

In dubio pro executione

Wanneer is een aanhangige vernietigingsprocedure reden om de exequaturverlening aan te houden ex artikel VI Verdrag van New York?

Prof. dr. F. de Ly, mr. J.K. van Hezewijk en mr. A.E. Coelen, datum 07-11-2017

Datum

07-11-2017

Auteur

Prof. dr. F. de Ly, mr. J.K. van Hezewijk en mr. A.E. Coelen^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht (V)

This article discusses stay of enforcement proceedings regarding foreign arbitral awards under Article VI of the 1958 New York Convention pending setting aside proceedings at the place of arbitration. It analyses three options (enforcement, stay with security and stay without security) and argues that foreign precedents and scholarly writing favouring the first two options are in line with the text and the policy objectives of the New York Convention and that a stay of the enforcement without security should only be granted in exceptional circumstances.

1. Inleiding

Het behoeft geen betoog dat een partij die een veroordelend arbitraal vonnis heeft verkregen – en bij extensie het instituut van (internationale) arbitrage – er belang bij heeft dat in de executiefase medewerking van de overheidsrechter verkregen wordt, dat deze medewerking voldoet aan eisen van voorspelbaarheid en dat op die manier binnen een korte termijn executorialie kracht aan het arbitraal vonnis wordt gegeven. De verliezende partij heeft er daarentegen belang bij dat zijn eventuele klachten omtrent het arbitraal vonnis gehoord worden en op legitimiteit getoetst worden. Binnen dit krachtenveld moeten de uiteenlopende belangen gewogen worden.^[2]

Bij tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen is de betrokkenheid van overheidsrechters in de executiefase genormeerd door het Verdrag van New York. Het Verdrag van New York is inmiddels uitgegroeid tot het belangrijkste instrument in het internationale handelsverkeer tot het afdwingen van scheidsrechterlijke uitspraken.^[3] Overheidsrechters worden onder het Verdrag verplicht om de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen te faciliteren en te bevorderen. Er zijn slechts zeven limitatieve weigeringsgronden (artikel V Verdrag van New York) en één aanhoudingsgrond (artikel VI Verdrag van New York) die de executie van een arbitraal vonnis kunnen bemoeilijken. In internationale literatuur en jurisprudentie wordt in dit kader wel gesproken over de ‘*pro-enforcement bias*’ van het Verdrag van New York, ofwel de presumptie ten faveure van tenuitvoerlegging. Dat het doel van het Verdrag van New York is om de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen zoveel mogelijk te bevorderen wordt algemeen bevestigd in de internationale literatuur. Zie bijvoorbeeld Gary Born:

“Given these various aspects of the New York Convention, a wide range of authorities have concluded that the Convention establishes an avowedly “pro-enforcement” approach towards the recognition of foreign awards ^[4].”

2. Artikel VI Verdrag van New York

De aanhoudingsgrond van artikel VI Verdrag van New York houdt verband met een andere vorm van betrokkenheid van de overheidsrechter bij arbitrage. Niet zelden namelijk loopt de executiefase in de ene verdragsstaat bij het Verdrag van New York parallel met een vernietigingsprocedure die door de verliezende partij in de arbitrage wordt gestart in een andere verdragsstaat, namelijk in het land van de plaats van de arbitrage. De overheidsrechter in dat land heeft exclusieve bevoegdheid om te beslissen op het verzoek tot vernietiging van het arbitraal vonnis.

Artikel VI van het Verdrag van New York biedt de exequaturrechter de mogelijkheid om in bepaalde gevallen acht te slaan op een dergelijk in het buitenland aanhangige vernietigingsprocedure. Het geeft de rechter de optie om de exequaturbeslissing eventueel aan te houden met het oog op een parallelle vernietigingsprocedure. Artikel VI luidt:

“If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in

article V (1) (e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.” (onze onderstreping)

Artikel VI geeft de exequaturrechter die zich geconfronteerd ziet met een aanhangige vernietigingsprocedure en een daarop gebaseerd verzoek om de executie van het arbitraal vonnis aan te houden aldus de volgende drie opties

1. Aanhouding weigeren en simpelweg verlof tot tenuitvoerlegging verlenen (waarbij mogelijk nadere procedures tussen de partijen moeten worden gevoerd indien het arbitraal vonnis later alsnog wordt vernietigd in het land van arbitrage).
2. De exequaturprocedure aanhouden en zekerheidstelling bevelen ten laste van de partij tegen wie executie gevraagd werd.
3. De exequaturprocedure aanhouden zonder zekerheidstelling, waardoor de executant langer moet wachten op zijn geld en, indien het arbitraal vonnis niet wordt vernietigd, mogelijk een verhaalisico ontstaat voor de executant^[5].

Het gebruik van de woorden “*may*” en “*if it considers it proper*” in het artikel duiden uiteraard op een zekere mate van discretie voor de rechter. Het Verdrag van New York geeft geen expliciete verdere invulling aan de maatstaf die de exequaturrechter zou moeten hanteren bij het toepassen van dit artikel. Met het oog op voorspelbaarheid en uniforme toepassing van het Verdrag zou het nuttig zijn om nadere maatstaven te identificeren die de rechter in die beoordeling zou kunnen of moeten betrekken. Die onderzoeken wij in het vervolg van deze bijdrage. Eerst worden de voornoemde eerste en derde optie besproken en wordt geconcludeerd dat executie de hoofdregel is en aanhouding zonder zekerheidstelling slechts in uitzonderlijke gevallen toegewezen zou moeten worden. Aan het einde van dit artikel wordt dan de tweede voornoemde optie behandeld, namelijk of en wanneer aanhouding met zekerheidstelling wenselijk is.

3. Wanneer is aanhouding ex artikel VI “proper”?

Het spectrum van mogelijke interpretaties en van gevallen waarin aanhouding van de exequaturprocedure in een gegeven geval *proper* is, loopt van “altijd aanhouden” indien nog een vernietigingsactie aanhangig is tot aan “nooit aanhouden” bij een vernietigingsactie en gewoon exequatur verlenen. Tussen die twee uitersten zitten uiteraard nog andere smaken. Hoe zou de exequaturrechter hiermee om moeten gaan?

