

ECLI:NL:GHAMS:2018:300

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 30-01-2018

Datum publicatie 03-10-2018

Zaaknummer 200.200.835/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Appel van ECLI:NL:RBAMS:2016:2793. IPR. Voor de onderhavige vordering tot verklaring voor recht dat ‘arbitraal vonnis’ non-existent is, gelden geen andere rechtsmachtregels dan voor een vordering tot vernietiging van zo’n vonnis. Evenals de eerste rechter oordeelde, heeft de Nederlandse rechter in casu geen rechtsmacht, omdat de plaats van arbitrage buiten Nederland is gelegen. Art. 1037 leden 1 en 2 Rv en art. 1075 Rv.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
NJF 2018/576
NTHR 2018, afl. 6, p. 302

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team 1

zaaknummer : 200.200.835/01

zaaknummer rechtbank : C/13/593237 HAZA 15-807

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 30 januari 2018

inzake

1. de naamloze vennootschap naar het recht van Curaçao

[appellante 1] ,

gevestigd te Curaçao,

2. de naamloze vennootschap naar het recht van Curaçao

[appellante 2] CORPORATION N.V.,

gevestigd te Curaçao,

appellanten,

advocaat: mr. C.E. Drion Amsterdam,

tegen:

1 [geïntimeerde 1] ,

wonende te New York, Verenigde Staten van Amerika,

2. [geïntimeerde 2],

wonende te New York, Verenigde Staten van Amerika,

3. [geïntimeerde 3],

wonende te Tel Aviv, Israël,

geïntimeerden,

advocaat: mr. M. Deckers te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellanten zullen hierna gezamenlijk [appellanten] en afzonderlijk [appellante 1] en [appellante 2] worden genoemd. Geïntimeerden zullen hierna gezamenlijk [geïntimeerden] worden genoemd.

[appellanten] zijn bij dagvaarding van 23 augustus 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) van 25 mei 2016, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [appellanten] als eiseressen in de hoofdzaak en verweersters in het bevoegdheidsincident en [geïntimeerden] als gedaagden in de hoofdzaak en eisers in het bevoegdheidsincident.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 22 november 2017 doen bepleiten, [appellanten] door mr. C.E. Drion voornoemd, en [geïntimeerden] door mr. M. Deckers voornoemd, bijgestaan door mr. A. Rosielle, advocaat te Amsterdam, beide partijen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellanten] hebben geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, na wijziging van eis, het hof verzocht de zaak op de voet van art. 76 Rv (terug) te verwijzen naar de rechtbank Amsterdam voor verdere behandeling van de hoofdzaak, met veroordeling van [geïntimeerden] in de kosten van het geding in beide instanties.

[geïntimeerden] hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met

- uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 t/m 2.5.1 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Het hof neemt de genoemde overwegingen van de rechtbank hierna over.

2.1 Op of omstreeks 18 april 2012 is een document ondertekend namens [appellante 1] , [appellante 2] , [geïntimeerden] en de heer [naam 1] . Dit document wordt hierna de Agreement genoemd. De Agreement (waarin [geïntimeerden] worden aangeduid als ' [naam 1] ') luidt voor zover hier van belang als volgt:

AGREEMENT TO SUBMIT DISPUTES TO ARBITRATION ("Agreement")

(...)

PRELIMINARY STATEMENT

In or about September 30, 2001 the Parties entered into a Forbearance and Settlement Agreement (the "Settlement Agreement"). Various disputes have arisen between the Parties relating to performance under the Settlement Agreement. The parties desire to have all these disputes resolved and settled by a third party arbitrator in whom both have confidence, on the terms and conditions set forth in this Agreement.

NOW, THEREFORE, in consideration of the foregoing and for other good and valuable consideration, the receipt and sufficiency of which is acknowledged, the parties, intending to be legally bound, do agree as follows:

1. Preliminary Statement Incorporated. The Preliminary Statement constitutes an integral part of this Agreement and is incorporated herein by this reference.

2. Submission of Dispute to Arbitration. [appellante 1] / [appellante 2] and [naam 1] each hereby agree to submit all disputes, controversies or claims arising out of or relating to the Settlement Agreement, (whether or not such disputes, controversies or claims are arbitrable under applicable law) to be finally settled by arbitration by Amnon [naam 1] , a member of the Israel and New York bars (the "Arbitrator"), on the terms and conditions set forth in this Agreement. The award of the Arbitrator shall be final and binding upon the Parties and judgment upon such award may be entered in any court in Amsterdam having jurisdiction or application may be made to such a court for a judicial acceptance of such award and a judgment or order of enforcement, as the case may be. The Parties jointly and severally engage [naam 2] , Adv. of the law firm of [bedrijf] together with such other attorneys and assistants from such firm as he may reasonably designate

(collectively, "Judgment Counsel") to represent them in connection with the application to be made to such a court for a judicial acceptance of such award and/or a judgment or order of enforcement, as the case may be. Arbitration hearings shall be held in Amsterdam and/or New York, at the election of the Arbitrator. The arbitration proceedings shall be conducted in the English language. The Arbitrator is authorized to act *ex aequo et bono* (and/or use principles of equity). The rules governing the arbitration are set forth in Schedule A hereto and are incorporated by this reference.

