ECLI:NL:RBDHA:2017:9508

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	12-07-2017
Datum publicatie	28-08-2017
Zaaknummer	C/09/533167 / HA ZA 17-572
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Bodemzaak Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Onbevoegdheidsincident. Arbitraal beding niet onredelijk bezwarend, toepassing niet onaanvaardbaar naar eisen redelijkheid en billijkheid. Art. 6:248 lid 2 BW, art. 6 lid 1 EVRM., art. 1074 Rv, art. 1053 Rv., art. 10:166 BW, art. 10:3 BW.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

---

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/533167 / HA ZA 17-572

Vonnis in incident van 12 juli 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KAAG CONVENT B.V.,
statutair gevestigd te Leiden,
eiseres in de hoofdzaak,
verweerster in het incident,
advocaat mr. M.C. van Leyenhorst te Leiden,

tegen

de rechtspersoon naar Zweeds recht
MFEX MUTUAL FUNDS EXCHANGE AB,
gevestigd te Stockholm, Zweden, zonder bekende vestigingsplaats binnen Nederland,
gedaagde in de hoofdzaak,
eiseres in het incident,
advocaat mr. M.J. Faber te Amsterdam.

Partijen zullen hierna 'Kaag'en 'MFEX' genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 23 maart 2017, met producties;
- het anticipatie-exploot van 23 mei 2017 van MFEX;
- de incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid, met producties;
- de conclusie van antwoord in het onbevoegdheidsincident, met producties.

1.2. Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald in het incident.

2 De standpunten van partijen

<u>In de hoofdzaak</u>

2.1. Kaag vordert, samengevat, bij voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

i. veroordeling van MFEX tot betaling aan Kaag van € 1.107.443,97 aan niet-betaalde commissie;

ii. MFEX te bevelen om binnen twee weken na betekening van het vonnis aan Kaag te verstrekken: verklaringen, van derden ontvangen informatie en overige stukken;

iii. een verklaring voor recht dat MFEX gehouden is aan Kaag commissie af te dragen althans subsidiair schadevergoeding te betalen al dan niet nader op te maken bij staat;

iv. een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente naar Zweeds recht vanaf de data waarop de respectieve commissiebedragen verschuldigd waren althans de dag van dagvaarding, tot de dag waarop Kaag geheel zal zijn voldaan alsmede met veroordeling van MFEX in de kosten ter vaststelling van haar schade ad € 11.257 en de proceskosten.

2.1.1. Aan deze vordering legt Kaag, samengevat, ten grondslag een niet-nakomen door MFEX van de 'Consulting Agreement' (hierna: 'de Overeenkomst') en/of onrechtmatig handelen van MFEX. De Overeenkomst is in oktober 2005 tussen partijen tot stand gekomen en met terugwerkende kracht ingegaan op 30 juni 2005. Op de overeenkomst is Zweeds recht van toepassing. Kaag specialiseert zich in contacten binnen de financiële sector; de potentiële klanten van MFEX. Kaag verkreeg op grond van de Overeenkomst het exclusieve recht om de diensten van MFEX in die sector onder de aandacht te brengen. Kaag zou een vergoeding ('commissie') ontvangen voor haar diensten voor zover, kort gezegd, een overeenkomst tot stand kwam als gevolg daarvan. Op 27 december 2007 heeft MFEX de Overeenkomst

opgezegd, omdat de werkzaamheden van Kaag niet tot het beoogde resultaat zouden hebben geleid. Kaag bestrijdt de rechtmatigheid van die opzegging en meent dat zij nog recht heeft op commissiebetalingen.

In het incident

2.2. Voor alle weren stelt MFEX zich op het standpunt dat de rechtbank zich onbevoegd dient te verklaren kennis te nemen van de vorderingen van Kaag. MFEX voert daartoe, samengevat, het volgende aan.

2.2.1. Tussen partijen is overeengekomen dat geschillen zullen worden beslecht overeenkomstig het arbitragereglement van het Arbitrage Instituut van de Kamer van Koophandel te Stockholm, Zweden (hierna: 'SCC'). In artikel 11 van de Overeenkomst is daaromtrent opgenomen:

"This Agreement shall be governed by and constructed in accordance with the laws of Sweden, excluding that body of law applicable to choice of law. Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this agreement, or regarding any legal relations arising out of or in connection therewith, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules for Expedited Arbitration of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce."

