

HR 24 november 2017 (*Maximov*) en HR 15 juni 2018 (*Diag*)

Erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van buitenlandse arbitrale vonnissen

TvA 2019/48

This case note discusses two Dutch Supreme Court cases (*Maximov* and *Diag*) which dealt with the recognition and enforcement of a foreign arbitral award that had either been set aside by the court in the place of arbitration or revised by a different arbitral tribunal. The author analyses the outcome of the two cases, in particular with respect to the powers of the Dutch court to allow recognition and enforcement notwithstanding a foreign annulment of the award.

1. Inleiding

Deze noot bespreekt twee arresten van de Hoge Raad over erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland van buitenlandse arbitrale vonnissen.

*Maximov*² gaat met name over de vraag hoe wij vanuit Nederland omgaan met de omstandigheid dat een arbitraal vonnis in het land van arbitrage is vernietigd. *Diag*³ gaat over de gerelateerde (doch minder frequent voorkomende) vraag hoe wij aankijken tegen een arbitraal hoger beroep, dus een beroepsmogelijkheid binnen de arbitrage zelf, en wat we doen met een arbitraal vonnis dat in zo'n beroepsprocedure gesneuveld is.

2. Casus *Maximov*

Kort samengevat ging het in *Maximov* om een Russische arbitrage die door *Maximov* gewonnen was. De Russische vernietigingsrechter vernietigde vervolgens echter het arbitrale vonnis. Volgens *Maximov* was dat laatste gebeurd op een wijze die (onder meer) blijk gaf van ontoelaatbare beïnvloeding van de rechter door of namens zijn wederpartij NLMK.

Maximov vroeg de Nederlandse rechter daarom om het arbitrale vonnis van exequatur te voorzien, ondanks het feit dat het in Rusland was vernietigd. Een precedent daarvoor kennen we in Nederland uit de zaak *Yukos*.⁴

NLMK verweert zich met de stelling dat het arbitrale vonnis is vernietigd en daarom niet meer ten uitvoer kan worden gelegd.

3. Dogmatisch kader

In de rol van de buitenlandse vernietigingsrechter is specifiek voorzien in het Verdrag van New York.⁵ Artikel V van het Verdrag bepaalt:

“De erkenning en tenuitvoerlegging van de uitspraak zullen slechts dan ... geweigerd worden, indien ... de uitspraak... is vernietigd of haar tenuitvoerlegging is geschorst door een bevoegde autoriteit van het land waar... die uitspraak werd gewezen.”⁶

De Engelse tekst van deze bepaling luidt:

“Recognition and enforcement may be refused ... only if ... (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

Letterlijke lezing van deze bepaling suggereert (door het gebruik van “may”) dat in de gevallen beschreven in het artikel, erkenning en tenuitvoerlegging *mag* – maar dus niet *moet* – worden geweigerd onder het Verdrag; de (rechter van de) lidstaat van tenuitvoerlegging zou dan dus toch *mogen* overgaan tot erkenning en tenuitvoerlegging. Tegelijkertijd wordt ook wel betoogd dat een dergelijke vrijheid niet bedoeld is door het Verdrag. Hiervoor wordt verwezen naar zowel de (eveneens authentieke) Franse tekst van dit artikel⁷ als naar beleidsmatige overwegingen.⁸

De eerste lezing (het Verdrag dwingt niet tot weigering) lijkt mij de betere en is internationaal ook vrij breed ge-

5 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken, New York, 10 juni 1958 (Verdrag van New York).

6 Artikel V, eerste lid, aanhef en sub e Verdrag van New York.

7 Die luidt: “La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées ... que si ... [etc.]”. In mijn vertaling: “De erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis *zullen* slechts worden geweigerd indien...”; het gebruik van *zullen* in plaats van *mogen* zou dan wijzen op een verplichting. Zie daarover (afwijzend): J. Paulsson, “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, *Arbitration International*, Vol. 14, No. 2 (1998). De Nederlandse vertaling, die ook spreekt over “zullen” is naar mijn weten nooit op die manier geïnterpreteerd.

