

Scalia c.s., *Making Your Case: The art of Persuading Judges*, Thomson/West 2008, p. 189-190 – overigens een boek dat ook om veel andere redenen een aanrader is voor advocaten). Het is dan overigens wat mij betreft wel van belang daarvan zorgvuldig proces-verbaal op te maken met het oog op de cassatiecontrole.

mr. drs. P.A. Fruytier  
cassatieadvocaat bij BarentsKrans te Den Haag

57

### De (on)mogelijkheid van vernietiging van een scheidsrechterlijke onbevoegdverklaring

Hoge Raad  
21 april 2023, nr. 21/01710,  
ECLI:NL:HR:2023:636  
(mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide,  
mr. Salomons, mr. Teuben)  
(Concl. A-G Drijber)  
Noot prof. mr. B. van Zelst, mr. B.A. Keizers

#### Arbitrage. Vernietiging. Onbevoegdverklaring.

[Rv art. 1052, 1065]

*Een arbitraal vonnis waarmee het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage kan volgens de Hoge Raad niet worden vernietigd.*

1. [Eiser 1] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,
2. [eiser 2] te [woonplaats], Spanje,
3. [eiser 3] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,
4. [eiser 4] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,
5. [eiser 5] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,
6. [eiser 6] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,
7. de gezamenlijke erfgenamen van [erflater],
  - a. [erfgenaam 1],
  - b. [erfgenaam 2],
  - c. [erfgenaam 3],
  - d. [erfgenaam 4],

allen wonende te [woonplaats], Venezuela,  
8. [eiser 8] te [woonplaats], Verenigde Staten van Amerika,  
eisers tot cassatie,  
hierna gezamenlijk: [eisers],  
advocaat: F.E. Vermeulen,  
tegen  
*de Bolivariaanse Republiek Venezuela* te Caracas, Venezuela,  
verweerster in cassatie,  
hierna: Venezuela,  
advocaat: D.M. de Knijff.

### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Drijber)

#### 1. Inleiding

1.1. In deze zaak staat centraal de vraag in hoeverre een onbevoegdheidsoordeel van een scheidsgerecht in een vernietigingsprocedure kan worden getoetst. Aanleiding is een door [eisers] tegen Venezuela gevoerde arbitrage op grond van de bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomst (*bilateral investment treaty*, BIT) tussen Spanje en Venezuela (hierna: *Verdrag*). [eisers] menen aan het Verdrag bescherming te kunnen ontnemen omdat zij de Spaanse nationaliteit hebben. Zij hebben daarnaast óók de Venezolaanse nationaliteit. Volgens het scheidsgerecht (hierna: *Scheidsgerecht*) kunnen investeerders met beide nationaliteiten (zogeheten *dual nationals*)<sup>1</sup> geen beroep doen op investeringsbescherming op grond van het Verdrag. Er ontbreekt daarom een geldige arbitrageovereenkomst. Het Scheidsgerecht heeft zich op die grond onbevoegd verklaard.

1.2. Het Haagse hof heeft de vordering van [eisers] tot vernietiging van het arbitrale vonnis af-

<sup>1</sup> De positie van *dual nationals* onder internationale investeringsverdragen krijgt in internationale arbitrage-literatuur veel aandacht (zie bijv. C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press: Oxford 2017, par. 5.88-5.96). Bij de Nederlandse rechter speelt de positie van *dual nationals* zelden een rol. Een precedent is Rb. Den Haag 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12258, waarin uit de BIT tussen Finland en Egypte werd afgeleid dat Egypte niet de intentie heeft gehad *dual nationals* van bescherming uit te sluiten. Voor zover bekend is tegen dat vonnis geen hoger beroep ingesteld.

gewezen. Hiertegen komen [eisers] in cassatie op. Centraal in hun betoog staat de stelling dat een onbevoegdverklaring die is gestoeld op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst, in een daartegen gerichte vernietigingsprocedure ‘volledig’ moet worden getoetst. [eisers] beroepen zich in dat verband onder meer op art. 6 EVRM en het beginsel van *equality of arms*. Zij klagen er verder over dat het hof niet heeft erkend dat het Scheidsgerecht essentiële stellingen betreffende het begrip *investor* heeft gepasseerd en dat het is uitgegaan van argumenten ontleend aan het internationaal gewoonterecht, terwijl dat volgens hen niet van toepassing is. Bovendien waren die argumenten door partijen niet aangevoerd en hebben zij zich hierover niet kunnen uitlaten.

## 2. Feiten

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>2</sup>

2.2. [eisers] behoren tot een familie die afkomstig is van de Canarische eilanden. Een aantal van hen is in de jaren 1950 en 1960 verhuisd naar Venezuela. Daar hebben zij een voedseldistributiebedrijf overgenomen, dat zij in de loop der jaren fors hebben uitgebouwd. Het familiebedrijf, waar zij allemaal aandeelhouder van zijn of waren, omvat meerdere vennootschappen en is actief in het supermarktwezen, de horeca en onroerend goed.

2.3. [eisers] hebben zowel de Venezolaanse als de Spaanse nationaliteit. Een aantal van hen is in Venezuela geboren, anderen hebben in de loop der tijd de Venezolaanse nationaliteit aangenomen. Zij hebben de Spaanse nationaliteit behouden.

2.4. Venezuela heeft in 2010 eigendommen van [eisers] onteigend zonder [eisers] daarvoor een vergoeding te betalen.

2.5. Venezuela en Spanje hebben in 1995 een BIT gesloten, het reeds genoemde Verdrag.<sup>3</sup> Art. I lid 1 onder (a) van het Verdrag bevat de volgende definitie van het begrip *investor*:

“Any physical person who possesses the nationality of one Contracting Party pursuant to its legislation and makes investments in the territory of the other Contracting Party.”

2 Vgl. het bestreden arrest, onder 3.

3 Het Verdrag is overgelegd als productie 2 bij dagvaarding. Het wordt in het Engels aangeduid als *Agreement*.

2.6. Art. XI van het Verdrag bevat de volgende geschillenregeling (arcering toegevoegd):

“1. The details of any *dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party* concerning the fulfilment by that Party of the obligations established in this Agreement shall be notified in writing by the investor to the Contracting Party receiving the investment. As far as possible, the parties to the dispute shall try to settle their differences by amicable agreement.

2. If a dispute cannot be settled in this way within a time limit of six months from the date of the written notification referred to in paragraph 1, it shall be submitted, at the investor’s choice:

(a) to the competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made, or

(b) to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (...), provided that both States parties to this Agreement have acceded to the Convention. If either Contracting Party has not acceded to the Convention, recourse shall be had to the Additional Facility for the administration of conciliation, arbitration and fact-finding procedures by the ICSID secretariat.

3. If for any reason the arbitral bodies referred to in paragraph 2(b) of this article are not available, or if the two parties so agree, the dispute shall be submitted to an *ad hoc court of arbitration established in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law*.

4. *The arbitration shall be based on:*

a) The provisions of this Agreement and of the other agreements concluded between the Contracting Parties;

b) *The rules and principles of International Law;*

c) The national law of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including the rules relating to conflicts of law.

(...)”

2.7. Op grond van deze geschillenregeling zijn drie vormen van arbitrage mogelijk. Art. XI lid 2 onder (b), eerste volzin, voorziet in *ICSID-arbitrage*. Art. XI lid 2 onder (b), laatste volzin, voorziet in een arbitrage onder de *Additional Facility* van het ICSID, hierna aangeduid als *ICSID AF-arbitrage*. Tot slot voorziet art. XI lid 3 in

een ad hoc-arbitrage onder de arbitrageregels van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), hierna aangeduid als *UNCITRAL-arbitrage*.

2.8. [eisers] hebben op 1 juni 2015 een UNCITRAL-arbitrage aanhangig gemaakt tegen Venezuela. De plaats van arbitrage is Den Haag. Zij vorderden een schadevergoeding van circa USD 240.000.000,- wegens onrechtmatige onteigening. Venezuela heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen. Daarop heeft het Scheidsgerecht besloten eerst de vraag van de eigen bevoegdheid te behandelen.

2.9. Op 13 december 2019 heeft het Scheidsgerecht een *Award on Jurisdiction* gegeven (hierna: *het Arbitraal Vonnis*), waarin het zich onbevoegd heeft verklaard om van de vorderingen van [eisers] kennis te nemen.<sup>4</sup> Het Scheidsgerecht heeft daartoe overwogen dat personen met zowel de Spaanse als de Venezolaanse nationaliteit, zoals [eisers], tegenover Spanje en Venezuela geen beroep kunnen doen op het Verdrag omdat zij niet onder de definitie van *investor* uit art. I lid 1 onder (a) van het Verdrag vallen.

### 3. Arbitraal Vonnis

3.1. De gronden waarop het Scheidsgerecht tot zijn oordeel is gekomen laten zich als volgt samenvatten.<sup>5</sup>

3.2. Om vast te stellen of [eisers] onder de definitie van *investor* vallen dient het Scheidsgerecht het Verdrag uit te leggen. Partijen zijn het er over eens dat de bepalingen van het Weens Verdragenverdrag,<sup>6</sup> in het bijzonder de artikelen 31 en 32 daarvan, van toepassing zijn op de uitleg van het Verdrag (par. 640-647). Daarbij overweegt het Scheidsgerecht dat art. 31 van het Weens Verdragenverdrag “*does not establish the primacy of the literal meaning of the terms of the Treaty.*” (par. 644).

3.3. Vervolgens stelt het Scheidsgerecht de inhoud en omvang van het ingeroepen internationale recht vast, dat relevant is voor de interpretatie van het Verdrag (par. 647-658).

3.4. Dan volgt een uiteenzetting van drie beginselen van internationaal gewoonterecht waarop partijen (volgens het Scheidsgerecht) een beroep hebben gedaan en die zien op de wijze waarop het Verdrag omgaat met investeringen van natuurlijke personen die zowel de Spaanse als de Venezolaanse nationaliteit hebben (par. 659).

3.5. Venezuela beroept zich volgens het Scheidsgerecht in de eerste plaats op het ‘absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid’ (*absolute principle of no responsibility*). Op grond van dat beginsel kunnen staten niet door hun eigen burgers worden gedagvaard voor een internationaal forum. Om die reden is het scheidsgerecht onbevoegd van de vorderingen van [eisers] kennis te nemen, aangezien zij allen (ook) de Venezolaanse nationaliteit hebben. Het Scheidsgerecht constateert bovendien dat ditzelfde beginsel ten grondslag ligt aan de uitsluiting van bescherming voor *dual nationals* onder het ICSID-verdrag.<sup>7</sup> Zowel Spanje als Venezuela hebben zich tijdens de onderhandelingen over het ICSID-verdrag uitgesproken tegen openstelling van de mogelijkheid voor *dual nationals* om een vordering in te stellen tegen een van de staten waarvan zij de nationaliteit hebben (par. 660-674).

