ECLI:NL:OGHACMB:2012:BW0535

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	21-02-2012
Datum publicatie	02-04-2012
Zaaknummer	KG 247/2010 - H-80/11
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	In geschil is het aanbrengen van letter op gebouw dat ontworpen is door AOB. Betreft het vervolg op LJN BT6499. Het verweer dat AOB misbruik maakt van bevoegdheid door arbitrale vonnis te willen executeren faalt. De stelling dat het arbitragegerecht niet bevoegd is faalt. De vereniging is verschenen op het arbitraal geding en diende dit verweer voor alle andere weren te doen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl TVA 2012/39

Uitspraak

UITSPRAAK: 21 februari 2012
ZAAKNR.: KG 247/2010 - H-80/11

HET GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

V O N N I S

in de zaak van:

de naamloze vennootschap ANTILLIAANS ONTWERP- EN ADVIESBUREAU (CURAÇAO) N.V. (hierna: AOB),
gevestigd in Curaçao,
voorheen eiseres,
thans appellante,
gemachtigden: mrs. J.M.R.S. van Eps en M.M. den Boogert,

tegen

de vereniging SHAAREI TZEDEK (hierna: Shaarei Tzedek),

gevestigd in Curaçao,

voorheen verweerster,

thans geïntimeerde,

gemachtigden: mrs. A. Bach Kolling en M.C. Hofhuis.

1. Verder verloop van de procedure

1.1. Het Hof verwijst voor het verloop tot dan toe naar zijn tussenvonnis van 13 september 2011.

1.2. Op 8 november 2011 hebben beide partijen een akte uitlating, met producties, genomen.

1.3. Op 6 december 2011 hebben beide partijen een akte uitlating producties genomen.

1.4. Bij e-mail van 7 december 2011 heeft mr. Hofhuis namens Shaarei Tzedek bezwaar gemaakt tegen de paragraven 6 en 7 van de akte uitlating producties van AOB, die in het geheel niets met de door Shaarei Tzedek ingediende producties te maken zouden hebben.

1.5. Partijen hebben op 6 december 2011 wederom om vonnis gevraagd waarvan de uitspraak is bepaald op heden.

2. Verdere beoordeling

2.1. Shaarei Tzedek heeft terecht betoogd dat de paragraven 6 en 7 van de akte uitlating producties van AOB een verkapte conclusie zijn. Het Hof zal daarom daarop niet letten.

2.2. Partijen zijn het erover eens dat, indien van toepassing, het oude reglement van de Stichting Arbitrage-Instituut Bouwkunst, van 1 september 1997 (productie 4 akte AOB en productie 1 akte Shaarei Tzedek, beide van 8 november 2011), in casu geldt en niet het nieuwe op 10 februari 2008 in werking getreden reglement (productie 5 akte AOB). Voor de beoordeling van deze zaak maakt dit niet uit, behalve dat aan het slot van rov. 4.12 van het tussenvonnis, in plaats van artikel 12 lid 1 van het nieuwe reglement, artikel 15 lid 1 van het oude reglement geciteerd behoorde te zijn: 'Het scheidsgerecht zal oordelen als goed(e) man(nen) naar billijkheid, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.'

2.3. Shaarei Tzedek betoogt (akte uitlating van 8 november 2011, onder 9) dat de Uncitral Model Law in casu niet van toepassing is omdat de plaats van arbitrage Nederland is. In artikel 1(2) van de Modelwet is echter bepaald (cursivering Hof):

'(2) The provisions of this Law, <i>except articles (…) 35 and 36</i>, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.'

2.4. In casu gaat het om de toepassing van de artikelen 35 en 36 van de Modelwet (ter zake van 'recognition and enforcement of awards'), welke bepalingen derhalve bij uitzondering wel van toepassing zijn, ook als Nederland de plaats van arbitrage is.

