

Prof. mr. N. Peters

Openbare orde en arbitrage

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

REDE

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Internationale Handelsarbitrage vanwege de Stichting ter bevordering van onderwijs en onderzoek op het gebied van internationale commerciële arbitrage aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen op 4 november 2022 door Niek Peters

INHOUDSOPGAVE

- 1. Inleiding / 1**
- 2. Wat zijn nu precies regels van openbare orde? / 7**
 - 2.1 Formele regels van openbare orde / 7
 - 2.2 Materiële regels van openbare orde / 8
 - 2.3 De herroepingsgronden van art. 1068 lid 1 Rv / 10
 - 2.4 Conclusie / 12
- 3. Toetsing van regels van openbare orde door rechters in vernietigingsprocedures / 13**
- 4. De termijn voor vernietiging in geval van strijd met de openbare orde / 19**
- 5. Strijd met openbare orde leidt niet tot nietigheid c.q. non-existentie van het arbitraal vonnis / 21**
- 6. Toetsing van regels van openbare orde door rechters in exequaturprocedures / 23**
- 7. Verwerking van het recht een beroep te doen op strijd met de openbare orde / 27**
 - 7.1 Rechtsverwerking in verband met vernietiging / 27
 - 7.2 Rechtsverwerking in verband met een exequaturprocedure / 29
- 8. Mogen na ommekomst van de arbitrage nog nieuwe stellingen worden aangevoerd? / 31**
- 9. De mate waarin moet worden getoetst in een vernietigingsprocedure / 33**
- 10. De mate waarin moet worden getoetst in een exequaturprocedure / 37**
- 11. Bij strijd met openbare orde in beginsel geen ruimte meer voor terughoudendheid / 39**
- 12. Conclusie / 41**

1. Inleiding

Regels van openbare orde zijn er in vele soorten en maten. Indelen kan men hen kort gezegd in twee categorieën. Enerzijds zijn er de materiële regels van openbare orde, die gevolgen hebben voor de rechten en verplichtingen van partijen. Anderzijds zijn er de processuele regels van openbare orde, die betrekking hebben op de gedingvoering.¹

Regels van openbare orde lopen als een rode draad door arbitrage heen.² Zij kunnen in elke fase van de arbitrage en daarna in een eventuele vernietigings- en *exequatur*procedure aan bod komen. In een vernietigingsprocedure wordt kort gezegd de geldigheid van het arbitraal vonnis bestreden. In een *exequatur*procedure wordt kort gezegd verlot gevraagd het arbitraal vonnis gedwongen ten uitvoer te mogen leggen. Tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis is namelijk slechts mogelijk na rechterlijk verlot.

Vandaag de dag weten wij niet beter dan dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd en dat verlot tot tenuitvoerlegging kan worden geweigerd als er sprake is van strijd met de openbare orde. Dat is echter niet altijd zo geweest. Om dit inzichtelijk te maken, volgt thans een korte historische verhandeling.

Bij de invoering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op 1 oktober 1838 heeft arbitrage in Nederland (in artt. 620-657 Rv) formele gelding gekregen. Nederland was wat dit betreft bijzonder vooruitstrevend. Er waren namelijk maar weinig landen waar arbitrage wettelijk was verankerd. Het duurde echter wel even voordat arbitrage in Nederland echt in de belangstelling kwam te staan. Dat was pas aan het begin van de 20^e eeuw, toen arbitrage onder invloed van de handel en industrie snel groeide.³ Op enig moment oversteeg het aantal arbitrale vonnissen zelfs het aantal vonnissen van de overheidsrechter.⁴ De warme belangstelling die arbitrage genoot, leidde als vanzelfsprekend ook tot interessante rechtsvragen, onder andere ten aanzien van de gronden waarop een arbitraal vonnis kon worden bestreden in het licht van de tien nietigheidsmiddelen van art. 649 Rv.

1 In verband met de beperkte spreektijd kwam in de uitgesproken rede alleen de rol van de openbare orde in het kader van een vernietigingsprocedure aan bod. Ook werden bepaalde nuances in verband daarmee niet uitgesproken.

2 P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: Nationaal en Internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 199.

