

4 Arbitrage door de lens van Hijma's nulliteitsbegrip: een rustige compositie

J. Baaij, datum 01-01-2020

Datum

01-01-2020

Auteur

J. Baaij

JCDI

JCDI:ADS231399:1

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht / Algemeen

Het oeuvre van Jaap Hijma beslaat nagenoeg het volledige Nederlandse vermogens- en verbintenissenrecht. Hierbinnen wordt een rijke schakering van leerstukken belicht; van algemene voorwaarden tot onvoorziene omstandigheden, en van uitleg tot schadevergoeding. Eén thema loopt echter als een rode draad door zijn schrijven, en dat is het 'nulliteitenrecht', ofwel, het recht inzake de nietigheid van rechtshandelingen.^[1] Deze onderzoekslijn ving aan met zijn dissertatie uit 1988, 'Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen'. Zijn proefschrift introduceerde een nieuw begrip van nietigheid dat een dogmatisch obscuur onderwerp scherp stelde. Hijma's nulliteitsbegrip is vervolgens van wezenlijke invloed gebleken op het indammen van de gronden en gevolgen van nietigheden door de wetgever en de Hoge Raad.

In deze bijdrage zal ik Hijma's nulliteitsbegrip toepassen op een aanhoudende discussie over een belangwekkend vraagstuk binnen het arbitragerecht: zijn buitenlandse arbitrale vonnissen die door een rechter in het land van origine zijn vernietigd, in Nederland vatbaar voor tenuitvoerlegging? Hoewel Hijma's nulliteitsbegrip in de eerste plaats ziet op de leerstukken van nietigheid van rechtswege en vernietigbaarheid in de boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, zal ik in deze bijdrage aantonen dat het ook over de schutting van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht vruchten kan afwerpen. En wel op de volgende wijze.

Eerst zet ik uiteen hoe het door Hijma voorgestane nulliteitsbegrip tegemoetkwam aan de bezwaren die kleefden aan het nietigheidsconcept onder het oude Burgerlijk Wetboek. Volgens de doctrine die dit oude concept verdedigde, was een nietige of vernietigde rechtshandeling niets anders dan een rechtshandeling die juridisch niet (meer) bestond. Het rigide 'alles-of-niets' karakter van deze 'non-existenteleer' werd door Hijma verworpen en vervangen door een theorie die een consistente verklaring bood van leerstukken die de gevolgen van nietigheid inperken, zoals de partiële nietigheid. Daarmee sloot zijn theorie bovendien beter aan bij het beginsel van de 'rechtshandelingsvrijheid'.

Ik zal vervolgens betogen dat het hedendaagse Nederlandse arbitragerecht dezelfde tekenen vertoont als de non-existenteleer in het oude vermogensrecht, namelijk met betrekking tot de vraag of een Nederlandse rechter de tenuitvoerlegging van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis kan bevelen. Het antwoord dat de Hoge Raad op deze vraag gaf in een beschikking in november 2017, gaat uit van een doctrine waarbinnen een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis wordt geacht niet langer 'te bestaan' en daarmee niet langer in Nederland vatbaar te zijn voor tenuitvoerlegging. Het non-existentiedenken dat deze beschikking aan de dag legt, vertoont aldus dezelfde schaduwkanten die Hijma belichtte in het kader van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht. Om te voorkomen dat de Hoge Raad afstevent op een non-existenteleer in het arbitragerecht, zal ik afsluiten met een herbezinning op zijn beschikking uit 2017 door de lens van Hijma's nulliteitsrecht, opdat Hijma's werk in dit kader eenzelfde rustige compositie teweegbrengt als het deed in het algemene vermogens- en verbintenissenrecht.

De kritiek van Hijma op de idee van nietigheid als 'non-existentie'

De bijdrage van Hijma aan de ontwikkeling van het Nederlandse nulliteitenrecht vangt aan bij het begrip van nietigheid dat hij verwerpt; de idee dat een nietige rechtshandeling een rechtshandeling is die voor het recht niet 'bestaat'. Hijma beschrijft dat volgens de heersende doctrine aan het eind van negentiende eeuw, een nietige rechtshandeling als non-existent werd beschouwd.^[2] Een handeling mocht dan wel hebben plaatsgevonden in de feitelijke werkelijkheid, voor het recht werd zij geacht niet te bestaan indien zij als rechtshandeling nietig was.^[3] In deze oude 'leer der non-existentie', of 'non-existenteleer',^[4] werd de nietige rechtshandeling volgens Hijma aldus in het geheel 'uit het juridische beeld van de werkelijkheid verwijderd'^[5] of 'weggedacht'.^[6] Kort gezegd, door de oude rechtsleer werd de nietige rechtshandeling als een 'juridisch nullum' beschouwd.^[7]

De non-existenteleer was ontdaan van de meeste scherpste randjes tegen de tijd dat Hijma zijn dissertatie schreef in de jaren tachtig van de vorige eeuw. In Hijma's optiek was de leer echter nog steeds in de doctrine en de rechtspraktijk als theoretische grondslag te bespeuren.^[8] Een theorie die nietigheid begrijpt in termen van juridische existentie kon ook in

afgezwakte vorm de goedkeuring van Hijma niet wegdragen.

