op art. 1075 Rv, nu het Verdrag van New York van toepassing is[6], maar dat het haar vrij stond om in plaats daarvan een beroep te doen op art. 1076 Rv, dat in beginsel is bedoeld voor verzoeken waarop geen verdrag van toepassing is. Art. 1076 Rv stelt in bepaalde opzichten minder strenge voorwaarden aan een verzoek tot tenuitvoerlegging dan het Verdrag van New York, zodat het soms gunstiger kan zijn om een verzoek op art. 1076 Rv te baseren.[7] Het Verdrag van New York (en art. 1076 Rv) staat dit toe.

2.6 In dit geval gaat het om de eisen die het Verdrag van New York respectievelijk art. 1076 Rv stellen aan het bewijs dat de arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. Art. II lid 2 Verdrag van New York vereist op dit punt 'een schriftelijke overeenkomst, zijnde een compromissoir beding in een overeenkomst of een akte van compromis, ondertekend door partijen of vervat in gewisselde brieven of telegrammen'. Het Verdrag van New York wordt op dit punt als tamelijk streng gezien, omdat art. II lid 2 schriftelijke wilsverklaringen van beide partijen vereist, waar het Nederlandse recht als bewijs enkel 'een geschrift' vereist.[8] Stelt het Verdrag van New York ook strengere eisen wanneer het gaat om het bewijs van de elektronische totstandkoming (in dit geval: per e-mail) van een overeenkomst? In dit verband wordt, onder meer door de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)[9] en door de ICCA in de door het hof genoemde richtlijn bepleit dat art. II lid 2 Verdrag van New York ruim moet worden uitgelegd, mede om recht te doen aan het feit dat overeenkomsten tegenwoordig steeds vaker langs elektronische weg tot stand komen. De richtlijn van de ICCA ziet op de vraag hoe de rechter in zo'n geval kan beoordelen of sprake is van een authentieke overeenkomst. Volgens de ICCA kan daarbij van belang zijn of de overeenkomst een betrouwbare elektronische handtekening bevat. Ook kan worden bezien of op een andere manier kan worden beoordeeld of de berichten daadwerkelijk zijn uitgewisseld ('effective exchange of electronic communication'). Overigens moet worden benadrukt dat het hier niet gaat om een bindende regel, maar om een interpretatie van art. II lid 2 Verdrag van New York die is geschreven om rechters te helpen bij de toepassing van het Verdrag. De manieren die de richtlijn noemt om vast te stellen dat per e-mail een arbitrageovereenkomst is gesloten zijn dan ook slechts bedoeld als handvat voor de rechter bij deze beoordeling.[10]

2.7 Zoals ik hierboven heb geschreven, verschilt de ICCA-richtlijn niet wezenlijk van de vereisten die het Nederlandse recht stelt. Art. 1076 lid 1 onder Aa Rv bepaalt dat tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis kan worden geweigerd als een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt onder het op die overeenkomst toepasselijke recht.[11] Het cassatiemiddel gaat er kennelijk van uit dat Nederlands recht op de arbitrageovereenkomst van toepassing is, hoewel het hof daarover niets heeft vastgesteld. Uitgaande van Nederlands recht bepaalt art. 1021 Rv dat een overeenkomst tot arbitrage kan worden bewezen door een geschrift, maar ook door elektronische gegevens, waarbij art. 6:227a BW van overeenkomstige toepassing is.[12] Die laatste bepaling – een uitvloeisel van de Richtlijn elektronische handel[13] – staat toe dat overeenkomsten langs elektronische weg tot stand komen, maar verbindt hieraan vier (niet cumulatieve) voorwaarden.[14] Een van die voorwaarden is dat de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate is gewaarborgd (art. 6:227a lid 1 onder b BW). De reden hiervoor is, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis, dat elektronische berichten en bestanden vrij eenvoudig kunnen worden gemanipuleerd.[15] Ook het Nederlandse recht staat dus toe dat een arbitrageovereenkomst langs elektronische weg wordt gesloten, maar vereist wel dat de authenticiteit van de in een elektronisch bestand vastgelegde overeenkomst in voldoende mate kan worden vastgesteld. Hiermee wijkt het Nederlandse recht niet wezenlijk af van de ICCA-richtlijn: ook volgens die richtlijn zal de rechter, als een overeenkomst langs elektronische weg tot stand is gekomen, moeten toetsen of de authenticiteit ervan voldoende is gewaarborgd. De ICCA-richtlijn geeft enkele handvatten voor die beoordeling, die ook binnen het Nederlandse kader passen. Het onderdeel stelt zich dus ten onrechte op het standpunt dat het hof een strengere norm zou hebben aangelegd dan de norm uit het Nederlandse recht. Onderdeel Ia licht overigens ook niet toe op welk punt de regelingen wezenlijk zouden verschillen en waarom het hof dus zou zijn uitgegaan van een voor Koksokhimtrans nadeliger toetsingskader door betekenis te hechten aan de ICCA-richtlijn. De klacht stuit op het voorgaande af.