3.6. Venezuela beroept zich ook op het ‘beginsel van effectieve nationaliteit’ (*principle of dominant nationality*). Op grond van dit beginsel kunnen *dual nationals* in ieder geval geen vorderingen geldend maken bij een internationaal forum tegen de staat waarvan zij de effectieve nationaliteit bezitten.<sup>8</sup> Venezuela stelt in dit verband dat de effectieve nationaliteit van [eisers] de Venezolaanse nationaliteit is (par. 675-690).

3.7. [eisers] beroepen zich op hun beurt op het volgens hen bij investeringsarbitrages gebruikelijke uitgangspunt dat de tekst van het relevante investeringsverdrag doorslaggevend is. Volgens hen vormt een dergelijk verdrag als *lex specialis* een apart juridisch regime, waarin de vorderingen

4 Het Arbitraal Vonnis is overgelegd door [eisers] als productie 1 bij dagvaarding.

5 Vgl. het Arbitraal Vonnis, par. 628-741. Zie ook de samenvatting in het arrest van het hof, rov. 4-7.

6 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 1969.

7 Verdrag van Washington inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten van 1965.

8 Dit is de nationaliteit zoals vastgesteld op basis van feitelijke aanknopingspunten zoals het land van de gebruikelijke woonplaats, het centrum van economische activiteiten, waar politieke rechten worden uitgeoefend (zoals stemrecht), waar kinderen worden opgevoed, en waar familiebanden worden onderhouden, etc. (zie par. 737 van het Arbitraal Vonnis).

van *dual nationals* tegen de staten waarvan zij de nationaliteit hebben zonder beperking zijn toegelaten, tenzij de beperking uit de tekst van dat verdrag zelf voortvloeit. Dit aparte juridische regime derogert aan de door Venezuela ingeroepen beginselen van internationaal gewoonterecht. Gezien de tekst van de definitie van *investor* vallen *dual nationals* daar volgens [eisers] ook onder (par. 691-704).

3.8. Het Scheidsgerecht stelt voorop dat niet is gebleken dat op grond van algemeen internationaal recht *dual nationals* zonder beperking vorderingen kunnen instellen tegen een van de staten waarvan ze de nationaliteit hebben. Het Verdrag bevat geen daarvan afwijkende bepalingen. Daarmee verworpt het Scheidsgerecht het door [eisers] ingeroepen beginsel dat het Verdrag als *lex specialis* een apart juridisch regime vormt. Teneinde door uitleg te kunnen bepalen of Spanje en Venezuela bedoeld hebben *dual nationals* ook onder de term *investor* te laten vallen, zal het Scheidsgerecht vaststellen welke van de overige twee voornoemde beginselen door Spanje en Venezuela werden aanvaard ten tijde van de sluiting van het Verdrag (par. 705).

3.9. De definitie van *investor* sluit volgens het Scheidsgerecht *dual nationals* expliciet in, noch uit. Deze definitie moet op grond van art. 31(1) van het Weens Verdragenverdrag worden uitgelegd in de context van de rest van het Verdrag. Bij de uitleg van de definitie van *investor* is daarom ook de geschillenregeling in art. XI lid 2 en 3 van het Verdrag relevant (par. 705-708).

3.10. Art. XI lid 2 en 3 van het Verdrag voorziet in zowel in gerechtelijke (lid 2(a)) als arbitrale geschilbeslechting (lid 2 (b) en, subsidiair, lid 3). Het Scheidsgerecht legt de arbitrale geschilbeslechting zo uit, dat de verdragspartijen een hiërarchie tussen de verschillende vormen van arbitrage hebben willen aanbrengen. Als de *investor* kiest voor arbitrale geschilbeslechting, dan moet primair worden gearbitreerd op grond van het ICSID-systeem. Dat is dus een ICSID-arbitrage, of een ICSID AF-arbitrage. UNCITRAL-arbitrage is daaraan subsidiair en pas mogelijk als een ICSID-arbitrage en een ICSID AF-arbitrage 'niet beschikbaar' (*not available*) zijn 'om wat voor reden dan ook' (*for any reason*).

3.11. Het Scheidsgerecht legt de term '*available*' in art. XI lid 3 van het Verdrag uit. Ten tijde van de onderhandelingen over het Verdrag was Venezuela nog geen partij bij het ICSID-verdrag. Om deze

reden is in art. XI lid 2, onder (b), van het Verdrag opgenomen dat als een van de partijen nog geen partij is bij het ICSID-verdrag, een ICSID AF-arbitrage moet worden gestart. Het opnemen van de mogelijkheid van een UNCITRAL-arbitrage in art. XI lid 3 van het Verdrag strekte er niet toe om een forum met een ruimere jurisdictie te creëren dan onder het ICSID-systeem. Integendeel: volgens het Scheidsgerecht vereist de aangebrachte hiërarchie in art. XI lid 2 en 3 van het Verdrag dat de ICSID-arbitrage en de ICSID AF-arbitrage prioriteit hebben. Bovendien moet een geschil dat onder de UNCITRAL-regels wordt gearbitreerd, een geschil zijn dat ook onder het ICSID-systeem had kunnen worden gearbitreerd.

3.12. Het Scheidsgerecht gaat vervolgens in op de betekenis van de woorden '*for any reason*'. Volgens het Scheidsgerecht ziet dit begrip enkel op situaties waarin ICSID-arbitrage en ICSID AF-arbitrage niet beschikbaar zijn op grond van omstandigheden die kunnen worden toegerekend aan het ICSID zelf (bijv. opheffing van de *Additional Facility*) of aan de betrokken partijen (bijv. terugtrekking uit het ICSID-verdrag). Dit wordt versterkt door het feit dat de arbitrage onder de UNCITRAL-regels deze beperking niet kent (par. 705-720).

3.13. Het Scheidsgerecht leest in deze hiërarchie een impliciete maar noodzakelijke keuze van Spanje en Venezuela voor het voornoemde absolute beginsel van niet aansprakelijkheid. Dat betekent dat *dual nationals* zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van het Verdrag. Anders zou het praktische gevolg van de benadering van [eisers] zijn dat de term *investor* verschillende betekenissen heeft, afhankelijk van het aangezochte (arbitrale) forum. Om dit te voorkomen moet de term *investor* in het Verdrag worden geacht de behandeling van *dual nationals* uit het ICSID-systeem te incorporeren. Dat systeem sluit *dual nationals* uit op grond van het absolute beginsel van niet aansprakelijkheid. Dit impliceert een keuze van Spanje en Venezuela voor dat beginsel (par. 721-725).

3.14. Het Scheidsgerecht wijdt voorts enkele overwegingen aan het beginsel van effectieve nationaliteit. Het stelt vast dat de effectieve nationaliteit van [eisers] de Venezolaanse nationaliteit is (par. 734-737). Het concludeert dat *dual nationals* geen beroep kunnen doen op het Verdrag, ongeacht hun effectieve nationaliteit. Maar ook als *dual nationals* wél bescherming genieten onder het

Verdrag, zou dat alleen gelden voor zover hun vorderingen zijn gericht tegen de staat waarvan zij niet de effectieve nationaliteit hebben.<sup>9</sup> Aan die voorwaarde is hier niet voldaan. [eisers] kunnen daarom ook op die grond niet als *investor* in de zin van het Verdrag worden aangemerkt (onder par. 738-741).

3.15. Het Scheidsgerecht verklaart zich daarom onbevoegd (par. 752).

#### 4. Procesverloop

4.1. [eisers] hebben bij dagvaarding van 12 maart 2020 bij het gerechtshof Den Haag (hierna: *het hof*)<sup>10</sup> een vordering ingesteld tot vernietiging van het Arbitraal Vonnis op de voet van art. 1065 lid 1, onder c, d en e, Rv, alsmede op grond van (een analoge en/of extensieve toepassing van) art. 1065 lid 1, onder a, Rv. Tegen Venezuela is verstek verleend.

4.2. Het hof heeft bij arrest van 19 januari 2021 (hierna: *het arrest*)<sup>11</sup> de vorderingen van [eisers] afgewezen en daartoe, samengevat en voor zover in cassatie nog van belang, het volgende overwogen.

4.2.1. Het hof vat eerst de belangrijkste overwegingen uit het Arbitraal Vonnis samen (rov. 4-7), zet de stellingen van [eisers] uiteen (rov. 8), en schetst het juridisch kader (rov. 9-14).

4.2.2. Vervolgens bespreekt het hof de eerste klacht van [eisers] Die houdt in dat het Arbitraal Vonnis moet worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1, onder c, Rv omdat het Scheidsgerecht niet is ingegaan op essentiële stellingen van partijen met betrekking tot de interpretatie van de definitie van *investor* uit art. I lid 1 onder (a) van het Verdrag, en de betekenis van de *travaux préparatoires* van het Verdrag voor die interpretatie (rov. 15).

4.2.3. Het hof verwerpt deze klacht. Uit het Arbitraal Vonnis blijkt dat het Scheidsgerecht zich rekenschap heeft gegeven van de stellingen van partijen ten aanzien van de interpretatie van de definitie van *investor*. Het staat het hof niet vrij te

toetsen of de interpretatie van het Scheidsgerecht van de definitie van *investor* juist is (rov. 16).

4.2.4. De klacht van [eisers] dat het Scheidsgerecht onvoldoende aandacht heeft besteed aan de *travaux préparatoires* van het Verdrag acht het hof eveneens ongegrond. Uit het Arbitraal Vonnis blijkt dat het Scheidsgerecht de stellingen van partijen over de *travaux préparatoires* heeft onderkend. Kennelijk heeft het Scheidsgerecht het niet nodig of zinvol gevonden om de *travaux préparatoires* expliciet te betrekken bij de interpretatie van de definitie van *investor*. Of die conclusie juist is kan het hof niet inhoudelijk toetsen (rov. 17).

4.2.5. Het hof volgt [eisers] ook niet in hun stelling dat het Scheidsgerecht buiten de rechtsstrijd is getreden door zijn beslissing mede te baseren op een onderdeel van de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag en op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid, waar geen van beide partijen een beroep op zou hebben gedaan. Het betreft namelijk rechtsgronden die het Scheidsgerecht zelfstandig bij zijn oordeel heeft kunnen betrekken. Het beginsel van hoor en wederhoor is niet geschonden. Overigens heeft Venezuela wel degelijk een beroep gedaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag en het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid (rov. 18).