8 Zie bijvoorbeeld P. Nacimiento in Kronke, Nacimiento e.a. (red.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards* (Kluwer Law International 2010), p. 208: “... courts in each Contracting State are influenced by their own legal traditions and laws and may exercise their discretion differently. This difference in approach could lead to a high degree and unpredictability. The drafters included Article V, however, to achieve exactly the opposite result. ... Consequently, the better view is that courts must deny recognition if one of the defenses enumerated in Article V has been established”.

1 Mr. Van Hezewijk is advocaat te Amsterdam, verbonden aan het kantoor Freshfields Bruckhaus Deringer.

2 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992.

3 HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918.

4 Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451.

accepteerd, in bijzonder (en niet verwonderlijk gelet op de Engelse versie van het Verdrag) in *common law* jurisdicties: het Verdrag heeft tot doel om erkenning en tenuitvoerlegging van (buitenlandse) arbitrale vonnissen te bevorderen. Artikel V van het Verdrag somt daarom limitatief de gevallen op waarin een nationale rechter *mag weigeren* om het buitenlandse vonnis van exequatur te voorzien. Daarmee is nog niet het omgekeerde gegeven, namelijk dat hij *verplicht* zou zijn om exequatur te *weigeren*. De interpretatie van het Verdrag als *faciliterend* bij internationale tenuitvoerlegging vind ik overtuigender dan de interpretatie die tevens *harmonisatie* nastreeft bij exequaturverlening (en -weigeren).

Als we die faciliterende interpretatie van het Verdrag accepteren, dan komen we toe aan het volgende vraagstuk: als het Verdrag de nationale rechter *toestaat* maar niet *verplicht* om te weigeren een vernietigd arbitraal vonnis in Nederland van exequatur te voorzien, welke beslissingsmaatstaf moet de rechter dan hanteren om wel of niet tot weigering over te gaan?

Mijns inziens is dit geen vraagstuk van interpretatie van het Verdrag. Het Verdrag is uitgespeeld als we vastgesteld hebben dat een weigeringsmogelijkheid van artikel V zich voordoet. Dan komt immers een einde aan de door het Verdrag opgelegde verplichting om buitenlandse arbitrale vonnissen te erkennen en ten uitvoer te leggen. Daarmee is het weer aan de lidstaat om een dergelijk vonnis al dan niet te erkennen en daarvoor eventueel een maatstaf te formuleren; in de praktijk wordt daarmee in verschillende landen (zeer) verschillend omgegaan.⁹

Hier kunnen dogmatisch twee denkrichtingen onderscheiden worden.¹⁰

Eenzijds kun je zeggen: als de nationale rechter zijn centrale controlefunctie heeft uitgeoefend en aan de 'noodrem' heeft getrokken door een arbitraal vonnis te vernietigen, dan moet je dat oordeel als exequaturrechter accepteren. In de regel heeft die vernietigingsrechter ook zijn eigen nationale (arbitrage)recht toegepast bij die toets, dus hij is ook het best geplaatst om dat oordeel te geven. Dit wordt ook wel de '*territorial approach*' genoemd, omdat zij het arbitraal vonnis niet beschouwt als een product van (en dus afhankelijk van) de nationale rechtsorde van de plaats van arbitrage.¹¹

Als beoordelingskader voor het (al dan niet) accepteren van die vernietigingsbeslissing kan de exequaturrechter dan de regels hanteren voor erkenning van buitenlandse vonnis-

sen in het algemeen.¹² Voor Nederland geldt in dat verband dat de Hoge Raad in het *Gazprombank*-arrest een bepaald welwillende houding jegens buitenlandse vonnissen heeft voorgeschreven. Enigszins kort door de bocht samengevat dient op basis van *Gazprombank* in beginsel ieder buitenlands rechterlijk vonnis, ongeacht van welke oorsprong, zonder inhoudelijke toets erkend te worden, mits aan vier voorwaarden is voldaan.¹³

Deze denkrichting suggereert dus dat een buitenlands vernietigingsvonnis normaal gesproken in de weg zou moeten staan aan erkenning van het aldus vernietigde arbitrale vonnis in Nederland.