3. Fees and Expenses. Each of [appellante 1] / [appellante 2] on the one hand and [naam 1] on the other hand, shall pay one-half of the Arbitrator's compensation and the expenses of the arbitration. The Arbitrator may render periodic bills for same. Each of [appellante 1] / [appellante 2] on the one hand and [naam 1] on the other hand, shall each pay one-half of the fees and expenses of Judgment Counsel incurred in connection with the application for judicial acceptance of the afore mentioned arbitration award and/or a judgment or order of enforcement.

4. Prior Representation. The Parties acknowledge that Arbitrator has and, in the future, may represent the Parties or any of them (and/or their respective affiliates) in connection with various matters. Each of the Parties acknowledge that they have given due consideration to the fact of such prior representations and possibilities of future representations and each waive any challenge to the award of the Arbitrator based upon any prior or future relationship of any of the parties hereto or their affiliates with the Arbitrator. The parties each state that the fact that they each respectively have had prior relationships with the Arbitrator is a material reason for their selecting the Arbitrator to determine their dispute. The appointment of Arbitrator as the arbitrator hereunder and his actions hereunder shall not restrict, limit or prohibit the Arbitrator or his law firm from representing either [naam 1] and/or [appellante 1] / [appellante 2] and/or their respective affiliates as counsel in connection with any other matter. The appointment of Judgment Counsel hereunder and his/their actions hereunder shall not restrict, limit or prohibit Judgment Counsel from representing [naam 1] in connection with any other matter.

5. Consent to Jurisdiction. Each of the Parties hereby irrevocably consents to the jurisdiction of the courts of the Kingdom of the Netherlands, located in Amsterdam for all purposes in connection with any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement, the arbitration proceedings hereunder and any arbitration award hereunder and agrees that such courts are a convenient forum. The Parties each further consents that any summons, process or notice of motion or other application to any of said courts or a judge thereof may be served inside or outside of Amsterdam by registered or certified mail, return receipt requested, addressed to a Party at its address set forth above or at such other address designated by a Party, or in such other manner as may be permissible under the rules of said court.

6. Counterparts. This Agreement may be executed in several counterparts, each of which shall be deemed to be an original, but which together shall constitute one and the same instrument.

7. Section Headings. The section headings contained in this Agreement are inserted for convenience of reference only and shall not affect the meaning or interpretation of this Agreement.

(volgen handtekeningen namens [appellanten] en [geïntimeerden] - hof)

By his signature below, the Arbitrator agrees to act as Arbitrator hereunder on the terms and conditions specified above.

(volgt de handtekening van [naam 1] - hof)

(...)

1.1.1. Artikel 2 van de *Agreement* refereert aan *Schedule A*. *Schedule A* luidt als volgt:

SCHEDULE A

ARBITRATION RULES

1 Jurisdiction

The arbitrator shall have the power to rule on his or her own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope or validity of the arbitration agreement.

2 Exchange of Information

(a) At the discretion of the arbitrator, consistent with the expedited nature of arbitration, the arbitrator may direct (i) the production of documents and other information, and (ii) the identification of any witnesses to be called.

(b) At least five (5) business days prior to the hearing, the parties shall exchange copies of all exhibits they intend to submit at the hearing.

(c) The arbitrator is authorized to resolve any disputes concerning the exchange of information.

3 Date, Time, and Place of Hearing

The arbitrator shall set the date, time, and place for each hearing. The parties shall respond to requests for hearing dates in a timely manner, be cooperative in scheduling the earliest practicable date, and adhere to the established hearing schedule.

4 Attendance at Hearings

The arbitrator shall maintain the privacy of the hearings unless the law provides to the contrary. Any person having a direct interest in the arbitration is entitled to attend hearings. The arbitrator shall otherwise have the power to require the exclusion of any witness, other than a party or other essential person, during the testimony of any other witness. It shall be discretionary with the arbitrator to determine the propriety of the attendance of any other person other than a party and its representatives.

5 Representation

Initially the parties shall appear before the arbitrator without counsel. Thereafter if a party so desires it may be represented by counsel or other authorized representative. A party intending to be so

represented shall notify the other party and the arbitrator of the name and address of the representative at least three days prior to the date set for the hearing at which that representative is first to appear.

6 Arbitration in the Absence of a Party or Representative

Unless the law provides to the contrary, the arbitration may proceed in the absence of any party or representative who, after due notice, fails to be present or fails to obtain a postponement. An award shall not be made solely on the default of a party. The arbitrator shall require the party who is present to submit such evidence as the arbitrator may require for the making of an award.

7 Conduct of Proceedings

(a) The parties shall present evidence to support their respective claims and defenses. Witnesses for each party shall also submit to questions from the arbitrator and the adverse party. The arbitrator has the discretion to vary this procedure, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case.

(b) The arbitrator, exercising his or her discretion, shall conduct the proceedings with a view to expediting the resolution of the dispute and may direct the order of proof, bifurcate proceedings and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case.

(c) The parties may agree to waive oral hearing.

8 Evidence

(a) The parties may offer such evidence as is relevant and material to the dispute and shall produce such evidence, as the arbitrator may deem necessary to an understanding and determination of the dispute. Conformity to legal rules of evidence shall not be necessary. All evidence shall be taken in the presence of the arbitrator and all of the parties, except where any of the parties is absent, in default or has waived the right to be present.