3 B.J. Swagerman & R.W.L. Koopmans, 'Arbitrage in Nederland', *TvA* 1984/3, p. 70.

4 Swagerman & Koopmans, *TvA* 1984/3, p. 70.

De nietigheidsmiddelen van art. 649 Rv betroffen hetzij min of meer formele fouten van arbiters (middelen 1-7), hetzij bedrog, valsheid en arglist in het arbitraal geding gepleegd (middelen 8-10).⁵ In het kader van een vernietigingsprocedure mocht de overheidsrechter de zaak in geen geval echter aan een nieuw onderzoek onderwerpen en nagaan of de beslissing wel juist was.⁶ Een inhoudelijke beoordeling van het arbitraal vonnis was in het kader van art. 649 Rv derhalve niet geoorloofd. Strijd met de openbare orde was als zodanig niet genoemd als grond voor nietigheid.

Hoewel de wet niet voorzag in vernietiging wegens strijd met de openbare orde, heeft men in rechte wel de stelling betrokken dat vernietiging op grond hiervan mogelijk zou moeten zijn. Ik verwijs wat dit betreft naar de zaak van *Verhoeven/Veugelers* uit 1935.⁷ Daarin werd gesteld dat arbiters een materiële regel van openbare orde hadden geschonden – iets met een drankwet, die zij hadden miskend – en dat vernietiging van het arbitraal vonnis aldus aangewezen was. De Hoge Raad ging hierin niet mee, aangezien:

“schending door scheidslieden in hun beslissing van wetsbepalingen, die op de publieke orde of de goede zeden betrekking hebben, niet behoort tot de gronden, waarop zoodanige beslissing ingevolge art. 649 Rv, als nietig kan worden bestreden.”

Op grond van de wet uit 1838 was het derhalve mogelijk dat arbiters materiële regels van openbare orde konden schenden zonder dat het arbitraal vonnis bedreigd werd met vernietiging als bedoeld in art. 649 Rv. In zijn conclusie voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad was de A-G eveneens stellig geweest. Als de wetgever de vernietiging wegens strijd met de openbare orde had gewild, had hij dat moeten bepalen. Aangezien de wetgever dit niet had gedaan, kon het arbitraal vonnis dus niet op deze grond worden vernietigd.

In de literatuur werd nadien verdedigd dat arbitrale vonnissen in strijd met materiële regels van openbare orde nochtans moesten kunnen worden bestreden, omdat arbiters in zo'n geval buiten het gebied zouden zijn getreden waarover zij en partijen de vrije beschikking hadden. Hierbij werd door Sanders verdedigd dat schending van een materiële regel van openbare orde een grond moest opleveren voor een beroep op onbevoegdheid van het scheidsgerecht.⁸ Nolen verdedigde min of meer een soortgelijk standpunt.⁹ Aangezien een beroep op onbevoegdheid recht gaf tot een aparte actie, los van de nietigheidsmiddelen van art. 649 Rv,¹⁰ meenden Sanders en Nolen dat ook strijd met een materiële regel van openbare orde los van art. 649 Rv tot aantasting van het arbitraal vonnis moest kunnen

5 W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 240.

6 P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 148.

7 HR 27 december 1935, *NJ* 1936/442, m.nt. Meijers (*Verhoeven/Veugelers*).

8 Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* 1940, p. 36 en P. Sanders, 'Dient de wettelijke regeling omtrent arbitrage gewijzigd te worden?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968, p. 51.

9 Nolen, *Handleiding voor arbiters* 1957, p. 245.

10 Zie aldus HR 21 februari 1913, *NJ* 1913, p. 584 en HR 12 oktober 1951, *NJ* 1951/670. Zie hieromtrent nader R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 1329.

leiden. De Hoge Raad is er op zijn beurt nooit aan toegekomen te beslissen over de zienswijze van Sanders en Nolen. Of hun zienswijze zou zijn gevolgd, valt evenwel te betwijfelen.¹¹

Dat brengt mij op de processuele regels van openbare orde. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 1963 is algemeen geaccepteerd dat een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde als een fundamenteel beginsel van procesrecht wordt geschonden.¹² Een arbitraal vonnis dat aldus tot stand kwam, stond op grond van art. 649 Rv echter niet bloot aan vernietiging. In het licht van art. 14 Wet Algemene Bepalingen werd in de literatuur desalniettemin verdedigd dat zo'n arbitraal vonnis nietig c.q. non-existent was.¹³ Een beslissing die tot stand was gekomen in strijd met een fundamenteel beginsel van procesrecht zou namelijk niet kunnen worden gekwalificeerd als een arbitraal vonnis.¹⁴ In de lagere rechtspraak is deze zienswijze in het kader van *exequatur*procedures gevolgd.¹⁵ Stein heeft de juistheid van deze handelwijze naar het mij voorkomt terecht bestreden.¹⁶ Het feit dat een fundamenteel beginsel van procesrecht wordt geschonden, maakt immers nog niet dat er geen sprake is van een arbitraal vonnis.