Anderzijds kun je ook vertrekken vanuit het uitgangspunt dat arbitrage juist private rechtspraak is, waarbij partijen hun geschil geheel en al hebben willen onttrekken aan de overheidsrechter. Je ziet arbitrage dan als een eigen rechtsorde, zoveel mogelijk los en onafhankelijk van enige nationale rechtsorde en dus ook van enige tussenkomst of bemoeienis van de nationale rechter.

Dit wezenlijke kenmerk (en voor veel partijen: voordeel) van arbitrage zou verloren gaan als je aan het eind van het proces alsnog de overheidsrechter zou toelaten om een doorslaggevende rol te spelen bij het lot van het arbitrale vonnis. Dit wordt ook wel de '*delocalized approach*' genoemd.¹⁴

Hierbij zou je dan voor vernietigingsvonnissen juist een andere regel moeten hanteren dan voor erkenning en uitvoerlegging van andere buitenlandse vonnissen, juist omdat partijen hun geschil hebben onttrokken aan de overheidsrechter. In dit verband zij opgemerkt dat de EEX-Verordening en het Verdrag van Lugano arbitrage-gerelateerde uitspraken uitsluiten van het materiële werkingsgebied,¹⁵ zodat – zelfs voor vernietigingsuitspraken van andere Europese rechters – ruimte is voor een afwijkend regime van dat voor andere buitenlandse vonnissen.

Deze tweede denkrichting suggereert dus dat we kritisch moeten omgaan met buitenlandse vernietigingsvonnissen en daaraan niet zonder meer het gevolg moeten verbinden dat daardoor het arbitraal vonnis niet langer voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt.

4. Oordeel in *Maximov*

De Hoge Raad bespreekt eerst de hiervoor geschetste controverse over de vraag of artikel V Verdrag de exequatur-

9 Zie daarover r.o. 2.14-2.16 van de conclusie van A-G. Vlas voor *Maximov*, ECLI:NL:PHR:2017:929.

10 Ik verwijs voor een selectie van literatuur en jurisprudentie op dit vlak naar de voetnoten bij de r.o. 2.14-2.16 van A-G. Vlas (Concl. A-G. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:929).

11 Zie bijv. Kronke, Nacimiento e.a. (red.), a.w., p. 326 e.v.

12 Deze benadering wordt daarom wel de 'judgment route' genoemd; zie (kritisch): M. Scherer, "The Effect of Foreign National Court Judgments Relating to the Arbitral Award: An Emerging Conceptual Framework?" in A. Menaker (red.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (Kluwer Law International 2017), p. 691-705.

13 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, r.o. 3.6.4.

14 Zie bijv. Kronke, Nacimiento e.a. (red.), a.w., p. 331 e.v.

15 Zie artikel 1 lid 2 onder d en considerans 12 van de Verordening (EU) nr. 1215/2012 (Herschikte EEX-Verordening).

rechter überhaupt enige discretie laat bij het erkennen van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis. Hij verwijst naar het doel van het Verdrag (erkenning en tenuitvoerlegging vergemakkelijken) en naar artikel VII van het Verdrag, dat partijen toestaat om gebruik te maken van lokale regels en wetten die gunstiger zijn dan het Verdrag; ook dat spreekt immers eerder voor facilitering van tenuitvoerlegging dan voor internationale harmonisatie daarvan.¹⁶

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat het Verdrag “een zekere beoordelingsruimte toekent om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien, ook indien zich in het concrete geval een of meer van de in deze bepaling vervatte weigeringsgronden aandienen.”¹⁷