2.8 Onderdeel Ib komt op tegen rov. 8.4.1 van de eindbeschikking, waarin het hof een waardering van de verklaring van [betrokkene 1] heeft gegeven. Voor zover het hof zou hebben geoordeeld dat deze verklaring geheel buiten beschouwing moet worden gelaten, omdat [betrokkene 1] geen onafhankelijke deskundige is, is dit oordeel in strijd met de vrije bewijsleer van art. 152 lid 1 Rv, op grond waarvan partijen zich in beginsel van alle bewijsmiddelen mogen bedienen, aldus de klacht.

2.9 De klacht faalt. Anders dan het onderdeel lees ik in het oordeel van het hof over de verklaring van [betrokkene 1] niet dat het hof deze verklaring reeds bij voorbaat buiten beschouwing zou hebben gelaten. Iets anders is dat deze verklaring volgens het hof geen bewijs oplevert van het bestaan van een arbitrageovereenkomst (zie daarover de bespreking van onderdeel Ic, hierna).

2.10 Onderdeel Ic is eveneens gericht tegen rov. 8.4.1 van de eindbeschikking en klaagt over het oordeel van het hof dat [betrokkene 1] niet als onafhankelijke deskundige is aan te merken, omdat hij werkzaam is bij het advocatenkantoor dat Koksokhimtrans bijstaat. Volgens het onderdeel was uit de instructie van het hof in de tweede tussenbeschikking niet af te leiden dat Koksokhimtrans een analyse van de e-mailwisseling door een onafhankelijke deskundige moest overleggen; als de onafhankelijkheid van de deskundige van belang was had het hof zelf een deskundige moeten benoemen.

2.11 Het onderdeel gaat er kennelijk van uit dat het hof [betrokkene 1] als niet onafhankelijk beschouwt enkel omdat hij een partijdeskundige is. Daarvan is naar mijn mening geen sprake. Het hof heeft bij de waardering van de verklaring van [betrokkene 1] meegewogen dat deze in dienst is bij het advocatenkantoor dat Koksokhimtrans vertegenwoordigt. Het hof heeft daarmee, begrijpelijkerwijs, geoordeeld dat [betrokkene 1] niet als onafhankelijk geldt ten opzichte van Koksokhimtrans zelf, en daarmee tot uitdrukking gebracht dat ook een door een partij ingeschakelde deskundige in meer of mindere mate onafhankelijk kan zijn van zijn opdrachtgever. Een deskundige die in dienst is bij de procespartij zelf (of het advocatenkantoor dat voor haar optreedt) is minder onafhankelijk dan een deskundige die dat niet is. Het is begrijpelijk dat het hof dit heeft meegewogen bij zijn waardering van de verklaring van [betrokkene 1] ; art. 152 lid 2 Rv

biedt hiervoor ruimte. De klacht faalt dus.

2.12 Onderdeel Id is ook gericht tegen rov. 8.4.1 van de eindbeschikking en klaagt dat de waardering van de verklaring van [betrokkene 1] door het hof blijk geeft van een te strenge eis ten aanzien van het bewijs van de authenticiteit van de e-mails en dat dit oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd. Volgens het onderdeel geldt als feit van algemene bekendheid dat manipulatie van e-mails nooit geheel kan worden uitgesloten. Door te verklaren: 'Bijgaande door mij uitgeprinte email zal dus gelijk moeten zijn aan de email zoals deze op 1 juli 2016 werd verzonden en ontvangen, tenzij deze is aangepast met gebruikmaking van niet-standaardkantoorsoftware', zou [betrokkene 1] slechts 'een slag om de arm' hebben willen houden, aldus het onderdeel.