4.2.6. De tweede klacht houdt in dat de inhoud van het Arbitraal Vonnis aan een volledige toetsing moet worden onderworpen omdat een fundamenteel recht in het geding is, te weten de toegang tot een onafhankelijk scheidsgerecht in een geval waarin geen effectieve rechtsbescherming bij de overheidsrechter beschikbaar is. Het Scheidsgerecht heeft dit miskend. Daarom moet het Arbitraal Vonnis worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1, onder a en e, Rv. Daarnaast bevat het Arbitraal Vonnis geen steekhoudende motivering en zou het Scheidsgerecht cruciale elementen van het Weens Verdragenverdrag en het debat tussen partijen hebben weggelaten. Dit rechtvaardigt volgens [eisers] vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv (rov. 8 en 21).

4.2.7. Weer zet het hof het juridisch kader uiteen (rov. 20). Het hof verwerpt vervolgens het beroep op de vernietigingsgrond genoemd in art. 1065 lid 1, onder a, Rv. De rechter kan namelijk een oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, niet inhoudelijk toetsen en dat vernietigen als het tot een ander oordeel komt (rov. 22). Evenmin is

9 Volgens Venezuela (schriftelijke toelichting, onder 1.6) kan dit oordeel de beslissing van het Scheidsgerecht dat het niet bevoegd is, zelfstandig dragen.

10 Omdat Den Haag de plaats van arbitrage is, is het hof op voet van art. 1064a Rv bevoegd van de vernietigingsvordering van [eisers] kennis te nemen.

11 Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:14.

het Arbitraal Vonnis in strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). De (Nederlandse) openbare orde vergt niet dat de rechter in de context van internationale investeringsarbitrages de toegang tot een scheidsgerecht moet verzekeren, nog daargelaten of dit praktisch soelaas zou bieden omdat een scheidsgerecht zich opnieuw onbevoegd kan verklaren. Het Scheidsgerecht heeft zich onbevoegd verklaard omdat [eisers] geen *investors* in de zin van het Verdrag zijn, zodat er ter zake van hun vordering geen geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Dit is niet anders als de (overheids)rechter in de verdragsstaat staat geen effectieve rechtsbescherming biedt (rov. 23).

4.2.8. Tot slot faalt het beroep van [eisers] op art. 1065 lid 1, onder d, Rv. Het Arbitraal Vonnis bevat een uitgebreide motivering die niet zo onbegrijpelijk is dat daarin geen enkele steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te onderkennen. Voor een inhoudelijke beoordeling biedt art. 1065 lid 1, onder d, Rv geen ruimte. Het Scheidsgerecht heeft ook geen cruciale elementen uit het Weens Verdragenverdrag en het partijdebat weggelaten (rov. 24).

4.3. Op 19 april 2021 hebben [eisers] (tijdig) cassatieberoep ingesteld. Venezuela heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Daarna heeft re- en dupliek plaatsgevonden.

### 5. Juridisch kader

*Inleiding: de door het middel voorgestelde ‘volledige’ toetsing*

5.1. In deze zaak is niet in geschil dat de onbevoegdverklaring van het Scheidsgerecht is gestoeld op de grond dat een arbitrageovereenkomst tussen [eisers] en Venezuela ontbreekt.<sup>12</sup>

5.2. Centraal in het middel staat de stelling dat een – op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst gestoelde – onbevoegdverklaring in een vernietigingsprocedure door de rechter ‘volledig’ moet kunnen worden getoetst (zie onderdeel 1.1).

12 Een arbitraal beding in een BIT geldt doorgaans ook als derdenbeding vatbaar voor toetreding door investeerders wiens belangen onder het beschermingsbereik van de BIT vallen. Zie J.W. Bitter & H. Biesheuvel, *Arbitrage*, Den Haag: Sdu 2018, p. 133, en G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052 Rv, aant. 6c.

Ik acht het nuttig eerst te bezien wat hier met een ‘volledige toetsing’ wordt bedoeld.

5.3. Volgens het middel betekent ‘volledig toetsen’ dat de rechter (desgevorderd) gehouden is de onbevoegdverklaring *inhoudelijk op juistheid* te beoordelen en het arbitraal vonnis op voet van art. 1065 lid 1, onder a, c en/of e, Rv te vernietigen als de uitkomst van die beoordeling inhoudt dat de onbevoegdverklaring *onjuist* is omdat een arbitrageovereenkomst wél bestaat. Het middel lijkt daarmee de spiegelbeeldige variant van de beoordeling van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv voor de *bevoegdverklaring* voor ogen te hebben. In deze zaak betekent dit dat het hof gehouden was zelfstandig te beoordelen of er wél een arbitrageovereenkomst bestond tussen Venezuela en [eisers], en indien dat het geval is, het Arbitraal Vonnis te vernietigen op voet van art. 1065 lid 1, onder a, c of e, Rv.<sup>13</sup>

5.4. De term ‘volledige toetsing’ is geen wettelijk begrip. Zie ik het goed, dan gebruikt het middel die term als een verzamelbegrip dat drie (cumulatieve) elementen omvat.

5.4.1. In de eerste plaats veronderstelt ‘volledige toetsing’ dat dit type onbevoegdverklaring als zodanig *vatbaar* voor vernietiging is. Anders gezegd: het is *procedureel* mogelijk om van een dergelijke onbevoegdverklaring de vernietiging te vorderen.

5.4.2. In de tweede plaats ziet de ‘volledige toetsing’ op de *materiële* gronden waarop een dergelijke onbevoegdverklaring alsdan kan worden vernietigd. Volgens het middel behoort tot de in art. 1065 lid 1 Rv vermelde vernietigingsgronden ook de *onjuistheid* van de onbevoegdverklaring. Bij een daarop gerichte vernietigingsvordering dient de rechter de onbevoegdverklaring inhoudelijk op juistheid te beoordelen en een zelfstandige afweging te maken of er een arbitrageovereenkomst tussen partijen bestaat.<sup>14</sup>

5.4.3. In de derde plaats doelt het middel met ‘volledige toetsing’ op de *wijze waarop* de rechter die

13 Procesinleiding [eisers], onder 1.

14 Zie bijv. schriftelijke toelichting [eisers], onder 3: “(...) Zoals uiteengezet in de procesinleiding, is er bovendien goede grond om, net zoals de Franse Cour de Cassation eerder deed bij een in essentie gelijklopende wettekst als de Nederlandse, groot gewicht toe te kennen aan de keuze van partijen voor arbitrage en om, gelet op de bij die keuze betrokken belangen, als overheidsrechter in alle gevallen een eigen oordeel over het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst te kunnen geven.”

op onjuistheid gebaseerde vernietigingsvordering moet beoordelen. Over het algemeen dient de beoordeling van een arbitraal vonnis aan de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv terughoudend te zijn, behoudens enkele door de Hoge Raad aanvaarde uitzonderingen (zie hierna, 5.14). Volgens het middel dient bij de beoordeling van de juistheid van dit type onbevoegdverklaringen óók een uitzondering op die terughoudende beoordeling te worden gemaakt. In zoverre betekent ‘volledig toetsen’ hetzelfde als ‘niet terughoudend’ toetsen.<sup>15</sup>

5.5. Met de geschetste drietrapsraket voor ogen zet ik nu het juridisch kader uiteen.

*Huidig arbitragerecht: voor deze zaak relevante wetsartikelen*

5.6. Vaststaat dat het sinds 1 januari 2015 geldende arbitragerecht temporeel van toepassing is.<sup>16</sup>

5.7. Ik begin met art. 1052 Rv, dat staat in de Derde afdeling (“het arbitraal vonnis”) van de Eerste titel (“arbitrage in Nederland”) van het Vierde Boek Rv (“Arbitrage”). Op grond van het eerste lid van art. 1052 Rv is “het scheidsgerecht gerechtigd, over zijn eigen bevoegdheid te oordelen”. Deze bevoegdheid wordt veelal aangeduid als *Kompetenz-Kompetenz*.<sup>17</sup>

5.8. Het tweede lid van art. 1052 Rv bepaalt dat een partij die zich wil beroepen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dit voor alle wren dient te doen.

5.9. Het vijfde lid van art. 1052 Rv verwijst naar het tweede lid. Het luidt (arcering hier en verder in dit hoofdstuk steeds toegevoegd):

“Indien en voor zover het scheidsgerecht zich *onbevoegd heeft verklaard op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage* als bedoeld in het tweede lid, is de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen. Indien en voor zover het scheidsgerecht *zich onbevoegd heeft verklaard op een andere grond, blijft de overeenkomst tot arbitrage van kracht*, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.”

Het vijfde lid maakt wat betreft de gevolgen van een onbevoegdverklaring aldus een onderscheid tussen de grond waarop het scheidsgerecht tot die beslissing is gekomen. Heeft het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaard omdat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, dan wordt de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen. Welke rechter dat is, moet worden bepaald aan de hand van de toepasselijke regels van internationale rechtsmacht. Heeft het scheidsgerecht zich op een andere grond onbevoegd verklaard, dan blijft de arbitrageovereenkomst van kracht (tenzij partijen anders zijn overeengekomen). In dat geval wordt de gewone rechter niet bevoegd van het geschil kennis te nemen en kan een nieuwe arbitrage worden gestart.

5.10. Het zesde lid van art. 1052 Rv luidt:

“De *onbevoegdverklaring* als bedoeld in het vorige lid, *geldt als een arbitraal vonnis waarop de eerste afdeling B tot en met de vijfde afdeling van deze titel van toepassing is.*”

Ingevolgde deze bepaling heeft een beslissing tot onbevoegdverklaring (zowel wegens ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst als op een andere grond) de procedurele status van een arbitraal vonnis en is daarop onder meer de Vijfde afdeling (“De vernietiging en de herroeping van het arbitraal vonnis”) van de Eerste titel van het Vierde Boek Rv van toepassing. Het zesde lid vormt in zoverre een schakelbepaling.

5.11. Voorts wijs ik op art. 1061f lid 1 Rv. Deze bepaling staat in de Derde afdeling (“Arbitraal hoger beroep”) van de Eerste titel van het Vierde Boek Rv en luidt als volgt:

15 Zie ook de dagvaarding onder 212 e.v., waar [eisers] stellen dat de Hoge Raad heeft geaccepteerd dat er geen reden is om terughoudend te toetsen als er een fundamentele norm in het geding is (zoals hoor en wederhoor en toegang tot de overheidsrechter). In deze zaak is volgens [eisers] ook een fundamentele norm in het geding, namelijk de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig scheidsgerecht.