Vervolgens komt hij toe aan de vraag hoe die beoordelingsruimte dan gebruikt moet worden. Hij overweegt daarover:

“Nu voornoemde beoordelingsruimte een uitzondering vormt op het stelsel van art. V lid 1 Verdrag van New York, kan de rechter daarvan slechts in bijzondere gevallen gebruikmaken.”¹⁸

“Van een zodanig bijzonder geval is onder meer sprake indien de vernietiging... berust op gronden die niet overeenkomen met de weigeringsgronden van art. V lid 1, aanhef en onder a-d, Verdrag van New York, en die gronden evenmin naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar zijn. Een zodanig bijzonder geval dient zich eveneens aan indien het buitenlandse vernietigingsvonnis niet voor erkenning in Nederland vatbaar is, op de grond dat niet is voldaan aan een of meer van de voorwaarden die volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht gelden voor de erkenning van een buitenlandse beslissing (vgl. HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, rov. 3.6.4 [Gazprombank, JKvH]).”¹⁹

5. Commentaar Maximov

Vooropgesteld moet worden dat de Hoge Raad onderschrijft dat artikel V van het Verdrag de nationale rechter beoordelingsruimte laat om in bepaalde gevallen toch tot erkenning over te gaan, ook al is één van de weigeringsgronden aanwezig; dat was nog niet eerder door onze hoogste rechter bevestigd.

De Hoge Raad stelt vervolgens dat dit “slechts in bijzondere gevallen” dient te gebeuren. Dat is op zich begrijpelijk, maar de motivering die de Hoge Raad geeft voor dit uitgangspunt is niet sterk. De Hoge Raad gaat ervan uit dat “voornoemde beoordelingsruimte een uitzondering vormt op het stelsel van art. V lid 1 Verdrag van New York” en dat die daarom

restrictief gehanteerd moet worden.²⁰ Maar dat lijkt mij niet terecht. Het “stelsel” van artikel V Verdrag is dat erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis *slechts geweigerd mogen worden* indien één van de daar genoemde weigeringsgronden zich aandient. Zoals de Hoge Raad net daarvoor had bevonden, houdt het Verdrag geen voorschrift in over wat de rechter moet doen als een weigeringsgrond aanwezig is. Als de rechter in zo’n geval overgaat tot erkenning, maakt hij dus geen “uitzondering op het stelsel van art. V”. Dat stelsel dekt namelijk deze situatie niet.

De Amerikaanse jurisprudentie, waarbij A-G. Vlas aansluiting zocht,²¹ geeft wel een reden voor restrictieve toepassing waar het gaat om de mogelijkheid om een vernietigd vonnis toch te erkennen. Die reden is gelegen in het internationaalrechtelijke beginsel van *comitas*: bevriende Staten bejegenen elkaar (en elkaars rechtsorde) met eerbied en respect. Dus als een buitenlandse rechter een vonnis uit dat land vernietigd heeft, dan is onze grondhouding om dat oordeel te respecteren en het slechts in bijzondere gevallen te negeren.²²

Zoals gezegd lijkt de Hoge Raad – zij het met een wat andere (en summier) motivering – tot het zelfde resultaat te komen, maar men kan zich toch voorstellen dat de *reden waarom* wij deze bevoegdheid restrictief hanteren ook invloed heeft op de vraag wanneer het gepast is van dat uitgangspunt af te wijken.

Wat daar ook van zij, na deze algemene overweging geeft de Hoge Raad nadere invulling aan de term “bijzondere gevallen”.

Bijzondere gevallen zijn, onder meer, het geval dat het buitenlands vernietigingsvonnis onder *Gazprombank* niet voor erkenning in Nederland in aanmerking komt. Maar daar houdt de catalogus niet op: de Hoge Raad vermeldt ook expliciet de situatie dat het arbitrale vonnis vernietigd is op gronden die niet internationaal geaccepteerd zijn.