Gezien voornoemde onduidelijkheden en discussies werd in de literatuur sinds de jaren 60 van de vorige eeuw het standpunt betrokken dat de wet van 1838 een vacuüm kende dat om aanvulling vroeg.¹⁷ Betoogd werd dan ook dat de wetgever de mogelijkheid van vernietiging wegens strijd met de openbare orde diende te introduceren.¹⁸

Dit heeft de wetgever uiteindelijk gedaan in de arbitragewet van 1986,¹⁹ waarbij de wettelijke regeling omtrent arbitrage, die toen bijkans 150 jaren oud was, volledig is herzien. Alle vernietigingsgronden zijn opgenomen in art. 1065 lid 1 Rv.²⁰ Daarbij werd in sub e vastgelegd dat een arbitraal vonnis bloot staat aan vernietiging als dit vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde of de goede zeden.

11 A.J. van den Berg, 'Tenuitvoerlegging en aantasting van arbitrale vonnissen in Nederland', *TvA* 1981/4, p. 107.

12 HR 8 november 1963, *NJ* 1964/139, m.nt. Beekhuis. In deze zaak werd met inachtneming van art. 1 lid 2 onder e van het Verdrag van Genève van 26 September 1927 nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken de erkenning en tenuitvoerlegging aan een buitenlands arbitraal vonnis ontzegd wegens strijd met de openbare orde, omdat bij de totstandkoming van het arbitraal vonnis een fundamenteel beginsel van procesrecht was geschonden.

13 Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* 1940, p. 132-133 en p. 135.

14 Sanders, *pre-advies* 1968, p. 54.

15 Zie aldus o.a. Rb. Rotterdam 4 april 1921, *NJ* 1921, p. 1206, Rb. Zwolle 21 mei 1958, *NJ* 1958/434, Rb. Rotterdam 13 november 1959, *NJ* 1960/166, Rb. Roermond 25 april 1968, *NJ* 1968/298 en Rb. Amsterdam 2 augustus 1974, *NJ* 1976/299.

16 P.A. Stein, 'Procederen over arbitrale vonnissen', *Advocatenblad* 1981, p. 170.

17 Sanders, *pre-advies* 1968, p. 52.

18 Sanders, *pre-advies* 1968, p. 60.

19 Het was op basis van een suggestie van Sanders, gedaan door hem in zijn afscheidsrede als hoogleraar, dat de wetgever begin jaren 80 van de vorige eeuw in actie kwam, waarover nader J.C. Schultz, 'Legislation in the Netherlands and international arbitration', in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 5.

20 In zijn afscheidsrede had ook Sanders reeds bepleit dat er een enkele actie tot vernietiging moest komen. Zie aldus P. Sanders, *Naar herziening van ons arbitragerecht?* (afscheidsrede Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 1981, p. 13.

Daarnaast is in art. 1063 Rv wettelijk verankerd dat de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis gewezen in Nederland kan worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. Aldus werd ook wat dit betreft een einde gemaakt aan een rechtsonzekerheid die onder de wet van 1838 bestond. Het was namelijk niet onomstreden dat in het kader van een *exequatur* procedure mocht worden getoetst aan de openbare orde.²¹

Voor het geval er een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is, voorziet art. 1075 Rv in de toepassing van dit verdrag. In dit verband is thans primair het Verdrag van New York²² van belang. Voor het geval er geen verdrag van toepassing is, geldt art. 1076 Rv. Dit artikel kan bovendien worden toegepast als een verdrag toestaat zich op nationaal recht te beroepen. Net als onder het Verdrag van New York kan erkenning en tenuitvoerlegging op grond van art. 1076 Rv worden geweigerd, indien het arbitraal vonnis strijdig is met de openbare orde.

