

‘Maximov’ revisited

Naar een ruimere bevoegdheid van de rechter om een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis alsnog van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien

*Mr. C. J. W. Baaij **

1 Inleiding

Enige tijd geleden heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan voor het Nederlands arbitragerecht. In deze beschikking, van 24 november 2017 in de zaak Maximov/NLMK,¹ stond de vraag centraal of de Nederlandse rechter een discretionaire ruimte toekomt om, ex art. 1075 Rv jo. art. V van het Verdrag van New York (VNY),² een buitenlands arbitraal vonnis dat door een rechter in het land van origine reeds is vernietigd te erkennen of te voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging.³ Diverse auteurs interpreteren de Maximov-beschikking zo, dat de rechter deze beoordelingsruimte in beginsel niet heeft en slechts bij uitzondering het vernietigde arbitraal vonnis van een verlof tot tenuitvoerlegging mag voorzien (par. 2). Hoewel een dergelijke lezing van de Maximov-beschikking niet onbegrijpelijk is, zijn de overwegingen van de Hoge Raad geenszins eenduidig. Sterker, de motivering van ons hoogste rechtscollege legt een innerlijke tegenstrijdigheid aan de dag, die ruimte laat voor een minder strikte interpretatie van de uitspraak. In deze alternatieve lezing is een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis in beginsel vatbaar voor tenuitvoerlegging in Nederland en strekt de discretionaire bevoegdheid van de Nederlandse rechter om de tenuitvoerlegging te bevelen zich ook uit tot situaties waarin hij het buitenlandse vernietigingsvonnis wel erkent.

In deze bijdrage zal ik verdedigen dat deze alternatieve, ruime lezing van de Maximov-uitspraak is te verkiezen boven de thans gangbare, strikte interpretatie in de literatuur. De door mij voorgestane weergave van de beschikking sluit niet alleen beter aan bij de tendens in het algemene vermogensrecht en het Nederlands arbitragerecht om nietigheden terug te dringen. Zij laat zich eveneens beter rijmen met zowel de doelstel-

ling van het Verdrag van New York als het fundamentele beginsel van contractsvrijheid dat aan het Nederlands arbitragerecht ten grondslag ligt. Hoewel de Maximov-beschikking van de Hoge Raad in 2017 is gewezen, komt een herbezinning daarop bepaald niet als mosterd na de maaltijd. In de lagere rechtspraak is er vooralsnog geen aanleiding geweest om de beschikking toe te passen, en de Hoge Raad heeft tot op heden evenmin kans gezien de inconsistenties in zijn beschikking te repareren.⁴

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 zet ik eerst het feitencomplex en de rechtsvraag in de Maximov-zaak uiteen. Aansluitend daarop licht ik uit welke inconsistenties in de overwegingen van de Hoge Raad ruimte laten voor een andere jurisprudentiële koers dan tot nu toe in de literatuur is aangenomen. Vervolgens toon ik in paragraaf 3 aan dat de door mij voorgestane alternatieve lezing van de Maximov-uitspraak beter past bij de terughoudendheid die de rechter betracht bij het toepassen van nietigheden in zowel het algemene vermogensrecht als het arbitragerecht inzake de vernietiging van Nederlandse arbitrale vonnissen. Tot slot rondt paragraaf 4 deze bijdrage af door de wijze te belichten waarop de rechter van de door mij voorgestelde ruimere beoordelingsruimte gebruik kan maken bij het oordeel of, en zo ja in hoeverre, een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis in Nederland alsnog vatbaar is voor tenuitvoerlegging.

* Mr. C.J.W. Baaij is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992 (Maximov/NLMK).
2. Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, Trb. 1958, 145.
3. Voor deze bijdrage is het onderscheid tussen de erkenning en de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen arbitrale vonnissen in beginsel niet van wezenlijke betekenis. Hergaan hier besproken wordt ten aanzien van de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen zal, tenzij anders aangegeven, mede betrekking hebben op de erkenning daarvan.

4. In een andere uitspraak van de Hoge Raad, een jaar na Maximov, had de verzoeker niet gesteld dat hier zich een bijzonder geval voordeed waarin de rechter door middel van het arbitraal vonnis tenuitvoerlegging van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis kan bevelen, HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918 (Diag/Tsjechië), r.o. 3.5.8. Na zijn uitspraak in Maximov heeft de Hoge Raad deze louter aangehaald met betrekking tot de uitlegmethode ex art. 31 t/m 33 van het Verdrag van Wenen, zie HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:650 (HP/Digital Revolution), r.o. 3.4.11; HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:451 (De 4 Jaargetijden), r.o. 3.5.2; HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918 (Diag/Tsjechië), r.o. 3.5.4; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:147 (De Tutor), r.o. 3.6.3; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:142 (Eitzen Chemical/EOC e.a.), r.o. 3.6.2.

2 Een herbezinning op de ‘Maximov’-uitspraak

2.1 De casus in kort bestek

Aanleiding voor de beschikking van de Hoge Raad van 24 november 2017 was een geschil tussen Maximov, een Russische ondernemer, en Novolipetsky Metallurgicheskoy Kombinat (hierna: NLMK), een Russische staalproducent, over de omvang van het door NLMK te betalen restant van de koopprijs voor de door Maximov verkochte aandelen. In dit kader maakte Maximov in december 2009 in Rusland een arbitraal geding aanhangig, waarin hij het scheidsrecht verzocht om NLMK te veroordelen tot betaling van het restant van de koopprijs. In maart 2011 gaf het scheidsrecht hieraan gehoor. Een nadien door NLMK bij het Arbitrazh Court in Moskou ingestelde vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis werd evenwel toegewezen. In juli 2011 verzocht Maximov de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam om erkenning en verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis op basis van het Verdrag van New York. Dit verdrag is in Nederland van toepassing via art. 1075 lid 1 Rv, dat bepaalt dat een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis waarop een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is in Nederland kan worden erkend en ten uitvoer gelegd. De rechter die bevoegd is van een dergelijk verzoek kennis te nemen, noem ik hierna de ‘uitvoeringsrechter’.⁵

Een voor deze bijdrage belangrijke bepaling in het Verdrag van New York is art. V lid 1, dat een vijftal limitatieve gronden opsomt op grond waarvan de uitvoeringsrechter – in de termen van het Verdrag van New York ‘competent authority’ – een verzoek om erkenning of verlot tot tenuitvoerlegging van een in het buitenland gewezen arbitraal vonnis mag weigeren. De weigeringsgrond genoemd onder lid 1 aanhef en onder e bepaalt dat een verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging mag worden geweigerd als het arbitraal vonnis is vernietigd door een rechter in de verdragsstaat waar het arbitraal vonnis is gewezen.⁶

In het geschil tussen Maximov en NLMK speelde deze weigeringsgrond een cruciale rol. Het door Maximov verzochte erkenning en verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis werd door de Amsterdamse voorzieningenrechter afgewezen, nu door NLMK – uit hoofde van het vernietigingsvonnis van de rechtbank in Moskou – met succes op deze

weigeringsgrond een beroep werd gedaan.⁷ De beschikking van de voorzieningenrechter werd in 2012 door het gerechtshof Amsterdam bekrachtigd.⁸ Maximov stelde tegen de beschikking van het hof cassatieberoep in.

De rechtsvraag die bij de Hoge Raad voorlag, was of het Verdrag van New York de uitvoeringsrechter louter *toestaat* of tevens *dwingt* een verzoek om de tenuitvoerlegging van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis te weigeren. Met andere woorden, heeft de uitvoeringsrechter in een dergelijk geval enige discretionaire bevoegdheid om de tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis te bevelen wanneer een rechter in het land van origine dat vonnis heeft vernietigd, en zo ja, hoever reikt deze bevoegdheid?⁹ Het antwoord op deze vraag wordt door verschillende verdragsstaten uiteenlopend beantwoord. Daar waar bijvoorbeeld rechters in de Verenigde Staten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan het buitenlandse vernietigingsvonnis voorbij zullen gaan,¹⁰ kennen Franse rechters aan die vernietiging in beginsel geen betekenis toe.¹¹ Dit verschil in uitleg vloeit voort uit een discrepantie tussen de authentieke taalversies van de aanhef van art. V lid 1 VNY.¹² Voor zover hier van belang, luidt de Engelse taalversie als volgt:

‘Recognition and enforcement of the award may be refused, (...) only if (...) [t]he award (...) has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.’

