

Is vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast mogelijk?

Bb 2019/61

In deze bijdrage gaat de auteur in op de uitspraak van de Hoge Raad van 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565 over de vraag of vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast, mogelijk is.

1. Inleiding

In deze bijdrage gaat de auteur in op de uitspraak van de Hoge Raad van 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565 over de vraag of vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast, toegestaan is.

2. Feiten

In 1964 en 1965 heeft Ecuador een concessie voor oliewinning in een deel van het Amazonegebied verleend aan een consortium waarvan TexPet deel uitmaakte. Texaco was destijds de moedervernootschap van TexPet. Texaco is in 2001 opgegaan in Chevron. Op 16 augustus 1973 is een Concessieovereenkomst gesloten tussen het Consortium en Ecuador. Het staatsbedrijf PetroEcuador had een meerderheidsbelang in het Consortium. Die laatste concessieovereenkomst liep tot 6 juni 1992. TexPet was tot 1990 operator voor deze concessie. Daarna heeft PetroEcuador de oliewinning alleen voortgezet. In 1993 hebben Ecuador en de Verenigde Staten een bilateraal investeringsverdrag (BIT) gesloten. Dit is in werking getreden op 11 mei 1997. In december 1994 hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet een Memorandum of Understanding (MOU) ondertekend, waarvan het doel onder meer was:

“To establish the mechanisms by which Texpet is to be released from any claims that the Ministry and PETROECUADOR may have against Texpet concerning the environmental impact caused as a consequence of the operations of the former PETROECUADOR-TEXACO Consortium.”

Vervolgens hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet in 1995 een overeenkomst (1995 Settlement Agreement) gesloten, waarbij TexPet heeft toegezegd bepaalde milieusaneringsmaatregelen uit te voeren en waarbij de twee andere partijen hebben verklaard dat zij:

“5.1 ... shall hereby release, acquit and forever discharge Texpet (...) and all their (...) successors, predecessors, principals and subsidiaries (hereinafter referred to as “The Releasees”) of all the Government’s and Petroecuador’s claims against the Releasees for Environmental Impact arising from the Operations of the Consortium (...).”

Op 30 september 1998 hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet een tweede overeenkomst gesloten (1998 Final Release) waarbij TexPet en de overige ‘Releasees’ voor altijd zijn bevrijd van en ontslagen uit alle aansprakelijkheid jegens Ecuador. Ook werd geconstateerd dat TexPet had voldaan aan haar verplichting bepaalde herstelwerkzaamheden te verrichten.

In mei 2003 is vervolgens door het Amazon Defense Front en 42 Ecuadoraanse burgers een procedure aanhangig gemaakt bij het gerecht van de Ecuadoraanse stad Nueva Loja (Lago Agrio procedure). Zij stelden Chevron aansprakelijk voor ernstige milieuvervuiling door TexPet. In deze Lago Agrio procedure is Chevron door het Superior Court van Nueva Loja bij vonnis van 14 februari 2011 veroordeeld tot betaling van onder meer US\$ 8,6 miljard. Dit vonnis is door de appelrechter op 3 januari 2012 bekrachtigd en bij arrest van 12 november 2013 heeft het Ecuadoraanse Hoogerechtshof de veroordeling tot betaling van US\$ 8,6 miljard bekrachtigd. Op 27 juni 2018 heeft het Ecuadoraans Constitutioneel Hof deze beslissing bevestigd en Chevrons ‘extraordinary action for protection’ afgewezen.

Op 23 september 2009 hebben Chevron en TexPet op basis van het BIT een investeringsarbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Ecuador, waarin zij Ecuador aansprakelijk houdt voor enerzijds het niet nakomen van een tussen partijen getroffen schikkingsovereenkomst en anderzijds een denial of justice. Met behulp van de arbitrageprocedure wil Chevron onder andere bereiken dat de rechterlijke beslissing niet ten uitvoer kan worden gelegd.