2.2.2. Ter aanvulling hierop verwijst MFEX nog naar een vonnis van de voorzieningenrechter van het kantongerecht te Leiden d.d. 14 mei 2008, waarin werd geoordeeld dat de Nederlandse bodemrechter vanwege het arbitrale beding niet bevoegd was kennis te nemen van vorderingen die Kaag in die procedure had ingesteld. MFEX betoogt voorts dat partijen gelijkwaardige commerciële partijen zijn en dat de Overeenkomst het resultaat was van uitvoerige onderhandelingen, waarbij bewust is stilgestaan bij de wijze waarop eventuele geschillen zouden worden beslecht. Partijen hebben voor deze vorm van arbitrage gekozen, omdat het een snelle en kostenefficiënte procedure betreft. Een arbitrage zal ongeveer drie maanden beslaan en het voorschot dat Kaag moet voldoen indien zij een arbitrageprocedure aanvangt, zal circa € 28.000 bedragen.

2.3. Kaag voert verweer en stelt dat het arbitragebeding in dit specifieke en uitzonderlijke geval niet dient te leiden tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter, vanwege de omstandigheden dat:

a. Kaag een substantiële vordering op MFEX heeft;
b. Kaag juist en uitsluitend door de wanprestaties en/of het onrechtmatig handelen van MFEX geen financiële middelen heeft;
c. MFEX de Overeenkomst slechts heeft beëindigd omdat zij niet wilde nakomen, niet omdat Kaag niet presteerde;
d. MFEX het arbitragebeding in de Overeenkomst heeft opgenomen zonder dat daarover met Kaag is overlegd of onderhandeld;
e. Kaag en MFEX geen gelijkwaardige partijen zijn;
f. Kaag al tien jaar probeert informatie van en over MFEX te verkrijgen;
g. de kosten voor arbitrage zeer substantieel zijn. Kaag erkent dat het arbitragebeding is overeengekomen, maar stelt dat noch Kaag noch haar bestuurder (in privé) in staat is het voorschot voor SCC te financieren, welk voorschot volgens Kaag aanzienlijk meer dan het door MFEX genoemde bedrag van € 28.000 zal bedragen. Het SCC kent geen mogelijkheid om kosteloos of tegen een verminderd tarief te arbitreren. Kaag's financiële situatie mag haar niet onthouden van rechtsbescherming in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM, hetgeen temeer geldt nu haar situatie uitsluitend is veroorzaakt door het handelen van MFEX.

2.3.1. Deze omstandigheden in overweging nemende, acht Kaag het arbitraal beding onredelijk bezwarend en toepassing daarvan in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid ex

artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). Kaag wordt niet gebonden door het arbitraal beding althans het beroep daarop door MFEX dient in de gegeven omstandigheden als onaanvaardbaar te worden beschouwd en de rechtbank dient het op die grond buiten toepassing te laten (vgl. ook art. II lid 3 van het Verdrag van New York), aldus Kaag.

2.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3 De beoordeling in het incident

3.1. Op grond van artikel 1074 Rv verklaart de rechter bij wie een geschil aanhangig is gemaakt waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten en waaruit voortvloeit dat arbitrage buiten Nederland moet plaatsvinden zich onbevoegd, indien een partij zich voor alle weren op het bestaan van deze overeenkomst beroept, tenzij de overeenkomst ongeldig is onder het op die overeenkomst toepasselijke recht.

3.2. Het arbitragebeding wordt volgens artikel 1053 Rv beschouwd als een afzonderlijke overeenkomst. Op grond van artikel 10:166 BW - dat ongeacht of Nederland de plaats van arbitrage is of niet, geldt - is een overeenkomst tot arbitrage materieel geldig als zij geldig is naar het recht dat partijen hebben gekozen of naar het recht van de plaats van arbitrage of als partijen geen rechtskeuze hebben gedaan, naar het recht dat van toepassing is op de hoofdovereenkomst.