Hijma formuleert zijn kritiek op de non-existentieeler door deze te toetsen aan, zoals ik het zie, de twee elementaire vereisten waaraan een rechtstheorie dient te voldoen. Een rechtstheorie – in de zin van een theorie van een rechtsfiguur of rechtsregel – heeft zowel een verklarende als een rechtvaardigende functie. In de eerste plaats moet een dergelijke theorie op consistente wijze verklaren waarom de toepassing van een regel door de rechter tot bepaalde uitkomsten leidt.^[9] Deze verklarende functie van rechtstheorieën is erop gericht het recht zo veel mogelijk voorspelbaar en daarmee kenbaar te maken.^[10] Ten tweede pleegt een rechtstheorie de situaties te rechtvaardigen waarin de staat menselijk gedrag mag reguleren, bijvoorbeeld door overeenkomsten letterlijk afdwingbaar te maken – of juist nietig te achten. De rechtvaardigende functie van een rechtstheorie maakt dat de staat verantwoording aflegt voor de rechtspolitieke keuzes die aan het recht voorafgaan.^[11]

Langs deze rechtstheoretische meetlat legde Hijma twee fundamentele tekortkomingen van de oude non-existentieeler bloot, die hij vervolgens kritisch onder de loep nam. De eerste tekortkoming was dat de non-existentieeler het toenmalige recht slecht kon verklaren. De leer hield er namelijk een starre ‘alles-of-niets’ karakterisering van nietigheid op na: of een rechtshandeling bestond in haar volledigheid, of zij bestond in het geheel niet. Als gevolg hiervan bleek de non-existentieeler een weinig gelukkig vehikel om leerstukken te verklaren die de gevolgen van nietigheid pleegden te relativiseren of in te perken, zoals bijvoorbeeld de partiële nietigheid, thans geregeld in art. 3:41 BW.^[12] De oude leer kon, aldus Hijma, niet op consistente wijze uitleggen waarom aan een voor het recht niet- bestaande rechtshandeling op mysterieuze wijze alsnog rechtsgevolgen werden toegekend.^[13]

De tweede tekortkoming van de non-existentieeler die Hijma blootlegde, betrof de rechtvaardigende functie van deze leer. Zo belemmerde de leer, volgens hem, het verder relativiseren en afzwakken van nietigheid; een belemmering die niet goed te rijmen viel met een fundamenteel beginsel van het Nederlandse privaatrecht: het beginsel van ‘rechtshandelsvrijheid’, zoals Hijma het noemt.^[14] Dit beginsel rechtvaardigt dat de staat individuen in staat stelt vrijwillig rechtsbetrekkingen aan te gaan.^[15] Nietigheden bakenen deze vrijheid in zoverre af door aan bepaalde (feitelijke) handelingen de door partijen beoogde rechtsgevolgen te ontzeggen.^[16] Het bezwaar dat Hijma aankaarte ten aanzien van de non-existentieeler was dat de rechter, gelet op het ontbreken van het ‘bestaan’ van een nietige rechtshandeling, altijd vanuit het vertrekpunt begon dat een nietige rechtshandeling geen enkel rechtsgevolg had. Nietigheid was in de oude doctrine dan ook regel; de eventuele rechtsgeldigheid uitzondering.^[17] Het ‘alles-of-niets’ karakter van de non-existentieeler stond daarmee op gespannen voet met de rechtshandelsvrijheid.

Hijma had evenwel niet alleen kritiek, maar kwam ook met een passende oplossing voor de door hem geuite bezwaren. Hijma construeerde in zijn dissertatie een nieuw begrip van nietigheid, dat geniaal was in zijn eenvoud. In de kern kwam Hijma’s voorstel erop neer dat men in het geval van nietigheid de oorzakelijke relatie tussen rechtshandeling en rechtsgevolg diende om te draaien. Dus, in plaats van het al dan niet bestaan van de rechtshandeling als startpunt te nemen, zoals de non-existentieeler voorstond, stelde hij voor om te beginnen bij het al dan niet uitblijven van rechtsgevolgen. De rechtsgevolgen bepalen dan de omvang van nietigheid, niet andersom.^[18]

Het ‘nietigheidsdenken’ begint bij Hijma niet bij het niets, ‘om vervolgens te bezien of het wellicht meevalt’, maar begint juist bij het alles, zo betoogde Hijma in januari 1998.^[19] Derhalve is nietigheid niet langer een kwestie van alles of niets. Waar nietigheid in de oude non-existentieeler nog binair was, is het in Hijma’s theorie gradueel; nietigheid is ‘betrekkelijk’, aldus Hijma zelf.^[20] Anders gezegd, vanuit zijn invalshoek is de vraag of een rechtshandeling nietig is, niet langer kwalitatief, maar kwantitatief van aard; een rechter onderzoekt niet of de rechtshandeling in kwestie al dan niet bestaat, maar in hoeverre de met de rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen uitblijven.