2.13 Zoals het hof in rov. 8.4.1 heeft herhaald, was Koksokhimtrans opgedragen te bewijzen dat de bij het hof overgelegde uitprint van de e-mailwisseling een juiste, volledige en niet gemanipuleerde weergave daarvan was. Het hof heeft in rov. 5.8 van de tweede tussenbeschikking overwogen dat de uitprint meerdere witte plekken bevat en dat het technisch mogelijk is ontvangen e-mails te combineren en te manipuleren, waarna van die bewerking in de uitprint als zodanig niets te zien valt. [betrokkene 1] heeft onder meer verklaard dat het met gebruik van bijzondere conversiesoftware mogelijk is om het elektronische e-mailbestand (msg-bestand) aan te passen zonder dat dit is na te gaan. Het was aan het hof om te beoordelen of de authenticiteit van de e-mailwisseling hiermee voldoende is gewaarborgd (deze norm uit art. 6:227a lid 1 onder b BW laat de rechter beoordelingsruimte).[16] Ook heeft [betrokkene 1] verklaard dat de door hem overgelegde print van de e-mailwisseling 'gelijk (zal) zijn aan de email zoals die op 1 juli 2016 werd verzonden en ontvangen'. Ook hiermee wordt een voorbehoud gemaakt. Ik begrijp het oordeel bovendien aldus, dat volgens het hof niet alleen manipulatie van het elektronische e-mailbestand niet is uitgesloten, maar dat op grond van de verklaring van [betrokkene 1] evenmin kan worden geoordeeld dat de bij het hof overgelegde uitprint van die e-mailwisseling juist, volledig en niet gemanipuleerd is. De conclusie van het hof dat de verklaring van [betrokkene 1] voorwaardelijk is en manipulatie in het geheel niet uitsluit, is daarom niet onbegrijpelijk. De klacht faalt dus.

2.14 Onderdeel Ie klaagt dat het hof in rov. 8.4.1 van de eindbeschikking bij de waardering van de verklaring van [betrokkene 1] in aanmerking heeft genomen dat hij een eerder tijdstip van ontvangst dan van verzending heeft genoemd, zonder hiervoor een verklaring te geven. Volgens het onderdeel gaat het hier om een verschrijving, hetgeen reeds blijkt uit de bij de verklaring gevoegde screenshot.[17]

2.15 De klacht heeft betrekking op de waardering van een verklaring van een partijdeskundige. De bewijswaardering is op grond van art. 152 lid 2 Rv aan het hof overgelaten. Het stond het hof vrij om onduidelijkheden in de verklaring in deze waardering mee te wegen. De klacht faalt.

2.16 Onderdeel If is gericht tegen rov. 8.3 t/m 8.6 van de eindbeschikking en klaagt dat het hof een aantal stellingen van Koksokhimtrans zou hebben miskend bij zijn oordeel dat niet aan de eisen van art. 1076 Rv is voldaan.

2.17 De stellingen die het hof zou hebben miskend, zijn de volgende. In de eerste plaats de stelling in de akte van 31 augustus 2018 dat een technicus de authenticiteit van de mailwisseling niet zal kunnen bevestigen.[18] Deze stelling heeft het hof verworpen door in de tweede tussenbeschikking (die na deze akte is gewezen) alsnog bewijs van de authenticiteit door een verklaring van een technicus op te dragen (rov. 5.8). In de tweede plaats de stelling dat Koksokhimtrans zelf door haar verklaring de echtheid en volledigheid van de e-mailwisseling heeft bevestigd.[19] Deze stelling is door het hof eveneens verworpen in rov. 5.8 van de tweede tussenbeschikking. De derde stelling betreft de omstandigheid dat Cool Consultancy de overeenkomst heeft geannuleerd, waarvoor deze 'toch eerst moet zijn aangegaan'.[20] Het betreft een enkele niet nader onderbouwde stelling, waarop Koksokhimtrans bovendien in haar latere aktes niet is teruggekomen. Hieruit zou hoogstens kunnen worden afgeleid dat Cool Consultancy een