Bij de wetswijziging van 2015 zijn in art. 1063 Rv en art. 1065 lid 1 sub e Rv enkele tekstuele wijzigingen doorgevoerd. Zo is in het kader van art. 1063 Rv verduidelijkt dat tenuitvoerlegging kan worden geweigerd als aannemelijk is dat het arbitraal vonnis zal worden vernietigd of herroepen. Inhoudelijk is er volgens de wetgever echter niets gewijzigd.²³ Daarnaast is bij art. 1065 lid 1 sub e Rv “*strijd met de openbare orde of de goede zeden*” ingekort tot “*strijd met de openbare orde*”. In de openbare orde liggen de goede zeden namelijk al besloten. Bovendien zou zo beter aangesloten worden bij de relevante internationale regelingen en art. 1076 lid 1 sub B Rv, waar alleen wordt gesproken over openbare orde en niet tevens over goede zeden.²⁴

In de rechtspraak sinds 1986 zijn veel voorbeelden te vinden waarbij in het kader van een vernietigingsprocedure een beroep is gedaan op strijd met de openbare orde. De laatste jaren lijkt bovendien steeds vaker een beroep op deze grond te worden gedaan. Ik zie wat dit betreft een ontwikkeling die mij zorgen baart, zeker in zaken waar financiële en/of andere belangen groot zijn. Het middel van vernietiging wordt dan niet geschuwd. Vaak wordt daarbij strijd met de openbare orde aangevoerd, niet ongeregeld op gronden die eerder in de arbitrage niet zijn aangevoerd, en veelal aan de hand van nieuwe stellingen en nieuw beweerdelijk bewijs. Een vernietigingsprocedure duurt in de regel al snel tussen de 18 en 30 maanden, en tenminste nog zo'n 12 tot 18 maanden langer als er cassatie wordt ingesteld. Tel daarbij op de tijd die de arbitrage zelf al heeft geduurd en het is wel duidelijk waarom arbitrage niet langer altijd meer wordt geconcipieerd als een snelle en effectieve methode van geschilbeslechting. Een en ander geldt te meer als de overheidsrechter zich actief opstelt en zich steeds meer als een verkapte appelrechter gaat gedragen. In dit verband lijken partijen er ook steeds beter in te slagen de rechter te verleiden zich inhoudelijk in de zaak te interesseren. Ik kan mij hierbij niet aan de indruk onttrekken dat de aard, het karakter en het oogmerk van het rechtsmiddel van vernietiging langzaam maar zeker uit het oog dreigt te worden verloren. Ik ga hier in het vervolg dan ook nader op

21 Van den Berg, *TvA* 1981/4, p. 105.

22 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken van 10 juni 1958 (hierna: Verdrag van New York of NYC).

23 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 37-38.

24 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 39.

in. Daarbij onderzoek ik of in het kader van een vernietigingsprocedure zich een volledig of nagenoeg nieuw debat kan gaan ontspinnen of juist niet en het debat in het kader van een vernietigingsprocedure binnen de perken gehouden kan worden. Hierbij zet ik de vernietigingsprocedure af tegen de *exequatur*procedure, omdat in het kader van deze procedure strijd met de openbare orde ook een geliefde grond is geworden om aan te voeren.

Ter behoeve van voornoemd onderzoek en ter beantwoording van voorgaande vragen zal ik hierna eerst nader proberen te duiden wat nu precies regels van openbare orde zijn (par. 2). Daarna bespreek ik de toepassing van deze regels door de vernietigingsrechter (par. 3). Vervolgens wordt de vernietigingstermijn bij strijd met de openbare orde besproken (par. 4) en wordt inzichtelijk gemaakt dat een arbitraal vonnis dat in strijd is met de openbare orde in beginsel niet nietig c.q. non-existent is (par. 5). Hierna komt aan de orde op welke wijze de openbare orde fungeert in het kader van een *exequatur*procedure (par. 6). Vervolgens bespreek ik of het recht een beroep te doen op strijd met de openbare orde kan worden verwerkt (par. 7), of na ommekomst van de arbitrage nog nieuwe feiten mogen worden aangevoerd (par. 8), in welke mate er in een vernietigingsprocedure (par. 9) en een *exequatur*procedure (par. 10) mag worden getoetst of er sprake is van strijd met de openbare orde en wat het meebrengt als er wordt gevonden dat er sprake is van strijd met de openbare orde (par. 11). Ik rond af met een conclusie (par. 12).