Het nulliteitsbegrip dat Hijma in 1988 introduceerde was aldus beter in staat het nulliteitenrecht te verklaren en te rechtvaardigen. Zijn nulliteitsbegrip bood dogmatisch ruimte voor het relativiseren en inperken van de rechtsgevolgen van nietigheden en was bij machte de rechtshandelsvrijheid niet verder in te dammen dan strikt noodzakelijk.^[21] Hijma’s nulliteitsbegrip heeft vervolgens een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het huidige nulliteitenrecht. Recente jurisprudentie van de Hoge Raad benadrukt dat nietigheden in het vermogensrecht in beginsel niet verder dienen te reiken dan de strekking daarvan vergt, en dat het algemene nulliteitenrecht is gericht op het ‘terugdringen’ van zowel de gronden als de gevolgen van nulliteiten.^[22] Hijma neemt dan ook met instemming waar dat ‘de systematiek van het nulliteitenleerstuk in rustiger vaarwater [is] geraakt’.^[23] Gezegd zou dan ook kunnen worden dat Hijma’s visie een gerechtvaardigde en consistente dogmatiek voor nietigheden in het algemene vermogensrecht heeft bewerkstelligd.^[24] Of, in iets lossere termen, Hijma heeft een ‘rustige’ compositie voortgebracht.^[25]

Hijma’s kritiek ten aanzien van de non-existentieeler en zijn oplossing daarvoor in de vorm van een eigen, evenwichtiger, nulliteitsbegrip, brengen ons bij het arbitragerecht. In het algemene vermogensrecht moge de non-existentiegedachte bij nietigheidsvraagstukken aan belang aanzienlijk hebben ingeboet, in het arbitragerecht manifesteert deze gedachte zich vandaag de dag nog onverkort, althans, daar waar het de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen betreft. In de paragraaf hieronder zal ik deze stelling nader toelichten aan de hand van een analyse van een standaarduitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen, te weten de uitspraak in de ‘Maximov-zaak’ van 24 november 2017.^[26] In de kern komt de beschikking van de Hoge Raad erop neer dat een buitenlands arbitraal vonnis dat door een rechter in het land van origine is vernietigd, niet langer ‘bestaat’ en er derhalve ook niet in

Nederland ten uitvoer gelegd kan worden. Een dergelijk 'non-existentiedenken' is evenwel vatbaar voor de kritische kanttekeningen die Hijma eerder plaatste bij de oude non-existentieleer. Dit euvel maakt de Maximov-uitspraak dan ook geschikt voor een herbezinning op basis van het nulliteitsbegrip dat Hijma heeft geïntroduceerd in het algemene vermogensrecht.

Bestaat een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis?

Als opstapje voor de bespreking van de Maximov-uitspraak is het zaak om eerst het wettelijk kader inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen scherp op het netvlies te hebben staan. In beginsel kunnen Nederlandse rechters een arbitraal vonnis dat een scheidsrecht in het buitenland heeft gewezen, voorzien van verlof tot tenuitvoerlegging. Art. 1075 lid 1 Rv bepaalt dit met zoveel woorden voor een buitenlands arbitraal vonnis waarop een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is. Het voorbeeld bij uitstek van een dergelijk verdrag is het Verdrag tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen uit 1958 (hierna: het 'Verdrag van New York' of 'VNY').^[27] De rechter die bevoegd is een verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen, thans het gerechtshof in het arrondissement waar de tenuitvoerlegging wordt verlangd, zal ik hierna de 'uitvoeringsrechter' noemen.^[28] In zowel het nationale als het internationale arbitragerecht speelt een nulliteitsvraagstuk dat de gemoederen van zowel rechters als commentatoren bezighoudt. In art. V lid 1, aanhef en onder e VNY staat opgenomen dat de overheidsrechter, zijnde een 'competent authority,' een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis mag weigeren als dat vonnis in een andere verdragsstaat is gewezen maar ook aldaar is vernietigd. Een discrepantie tussen enkele van de zes authentieke taalversies van een zinsnede in de aanhef van art. V lid 1 scheidt al lange tijd onzekerheid over de vraag of deze bepaling de overheidsrechter slechts machtigt dan wel verplicht het verzoek of verlof te weigeren. Met andere woorden, komt – op het moment dat een buitenlands arbitraal vonnis is vernietigd in het land van origine en art. V lid 1, aanhef en onder e VNY dus van toepassing is – de uitvoeringsrechter enige discretionaire bevoegdheid toe om de tenuitvoerlegging van gezegd vonnis te weigeren, en zo ja, hoever rijkt deze bevoegdheid dan?

De Hoge Raad heeft in zijn belangrijke^[29] beschikking van 24 november 2017 in de zaak *Maximov t. NLMK* een Nederlands antwoord op deze vraag geformuleerd.^[30]

Aanleiding voor deze zaak was, kort samengevat, een geschil tussen Maximov, een Russische ondernemer, en Novolipetsky Metallurgicheskoy Kombinat (hierna: 'NLMK'), een Russische staalproducent, omtrent door Maximov aan NLMK verkochte aandelen. In dit kader werd door Maximov in december 2009 in Rusland een arbitraal geding aanhangig gemaakt waarin hij het scheidsrecht verzocht om NLMK te veroordelen tot betaling van het restant van de koopprijs van de aandelen. In maart 2011 gaf het scheidsrecht hieraan gehoor. In juli 2011 verzocht Maximov de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam om verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis op basis van art. III van het Verdrag van New York. De Amsterdamse voorzieningenrechter weigerde het gevraagde verlof te verlenen nu een rechter in Rusland het arbitraal vonnis op verzoek van NLMK reeds had vernietigd. Zowel het hof Amsterdam (september 2012), als de Hoge Raad (november 2017) kwam vervolgens tot het oordeel dat de beschikking van de voorzieningenrechter juist was.^[31]