Dit is in overeenstemming met de benadering die sinds eind jaren '90 wordt voorgestaan door met name J. Paulsson. Hij betoogt dat bij erkenning geen acht geslagen zou moeten worden op zogenaamde ‘*local standard annulments*’ (LSA) – vernietigingen die zijn gebaseerd op schending van een regel die specifiek is voor het land van arbitrage – doch enkel op ‘*international standard annulments*’ (ISA).

Een ISA is volgens Paulsson “a decision consistent with the substantive provisions of the first four paragraphs [a-d, JKvH] of Article V(1) of the New York Convention ... Every-

16 R.o. 3.4.4.

17 R.o. 3.4.5.

18 R.o. 3.4.5.

19 R.o. 3.4.6.

20 R.o. 3.4.5.

21 Concl. A-G. P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:929, r.o. 2.16.

22 Zie bijv. United States Court of Appeals for the Second Circuit, 20 juli 2017, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Laos*, No.14-597, p. 7 (“although Article V(1)(e)’s permissive language could be read to suggest that a district court has “unfettered discretion” as to whether to enforce such an award, the court’s exercise of that discretion should rather be treated as constrained by the prudential concern of international comity”).

thing else would be an LSA, entitled only to local effect.”²³ Overigens is dit ook het regime dat al sinds 1964 geldt tussen (thans) 31 Europese staten (waaronder niet Nederland) die partij zijn bij het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage.²⁴

Het is opvallend dat de Hoge Raad dit regime nu exact volgt, met zijn verwijzing naar “gronden die niet overeenkomen met de weigeringsgronden van art. V lid 1, aanhef en onder a-d” om “bijzondere gevallen” nader in te vullen.²⁵

Opgemerkt moet worden dat *buiten* deze 4 gronden dus met name ook de 2 gronden vallen die staan genoemd in lid 2 van artikel V: (a) het onderwerp van de arbitrage is niet arbitabel; of (b) het vonnis is in strijd met de openbare orde.²⁶ Buitenlandse arbitrale vonnissen die op één van die gronden (of nog andere lokale gronden) zijn vernietigd, vallen dus voor de Hoge Raad automatisch in de categorie “bijzondere gevallen” die de deur openzet voor erkenning en tenuitvoerlegging niettegenstaande de vernietiging.

In *Yukos*²⁷ had het Hof Amsterdam het Russische vernietigingsvonnis nog enkel getoetst aan de criteria voor erkenning van een buitenlands vonnis; de Hoge Raad rekt de mogelijkheden om een buitenlands vernietigingsvonnis te negeren nu aanzienlijk op. Internationaal wordt de benadering van Paulsson – en nu dus ook van de Hoge Raad – gezien als één die sterk in de richting gaat van de “delocalized approach” en dus weg van de “territorial approach”. In die zin is de Hoge Raad dus een stuk minder restrictief in het gebruik van de beoordelingsruimte die artikel V van het Verdrag laat, dan zijn eigen introductie suggereert.

6. Casus *Diag*

Een half jaar na *Maximov* kreeg de Hoge Raad weer te maken met erkenning van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis.

In *Diag* was eiseres *Diag* naar aanleiding van een gerezen geschil met de republiek Tsjechië overeengekomen om dat geschil te beslechten via (ad hoc) arbitrage in Tsjechië, waarbij partijen tevens overeenkwamen dat iedere partij beroep (in de procedure *review* genoemd) kon instellen tegen arbitrale vonnissen bij een (alsdan te benoemen) arbitraal appeltribunaal (of ‘Review Scheidsgerecht’).

Diag verkreeg een Final Award waarin haar vordering grotendeels werd toegewezen. Tegen dit eindvonnis werd *review* ingesteld en een Review Scheidsgerecht gaf vervolgens een beslissing (*Resolution* genaamd) die helaas niet uitblonk in duidelijkheid.