De woorden ‘may be refused (...) only if’ wekken de suggestie dat de rechter slechts op deze gronden een verzoek tot tenuitvoerlegging *mag*, maar niet *hoeft* af te wijzen als het arbitraal vonnis is vernietigd. In tegenstelling tot de Engelse taalversie, bezigt bijvoorbeeld de Franse versie de mogelijk meer gebie-

5. Ingevolge het huidige art. 1075 lid 1 jo. art. 985 en 986 lid 1 Rv is het gerechtshof in het arrondissement waar de tenuitvoerlegging wordt verlangd bevoegd het arbitraal vonnis te erkennen en daarvan tenuitvoerlegging te bevelen. Onder het arbitragerecht dat gold vóór 2015 en van toepassing was in de Maximov-zaak was de voorzieningenrechter nog de aangewezen instantie.

6. Het toepassingsbereik van art. V lid 1 aanhef en onder e NYC is ruimer dan waar ik mij in deze bijdrage op zal richten. De bepaling ziet ook op de vernietiging door andere ‘bevoegde autoriteiten’ dan rechters, alsook op situaties waarin deze bevoegde autoriteit tot een verdragsstaat behoort waarvan het recht op het arbitraal vonnis van toepassing was, ook al was dat vonnis niet gewezen op het grondgebied van deze staat.

7. Rb. Amsterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646 (Maximov/NLMK).

8. Hof Amsterdam 18 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010 (Maximov/NLMK).

9. Zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992 (Maximov/NLMK), r.o. 3.3 (‘Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof (...) heeft miskend dat art. V lid 1, aanhef en onder e, Verdrag van New York de rechter een (ruime) discretionaire beoordelingsruimte toekent om te beoordelen of een buitenlands vernietigingsvonnis in de weg staat aan verlot tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis in Nederland, (...)’) en A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:929, bij HR 24 november 2017 (Maximov/NLMK), eerste alinea (‘Het geschil heeft in cassatie betrekking op de vraag naar het bestaan en de omvang van de discretionaire bevoegdheid die in art. V, eerste lid, aanhef en sub e van het Verdrag van New York aan de rechter wordt gelaten om te beoordelen of een buitenlands vernietigingsvonnis aan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in de weg staat’).

10. Zie bijv. Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v Gov’t of Lao People’s Democratic Republic, 997 F. Supp. 2d 214, 222-23 (S.D.N.Y. 2014), aff’d, 864 F.3d 172 (2d Cir. 2017).

11. Zie bijv. Cour d’appel de Paris, 14 januari 1997, 95/23025 (République arabe d’Egypte/Société Chromalloy Aero Services).

12. De authentieke taalversies van het Verdrag van New York zijn Chinees, Engels, Frans, Russisch en Spaans, zie art. XVI VNY.

dende woorden ‘ne seront refusées, (...)’, que si’, die erop duiden dat de uitvoeringsrechter het verzoek *zal* afwijzen.¹³

Zoals hierboven reeds gezegd, werd zowel door de voorzieningenrechter als door het gerechtshof Amsterdam het door Maximov verzochte verlof tot tenuitvoerlegging afgewezen. De voorzieningenrechter overwoog, kort gezegd, dat het Russische arbitraal vonnis niet langer in aanmerking kwam voor erkenning en tenuitvoerlegging, daar dit vonnis door de Russische rechter was vernietigd en daarom ‘niet meer bestond’.¹⁴ De deur tot tenuitvoerlegging zou enkel nog op een kier staan indien er ernstige gebreken kleven aan het vernietigingsvonnis van de Russische rechter, aldus de voorzieningenrechter. Van dergelijke ernstige gebreken is volgens hem bijvoorbeeld sprake als gedurende de vernietigingsprocedure ten overstaande van de buitenlandse rechter inbreuk zou zijn gemaakt op de Nederlandse rechtsorde door bijvoorbeeld ‘op onaanvaardbare wijze’ tekort te doen aan beginselen van een behoorlijke rechtspleging.¹⁵ De zienswijze van de voorzieningenrechter werd door het gerechtshof Amsterdam bekrachtigd. Nu het arbitraal vonnis was vernietigd, aldus het hof, gold ‘in beginsel’ dat het verzoek van Maximov moest worden afgewezen.¹⁶ Het nam eveneens een soortgelijke uitzondering aan als de voorzieningenrechter, namelijk dat aan het vernietigingsvonnis van de buitenlandse rechter ‘zo essentiële gebreken kleven’, ‘dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak’, bijvoorbeeld wanneer de rechters partijdig waren.¹⁷

De Hoge Raad verwierp aldus het beroep in cassatie van Maximov.¹⁸ Ik zal hierna dieper ingaan op de exacte bewoordingen waarin de Hoge Raad zijn onderbouwing giet, maar de ratio achter zijn beslissing kan als volgt worden geschetst. De Hoge Raad zet uiteen dat de authentieke taalversies van art. V lid 1 VNY het best met elkaar kunnen worden verzoend door de bepaling uit te leggen in het licht van de doelstelling van het Verdrag van New York.¹⁹ Het doel van het verdrag is volgens de Hoge Raad het vergemakkelijken van de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen.²⁰ De

Nederlandse uitvoeringsrechter komt, vanuit de doelstelling van het Verdrag van New York beschouwd, enige beoordelingsruimte toe bij de toepassing van de weigeringsgronden van art. V lid 1 VNY, aldus de Hoge Raad.²¹ De uitvoeringsrechter zal bij het gebruik maken van deze beoordelingsruimte evenwel ‘slechts in bijzondere gevallen’ toch tot verlening van verlof tot tenuitvoerlegging overgaan, vervolgde hij.²² Deze gevallen doen zich ‘onder meer’ voor, specificeerde de Hoge Raad, als de vernietiging door de buitenlandse rechter berust op gronden die niet zijn genoemd in art. V lid 1 VNY en naar internationale maatstaven algemeen onaanvaardbaar zijn, alsook indien het buitenlandse vernietigingsvonnis niet voor erkenning in Nederland vatbaar is omdat het niet strookt met de voorwaarden die het Nederlandse internationaal privaatrecht stelt aan de erkenning van een buitenlandse beslissing.²³

In de juridische literatuur is uit bovenstaande overwegingen van de Hoge Raad de hoofdregel afgeleid dat buitenlandse arbitrale vonnissen die ter plaatse van de arbitrage zijn vernietigd, ‘in beginsel’ niet voor ten uitvoerlegging in aanmerking komen. Slechts bij wijze van ‘uitzondering’ zou de rechter het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis kunnen erkennen of van verlof tot tenuitvoerlegging voorzien.²⁴ Deze lezing van de Maximov-beschikking is geenszins onbegrijpelijk, daar de Hoge Raad in zijn beschikking immers tot de slotsom komt dat de rechter ‘slechts in bijzondere gevallen’ het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis ‘toch erkent of van verlof tot tenuitvoerlegging voorziet’.²⁵ Het is in te zien waarom wij hieruit zouden mogen afleiden dat de weigering van het verzoek om erkenning of verlof tot tenuitvoerlegging het doctrinaire uitgangspunt van ons hoogste rechtscollege is bij de uitleg van art. V lid 1 aanhef VNY. Niettemin zal ik in het vervolg van deze paragraaf uiteenzetten dat een inconsistentie in de overwegingen van de Hoge Raad maakt dat de thans gangbare duiding van de Maximov-beschikking in mijn optiek niet geheel zuiver is en dat een bijsturing daarvan aangewezen lijkt.