Op het eerste gezicht wordt uit zijn overwegingen niet helder op welk nulliteitsbegrip de Hoge Raad de Maximov-beschikking ent. In r.o. 3.4.4 en 3.4.5 van zijn beschikking omschreef de Hoge Raad de doelstelling van het Verdrag van New York als het vergemakkelijken van de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen. Met het oog daarop komt de Nederlandse uitvoeringsrechter dan ook enige beoordelingsruimte toe bij het oordeel of het vernietigd arbitraal vonnis in Nederland alsnog kan worden ten uitvoer gelegd. De beschikking van de Hoge Raad maakt evenwel niet inzichtelijk waarom de uitvoeringsrechter, zoals hij het verwoordt, binnen die beoordelingsruimte 'slechts in bijzondere gevallen' tot verlening van verlof tot tenuitvoerlegging mag overgaan.^[32] Dat wil zeggen, de Hoge Raad maakt niet expliciet welk concept van nietigheid zo een beperkte omvang van de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter verklaart. De Amsterdamse voorzieningenrechter daarentegen liet er in deze zaak geen misverstand over bestaan welk nulliteitsbegrip hij hanteerde. Hij motiveerde zijn weigering om verlof te verlenen namelijk (onder meer) op de grond dat het arbitraal vonnis 'niet meer bestond' nu het reeds door de Russische overheidsrechter was vernietigd.^[33] De voorzieningenrechter legde aldus expliciet een 'non-existentiedenken' aan zijn beslissing ten grondslag. Voorts overwoog de voorzieningenrechter dat slechts een mogelijkheid tot tenuitvoerlegging kon bestaan als er ernstige gebreken zouden kleven aan het vernietigingsvonnis van de Russische rechter. Hier zou bijvoorbeeld sprake van zijn geweest als de vernietigingsprocedure inbreuk zou hebben gemaakt op de Nederlandse openbare orde door bijvoorbeeld 'op onaanvaardbare wijze' tekort te doen aan beginselen van een behoorlijke rechtspleging, aldus de voorzieningenrechter.^[34] Deze uitzondering sluit eveneens naadloos aan bij de idee dat een vernietigd arbitraal vonnis niet langer 'bestaat'. Immers, de voorzieningenrechter overwoog dat een buitenlands arbitraal vonnis dat was vernietigd door een rechter ter plaatse, toch vatbaar was voor tenuitvoerlegging als er iets schortte aan het gerechtelijk vernietigingsvonnis. Met andere woorden, slechts als van een buitenlands arbitraal vonnis niet kan worden gezegd dat het (behoorlijk) is vernietigd, en dus nog 'bestaat,' kan het in Nederland ten uitvoer worden gelegd.

Hoewel het hof en de Hoge Raad in tegenstelling tot de voorzieningenrechter nietigheid niet uitdrukkelijk beschreven in termen van juridische existentie, zijn er mijns inziens sterke aanwijzingen die een aanname zou kunnen steunen dat hun beschikkingen voortsporen uit een non-existentiedenken. In de visie van zowel het hof als de Hoge Raad is bij de

toepassing van art. V lid 1, aanhef en onder e VNY, tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts mogelijk in gevallen waar er eigenlijk geen vernietiging heeft plaatsgevonden, althans, waar geen (rechts)gevolg moet worden gegeven aan de vernietiging. Het hof nam een dergelijke uitzondering aan als 'zo essentiële gebreken kleven' aan het vernietigingsvonnis van de buitenlandse rechter, 'dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak'.^[35] De Hoge Raad benoemde de gevallen waarin het buitenlandse vernietigingsvonnis berustte op weigeringsgronden die niet in art. V lid 1 voorkwamen of naar internationale maatstaven onaanvaardbaar waren, of wanneer het vernietigingsvonnis op grond van het Nederlands internationaal privaatrecht niet in Nederland kon worden erkend.^[36]

Aldus komt in alle drie de uitspraken in de Maximov-zaak een nulliteitsbegrip terug dat resoneert met de non-existentleer in het negentiende-eeuws vermogensrecht waarop Hijma bezwaren heeft geuit. Indien er bezwaren kleven aan de vernietiging van het arbitraal vonnis, dan dient het vonnis als niet vernietigd te worden beschouwd en kan het in beginsel ten uitvoer worden gelegd. Als het vernietigingsvonnis van de buitenlandse rechter echter door de beugel kan, zal de uitvoeringsrechter het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging moeten afwijzen. We zien deze redeneerlijn ook terug in de Conclusie van A-G Vlas, die door de Hoge Raad wordt gevolgd. Zo concludeert Vlas: '[i]n beginsel kan ... een vernietigd arbitraal vonnis niet ten uitvoer worden gelegd, tenzij een of meer redenen bestaan om aan het vernietigingsvonnis voorbij te gaan.'^[37]

