ECLI:NL:GHSGR:2010:BL6399

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	23-02-2010
Datum publicatie	03-03-2010
Zaaknummer	200.006.084/01
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2012:BU3436, Bekrachtiging/bevestiging Conclusie in cassatie: ECLI:NL:PHR:2012:BU3436
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Fenex-arbitrage of de burgerlijke rechter; over de grens van het arbitraal gelijk.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJ 2010/380 S&S 2011/8 TVA 2011, 10

Uitspraak

GERECHTSHOF ’s-GRAVENHAGE

Sector handel, kamer 2

Uitspraakdatum : 23 februari 2010

Zaaknummer : 200.006.084/01

Rolnummer Rechtbank : 2001/01836

Arrest

in de zaak van:

DSV ROAD B.V.,

gevestigd te Venlo,

appellante,

hierna te noemen: DSV,

procesadvocaat: mr. M.C. Udink (’s-Gravenhage),

behandelend advocaat: mr. J.P. Zanders

tegen

1. [geïntimeerde sub 1],

2. [geïntimeerde sub 2],

gevestigd te Seefeld (Duitsland),

geïntimeerden,

hierna te noemen: [geïntimeerde],

procesadvocaat: mr. H. Ferment (’s-Gravenhage)

Het verloop van het geding

Stellende rechtsopvolgster onder bijzondere titel te zijn van [eiseres] – hierna: [eiseres] – is DSV bij exploot van 29 april 2008 in hoger beroep gekomen van het vonnis van 6 februari 2008 (LJN: BC4287) dat de rechtbank te Rotterdam heeft gewezen tussen [eiseres] als eiseres, tevens verweerster in het bevoegdheidsincident en [geïntimeerde] als gedaagde, tevens eiseres in het bevoegdheidsincident. Hierna wordt DSV mede aangeduid als [eiseres].

De beoordeling van het hoger beroep

1. Deze zaak betreft het vervolg op de zaak [eiseres] / [geïntimeerde] die al twee keer bij de Hoge Raad is geweest (HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 / S&S 2001, 74 en HR 6 februari 2004, LJN: AL7065 / NJ 2005, 403 / S&S 2004, 50).

2. De zaak kent een historie die teruggaat tot 1990. Toen werd de Nederlandse expediteur [eiseres] door haar Duitse opdrachtgever [geïntimeerde] ingeschakeld voor expeditiewerkzaamheden met betrekking tot zendingen videorecorders die via Rotterdam naar klanten van [geïntimeerde] in Duitsland gingen. In het kader van de invoer in Duitsland is door de Duitse douane een ‘antidumpheffing’ opgelegd, die aan [eiseres] in rekening is gebracht. [eiseres] zocht hiervoor verhaal op [geïntimeerde], maar die weigerde vergoeding, waarop [eiseres] een Fenex-arbitrageprocedure is gestart tegen [geïntimeerde]. De arbiters hebben zich bij tussenvonnis bevoegd verklaard en bij arbitraal eindvonnis van 1 oktober 1993 de vordering nagenoeg geheel toegewezen. Op verzoek van [eiseres] heeft de president van de rechtbank te Rotterdam beide arbitrale vonnissen op 16 augustus 1994 voorzien van een exequatur. [geïntimeerde], die zich op het standpunt stelde dat in het geheel geen arbitrage was overeengekomen, heeft vernietiging van de arbitrale vonnissen gevorderd. Bij de rechtbank te Rotterdam had zij succes, maar in hoger beroep heeft dit hof bij arrest van 26 januari 1999 de vordering van [geïntimeerde] tot vernietiging van de arbitrale vonnissen afgewezen. Het door [geïntimeerde] tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen. Dat gebeurde bij het hiervoor onder 1 genoemde arrest van 2 februari 2001. Het daar als tweede genoemde arrest betrof de vraag of de Pres. Rb. Rotterdam bevoegd was - als overheidsrechter en internationaal - om kennis te nemen van de vordering van [eiseres] tot het stellen van zekerheid in de vorm van een bankgarantie. De Hoge Raad heeft die vraag op basis van de artt. 24 EEX-Verdrag en 126 lid 3 (oud) Rv bevestigend beantwoord. Daarbij is overwogen dat de gevorderde zekerheidstelling een onderwerp betreft dat valt binnen de werkingssfeer van het EEX-Verdrag en is bedoeld om de juridische situatie te handhaven ter bewaring van het vorderingsrecht waarvan de erkenning – naar in cassatie veronderstellenderwijs als juist is aangenomen – langs een andere weg is gevraagd. Wat die andere weg betreft, wijst de Hoge Raad op de inleidende dagvaarding in de onderhavige zaak waaruit blijkt, aldus rov. 3.4.3. van het arrest, dat [eiseres] [geïntimeerde] heeft gedagvaard voor de rechtbank te Rotterdam en heeft gevorderd dat [geïntimeerde] zal worden veroordeeld tot betaling van het bedrag waartoe zij al is veroordeeld bij arbitraal vonnis. De advocaat-generaal zag dit iets anders, want in zijn conclusie, punt 30, wijst hij de arbitrale procedure aan als de andere weg waarlangs de erkenning van het vorderingsrecht van [eiseres] is gevraagd, maar die arbitrale procedure was reeds ten einde. Uit het arrest valt niet op te maken of de Hoge Raad meende dat de