(b) The arbitrator shall determine the admissibility, relevance, and materiality of the evidence offered and may exclude evidence deemed by the arbitrator to be cumulative or irrelevant.

(c) The arbitrator shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client.

(d) An arbitrator or other person authorized by law to subpoena witnesses or documents may do so upon the request of any party or independently.

9. Evidence by Affidavit and Post-Hearing Filing of Documents or Other Evidence

(a) The arbitrator may receive and consider the evidence of witnesses by declaration or affidavit, but shall give it only such weight as the arbitrator deems it entitled to after consideration of any objection made to its admission.

(b) If the parties agree or the arbitrator directs that documents or other evidence be submitted to the arbitrator after the hearing, the documents or other evidence shall be transmitted to the arbitrator and the adverse party. All parties shall be afforded an opportunity to examine and respond to such documents or other evidence.

10 Interim Measures

(a) The arbitrator may take whatever interim measures he or she deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property and disposition of perishable goods.

(b) Such interim measures may take the form of an interim award, and the arbitrator may require security for the costs of such measures.

(c) A request for interim measures addressed by a party to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate or a waiver of the right to arbitrate.

11 Closing of Hearing

The arbitrator shall specifically inquire of all parties whether they have any further proofs to offer or witnesses to be heard. Upon receiving negative replies or if satisfied that the record is complete, the arbitrator shall declare the hearing closed. If briefs are to be filed, the hearing shall be declared closed as of the final date set by the arbitrator for the receipt of briefs. If documents are to be filed post-hearing as provided above, and the date set for their receipt is later than that set for the receipt of briefs, the later date shall be the closing date of the hearing. The time limit within which the arbitrator is required to make the award shall commence, in the absence of other agreements by the parties, upon the closing of the hearing.

12 Waiver of Rules

Any party who proceeds with the arbitration after knowledge that any provision or requirement of these rules has not been complied with and who fails to state an objection in writing shall be deemed to have waived the right to object.

13 Serving of Notice

(a) Any papers, notices, or process necessary or proper for the initiation or continuation of an arbitration under these rules, for any court action in connection therewith, or for the entry of judgment on any award made under these rules may be served on a party by mail addressed to the party, or its representative at the last known address or by personal service, in or outside the jurisdiction where the arbitration is to be held, provided that reasonable opportunity to be heard with regard to the dispute is or has been granted to the party.

(b) The arbitrator and the parties may also use overnight delivery or electronic facsimile transmission (fax), to give the notices required by these rules. Where all parties and the arbitrator agree, notices may be transmitted by electronic mail (E-mail), or other methods of communication.

(c) Unless otherwise instructed by the arbitrator, any documents submitted by any party to the arbitrator shall simultaneously be provided to the other party or parties to the arbitration.

14 Time of Award

The award shall be made promptly by the arbitrator and, unless otherwise agreed by the parties or specified by law, no later than 60 days from the date of closing the hearing, or, if oral hearings have been waived, from the date of the transmittal of the final statements and proofs to the arbitrator.

15 Form of Award

(a) Any award shall be in writing and signed by the arbitrator. It shall be executed in the manner required by law.

(b) The arbitrator need not render a reasoned award unless the parties request such an award in writing prior to appointment of the arbitrator or unless the arbitrator determines that a reasoned award is appropriate.

16 Scope of Award

(a) The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a

contract.

(b) In addition to a final award, the arbitrator may make other decisions, including interim, interlocutory, or partial rulings, orders, and awards. In any interim, interlocutory, or partial award, the arbitrator may assess and apportion the fees, expenses, and compensation related to such award as the arbitrator determines is appropriate.

(c) In the final award, the arbitrator shall assess the fees, expenses, and Arbitrator's compensation as provided in Section 3 of the Agreement.

(d) The award of the arbitrator may include: (a) interest at such rate and from such date as the arbitrator may deem appropriate; and (b) an award of attorneys' fees if all parties have requested such an award or it is authorized by law or their arbitration agreement.

17 Award upon Settlement

If the parties settle their dispute during the course of the arbitration and if the parties so request, the arbitrator may set forth the terms of the settlement in a "consent award."

18 Delivery of Award to Parties

Parties shall accept as notice and delivery of the award the placing of the award or a true copy thereof in the mail addressed to the parties or their representatives at the last known addresses, personal or electronic service of the award, or the filing of the award in any other manner that is permitted by law.

19 Modification of Award

Within 20 days after the transmittal of an award, any party, upon notice to the other parties, may request the arbitrator, to correct any clerical, typographical, or computational errors in the award. The arbitrator is not empowered to redetermine the merits of any claim already decided. The other parties shall be given 10 days to respond to the request. The arbitrator shall dispose of the request within 20 days after transmittal to the arbitrator of the request and any response thereto.

20 Applications to Court and Exclusion of Liability

(a) No judicial proceeding by a party relating to the subject matter of the arbitration shall be deemed a

waiver of the party's right to arbitrate.

(b) The arbitrator in a proceeding under these rules is not a necessary party in judicial proceedings relating to the arbitration.

(c) The arbitrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these rules.

21 Expenses

The expenses of witnesses for either side shall be paid by the party producing such witnesses. All other expenses of the arbitration, including required travel and other expenses of the arbitrator, representatives, and any witness and the cost of any proof produced at the direct request of the arbitrator, shall be borne equally by the parties, unless they agree otherwise or unless the arbitrator in the award assesses such expenses or any part thereof against any specified party or parties.