Een ongelukkige doctrine: non-existentie in het internationale arbitragerecht

De indruk dat de Maximov-uitspraak van de Hoge Raad steunt op een zeker non-existentiedenken, wordt bevestigd wanneer wij de uitspraak plaatsen tegen de achtergrond van het internationale rechtstheoretische debat over de juiste uitleg van art. V lid 1, aanhef en onder e VNY. Door verschillende staten die tot het Verdrag van New York zijn toegetreden, wordt deze verdragsbepaling anders geïnterpreteerd. Illustratief voor de (twee) kampen die men binnen desbetreffend rechtstheoretisch debat kan onderscheiden zijn enerzijds de Amerikaanse en anderzijds de Franse benadering. Aan de ene kant erkennen rechters in de Verenigde Staten van Amerika in beginsel vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen niet tenzij er een 'adequate reden' is om dit wel te doen.^[38] Van een dergelijke reden is slechts sprake als de uitspraak waarin de buitenlandse rechter het arbitraal vonnis vernietigde, in strijd is met 'fundamentele noties van fatsoen of rechtvaardigheid'.^[39] Aan de andere kant interpreteren Franse rechters de aanhef van art. V lid 1 VNY geheel anders. Art. 1520 jo. art. 1525 van het Franse Wetboek van Rechtsvordering, de Code de procédure civile (hierna: CPC), bevat namelijk een limitatieve opsomming van mogelijke gronden waarop de Franse rechter een verzoek om tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis mag weigeren. De omstandigheid dat het vonnis is vernietigd door een rechter in de jurisdictie waar het vonnis is gewezen is niet in deze lijst opgenomen. Op grond van het wettelijk kader staat het de Franse uitvoeringsrechter daarom niet vrij om de tenuitvoerlegging van een dergelijk arbitraal vonnis te weigeren. Of er mogelijk iets schort aan het buitenlandse vernietigingsvonnis is dan ook irrelevant; zelfs als aan het vernietigingsvonnis geen bezwaren kleven, zal de Franse uitvoeringsrechter verlof tot tenuitvoerlegging verlenen.

De Nederlandse Hoge Raad lijkt een gematigd standpunt in te nemen in vergelijking tot de Amerikaanse en Franse benadering. Enerzijds gaat de Hoge Raad ervan uit dat een buitenlands arbitraal vonnis dat is vernietigd in de jurisdictie waar de arbitrage heeft plaatsgevonden niet langer vatbaar is voor tenuitvoerlegging in Nederland. In dat conceptuele opzicht vertoont de Nederlandse positie gelijkenissen met de Amerikaanse benadering. Anderzijds staat de Hoge Raad open voor meer uitzonderingen dan de Amerikaanse rechters, in het licht van de doelstelling van het Verdrag om tenuitvoerlegging te vergemakkelijken. In termen van de uitkomsten van de toepassing van art. V lid 1, aanhef en onder e VNY schurkt de Nederlandse positie dus meer tegen de Franse benadering aan.

De genuanceerde positie van de Hoge Raad betekent evenwel niet dat ons hoogste rechtscollege afstand heeft genomen van de 'alles-of-niets' benadering die het non-existentiedenken karakteriseert. Het maakt in dit verband namelijk niet uit of de Nederlandse positie nu meer neigt naar de Amerikaanse of naar de Franse benadering. Aan beide benaderingen ligt namelijk de gedachte ten grondslag dat vernietiging van een arbitraal vonnis om het 'bestaan' van dat vonnis gaat. Enerzijds wordt de vernietiging van het arbitraal vonnis in de Amerikaanse rechtspraak uitdrukkelijk begrepen in termen van het in rechte 'bestaan' van dat vonnis. Zo overwoog een Amerikaans gerecht dat het een 'centraal beginsel' van het Verdrag van New York is dat een arbitraal vonnis, dat vernietigd is in de plaats van arbitrage, niet langer 'bestaat' en het dan ook niet langer mogelijk is om het ten uitvoer te (kunnen) leggen in andere verdragsstaten.^[40] Deze redenering wordt in het internationale rechtswetenschappelijke debat stellig verdedigd door onder meer Albert Jan van den Berg. In diens (voor de uitleg van het VNY nog immer gewichtige) dissertatie uit 1981 betoogt hij dat een arbitraal vonnis dat is vernietigd in het land van herkomst 'niet langer bestaat'. Volgens Van den Berg is het daarom onmogelijk het vonnis 'terug tot leven' te brengen in een procedure tot tenuitvoerlegging. Hij verwijst hierbij naar een schrijven uit 1959 van een van de opstellers van het Verdrag van New York, Pieter Sanders, die de stelling had verdedigd dat rechters de tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis zullen weigeren, omdat het vonnis 'niet langer bestaat', en dat tenuitvoerlegging van een 'non-existent' arbitraal vonnis een 'onmogelijkheid' zou zijn.^[41] Een dergelijke benadering is bovendien in overeenstemming met een opmerking van minister van Justitie Korthals Altes in de Memorie van Antwoord bij de Arbitragewet van 1986, dat na vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis 'van een arbitraal vonnis ... geen sprake meer [kan] zijn'.^[42] Anderzijds, hoewel de Franse uitleg van de aanhef van art. V lid 1 VNY lijnrecht tegenover de Amerikaanse uitleg staat, is