2.5. Voorts betoogt Shaarei Tzedek (t.a.p.) – met een beroep op A.I.M. van Mierlo, <i>Aruba, the place to be for arbitration?</i>, 2006, p. 42 – dat de basisbepaling, artikel 1020 lid 1 Rv, niet van toepassing is, omdat Nederland en niet de voormalige Nederlandse Antillen of Aruba de overeengekomen plaats van arbitrage is. Een uitdrukkelijke bepaling waaruit zulks voortvloeit, aangenomen dat Nederland inderdaad de plaats van arbitrage is, ontbreekt evenwel. Voorts is naar

het oordeel van het Hof verwijzing naar artikel 1073 NedRv (Van Mierlo, p. 42, noot 77) van onvoldoende betekenis, aangezien het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hier te lande, anders dan het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, niet zowel een titel over binnenlandse arbitrage als een titel over arbitrage in het buitenland bevat. Als het gaat om erkenning en tenuitvoerlegging van een buiten Curaçao gewezen arbitraal vonnis, valt niet in te zien waarom artikel 1020 lid 1 Rv jo artikelen 35 en 36 Modelwet niet van toepassing is.

2.6. Deze kwestie kan overigens in het midden blijven, aangezien naar ongeschreven Curaçaos interregionaal privaatrecht hetzelfde geldt als is neergelegd in de artikelen 35 en 36 van de Modelwet. Hierbij neemt het Hof in aanmerking dat deze bepalingen overeenstemmen met artikel V van de <i>Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards</i>, New York, 6 juli 1958 (hierna te noemen: Verdrag van New York), bij welk verdrag zowel Curaçao als Nederland zijn aangesloten. Weliswaar geldt het verdrag niet in de verhouding tussen de onderdelen van het Koninkrijk, maar ter bepaling wat het ongeschreven interregionaal privaatrecht inhoudt kan het wel van betekenis zijn.

2.7. Voor het overige blijft het Hof blijft bij de in het tussenvonnis gegeven oordelen, met dien verstande dat, indien Nederland de plaats van arbitrage was, wat betreft het toepasselijke recht niet artikel 28 van de Modelwet, maar artikel 1054 NedRv moet worden aangehaald, met dezelfde uitkomst.

2.8. Het verweer van Shaarei Tzedek dat AOB misbruik van bevoegdheid maakt door het arbitrale vonnis te willen executeren, is onvoldoende gemotiveerd. In elk geval is niet aannemelijk dat, uitgaande van de onaantastbaarheid van het arbitraal vonnis, van misbruik van bevoegdheid sprake is. AOB is een in Curaçao gevestigd architectenbureau dat in dit arbitraal vonnis (productie 3 bij inleidend verzoekschrift) in het gelijk gesteld is wat betreft zijn stelling dat sprake is van een wezenlijke aantasting van het ontwerp. Niet aannemelijk is dat het nastreven van ongedaanmaking van een wezenlijke aantasting misbruik van bevoegdheid oplevert.

2.9. Aangezien ook op andere wijze dan thans geschiedt de belangrijkste donoren van Shaarei Tzedek kunnen worden geëerd, kan niet worden gezegd dat de in artikel 10 EVRM gegarandeerde vrijheid van meningsuiting van Shaarei Tzedek op disproportionele of anderszins onaanvaardbare wijze wordt beperkt ter bescherming van de rechten van AOB.

2.10. Resteert het (prealabele) verweer van Shaarei Tzedek dat de <i>Algemene regelen voor de honorering van de architect en de verdere rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en architect</i> (AR 1971) niet tussen partijen geldt. In het tussenvonnis van het Hof, waarin voorlopige oordelen zijn gegeven waarop partijen mochten reageren, is ervan uitgegaan (rov. 4.6) dat op grond van de vonnissen van het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, van 28 augustus 2006 en 16 april 2007 (AR 207/06; productie 6 MvG) vaststaat dat partijen de AR 1971 (productie 7 MvG), inclusief het daarin vervatte arbitraal beding, van toepassing hebben verklaard.

2.11. Shaarei Tzedek stelt in de onderhavige procedure echter dat de AR 1971 haar nimmer is ter hand gesteld (MvA onder 15 en akte uitlating van 8 november 2011, onder 6). Deze stelling was kennelijk niet aan de orde in de genoemde eerdere procedure AR 207/06. Het Hof vat de stelling op als een vernietiging van de algemene voorwaarden, bij wijze van afwering, ingevolge artikel 6:233 aanhef en onder b BW, uitgewerkt in artikel 6:234 BW.