Partijen verschilden van mening over de vraag of de *Resolution* nu wel of niet het oordeel dat was gegeven in de Final Award terzijde schoof. *Diag* meende van niet en vroeg in Nederland erkenning van die Final Award. Tsjechië meende van wel en verweerde zich met het argument dat de Final Award tussen partijen niet (meer) bindend was.

Voor het geval de *Resolution* toch in haar nadeel zou moeten worden gelezen, voerde *Diag*, verwijzend naar *Maximov*, ook nog aan dat die *Resolution* het resultaat was van rechtspraak die als partijdig en afhankelijk moet worden gekwalificeerd en dat zij om die reden alsnog genegeerd zou moeten worden.

7. Dogmatisch kader

De vraagpunten in *Diag* vertonen op het eerste gezicht gelijkenissen met *Maximov*: kan een arbitraal vonnis dat in het buitenland terzijde is gesteld in Nederland toch erkend worden?

Daarbij zijn echter twee kanttekeningen te plaatsen.

Ten eerste was in *Diag* niet duidelijk of de Final Award nu wel of niet terzijde was geschoven door het Review Scheidsgerecht. Dat punt moest dus eerst opgehelderd worden.

Het hof had deze beoordeling in de sleutel van artikel III van het Verdrag gesteld. Artikel III dwingt de lidstaten om ‘arbitral awards’ te erkennen. In de lezing van het hof vereist dit een “rechtsgeldige, finale en partijen bindende arbitrale beslissing”.²⁸ Deze route via artikel III impliceert dat de partij die erkenning en tenuitvoerlegging vraagt (in casu *Diag*), de bewijslast draagt dat er sprake is van een dergelijke (finale en partijen bindende) ‘arbitral award’. Zeker in het licht van de onduidelijke situatie in deze zaak omtrent de status van de Final Award na de *Resolution* is die bewijslastverdeling mogelijk van belang.

In het kader van de discussie over de vraag of een arbitraal vonnis niet (meer) bindend is, kan echter ook gekeken worden naar Artikel V, waar die term met zoveel wordt gebruikt:

“Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: ... (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a

23 J. Paulsson, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)”, ICC Bull. 9, no. 1 (1998): 17, aangehaald in Kronke, Nacimiento e.a. (red.), a.w., p. 328, voetnoot 129.

24 Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage, opgemaakt te Genève op 21 april 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 349, artikel IX.

25 R.o. 3.4.5.

26 Opvallend is ook dat A-G. Vlas in dit verband tweemaal had verwezen naar “de weigeringsgronden van art. V van het Verdrag” (r.o. 2.16 en 2.17, steeds *in fine*), dus zonder de beperking tot lid 1.

27 Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451.

28 R.o. 3.6 van het arrest van het hof.

competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

Daar is het echter de bewijslast van degene die zich *verzet* tegen erkenning en tenuitvoerlegging om aan te tonen dat de award niet bindend is. De vraag is dus wat hier de juiste beoordelingsmaatstaf – en daarmee: bewijslastverdeling – is.

Een tweede kanttekening is dat, stel dat we aannemen dat de Resolution de Final Award inderdaad vernietigd heeft, een letterlijke toepassing van artikel V aanhef en onder (e) problemen veroorzaakt. Een in arbitraal hoger beroep vernietigd vonnis valt immers niet onder het criterium “[t]he award has *not yet become binding*” noch onder het criterium “[the] award ... has been set aside ... by a *competent authority of the country in which... that award was made*”.

In feite zit hier dus een lacune in het Verdrag. Toch lijkt een redelijke interpretatie van het Verdrag mee te brengen dat een in hoger beroep vernietigd arbitraal vonnis (in beginsel) niet voor erkenning in aanmerking komt. In de literatuur is daarom verdedigd om één van de twee problematische criteria breed te interpreteren.²⁹

In het verlengde daarvan moet dan ook nog de vraag worden beantwoord of de maatstaf van *Maximov* ook één-op-één toegepast kan worden op erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis dat door een appellarbiter is vernietigd.