de Franse benadering de facto van hetzelfde laken een pak. In de Franse rechtspraak wordt het vraagstuk naar de vernietiging van buitenlandse arbitrale vonnissen namelijk eveneens uitgelegd in termen van het 'bestaan' van dat vonnis. In de spraakmakende zaak Chromalloy benadrukte het Parijse Cour d'appel medio januari 1997 op basis van art. 1520 CPC – destijds art. 1502 CPC – dat vernietiging van het betreffende buitenlandse arbitraal vonnis het juridisch 'bestaan' van dat vonnis niet aantastte.^[43] Het gerecht redeneerde dat het arbitraal vonnis een 'internationaal vonnis' was en daarom in de aard niet 'verankerd' of 'geïntegreerd' was in de nationale rechtsorde waar de arbitrage heeft plaatsgevonden. De idee dat internationale arbitrage een zelfstandig autonome rechtsorde vormt, is in het rechtswetenschappelijke debat verdedigd door de befaamd arbitrageadvocaat en een van de meest toonaangevende voorstanders van de Franse benadering, Emmanuel Gaillard. In zijn optiek is deze zogenoemde 'arbitrale rechtsorde' een stateloos rechtssysteem dat autonoom is ten opzichte van nationale rechtssystemen.^[44] In deze theorie heeft het arbitraal vonnis aldus een juridisch bestaan, doch niet in het domein van een of andere nationale rechtsorde; het vonnis 'bestaat' binnen de autonome, transnationale rechtsorde.^[45] Een vernietiging van het arbitraal vonnis door een nationale rechter maakt het arbitraal vonnis dan ook niet non-existent.^[46] Anders gezegd, het arbitraal vonnis heeft zich nooit in de nationale rechtsorde opgehouden en kan dan ook niet door een nationale rechter uit de juridische werkelijkheid worden verwijderd.

Hoewel de verschillende posities in het internationale debat sterk uiteenlopen, hebben hun theoretische grondslagen aldus in elk geval één belangrijk element gemeen: zij benaderen het vraagstuk van de tenuitvoerlegging van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis in termen van het al dan niet 'bestaan' van dat vonnis. Het maakt dus niet uit welke tussenpositie de Hoge Raad innam in Maximov, dicht bij de Amerikaanse of de Franse benadering, daar hij telkens gevangen bleef in een doctrine die voortspuit uit hetzelfde soort non-existentïedenken waarop het 'oude' nietigheidsbegrip in het vermogensrecht was geënt. We kunnen wellicht zelfs stellen dat deze non-existentïeleer via de Conclusie van de A-G de beschikking van de Hoge Raad is binnengeslopen, daar de A-G verwijst naar het internationale debat ter onderbouwing van de tussenpositie die hij de Hoge Raad aanbeveelt.^[47]

Toepassing van Hijma's nulliteitsbegrip in het Nederlandse arbitragerecht

Het voorgaande laat zien dat de doctrine die doorschijnt in de Maximov-beschikking van de Hoge Raad het nodige gemeen heeft met de oude non-existentïeleer in het algemene vermogensrecht waar Hijma zijn bezwaren over uitte. De idee dat een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis wordt gezien als een arbitraal vonnis dat juridisch niet bestaat, brengt met zich dat de tenuitvoerlegging daarvan is uitgesloten, tenzij er iets mankeert aan die vernietiging. Hijma laat zien dat een dergelijke rechtstheorie weinig ruimte laat voor het relativeren of afzwakken van de gevolgen van de vernietiging. Het zwart-witdenken dat een dergelijke non-existentïeleer karakteriseert, verhoudt zich daarom evenmin met de gedachte dat nietigheden de rechtshandelingvrijheid niet meer dienen in te perken dan nodig.

De beschikking van de Hoge Raad inzake Maximov geeft dan ook aanleiding tot een herbezinning op het nulliteitsbegrip in het huidige arbitragerecht. Sterker – in het licht van de eerder besproken oplossing die door Hijma is aangedragen – kan het arbitragerecht op dit punt mijns inziens zelfs zijn voordeel doen met het moderne nulliteitsbegrip zoals door Hijma is bedacht.

Met het oog op Hijma's nulliteitsbegrip zou de Maximov-uitspraak als volgt kunnen worden herlezen. We hebben gezien dat in Hijma's optiek de mate waarin de beoogde rechtsgevolgen uitblijven, bepalend is voor de omvang van nietigheid; niet andersom. Toegepast op de Maximov-zaak zou het antwoord op de vraag of een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis vatbaar is voor tenuitvoerlegging in Nederland niet moeten afhangen van de vraag of het vonnis al dan niet nog 'bestaat.' Wat beslissend zou moeten zijn bij de toepassing van art. V lid 1, aanhef en onder e VNY, is de vraag naar de mate waarin de rechtsgevolgen van het vernietigde arbitrale vonnis in Nederland in stand moeten blijven. Het vonnis zou dan dus slechts nietig zijn 'indien en voor zover' de uitvoeringsrechter vaststelt dat de rechtsgevolgen in stand kunnen blijven. De beoordelingsruimte die de uitvoeringsrechter volgens de Hoge Raad in Maximov toekomt, zou dan dus niet louter hoeven te bestaan uit het onderzoeken of er wellicht iets schort aan (de wijze van de totstandkoming van) het vernietigingsvonnis van de buitenlandse rechter. Ook als wordt aangenomen dat hieraan geen bezwaren kleven, zou de uitvoeringsrechter niet automatisch het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging hoeven te weigeren; hij dient daarentegen te onderzoeken of er, niettegenstaande de vernietiging, redenen bestaan de rechtsgevolgen van de vernietiging te beperken.