16 Op grond van art. IV van de Wet modernisering arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200) is deze wet niet van toepassing op arbitrageprocedures die vóór 1 januari 2015 aanhangig zijn gemaakt. De arbitrageprocedure die in deze zaak centraal staat, is op 1 juni 2015 aanhangig gemaakt (zie Arbitraal Vonnis, par. 4). De onder het vóór 1 januari 2015 geldende arbitragerecht gewezen rechtspraak is ook van toepassing op art. 1065 Rv zoals dat vanaf 1 januari 2015 geldt. Zie conclusie A-G Wesseling-Van Gent, ECLI:NL:PHR:2021:796, voetnoot 12, vóór HR 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:113 (81 RO) (*Amstel Boats e.a./ Amsterdam en Waternet*).

17 Zie o.a. H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 412.

“1 Ingeval van *onbevoegdverklaring* door het scheidsgerecht als bedoeld in artikel 1052, vijfde lid, *tweede zin*, is arbitraal hoger beroep toegelaten.”

Hieruit volgt *a contrario* dat arbitraal hoger beroep niet is toegelaten tegen een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst – de hypothese genoemd in art. 1052, vijfde lid, *eerste zin*.

5.12. Art. 1065 lid 1 Rv geeft een limitatieve<sup>18</sup> opsomming van de gronden waarop een in Nederland gewezen arbitraal vonnis kan worden vernietigd. Art. 1065 lid 1, onder a, Rv voorziet in de mogelijkheid om een beslissing tot *bevoegdverklaring* te vernietigen op de grond dat *een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt*. De overige vernietigingsgronden zijn, samengevat: b) onregelmatige samenstelling van het scheidsgerecht, c) scheidsgerecht is buiten de opdracht getreden, d) arbitraal vonnis is niet ondertekend of niet met redenen omkleed, en e) strijd met de openbare orde.

5.13. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de rechter bij de beoordeling van een vernietigingsvordering ‘terughoudendheid’ dient te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt (arbitraal) hoger beroep bij de gewone rechter. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de gewone rechter ‘slechts in sprekende gevallen’ dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.<sup>19</sup> Met andere woorden, het ‘terughoudende’ in de beoordeling betekent dat de rechter *niet te snel* tot vernietiging mag overgaan. De lat voor vernietiging ligt dus hoog.<sup>20</sup>

5.14. De regel dat de overheidsrechter zich terughoudend opstelt, lijdt uitzondering wanneer in geschil is of een scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat een geldige arbitrageovereenkomst is afgesloten en zich op grond daarvan *bevoegd* heeft verklaard.<sup>21</sup> Met een geldige arbitrageovereenkomst doen partijen afstand van het recht op toegang tot de bij wet ingestelde gerechten (vgl. art. 17 Gw en art. 6 EVRM). Daarom dient de gewone rechter het laatste woord te hebben ten aanzien van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat als een partij in een vernietigingsprocedure zich beroept op het ontbreken daarvan. De regel dat de overheidsrechter zich terughoudend moet opstellen, lijdt eveneens uitzondering wanneer het gaat om toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in het kader van een beroep op strijd met de openbare orde.<sup>22</sup> Niet terughoudend toetsen betekent dat de rechter zich een eigen, inhoudelijk oordeel zal moeten vormen over de vraag of arbiters zich terecht bevoegd hebben verklaard, dan wel of (de totstandkoming van) het arbitrale vonnis wegens schending van hoor en wederhoor in strijd is met de openbare orde.

5.15. Tot slot bepaalt art. 1067 Rv, in het verlengde van art. 1052 lid 5 Rv,<sup>23</sup> dat zodra het arrest waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft, indien en voor zover het arbitraal vonnis is vernietigd op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Bij vernietiging

16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1171 (*Wells/Bariven*).

21 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders (*Equador/Chevron I*): “4.2 (...) Dit fundamentele karakter brengt voorts mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond vermeld in art. 1065 lid 1, onder a, Rv, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.”

22 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, rov. 5.4.9, NJ 2022/102, m.nt. C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo, en HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, rov. 3.3.1, JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders (*Russische Federatie /HVY*). Zie ook reeds HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 ([...] /*Anova Food*), TvA 2008/10, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, en HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, rov. 4.3.1, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf I*).

23 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.79.3.

18 Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef, Rv kan vernietiging ‘slechts’ plaatsvinden op een of meer van de genoemde gronden. Zie ook G.J. Meijer e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, par. III.48.3. Dit werk zal hierna verkort worden aangeduid als ‘Parl. Gesch. Arbitragewet 2015’.

19 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, rov. 3.3.1, JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders, en HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, rov. 3.5.2, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders ([...] /*SFT Bank*), onder verwijzing naar HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf I*). Zie ook de schriftelijke toelichting van Venezuela, onder 2.2-2.9.

20 Vgl. de conclusie van A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:1176, onder 4.20-4.23, vóór HR

op een andere grond blijft de arbitrageovereenkomst van kracht (tenzij anders is overeengekomen).

#### *Het oude arbitragerecht*

5.16. Onder het tot 1 januari 2015 geldende arbitragerecht werd geen onderscheid gemaakt tussen de gronden waarop het scheidsgerecht tot onbevoegdverklaring kwam. Art. 1052 lid 5 (oud) Rv kende een duidelijk rechtsgevolg toe aan de onbevoegdverklaring: de gewone rechter was bevoegd van het geschil kennis te nemen. Er was bovendien geen ruimte voor een procedure bij de overheidsrechter, waarbij een verklaring voor recht werd gevorderd dat het scheidsgerecht wél bevoegd was.<sup>24</sup> In zijn dissertatie uit 2011 merkt Meijer over de onbevoegdverklaring op:

“Het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, is wel definitief. De gewone rechter kan niet treden in het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is.”<sup>25</sup>

Een onbevoegdverklaring betekende dus het definitieve einde van het arbitrale geschil. Een vernietigingsactie was wel mogelijk tegen een *bevoegdverklaring*. Het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht vormde in zoverre slechts een ‘voorlopig’ oordeel.<sup>26</sup>

5.17. Een onbevoegdverklaring was als zodanig niet vatbaar voor vernietiging en daarom *procedureel* onmogelijk. Een vordering tot vernietiging diende niet-ontvankelijk te worden verklaard.<sup>27</sup>

Daarmee werd niet toegekomen aan de vraag welke vernietigingsgronden konden worden aangevoerd en hoe daaraan getoetst moest worden (stappen 2 en 3 in de door het middel verdedigde trits). Uit het feit dat ook geen verklaring voor recht kon worden gevorderd dat het scheidsgerecht wél bevoegd was, leid ik af dat inhoudelijke beoordeling ook *materieel* niet mogelijk was.

5.18. De uitsluiting van de vernietiging van onbevoegdverklaringen was (en is) in lijn met de UNCITRAL Model Law (1985, zoals gewijzigd in 2006). Deze wet (hierna: *Model Law*)<sup>28</sup> heeft als basis gediend voor de arbitragewetgeving van een groot aantal landen, waaronder Nederland. Art. 16(1) Model Law bepaalt dat het scheidsgerecht gerechtigd is om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. Deze bepaling legt daarmee het arbitragerechtelijke beginsel van *Kompetenz-Kompetenz* vast.<sup>29</sup> Een partij kan in een arbitrageprocedure opwerpen dat het scheidsgerecht *niet* bevoegd is (art. 16(2) Model Law). Indien het scheidsgerecht oordeelt dat het *bevoegd* is, kan dat oordeel worden aangevochten bij de overheidsrechter (art. 16(3) Model Law). Die mogelijkheid is niet voorzien als het scheidsgerecht oordeelt dat het *onbevoegd* is. Tot slot vermeldt de Model Law een reeks gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden vernietigd (art. 34(2) Model Law). Daartoe behoort (logischerwijs) ook niet de vernietiging van een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een arbitrageovereenkomst, op de grond dat een arbitrageovereenkomst wél bestaat. In die zin ook het Report bij de Model Law:

*wel kan worden ontvangen in dit gedeelte van haar vordering nu hiermee niet een rechtsmiddel tegen een onbevoegdverklaring wordt aangewend. Aan de klacht van Adria ligt immers ten grondslag dat het scheidsgerecht een processuele mislag zou hebben begaan die hierin bestaat dat op een eerdere beslissing, met gezag van gewijsde tussen partijen, alsnog wordt teruggekomen. De vordering van Adria ziet derhalve op het gestand doen door het scheidsgerecht van een reeds genomen beslissing en niet op het aanvechten van de onbevoegdverklaring zelf. Dat de beslissing waarop door het scheidsgerecht is teruggekomen de bevoegdheid van het scheidsgerecht betreft, maakt dit niet anders”.*

28 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.1. Zie ook G.J. Meijer & S. Borelli, ‘Interview met prof. mr. P. Sanders’, *TvA* 1996/1, p. 6-7.

29 In dezelfde zin art. 41 van het ICSID-Verdrag: “*The Tribunal shall be judge of its own competence.*”

24 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/III.34.3.

25 G.J. Meijer, *De overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 860.

26 G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052 Rv, aant. 2b.

27 G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052, aant. 6d: “*Aangenomen werd dat, indien het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, géén geding bij de gewone rechter kan volgen waarin (...) de vernietiging van de onbevoegdverklaring wordt gevorderd*”. Daarvoor is ook een aanknopingspunt te vinden in een vonnis van de Haagse rechtbank van 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6825 (*Adria/Kroatië*). De vernietigingsprocedure in die zaak was gericht tegen een eindvonnis waarbij het scheidsgerecht zich onbevoegd had verklaard, zulks in afwijking van een eerdere tussenuitspraak van dat zelfde scheidsgerecht. Ten aanzien van de stelling van gedaagde dat deze actie niet-ontvankelijk was, overwoog de rechtbank het volgende: “*4.7 De Rechtbank is van oordeel dat Adria*

“163. It was noted that the second sentence of article 16 (3) did not cover the case where the arbitral tribunal ruled that it had no jurisdiction. Consequently, in such a case article 16 (3), read together with article 5, did not preclude resort to a court for obtaining a decision on whether a valid arbitration agreement existed. It was recognized that a ruling by the arbitral tribunal that it lacked jurisdiction was final as regards its proceedings since it was inappropriate to compel arbitrators who had made such a ruling to continue the proceedings.”<sup>30</sup>

5.19. Dit heeft prof. P. Sanders er niet van weerhouden om in 2001 een lans te breken voor de mogelijkheid tot vernietiging van een onbevoegdverklaring door de gewone rechter. Sanders wees erop dat het wenselijk was om de vernietiging van een onbevoegdverklaring, gelijk een bevoegdverklaring, door de gewone rechter wél mogelijk te maken.<sup>31</sup> Sanders stelde daarom voor om bij de herziening van de Arbitragewet het systeem van art. 16(3) van de Model Law voor de bevoegdverklaring ook over te nemen voor de onbevoegdverklaring. Daarmee zou het in 5.17 genoemde procedurele obstakel worden weggenomen.