3.3. Kaag heeft niet betwist dat partijen het arbitragebeding zijn overeengekomen (en betwist de formele geldigheid dus niet), maar betwist de materiële geldigheid door zich te beroepen op de onredelijke bezwarendheid van dit beding. Deze betwisting dient te worden beoordeeld naar Zweeds recht. Ter toelichting op dat laatste overweegt de rechtbank dat vast staat dat partijen geen (afzonderlijke) rechtskeuze hebben gemaakt ten behoeve van hun arbitrageovereenkomst. Op grond van het partijdebat kan de rechtbank voorts niet vaststellen de plaats van arbitrage waar de door de Stockholmse kamer van koophandel aangewezen arbiters het geschil zullen beslechten. Nu echter voor de hoofdovereenkomst een rechtskeuze gemaakt is voor het Zweedse recht, dient dit recht ook als toetssteen voor de materiële geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Reeds daarop stuit het beroep van Kaag op vernietiging van het arbitraal beding op grond van artikel 6:233 sub a BW af.

3.4. Kaag heeft voorts de onder 2.3 weergegeven omstandigheden aangevoerd die wat haar betreft tot de conclusie zouden moeten leiden dat het arbitraal beding "inoperative or incapable of being performed" is als bedoeld in artikel II (3) van het Verdrag van New York, althans dat het beroep op dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Wat dit laatste betreft is de rechtbank met Kaag van oordeel dat Nederlands en niet Zweeds recht van toepassing is, omdat deze kwestie niet ziet op de geldigheid van het arbitraal beding, maar in sterke(re) mate verband houdt met de kwestie of de Nederlandse rechter bevoegd is (vgl. 10:3 BW).

3.5. Een arbitragebeding wordt naar Nederlands recht in beginsel niet als onredelijk aangemerkt. Slechts bij hoge uitzondering zal de rechter ingevolge artikel 6:248 lid 2 BW het beroep op het arbitragebeding buiten beschouwing laten indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zo zal een beroep op een arbitragebeding daarmee niet in strijd zijn - en evenmin misbruik van recht opleveren - op de enkele grond dat arbitrage in de regel kostbaar is (HR 21 maart 1997, NJ 1998/219). Dat zou slechts anders kunnen zijn indien degene die het voorschot voor de arbitrageprocedure moet voldoen hiertoe niet in staat is, waardoor voor de betreffende partij in feite geen rechtsgang openstaat (Ktr. Zierikee 19 februari 1988, *TvA* 1988 p. 147 en Hof Den Bosch 17 maart 2009, NJF 2009/285).

3.6. De vraag die in het incident centraal staat is of het beroep van MFEX op het arbitragebeding in de gegeven omstandigheden voor Kaag zodanig bezwarend uitwerkt dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechter zal bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de omstandigheden van het geval moeten wegen en de nodige terughoudendheid moeten betrachten. Deze terughoudendheid zal nog meer in acht moeten worden genomen bij professioneel of commercieel handelende partijen (HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664).

Het is aan degene die een beroep doet op artikel 6:248 lid 2 BW om bedoelde omstandigheden te stellen en aan te tonen.

3.7. Voor wat betreft de omstandigheden genoemd door Kaag onder 2.3. a, b, c, e en f stelt de rechtbank vast dat dit omstandigheden zijn die niet tussen partijen vast staan en die het inhoudelijke geschil tussen partijen uitmaken. Deze omstandigheden zullen te zijner tijd door degene(n) die het inhoudelijke geschil dienen te beslechten – zoals hieronder zal blijken de arbiters – te worden beoordeeld. In het kader van dit bevoegdheidsincident is daarvoor geen plaats, zodat thans aan deze (betwiste) omstandigheden wordt voorbijgegaan.