2.2 De inconsistente formule van Maximov

Hieronder zal ik aan de hand van een getrapte analyse een inconsistentie in de overwegingen waarin de Hoge Raad de hoofdregel van de Maximov-uitspraak formuleert uitlichten. Deze inconsistentie leidt, dunkt mij, tot een tegenovergestelde hoofdregel en daarmee een ruimere beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter dan tot nu toe in de literatuur is verdedigd.

13. Het valt op dat de Franse tekstversie van art. V lid 1 VNY de Amerikaanse uitleg van deze bepaling onderschrijft, terwijl de Engelse versie de uitleg schraagt die wordt gebezigd door Franse rechters.

14. Rb. Amsterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646 (Maximov/NLMK), r.o. 4.8.

15. Rb. Amsterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV5646 (Maximov/NLMK), r.o. 4.8 en 4.9.

16. Hof Amsterdam 18 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010 (Maximov/NLMK), r.o. 2.8.

17. Hof Amsterdam 18 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5010 (Maximov/NLMK), r.o. 2.9 en 2.10.

18. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 4.

19. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.1-3.4.3. De Hoge Raad paste hier art. 33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51 en Trb. 1985, 79) toe, dat bepaalt dat wanneer authentieke taalversies van een verdrag uiteenlopen, aan de verdragstekst in kwestie een betekenis moet worden toegekend die de taalversies het best verzoent in het licht van het voorwerp en het doel van het verdrag, zie r.o. 3.4.2.

20. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.4.

21. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.4 en 3.4.5.

22. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.5 en 3.4.6.

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

24. Snijders, in: GS Burgerlijke rechtsvordering, art. 1075 Rv, aant. 5 (‘Doet zich een weigeringsgrond voor, dan dient er in beginsel ook geweigerd te worden (...)’) en H.J. Snijders, Nederlands arbitragerecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018/12.6.5 (in dezelfde bewoordingen); J.K. van Hezewijk, HR 24 november 2017 (Maximov) en HR 15 juni 2018 (Diag), TvA 2019/48 (annotaties), p. 99 (‘Toch lijkt een redelijke interpretatie van het Verdrag mee te brengen dat een in hoger beroep vernietigd arbitraal vonnis (in beginsel) niet voor erkenning in aanmerking komt’).

25. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.5 en 3.4.6.

In de motivering van de beschikking door de Hoge Raad zijn globaal drie redeneerstappen te ontwaren. De eerste twee stappen vertonen een tegenstrijdigheid ten aanzien van wat de te hanteren hoofdregel is bij het toepassen van de weigeringsgronden van art. V lid 1 VNY. De betekenis van de derde stap, namelijk de gevallen waarin de uitvoeringsrechter de tenuitvoerlegging van vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen mag bevelen, zal vervolgens afhangen van hoe wij de eerste twee stappen met elkaar in overeenstemming brengen.

Stap 1: de hoofdregel

De eerste redeneerstap van de Hoge Raad (r.o. 3.4.4 en 3.4.5) beschrijft uitdrukkelijk 'de hoofdregel' die de uitvoeringsrechter dient te volgen bij het toepassen van de weigeringsgronden in art. V lid 1 VNY. Deze regel luidt volgens de Hoge Raad dat de rechter 'verplicht is om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien, tenzij zich een van de in dit voorschrift voorziene weigeringsgronden aandient'.²⁶ Dit is 'in overeenstemming' met het doel van het Verdrag van New York, aldus de Hoge Raad, om, zoals gezegd, de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen te vergemakkelijken. De Hoge Raad vervolgt dat, 'in het licht van' deze doelstelling en de daarmee overeenstemmende hoofdregel, art. V lid 1 VNY de uitvoeringsrechter 'een zekere beoordelingsruimte toekent om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien, ook indien zich in het concrete geval een of meer van de in deze bepaling vervatte weigeringsgronden aandienen'.²⁷ Het strookt volgens de Hoge Raad dus niet met de doelstelling van het verdrag dat een buitenlands vernietigingsvonnis automatisch de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in Nederland zou blokkeren.

Met deze eerste redeneerstap wijst de Hoge Raad er enerzijds op dat, wanneer het buitenlandse arbitraal vonnis reeds is vernietigd, de uitvoeringsrechter niet (langer) verplicht is de tenuitvoerlegging daarvan te bevelen. Anderzijds is het evenwel niet zo dat de rechter in die gevallen een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging *moet* afwijzen. In overeenstemming met de Engelse taalversie van de aanhef van art. V lid 1 VNY schept het zich voordoen van een van de vijf weigeringsgronden een bevoegdheid, niet een verplichting, om dat verzoek te weigeren. Met andere woorden, nu de hoofdregel bij de toepassing van art. V lid 1 VNY de uitvoeringsrechter verplicht om de tenuitvoerlegging te bevelen, staat de buitenlandse ver-

nietiging van het arbitraal vonnis niet automatisch aan de tenuitvoerlegging daarvan in Nederland in de weg. De uitvoeringsrechter heeft daarentegen een zekere beoordelingsruimte.

Stap 2: het 'stelsel' van art. V lid 1 VNY

Met de tweede redeneerstap (r.o. 3.4.5 en 3.4.6) overweegt de Hoge Raad dat de beoordelingsruimte die de uitvoeringsrechter toekomt 'een uitzondering' vormt op het 'stelsel van art. V lid 1 VNY' en dat de rechter daarom van deze beoordelingsruimte 'slechts in bijzondere gevallen' gebruik kan maken.²⁸ De Hoge Raad vervolgt dat 'de vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis (...) niet belet dat de rechter, gebruikmakend van zijn (...) beoordelingsruimte, in een bijzonder geval het arbitraal vonnis toch (...) van verlof tot tenuitvoerlegging voorziet'.²⁹

Zo geformuleerd karakteriseert de Hoge Raad hier het 'stelsel' van art. V lid 1 VNY aldus, dat als een van de vijf weigeringsgronden zich voordoet, weigering van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging de hoofdregel is en dat inwilliging van dat verzoek daarop de uitzondering vormt. Mijns inziens schept de Hoge Raad hier verwarring, nu hij met zijn eerste redeneerstap het systeem van art. V lid 1 VNY nog zo kenschetst dat *tenuitvoerlegging* de hoofdregel is en weigering van het verzoek de uitzondering.³⁰ Het was vanwege *die* hoofdregel dat volgens de Hoge Raad weigering van het verlof tot tenuitvoerlegging niet automatisch volgt uit het zich voordoen van een weigeringsgrond. De beoordelingsruimte die de uitvoeringsrechter dientengevolge toekomt, is in de eerste redeneerstap dus niet zozeer een 'uitzondering' op het stelsel van art. V lid 1 VNY, maar een *uitvloeisel* daarvan.

Nu de Hoge Raad het stelsel van art. V lid 1 VNY dus niet op consistente wijze duidt, is op voorhand niet duidelijk waartoe de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter dient. Immers, als de beoordelingsruimte heeft te gelden als uitzondering op de hoofdregel dat de uitvoeringsrechter verplicht is de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen te bevelen, dan dient hij, bij het zich voordoen van een weigeringsgrond, te onderzoeken of er aanleiding bestaat om een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging *alsnog te weigeren*. Als zijn beoordelingsruimte daarentegen een uitzondering vormt op een spiegelbeeldige hoofdregel, op grond waarvan hij het verzoek om tenuitvoerlegging dient te weigeren, dan gebruikt hij zijn beoordelingsruimte om te onderzoeken of er aanleiding bestaat om een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging *alsnog te honoreren*.