Chevron en TexPet hebben voorts om voorlopige voorzieningen gevraagd. Het Scheidsgerecht heeft op 9 februari en 16 maart 2011 Procedural Orders gegeven om de erkenning en de executie van het (aanstaande) Lago Agrio Vonnis te verhinderen. Chevron heeft vervolgens het Scheidsgerecht verzocht de eerdere procedural orders om te zetten in een tussenvonnis. Dit heeft geleid tot de First Interim Award on Interim Measures van 25 januari 2012 en tot de Second Interim Award on Interim Measures van 16 februari 2012. In de Fourth Interim Award on Interim Measures van 7 februari 2013 heeft het Scheidsgerecht onder meer het volgende beslist:

“The Tribunal declares that [Ecuador] has violated the First and Second Interim Awards under the Treaty, the UNCITRAL Rules and international law in regard to the finalisation and enforcement subject to execution of the Lago Agrio Judgment within and outside Ecuador, (...).”

In de First Partial Award on Track I van 17 september 2013 (hierna: First Partial Award) heeft het Scheidsgerecht onder meer geoordeeld:

“(…) The scope of the releases in Article 5 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release made by [Ecuador] to [Chevron and TexPet] does not extend to any environmental claim made by an individual for personal harm in respect of that individual's rights separate and different from [Ecuador]; but it does have legal effect under Ecuadorian law precluding any “diffuse” claim against [Chevron and TexPet] under Article 19-2 of the Constitution made by [Ecuador] and also made by any individual not claiming personal harm (actual or threatened);”.

De New York District Court heeft op 4 maart 2014 in een procedure, die Chevron op grond van de Racketeering Influenced Corrupt Organization Act (RICO) had aangespannen, geoordeeld dat het Lago Agrio-vonnissen door fraude tot stand was gekomen. Deze beslissing is op 8 augustus 2016 door het Court of Appeals of the Southern District van New York bekrachtigd. Het US Supreme Court heeft op 19 juni 2017 een herzieningsverzoek afgewezen.

Ecuador heeft op grond van art. 1065 lid 1 Rv de vernietiging gevorderd van onder andere de First Interim Award, de Second Interim Award, de Fourth Interim Award en de First Partial Award. Zij heeft drie gronden aangevoerd: i) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt; ii) het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden; iii) de arbitrale vonnissen zijn in strijd met de openbare orde. In dat kader heeft Ecuador onder meer aangevoerd dat de First en Second Interim Award in strijd zijn met de openbare orde, omdat de door de arbiters in deze vonnissen getroffen voorlopige voorzieningen tot gevolg hebben dat de Lago Agrio-eisers, die geen partij zijn bij de arbitrageprocedure, het Lago Agrio-vonnissen niet binnen een redelijke termijn ten uitvoer kunnen leggen. De Nederlandse rechter was bevoegd kennis te nemen van de vordering tot vernietiging omdat Den Haag door partijen was gekozen als zetel van hun arbitrage. De arbitrage wordt geadmistreerd door het Permanent Hof van Arbitrage. De rechtbank Den Haag heeft de vordering bij vonnis van 20 januari 2016 afgewezen.¹ Doorslaggevend achtte de rechtbank dat de voorlopige voorzieningen een tijdelijk karakter hebben en dat de vorderingen in de arbitrageprocedure niet erop zijn gericht te bewerkstelligen dat het Lago Agrio-vonnissen geen effect meer kan hebben. Aldus was geen sprake van schending van de openbare orde. Het Hof heeft dit bij arrest van 18 juli 2017 met verbetering van gronden bekrachtigd.²

3. De Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt allereerst dat op basis van art. IV, leden 2 en 4, van de Wijzigingswet in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200) het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is zoals dat gold voor 1 januari 2015, omdat de arbitrage reeds voor die datum aanhangig was.

In de kern ziet de onderhavige procedure vooral op de vernietiging van de door het scheidsgerecht in de First Interim Award en de Second Interim Award getroffen voorlopige voorzieningen. De Hoge Raad gaat vervolgens in op de vraag of het rechtsmiddel van vernietiging eigenlijk wel openstaat tegen een beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening in een arbitraal geding. De Hoge Raad overweegt als volgt:

“4.2.2 Tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep of dat is gewezen in arbitraal hoger beroep, staat het rechtsmiddel van vernietiging open. Tegen een arbitraal tussenvonnissen kan een vordering tot vernietiging alleen worden ingesteld tezamen met de vordering tot vernietiging van een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis als hiervoor bedoeld (art. 1064a lid 3 Rv en art. 1064 lid 4 (oud) Rv). De wet bevat geen verdere beperking van de mogelijkheid tot het aanwenden van het rechtsmiddel van vernietiging. Hieruit kan worden afgeleid dat tegen iedere beslissing in een arbitraal vonnis het rechtsmiddel van vernietiging komt open te staan, dus ook tegen een beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening. Dat de aard van een voorlopige voorziening niet in de weg staat aan de mogelijkheid vernietiging daarvan te vorderen, volgt naar huidig recht voor een voorlopige voorziening in een arbitraal geding ten gronde uitdrukkelijk uit art. 1043b leden 1 en 4 Rv in verbinding met art. 1064 Rv en volgde naar het in deze procedure toepasselijke recht voor een arbitraal kort geding uit art. 1051 lid 3 (oud) Rv in verbinding met art. 1064 (oud) Rv. Dit is niet anders in het (zich hier voordoende) geval dat het scheidsgerecht zich de mogelijkheid heeft voorbehouden om de getroffen voorziening in een later stadium van het geding te herzien; dat laat immers onverlet dat de getroffen voorziening tot dat moment rechtskracht heeft.

4.2.3 In het onderhavige geval stond het rechtsmiddel van vernietiging op grond van art. 1064 (oud) Rv open tegen de First Interim Award en de Second Interim Award, nu de vordering tot vernietiging van deze tussenvonnissen is ingesteld tezamen met de vordering tot vernietiging van de – als een arbitraal (gedeeltelijk) eindvonnis aan te merken – First Partial Award.”

Daarna bespreekt de Hoge Raad nog het middel waarin wordt geklaagd over onjuistheid althans onvoldoende motivering van het oordeel van het hof dat de voorlopige voorzieningen zoals vastgesteld in de First Interim Award en de Second Interim Award niet in strijd zijn met de openbare orde. Ecuador meent dat de voorlopige voorzieningen aan de Lago Agrio-eisers hun fundamentele recht ontnemen om het Lago Agrio-vonnissen binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen, en dit is in strijd met de openbare orde.

De Hoge Raad overweegt ter zake allereerst dat vernietiging van een arbitraal vonnis kan worden gevorderd op de grond dat dit vonnis in strijd is met de openbare orde, doch dat dit naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast. Dit om te voorkomen dat een dergelijke grond tot

1 ECLI:NL:RBDHA:2016:385.
2 ECLI:NL:GHDHA:2017:2009.

een verkapt hoger beroep wordt. De Hoge Raad licht vervolgens toe dat van strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv slechts sprake is indien de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijdt met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd (Zie HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, rov. 4.2). Specifiek is het de vraag of de voorlopige voorzieningen in strijd zijn met het recht op tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak binnen een redelijke termijn. Het betreft een fundamenteel recht dat deel uitmaakt van het recht op toegang tot de rechter (zie o.a. art. 6 EVRM). Of sprake is van 'een redelijke termijn' hangt af van de omstandigheden van het voorliggende geval. De Hoge Raad oordeelt dat van een dergelijke strijd in dit geval geen sprake is. Ik citeer de Hoge Raad:

"4.3.4 Het hof heeft in rov. 12.4 vastgesteld dat de voorlopige voorzieningen de belangen raken van de niet bij de arbitrageprocedure betrokken Lago Agrio-eisers, omdat zij het Lago Agrio-vonnis niet ten uitvoer kunnen laten leggen als Ecuador zou voldoen aan de voorlopige voorzieningen. Het is evenwel tot de slotsom gekomen dat dit in de omstandigheden van het onderhavige geval niet in strijd is met de openbare orde. Daartoe heeft het hof in de eerste plaats overwogen dat de voorlopige voorzieningen de rechten van de Lago Agrio-eisers niet rechtstreeks aantasten en naar hun aard tijdelijk zijn. Het heeft bovendien erop gewezen dat het scheidsgerecht na afweging van de betrokken belangen aan Ecuador de (impliciete) verplichting heeft opgelegd om bij de uitvoering van de voorlopige voorzieningen rekening te houden met de rechten en belangen van de Lago Agrio-eisers en dat Ecuador in de onderhavige vernietigingsprocedure onvoldoende concreet heeft toegelicht waarom het scheidsgerecht in de gegeven omstandigheden deze afweging niet heeft kunnen en mogen maken. In de verhouding tussen Chevron en TexPet enerzijds en Ecuador anderzijds waren de voorlopige voorzieningen volgens het hof gerechtvaardigd om te voorkomen dat er een onomkeerbare situatie zou ontstaan ten aanzien van de kwestie waarop de arbitrageprocedure betrekking heeft en om Chevron en TexPet te beschermen tegen het reële risico dat Ecuador aansprakelijk zou zijn voor de schade, maar geen (volledig) verhaal zou bieden."