#### *Parlementaire geschiedenis Arbitragewet 2015*

5.20. De herziening van het Nederlandse arbitragerecht met de Arbitragewet 2015 is in belangrijke mate voorbereid door voorstellen van de Commissie Van den Berg (2006).<sup>32</sup> Deze adviescommissie wees erop dat art. 1052 lid 5 (oud) Rv in de praktijk weerstand opriep omdat het ertoe leidde dat de route voor arbitrage (te snel) werd

afgesloten op gronden die niet raakten aan de *geldigheid van de arbitrageovereenkomst*. Volgens de commissie diende duidelijk te zijn dat indien een scheidsgerecht tot de conclusie komt dat een (geldige) arbitrageovereenkomst ontbreekt, niet opnieuw arbitrage kan worden aangevraagd. Indien het scheidsgerecht zich echter op andere gronden onbevoegd verklaart (bijvoorbeeld omdat bepaalde (tegen)vorderingen niet onder de reikwijdte van de arbitrageovereenkomst vallen, dat er gebreken kleven aan de wijze waarop het scheidsgerecht is samengesteld, of dat de arbitrage bij een verkeerd instituut is aangebracht) mag de arbitrale route niet afgesloten zijn.

5.21. De Commissie Van den Berg heeft het voorstel van Sanders om vernietiging van een bevoegdverklaring en een onbevoegdverklaring op gelijke voet mogelijk te maken *niet* overgenomen en daarvoor de volgende redenen gegeven:

“De voorgestelde regeling wijkt af van de regeling voorzien in artikel 16 van de Uncitral Model Law van 1985. Zoals door Sanders terecht is uiteengezet, is deze regeling onvolledig en onbevredigend (...). *Het voorstel dat Sanders daarvoor in de plaats stelt (...) wordt echter niet overgenomen.* Dat voorstel voorziet in een beroep bij het gerechtshof van de beslissing van het scheidsgerecht inzake bevoegdheid of onbevoegdheid met een aantal verdere wijzigingen (uitzonderingen) in artikel 1065. (...) Ingeval van een onbevoegdverklaring door het scheidsgerecht is het effect van het voorliggend voorstel dat de arbitrageovereenkomst van kracht blijft *tenzij de onbevoegdverklaring de geldigheid van de arbitrageovereenkomst zelf betreft* (zie voorgestelde vijfde lid). *Het zou te ver voeren om voor dat laatste geval een beroep bij het gerechtshof open te stellen.*”<sup>33</sup>

Vernietiging van een op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst gestoelde onbevoegdverklaring door de overheidsrechter, werd dus niet wenselijk geacht.

5.22. De Commissie Van den Berg stelde wel een wijziging voor van art. 1052 lid 6 Rv (oud), waarin het huidige art. 1052 lid 6 Rv valt te herkennen. Het voorgestelde artikellid hield namelijk in dat een beslissing tot onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis is aan te merken. Ook bevatte het artikellid een schakelbepaling op grond waarvan onder meer art. 1065 Rv van toepassing zou zijn

30 Report of UNCITRAL 18th Session (A/40/17), par. 163.

31 P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 27-29. Sanders nuanceert daar het door de opstellers van de Model Law verwoorde bezwaar dat het ongepast zou zijn arbiters te verplichten de arbitrale procedure voort te zetten als de rechter beslist dat arbiters wél bevoegd zijn. Hij schrijft (p. 28) dat kwesties over bevoegdheid complexe vragen zijn waarover men licht verschillend kan denken. Bovendien voorziet de Model Law in het kader van de vernietigingsactie in de mogelijkheid van terugverwijzing (*remission*) van de zaak naar de arbiters. Ook dat is een correctie op wat arbiters beslissen.

32 Een werkgroep van experts onder voorzitterschap van Prof. A.J. van den Berg.

33 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/II.53.3.

op onbevoegdverklaringen. Over de mogelijkheden tot vernietiging van een onbevoegdverklaring, en de relatie tot (het voorgestelde) art. 1052 lid 5 Rv, merkt de Commissie Van den Berg op: “Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat het van toepassing verklaren van de Vijfde (de huidige Derde) Afdeling tot en met de Achtste (de huidige Vijfde) Afdeling mede inhoudt dat de onbevoegdverklaring, zijnde een arbitraal vonnis, ook voor vernietiging (en zelfs herroeping) in aanmerking komt. De desbetreffende bepalingen bevinden zich immers in de Achtste (de huidige Vijfde) Afdeling. Praktisch gezien zal een vernietiging van een onbevoegdverklaring zich evenwel niet licht voordoen. *Bovendien is een dergelijke vernietiging beperkt tot de gevallen bedoeld in de tweede zin van het voorgestelde vijfde lid van artikel 1052. Aan het geval bedoeld in de eerste zin (onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage)* verbindt het voorgestelde vijfde lid het rechtsgevolg dat de gewone rechter bevoegd wordt van de zaak kennis te nemen. Een dergelijk rechtsgevolg sluit een (vordering tot) vernietiging van een zodanige onbevoegdverklaring uit.”<sup>34</sup>

Hieruit blijkt dat de Commissie Van den Berg voor ogen stond dat de schakelbepaling *enkel* vernietiging van een *niet* op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst gestoelde onbevoegdverklaring mogelijk zou maken. Voor een onbevoegdverklaring gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst wilde de Commissie met (het voorgestelde) art. 1052 lid 5 Rv het geldende systeem handhaven: lid 5 bleef voor dit type onbevoegdverklaringen het rechtsgevolg bepalen, namelijk dat de gewone rechter bevoegd werd van de zaak kennis te nemen.

5.23. Dan kom ik nu bij de Arbitragewet 2015. In art. 1052 lid 5 Rv is het door de Commissie Van den Berg voorgestelde onderscheid overgenomen.<sup>35</sup> Ook het voorgestelde art. 1052 lid 6 Rv is overgenomen (zie voor tekst, 5.9 en 5.10). Over de (beoogde) gevolgen van art. 1052 lid 6 Rv is de toelichting summier. Er wordt eigenlijk alleen op gewezen dat het feit dat een onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis is aan te merken, kostenverhaal mogelijk maakt:

“Het nieuwe zesde lid bepaalt dat de onbevoegdverklaring door een scheidsgerecht een arbitraal vonnis oplevert, waarop de nieuwe eerste afdeling B tot en met de vijfde afdeling van toepassing is. Mocht de eiser in zijn vonnis worden veroordeeld in de kosten van de verweerder voor het voeren van verweer, dan kan de verweerder de eventueel door hem gemaakte kosten verhalen op grond van artikel 1062.”<sup>36</sup>

5.24. Over de relatie tussen deze schakelbepaling en het (nieuwe) onderscheid in art. 1052 lid 5 Rv zwijgt de toelichting. Ook de toelichting op art. 1065 lid 1 Rv, dat met de Arbitragewet 2015 nauwelijks is gewijzigd, zwijgt over de relatie tot art. 1052 lid 5 Rv.

5.25. Tot slot wijs ik erop dat de mogelijkheid tot het instellen van *arbitraal hoger beroep* tegen een onbevoegdverklaring die is gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst, met de inwerkingtreding van de Arbitragewet 2015 is komen te vervallen (art. 1061f Rv, zie 5.11).

#### *Door de wetgever gemaakte keuze*

5.26. Hetgeen voorafgaat wijst erop dat de wetgever met de hiervoor besproken wijzigingen *slechts* vernietiging van een onbevoegdverklaring die op een *andere grond* dan het ontbreken van een arbitrageovereenkomst is gestoeld, mogelijk heeft willen maken.<sup>37</sup> Dit is in lijn met de voorstellen van de Commissie Van den Berg. Deze commissie gebruikte formuleringen die er op wijzen dat haars inziens geen vernietigingsactie ingesteld kon worden tegen een onbevoegdverklaring die de geldigheid van de arbitrageovereenkomst zelf betrof, zulks in lijn met de vóór 2015 vigerende regeling.<sup>38</sup> De wetsgeschiedenis bevat geen aan-

36 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.50.3.

37 Indien onbevoegdheid van het scheidsgerecht stoelt op een *andere grond* dan het ontbreken van een *geldige arbitrageovereenkomst* (bijvoorbeeld omdat de zaak bij een verkeerd arbitrage-instituut is aangebracht), kan daar wel in een vernietigingsprocedure tegen worden opgekomen. De bevoegdheid van de gewone rechter om van het geschil kennis te nemen herleeft dan niet. De arbitrageovereenkomst blijft in beginsel van kracht. Partijen kunnen een nieuw arbitraal geding beginnen, mits verval- of verjaringstermijnen daar niet aan in de weg staan.

38 Zie de citaten in 5.21 (“*Het zou te ver voeren om voor dat laatste geval een beroep bij het gerechtshof open te stellen*”) en 5.22 (“*Een dergelijk rechtsgevolg sluit een*

34 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/II.53.3.

35 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.1 en I.50.3.

knopingspunten voor de gedachte dat de wetgever op dit punt van de oude regeling heeft willen afwijken. Dat strookt bovendien duidelijk met de in art. 1052 lid 1 Rv vermelde regel dat het scheidsrecht gerechtigd is over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. Het feit dat de wetgever het arbitraal hoger beroep tegen dergelijke onbevoegdverklaringen heeft uitgesloten (art. 1061f Rv), wijst er evenmin op dat de wetgever daartegen wél een vernietigingsprocedure zou hebben open willen stellen. Dit alles lijkt dus te wijzen in de richting van het handhaven van de procedurele onmogelijkheid om tegen een dergelijke onbevoegdverklaring het rechtsmiddel vernietiging open te stellen.