2. Wat zijn nu precies regels van openbare orde?

In de inleiding heb ik al gewezen op het onderscheid tussen formele en materiële regels van openbare orde. Eerstgenoemde regels hebben als gezegd betrekking op de gedingvoering. Laatstgenoemde regels hebben, zoals ik reeds aangaf, gevolgen voor de rechten en verplichtingen van partijen. Hierna ga ik nader in op dit onderscheid. Ik bespreek eerst de formele zijde van de openbare orde. Vervolgens komt de materiële zijde van de openbare orde aan bod. Tot slot bespreek ik de herroepingsgronden en probeer ik deze ook wat dit betreft nader te duiden.

2.1 Formele regels van openbare orde

De wijze waarop een arbitraal geding in Nederland moet worden gevoerd, wordt primair bepaald door onze arbitragewet. Deze wet bevat regels van regelend recht en regels van dwingend recht. Van laatstgenoemde regels kunnen partijen bij overeenkomst niet afwijken. Dit brengt evenwel niet mee dat deze regels van openbare orde zijn. Van openbare orde zijn namelijk alleen die regels die processueel evenmin ter vrije dispositie van partijen staan. Dat zijn regels van superdwingend recht.¹ Bij arbitrage gaat het dan om die regels die de hoeksteen vormen van elke arbitrage. Zij moeten te allen tijde in acht worden genomen om het arbitraal geding en het arbitraal vonnis vanuit een objectief oogpunt legitimiteit te verschaffen. Ik geef thans drie voorbeelden van regels uit onze arbitragewet die naar mijn mening van openbare orde zijn.

Art. 1036 lid 2 Rv, welk artikel onder meer het recht van hoor en wederhoor wettelijk verankert,² is een voorbeeld van een regel die te allen tijde in acht dient te worden genomen.³ Gelukkig gaat dit in de praktijk vaak goed en worden er wat dit betreft weinig fouten gemaakt. Wel leert de ervaring dat specialisten, zoals artsen, ingenieurs, accountants en fiscalisten het snelst geneigd zijn dit recht te miskennen.

Een ander voorbeeld van een regel die te allen tijde in acht moet worden genomen betreft art. 1033 lid 1 Rv, dat bepaalt dat arbiters onafhankelijk en onpartijdig moeten zijn.⁴ Laatstgenoemd recht wordt verzekerd doordat arbiters gedurende de arbitrage kunnen

1 De term 'superdwingend recht' is bedacht door Snijders. Zie aldus H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 159-164.

2 Zie o.a. HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1003, NJ 1994/449, m.nt. Snijders (*Van der Lely/VDH*), HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*Spaanderdam/Anova*) en HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0259, *JBPr* 2013/45, m.nt. Van Zelst (*X/Slotervaartziekenhuis*).

3 In gelijke zin G.J. Meijer & P.E. Ernste, 'De Arbitragewet 2015 bezien in het licht van dwingend recht en regelend recht', *RMThemis* 2015/3, p. 101.

4 Zie ook Meijer & Ernste, *RMThemis* 2015/3, p. 101.

worden gewraakt. Daarnaast kan na ommekomst van de arbitrage onder omstandigheden nog een beroep worden gedaan op strijd met de openbare orde.⁵

Het laatste voorbeeld dat ik in dit verband wil aanhalen betreft art. 1020 lid 3 Rv. Op grond van deze bepaling mogen geschillen die niet ter vrije dispositie van partijen staan niet aan arbitrage worden onderworpen. Voor dit soort geschillen is de overheidsrechter dus exclusief bevoegd; partijen kunnen hieraan niet tornen. Is een arbitraal vonnis gewezen in een kwestie waarvoor de overheidsrechter exclusief bevoegd was, dan is dat vonnis vernietigbaar wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst en wegens strijd met de openbare orde.⁶ Anders dan weleens wordt betoogd is het arbitraal vonnis dan niet naar zijn inhoud in strijd met de openbare orde,⁷ maar wat de wijze van totstandkoming betreft. Art. 1020 lid 3 Rv heeft immers geen gevolgen voor de materiële rechten en verplichtingen van partijen. Het betreffende artikel geeft slechts een regel voor de wijze waarop (lees: door wie) deze materiële rechten en verplichtingen dienen te worden vastgesteld. Omdat het leerstuk van de arbitrabilititeit een bijzondere positie inneemt binnen het domein van de openbare orde, zal ik voor nu de verleiding weerstaan hierop nader in te gaan.