Rotterdamse rechtbank bevoegd is tot kennisname van de vordering die in de onderhavige procedure aan de orde is.

3. Die vordering - die er, als gezegd, toe strekt dat [geïntimeerde] door de Nederlandse overheidsrechter wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag dat zij op grond van het arbitrale eindvonnis moet voldoen - is door [eiseres] ingesteld omdat, naar zij stelt, het arbitrale eindvonnis als gevolg van een wetswijziging van 22 december 1997 niet ten uitvoer kan worden gelegd in Duitsland. Die wetswijziging had tot gevolg dat in Duitsland voor de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen de bepalingen van het Verdrag van New York van 10 juni 1958 gelden, waardoor moet worden getoetst aan het vereiste in art. II van dat verdrag dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst tot arbitrage ('an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration'). Kennelijk - er is advies overgelegd van een Duitse advocaat - zal dit ertoe leiden dat de Duitse rechter een verlof tot tenuitvoerlegging zal weigeren. [eiseres] ziet dit als een in 1990, bij aanvang van de relatie tussen partijen niet voorziene omstandigheid (als bedoeld in art. 6:258 BW) die rechtvaardigt dat het arbitrale beding als niet geschreven wordt beschouwd, waardoor de Rotterdamse rechtbank ex art. 5 EEX-Verdrag - de verbintenis betreft een brengschuld - alsnog bevoegd is.

4. De rechtbank is hier niet in meegegaan en heeft zich naar aanleiding van het door [geïntimeerde] opgeworpen bevoegdheidsincident ex art. 1022 Rv onbevoegd verklaard, daartoe overwegende dat sprake is van een geschil waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten op basis waarvan [eiseres] een geldig arbitraal vonnis heeft verkregen dat in Nederland kan worden ten uitvoer gelegd. De problemen die [eiseres] bij de tenuitvoerlegging in Duitsland ondervindt komen in beginsel voor haar risico, aldus de rechtbank, die daaraan nog heeft toegevoegd dat gesteld noch gebleken is dat het voor [eiseres] onmogelijk is om bij de Duitse rechter een procedure tegen [geïntimeerde] aan te spannen en daarin een veroordeling te verkrijgen. Tegen deze overwegingen en de daarop gegronde beslissing richten zich de grieven. De grieven falen. Hierbij wordt het volgende in aanmerking genomen.