3.8. Ten aanzien van de door Kaag genoemde omstandigheid onder 2.3.d neemt de rechtbank het volgende in aanmerking. Gezien de formulering van het beding hebben partijen klaarblijkelijk beoogd ieder geschil dat verband houdt met de Overeenkomst te beslechten conform het arbitragereglement van het SCC. Hoewel niet is komen vast te staan dat afzonderlijk over het beding is onderhandeld, blijkt uit het betoog van Kaag dat het beding al in het eerste concept van de Overeenkomst was opgenomen en dat het vervolgens onveranderd in de definitieve versie is terechtgekomen, welke versie door Kaag voor akkoord is ondertekend. Het beding wordt niet door Kaag betwist: Kaag stelt dat zij op dat moment op zichzelf geen bezwaar tegen het beding had als zodanig, maar dat het in de huidige omstandigheden onredelijk voor haar uitwerkt. Daarmee is niet door Kaag aangetoond dat MFEX het arbitragebeding in de Overeenkomst heeft opgenomen zonder dat daarover met Kaag is overlegd of onderhandeld of zonder dat Kaag daarover heeft kunnen onderhandelen. De rechtbank gaat hieraan dan ook eveneens voorbij.

3.9. Dan resteert nog de omstandigheid genoemd door Kaag onder 2.3.g. Dat Kaag stelt dat het haar aan middelen ontbreekt om het voorschot te kunnen betalen, is op zichzelf onvoldoende grond om het arbitragebeding te doorbreken in de zin dat daarmee nog niet is voldaan aan het vereiste dat toepassing ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het is aan Kaag om te stellen en te onderbouwen dat van het overeengekomen beding moet worden afgeweken. Met MFEX is de rechtbank van oordeel dat de argumenten en/of onderliggende stukken die Kaag daartoe aanvoert ontoereikend zijn. Zo legt Kaag inkomensgegevens en jaarcijfers over die betrekking hebben op de jaren 2010, 2013, 2014 en 2015. Daarmee wordt echter geen inzicht gegeven in de totale periode vanaf datum opzegging door MFEX (27 december 2007), zodat het beweerde financieel onvermogen niet kan worden vastgesteld.

3.10. Naar het oordeel van de rechtbank is dan ook onvoldoende komen vast te staan dat het voor Kaag in de periode vanaf 27 december 2007 onmogelijk is geweest een procedure conform het overeengekomen arbitragebeding aan te vangen. Het belang van Kaag om op een (mogelijk) minder kostbare wijze het geschil voor een Nederlandse rechter (of een zoals door Kaag voorgestelde alternatieve vorm van Nederlandse arbitrage) te beslechten, weegt niet op tegen het belang van MFEX om uitvoering te geven aan het overeengekomen arbitragebeding. Door het aldus geconstateerde gebrek aan feitelijke grondslag voor een onredelijkheidsoordeel naar Nederlands recht, zou een beoordeling naar Zweeds recht niet anders uitvallen. Niet kan door dit gebrek aan feitelijke grondslag worden geoordeeld dat artikel 6 lid 1 EVRM aan toepassing van het arbitraal beding in de weg dient te staan. Ook zijn de rechtbank geen (bijkomende) omstandigheden of (andere) aanknopingspunten gebleken die toepassing van het arbitraal beding volgens de norm van het door Kaag aangehaalde Verdrag van New York onaanvaardbaar doet zijn.

3.11. De incidentele vordering zal dan ook worden toegewezen; de aangevoerde gronden kunnen die dragen. De rechtbank zal zich onbevoegd verklaren om van de vordering in de hoofdzaak kennis te nemen. Met deze beslissing in het onderhavige incident komt tevens een einde aan de hoofdzaak.

3.12. Kaag zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het incident worden veroordeeld, bestaande uit salaris advocaat à € 452 (1 punt x tarief € 452).

3.13. Voorts zal Kaag in de proceskosten van de hoofdzaak worden veroordeeld, nu zij nodeloos kosten heeft veroorzaakt door die hoofdzaak bij de verkeerde rechter aanhangig te maken. De kosten aan de zijde van MFEX in de hoofdzaak worden begroot op € 3.894,00 aan griffierecht.

4 De beslissing

De rechtbank

in het incident

4.1. verklaart zich onbevoegd van de vordering in de hoofdzaak kennis te nemen,

4.2. veroordeelt Kaag in de kosten van het incident, aan de zijde van MFEX tot op heden begroot op € 452,

4.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in de hoofdzaak

4.4. veroordeelt Kaag in de proceskosten, aan de zijde van MFEX tot op heden begroot op € 3.894,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. D.R. Glass en in het openbaar uitgesproken op 12 juli 2017.[1]

---

[1] *type: 2513*