Kortom, in de eerste redeneerstap staat bij de toepassing van art. V lid 1 aanhef en onder e VNY de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen voorop, terwijl tenuitvoerlegging in de tweede stap de uitzondering vormt. Het onderscheid tussen deze twee uitgangspunten komt wellicht als mar-

26. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.4. C.J. Schleijsen, annotatie bij HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, JBPR 2020, afl. 2, p. 435 ('De Hoge Raad oordeelde dat de rechter in principe de *verplichting* heeft het arbitrale vonnis te erkennen, tenzij een weigeringsgrond (als bedoeld in art. V NYC) aanwezig is').

27. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.5 ('In het licht van hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen, kunnen de authentieke verdragsteksten (...) het best met elkaar worden verzoend door deze bepaling aldus te interpreteren dat zij de rechter een zekere beoordelingsruimte toekent om een buitenlands arbitraal vonnis te erkennen en van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien, ook indien zich in het concrete geval een of meer van de in deze bepaling vervatte weigeringsgronden aandienen').

28. HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, r.o. 3.4.5.

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

30. Vgl. Hezewijk 2019, p. 97.

ginaal voor, maar de aard van de toepasselijke hoofdregel is wel degelijk van doorslaggevende betekenis voor hoe wij de thans te bespreken derde redeneerstap van de Hoge Raad moeten begrijpen, dat wil zeggen, hoe ruim de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter is.

Stap 3: de reikwijdte van 'bijzondere gevallen'

Met de derde, en tevens laatste, stap in zijn redenering (r.o. 3.4.6) geeft de Hoge Raad twee voorbeelden van de 'bijzondere gevallen' waarin de uitvoeringsrechter 'onder meer' tot erkenning of tenuitvoerlegging kan komen. Het eerste voorbeeld ziet op het geval waarin de buitenlandse rechter het arbitraal vonnis vernietigde op gronden die niet door art. V lid 1 VNY zijn toegestaan en ook internationaal niet als algemeen onaanvaardbaar worden gezien. Het tweede voorbeeld is van situaties waarin het Nederlandse internationaal privaatrecht aan erkenning van het buitenlandse vernietigingsvonnis in de weg staat.³¹

Het staat mijns inziens buiten kijf dat deze twee voorbeelden niet een limitatieve opsomming betreffen. De Hoge Raad bezigt immers de woorden 'onder meer'. De exacte reikwijdte van de categorie van 'bijzondere gevallen' is daarmee echter niet gegeven. Deze hangt, in mijn optiek, namelijk af van hoe wij de inconsistentie tussen de eerste twee redeneerstappen in de motivering van de Hoge Raad oplossen, dat wil zeggen, welke hoofdregel de uitvoeringsrechter in acht dient te nemen.

Als wij, enerzijds, de opvatting hanteren die thans in de literatuur is aangenomen, dan komen vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen in beginsel niet voor tenuitvoerlegging in aanmerking. Deze opvatting brengt met zich dat de uitvoeringsrechter terughoudend dient te zijn in het alsnog bevelen van de tenuitvoerlegging.³² Het ligt dan in de rede dat de categorie 'bijzondere gevallen' uitsluitend die situaties omvat die kenmerken vertonen van de twee voorbeelden die de Hoge Raad geeft. Kenmerkend voor beide voorbeelden is dat daarin iets schort aan het rechterlijk vernietigingsvonnis. Met andere woorden, de categorie 'bijzondere gevallen' betreft dan louter situaties waarin het arbitraal vonnis niet daadwerkelijk is vernietigd, althans, waarin aan die vernietiging geen gevolg dient te worden gegeven. A-G Vlas verwoordt deze zienswijze als volgt, dat '[i]n beginsel (...) een vernietigd arbitraal vonnis niet ten uitvoer [kan] worden gelegd, tenzij een of meer redenen bestaan om aan het vernietigingsvonnis voorbij te gaan'.³³ Wat de A-G hier zegt, dunkt mij, is dat indien de uitvoeringsrechter aan het buitenlandse vernietigingsvonnis voorbij mag gaan, hij het arbitraal vonnis niet als vernietigd hoeft te beschou-

wen. In die gevallen 'bestaat' het arbitraal vonnis dus nog, zoals de Amsterdamse voorzieningenrechter opmerkte.³⁴

Anderzijds kunnen wij de inconsistentie in de motivering van de Hoge Raad ook oplossen door vast te houden aan de hoofdregel die hij uitdrukkelijk in de eerste redeneerstap presenteert, en vervolgens de tweede stap daarmee in overeenstemming te brengen. Vanuit deze invalshoek dienen wij 'het stelsel van art. V lid 1 VNY' in de tweede redeneerstap van de Hoge Raad aldus te begrijpen als een uitzondering op de regel dat de uitvoeringsrechter verplicht is buitenlandse arbitrale vonnissen te erkennen of van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien. De beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter om alsnog tot het *verlenen* van het verlof over te gaan, is dan inderdaad te zien als een begrenzing van een uitzondering op de hoofdregel. Anders gezegd, met het gebruiken van zijn beoordelingsruimte voor de toepassing van de weigeringsgronden van art. V lid 1 VNY valt de uitvoeringsrechter simpelweg terug op de hoofdregel van het Verdrag van New York, te weten de plicht die op hem rust om de tenuitvoerlegging te bevelen.

In deze tweede, alternatieve lezing van de uitspraak van de Hoge Raad in Maximov valt niet uit te sluiten dat de categorie van 'bijzondere gevallen' ruimer is dan tot op heden in de literatuur is aangenomen. Dat wil zeggen, als wij de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen als uitgangspunt nemen, en de weigering daarvan dus als uitzondering beschouwen, dan zijn de gevallen waarin een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis in Nederland vatbaar is voor tenuitvoerlegging niet beperkt tot situaties waarin er iets aan het buitenlandse vernietigingsvonnis mankeert. Hieronder zal ik betogen dat de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter om tenuitvoerlegging te bevelen zich inderdaad ook uitstrekt tot 'bijzondere gevallen' waarin hij het buitenlandse vernietigingsvonnis erkent en het buitenlandse arbitraal vonnis dus als vernietigd aanmerkt.

3 Aansluiting van Maximov bij de moderne nulliteitsleer

3.1 De moderne tendens om nietigheden terug te dringen en te relativeren

Hieronder zal ik uiteenzetten waarom van de twee hierboven geschetste wijzen waarop wij de Maximov-beschikking van de Hoge Raad kunnen lezen, de lezing te verkiezen is die als vertrekpunt neemt de hoofdregel die de Hoge Raad expliciet uit het Verdrag van New York heeft afgeleid, dat wil zeggen de lezing die een ruimere beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter mogelijk maakt dan tot nu toe in de literatuur is aangenomen. Ik zal verdedigen dat deze lezing de voorkeur verdient omdat zij nauwer aansluit bij het moderne Nederlandse nulliteitenrecht en daarmee bij het daaraan ten grondslag liggende fundamentele beginsel van contractsvrijheid.

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

32. Vgl. H.J. Snijders, annotatie bij HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, NJ 2019/223, p. 3615 ('Het komt verstandig voor dat de Hoge Raad niet meegaat met de gedachte dat het "may" duidt op een discretionaire bevoegdheid voor de rechter om ondanks de aanwezigheid van een weigeringsgrond toch het arbitrale vonnis naar hem dat zo uitkomt te erkennen en van een exequatur te voorzien').

33. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2017:929, bij HR 24 november 2017 (Maximov/NLMK), par. 2.17.