Kort en goed, er is een variëteit aan regels die samen deel uitmaken van de formele zijde van de openbare orde. Deze regels dienen te allen tijde in acht te worden genomen tijdens de arbitrage. Worden deze regels veronachtzaamd, dan kan dat leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis. Ook kan dat ertoe leiden dat het verlot tot tenuitvoerlegging wordt geweigerd.

2.2 Materiële regels van openbare orde

Van strijd met de materiële openbare orde is sprake – zo volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds *Eco Swiss/Benetton*⁸ – als de inhoud of uitvoering van het arbitraal vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. Sinds ik advocaat ben, of eigenlijk daarvoor al tijdens mijn studie, vraag ik mij af wat de Hoge Raad nu precies bedoeld heeft te zeggen, met name is onduidelijk op welke “*beperkingen van procesrechtelijke aard*” de Hoge Raad het oog heeft gehad.

Het komt mij voor dat de Hoge Raad niet op alle soorten procesrechtelijke beperkingen zal hebben gedoeld. Wat dit betreft geloof ik dat Snijders het in zijn noot bij voornoemd arrest bij het juiste eind had toen hij schreef dat de Hoge Raad naar alle waarschijnlijkheid primair het oog heeft gehad op beperkingen van de rechtsstrijd door partijen, waarbij mijns inziens voornamelijk beoogd zal zijn dat arbiters zich niets aan die rechtsstrijd gelegen hoeven te laten liggen. Zij mogen materiële regels van openbare orde niet alleen in hun

5 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. Snijders (*Nordström/Nievelt*).

6 *Kamerstukken II* 1983-1984, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 29.

7 P.E. Ernste & C.L. Schleijsen, ‘De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?’, in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 683.

8 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 m.nt. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

oordeel betrekken, zij moeten dat ook, desnoods buiten de grenzen van de rechtsstrijd, zij het in beginsel wel met inachtneming van de ten processe gebleken feiten.

Iedereen zal het verder wel met mij eens zijn dat de definitie van de Hoge Raad betrekkelijk vaag is en weinig concrete sturing geeft. Ook in de Tweede Kamer is dit niet onopgemerkt gebleven. Zo vroegen de leden van de SP-fractie ten behoeve van de recente wijziging van de arbitragewet aan de minister om voorbeelden van strijd met de openbare orde.⁹ De minister heeft daarop één specifiek voorbeeld gegeven van de materiële zijde van de openbare orde, namelijk het geval dat zich voordeed in *Eco Swiss/Benetton*, en het verder afgedaan met de mededeling dat over het begrip 'openbare orde' veel jurisprudentie bestaat, waardoor partijen een goede indicatie zouden hebben wanneer deze vernietigingsgrond kan worden ingeroepen.¹⁰ Ik betwijfel het. De feitenrechtspraak biedt namelijk niet heel veel handvatten, juist omdat deze vaak erg casuïstisch is. Ook zijn er in de feitenrechtspraak weinig voorbeelden te vinden van rechtsregels die onder het begrip 'openbare orde' van art. 1065 lid 1 sub e Rv zijn geschaard.¹¹ Ik zal thans een vijftal voorbeelden geven van kwesties waarvan mijns inziens aangenomen mag worden dat er sprake is van strijd met de openbare orde:

- In de eerste plaats is er sprake van strijd met de openbare orde als een overeenkomst tot stand is gekomen door ambtelijke of niet-ambtelijke omkoping, corruptie of geweld.¹²
- In de tweede plaats is er sprake van strijd met de openbare orde als een overeenkomst in strijd is met art. 101 VWEU, welke bepaling bepaalde mededingingsrechtelijke beperkende handelingen verbiedt.¹³
- In de derde plaats is er sprake van strijd met de openbare orde als een overeenkomst voorziet in slavernij of dwangarbeid, aangezien elke vorm van slavernij en dwangarbeid verboden is.¹⁴
- In de vierde plaats moet met strijd met de openbare orde worden gelijkgesteld de situatie dat er sprake is van een oneerlijk beding als bedoeld in Richtlijn 93/13.¹⁵ Het gaat dan om een beding dat voor de consument zo bezwaarlijk is dat het niet kan worden getolereerd.
- In de vijfde plaats is er sprake van strijd met de openbare orde als er excessieve civielrechtelijke boetes ('punitive damages') worden toegekend, niet in verband met de geleden materiële of immateriële schade, maar ter afschrikking en ter voorkoming van dergelijk gedrag in de toekomst, die de dader dan moet betalen aan het slachtoffer, zoals bijvoorbeeld in Amerika niet ongebruikelijk is.¹⁶

9 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 4 (Verslag), p. 6.

10 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 13.

11 A-G De Bock in punt 4.11 van haar conclusie voor HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1171 (*Wells/Bariven*).

12 A-G De Bock in punten 4.18-4.19 van haar conclusie voor HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1171 (*Wells/Bariven*).

13 Zie aldus HvJ EG 1 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000/339 (*Eco Swiss/Benetton*) en HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD4669, NJ 2000/340, m.nt. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

14 Zie aldus o.a. art. 5 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02).

15 Dit is vaste rechtspraak sinds HvJ EG 6 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:615, NJ 2010/11, m.nt. Mok (*Asturcom*) en sindsdien uitgebreid en verrijkt.

16 Zie aldus o.a. M.H. ten Wolde, J.G. Knot en K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431. Rv), WODC-projectnummer 2731, p. 52 en p. 118, Asser/Vonken 10-I 2018/499, Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4310 en Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2699.

Hierbij zij bedacht dat wat van openbare orde is per land kan verschillen. De regel dat geen rente in rekening mag worden gebracht op een lening is een voorbeeld van een regel die in sommige andere landen van openbare orde is, maar die hier te lande niet geldt. Sterker nog, in Nederland is het volstrekt gebruikelijk dat rente in rekening wordt gebracht.

In situaties waarin niet eerder is uitgemaakt dat de openbare orde in het geding is, is het overigens lang niet altijd eenvoudig vast te stellen of deze daadwerkelijk betrokken is. Wat nu precies openbare orde is, evolueert ook voortdurend. Totdat het Hof van Justitie bijvoorbeeld oordeelde dat de voorloper van art. 101 VWEU moest worden aangemerkt als een regel van openbare orde, leefde in Nederland de gedachte dat zulks niet zo was, ook onder eminente rechtsgeleerden.

In algemene zin kan gesteld worden dat de rol van de materiële zijde van de openbare orde eruit bestaat dat zij aangeeft welke rechtsregels zo fundamenteel zijn dat zij in de desbetreffende situatie toepassing eisen. Het gaat met andere woorden om die fundamentele waarden en beginselen die de wezenlijke belangen van onze samenleving betreffen en die vorm geven aan de grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van onze samenleving steunt. Deze regels kunnen een nationale en supranationale oorsprong hebben. Zij kunnen dus ook, zoals voornoemde voorbeelden duidelijk maken, voortvloeien uit het EU-recht.

Wat dit betreft rijst overigens direct de vraag of alle regels die kunnen worden gekwalificeerd als van openbare orde ook moeten worden toegepast bij elke arbitrage die plaatsvindt in Nederland, of dat er een divergentie moet plaatsvinden naargelang in de arbitrage Nederlands of buitenlands recht van toepassing is. Hoewel de arbitragewet uitgaat van een uniforme regeling, die geldt voor alle arbitrages die plaatsvinden in Nederland, voel ik toch sterk voor zo'n divergentie, die in essentie ook wordt gemaakt in reguliere procedures bij de overheidsrechter. Zo kan vervolgens in een vernietigingsprocedure, wanneer Nederlands recht van toepassing was in de arbitrage, worden getoetst aan de Nederlandse openbare orde. In een vernietigingsprocedure volgend op een arbitrage waarin buitenlands recht van toepassing was, zou dan aansluiting kunnen worden gezocht bij de regeling van art. 10:6 BW, en zou aldus slechts acht hoeven te worden geslagen op de algemene fundamentele waarden en beginselen die vormgeven aan onze internationale openbare orde.¹⁷ Voornoemde divergentie is wat mij betreft dan eveneens geïndiceerd in het kader van een *exequatur* procedure, zoals ik hierna in paragraaf 6 nog zal toelichten.