Eerder hebben wij gewezen op de ‘*pro-enforcement bias*’ van het Verdrag van New York. De executiebepalingen van het Verdrag dienen o.i. dan ook te worden geïnterpreteerd in het licht daarvan.

In die context lijkt ons het ene eind van het spectrum, waarbij de beslissing op exequatur als uitgangspunt *altijd* wordt aangehouden indien en zolang er nog een vernietigingsprocedure loopt, zonder meer een onjuiste toepassing van het Verdrag.

Die interpretatie zou indruisen tegen de doelstellingen van het Verdrag, nu zij in feite neerkomt op een presumptie *tegen* tenuitvoerlegging, in plaats van een presumptie ten faveure daarvan. Zij zou bovendien misbruik in de hand werken van de aanhoudingsmogelijkheid die artikel VI biedt: de verliezende partij in de arbitrage zou de tenuitvoerlegging van dat arbitraal vonnis met jaren kunnen vertragen enkel door het (al dan niet tegen beter weten in) instellen van een vernietigingsactie.^[6] Het was juist een belangrijke stap voorwaarts die gezet werd met het Verdrag van New York dat een buitenlands exequatur niet langer automatisch werd geweigerd indien een vernietigingsprocedure aanhangig was. Onder het Verdrag van Genève uit 1927^[7] kwam een buitenlands vonnis pas voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking zodra het arbitrale vonnis “final” was in het herkomstland, waarvan geen sprake was zolang “*proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending*”.^[8]

In het Verdrag van New York is de maatstaf van “finaliteit” in de herkomststaat verlaten ten faveure van de maatstaf “binding”,^[9] waarvan normaal gesproken meteen na het wijzen van een arbitraal eindvonnis sprake is.

Het past dus niet goed in de gewijzigde opzet van het Verdrag van New York om de buitenlandse executie (de facto) weer afhankelijk te maken van het eerst afgerond zijn van vernietigingsprocedures in het land van arbitrage.^[10]

De belangrijkste (in ieder geval hoogste) Nederlandse uitspraak over de toepassing van artikel VI bevestigt dan ook dat de *pro-enforcement bias* van het Verdrag van New York pleit tegen het aanhouden van exequaturprocedures. Het Hof 's-Hertogenbosch weigerde in 1994 aanhouding hangende een buitenlandse vernietigingsprocedure onder verwijzing naar “*het systeem van het verdrag [van New York] dat immers beoogt de voortgang in de afwikkeling van geschillen in het internationale handelsverkeer te bevorderen*”^[11]. Zoals uit afdeling 5 van deze bijdrage zal blijken is dit ook het uitgangspunt in de hoogste jurisprudentie van de onderzochte verdragsstaten.

4. Recente benadering van een aantal Nederlandse voorzieningenrechtters ten aanzien van aanhouding op grond van artikel VI Verdrag van New York

Bij nadere beschouwing blijkt echter dat er vanaf 2011 in de Nederlandse jurisprudentie een lijn te ontdekken is waarbij

voorzieningenrechtshouders (met name in Amsterdam) exequaturbeslissingen aanhouden op de voet van artikel VI Verdrag van New York op grond van het enkele feit dat in het buitenland een vernietigingsprocedure aanhangig is gemaakt.^[12] Het betreft in ieder geval een viertal vooralsnog niet-gepubliceerde beschikkingen van de voorzieningenrechter in Amsterdam; voor zover bekend zijn deze procedures intussen beëindigd.^[13]

Het lijkt er sterk op dat in deze jurisprudentie “altijd aanhouden” de norm is geworden en dat de exequaturrechter het bijna zonder uitzondering “proper” acht om aan te houden wanneer een buitenlandse vernietigingsactie aanhangig is gemaakt. Daarbij wordt telkens een vergelijkbare overweging gebruikt:^[14]

“Niet, althans niet voldoende, gesteld of gebleken is dat de in de vernietigingsprocedure ingestelde vorderingen geen enkele kans van slagen hebben of juist voor onmiddellijke toewijzing gereed liggen. Evenmin is (voldoende) gesteld of gebleken dat de belangen van een van de partijen bij een beslissing van de voorzieningenrechter op korte termijn zo groot zijn dat de (gedachte achter de) hiervoor beschreven nadere inrichting van de onderhavige procedure daarvoor dient te wijken.

Bij deze stand van zaken acht de voorzieningenrechter het proper de beslissing van het Handelsgericht af te wachten.”

In de meest recente Amsterdamse zaak uit 2015 oordeelde de voorzieningenrechter te Amsterdam:^[15]

“De voorzieningenrechter acht aanhouding van de beslissing (“adjourn the decision”) op de voet van artikel VI van het Verdrag van New York 1958 “proper”. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

Niet, althans niet voldoende, gesteld of gebleken is dat de door [geëxecuteerde] CNBV bij de High Court of Lagos ingestelde vorderingen geen enkele kans van slagen hebben of juist voor onmiddellijke toewijzing gereed liggen. De voorzieningenrechter deelt niet de opvatting van [executant] Econet dat [geëxecuteerde] CNBV dient te stellen, en, zo nodig, te bewijzen dat de High Court de Final Award zal vernietigen. Het debat over de houdbaarheid van de Final Award dient eerst en vooral bij de High Court te worden gevoerd. (...) Het standpunt van Econet leidt in feite tot een min of meer gelijklopend debat op twee podia, een Nigeriaans en een Nederlands. Dat is om meerdere redenen onwenselijk.

Niet (voldoende) gesteld of gebleken is dat de belangen van (een van) partijen bij een beslissing van de voorzieningenrechter op korte termijn zo groot zijn dat de voorzieningenrechter reeds thans dient te beslissen, op het gevaar af dat de beslissing van de voorzieningenrechter zich (uiteindelijk) niet laat verenigen met die van de High Court.”