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

Wanneer ik spreek van het zoeken naar aansluiting bij het Nederlandse nulliteitenrecht, dan doel ik hoofdzakelijk op het aanvaarden van de opvatting dat nietigheid van een rechtshandeling geen absoluut karakter heeft. Volgens de Hoge Raad streefde de wetgever met het Burgerlijk Wetboek van 1992 er namelijk naar 'nietigheden en de gevolgen daarvan terug te dringen'.³⁵ Aan het huidige nulliteitenrecht ligt het uitgangspunt ten grondslag 'dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt', aldus de Hoge Raad.³⁶ Nu nietigheden inbreken op het fundamentele beginsel van contractsvrijheid, behoren zij niet verder in te grijpen dan door hun ratio wordt gerechtvaardigd.³⁷ Binnen de huidige 'relativering' van het nulliteitenrecht³⁸ ontbeert een nietige rechtshandeling niet automatisch alle rechtsgevolgen. Volgens de doctrine is onder het huidige c.q. 'moderne' nulliteitenrecht een nietige rechtshandeling niet juridisch non-existent, maar wordt zij als een bestaande maar 'onvolmaakte' rechtshandeling beschouwd.³⁹ Of, en zo ja, welke rechtsgevolgen in welke mate uitblijven, is daarom onderwerp van de rechterlijke afweging.⁴⁰

Het is deze rechterlijke afweging in het algemene nulliteitenrecht die mijns inziens onderdeel dient te zijn van de beoordelingsruimte die de uitvoeringsrechter heeft ingevolge art. 1075 Rv jo. art. V lid 1 aanhef en onder e VNY om een buitenlands arbitraal vonnis dat is vernietigd al dan niet van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien. Om dit standpunt te illustreren zal ik hieronder twee kenmerken schetsen van de wijze waarop de rechter in het moderne nulliteitenrecht gebruik maakt van zijn beoordelingsruimte om nietigheden en de gevolgen daarvan vast te stellen. Van elk kenmerk zal ik telkens twee leer-

stukken als voorbeeld geven: het ene behorend tot het algemene vermogensrecht, het andere tot het deel van het arbitragerecht dat van toepassing is op de vernietiging van *Nederlandse* arbitrale vonnissen.

3.2 Een eerste kenmerk: terughoudendheid bij vaststelling nietigheid

Het eerste kenmerk van de rechterlijke beoordelingsruimte in het moderne nulliteitenrecht betreft de hoofdregel dat nietigheids- of vernietigingsgronden niet te snel moeten worden aangenomen. Het centrale leerstuk in het algemene vermogensrecht waarin de relativering van nietigheden een rol speelt, is dat van de nietigheid van rechtswege ex art. 3:40 lid 2 en 3 BW. De huidige jurisprudentiële lijn van de Hoge Raad is dat een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijke bepaling niet noodzakelijkerwijs ook in strijd is met de goede zeden of de openbare orde en om die reden dus niet automatisch nietig is. De rechter dient eerst te onderzoeken of het conflict met de wettelijke bepaling van een zodanige aard is dat de rechtshandeling tevens voldoet aan lid 1 van art. 3:40 BW, krachtens welke bepaling de inhoud of strekking van deze rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.⁴¹

Nietigheid van rechtswege volgt dus niet automatisch uit het van toepassing zijn van art. 3:40 lid 2 en 3 BW. De wetgever heeft het aan de rechter overgelaten om te beoordelen of in een gegeven geval een rechtshandeling op basis van het eerste lid van deze bepaling nietig is.⁴² Deze beoordeling is derhalve sterk casuïstisch.⁴³ De rechter zal daarbij in zijn motivering rekenschap moeten afleggen van hoe hij tot het oordeel komt of, en zo ja in hoeverre, de rechtshandeling nietig is.⁴⁴ Hiertoe ontwikkelde de Hoge Raad een gezichtspuntenbenadering, waarbij de rechter onder meer gemotiveerd meeweegt welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, en of als gevolg van de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden.⁴⁵ In de literatuur wordt aangenomen dat de strekking of bedoeling van de geschonden regel eveneens als gezichtspunt dient.⁴⁶

35. HR 29 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460 (Snippers/Rabobank), r.o. 3.6.2. Zie ook Jac. Hijma, Nieuw nulliteitenrecht, WPNR 2017, afl. 7133 (25 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek), p. 10.
36. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), r.o. 4.7. Zie ook Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Deventer: Kluwer 1988, p. 79-80 (nietigheid '[mag] niet verder (...) gaan dan met de strekking van de betrokken regel van geschreven of ongeschreven recht in overeenstemming is').
37. P.W. den Hollander, De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad, NTBR 2013/4, par. 4. Vgl. P.W. den Hollander, Ambtshalve toetsing en het 'aureool' van de openbare orde bij overeenkomsten in strijd met een wettelijke norm, MvV 2018, afl. 10, p. 315, M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW, MvV 2013, afl. 2, p. 64, Asser/Hijma 7-I 2019/328 (Gevolgen nietigheid) en Hijma 1998, p. 7 en 27; 2017, p. 10.
38. T. Hartlief, Royal & Sun Alliance/Universal Pictures: redelijkheid en billijkheid als fundament voor de proportionele benadering, AA (56) 2007, p. 360.
39. T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2013/172 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), par. 2. Aldus ook 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; Hijma 1988, p. 54, 58 en 72-73; 2017, p. 10. Aldus ook A.C. van Schaick, Partiele vernietigbaarheid, NTBR 2018/27, p. 199.
40. Den Hollander 2013, par. 3.

41. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Mediq), r.o. 4.4 en HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568 (Illegale tewerkstelling), r.o. 3.4. De toets die de Hoge Raad hier aanlegt, wordt de 'hink-stap-sprong'-methode genoemd in Den Hollander 2013, par. 2; 2018, p. 315. Vgl. H. ten Oever & G. Veldt, Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW. Een pleidooi voor een twee fasen toets, NTBR 2016/52, p. 358.
42. Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2012:BU5609, bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Mediq), par. 3.13.
43. Tjong Tjin Tai 2013, par. 3. Vgl. S.D. Lindenberg, Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid?, AA 2012/0740, p. 741 en 743 ('[D]e soep der nietigheden [wordt] niet zo heet (...) gegeten als de tekst [van art. 3:40 BW; CB] haar lijkt op te dienen').
44. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Mediq), r.o. 4.4.
45. Idem, r.o. 4.4.
46. Concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2012:BU5609, bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Mediq), par. 3.13 (hierbij zal de rechter 'vooral op de strekking van de verordening (...) hebben te letten') en par. 3:20.2 ('Een van deze factoren is de strekking van het overtreden voorschrift (...)'). Aldus ook Lindenberg 2012, p. 741-742 en Den Hollander 2013, par. 7.

Tot zover de schets van de terughoudendheid die de rechter betracht bij het vaststellen van nietigheid ingevolge art. 3:40 BW. Eenzelfde terughoudendheid treffen wij aan in het Nederlands arbitragerecht, en wel bij de vernietiging ingevolge art. 1065 lid 1 Rv van arbitrale vonnissen die in Nederland zijn gewezen. Volgens de Hoge Raad dient de rechter hier ‘terughoudendheid’ te betrachten bij het onderzoeken of een van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv zich voordoet.⁴⁷ De reden voor deze terughoudendheid is dat de vernietigingsprocedure niet dient te worden gebruikt als een ‘verkappt hoger beroep’,⁴⁸ en dat het ‘algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging’ met zich brengt dat de rechter in de regel ‘slechts in sprekende gevallen’ ingrijpt in arbitrale beslissingen.⁴⁹ Op basis van deze jurisprudentie wordt in de literatuur aangenomen dat nietigheid van het arbitrale vonnis het ‘ultimum remedium’ is.⁵⁰

Soms wordt van de rechter een minder terughoudende opstelling verwacht in een vernietigingsprocedure ex art. 1065 Rv.⁵¹ Dit is bijvoorbeeld het geval indien het scheidsgerecht het fundamentele recht op recht en wederhoor heeft geschonden of wanneer aan het arbitraal beding geen geldige arbitrage-overeenkomst ten grondslag ligt. In dit laatste geval komt immers het fundamentele recht op toegang tot de rechter ex art. 17 Gw en art. 6 lid 1 EVRM in het geding.⁵² Voor het overige betracht de rechter evenwel terughoudendheid bij het toepassen van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv. Zo zal de rechter zich niet snel uitlaten over de vraag of arbiters het procesreglement juist hebben geïnterpreteerd,⁵³ of over de vraag of het arbitraal vonnis met voldoende redenen is omkleed.⁵⁴ In gelijke zin bepaalt het vierde lid van art. 1065 Rv dat de omstandigheid dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden⁵⁵ niet tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden als de aard van deze overtreding niet ernstig is.⁵⁶