bevrachtingsovereenkomst is aangegaan, maar niet zonder nadere onderbouwing (die ontbreekt) dat Cool Consultancy daarmee ook een arbitrageovereenkomst is aangegaan. Het hof behoefde dus niet op deze stelling te responderen. In de vierde plaats de stelling dat de arbiter het bestaan van de arbitrageovereenkomst heeft vastgesteld.[21] Deze stelling behoefde evenmin te worden besproken. Art. 1076 lid 1 Rv kent de rechter immers de bevoegdheid toe om te toetsen of een arbitrageovereenkomst is aangegaan, ook als er al een arbitraal vonnis is gewezen (wat niet zal gebeuren als de arbiter meent dat geen arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen). In de vijfde plaats de stelling dat Cool Consultancy niet in het geding is verschenen.[22] Het hof heeft deze stelling besproken in rov. 5.9 van de tweede tussenbeschikking, en dus niet miskend. Ten slotte de stelling dat het gebruikelijk is om 'charters te sluiten via fixture confirmations die worden vastgelegd in correspondentie'.[23] Het hof behoefde deze stelling niet zelfstandig te bespreken. Het gaat er immers om of in dit geval dergelijke (authentieke) correspondentie is gevoerd, hetgeen volgens het hof niet is komen vast te staan. Op het voorgaande stuit de klacht in zijn geheel af.

2.18 Onderdelen IIa en IIb zijn gericht tegen rov. 8.4.1 en 8.4.2 van de eindbeschikking en bevatten een aantal klachten over de toepassing door het hof van de hiervoor reeds besproken ICCA-richtlijn. De klachten komen erop neer dat het hof ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat in dit geval niet aan die richtlijn is voldaan omdat volgens het hof geen sprake zou zijn van een 'daadwerkelijke uitwisseling van e-mails'. Het hof zou daarbij een aantal omstandigheden van het geval hebben miskend (onderdeel IIa). Volgens het onderdeel is het hof met zijn oordeel uitgegaan van een te strenge opvatting van de ICCA-richtlijn, die zich bovendien niet verdraagt met art. 6:227a BW en de daarin geïmplementeerde Richtlijn inzake elektronische handel (onderdeel IIa). Ook zou het hof hebben miskend dat het bewijs van het bestaan van een arbitrageovereenkomst onder de ICCA-richtlijn niet alleen door daadwerkelijke uitwisseling van e-mails kan worden geleverd, maar ook door andere middelen, zoals in dit geval onder meer een verklaring van Koksokhimtrans en het feit dat de arbiter heeft onderzocht of sprake is van een arbitrageovereenkomst (onderdeel IIb).

2.19 De klachten bouwen op voorafgaande klachten voort en delen het lot daarvan. Ik herhaal dat het hof niet primair aan de ICCA-richtlijn heeft getoetst, maar deze in zijn overwegingen heeft betrokken. De ICCA-richtlijn bevat geen wezenlijk andere norm dan ook in de Nederlandse wet is neergelegd waar het gaat om het bewijs van de authenticiteit van langs elektronische weg gesloten overeenkomsten. Beide instrumenten verlangen dat die authenticiteit in voldoende mate kan worden vastgesteld; de ICCA-richtlijn geeft daarvoor handvatten, waaronder het controleren of daadwerkelijk e-mailberichten zijn uitgewisseld. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof hierbij in rov. 8.4.2 van de eindbeschikking aansluiting heeft gezocht. Uit die overweging blijkt niet dat het hof van een te strenge opvatting van deze richtlijn zou zijn uitgegaan en daarom ten onrechte sommige door Koksokhimtrans aangevoerde omstandigheden buiten beschouwing zou hebben gelaten, zoals de eigen verklaring van Koksokhimtrans waarin zij de echtheid en volledigheid van de e-mailwisseling bevestigt. Het hof heeft deze en de andere in onderdelen IIa en IIb genoemde omstandigheden immers beoordeeld en er was geen aanleiding om dat in het kader van de ICCA-richtlijn opnieuw te doen, nu deze norm niet wezenlijk afwijkt van het Nederlandse recht.

2.20 Onderdeel IIc ten slotte is gericht tegen rov. 8.5 van de eindbeschikking en klaagt dat het oordeel van het hof niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd. De klacht (nr. 3.55 van het verzoekschrift) geeft een citaat van rov. 8.5, maar dit citaat komt – met uitzondering van de eerste zin ('Dat evenmin (…) wordt genoemd') – niet overeen met rov. 8.5. Welwillend gelezen, ga ik ervan uit dat het hier een fout van de tekstverwerking betreft en dat het gedeelte van het citaat beginnend met 'nu de overeenkomst (…) beantwoorden' beschouwd moet worden als een deel van of inleiding op de klacht. Het onderdeel klaagt dat rov. 8.5 onbegrijpelijk is en betoogt dat de overeenkomst tot stand kwam met de laatste e-mail van 1 juli 2016, waarin Cool Consultancy het aanbod van Koksokhimtrans aanvaardde. De echtheid van deze laatste e-mail is, aldus het onderdeel, door [betrokkene 1] bevestigd.