5.27. De schakelbepaling van art. 1052 lid 6 Rv zorgt echter voor enige onduidelijkheid. De tekst van lid 6 suggereert dat iedere onbevoegdverklaring vatbaar is voor een vernietigingsactie, ongeacht de grond van de vastgestelde onbevoegdheid. Uit de wetgeschiedenis blijkt echter niet dat de wetgever de opvatting van de Commissie Van den Berg dat een vernietigingsactie alleen kon worden ingesteld tegen een onbevoegdverklaring gestoeld op een *andere* grond dan het ontbreken van een arbitrageovereenkomst heeft afgewezen, maar evenmin dat de wetgever die opvatting deelde. Art. 1052 lid 5 Rv kan ook zo worden gelezen dat de bevoegdheid van de gewone rechter om van het geschil kennis te nemen geldt behoudens vernietiging van het arbitraal vonnis.<sup>39</sup> De toelichting op de Arbitragewet 2015 geeft geen uitsluitel over deze onduidelijkheid zodat thans geen definitief oordeel valt te geven of het (voornoemde) procedurele obstakel tegen de vernietiging van een onbevoegdverklaring die is gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst, werkelijk is weggenomen.

5.28. In die omstandigheden bestaat er mijns inziens reden om niet vast te houden aan de meest restrictieve benadering. Goed verdedigbaar acht ik dat door de kwalificatie van een onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis en door de verwijzing

naar de vijfde afdeling, het nieuwe art. 1052 lid 6 Rv een einde heeft gemaakt aan de procedurele onmogelijkheid om een vernietigingsactie in te stellen tegen een onbevoegdverklaring die is gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst. In de eerste plaats wordt in deze benadering het nuttig effect van art. 1052 lid 6 Rv vergroot. De relevantie van art. 1065 lid 1 Rv voor een onbevoegdverklaring die op een *andere grond* dan het ontbreken van een arbitrageovereenkomst is gestoeld, lijkt mij namelijk zeer beperkt, nu in dat geval de arbitrageovereenkomst van kracht blijft en partijen een nieuwe arbitrage kunnen beginnen.<sup>40</sup> De mogelijkheid tot vernietiging lijkt mij met name relevant voor de onbevoegdverklaring die tot gevolg heeft dat de arbitrale route is afgesloten.<sup>41</sup>

5.29. Ik zie ook geen reden waarom de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv – met uitzondering van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv die uitdrukkelijk is geschreven voor de *bevoegdverklaring* – niet van toepassing zouden kunnen zijn op onbevoegdverklaringen gestoeld op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. De vernietigingsgronden van art.

40 G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052, aant. 6d.

41 De vernietigingsgronden moeten overigens niet verward worden met de gronden die het scheidsrecht aan zijn onbevoegdverklaring ten grondslag legt. Bij de openstelling van de vernietigingsvordering voor een onbevoegdverklaring die op een andere grond dan het ontbreken van een arbitrageovereenkomst is gestoeld, kan men denken dat de vernietigingsgronden uit art. 1065 lid 1 Rv (moeten) aansluiten op de grond die het scheidsrecht aan de onbevoegdheid ten grondslag heeft gelegd. Maar dat is onjuist. Neem het (door de Commissie Van den Berg genoemde) voorbeeld van het scheidsrecht dat zich onbevoegd verklaart omdat het vaststelt dat het onregelmatig is samengesteld. Niet alleen kan dan op grond van het in 2015 gewijzigde art. 1052 lid 5 Rv een nieuwe arbitrage worden gestart en is vernietiging niet nodig. Als het scheidsrecht *zichzelf* wegens die onregelmatige samenstelling onbevoegd verklaart, valt moeilijk in te zien waarom de overheidsrechter het arbitraal vonnis dan nog kan vernietigen wegens onregelmatige samenstelling van het scheidsrecht. Het rechtsgevolg van die vernietiging zal, op grond van art. 1067 Rv, bovendien hetzelfde rechtsgevolg zijn dat reeds op grond van art. 1052 lid 5 Rv wordt bereikt.

(*vordering tot*) vernietiging van een zodanige onbevoegdverklaring uit).

39 Vgl. G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052, aant. 6d., en J.W. Bitter, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 1052, aant. 8 die in de schakelbepaling dan ook juist een mogelijkheid zien om de onbevoegdverklaring aan een vernietigingsactie te onderwerpen. Zie ook repliek [eisers], onder 8.

1065 lid 1, onder b tot en met e, Rv zien, onder meer, op de wijze van totstandkoming van het arbitraal vonnis. Aan de wijze van totstandkoming van dit soort onbevoegdverklaringen mogen mijns inziens dezelfde eisen worden gesteld als aan ieder ander arbitraal vonnis. Zo zou bijvoorbeeld een arbitraal vonnis waarin een scheidsgerecht zich wegens het ontbreken van een arbitrageovereenkomst onbevoegd verklaart maar waarin iedere verdere motivering ontbreekt, bestreden moeten kunnen worden op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv. Indien de rechter op een van de gronden onder b tot en met e het arbitraal vonnis vernietigt, blijft de arbitrageovereenkomst van kracht (art. 1067 Rv).

5.30. Deze benadering wordt ook voorgestaan door Marsman:

“An award declining jurisdiction for lack of a valid arbitration agreement cannot be challenged in setting aside proceedings on the ground that no valid arbitration agreement exists (Article 1065(1) (a) DCCP). The award decides that no valid arbitration agreement exists, and is therefore logically not susceptible to a challenge on the ground that no valid arbitration agreement exists. Such an award can be challenged on any of the other grounds listed in Article 1065(1) DCCP.”<sup>42</sup>

5.31. Zo Uw Raad hierin meegaat, is met dit alles echter alleen nog maar het eerste *procedurele* element van de hiervoor omschreven ‘volledige toetsing’ vast komen te staan: namelijk dat tegen een onbevoegdverklaring die is gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst het rechtsmiddel vernietiging als zodanig open staat.

5.32. Dat de *materiële* gronden waarop die onbevoegdverklaring kan worden vernietigd een mogelijkheid bieden om de onbevoegdverklaring *inhoudelijk op juistheid* te beoordelen en te vernietigen (zie 5.4.2), staat daarmee nog geenszins vast. Deze inhoudelijke beoordeling was vóór de inwerkingtreding van de Arbitragewet 2015 niet mogelijk, ook omdat geen verklaring voor recht kon worden gevraagd dat het scheidsgerecht wél bevoegd was. In de context van een vernietigingsprocedure was voor een inhoudelijke beoordeling (logischerwijs) ook geen plaats; vernietiging *an sich* was immers niet mogelijk. De

vernietigingsgrond onder a is in de Arbitragewet 2015 bovendien ongewijzigd. Dit wijst op de impliciete keuze van de wetgever om, in lijn met de voorstellen van de Commissie Van den Berg, op dit punt de status quo ante te handhaven. Evenmin kan uit de totstandkoming van de Arbitragewet 2015 worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke vernietigingsgrond besloten heeft geacht in de andere vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv, in het bijzonder de gronden onder c en e. Er is in ieder geval geen bewuste keuze gemaakt om inhoudelijke beoordeling van een dergelijke onbevoegdverklaring wél mogelijk te maken. Van een dergelijke keuze zou, gezien de ingrijpende wijziging die dit zou inhouden ten opzichte van oude arbitragerecht, expliciet moeten blijken.

5.33. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Arbitragewet 2015 blijkt evenmin dat de wetgever wat betreft *de wijze waarop* de rechter die onbevoegdverklaring zou toetsen een uitzondering zou hebben willen aanvaarden op het uitgangspunt dat beoordeling van een beroep op de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv terughoudend moet plaatsvinden.

5.34. Ik concludeer uit de hiervoor omschreven totstandkomingsgeschiedenis van de Arbitragewet 2015 dat tegen een arbitrale beslissing houdende een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst, het rechtsmiddel vernietiging als zodanig open zou moeten kunnen staan. Op de vernietigingsgrond onder a kan geen beroep worden gedaan, wel op de andere vernietigingsgronden vermeld in art. 1065 lid 1 Rv. Dit kan er echter niet toe leiden dat die onbevoegdverklaring kan worden vernietigd als die onjuist blijkt te zijn – namelijk als blijkt dat een overeenkomst tot arbitrage wél bestaat. In zoverre dient een inhoudelijke – laat staan een niet terughoudende – beoordeling van die onbevoegdverklaring achterwege te blijven. Mij lijkt dit ook de benadering te zijn waarvan het hof is uitgegaan. Het hof heeft immers geoordeeld dat de rechter het oordeel van het Scheidsgerecht dat het onbevoegd is, niet inhoudelijk op juistheid kan toetsen.<sup>43</sup>

42 A. Marsman, *International Arbitration in the Netherlands*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2021, p. 176 (voetnoten uit het citaat weggelaten).

43 Arrest, rov. 22. Het hof heeft wel (terughoudend) getoetst aan de gronden onder c, d en e.

*Investeringsarbitrage*

5.35. Tot slot sta ik stil bij de vraag of het voorgaande onverkort geldt voor investeringsarbitrages, zoals aan de orde in deze zaak.

5.36. Meijer merkt op:

“Op de herleving van de competentie van de gewone rechter als bedoeld in art. 1052 lid 5 zal in zekere zin een uitzondering bestaan als sprake is van een arbitrageovereenkomst die is totstandgekomen krachtens aanvaarding van een in een Bilateral Investment Treaty (...) opgenomen aanbod strekkende tot arbitrage tussen partijen. Als het (eerste) scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, is niet uitgesloten dat het in de Bilateral Investment Treaty opgenomen aanbod tot arbitrage opnieuw kan worden aanvaard en dat het alsdan samengestelde (tweede) scheidsgerecht zich vervolgens wél bevoegd kan verklaren (zie ook art. 1067, onder a).”<sup>44</sup>

5.37. Mijns inziens heeft art. 1052 lid 5 Rv algemene gelding voor arbitrages en zijn daarom investeringsarbitrages daar niet van uitgezonderd. De wetgever heeft ook onderkend dat de bepalingen uit de Eerste Titel van het Vierde Boek Rv in gelijke zin van toepassing op investeringsarbitrages.<sup>45</sup>

Deze arbitrages hebben naar hun aard een internationaal karakter.

5.38. Wanneer de staat waarin wordt geïnvesteerd zijn verplichtingen voortvloeiend uit een BIT schendt, dan heeft de investeerder de keus tussen een vordering in te stellen bij de nationale rechter van die staat, of een arbitrage te starten.<sup>46</sup> Een belangrijke meerwaarde van een BIT zit in de arbitragemogelijkheid. Het aanbod tot arbitrage is echter beperkt tot de gevallen die *ratione personae* (begrip ‘investeerder’) en *ratione materiae* (begrip ‘investering’) binnen de werkingssfeer vallen van de BIT waarop de eiser zich beroept. Een BIT bevat meestal nogal wat beperkingen en afbakeningen (*ratione personae* en *ratione materiae*). Daaruit blijkt dat ook de verdragspartijen de kring van investeerders en de vorderingen die kunnen worden ingesteld, beperkt willen houden. Ik zie dit als een contra-indicatie dat bij internationale investe-

ringen ruime toegang tot arbitrage steeds het uitgangspunt moet zijn.