3.3 Een tweede kenmerk: gedeeltelijke nietigheid waar mogelijk

Het tweede kenmerk van de rechterlijke beoordelingsruimte in het moderne nulliteitenrecht betreft het vertrekpunt dat de rechter tracht de beoogde rechtsgevolgen van de nietige of vernietigde rechtshandeling zo veel mogelijk in stand te houden. Een belangrijk vermogensrechtelijk leerstuk dat op deze wijze nietigheden relateert, is de gedeeltelijke of partiële nietigheid ex art. 3:41 BW. Als een wettelijke nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling treft, blijft krachtens deze bepaling de rechtshandeling voor het overige in stand voor zover de inhoud en strekking daarvan niet onverbrekkelijk is verbonden met het nietige deel. In de literatuur wordt gesteld dat deze ‘restgeldigheid’ het uitgangspunt is van art. 3:41 BW.⁵⁷

De partiële vernietiging ex art. 3:41 BW is een van de voorbeelden van wat in de doctrine ook wel de ‘proportionele benadering’ wordt genoemd.⁵⁸

Volgens A-G Spier heeft de wetgever ‘het alles of niets-denken’ verlaten en heeft ‘[d]e proportionele benadering (...) een niet meer te stuiten opmars (...) ingezet’.⁵⁹ Stuwende kracht achter deze ontwikkeling is de gedachte dat ‘de overeenkomst toch nog zoveel mogelijk tot zijn recht komt’.⁶⁰ De proportionele benadering is kortom een kwestie van maatwerk en gaat rechtshandelingen niet te lijf met een ‘botte bijl’.⁶¹

Deze ‘relativerende’ werking van de partiële nietigheid vinden wij eveneens terug in het arbitragerecht, namelijk daar waar de rechter een arbitraal vonnis gedeeltelijk kan vernietigen. Art. 1065 lid 5 Rv bepaalt dat wanneer de grond voor vernietiging slechts een deel van het arbitraal vonnis betreft, het vonnis niet wordt vernietigd voor het resterende deel, voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van het vonnis, niet in onverbrekkelijk verband met het te vernietigen deel staat. De wetgever heeft met de optie van partiële vernietiging zo veel mogelijk proberen te voorkomen dat een arbitraal vonnis wordt vernietigd.⁶²

De gelijkenis tussen art. 3:41 BW en art. 1065 lid 5 Rv is geen toeval, maar een doelbewuste keuze van de Nederlandse wetgever. Ten aanzien van deze bepaling schreef minister Opstelten in de memorie van toelichting bij de nieuwe arbitragewet van 2015⁶³ namelijk dat wat betreft de redactie van art. 1065 lid 5 Rv ‘aansluiting [is] gezocht bij artikel 3:41 BW’. Hij

47. HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380 (Nannini/SFT Bank), r.o. 3.5.2.

48. HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (Spaanderman/Anova Food), r.o. 3.5 en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395 (IMS/Modsaf-IR), r.o. 3.3.

49. HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380 (Nannini/SFT Bank), r.o. 3.5.2 en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395 (IMS/Modsaf-IR), r.o. 3.3.

50. G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, Aantasting van arbitrale vonnissen, WPNR 2014, afl. 7003, p. 69. Zie algemeen L. Uilenbroek, De terugwijziging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde, TvA 2019/64, p. 123.

51. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:1060, bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2162 (Tiffany), par. 28 en 29.

52. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering 2018, art. 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv, aant. 2(a) en 7.

53. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395 (IMS/Modsaf-IR), r.o. 3.3.

54. Art. 1065 lid 1 aanhef en onder d Rv. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1593 (Kers/Rijpma), r.o. 3.3 en HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380 (Nannini/SFT Bank), r.o. 3.5.2.

55. Ex art. 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv.

56. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:1060, bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2162 (Tiffany), par. 31.

57. Schaick 2018, p. 198.

58. G.E. van Maanen & W.L. Valk, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht? Een rechtsgeleerde dialoog over het preadvies van Giesen en Tjong Tjin Tai voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, NTBR 2008/42, p. 316-327.

59. Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2006:AU9717, bij HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), par. 4.38.1.

60. Van Maanen & Valk 2008.

61. Hartlief 2007, p. 360.

62. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering 2018, art. 1065 Rv, aant. 9(a).

63. Stb. 2014, 200 (Modernisering arbitrage).

lichtte toe: 'Een arbitraal vonnis hoeft niet langer geheel te worden vernietigd, wanneer ook met een partiële vernietiging kan worden volstaan.'⁶⁴

Bij partiële vernietiging van een arbitraal vonnis valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin de rechter tenuitvoerlegging beveelt ten aanzien van een deel van een door het scheidsrecht opgelegde schadevergoeding, dwangsom of rente als het scheidsrecht het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden en meer heeft toegewezen dan gevorderd. Eveneens kan de rechter overgaan tot een partiële vernietiging van een arbitraal vonnis als het scheidsrecht niet-gestelde feiten aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd⁶⁵ of als een arbitrageovereenkomst ontbreekt ten aanzien van een deel van de verweerders.⁶⁶

3.4 *Uitbreiding van de moderne nulliteitsleer naar art. 1075 Rv?*

Het voorgaande toont aan dat zich in het arbitragerecht met betrekking tot de vernietiging van Nederlandse arbitrale vonnissen dezelfde trend voordoet als in het algemene vermogensrecht, waarbij rechters terughoudend omgaan met het vernietigen of het aannemen van nietigheid van rechtshandelingen, en de gevolgen van nietigheden zo veel mogelijk beperken. Deze ontwikkeling heeft zich tevens uitgestrekt tot leerstukken in het verbintenissenrecht, zoals de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid⁶⁷ en het dwalingsleerstuk,⁶⁸ alsook in het arbeidsrecht,⁶⁹ het huurrecht,⁷⁰ het personen- en familierecht en in het procesrecht.⁷¹ Met het oog op de coherentie binnen het Nederlands privaatrecht valt niet in te zien waarom niet óók de uitvoeringsrechter krachtens art. 1075 Rv jo. art. V lid 1 aanhef en onder e VNY eenzelfde beoordelingsruimte toekomt met betrekking tot de tenuitvoerlegging van vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen. Dit geldt temeer nu het beginsel van contractsvrijheid, waar de relativering van nietigheden uit voortvloeit, niet alleen ten grondslag ligt aan het algemene vermogensrecht, maar ook de hoeksteen vormt van het Nederlands arbitragerecht. In het huidige arbitragerecht vloeit de gebondenheid aan het arbitraal vonnis immers voort uit de vrijwillige keuze van partijen voor deze vorm van

(private) geschillenbeslechting.⁷² Hiervan getuigt onder meer het veelvuldig gebruik van regeland in plaats van dwingend recht in het arbitragerecht, in het bijzonder ten aanzien van internationale arbitrage.⁷³

Als wij de Maximov-beschikking zo lezen dat de beslissing van de Hoge Raad aansluit bij de hierboven beschreven trend in de moderne nulliteitsleer, hoe dient de uitvoeringsrechter zijn beoordelingsruimte dan te gebruiken bij de toepassing van art. V lid 1 aanhef en onder e VNY? De beantwoording van deze vraag vormt het sluitstuk van deze bijdrage.

4 Naar een ruimere beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter

4.1 *Twee toetsingsmomenten*

Indien wij de beoordelingsruimte van de rechter in het nulliteitenrecht als onderdeel beschouwen van de beoordelingsruimte die de uitvoeringsrechter ex art. 1075 Rv en art. V lid 1 aanhef en onder e VNY heeft, dan kunnen wij mijns inziens twee toetsingsmomenten onderscheiden.