2.3 De herroepingsgronden van art. 1068 lid 1 Rv

Op grond van art. 1068 lid 1 Rv staat het rechtsmiddel van herroeping open als:

- (a) het arbitraal vonnis geheel of ten dele berust op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
- (b) het arbitraal vonnis geheel of ten dele berust op stukken die na de uitspraak vals blijken te zijn; of

¹⁷ Zie voor gerechtelijke procedures nader *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 13 e.v.

- (c) een partij na het arbitraal vonnis stukken in handen heeft gekregen die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en zij door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden.

Oftewel, herroeping is mogelijk als er tijdens de arbitrage sprake is geweest van bedrog, valsheid of arglist én dit na afloop van de arbitrage wordt ontdekt. Doet een herroepingsgrond zich voor, dan leidt dat ingevolge art. 1068 lid 3 Rv tot vernietiging van het arbitraal vonnis.

In de zaak van *Rusland/Hulley c.s.*¹⁸ heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat als een arbitraal vonnis tot stand komt onder invloed van bedrog, valsheid of arglist en dit na afloop van de arbitrage wordt ontdekt er niet alleen een herroepingsgrond bestaat, maar dat eveneens een grond kan opleveren voor het oordeel dat er sprake is van strijd met de openbare orde. In een vernietigingsprocedure kan op deze grond dan vernietiging worden gevorderd. Dit heeft de Hoge Raad recentelijk nog eens bevestigd in zijn arrest in de zaak van *Elite Systemen*.¹⁹

Dat er sprake kan zijn van strijd met de openbare orde in geval van bedrog, valsheid en arglist in vorenbedoelde zin lijkt weinig voor discussie vatbaar.²⁰ Ik denk dat iedereen dat wel met mij eens is. Wat dit betreft is de verduidelijking die de Hoge Raad in *Rusland/Hulley c.s.* en *Elite Systemen* heeft gegeven goed, ook voor het geval de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis wordt gezocht. Hoewel het Verdrag van New York noch art. 1076 Rv erin voorziet dat de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde geweigerd kan worden als na ommekomst van dat vonnis wordt ontdekt dat het tot stand is gekomen door middel van bedrog, valsheid en arglist, staat sinds *Rusland/Hulley c.s.* buiten twijfel dat zulks kan.²¹

Wanneer bedrog, valsheid of arglist zich heeft voorgedaan tijdens de arbitrage en dit wordt ontdekt na de arbitrage, kan worden geoordeeld dat het arbitraal vonnis wat de wijze van totstandkoming betreft in strijd is met de openbare orde. De gedingvoering is dan immers deugdelijk noch integer geweest.

18 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, NJ 2022/102, m.nt. Van Mierlo & Ryngaert (*Rusland/Hulley c.s.*).

19 HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*Elite Systemen*).

20 Wordt gedurende de arbitrage ontdekt dat er sprake was van bedrog, valsheid of arglist, en wel in een zodanig stadium dat dit redelijkerwijze nog aan arbiters kan worden voorgelegd, dan moet dit gedurende de arbitrage ook aan de orde worden gesteld, zo volgt uit HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*Elite Systemen*) en eerder reeds uit HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, m.nt. Snijders (*Waterschappen/Mileutech*).

21 Zie wat dit betreft ook reeds Gerechtshof Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2032 (*Ascom/Kazachstan*), waarin het hof oordeelde dat bedrog niet kan worden aangenomen op basis van een enkele (gedeeltelijke) onjuistheid of onvolledigheid van stellingen. Het moet gaan om na de arbitrage gebleken en aan de partij die verlof tot tenuitvoerlegging verzoekt toe te rekenen feiten of omstandigheden die zodanig ernstig zijn dat aan een arbitraal vonnis geen rechtsgevolg behoort toe te komen. Daartoe is volgens het hof dan minstens vereist dat een partij het scheidsgerecht opzettelijk heeft misleid, terwijl het handelen bovendien van wezenlijke invloed moet zijn geweest op de totstandkoming van een arbitraal vonnis.