5.39. Ik wijs er tot slot op dat het HvJEU in het *Achmea*-arrest heeft geoordeeld dat arbitragebepalingen in BITs tussen twee EU-lidstaten (‘intra-EU BITs’) in strijd zijn met het Unierecht.<sup>47</sup> Dit heeft tot gevolg dat de arbitragebepalingen in die verdragen niet langer kunnen worden toegepast, waardoor een geldige arbitrageovereenkomst tussen het land waarin wordt geïnvesteerd en de investeerder van de andere verdragsstaat niet tot stand is gekomen. Hoewel het weinig voorkomt dat een scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, is de kans aanwezig dat dit in de komende tijd nog wel eens voor zal komen als uitvloeisel van de ‘Achmea-problematiek.’ In de onderhavige zaak gaat het om de uitleg van een zogeheten ‘extra EU-BIT’ (tussen Spanje en Venezuela), zodat genoemde problematiek hier niet speelt.

5.40. Na deze algemene uiteenzetting kom ik nu toe aan de bespreking van het middel.

## 6. Bespreking van het cassatiemiddel

### Inleiding

6.1. Het middel bevat vier onderdelen met meerdere subonderdelen. *Onderdeel 1* bestrijdt het oordeel dat de onbevoegdverklaring van het Scheidsgerecht niet ‘volledig’ kan worden getoetst. Een onbevoegdverklaring moet volgens het middel wél volledig kunnen worden getoetst. De wet biedt hiervoor ook ruimte (*onderdeel 1A*). Niet volledig toetsen is bovendien in strijd met de door art. 6 EVRM gewaarborgde *equality of arms* (*onderdeel 1B*). *Onderdeel 2* valt het oordeel aan dat het Scheidsgerecht niet essentiële stellingen over de uitleg van het begrip *investor* heeft gepasseerd. *Onderdeel 3* betoogt dat het hof heeft miskend dat het Scheidsgerecht een onjuiste beslissingsmaatstaf heeft gehanteerd door zich te baseren op het (algemene) internationale recht. *Onderdeel 4*, tot slot, klaagt dat het Scheidsgerecht

44 G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052 Rv, aant. 6c.

45 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.3.

46 Zie art. XI lid 2, onder (a) en (b) van de BIT Spanje-Venezuela (geciteerd in 2.6).

47 HvJEU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije/Achmea*). Het HvJEU heeft deze uitspraak inmiddels bevestigd. Zie HvJEU 2 september 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Moldavië/Komstroy*) en HvJEU 26 oktober 2021, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875 (*Polen/PL Holdings*).

en het hof het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden.

*Onderdeel 1 – Omvang van de toetsing van een onbevoegdverklaring*

*Aangevochten oordelen*

6.2. Onderdeel 1 valt in twee subonderdelen uiteen, die zich richten tegen rov. 20, 22 en (een deel van) 23 van het bestreden arrest:

“20. Op grond van artikel 1065, eerste lid onder a Rv kan een arbitraal vonnis worden vernietigd als een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. In deze bepaling ligt besloten dat de (overheids) rechter uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. De beantwoording van deze vraag behoort tot het domein van de rechter vanwege het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter. De rechter kan een arbitraal vonnis vernietigen als een scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard. Daarentegen voorziet de wet niet in een bevoegdheid van de rechter tot vernietiging van een arbitraal vonnis waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Als een scheidsgerecht zich op die grond onbevoegd heeft verklaard, is de rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen op grond van artikel 1052, vijfde lid Rv. Het recht op toegang tot de rechter is hier niet in het geding. Toetsing door de rechter van een arbitraal vonnis waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard, verdraagt zich ook niet met het in artikel 1052, eerste lid Rv vastgelegde beginsel dat het scheidsgerecht gerechtigd is over zijn eigen bevoegdheid te oordelen.  
(...)”

22. Het hof verwerpt dit betoog, dat zich niet verdraagt met artikel 1065, eerste lid onder a in samenhang met artikel 1052 Rv. Zoals hiervoor aangegeven in overweging 20, is het uitgangspunt van deze artikelen dat het scheidsgerecht oordeelt over zijn eigen bevoegdheid en dat de rechter kan nagaan of een scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd op een geldige arbitrageovereenkomst. Daarmee valt niet te verenigen dat de rechter een oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, inhoudelijk toetst en vernietigt als hij tot een ander oordeel komt dan het scheidsgerecht. Dat is niet anders in de context van internationale investeringsarbitrages. Artikel 1065, eerste

lid onder a en artikel 1052 Rv gelden voor arbitrageovereenkomsten in het algemeen, ongeacht de context. Het hof ziet dus geen grond voor een toetsing van het oordeel van het scheidsgerecht over zijn eigen onbevoegdheid op grond van artikel 1065, eerste lid onder a Rv.

23. Het hof volgt [eisers] evenmin in hun betoog dat het Arbitraal Vonnis in strijd is met de openbare orde omdat het [eisers] belet om hun rechten tegenover de Republiek Venezuela geldend te maken. De (Nederlandse) openbare orde vergt niet dat de rechter in de context van internationale investeringsarbitrages de toegang tot een scheidsgerecht moet verzekeren, en daartoe een oordeel van een scheidsgerecht moet vernietigen dat zichzelf onbevoegd heeft verklaard, nog afgezien van het feit dat onduidelijk is wat de vernietiging van het oordeel van het scheidsgerecht in dat opzicht zou kunnen bijdragen. Die vernietiging zou niet zonder meer tot gevolg hebben dat het scheidsgerecht alsnog bevoegd is. Het is immers aan het scheidsgerecht om zich bevoegd te verklaren, dat daarbij niet aan het oordeel van de rechter gebonden is. Dit is niet anders als de (overheids) rechter in de verdragsluitende staat geen effectieve rechtsbescherming biedt. Het standpunt van [eisers] komt erop neer dat het hof zich als rechter van de plaats van arbitrage een oordeel zou moeten vormen over de kwaliteit van de rechtsbescherming in de verdragsluitende staat en, afhankelijk van dat oordeel, een arbitraal vonnis zou moeten vernietigen waarbij het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard. Dat gaat de rechterlijke controle van arbitrale vonnissen op grond van artikel 1065 Rv te buiten. (...)”

6.3. Het hof lijkt te zijn uitgegaan van dezelfde lezing van de wet en de wetsgeschiedenis als ik in het vorige hoofdstuk heb voorgesteld. Onderdeel IA betoogt met name dat dit niet juist is omdat volledige toetsing van een onbevoegdverklaring *nu al mogelijk is*. Onderdeel IB betoogt vooral dat een dergelijke toetsing *in elk geval mogelijk moet zijn*. Het onderscheid tussen beide subonderdelen is overigens niet scherp.

*Onderdeel 1A: wettelijk stelsel, wetsgeschiedenis en rechtsbescherming (1.1-1.6)*

6.4. Volgens het middel berusten de zojuist weergegeven overwegingen op de onjuiste rechtsopvatting dat art. 1065 lid 1, onder a, c en/of e, Rv, in samenhang met art. 1052 Rv, zich verzet tegen een volledige (inhoudelijke) toetsing van een onbe-

voegdverklaring. In ieder geval heeft het hof ten onrechte verzuimd de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv). Deze algemene klacht wordt als volgt uitgewerkt.

6.5. Onder 1.1 bevat het middel een rechtsklacht met de strekking dat het hof heeft miskend dat art. 1052 lid 5 en 6 Rv, in samenhang met art. 1065 lid 1 Rv, wel degelijk ruimte laat voor een volledige toetsing van een onbevoegdverklaring.<sup>48</sup> Bij investeringsarbitrage is volledige toetsing vanuit het oogpunt van rechtsbescherming en gelijkheid van partijen ook geboden. Een volledige toetsing zou aansluiten bij ontwikkelingen in andere 'arbitragejurisdicties'. Daaraan staat niet in de weg dat art. 1065 lid 1, onder a, Rv alleen het *ontbreken* (en niet het bestaan) van een geldige arbitrageovereenkomst als vernietigingsgrond vermeldt.

6.6. Onder 1.2-1.4 passeert een aantal argumenten de revue die het middel ontleent aan de totstandkomingsgeschiedenis van de Arbitragewet 2015.

6.7. Onder 1.2 wordt betoogd dat de wetgever bij de totstandkoming van de Arbitragewet 2015 geen bewuste keuze heeft gemaakt en geen blijk heeft gegeven van een belangenafweging met de strekking dat een onbevoegdverklaring door een scheidsrecht niet voor volledige toetsing door de overheidsrechter in aanmerking zou moeten komen. Bovendien geldt dat waar art. 1052 lid 5 Rv bepaalt dat bij een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een arbitrageovereenkomst "*de gewone rechter bevoegd [is] van de zaak kennis te nemen*", de wetgever (waarschijnlijk) voor ogen heeft gehad dat dit de *Nederlandse* rechter zal zijn. Er is geen indicatie dat de wetgever mede het oog heeft gehad op internationale gevallen en een daarop gerichte belangenafweging heeft gemaakt. Dit zou wel voor de hand liggen. Niet bij iedere niet-Nederlandse rechter is rechtsbescherming immers verzekerd.

6.8. Onder 1.3 stelt het middel dat de keuze van de wetgever om een onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis te kwalificeren (art. 1052 lid 6 Rv) is ingegeven door de wens een daarin vervatte pro-

ceskostenveroordeling verhaalbaar te kunnen maken. Over de rechterlijke toetsing van een dergelijke arbitraal vonnis heeft de wetgever niets overwogen zodat niet is gebleken dat toetsing van een onbevoegdverklaring niet een volledige toetsing kan zijn.

6.9. In het verlengde van de klachten onder 1.3 wijst het middel onder 1.4 op het feit dat de keuze van de wetgever om een onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis te kwalificeren betekent dat daaraan in Nederland gezag van gewijsde toekomt. Het middel acht denkbaar en zelfs waarschijnlijk dat verdragsstaten bij het Verdrag van New York<sup>49</sup> aan die kwalificatie betekenis toekennen. Dat kan ertoe leiden dat indien de onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis onder het Verdrag van New York in andere landen kan worden erkend, een nieuwe arbitrale rechtsgang aldaar wordt gefrustreerd.