Het eerste toetsingsmoment valt binnen de strikte lezing van de Maximov-uitspraak van de Hoge Raad die thans in de literatuur heersend is. Bij deze toets stelt de uitvoeringsrechter vast of aan het vernietigingsvonnis van de buitenlandse rechter zodanige gebreken kleven dat aan dit vonnis voorbij kan worden gegaan. De uitvoeringsrechter zal oordelen dat hier in ieder geval sprake van is daar waar zich een van de twee bijzondere gevallen voordoet die de Hoge Raad expliciet heeft genoemd ter illustratie, namelijk daar waar de buitenlandse rechter het arbitraal vonnis heeft vernietigd op gronden die niet in art. V lid 1 VNY voorkomen en evenmin internationaal als algemeen onaanvaardbaar worden gezien, of wanneer het Nederlandse internationaal privaatrecht aan erkenning van het buitenlandse vernietigingsvonnis in de weg staat.

In de door mij voorgestelde lezing bestaat de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter tevens uit een tweede toetsingsmoment, dat zich aandient wanneer hij vaststelt dat er *niets* schort aan het buitenlandse vernietigingsvonnis. Bij dit tweede toetsingsmoment onderzoekt de uitvoeringsrechter of, niettegenstaande zijn erkenning van het vernietigingsvonnis, er desalniettemin redenen zijn om de rechtsgevolgen van het arbitraal vonnis in Nederland in elk geval ten dele in stand te laten. Wanneer wij aansluiting zoeken bij de moderne nulliteitsleer, staat een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis immers niet gelijk aan het niet langer bestaan van dat vonnis. De erkenning van het buitenlandse vernietigingsvonnis leidt er dan dus niet automatisch toe dat aan dat arbitraal vonnis

64. Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 40 (MvT).

65. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering 2018, art. 1065 Rv, aant. 9(c).

66. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4523, r.o. 6.1 ('Dit onderdeel is ongegrond, daar niet is in te zien, waarom een scheidsrechtelijke uitspraak niet voor een deel kan worden vernietigd op de grond dat voor dat deel een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv').

67. Vgl. concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2006:AU9717, bij HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), par. 4.38.1 en I. Giesen, Proportioneel vermogensrecht: deining aan de Haagse kust, WPNR 2006, afl. 6680 (Privaatrecht Actueel), p. 646.

68. Art. 6:210 lid 2 en 6:211 BW. Vgl. art. 3:53 lid 2 BW.

69. HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, r.o. 3.4.2.

70. J.P. Heering, Het afwijkend beding na Singh/Centre Hotel: hoe nietig is nietig?, WR 2016/1, p. 2.

71. Tjong Tjin Tai 2013, par. 5 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/180 (Substantiële nietigheid en non-existentie).

72. Zie art. 1063 lid 1 jo. art. 1022 Rv, art. 1065 lid 1 aanhef en onder a Rv, alsook art. 1062 lid 4, 1067 en 1076 lid 1 aanhef en onder A en sub a Rv. Zie ook art. II lid 1 VNY.

73. G.J. Meijer & H.J. Snijders, Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 48; N. Peters, Drie jaar nieuwe arbitragewet: tien suggesties voor verbetering, TCR 2018, afl. 4, p. 109.

geen rechtsgevolgen toegekend kunnen worden. Zoals in het algemene vermogensrecht en het arbitragerecht inzake Nederlandse arbitrale vonnissen het geval is, heeft de uitvoeringsrechter hier een zekere beoordelingsruimte waarbinnen hij dient na te gaan of, en zo ja in hoeverre, het vernietigde arbitraal vonnis alsnog in stand kan blijven om te voorkomen dat de vernietiging verder strekt dan noodzakelijk.

De richtsnoer bij het tweede toetsingsmoment vertoont dan ook de twee kenmerken die ik hierboven heb uiteengezet in het kader van het nulliteitenrecht en de vernietiging van Nederlandse arbitrale vonnissen: de rechter dient met terughoudendheid nietigheden aan te nemen en te trachten de beoogde rechtsgevolgen van de nietige of vernietigde rechtshandeling zo veel mogelijk in stand te houden.

Ten aanzien van het eerste kenmerk leidt, naar analogie met art. 3:40 BW en art. 1065 Rv, strijdigheid van het arbitraal vonnis met de norm op basis waarvan de buitenlandse rechter het vonnis heeft vernietigd, *niet* automatisch tot het uitblijven van de met het arbitraal vonnis beoogde rechtsgevolgen in Nederland. Nu de hoofdregel van de Maximov-beschikking erkenning en tenuitvoerlegging vooropstelt, en het moderne Nederlandse nulliteitenrecht terughoudendheid eist bij de toepassing van nietigheids- of vernietigingsgronden, komt de uitvoeringsrechter mijns inziens enige ruimte toe om vast te stellen of het buitenlandse vernietigingsvonnis inderdaad aan het buitenlandse arbitraal vonnis in Nederland de rechtsgevolgen ontnemt. Evenals bij art. 3:40 BW is het tweede beoordelingsmoment casuïstisch en omvat het een gezichtspuntenbenadering. Hierbij betreft in mijn optiek de uitvoeringsrechter dus de strekking van de norm die het arbitraal vonnis volgens de buitenlandse rechter heeft geschonden, alsook welke belangen door de norm worden beschermd, en of bij de inbreuk op die norm fundamentele beginselen zijn geschonden. Evenals bij art. 1065 lid 1 Rv geldt hier mijns inziens de vuistregel dat weigering van het verlenen van verlot tot tenuitvoerlegging van het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis het ultimatum remedium is. De uitvoeringsrechter zal, kortom, omwille van de effectiviteit van arbitrage slechts in 'sprekende gevallen' tenuitvoerlegging weigeren.⁷⁴ Men denke hierbij dan aan

gevallen waarin tijdens de scheidsrechtelijke procedure het fundamentele recht op hoor en wederhoor van partijen is geschonden of een arbitrageovereenkomst ontbreekt, waardoor het fundamentele recht op toegang tot de rechter in het geding is.

Het tweede kenmerk van de beoordelingsruimte die in mijn optiek de uitvoeringsrechter toekomt, sluit aan bij het leerstuk van de partiële nietigheid van art. 3:41 BW en art. 1065 lid 5 Rv. De uitvoeringsrechter zal waar mogelijk het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis in elk geval gedeeltelijk voorzien van het verlot tot tenuitvoerlegging. Evenals bij art. 3:41 BW is het hier zaak om het arbitraal vonnis zo veel mogelijk tot zijn recht te laten komen en de eventuele 'restgeldigheid' van het arbitraal vonnis te beschermen. Het buitenlandse vernietigingsvonnis, zelfs indien zonder gebreken, zou in die zin niet verder dienen te reiken dan gerechtvaardigd. Partiële tenuitvoerlegging zou zelfs mogelijk moeten zijn wanneer het recht op hoor en wederhoor of het recht op toegang tot de rechter in het geding is. In analogie met art. 1065 lid 5 Rv zou de uitvoeringsrechter het buitenlandse arbitraal vonnis in elk geval van verlot tot tenuitvoerlegging kunnen voorzien voor het deel van de schadevergoeding, dwangsom of rente ten aanzien waarvan het scheidsgerecht niet buiten zijn opdracht is getreden, of jegens de verweerder of verweerders bij wie wel van een geldige arbitrageovereenkomst is gebleken.