8. Oordeel in *Diag*

De Hoge Raad toetst eerst het oordeel van het hof dat de Resolution het bindend effect heeft weggenomen van de Final Award. Dit oordeel is grotendeels feitelijk (en deels afhankelijk van Tsjechisch recht, wat in cassatie ook als feitelijk geldt) en de Hoge Raad laat het in stand.

De volgende vraag is dan wat daarvan het gevolg moet zijn binnen de kaders van het Verdrag van New York. Anders dan het hof stelt de Hoge Raad deze beoordeling in de sleutel van Artikel V, waardoor hij zich gesteld ziet voor het hierboven geschetste lacune.

De Hoge Raad wijst erop dat onder het Weens Verdragenverdrag “de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van [het Verdrag] vormt”.³⁰

Vervolgens stelt hij:

“Volgens de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden kan de uitkomst van een herziening van een arbitraal vonnis door andere arbiters

(zogenaamde appellarbiters) ertoe leiden dat het bindend effect aan dat arbitraal vonnis wordt ontnomen en vormt het ontbreken van bindend effect in dat geval een weigeringsgrond als bedoeld in art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.20).³¹

De Hoge Raad volgt vervolgens ook die lijn.

Ten slotte moet de Hoge Raad nog beslissen op de stelling van *Diag* dat de Resolution het resultaat was van (arbitrale) rechtspraak die als partijdig en afhankelijk moest worden gekwalificeerd en daarom alsnog genegeerd zou moeten worden.

In r.o. 3.5.8 rekent de Hoge Raad eerst af met het beroep op *Maximov* omdat het – naar zijn oordeel – in feitelijke instanties niet bepleit was door *Diag* en “overigens ook niet in te zien [valt] dat zich hier een dergelijk bijzonder geval voordoet”. Pas daarna (r.o. 3.6.1-3.6.2) gaat hij in op het punt dat de Resolution het resultaat zou zijn van rechtspraak die partijdig en afhankelijk was. Het (feitelijke) oordeel van het hof dat dat niet het geval was blijft in stand.

9. Commentaar *Diag*

De behandeling door de Hoge Raad van een in arbitraal appel vernietigd vonnis is uiteraard goed te billijken. Opvallend is alleen de stelligheid waarmee hij deze behandeling onder het Verdrag als “de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden” poneert. De Hoge Raad verwijst daarvoor naar de advocaat-generaal die echter ter aangehaalde plaatse³² enkel verwijst naar het handboek van Born voor de propositie dat “de mogelijkheid van herziening³³ *dan wel de uitkomst van die herziening* ... aan het aannemen van bindende kracht in de weg [staat]”. Born op zijn beurt heeft het daar echter alleen over de situatie dat arbitraal appel nog openstaat of aanhangig is, niet over de situatie dat het appel heeft geleid tot vernietiging, laat staan dat hij daarvoor enige rechtspraak of literatuur aanhaalt.³⁴

In feite heeft de Hoge Raad dit dus simpelweg op eigen gezag besloten, hoewel, zoals gezegd, de uitkomst wellicht niet controversieel is. Alleen weten we door de algemene formulering niet of de Hoge Raad nu “*not yet binding*” of juist “*competent authority*” breed interpreteert; zijn woordkeus met tweemaal “bindend effect” suggereert wellicht het eerste.

Ten aanzien van het beroep op *Maximov* is de Hoge Raad m.i. enigszins in de war geraakt. Als een arbitraal vonnis

29 Zie over deze problematiek G.J. Meijer & P.E. Ernste, “Interface perikelen rondom arbitraal hoger beroep”, *TvA* 2018/32, met name onderdeel 3.3 (p. 61-63).