De theorie van nietigheid die Hijma heeft voorgesteld, biedt een bevredigender verklaring en rechtvaardiging van de Maximov-uitspraak dan een theorie gebaseerd op het non-existentïedenken. Ter onderbouwing van deze stelling kan worden gewezen op twee voordelen die toepassing van Hijma's nulliteitsbegrip in het arbitragerecht met zich meebrengt. Het eerste voordeel van het vervangen van het non-existentïedenken in de Maximov-beschikking met Hijma's nulliteitsbegrip is dat deze beschikking dan ruimte laat voor het inperken van de rechtsgevolgen van vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen. Zo zou de uitvoeringsrechter kunnen oordelen dat het arbitraal vonnis, hoewel vernietigd, toch in ieder geval gedeeltelijk ten uitvoer kan worden gelegd. Deze mogelijkheid zou passen bij de wens die zowel de Nederlandse wetgever als de Hoge Raad heeft geuit, om ook in het Nederlandse arbitragerecht de oorzaken en gevolgen van de nietigheden terug te dringen, althans, niet verder te laten reiken dan noodzakelijk.^[48] Daarom treffen wij thans bijvoorbeeld al de mogelijkheid van partiële vernietiging van arbitrale vonnissen die in Nederland zijn geweest (art. 1065 lid 5 Rv). Eveneens maakt art. 1076 lid 5 Rv partiële tenuitvoerlegging mogelijk van buitenlandse arbitrale vonnissen waarop

het Verdrag van New York niet van toepassing is.

Het tweede voordeel van het toepassen van Hijma's nulliteitsbegrip is dat de Maximov-uitspraak dan meer recht doet aan het beginsel van de rechtshandelingsvrijheid waar Hijma aan refereert. Het beginsel van de rechtshandelingsvrijheid ligt mijns inziens immers net zozeer ten grondslag aan het arbitragerecht als aan het vermogens- en verbintenissenrecht nu de wortels van arbitrage immers stevig in de grond liggen van het contractenrecht. Arbitrage is een vorm van geschillenbeslechting die de weg naar de rechter in beginsel afsluit.^[49] Het is daarom essentieel dat partijen vrijwillig voor arbitrage kiezen, aldus, op basis van een geldige overeenkomst.^[50] De aanwezigheid van een geldige arbitrageovereenkomst is tevens het eerste vereiste voor geldigheid van arbitrale vonnissen.^[51] Tot slot staat in het arbitragerecht de rechtshandelingsvrijheid ook voorop in de vorm van het beginsel van partijautonomie, dat wil zeggen, het beginsel dat partijen zo veel mogelijk vrij zijn om bij overeenkomst de arbitrale procedure zelf in te richten.^[52] Er is daarom alle reden om het non-existentiedenken dat mijns inziens achter de Maximov -beschikking schuilgaat, te vervangen door het nulliteitsbegrip dat Hijma heeft geïntroduceerd in het algemene vermogens- en verbintenissenrecht. Immers, als men vasthoudt aan de gedachte van nietigheid als non-existentie, is strikt genomen iedere nuancering inconsistent, terwijl nuance in het nulliteitsrecht nu juist tegemoetkomt aan (onder meer) de rechtshandelingsvrijheid die ten grondslag ligt aan niet alleen het vermogens- en verbintenissenrecht, maar ook aan het arbitragerecht.

Ter afsluiting

Aldus beschouwd, hebben we de uitspraak van de Hoge Raad in Maximov uit het internationaal doctrinaire debat over het 'bestaan' van het arbitraal vonnis onttrokken, en (voorzichtig) ondergedompeld in de dogmatische rust die Hijma's idee van de nietige rechtshandeling met zich brengt. Met het opnieuw bekijken van de uitspraak van de Hoge Raad in Maximov door Hijma's lens, weet zijn werk ook buiten het algemene vermogens- en verbintenissenrecht een rustige compositie te scheppen.

Voetnoten

[1]

Jac. Hijma 'Nieuw nulliteitsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 10.

[2]

Jac. Hijma, 'Gezichtspunten bij nietigheid', *WPNR* 2014/7034, p. 929.

[3]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 54, 58; Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig? Beschouwingen omtrent het nietigheidsbegrip in het contractenrecht: voordracht gehouden aan de Universiteit Gent, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 22 januari 1998* (Thorbecke- colleges, nr. 22), Antwerpen: Story-Scientia 1998, p. 3. Aldus ook A.C. van Schaick, 'Partiële vernietigbaarheid', *NTBR* 2018/27, p. 199 en Conclusie A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2006:AU9717 voor HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006: AU9717, par. 4.38.1.

[4]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 62.

[5]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 72.

[6]

Jac. Hijma *WPNR* 2017/7133, p. 10. Aldus ook Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 72-73.

[7]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 53.

[8]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 74-77; Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig?* 1998, p. 25.

[9]

*Asser/Scholten Algemeen deel**, 1974/13, § 13 (Constructie (vervolg). Fictie) (de eis dat een rechtstheorie het positieve recht moet 'dekken' en dat een 'logische eenheid' presenteert waarin 'geen tegenspraak' bestaat).

[10]

Vgl. P. Westerman, 'Naar een kritische en relevante rechtstheorie', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2018 (48) 2, p. 246-247.

[11]

Aldus ook J. S. Kraus, 'From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory Essay', 94 *Va. L. Rev.* 157, 163-164 (2008), J.S. Kraus, 'Legal Theory and Contract Law: Groundwork for the Reconciliation of Autonomy and Efficiency', 1 *Legal and Political Philosophy: Social, Political, & Legal Philosophy* 385, 395-396 en B.H. Bix, 'Theories of Contract Law and Enforcing Promissory Morality: Comments on Charles Fried', 45 *Suffolk U. L. Rev.* 719, 727 (2011).