4. Commentaar

De onderhavige uitspraak betreft de vraag of vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast mogelijk is. Art. 1043b Rv (niet gewijzigd per 1 januari 2015) gaat over voorlopige voorzieningen bij arbitrage door het scheidsgerecht. Het betreft ordemaatregelen bestaande uit bevelen iets te doen of na te laten. In het eerste lid is bepaald dat tijdens een aanhangig arbitraal geding (voorwaarde 1) ten gronde het scheidsgerecht, op verzoek van een van de partijen, een voorlopige voorziening, met uitzondering van bewarende maatregelen, kan treffen. Een

voorlopige voorziening moet samenhangen met de vordering of tegenvordering in het aanhangige arbitraal geding (voorwaarde 2). In de twee gemelde voorwaarden ligt besloten dat de partij die om een voorlopige voorziening verzoekt daarbij steeds een voldoende belang moet hebben oftewel dat van de verzoekende partij in redelijkheid niet kan worden verlangd dat een vonnis in het aanhangige arbitraal geding wordt afgewacht (zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33 611, nr. 3, p. 23). Ook moet sprake zijn van een spoedeisend belang.

In art. 1064 Rv is bepaald dat tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis slechts de rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping openstaan. De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij het gerechtshof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen (art. 1064a Rv). Naar oud recht, hetgeen hier van toepassing was, diende dit bij de rechtbank te geschieden. Op grond van (het ter zake in 2015 niet gewijzigde) art. 1065 Rv is vernietiging slechts toegestaan indien: (i) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt; (ii) het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld; (iii) het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden; (iv) het vonnis niet overeenkomstig het in art. 1057 Rv bepaalde ondertekend is of niet met redenen omkleed is; of (v) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde.

In cassatie zag deze zaak op twee vragen: i) staat het rechtsmiddel van vernietiging open tegen een beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening in een arbitraal vonnis, en ii) zijn de door het scheidsgerecht vastgestelde voorzieningen in strijd met de openbare orde?

Over de eerste vraag wijst A-G Drijber erop dat dit een vraag van openbare orde betreft en in rechtspraak en literatuur nog weinig duidelijkheid over dit onderwerp bestaat. De A-G stipt aan dat het voor de rechtspraak wenselijk kan zijn meer duidelijkheid te krijgen of überhaupt een actie tot vernietiging open staat tegen een hangende een arbitraal geding getroffen voorlopige voorziening waarvan vaststaat dat die door het betrokken scheidsgerecht kan worden herzien. De Hoge Raad 'honoreert' dit verzoek van de A-G en oordeelt dat tegen iedere beslissing in een arbitraal vonnis het rechtsmiddel van vernietiging komt open te staan, en daarmee dus ook tegen een beslissing tot het treffen van een voorlopige voorziening. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit niet anders wordt als het scheidsgerecht zich de mogelijkheid heeft voorbehouden om de getroffen voorziening in een later stadium van het geding te herzien. De vernietigingsvorderingen stond in deze procedure open tegen de tussenvonnissen, omdat de vernietigingsvordering was ingesteld tezamen met een vordering tot vernietiging van een (gedeeltelijk) eindvonnis.

Met betrekking tot de tweede vraag overweegt de Hoge Raad dat weliswaar de vernietiging van een arbitraal vonnis kan worden gevorderd op grond dat dit vonnis in strijd is met de openbare orde, maar dat dit terughoudend moet worden toegepast en niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Van strijd met de openbare orde in voornoemde zin is slechts sprake indien de inhoud of

uitvoering van het arbitrale vonnis strijdt met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. De beoordeling van de vraag of de voorlopige voorzieningen die in deze zaak zijn getroffen in strijd zijn met de openbare orde is in dit geval afhankelijk van de omstandigheden van het geval (rov. 4.3.3). Aldus betreft het een feitelijke beoordeling, die in cassatie alleen op begrijpelijkheid kan worden getoetst. Omdat die feitelijke beoordeling in dit geval niet onbegrijpelijk was, slaagde dit middel eveneens niet.