4.2 Geen aardverschuiving

Van de ruimere lezing van de Maximov-uitspraak die ik hier voorstel, heeft men geen aardverschuiving te vrezen. Het ruimer achten van de beoordelingsruimte van de uitvoeringsrechter dan nu in de literatuur het geval is, vraagt noch van de lagere rechtspraak dat zij de beslissing van de Hoge Raad geweld aandoet, noch van de Hoge Raad dat hij in een toekomstige zaak 'omgaat'. Zo wijkt de in deze bijdrage voorgestelde lezing strikt genomen niet af van wat de Hoge Raad in de Maximov-beschikking heeft overwogen; zij voorziet slechts in een oplossing van een inconsistentie in de motivering, die trouw blijft aan de hoofdregel die de Hoge Raad uitdrukkelijk heeft afgeleid uit de doelstelling van het Verdrag van New York.

Sommige pleitbezorgers van een restrictieve lezing van de Maximov-beschikking kunnen het weliswaar bezwaarlijk vinden dat de uitvoeringsrechter een buitenlands vernietigingsvonnis erkent, maar bij de beslissing ten aanzien van de erkenning of de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis aan die vernietiging geen of beperkte gevolgen verbindt. Een dergelijk standpunt appelleert aan een beginsel van *comitas*, de idee dat bevriende staten uit hoofde van hoffelijkheid in beginsel elkaars rechterlijke beslissingen dienen te respecteren.⁷⁵ Het is evenwel de vraag of, en zo ja in welke mate, dit beginsel (tevens) de uitleg van art. V lid 1 aanhef en onder e VNY dient in te kleuren. Zoals gezegd, zijn de meningen over

74. In de literatuur wordt nog wel eens aangevoerd dat de tenuitvoerlegging van vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen juist de efficiëntie en effectiviteit van arbitrage dwarsboomt omdat het 'forum shopping' in de hand zou werken, zie O.A. Haazen, Recente ontwikkelingen: sterke verruiming van de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen in New York, *TvA* 2017/37, p. 69, voetnoot 14, en W.M. Reisman & B. Richardson, *Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*, in: A.J. van den Berg (red.), *Arbitration – The Next Fifty Years: 50th Anniversary Conference*, Geneva 2011 (ICCA Congress Series No. 16), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 25 en 29. A-G Vlas maakt dit punt eveneens, zie A-G P. Vlas, *ECLI:NL:PHR:2017:929*, bij HR 24 november 2017, *ECLI:NL:HR:2017:2992* (Maximov/NLMK), par. 2.17. Het gevaar voor forum shopping is mijns inziens in de meeste gevallen overtrokken, aangezien de winnende partij in een scheidsrechtelijk geschil niet in elke willekeurige jurisdictie tenuitvoerlegging zal verzoeken, maar slechts daar waar de vermogensbestanddelen van de verliezende partij zich bevinden.

75. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974/3 (Verhandeling).

de betekenis van deze bepaling sterk verdeeld. De rechters in de Verenigde Staten hanteren hier wellicht een beginsel van comitas,⁷⁶ maar de Franse rechters beslist niet.⁷⁷ Nu de Hoge Raad in de Maximov-beschikking aansluiting zoekt bij de Engelse taalversie van deze bepaling, die de uitvoeringsrechter niet verplicht een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging te weigeren, kan in elk geval worden gezegd dat de Nederlandse uitvoeringsrechter een buitenlands vernietigingsvonnis niet onder alle omstandigheden hoeft te volgen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is hoe *ruim* deze categorie van omstandigheden vervolgens moet worden begrepen.

Een aardverschuiving is evenmin te verwachten nu het niet waarschijnlijk is dat de hier voorgestelde lezing van de Maximov-uitspraak in de praktijk vaak tot geheel andere uitkomsten zal leiden dan in de thans gangbare lezing. Het ligt namelijk niet in de lijn der verwachting dat de uitvoeringsrechter bij het eerste toetsingsmoment een vernietigingsvonnis erkent, om vervolgens bij het tweede toetsingsmoment tot een geheel ander oordeel over het arbitraal vonnis te komen dan de buitenlandse rechter in het gerechtelijk vernietigingsvonnis kwam. Het tweede toetsingsmoment dient in mijn optiek immers geen vernietigingsonderzoek *de novo* te worden. De uitvoeringsrechter zal in beginsel mogen uitgaan van de feiten en omstandigheden zoals die zijn vastgesteld door de buitenlandse vernietigingsrechter.⁷⁸ Deze presumptie volgt mijns inziens uit de verdeling van bevoegdheden van het Verdrag van New York, waarbij de rechter in de jurisdictie waarbinnen het arbitraal vonnis is gewezen de bevoegdheid toekomt om een arbitraal vonnis te vernietigen, en de rechters in de andere verdragsstaten een verzoek om erkenning of tenuitvoerlegging van dat vonnis onder bepaalde voorwaarden mogen weigeren.⁷⁹

Toch is het mijns inziens van belang dat een eventuele Maximov-doctrine zich ontwikkelt op de wijze zoals in deze bijdrage uiteengezet. De door mij voorgestelde interpretatie van de Maximov-beschikking leidt tot een ruimere beoordelingsbevoegdheid voor de uitvoeringsrechter, die voorkomt dat de vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis automatisch leidt tot een afwijzing van het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging. Deze ruimte stelt de rechter in staat ervoor te waken dat de vernietiging van het buitenlandse arbitraal vonnis verder reikt dan strikt noodzakelijk is in het licht van zowel de doelstelling van het Verdrag van New York als het fundamentele beginsel van contractsvrijheid.

5 Ter afsluiting

In de door mij in deze bijdrage voorgestelde lezing van de Maximov-beschikking van de Hoge Raad van 24 november 2017 komt de uitvoeringsrechter een ruimere beoordelings-

ruimte toe op grond van art. 1075 Rv jo. art. V lid 1 aanhef en onder e VNY dan in de literatuur tot nu toe is aangenomen. Binnen deze ruimere beoordelingsruimte onderzoekt de rechter niet slechts of aan een buitenlands vernietigingsvonnis voorbij kan worden gegaan. Bij een ontkennend antwoord dient hij ook te onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, welke gevolgen van het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis in Nederland desalniettemin in stand kunnen blijven. Meer dan de thans aanvaarde duiding van de Maximov-beschikking sluit de door mij voorgestane lezing aan bij de algemene tendens in het vermogensrecht om de oorzaken en gevolgen van nietigheden terug te dringen en te relativeren, welke ontwikkeling wij ook reeds in ons arbitragerecht terugzien ten aanzien van de vernietiging van Nederlandse arbitrale vonnissen. De uitvoeringsrechter zou bij zijn onderzoek daarom niet snel de rechtsgevolgen in Nederland van een vernietigd buitenlands arbitraal vonnis dienen te onthouden, maar daartoe slechts dienen te komen op basis van een gezichtspuntenbenadering, zoals de rechter doet krachtens art. 3:40 BW en art. 1065 lid 1 Rv. Ook zal de uitvoeringsrechter hier de mogelijkheid van een gedeeltelijke tenuitvoerlegging van het vernietigde buitenlandse arbitraal vonnis dienen te onderzoeken, in analogie met de partiële nietigheid ex art. 3:41 BW en art. 1065 lid 5 Rv. Door de Maximov-beschikking te interpreteren in overeenstemming met de moderne nulliteitsleer zal de tenuitvoerlegging van vernietigde buitenlandse arbitrale vonnissen niet louter aansluiting vinden bij het beginsel van de contractsvrijheid dat aan het arbitragerecht ten grondslag ligt, maar ook bij de doelstelling die de Hoge Raad opmaakte uit het Verdrag van New York, namelijk om de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen te vergemakkelijken. Uiteindelijk is het bevorderlijk voor de coherentie en begrijpelijkheid van het arbitragerecht dat een eventueel te vormen Maximov-doctrine dezelfde relativering van nietigheden onderschrijft die via het algemene vermogensrecht reeds het overige arbitragerecht heeft bereikt.

76. Vgl. Hezewijk 2019, p. 97.

77. Zie par. 2.1.

78. Vgl. Hof Den Haag 10 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2461 (Leidos/Griekenland), r.o. 7.

79. Art. II en V lid 1 aanhef en onder e VNY.