In november 2015 oordeelde de voorzieningenrechter in Den Haag op vergelijkbare wijze over de tenuitvoerlegging van een Duits arbitraal vonnis^[16]. De tenuitvoerlegging van dit arbitraal vonnis werd ex artikel VI opgeschort in afwachting van de uitkomst van de aanhangige vernietigingsprocedure. De voorzieningenrechter in Den Haag oordeelde:

“De stellingen van Adeona [verweerder] (...) zijn dermate concreet dat voorshands niet evident is dat de vernietigingsprocedure geen kans van slagen heeft.”^[17]

Ook het verzoek tot zekerheidstelling werd afgewezen.

Uit deze uitspraken in de periode 2011-2015 blijkt dat aanhouding op grond van artikel VI makkelijk wordt bevolen door voorzieningenrechtshouders. De toets die hierin wordt aangelegd is dat de aspirant-executant om exequatur te verkrijgen moet stellen en aannemelijk maken dat de vernietigingsvordering *geen enkele kans van slagen* heeft. Dat is een toets die niet voorkomt in het Verdrag van New York en die wat ons betreft op gespannen voet staat met de doelstelling van het Verdrag, nu daarmee zonder meer een presumptie *tegen* executie wordt geformuleerd.

Ook de belangenafweging die in deze uitspraken wordt gemaakt komt ons merkwaardig voor. Arbitrale vonnissen zijn finaal en verkrijgen onmiddellijk gezag van gewijsde. Het rechtsmiddel van vernietiging is te beschouwen als een buitengewoon rechtsmiddel. Buitengewone rechtsmiddelen hebben geen schorsende werking en degene die een veroordelend vonnis heeft verkregen zou dan ook in de tussentijd gewoon tot executie moeten worden toegelaten.

De belangenafweging van artikel VI is dan ook geen ‘neutrale’ afweging van de belangen van partijen, maar een specifieke waarbij het belang van de partij die reeds over een definitief arbitraal vonnis beschikt moet worden afgezet tegen het belang van de partij die daartegen een buitengewoon rechtsmiddel aanwendt. Ook om die reden zou de rechter o.i. een stevige presumptie vóór exequatur (of ten minste voor zekerheidstelling in geval van aanhouding) en tégen aanhouding zonder zekerheidstelling moeten hanteren.

Bovendien wordt in de voornoemde recente jurisprudentie bij deze aanhoudingen geen zekerheidstelling bevolen, ondanks dat artikel VI daar expliciet de mogelijkheid voor geeft. De executant ziet zich daardoor genoodzaakt een (soms lange) vernietigingsprocedure in het buitenland af te wachten alvorens verhaal kan worden gehaald. Gedurende deze periode loopt de executant een aanzienlijk verhaalsrisico.

Tegen de voornoemde benadering van de voorzieningenrechtshouders valt voorts weinig te beginnen, nu de beslissing tot aanhouding niet-appellabel is evenmin als de beslissing om geen zekerheid te bevelen bij een dergelijke aanhouding.^[18]

De voornoemde ontwikkeling in de Nederlandse rechtspraak is ons inziens zorgelijk en niet bevorderlijk voor het arbitragevriendelijke klimaat dat Nederland beoogt te creëren.

Deze bejegening van buitenlandse arbitrale vonnissen staat bovendien in schril contrast met de bejegening van binnenlandse arbitrale vonnissen; exequatur daarop wordt – zoals bekend – *ex parte* verleend^[19] en de rechter kan “de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd ... of herroepen ...”^[20]

Wat daar ook van zij, belangrijker is dat deze recente Nederlandse benadering niet in lijn lijkt met oudere hogere jurisprudentie, met de tekst en bedoeling van het Verdrag van New York en de richting die daaraan internationaal wordt gegeven.

5. Benadering in andere verdragsstaten

Dat de vijf voornoemde uitspraken wat betreft de interpretatie van de aanhoudingsbevoegdheid uit de pas lopen met andere verdragsstaten blijkt duidelijk uit jurisprudentie. Nu het Verdrag van New York supranationaal werkt en autonoom moet worden toegepast, noopt eenvormige uitleg tot het consulteren van buitenlandse rechtspraak. In aanvulling op de beperkt aanwezige nationale rechtspraak zal die internationale rechtspraak richtinggevend kunnen zijn voor de Nederlandse rechter die dient te beslissen op een verzoek tot executuur.

Het meest uitgesproken 'pro enforcement' is Frankrijk waar de overheidsrechters gekozen hebben voor de benadering "nooit aanhouden". Franse rechtbanken staan een aanhouding op grond van artikel VI simpelweg niet toe. [\[21\]](#)

Ook de Zweedse rechtspraak lijkt heel weinig ruimte voor aanhouding te bieden. Terwijl een *dissenting opinion* van één van de raadsheren wijst op een niet te verwaarlozen kans dat het vonnis wordt vernietigd en niettegenstaande de grote financiële belangen en de relatief beperkte vertraging die zou ontstaan door aanhouding, oordeelt het hoogste Zweedse rechtcollege simpelweg:

"Having regard to the general purpose of the New York Convention ... to expedite the enforcement of foreign arbitral awards ... it cannot be said that there exist circumstances which would justify an adjournment of the decision on enforcement in this case on the ground of the procedures initiated by GMTC [gedaagde] in France [de plaats van arbitrage]" [\[22\]](#)

De twee belangrijkste uitspraken van hogere rechters in verdragsstaten zijn het arrest van het Engelse Court of Appeal in de zaak *Soleh Boneh International Ltd./Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*[\[23\]](#) en van het Amerikaanse Federale Gerechtshof voor het Second Circuit in de zaak *Europcar Italia S.p.A./Maiellano Tours*[\[24\]](#). Deze uitspraken zijn richtinggevend in Engeland respectievelijk in de Verenigde Staten en worden ook daarbuiten geregeld geciteerd. De reden dat deze uitspraken als richtinggevend worden beschouwd is (o.i.) dat zij nuttige handvatten geven aan de rechter die over de aanhouding moet beslissen, welke handvatten bovendien goed passen binnen het kader van het Verdrag.