5. De bevoegdheid dient in de eerste plaats te worden getoetst aan het EEX-Verdrag. Binnen de grenzen van het materiële en formele toepassingsgebied van dit verdrag is de daarin vervatte bevoegdheidsregeling immers dwingend en uitputtend. De door [eiseres] ingestelde vordering heeft betrekking op een burgerlijke of handelszaak als bedoeld in art. 1, lid 1, EEX-Verdrag. Lid 2 van dat artikel zegt echter dat het verdrag niet van toepassing is op arbitrage. Die uitzondering is hier van toepassing, nu het er naar Nederlands recht voor moet worden gehouden dat tussen partijen sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage die ook het onderhavige geschil omvat. Dit laatste is met zoveel woorden overwogen in de eerste twee zinnen van rov. 4.4 van het rechtbankvonnis en daartegen is niet gegriefd. Dit betekent dat de door [geïntimeerde] betwiste bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet kan worden gebaseerd op art. 5 EEX-Verdrag. Ook art. 1022 Rv. staat aan bevoegdheid in de weg. Gelet op het bepaalde in de artt. 1052 en 1053 Rv zijn de arbiters bevoegd om te oordelen over de bij inleidende dagvaarding ingestelde vordering en de daarin besloten eis tot wijziging van de overeenkomst tussen [eiseres] en [geïntimeerde].

6. Ook indien dit anders is en de Nederlandse rechter wèl bevoegdheid toekomt met betrekking tot het geschil over de vraag of sprake is van onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6:258, lid 1, BW brengt dit [eiseres] niet verder, want het mag dan zo zijn dat [eiseres] in 1990 geen rekening heeft gehouden met de problemen die zij thans ondervindt bij de erkenning en tenuitvoerlegging in Duitsland, dit neemt niet weg dat er alle aanleiding is om die problemen voor haar rekening te laten (art. 6:258, lid 2, BW). Zij heeft er destijds immers bewust voor gekozen om [geïntimeerde], niettegenstaande de door deze geuite bezwaren, te houden aan een arbitraal beding dat niet schriftelijk was overeengekomen - maar slechts rustte op een veronderstelde stilzwijgende aanvaarding van algemene voorwaarden waarnaar onderaan briefpapier werd verwezen - en dat daardoor niet voldeed aan de in artikel II van het Verdrag van New York geformuleerde geldigheidsvereisten, hetgeen mogelijkerwijs in het buitenland zou kunnen leiden tot problemen bij de

erkenning en tenuitvoerlegging. In plaats daarvan had zij er ook voor kunnen kiezen om de vordering aanhangig te maken bij de overheidsrechter, waarmee deze problemen waren voorkomen. Bovendien wordt [eiseres] door het achterwege blijven van de wijziging niet ernstig in haar belangen geschaad, omdat - naar moet worden aangenomen; het tegendeel is ook in hoger beroep gesteld noch gebleken - zij zich kan wenden tot de Duitse overheidsrechter, die, ervan uitgaande dat deze het arbitraal beding en het arbitrale eindvonnis niet als geldig zal erkennen, bevoegdheid kan ontlenen aan art. 2 EEX-Vo. De Nederlandse rechter heeft derhalve evenmin te gelden als forum necessitatis. Het is dan ook niet zo dat, zoals [eiseres] ingang wil doen vinden, bij onbevoegdheid van de Nederlandse rechter een toestand van rechteloosheid ontstaat.

Het voorgaande betekent verder dat niet kan worden gezegd dat [geïntimeerde] naar redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verlangen. Ook is het beroep op art. 1022, lid 1, Rv in de gegeven omstandigheden niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

7. Omdat op basis van het voorgaande tot een bekrachtiging van het bestreden vonnis moet worden geconcludeerd, kan het twistpunt over de geldigheid van de rechtsopvolging blijven rusten. Wel wordt een niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken voor zover het hoger beroep zich richt tegen geïntimeerde sub 2, omdat die geen partij was in de eerste aanleg en het zonder toelichting dagvaarden van haar in hoger beroep kennelijk berust op een vergissing.

DSV is de in het ongelijk gestelde partij en moet daarom de proceskosten dragen.

De beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

- verklaart DSV niet-ontvankelijk in het hoger beroep tegen geïntimeerde sub 2;

- veroordeelt DSV in de kosten van de procedure in hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] zijn bepaald op € 4.830,= aan verschotten en op € 5.264,= aan salaris voor de advocaat;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. van der Klooster, J.H.W. de Planque en

R. van der Vlist en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 23 februari 2010 in aanwezigheid van de griffier.