22 Interpretation and Application of Rules

The arbitrator shall interpret and apply these rules.

2.2 Op 8 mei 2012 heeft de in de *Agreement* bedoelde heer [naam 1] een *Final Award* afgegeven. Deze *Final Award* luidt, voor zover hier van belang:

In the Matter of the Arbitration between:

[[geïntimeerden]], Claimants

- against -

[[appellante 1]] and **[[appellante 2]]**, Respondents.

FINAL AWARD

THE UNDERSIGNED ARBITRATOR, having been designated in accordance with [the Agreement] and having considered the arguments, contentions, evidence, and testimony, of the parties submitted both at a formal session in Amsterdam on the 18th of April, 2012 and informally while the parties and/or their representatives were together in Sophia Bulgaria on the 19th – 20th of April, 2012, as well as facts and circumstances known to the arbitrator by reason of his having represented the parties in different matters over a considerable number of years, does hereby make this FINAL AWARD, as set forth below.

The September 30, 2001 Forbearance and Settlement Agreement (the "Settlement Agreement") between and among Claimants and respondents was based upon and reflected the then existing outstanding unpaid loans made by [appellante 1] to Claimants. In deposition testimony under oath in connection [geïntimeerde 1] 's bankruptcy proceeding in the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Hendrik ("Henk") Johannes [Y] stated on August 5th, 1998, that

the funds loaned by [appellante 1] to [[geïntimeerden]] (and guaranteed by [appellante 2]) had been provided to [appellante 1] by other investors pursuant to various agreements between such investors and [appellante 1] . Henk confirmed in a reply to a direct question by the arbitrator that the no investor of [appellante 1] , post 2004, has ever demanded from either Respondent the balance of the investment, if any. The arbitrator understand that while the statute of limitations (i.e. extinction of claims by reason of the passage of time) for claims by [appellante 1] and [appellante 2] under the Settlement Agreement have been tolled by the terms of such agreement, the statute of limitations with respect to the claims of investors who had provided [appellante 1] with the money lent by it, which has not been repaid, have run out and potential claims against [appellante 1] for such funds have been extinguished. Accordingly it appears to the arbitrator that further payments to [appellante 1] and [appellante 2] under the Settlement Agreement would result in unjust enrichment of [appellante 1] and should be denied.

Based on the foregoing, the **UNDERSIGNED ARBITRATOR DOES DETERMINE, ORDER AND AWARD AS FOLLOWS:**

1. Respondents [appellante 1] and [appellante 2] are not entitled to any further payments under the Settlement Agreement.
2. It is ordered that all the security interests and collateral given in connection with the Settlement Agreement or any indebtedness referred to in the Settlement Agreement, if any, which have not yet been released by respondents [appellante 1] and [appellante 2] or any of them, shall be released and returned within 7 days. And, further, since there is no longer any such indebtedness all such security interests are ipso facto released.
3. This Award is in full settlement of all claims and counterclaims submitted to this Arbitration. All claims not expressly granted herein are hereby, denied.
4. This Award may be executed in multiple copies, each of which shall be deemed an original, and all of which shall constitute together one and the same instrument.

Dated: May 8th, 2012 (*volgt handtekening [naam 1] - hof*)

- 2.3 [appellanten] stellen over de achtergrond van de *Agreement* en de *Final Award* het volgende. [appellanten] (gecontroleerd door de heer [Y]) hebben vanaf 1992 tientallen miljoenen US dollars aan [geïntimeerden] geleend. [geïntimeerden] voldeden niet aan hun terugbetalingsverplichtingen, hetgeen heeft geleid tot de *Forbearance and Settlement Agreement* van 30 september 2001, op basis waarvan [appellanten] zouden afzien van een deel van hun vorderingen onder de voorwaarde dat [geïntimeerden] de afgesproken aflossingen zouden nakomen. [geïntimeerden] kwamen de afgesproken aflossingen in eerste instantie in beperkte mate na en na verloop van tijd niet meer. Eind 2011 geraakte een vennootschap van [Y] (niet zijnde [appellante 1] of [appellante 2]) in ernstige liquiditeitsproblemen, waarop [Y] contact zocht met de advocaat van [geïntimeerden] , de heer [naam 1] , teneinde te onderzoeken of het mogelijk was om de vorderingen op [geïntimeerden] op korte termijn liquide te maken. [naam 1] kwam echter met een ander voorstel, namelijk dat de investeringen die [Y] had gedaan in Bulgaarse zonneparken zouden worden gekocht door [geïntimeerden] en [X] (andere cliënten van [naam 1]) voor € 21 miljoen terwijl de schulden van [geïntimeerden] aan [appellanten] ad USD 49 miljoen zouden worden kwijtgescholden. Dit was weliswaar zeer onvoordelig voor [Y] , maar gezien zijn nijpende financiële situatie meende hij niet anders dan akkoord te kunnen gaan. [naam 1] stelde echter als voorwaarde dat de transacties met [geïntimeerden] en [X] moesten worden geregeld in een 'arbitrage-procedure' in plaats van vastlegging ervan in overeenkomsten. [Y] ontving vervolgens min of meer onverwacht de *Final Award*. Betaling voor de Bulgaarse zonneparken heeft (een vennootschap van) [Y] nooit ontvangen.
- 2.4 [appellanten] stellen en vorderen in de hoofdzaak, samengevat, als volgt. Gezien de achtergrond van de 'arbitrage' is die arbitrage een schijnhandeling geweest, reeds omdat tussen partijen geen geschil bestond over hetgeen door [naam 1] is beslist. De *Final Award* is dus geen arbitraal vonnis. Primair vorderen [appellanten] dan ook een verklaring voor recht dat de *Final Award* geen arbitraal