In de zaak *Soleh Boneh* ging het om een Zweeds arbitraal vonnis dat in Engeland ten uitvoer moest worden gelegd en waartegen in Zweden een vernietigingsactie was gestart door de verliezende partij in de arbitrage. De Engelse rechter die diende te beslissen over de tenuitvoerlegging van het Zweedse arbitraal vonnis terwijl een parallelle vernietigingsactie aanhangig was, overwoog als volgt:[\[25\]](#)

"In my judgment two important factors must be considered on such an application, although I do not mean to say that there may not be others. The first is the strength of the argument that the award is invalid, as perceived on a brief consideration by the Court which is asked to enforce the award while proceedings to set it aside are pending elsewhere. If the award is manifestly invalid, there should be an adjournment and no order for security; if it is manifestly valid, there should be either an order for immediate enforcement, or else an order for substantial security. In between there will be various degrees of plausibility in the argument for invalidity; and the Judge must be guided by his preliminary conclusion on the point. The second point is that the Court must consider the ease or difficulty of enforcement of the award, and whether it will be rendered more difficult, for example, by movement of assets or by improvident trading, if enforcement is delayed. If that is likely to occur, the case for security is stronger; if, on the other hand, there are and always will be insufficient assets within the jurisdiction, the case for security must necessarily be weakened."

Uit de *Soleh Boneh* uitspraak kunnen de volgende aanwijzingen worden afgeleid, die de exequaturrechter richting geven bij zijn beoordeling, maar die niet uitputtend zijn:

- (i) Een ingestelde vernietigingsprocedure leidt op zichzelf niet automatisch tot weigering van executie of tot aanhouding daarvan.
- (ii) De exequaturrechter dient op basis van summier onderzoek (" *a brief consideration*") een inschatting te maken van de kansen van succes van de vernietigingsactie. Die inschatting bepaalt of onmiddellijk executie wordt bevolen, dan wel aangehouden wordt, alsmede of en in welke mate zekerheidstelling wordt bevolen.
- (iii) Bij zekerheidstelling moet worden meegewogen hoe gemakkelijk het arbitraal vonnis ten uitvoer gelegd zal kunnen worden en in welke mate executie bemoeilijkt wordt indien zij wordt uitgesteld.

De Amerikaanse *Europcar* zaak betrof een Italiaans arbitraal vonnis waarvoor verlof tot tenuitvoerlegging in New York werd verzocht terwijl in Italië een vernietigingsprocedure aanhangig was. In de *Europcar* uitspraak zijn enkele nadere gezichtspunten genoemd.[\[26\]](#) De volgende zes factoren werden van belang geacht bij de afweging of het executuur diende te worden aangehouden op grond van artikel VI Verdrag van New York:

- (i) De algemene doelstellingen van arbitrage – de vlotte beslechting van geschillen en het voorkomen van langdurige en kostbare procedures.

- (ii) De status en verwachte duur van de buitenlandse vernietigingsprocedure (waarbij ook relevant is of een van de partijen vertraging veroorzaakt^[27]).
- (iii) Of de vernietigingsrechter een kritischere toets zal toepassen bij zijn onderzoek naar de geldigheid van het vonnis (hetgeen ervoor pleit het primaat aan hem te laten, mede uit overwegingen van 'comitas').
- (iv) De kenmerken van de buitenlandse procedure (wie is haar begonnen? Zijn er aanwijzingen dat zij begonnen is om executie te frustreren? etc.).
- (v) Afweging van belangen (waarbij meegewogen moet worden dat de partij die exequatur vraagt zekerheid ("suitable security") kan krijgen).
- (vi) De overige omstandigheden van het geval die voor of juist tegen aanhouding kunnen pleiten.

Het Federale Gerechtshof benadrukt voorts dat de factoren geen limitatieve opsomming zijn en ook dat de eerste twee factoren – gezien de *pro enforcement bias* van het Verdrag – het zwaarst dienen te wegen bij de beoordeling van de exequaturrechter:

"While this is not an exhaustive list, we think it adequately represents the various concerns that come into play when a district court is asked to adjourn enforcement proceedings to await the outcome of parallel foreign proceedings. Because the primary goal of the Convention is to facilitate the recognition and enforcement of arbitral awards, the first and second factors on the list should weigh more heavily in the district court's determination."

Als we *Soleh Boneh* en *Europcar* naast elkaar houden, valt één belangrijk verschil in benadering op, namelijk de vraag of een (prima facie) beoordeling van de sterkte van de aangevoerde vernietigingsgronden wel of niet een factor zou moeten zijn in de aanhoudingsbeslissing. Bij *Europcar* wordt deze factor in tegenstelling tot *Soleh Boneh* niet meegenomen in de afweging.

Tupman formuleerde al in 1987 overtuigende argumenten waarom een dergelijke inhoudelijke beoordeling *niet* op haar plaats zou zijn.^[28] De exequaturrechter zou in dat geval namelijk gedwongen worden om de uiteenlopende aangevoerde gronden uit de vernietigingsactie te beoordelen, doorgaans naar onbekend buitenlands recht, hetgeen zal resulteren in een uitvoerig en complex debat:

"The party opposing enforcement no doubt will raise all of the same arguments as it has in the country of origin, thus forcing the court petitioned with enforcement to consider, to some extent, collateral issues such as alleged procedural irregularities, errors of fact, excess of power, and the like, all with reference to unfamiliar foreign law." ^[29]

Een dergelijk complex debat zou verdere vertraging en hoge kosten met zich meebrengen, en aldus, zo meent Tupman, het uiteindelijke doel van het Verdrag van New York danig frustreren. Bovendien wijst Tupman op de nadelen voor de executant wanneer executie wordt aangehouden en het voordeel dat een verliezende partij in de arbitrage relatief eenvoudig kan behalen indien het instellen van een vernietigingsprocedure de executie sowieso frustreert:

"Because of this inherent prejudice to the winning party to an arbitration there should be a general rule against granting a stay of enforcement, particularly because the chances are minimal that the award will be set aside. Such a rule would also help deter the taking of judicial recourse against arbitral awards as a mere dilatory tactic. With the knowledge that commencement of a setting aside proceedings is unlikely to frustrate enforcement, the losing party to an arbitration would have to undertake the cost of both the setting aside proceeding, and, if successful, the cost of a separate proceeding to recover any monies collected on the award." ^[30]

Aan zijn argumenten – waarmee prof. Piet Sanders het waarschijnlijk volmondig eens zou zijn geweest^[31] – valt nog toe te voegen dat de (internationaal breed geaccepteerde) vernietigingsgronden voor arbitrale vonnissen weliswaar grotendeels overeenkomen met de weigeringsgronden van artikel V Verdrag maar dat er toch verschillen bestaan omdat vernietigingsgronden niet universeel geharmoniseerd zijn of door lokaal recht van de plaats van arbitrage ingekleurd worden.

De exequaturrechter zal desgevraagd c.q. ambtshalve aan de weigeringsgronden van het Verdrag van New York toetsen: een (voorlopig) oordeel over andere vernietigingsgronden dan die overeenstemmen met de weigeringsgronden van het Verdrag van New York zal dan al snel gaan over sterk nationaal bepaalde (en mogelijk internationaal niet geaccepteerde) vernietigingsgronden.^[32] Dat maakt de wenselijkheid van een dergelijke toets kleiner en de bezwaarlijkheid groter.

Wij zijn met Tupman eens dat een inhoudelijke beoordeling (hoe summier ook) het gevaar met zich brengt dat de exequaturrechter moet treden in een beoordeling naar buitenlands recht en daarmee mogelijk de vernietigingsrechter voor de voeten loopt. Voorts leidt een dergelijke inhoudelijke beoordeling onvermijdelijk tot aanzienlijke complicaties in de exequaturprocedure, nu partijen de verleiding niet zullen kunnen weerstaan om het hele debat dat in de vernietigingsprocedure gevoerd wordt ook voor te leggen aan de exequaturrechter.^[33]

Daarentegen pleit vóór een inhoudelijke toets dat een summiere beoordeling van de (sterkte van) vernietigingsgronden wel zou moeten behoren tot het instrumentarium van de rechter die gevraagd wordt om exequatur te verlenen terwijl een vernietigingsprocedure aanhangig is.^[34] Buitenlandse arbitrale vonnissen komen in allerlei soorten, maten en kwaliteitsniveaus op het bureau van de exequaturrechter en het behoort tot de taak van de executierechter om te waken tegen excessen. Ook daarbij is het instituut van arbitrage uiteindelijk gebaat.

Per saldo zijn wij van mening dat een inhoudelijke toets bij de aanhoudingsbeslissing terughoudend moet worden toegepast

en enkel tot aanhouding zou moeten leiden in gevallen van kennelijke aanwezigheid van een vernietigingsgrond naar de lex arbitri, mede omdat de weigeringsgronden van Artikel V, waaraan de executierechter kan of moet toetsen, al zorgen voor voldoende waarborgen.

Indien er al sprake zou moeten zijn van een inhoudelijke beoordeling, is ons inziens van belang dat de voornoemde marginale toetsing ook summier kan worden verricht en zo wordt ingekaderd dat zij erop neerkomt dat de rechter uitgaat van de geldigheid van het arbitraal vonnis en alleen bij een prima facie evident *gegronde* vernietigingsactie tot aanhouding overgaat^[35] en niet, zoals nu blijkt te gebeuren, het precies omgekeerde, nl. dat alleen bij een prima facie evident *ongegronde* vernietigingsactie tot exequaturverlening wordt overgegaan.

6. Aanbevelingen voor de Nederlandse exequaturrechter

Uit het voorgaande is gebleken welke factoren door buitenlandse rechters in acht worden genomen bij de afweging of executie dan wel aanhouding op grond van artikel VI Verdrag van New York dient te worden bevolen. Het is opvallend dat een uitgebreide catalogus van factoren, zoals die is ontwikkeld in onder meer *Soleh Boneh* en *Europcar*, in de Nederlandse jurisprudentie nog niet voorkomt. Het valt op dat slechts weinig factoren worden betrokken bij de overweging van de Nederlandse exequaturrechters zowel in de oudere jurisprudentie als in de ontwikkelingen vanaf 2011.

Wat ons betreft is dat geen zorgvuldige en juiste afweging omdat daarmee de tekst en doelstelling van het Verdrag van New York worden miskend en ingegaan wordt tegen jurisprudentie van hogere rechtscolleges, zowel in Nederland als in andere verdragsstaten.

De buitenlandse jurisprudentie biedt de Nederlandse exequaturrechter een aantal handvatten bij de afweging. Wat ons betreft zijn het met name de volgende drie concrete afwegingsfactoren die een Nederlandse exequaturrechter richting zouden kunnen geven bij de beoordeling van het aanhoudingsverzoek en deze in staat stellen een zorgvuldige belangenafweging te maken die in lijn is met het Verdrag van New York en de internationale arbitragepraktijk:

- (i) De *pro-enforcement bias* uit het Verdrag van New York (de eerste *Europcar* factor). Tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis is het uitgangspunt en dient onder het Verdrag zo veel mogelijk te worden bevorderd. Aanhouding is de uitzondering.
- (ii) De (resterende) duur van de buitenlandse vernietigingsprocedure (tweede *Europcar* factor). Dit is een concrete factor die bovendien relatief eenvoudig getoetst kan worden.
- (iii) De proceshouding van partijen (vierde *Europcar* factor).

Het zorgvuldig afwegen van deze factoren leidt ertoe dat bij toepassing van een toetsingskader recht gedaan wordt aan de opdracht van artikel VI Verdrag van New York en dat aanhouding niet langer automatisch wordt bevolen als enige optie en dat beter rekening wordt gehouden met een belangenafweging tussen partijen inclusief de positie van de executant die in het bezit is van een definitief eindvonnis dat gereed ligt voor executie.