30 R.o. 3.5.4.

31 R.o. 3.5.5.

32 R.o. 2.20 van de conclusie van de A-G.; nadruk toegevoegd.

33 De A-G. bedoelt hier met “herziening”, “herziening door andere arbiters”, d.w.z. arbitraal hoger beroep.

34 Zie G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2^e druk, (Kluwer Law International 2014), p. 3615-3616. Ook Meijer en Ernste, a.w., noemen geen enkel voorbeeld uit rechtspraak in enige verdragsstaat, noch een brede consensus in de literatuur.

vernietigd is in arbitraal hoger beroep, is in beginsel een weigeringsgrond in de zin van artikel V aanwezig die in de weg staat aan erkenning van het vernietigde vonnis. Maar, zo betoogde het cassatiemiddel, als dat vernietigingsvonnis (in casu dus de Resolution) zelf niet in Nederland erkend kan worden (wegens strijd met de openbare orde), doet zich een “bijzonder geval” voor als bedoeld in *Maximov*, waardoor het vernietigde vonnis wellicht alsnog kan worden erkend en ten uitvoer gelegd.³⁵

De Hoge Raad zegt echter eerst (r.o. 3.5.8) dat er niet is gebleken van een bijzonder geval als bedoeld in *Maximov* en behandelt daarna nog los (r.o. 3.6.1-3.6.2) het beroep op openbare orde ten aanzien van de Resolution (zonder overigens te melden in welk juridisch kader). Dat lijkt mij onjuist; het gaat hier om één en hetzelfde argument.

Wanneer het vernietigingsvonnis zelf ook een *arbitraal* vonnis is, moet een beroep op *Maximov* m.i. ook noodzakelijkerwijs gebaseerd zijn op het argument dat het vernietigingsvonnis lijdt aan een weigeringsgrond onder artikel V van het Verdrag.

Het “vernietigingsvonnis” van de appelarbiters lijkt mij immers zelf ook een arbitraal vonnis dat onder het Verdrag van New York in beginsel erkend moet worden. Indien de Nederlandse rechter zou overwegen dat vernietigingsvonnis *niet* te erkennen, dan is hij daarbij gebonden aan de weigeringsgronden van artikel V van het Verdrag.

Anders dan bij buitenlandse *rechterlijke* vernietigingsvonnissen, kan de exequaturrechter hier dus geen andere maatstaf toepassen. Dit zou dus moeten betekenen dat de “bijzondere gevallen”- catalogus van *Maximov* in casu niet van toepassing kan zijn voor zover die ook andere gevallen beslaat dan het geval dat het vernietigingsvonnis zelf niet voor erkenning in aanmerking komt.³⁶

Tot slot vermeld ik nog dat *Diag* in het buitenland, met name in Engeland, ook interessante rechtspraak heeft opgeleverd. Daar werd bepleit dat nu de hoogste Oostenrijkse rechter al een keer had beslist dat de Resolution de Final Award opzij zette, die kwestie tussen partijen niet nog een keer beoordeeld kon worden in Engeland.³⁷ Ik laat dat vraagstuk hier verder onbesproken. In Nederland lijkt geen (formeel) beroep te zijn gedaan op eerdere buitenlandse uitspraken over dezelfde kwestie.

35 Zie Onderdeel 3 van het cassatiemiddel, met name onderdeel 0.1 daarvan. Vgl. ook Meijer en Ernste, a.w., p. 63, l.k., die hetzelfde argument maken.

36 Dat zou bijvoorbeeld aan de orde zijn het vonnis vernietigd is op basis van een niet internationaal geaccepteerde vernietigingsgrond: doet de buitenlandse *rechter* dat, dan laat de Hoge Raad ruimte om zulks te negeren, maar doet een buitenlandse *appelarbiters* dat, dan lijkt mij dat artikel III van het Verdrag dergelijke ruimte in beginsel niet geeft.

37 Met een beroep op zgn. *issue estoppel*; zie [2014] EWHC 1639 (Comm), te raadplegen via <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2014/1639.html> en beschreven in Scherer, a.w.