[12]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 75

[13]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 73.

[14]

Jac. Hijma, *WPNR* 2017/7133v, p. 10; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1998, p. 26.

[15]

Aldus ook Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988: p. 7, 10-13, 31.

[16]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 60-63.

[17]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 77.

[18]

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 60.

[19]

Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig?* 1998, p. 25; Jac. Hijma, 'The concept of nullity', in: C.G. Breedveld-de Voogd, e.a. (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion (BW Krant Jaarboek, nr. 30)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 36.

[20]

Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig?* 1998, p. 27 (in antwoord op de vraag in de titel van de lezing 'Hoe Nietig is Nietig?').

[21]

Vgl. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* 1988, p. 75, 84.

[22]

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal & Sun c. s./Universal Pictures*), r.o. 4.7; HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, *RvdW* 2015/3 (*Snippers q.q./Rabobank*), r.o. 3.6.2.

[23]

Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig?* 1998, p. 7, Jac. Hijma, 'Eggen's nulliteit leer', *WPNR* 2019/7247, p. 530.

[24]

In zoveel woorden, Jac. Hijma, *Hoe nietig is nietig?* 1998, p. 27.

[25]

Vgl. Jac. Hijma, *WPNR* 2017/7133, p. 14 ("De gangbare tweedeling in ... nietigheid en ... vernietigbaarheid ... heeft rust en overzicht gebracht op een terrein dat een kleine eeuw geleden als chaotisch bekendstond.")

[26]

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, *NJ* 2019/223.

[27]

Verdrag tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen uit 1958 (*Trb.* 1958, 145).

[28]

Art. 1075 lid 2 jo. art. 985 en 986 lid 1 Rv.

[29]

H.J. Snijders, annotatie bij HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, *NJ* 2019/223, p. 3615 ("Het belang van deze beschikking voor de arbitragepraktijk kan nauwelijks worden overschat, het belang van die praktijk evenmin, [...]").

[30]

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, *NJ* 2019/223, m.nt. H.J. Snijders (*Maximov/NLMK*).

[31]

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.1 tot en met 3.2.2.

[32]

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.6.

[33]

Aldus A-G P. Vlas in par. 1.21 van zijn Conclusie van 8 september 2017, ECLI: NL:PHR:2017:929.

[34]

Rb. Amsterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646, r.o. 4.8 en 4.9.

[35]

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010, r.o. 2.9 en 2.10.

[36]

HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.6.

[37]

Conclusie A-G P. Vlas 8 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:929, voor HR 24 november 2017, NJ 2019/223 (*Maximov/NLMK*), par. 2.17.

[38]

Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999).

[39]

Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Republic, 997 F. Supp. 2d 214, 222-223 (S.D.N.Y. 2014), aff'd, 864 F.3d 172 (2d Cir. 2017).

[40]

TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P., 487 F.3d 928, 936 (D.C. Cir. 2007).

[41]

A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 187. Zie ook Conclusie A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:929, voor HR 24 november 2017, NJ 2019/223 (*Maximov/NLMK*), par. 2.14, noot 19.

[42]

[Kamerstukken II 1985/86, 18 464, nr. 6](#) (MvA), p. 41.

[43]

Cour d'appel de Paris, 14 January 1997, 95/23025 (*République arabe d'Egypte v. Société Chromalloy Aero Services*), p. 4.

[44]

E. Gaillard, 'International Arbitration as a Transnational System of Justice', in: A.J. van den Berg (red.), *Arbitration - The Next Fifty Years* (ICCA Congress Series, No. 16), Deventer: Kluwer Law International 2012, p. 66.

[45]

Bijv. Leon E. Trakman, 'The Twenty-First-Century Law Merchant', *American Business Law Journal*, Volume 48, Issue 4, p. 779 (2011). Anders: Ralf Michaels, 'The UNIDROIT Principles as Global Background Law', *Uniform Law Review*, Volume 19, Issue 4, December 2014, p. 658.

[46]

Gaillard 2012, p. 72.

[47]

Conclusie A-G P. Vlas 8 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:929, voor HR 24 november 2017, NJ 2019/223 (*Maximov/NLMK*), par. 2.14 en 2.15.

[48]

Vgl. [Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3](#), p. 40 ("Wat de redactie [van art. 1065 lid 5 Rv] betreft, is aansluiting gezocht bij art. 3:41 BW ... Een arbitraal vonnis hoeft niet langer geheel te worden vernietigd, wanneer ook met een partiële vernietiging kan worden volstaan.") en HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380 (*Nannini/SFT Bank*), r.o. 3.5.2 ("De wetgever heeft de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt willen houden.") en HR 17 januari 2003, ECLI:NL: HR:2003:AE9395 (*IMS/Modsaf-IR*), r.o. 3.3 ("...dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in de uitleg die arbiters aan het reglement hebben gegeven.")

[49]

Art. 1022 Rv.

[50]

Vgl. art. 17 Gw en 6 lid 1 EVRM.

[51]

Vgl. art. 1064 jo 1065 lid 1, aanhef en onder a Rv.

[52]

Vgl. [Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3](#), p. 24 en [Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3](#), p. 19. In de internationale context, zie Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Comments by Governments and Organizations, Report by the Secretary-General, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, E/2822, Annex II, p. 18 en UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006.