7. Zekerheidstelling

We hebben geconstateerd dat het uitgangspunt van het Verdrag van New York tenuitvoerlegging is, en dat aanhouding de uitzondering op deze hoofdregel is. We hebben ook geconstateerd dat een aantal recente uitspraken van de uitzondering de hoofdregel lijkt te maken: er wordt bijna automatisch aangehouden als een vernietigingsprocedure aanhangig is. Bij die aanhouding wordt zelden zekerheidstelling bevolen, terwijl die optie expliciet in Artikel VI wordt gegeven.

De beoordeling van het verzoek tot zekerheidstelling dient te worden gedaan binnen het kader van artikel VI Verdrag van New York. Bij de totstandkoming van het Verdrag van New York, schreef de voorzitter van de Working Committee in dit verband over artikel VI:

“(…) to prevent an abuse of that provision by the losing party which may have started annulment proceedings without a valid reason purely to delay or frustrate the enforcement of the award, the enforcement authority should in such case have the right either to enforce the award forthwith or to adjourn its enforcement only on the condition that the party opposing enforcement deposits a suitable security^[36].”

In de internationale literatuur wordt het belang van zekerheidstelling bij aanhouding van executie benadrukt.^[37] Uit buitenlandse jurisprudentie blijkt dat aan het aanhouden van de exequaturbeslissing een prijskaartje hangt: in veel gevallen oordeelde de rechter dat de partij die het aanhoudingsverzoek deed zekerheid diende te stellen. Dat zagen we in *Soleh Boneh* en meer recent ook in *IPCO Nigerian/National Petroleum Corporation*^[38] waarin de lijn uit *Soleh Boneh* werd doorgezet.

In *Soleh Boneh* oordeelde de rechter dat de verliezende partij in de arbitrage, die de vernietigingsprocedure in Zweden was begonnen, zekerheid diende te stellen^[39]. De rechtbank gaf daar twee redenen voor. Ten eerste omdat het een drijfveer zou zijn voor die partij om de vernietigingsprocedure voortvarend door te zetten. Ten tweede ter bescherming van de mogelijkheden van verhaal van de executant:

“In those circumstances the right course, in my judgment, would be to order security in a significant sum, that should

provide a real incentive for the employers to proceed with their Swedish application expeditiously, and also some protection for the contractors against any deterioration of their prospects on enforcement here” [\[40\]](#)

In de meer recente *IPCO Nigerian/National Petroleum Corporation* volgde de rechtbank de maatstaf van *Soleh Boneh*. Het betrof een Nigeriaans arbitraal vonnis waarvoor exequatur was verzocht in Engeland. In Nigeria liep parallel een vernietigingsprocedure. De Court of Appeal oordeelde dat de zaak weliswaar in afwachting van de vernietigingsprocedure zou worden aangehouden, maar verbond daaraan de conditie dat NNPC zekerheid zou stellen. In totaal diende NNPC voor \$ 80 miljoen zekerheid te stellen. Substantiële vertragingen in de vernietigingsprocedure leidden ertoe dat het Hof NNPC veroordeelde om aanvullend nog eens \$ 100 miljoen aan zekerheid te stellen.[\[41\]](#)

Uit deze buitenlandse voorbeelden blijkt dat de partij die zich verzet tegen tenuitvoerlegging het verhaalarisico van de executant, dat haast onvermijdelijk is bij een aanhouding van executie, dient te dragen. Wat ons betreft is dit een coherente uitleg van het Verdrag van New York en sluit de buitenlandse jurisprudentie zoals *Soleh Boneh* en *IPCO* goed aan bij het doel van het Verdrag. Deze benadering in de buitenlandse jurisprudentie is ook meer in overeenstemming met het principe van finaliteit van arbitrage. Daarbij speelt overigens de *pro-enforcement bias* van het Verdrag van New York wederom een rol. Een executant die beschikt over een definitief arbitraal vonnis moet kunnen rekenen op de executie daarvan. Waarom zou deze executant vervolgens bij een uitstel van executie van dat eindvonnis het risico daarvan moeten dragen? Juist in een dergelijk geval zou dat risico voor rekening moeten komen van de verliezende partij in de arbitrage die zich op aanhouding beroept. Als dus al tot aanhouding wordt besloten, ligt in de doelstellingen van het Verdrag van New York besloten dat zulks in de regel met zekerheidstelling zal gebeuren en dat aanhouding zonder zekerheidstelling uitzondering zal moeten blijven.

8. Conclusie

In deze bijdrage is de toepassing van artikel VI van het Verdrag van New York besproken. We signaleerden dat er recente uitspraken zijn waarbij Nederlandse rechters exequaturbeslissingen automatisch aanhouden wanneer er parallel een vernietigingsprocedure tegen het arbitraal vonnis loopt. De drempel voor “*proper*” is daarmee veel te laag gelegd. Die aanhouding wordt bovendien in veel gevallen uitgesproken zonder dat zekerheidstelling wordt bevolen. Wat ons betreft is dit niet in lijn met tekst en doel van het Verdrag van New York en eerdere hogere Nederlandse jurisprudentie. Bovendien moeten we ertegen waken dat Nederland in dit opzicht “buitenbeentje” wordt. Een vergelijking met de toepassing in andere verdragsstaten wijst uit dat onder meer hogere Engelse en Amerikaanse rechters aan een aanhouding onder artikel VI de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden. Een beroep op artikel VI Verdrag van New York komt in die landen voor rekening en risico van de partij die de arbitrage heeft verloren en de executie wenst aan te houden. Die benadering sluit aan bij tekst en doelstellingen van het Verdrag van New York waarin aanhouding zonder zekerheidstelling niet de enige en automatische optie is.