vonnis is en dus ook niet de rechtsgevolgen van een arbitraal vonnis heeft, zoals de mogelijkheid van erkenning of tenuitvoerlegging. Voor zover de *Final Award* wel als een arbitraal vonnis moet worden aangemerkt, moet het worden vernietigd, hetgeen subsidiair wordt gevorderd. Ten eerste moet de *Final Award* als arbitraal vonnis worden vernietigd omdat om verschillende redenen een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt (artikel 1065 lid 1 sub a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [Rv]): de *Agreement* is aangegaan onder de opschortende voorwaarde van het sluiten van een transactie omtrent de Bulgaarse zonneparken, welke voorwaarde niet is vervuld; de *Agreement* is niet ongedwongen, vrijwillig en ondubbelzinnig aangegaan; de *Agreement* is bij brief van 23 februari 2015 vernietigd op grond van misbruik van omstandigheden, bedrog en dwaling. Ten tweede moet de *Final Award* als arbitraal vonnis worden vernietigd omdat [naam 1] zich als arbiter niet aan de opdracht heeft gehouden (artikel 1065 lid 1 sub c Rv): er was geen geschil tussen [appellanten] en [geïntimeerden] zodat er geen opdracht was waaraan [naam 1] zich kon houden, terwijl [naam 1] zich ook niet heeft gehouden aan de procedurele bepalingen van de *Agreement* omtrent het houden van zittingen, het naar voren kunnen brengen van standpunten en kosten ([appellanten] wisten niet eens dat de arbitrale procedure was begonnen en ontvingen min of meer onverwacht de *Final Award* zonder dat daarin iets was bepaald over de kosten, terwijl [naam 1] overigens wel een factuur stuurde). Ten derde moet de *Final Award* als arbitraal vonnis worden vernietigd omdat het niet op de juiste wijze is ondertekend en niet met redenen is omkleed (artikel 1065 lid 1 sub d Rv): de woonplaatsen van de betrokkenen en de plaats van de arbitrage worden niet vermeld, de gronden van de beslissing ontbreken althans de motivering is aanstonds onbegrijpelijk en een duidelijke beslissing ontbreekt ook, terwijl het vermeende dictum onbegrijpelijk is. Ten vierde moet de *Final Award* als arbitraal vonnis worden vernietigd omdat het vonnis, althans de wijze waarop het tot stand is gekomen, in strijd met de openbare orde of de goede zeden is (artikel 1065 lid 1 sub e Rv): hoor en wederhoor is geschonden en [naam 1] was noch onafhankelijk noch onpartijdig. Aldus, samengevat, de door [appellanten] in de hoofdzaak ingestelde eis en de gronden daarvoor.

2.5 Als verdere achtergrond in de hoofdzaak wordt hier vermeld dat [geïntimeerden] de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank als die van de bestreden beschikking op 22 juni 2012 hebben verzocht om de *Final Award* te erkennen en verlot tot tenuitvoerlegging in Nederland te verlenen. De voorzieningenrechter heeft na een tussenbeschikking van 23 december 2013 en het horen van getuigen uiteindelijk bij beschikking van 23 december 2014 beslist dat de *Final Award* wordt erkend in Nederland, zulks op basis van de notie dat partijen het er kennelijk over eens zijn dat de *Final Award* moet worden beschouwd als een in de VS gewezen arbitraal vonnis. Het verlot tot tenuitvoerlegging is door de voorzieningenrechter afgewezen omdat de beslissing van [naam 1] niet vatbaar voor executie is, althans dat [geïntimeerden] bij dat verlot geen belang hebben. Tegen de beschikking van de voorzieningenrechter is door [appellanten] hoger beroep ingesteld.

Het hof heeft bij beschikking van 29 maart 2016 het beroep verworpen. De Hoge Raad heeft bij arrest van 31 maart 2017 het cassatieberoep van [appellanten] verworpen.

2.6 In het geding bij de voorzieningenrechter is [naam 1] als getuige gehoord. Tegelijkertijd is [naam 1] als getuige gehoord in het bij dezelfde voorzieningenrechter aanhangige en vergelijkbare geding tussen (vennootschappen van) [X] en (vennootschappen van) [Y] . Dat geding ging over de erkenning van de '*Final Award*' van [naam 1] van 10 mei 2012 in de arbitrage tussen (vennootschappen van) [X] en (vennootschappen van) [Y] . Als getuige in die zaak, welke zaak dus om hetzelfde feitencomplex draait als de onderhavige zaak tegen [geïntimeerden] , heeft [naam 1] , voor zover hier van belang voor de bepaling van tijd en plaats, het volgende verklaard op vragen van de advocaat van (vennootschappen van) [Y] :