2.12. Dat een geldig arbitraal beding ontbreekt kan een grond zijn om aan een arbitraal vonnis erkenning en tenuitvoerlegging te onthouden. Zie artikel 36(1)(a)(i) van de Modelwet, inhoudelijk gelijk aan Artikel V aanhef en onder a van voornoemd Verdrag van New York; vgl. ook artikel 1076 lid 1 onder Aa NedRv en wat betreft een vernietiging artikel 34 (2)(a)(i) Modelwet en artikel 1065 lid 1 onder a NedRv.

2.13. AOB heeft hiertegenin gebracht dat ShaareiTzedek bekend was met de algemene voorwaarden (AR 1971) doordat zij heeft verzocht om een korting op de het honorarium dat rechtstreeks daaruit voortvloeit (akte uitlating producties van 6 december 2011, onder 4-5). Hieruit volgt echter geen bekendheid ten tijde van de contractsluiting.

2.14. Voorts heeft AOB aangevoerd dat Shaarei Tzedek niet eerder, ook niet tegenover arbiters heeft aangevoerd niet bekend te zijn geweest met de AR 1971. Blijkens het arbitraal vonnis in het bevoegdheidsincident van 12 december 2007 (productie 2 bij inleidend verzoekschrift) is dit juist.

2.15. Shaarei Tzedek heeft deze arbitrale bevoegdheidsbeslissing niet, althans niet eerder dan in de onderhavige procedure, aangevochten voor de gewone rechter.

2.16. Deze tegenwerping van AOB slaagt. Shaarei Tzedek, die in de arbitrale procedure is verschenen en verweer heeft gevoerd, heeft tegenover arbiters geen beroep gedaan op artikel 6:233 onder b BW als grond voor het ontbreken van een arbitraal beding en daardoor voor onbevoegdheid van de arbiters. Op deze situatie ziet, aangenomen dat het Nederlandse arbitragerecht toepasselijk is, omdat Nederland de plaats van arbitrage is (zie artikel 6 van het toepasselijke reglement), artikel 1052 lid 2 NedRv jo artikel 1065 lid 2 NedRv. Artikel 1052 lid 2 NedRv luidt:

‘2. Een partij die in het arbitraal geding is verschenen, dient een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, voor alle weren te doen, op straffe van verval van haar recht op dat ontbreken later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen, tenzij dit beroep wordt gedaan op de grond dat het geschil volgens artikel 1020, derde lid, niet vatbaar is voor arbitrage.’

2.17. De Modelwet heeft, wat deze kwestie betreft, een iets ander systeem, maar zou eveneens ertoe leiden dat een beroep op artikel 6:233 onder b BW te laat is. Men zie artikel 16(2) en (3) Modelwet.

2.18. Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep slaagt. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd en de vorderring van AOB moet worden toegewezen, behoudens dat het Hof de modaliteiten van de veroordeling zal aanpassen.

2.19. In het midden kan blijven – partijen hebben zich hierover ook niet uitgelaten – de betekenis hier te lande van het Nederlandse exequatur (Pres. Groningen 1 maart 2010; productie 1 bij pleitnotities mr. Den Boogert in hoger beroep), gelet op artikel 40 Statuut.

2.20. Shaarei Tzedek dient de kosten van deze procedure in beide instanties te dragen.

3. Beslissing

Het Hof :

- vernietigt het bestreden vonnis, en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt Shaarei Tzedek de steenstriprand en de belettering van de gebogen muur te verwijderen, conform de in het arbitraal vonnis van 1 december 2009 gegeven veroordeling, zulks binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, op straffe van een dwangsom van NAF. 5.000,= per week of gedeelte van een week dat Shaarei Tzedek in gebreke blijft hieraan te voldoen, met een maximum van NAF. 100.000,= aan verbeurde dwangsommen;

- verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

- veroordeelt Shaarei Tzedek in de kosten van deze procedure aan de zijde van AOB gevallen en tot

op heden begroot voor de eerste aanleg op NAF. 1.500,= aan salaris van de gemachtigde en NAF. 699,50 aan verschotten en voor het hoger beroep op NAF. 5.100,= aan salaris van de gemachtigde en NAF. 1.244,= aan verschotten.

Dit vonnis is gewezen door mrs. J. de Boer, J.R. Sijmonsma en H.J. van Kooten, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie en ter openbare terechtzitting van het Hof in Curaçao uitgesproken op 21 februari 2012 in tegenwoordigheid van de griffier.