In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie is de werking van artikel VI nog onderbelicht gebleven. We hebben getracht op basis van in de buitenlandse jurisprudentie ontwikkelde factoren enkele handvatten aan te reiken aan de Nederlandse exequaturrechter. Met name de concrete factoren die zijn ontwikkeld in het arrest *Europcar* kunnen de exequaturrechter aanwijzingen verschaffen bij het beoordelen van een aanhoudingsverzoek ex artikel VI Verdrag van New York.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Professor De Ly is hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking aan de Erasmus School of Law. Mr. Van Hezewijk en mr. Coelen zijn advocaat te Amsterdam, verbonden aan het kantoor Freshfields Bruckhaus Deringer. Deze bijdrage is geïnspireerd door de in voetnoot 15 genoemde en intussen afgeronde procedure waarin laatstgenoemden de eiseres in de exequaturprocedure bijstonden en eerstgenoemde een legal opinion in opdracht van diezelfde eiseres schreef.

[\[2\]](#)

In Nederland wordt de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen geregeld door de artikelen 1063 (voor binnenlandse arbitrale vonnissen) en 1075 en 1076 Rv (voor buitenlandse arbitrale vonnissen). Artikel 1075 Rv regelt de executie wanneer een verdrag toepasselijk is (vooral bij toepassing van het Verdrag van New York van 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145 en 1964, 96); artikel 1076 Rv is toepasselijk bij executie van buitenlandse arbitrale vonnissen buiten verdrag. Gelet op het belang van het Verdrag van New York, wordt executie buiten verdrag conform artikel 1076 Rv in dit artikel verder niet besproken.

[\[3\]](#)

Het Verdrag van New York geldt intussen tussen 157 staten (stand per 15 augustus 2017, zie www.uncitral.org).

[\[4\]](#)

G. Born, *International Commercial Arbitration* (2nd ed), Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, 3413. Zie ook, bijvoorbeeld: A. Börner, ‘Article III’, in: H. Kronke e.a. (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A global commentary on the New York Convention*,

Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, 116 ("Article III of the Convention (...) contains the basic provision that Contracting States shall recognize arbitral awards as binding, thus solidifying the Convention's 'pro-enforcement bias'").

[5]

Daarnaast is er een vierde optie die niet letterlijk voortvloeit uit artikel VI nl. dat de executierechter de erkenning of tenuitvoerlegging weigert in het geval hij oordeelt dat de vernietiging van het arbitraal vonnis in het oorsprongslaan vanzelfsprekend lijkt. Vgl. GvEA Nederlandse Antillen 6 maart 2007, ECLI:NL:OGEANA:2007:B47735, r.o. 4.10. Dit geval zal zich zelden voordoen omdat de executierechter e.e.a. moeilijk of onmogelijk kan beoordelen. Dit aspect komt verder in afdeling 5 van deze bijdrage nog ter sprake.

[6]

Daarbij komt dat vernietigingsacties soms moeten worden ingesteld in landen waar het lastig procederen is en een beslissing op de vernietigingsactie niet binnen een korte termijn kan worden verwacht. Vgl. de hierna in voetnoot 37 aangehaalde Engelse zaak IPCO/NNPC, waarin deskundigen getuigden dat de afdoening van een vernietigingszaak in Nigeria wel 20-30 jaar zou kunnen duren.

[7]

Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, Genève, 26 september 1927, *Trb.* 1964, 95.

[8]

Artikel 1 Verdrag van Genève ("To obtain ... recognition or enforcement, it shall ... be necessary ..(d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such ... if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending.") Deze eis van finaliteit werd zelfs door veel rechters opgevat als een eis dat in het land van oorsprong ook al exequatur was verleend (kennelijk ten bewijze van de finaliteit van het vonnis), waardoor dit artikel in de praktijk vaak leidde tot een eis van dubbel exequatur. Zie A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* (diss. Rotterdam EUR), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law & Taxation, 1981, 7.

[9]

Vgl. artikel V van het Verdrag van New York met artikel 1 van het Verdrag van Genève. Zie ook: Van den Berg, a.w., 9.

[10]

Daarbij kan opgemerkt worden dat – anders dan in Nederland – in het buitenland exequatur (voor zover verzocht met het oog op executie op lokale activa) en vernietiging, als elkaars conceptuele spiegelbeeld, vaak in één enkele zaak behandeld worden zodat dan daadwerkelijk gewacht wordt op het oordeel van de rechter: tenuitvoerleggen of vernietigen.

[11]

Hof 's-Hertogenbosch 24 oktober 1994, *TvA* 1995/1, p. 41, r.o. 4.2.4 (*Ungerer GmbH/Rapid Metaal B.V.*). Zo ook Pres. Rb. Amsterdam 12 juli 1984, SPP (Middle East) Ltd./The Arab Republic of Egypt, X YB Com Arb 487.

[12]

Zie onder meer: Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 1 september 2011 (zaak/rekestnummer: 476577/ KG RK 10-4748) (Mr. Dorsman), Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 16 april 2012 (zaak/rekestnummer: 501999 / KG RK 11-3186) (Mr. Dudok van Heel), Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 21 juni 2012 (zaak/rekestnummer 508629 / KG RK 12-122) (Mr. Van der Veen) en Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 22 januari 2015 (zaak/rekestnummer C/13/569819 / KG RK 14-1502) (Mr. Biller). Deze beschikkingen worden in dit nummer van *TvA* gepubliceerd als *TvA* 2017/64-67.

[13]

De zaak die aan de orde was in Rechtbank Amsterdam (vzr.) 16 april 2012 (*Çukurova/Sonera*) is later uitgemond in HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, maar het vervolg van de zaak heeft voor dit onderwerp geen relevantie.

[14]

Uit Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 1 september 2011 (zaak/rekestnummer: 476577/ KG RK 10-4748), r.o. 4.9.4 en 4.9.5.

[15]

Rechtbank Amsterdam (vzr.) d.d. 22 januari 2015 (zaak/rekestnummer C/13/569819 / KG RK 14-1502) (Mr. Biller), r.o. 4.6.3.