"U vraagt mij wanneer de conference call heeft plaatsgevonden en hoe lang die duurde. Ik weet nog wel in welke week het was, niet de precieze dag. Ik ben tot 21 of 22 april 2012 met [Y] in Sofia geweest. De arbitrale beslissing heb ik op 10 mei 2012 gegeven. De conference call moet dus hebben plaatsgevonden tussen 25 april en eind april/begin mei 2012. De lengte van het gesprek was zeer kort,

ik denk zo'n 10 minuten. De boodschap was duidelijk, ze wilden een arbitrale beslissing en ze hadden geen zitting nodig. Ik was voor zover ik mij kan herinneren in mijn kantoor in New York. U vraagt mij of ik, indien dat nodig is, bewijs kan overleggen dat de conference call heeft plaatsgevonden. Ik ben niet in de positie om die vraag eensluidend te beantwoorden. In die periode waren er wel 5 telefoongesprekken met [Y], elk van die gesprekken zou de conference call geweest kunnen zijn. [Y] belde mij in die tijd heel vaak. U vraagt mij of ik normaliter een conference call aanvraag. Ik denk dat er een misverstand is. Het was niet een conference call in de zin dat er met drie partijen op drie locaties werd gebeld. Dabah was bij mij op kantoor toen wij met [Y] hebben gebeld. Ik weet niet meer of wij naar [Y] belden, of dat [Y] ons heeft gebeld. Dabah was bij mij op kantoor voor iets anders".

3 Beoordeling

- 3.1 De rechtbank heeft de conclusie van [geïntimeerden] dat de rechtbank onbevoegd is als een bevoegdheidsincident is aangemerkt.
- 3.2 [appellanten] hebben in eerste aanleg gesteld dat de conclusie van [geïntimeerden] dat de rechtbank onbevoegd is, ten onrechte door de rechtbank als een bevoegdheidsincident is aangemerkt omdat die conclusie niet als zodanig is gepresenteerd en moet worden beschouwd als een niet-ontvankelijkheidsverweer, althans als een argument om de vorderingen van [appellanten] in de hoofdzaak af te wijzen. Als inhoudelijk verweer hebben [appellanten] aangevoerd dat de *Final Award*, als deze als een bestaand arbitraal vonnis kan worden beschouwd, een Nederlands arbitraal vonnis is, zodat de daartegen gerichte vernietigingsactie bij de Nederlandse rechter moet worden ingesteld.
- 3.3 De rechtbank heeft in het bevoegdheidsincident de vordering van [geïntimeerden] toegewezen, in de hoofdzaak bepaald dat zij geen rechtsmacht heeft om kennis te nemen van de vorderingen van [appellanten] veroordeeld in de kosten van het incident en de procedure in de hoofdzaak.
- 3.4 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen [appellanten] met drie grieven op. Grief 1 klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het verweer van [geïntimeerden] moet worden beschouwd als een door [geïntimeerden] ingesteld bevoegdheidsincident. Grief 2 is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat, omdat de plaats van arbitrage buiten Nederland is gelegen, zij geen rechtsmacht heeft. Grief 3 is gericht tegen de proceskostenveroordeling ten laste van [appellanten] en heeft naast de grieven 1 en 2 geen zelfstandige betekenis.
- 3.5 De kernvraag in hoger beroep is of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om van de vorderingen van [appellanten] kennis te nemen.
- 3.6 [appellanten] hebben bij de rechtbank twee vorderingen jegens [geïntimeerden] ingesteld. De primaire vordering betreft voor recht te verklaren dat de *Final Award* geen arbitraal vonnis ("non-existent") is, zich derhalve ook niet leent voor erkenning of tenuitvoerlegging als arbitraal vonnis in Nederland of daarbuiten en waaraan ook niet de rechtsgevolgen zijn verbonden die de Nederlandse wet aan een arbitraal vonnis verbindt. De subsidiaire vordering betreft de vernietiging van de *Final Award*.
- 3.7 In de toelichting op grief 1 hebben [appellanten] - kort samengevat - betoogd dat de *Final Award* geen arbitraal vonnis is omdat (om allerlei door hen aangevoerde redenen) geen werkelijke arbitrage heeft plaatsgevonden maar sprake was van een schijnarbitrage. De rechtbank heeft in rov. 4.10 van het vonnis geoordeeld dat zij niet bevoegd is ten aanzien van de primaire vordering. Zij heeft daartoe (onder meer) overwogen dat het doel van die vordering, te weten het in rechte

non-existent doen zijn van de *Final Award*, in wezen hetzelfde is als het doel van de subsidiaire vordering tot vernietiging van de *Final Award*. [appellanten] hebben een drietal redenen aangevoerd waarom het oordeel van de rechtbank, dat zij (ook) onbevoegd is ten aanzien van de primaire vordering, onjuist is.

Als eerste reden hebben [appellanten] aangevoerd dat het onjuist is dat de rechtbank de beoordeling van haar bevoegdheid ten aanzien van de primaire vordering niet heeft onderscheiden van de beoordeling van haar bevoegdheid ten aanzien van de subsidiaire vordering omdat beide vorderingen in die zin van elkaar verschillen dat een arbitraal vonnis dat niet bestaat geen enkel gevolg heeft, terwijl een vernietigd arbitraal vonnis in andere jurisdictie dan het land van herkomst nog wel gevolgen kan hebben.