2.21 De klacht komt er in wezen op neer dat er geen aanleiding was om andere e-mails dan de

laatste van 1 juli 2016 nader te onderzoeken, omdat de door [betrokkene 1] vastgestelde echtheid van deze laatste e-mail betekent dat alle eerdere e-mails ook authentiek zijn. De klacht faalt, omdat het hof in rov. 8.4.1 van de eindbeschikking juist heeft geoordeeld dat de e-mailwisseling, inclusief de laatste e-mail van 1 juli 2016, op basis van de verklaring van [betrokkene 1] niet als authentiek is aan te merken. Voor zover het onderdeel nog betoogt dat uit het feit dat Cool Consultancy de bevrachtingsovereenkomst heeft opgezegd moet worden afgeleid dat deze overeenkomst en daarmee ook de arbitrageovereenkomst is aangegaan, heb ik hiervoor onder 2.17 reeds toegelicht waarom het hof deze stelling buiten beschouwing kon laten, zodat ook deze klacht faalt.

2.22 De slotsom luidt dat alle onderdelen vergeefs zijn voorgesteld. Ik geef Uw Raad in overweging het cassatieberoep te verwerpen met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

[1] Nrs. 12 e.v. van de 'Overwegingen die deel uitmaken van het arbitrale vonnis', productie R4 bij het inleidende verzoekschrift.

[2] Nrs. 3-7 van het 'Definitief arbitraal vonnis', productie R3 bij het inleidend verzoekschrift.

[3] ECLI:NL:GHSHE:2018:3051.

[4] ECLI:NL:GHSHE:2018:4447.

[5] ECLI:NL:GHSHE:2019:928.

[6] Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken; New York, 10 juni 1958, Trb. 1959, 58 (hierna: het Verdrag van New York). Het verdrag is van toepassing, nu het arbitrale vonnis is gewezen in een andere staat dan Nederland, namelijk in het Verenigd Koninkrijk. Het door Nederland gemaakte voorbehoud van reciprociteit (art. I lid 3 Verdrag) staat hieraan niet in de weg, nu het Verenigd Koninkrijk partij is bij het Verdrag.

[7] Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1076 Rv, aant. 3, 6 en 9 (H.J. Snijders); T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1076, aant. 1 (G.J. Meijer); H.J. Snijders, Nederlands Arbitragerecht, 2018, nr. 12.6.3 en 12.7.9.

[8] Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1075 Rv, aant. 3 (H.J. Snijders) en op art. 1021 Rv, aant. 2.3; Snijders, a.w., 2018, nr. 12.6.3.

[9] Zie de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006, www.uncitral.org, p. 4-5.

[10] Zie de inleiding bij ICCA's Guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: A handbook for judges, 2011 (www.arbitration-icca.org), p. x.

[11] De rechter behoeft dit overigens niet ambtshalve te onderzoeken, maar uitsluitend in het geval dat de wederpartij zich hierop beroept (art. 1076 lid 1 onder A Rv). Het cassatiemiddel bevat op dit punt echter geen klachten. Zie Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art 1076 Rv, aant. 3 (H.J. Snijders).

[12] Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1021 Rv, aant. 4 (H.J. Snijders).

[13] Zie Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:227a BW, aant. 2 (M.Y. Schaub).

[14] Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3 (MvT), p. 53-54; Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:227a BW, aant. 7 (M.Y. Schaub).

[15] Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3 (MvT), p. 53-54.

[16] Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3 (MvT), p. 52 e.v.: deze open norm stelt de rechter in staat rekening te houden met de omstandigheden van het geval.

[17] Gedoeld wordt kennelijk op het document dat als bijlage bij de verklaring van [betrokkene 1] is gevoegd, achter de uitgeprinte e-mailwisseling, met als kop 'MxToolbox'.

[18] Nr. 10 van de akte van 31 augustus 2018.

[19] Nr. 4 van de akte van 31 augustus 2018.

[20] Nr. 4 van het verzoekschrift tot erkenning en tenuitvoerlegging.

[21] Nr. 12 van de akte van 31 augustus 2018.

[22] Nr. 13 van de akte van 31 augustus 2018.

[23] Nr. 6 van de akte van 31 augustus 2018.