[16]

Rechtbank Den Haag (vzr.) d.d. 26 november 2015 (zaak/rekestnummer C/09/494633 / KG RK 15-1645). Ook deze beschikking wordt in dit nummer als *TvA* 2017/68 gepubliceerd.

[17]

Rechtbank Den Haag (vzr.) d.d. 26 november 2015 (zaak/rekestnummer C/09/494633 / KG RK 15-1645). r.o. 4.8.

[18]

Zie in die zin: Hof Amsterdam d.d. 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2948. In die appelbeschikking oordeelde het Hof dat het hoger beroep van Econet tegen de beschikking van de voorzieningenrechter (die exequatur had aangehouden zonder zekerheidstelling) niet-ontvankelijk was. Ook de beslissing over de zekerheidstelling is volgens het Hof niet aan te merken als een uitspraak die omtrent enig deel van het verzochte een einde maakt aan het geding. Deze beschikking is daarom evenmin vatbaar voor hoger beroep, aldus het Hof Amsterdam.

[19]

Artikel 1062 Rv.

[20]

Artikel 1063 Rv.

[21]

Zie onder meer Kronke, Nacimiento, et al. (ed.) " *Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention* ", Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, 433.

[22]

Hoge Raad Zweden Zaak SO 1462, AB Götaverken/General National Maritime Transport Company (GMTCC), Libya and others, 13 augustus 1979, in het Engels gepubliceerd in VI YB Com Arb 1981, 237. Exact hetzelfde scenario herhaalde zich in 1992: (dezelfde) dissenter pleitte voor aanhouding, de meerderheid weigert die aanhouding met soortgelijke bewoordingen. Zaak SÖ 653, Datema Aktiebolag/Forenede Cresco Finans AS, 23 november 1992, in het Engels gepubliceerd in XIX YB Com Arb 712.

[23]

12 maart 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208, XIX YB Com Arb 1994, 748.

[24]

156 F. 3d 310 (C.A.2 (N.Y.) 1998, XXIV YB Com Arb 1999, 860.

[25]

12 maart 1993, [1993] 2 Lloyd's Rep 208, XIX YB Com Arb 1994, 748, p. 212.

[26]

Sinds de *Europcar* uitspraak worden de daarin ontwikkelde factoren regelmatig toegepast door Amerikaanse rechtbanken. In bijvoorbeeld *Gold Reserve Inc./Bolivarian Republic of Venezuela*, 20 november 2015 (No. 14-2014 (JEB), te raadplegen via www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4486.pdf) werden de *Europcar* factoren door de US District Court for the District of Columbia gevolgd bij de afweging of verlof tot executie diende te worden gegeven. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank na een afweging van de factoren dat exequatur diende te worden verleend.

[27]

Dit was een overweging van de rechtbank in de zaak United States District Court, District of Columbia, Case No. Civil Action No. 14-2014 *Gold Reserve Inc./Bolivarian Republic of Venezuela*, 20 november 2015.

[28]

W. Michael Tupman 'Staying enforcement of arbitral awards under the New York Convention', *Arbitration International*, Volume 3, Number 3, juli 1987, 209-225.

[29]

Tupman, a.w., 221-222.

[30]

Tupman, a.w. 222.

[31]

Sanders, de Nederlandse afgevaardigde stelde tijdens de beraadslagingen over het Verdrag van New York: "... by taking what was in fact a very slight risk [and allow the judge in the enforcement country to not await the outcome of annulment proceedings], it would be possible to end the dilatory practice which had hitherto hindered the development of international arbitration." New York, 12 september 1958, E/CONF, 26/SR, II, 6.

[32]

Vgl. artikel 34 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985.

[33]

Naar analogie kan hierbij ook gedacht worden aan de Nederlandse situatie waarbij een (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) vonnis geëxecuteerd wordt hangende een nog lopend appel daartegen; ook in die situatie wordt de rechter geacht de vraag of er aanleiding is die executie vooralsnog niet toe te staan (d.w.z. te schorsen) te beantwoorden *zonder* acht te slaan op de kans van slagen van het rechtsmiddel; HR 30 mei 2008, NJ 2008/311.

[34]

Vgl. ook de Duitse doctrine, zoals bevestigd door het Oberlandesgericht te Keulen: "Een dergelijk verzoek tot aanhouding kan succesvol zijn indien aangetoond is dat ... de vernietigingsgronden die voor het buitenlandse gerecht aangevoerd worden naar de daar toepasselijke wetgeving juridisch en feitelijk serieus in aanmerking komen." (onder verwijzing naar Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., Anh. zu § 1044 Art. VI Rn. 87). OLG Keulen 22 juni 1999, Zaak 9 Sch 8/98, onder andere te raadplegen via www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-köln-az-9-sch-8-98-datum-1999-06-22-id97.

[35]

Vgl. met artikel 1063 Rv voor binnenlandse arbitrale vonnissen.

[36]

Kronke, Nacimiento et al. (eds.), " *Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention* ", 2010, 418-419.

[37]

Zie onder meer: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2877 en Wolff (ed.), *New York Convention, Commentary*, München, Beck, 2012, 447.

[38]

[2015] EWCA Civ 1144 en 1145 (Court of Appeal), te raadplegen op www.bailii.org.

[39]

Er werd zekerheid van \$ 5 miljoen bevolen voor een vordering van \$ 9,8 miljoen.

[40]

12 maart 1993 [1993] 2 Lloyd's Rep 208, XIX YB Com Arb 1994, 748, p. 213.

[41]

Die beslissing werd recent door de Supreme Court vernietigd, maar op technische gronden (de aanvullende zekerheid had niet gebaseerd mogen worden op een regel van Engels procesrecht). De onderliggende norm werd echter niet aangetast: bij aanhouding van exequatur onder artikel VI dient in beginsel zekerheid te worden gesteld. Zie Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 1 maart 2017, *IPCO (Nigeria) Limited (Respondent)/Nigerian National Petroleum Corporation (Appellant)* [2017] UKSC 16, te raadplegen via: www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0247.html.