3.8 [geïntimeerden] hebben daartegen ingebracht dat de primaire vordering, ook blijkens de eigen toelichting van [appellanten], ertoe strekt om in te grijpen in de rechtsverhouding tussen partijen zoals die in de *Final Award* is vastgelegd. De met de vordering beoogde terzijdestelling van de *Final Award* komt volgens [geïntimeerden] neer op de vernietiging daarvan, althans is op zijn minst daaraan gelijk te stellen. Voorts hebben [geïntimeerden] het door [appellanten] aangevoerde verschil in rechtsgevolg van beide vorderingen bestreden door er op te wijzen dat ook indien de rechtbank zou oordelen dat de *Final Award* non-existent zou zijn, dat als arbitraal vonnis in stand zal blijven in iedere jurisdictie waar dat vonnis erkend wordt en dat dat zeker het geval zal zijn in de staat New York omdat het zeer onwaarschijnlijk is dat de rechter in de staat New York een Nederlands vonnis, inhoudende dat de *Final Award* een niet bestaand arbitraal vonnis is, zal erkennen omdat de *Final Award* als arbitraal vonnis volgens het recht van de staat New York bij gebreke van een tijdige vordering tot vernietiging in stand is gebleven.

3.9 Het betoog van [appellanten] dat een vordering strekkende tot verklaring voor recht dat een 'arbitraal vonnis' non-existent is (op de door hen gestelde grond dat het om een schijnarbitrage gaat), moet worden onderscheiden van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis (op, bijvoorbeeld, de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt) - met als gevolg dat voor de eerste vordering andere bevoegdheidsregels gelden dan voor de tweede vordering -, kan niet als juist worden aanvaard. Noch het Nederlandse arbitragerecht noch het Verdrag van New York biedt enige steun aan dit betoog van [appellanten] Grief 1 faalt.

3.10 [appellanten] bestrijden met grief 2 het oordeel van de rechtbank dat zij geen rechtsmacht heeft omdat de plaats van arbitrage buiten Nederland is gelegen.

Zij hebben ter toelichting op deze grief naar voren gebracht dat de vaststelling van de plaats van arbitrage niet relevant is voor de beoordeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Volgens hen had de rechtbank bij de beoordeling van de vorderingen van [appellanten] uit moeten gaan van de (daarin besloten) stelling dat de *Final Award* een Nederlands arbitraal vonnis is en reeds daaraan haar bevoegdheid moeten ontlelen om kennis te nemen van de vordering tot vernietiging.

Voor zover vaststelling van die plaats wel van belang zou zijn, stellen [appellanten] dat het oordeel van de rechtbank onjuist is omdat uit art. 2 en art. 5 van de *Agreement* volgt dat Nederland en Amsterdam respectievelijk het land en de plaats van arbitrage zijn. Uit art. 5 volgt dat gekozen is voor Nederland als plaats van arbitrage en voor toepassing van het Nederlandse arbitragerecht. Uit art. 2 volgt dat het depot, als bedoeld in art. 1058 lid 1 b Rv, van de *Final Award* bij de griffie van de rechtbank Amsterdam dient te geschieden en daaruit blijkt dat Amsterdam de plaats van arbitrage is en de vordering tot vernietiging ingesteld dient te worden bij de rechtbank Amsterdam.

Volgens [appellanten] doet de feitelijke plaats van de arbitrage hier niet aan af. Evenmin komt volgens [appellanten] betekenis toe aan het feit dat zij het depot hebben verzorgd. Op deze gronden stellen [appellanten] dat de rechtbank Amsterdam, dan wel de Nederlandse rechter, op grond van art. 1037 lid 1 Rv jo. art. 1064 lid 2 Rv bevoegd is om van de vordering tot vernietiging kennis te nemen.

De rechtbank had volgens [appellanten] haar bevoegdheid ook moeten ontlelen aan art. 1037 lid

2 Rv omdat indien in de *Final Award* de plaats van arbitrage vermeld zou zijn, op grond van art. 5 van de *Agreement* Nederland vermeld had moeten worden.

[geïntimeerden] hebben dit alles bestreden en verder hebben zij een beroep gedaan op het gezag van gewijsde op dit punt voortvloeiend uit de uitspraak van de Hoge Raad van 31 maart 2017, als hiervoor genoemd onder rov. 2.5.

3.11 Het hof oordeelt als volgt. [geïntimeerden] hebben in randnummer 3 van de conclusie van antwoord als inhoudelijk verweer tegen de vorderingen van [appellanten] zich op de onbevoegdheid van de rechtbank beroepen. Omdat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het om een Nederlands dan wel om een buitenlands arbitraal vonnis gaat, is daarvoor de plaats van arbitrage beslissend. Ten aanzien van die plaats hebben [geïntimeerden] gesteld dat die buiten Nederland ligt. De rechtbank kon haar bevoegdheid niet reeds aan de door [appellanten] gestelde maar door [geïntimeerden] betwiste grondslag (dat sprake was van een Nederlands arbitraal vonnis) van de vordering ontleen. De rechtbank diende, ter beoordeling van haar bevoegdheid om van die vordering kennis te nemen, op basis van het door partijen gevoerde debat daarover, te beslissen wat de plaats van arbitrage is.

3.12 Ten aanzien van de plaats van arbitrage oordeelt het hof als volgt. Ingevolge art. 1037 lid 1 Rv. wordt de plaats van arbitrage door partijen bij overeenkomst bepaald en bij gebreke daarvan door het scheidsgerecht. Indien door partijen noch door het scheidsgerecht een plaats van arbitrage is bepaald, geldt volgens lid 2 van dat artikel als plaats van arbitrage de plaats van de uitspraak die door het scheidsgerecht in het arbitrale vonnis is vermeld. Hetgeen in art. 1037 Rv. is bepaald is in overeenstemming met geldend internationaal privaatrecht.

De tekst van art. 5 van de *Agreement*, dat gelet op de aanhef "*Consent to Jurisdiction*" en inhoud, als een forumkeuze voor de rechtbank te Amsterdam aangemerkt dient te worden, bevat geen enkel aanknopingspunt voor de aanwijzing van Amsterdam als de plaats van arbitrage.

[appellanten] hebben onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat een forumkeuze als de onderhavige in het internationaal handelsverkeer tevens als een bepaling van de plaats van arbitrage geldt en dat partijen bij het sluiten van de arbitrageovereenkomst daar ook van uit zijn gegaan.

Evenmin staat in art. 2 van de *Agreement* een aanwijzing van Amsterdam als de plaats van arbitrage. Dat partijen met art. 2 beoogd hebben een afspraak te maken over de deponering van de *Final Award* door [naam 1], zoals bedoeld in art. 1058 lid 1 Rv, volgt niet uit de tekst van art. 2 van de *Agreement*. Uit de tekst van art. 2, te weten: "*for a judicial acceptance of such award and a judgment or order of enforcement*", volgt slechts dat de daarin opgenomen aanwijzing van de rechtbank Amsterdam betrekking heeft op de indiening van een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging.

Dit betekent dat [appellanten] tevergeefs hebben betoogd dat art. 2 en art. 5 van de *Agreement* met zich brengen dat Nederland dan wel Amsterdam als land of plaats van arbitrage is bepaald.

3.13 Het hof is van oordeel dat de Nederlandse rechter evenmin bevoegdheid kan ontleen aan art. 1037 lid 2 Rv omdat in de *Final Award* geen plaats van uitspraak staat vermeld. Bovendien staat in art. 2 noch art. 5 van de *Agreement* een verplichting te lezen dat in het arbitrale vonnis Amsterdam dan wel Nederland als plaats of land van arbitrage vermeld zou worden.

3.14 Omdat geen sprake is van een plaatsbepaling in de *Agreement*, [naam 1] evenmin een plaats van arbitrage heeft vastgesteld en de *Final Award* niet vermeldt op welke plaats die uitgesproken is, zal aan de hand van de feiten en omstandigheden met betrekking tot de arbitrage en de *Final Award* vastgesteld moeten worden of sprake is van een Nederlands of een buitenlands arbitraal vonnis.

3.15 De plaats van de *Final Award* is naar het oordeel van het hof New York, zodat van een

buitenlands arbitraal vonnis sprake is in de zin van art. 1075 Rv. Het hof licht dit oordeel als volgt toe.

Het staat vast dat [naam 1] een in New York gevestigde advocaat is en aldaar kantoor houdt, dat [geïntimeerden] (op A. [naam 1] na, die in Tel Aviv woont) in de staat New York wonen en gevestigd zijn en dat de heer Friedman, een op het kantoor van [naam 1] gevestigde notaris, aan het arbitrale vonnis een notarieel certificaat heeft gehecht waarop bovenaan "*State of New York, Country of New York*" staat vermeld. Deze objectieve feiten geven voldoende aanknopingspunten voor de vaststelling dat het arbitrale vonnis in New York gewezen is. Dit stemt overeen met de inhoud van een door de heer Friedman op 12 november 2015 ondertekende, en ten overstaan van public notary M. Greenberg-Cohen, notarieel verleden affidavit, waarin hij verklaart dat:

"The Award was written, signed in, and transmitted to the parties from the offices of [naam 1] LLP located in New York City".

De stelling van [appellanten] dat veeleer gewicht toegekend moet worden aan de (subjectieve) partijbedoeling van partijen zoals die blijkt uit de verwijzingen naar Amsterdam en Nederland in de *Agreement*, gaat niet op omdat die verwijzingen geen betrekking hebben op Amsterdam of Nederland als plaats of land van respectievelijk de arbitrage of het arbitrale vonnis. Het feit dat op 18 april 2012 een zitting heeft plaatsgevonden op het kantoor van [Y] te Amsterdam levert onvoldoende aanknopingspunt op om van een Nederlands arbitraal vonnis te kunnen spreken.

Omdat sprake is van een buitenlands arbitraal vonnis, is de Nederlandse rechter derhalve onbevoegd om van de onderhavige vorderingen tot vernietiging van het arbitrale vonnis kennis te nemen. Het beroep van [geïntimeerden] op het gezag van gewijsde heeft geen bespreking meer.

Ook grief 2 faalt.

3.16 De slotsom luidt dat de grieven 1 en 2 falen en dat grief 3 geen verdere bespreking meer behoeft. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd.

[appellanten] zullen als in het ongelijk gestelde partijen worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerden] begroot op € 314,- aan verschotten en € 2.682,- voor salaris;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.M. Aarts, R.J.F. Thiessen en H.M.M. Steenberghe en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 30 januari 2018.