6.10. Ik zal de klachten in 1.1-1.4 gezamenlijk behandelen.

6.11. Zie ik het goed, dan wil het middel op de volgende wijze uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Arbitragewet 2015 afleiden dat een 'volledige toetsing' van het Arbitraal Vonnis mogelijk is:

(i) de wetgever heeft met art. 1052 lid 6 Rv de vernietiging van een onbevoegdverklaring gestoeld op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst mogelijk gemaakt;

(ii) de wetsgeschiedenis zwijgt over de vraag of een inhoudelijke toetsing door de rechter mogelijk is, maar impliciet betekent dit dat een onbevoegdverklaring inhoudelijk moet kunnen worden getoetst. Een (extensieve) interpretatie van de uitdrukkelijk in art. 1065 lid 1 Rv vermelde vernietigingsgronden biedt een opening voor een inhoudelijke toetsing en dus ook voor vernietiging van het Arbitraal Vonnis als komt vast te staan dat een arbitrageovereenkomst wel bestaat; en<sup>50</sup>

48 Het middel moedigt op diverse plekken aan die ruimte te pakken en een volledige toetsing mogelijk te achten. Dit in navolging van hoogste rechtscolleges in andere landen, in het bijzonder het Franse *Cour de Cassation* in diens *Abela*-arrest (Cour de Cassation, 6 oktober 2010, 08-20.563 AAFF c. /JAFF).

49 Verdrag van New York over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken van 1958.

50 Zie ook repliek [eisers], onder 10: "*Voor zover Venezuela moet worden begrepen als betogende dat slechts ruimte is voor een dergelijke toetsing indien nationale wetgeving daarin uitdrukkelijk voorziet, dient dat betoog te worden verworpen. Een dergelijk betoog miskent immers dat, omdat er geen principiële rechtvaardiging bestaat voor het fundamenteel ongelijk behandelen van*

(iii) toetsing moet vol, en niet terughoudend, zijn omdat het hierbij gaat over de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

6.12. Ik verwijs naar hoofdstuk 5 (zie de samenvatting onder 5.34). Daaruit volgt dat de klacht geen doel treft. Voor de volledigheid voeg ik het volgende toe.

6.13. De stelling onder (i) ligt m.i. ook ten grondslag aan het oordeel van het hof. Zoals hiervoor weergegeven sluit ik mij bij deze stelling aan.

6.14. De stelling onder (ii) berust op een *contra-rio*-redenering: omdat uit de totstandkoming van de Arbitragewet 2015 niet uitdrukkelijk blijkt dat inhoudelijke beoordeling van een onbevoegdverklaring (en in het verlengde daarvan vernietiging als de onbevoegdverklaring onjuist blijkt) is uitgesloten, moet inhoudelijke beoordeling mogelijk worden geacht. Deze stelling berust op het onjuiste uitgangspunt dat het bestaan van een vernietigingsgrond enkel is uitgesloten als men zich ervan kan vergewissen dat de wetgever over die uitsluiting, na een daarop gerichte belangenafweging, een bewuste keuze heeft gemaakt. Die opvatting vindt ook geen steun in het systeem van de Arbitragewet 2015, dat uitgaat van de finaliteit van het arbitraal vonnis.<sup>51</sup> Een arbitraal vonnis kan slechts op basis van enkele limitatieve gronden worden vernietigd, waarbij de rechter terughoudendheid moet betrachten.<sup>52</sup>

6.15. De stelling onder (ii) miskent bovendien dat de vernietigingsgrond onder a alleen ziet op het geval dat arbiters zich *bevoegd* hebben verklaard. Voor de suggestie dat die grond moet worden gelezen als *'een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt of bestaat'* bevat de wetgeschiedenis geen aanknopingspunten. Het staat de rechter niet vrij om door interpretatie een extra vernietigingsgrond aan de lijst van vernietigingsgronden toe te voegen.

6.16. Tot slot de stelling onder (iii). 'Vol' toetsen betekent in dit verband: niet terughoudend toet-

sen. Het uitgangspunt bij de toetsing aan de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv is echter dat die terughoudend dient plaats te vinden (zie 5.13). Tot de op dat uitgangspunt aanvaarde uitzonderingen (zie 5.14) behoort niet de situatie dat de partij die vernietiging vordert stelt dat de onbevoegdverklaring onjuist zou zijn. De stelling miskent dat.

6.17. Daarmee falen de klachten onder 1.1. De algemene klachten over rechtsbescherming, gelijkheid van partijen en de ontwikkelingen in andere jurisdicties komen hierna aan bod.

6.18. In het verlengde falen ook de klachten onder 1.2. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1052 lid 5 Rv blijkt bovendien niet dat de wetgever voor ogen heeft gehad dat de regel die voorziet in de herleving van de bevoegdheid van de gewone rechter, enkel zou gelden wanneer de *Nederlandse* rechter bevoegd zou zijn van het geschil kennis te nemen. De wetgever heeft enkel een onderscheid willen maken naar gelang de plaats van arbitrage (wel of niet in Nederland), maar niet tussen nationale en internationale arbitrage, zoals de wetgeving in sommige andere jurisdicties wel doet.<sup>53</sup> De bepalingen van Boek 4 Rv zijn gelijk van toepassing ongeacht of er internationale aspecten aan de arbitrage zitten.<sup>54</sup> Art. 1052 lid 5 Rv geldt daarom evenzeer voor de bevoegdheid van de niet-Nederlandse rechter, zoals het hof terecht heeft onderkend in rov. 22. Art. 1052 lid 5 Rv regelt bovendien enkel de verhouding tussen de bevoegdheid van het scheidsgerecht en die van de gewone rechter onder de *lex arbitri*. Art. 1052 lid 5 Rv is geen bevoegdheidsregel die rechtsmacht toekent, en zeker niet aan een buitenlandse rechter.

6.19. Het middel onder 1.3 lijkt het belang van de kwalificatie van de onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis ingevolge art. 1052 lid 6 Rv te willen afzwakken. Die kwalificatie zou afdoen aan de toetsing daarvan door de rechter, terwijl de enige reden daarvoor zou zijn de proceskostenveroordeling verhaalbaar te maken. Onder 1.4 bena-

*onbevoegdheidsoordelen en bevoegdheidsoordelen, het geenszins voor de hand ligt een stilte op dit punt in nationale wetgeving uit te leggen als een impliciet verbod op rechterlijke toetsing van onbevoegdheidsoordelen (...)."*

51 H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 555.

52 H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 556, en de verwijzing aldaar naar HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Sniijders.

53 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.1.1. Zie ook G.J. Meijer & H.J. Sniijders, *Arbitragerecht, op de scheidslijn van oud naar nieuw?*, Den Haag: Boom 2015, p. 43-44.

54 A. Marsman, *International Arbitration in the Netherlands*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2021, p. 26. Vgl. ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 893, voetnoot 93.

drukt het middel echter juist het belang van de kwalificatie van de onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis op de voet van art. 1052 lid 6 Rv, waar het wijst op de nadelige effecten van die kwalificatie in andere jurisdicties – namelijk mogelijke blokkering van een nieuwe arbitrale rechtsgang aldaar. Dit een en ander zou nopen tot een volledige toetsing van een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

6.20. Daargelaten dat tussen deze twee klachten een zekere spanning zichtbaar is, berusten zij beide op het onjuiste uitgangspunt dat de enkele kwalificatie van een onbevoegdverklaring als arbitraal vonnis verband houdt met de *gronden* waarop die onbevoegdverklaring kan worden vernietigd en met de wijze van de *toetsing* aan die gronden. De vermeende onjuistheid van de onbevoegdverklaring heeft niet als aparte vernietigingsgrond te gelden en leidt er evenmin toe dat aan die (veronderstelde) vernietigingsgrond niet terughoudend moet worden getoetst.

6.21. Voor zover de klachten erop berusten dat uit stilzwijgen van de wetgever op dit punt moet worden afgeleid dat vernietiging van een onbevoegdverklaring mogelijk is wegens de onjuistheid daarvan en de rechter daartoe niet terughoudend moet toetsen, falen zij in het voetspoor van de voorgaande klachten.

6.22. Tot slot valt niet in te zien waarom de eventuele erkenning van een arbitraal vonnis houdende onbevoegdverklaring in het buitenland de Nederlandse vernietigingsrechter tot een volledige toetsing zou nopen. Ter vergelijking: de (mogelijk) ingrijpende gevolgen van de erkenning van een arbitraal vonnis vormen onder art. V van het Verdrag van New York ook geen reden om erkenning te weigeren.

6.23. De onderdelen 1.1 tot en met 1.4 falen derhalve.

6.24. Onder 1.5 wijst het middel op een onevenwichtigheid in de rechtsbescherming die zou ontstaan als een onbevoegdverklaring niet vol kan worden getoetst. Gedaagde in de arbitrage kan een *bevoegdverklaring* immers wel vol laten toetsen in het land van de arbitrage. Eiser in de arbitrage daarentegen is (veelal) aangewezen op de rechter in het land van de gedaagde. In internationale investeringsgeschillen beneemt dat vaak elk vooruitzicht op een effectieve rechtsbescherming, wat leidt tot een fundamentele onevenwichtigheid in de rechtsbescherming van partijen. Het is

noodzakelijk een onbevoegdverklaring volledig te toetsen om strijd met art. 6 EVRM en de Nederlandse openbare orde te voorkomen. Het hof heeft dit miskend en ten onrechte nagelaten de onbevoegdverklaring volledig te toetsen aan de in art. 1065 lid 1, onder a, c of e, Rv genoemde gronden. 6.25. Uw Raad heeft in zijn meest recente *Yukos*-arrest<sup>55</sup> zijn rechtspraak over de maatstaf voor toetsing aan de openbare orde (vernietigingsgrond e.) als volgt samengevat:

“5.4.9. Ingevolge art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis onder meer plaatsvinden op de grond dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde. Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op deze grond slechts mogelijk indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.<sup>56</sup> Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering dient de rechter – behoudens voor zover deze vordering erop is gebaseerd dat een geldige overeenkomst van arbitrage ontbreekt of dat in strijd met hoor en wederhoor is gehandeld – terughoudendheid te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.”<sup>57</sup>

Hiermee werd bevestigd dat toetsing aan de openbare orde-exceptie van art. 1065 lid 1, onder e, Rv terughoudend dient plaats te vinden, aangezien de vernietigingsprocedure niet gebruikt mag worden als verkapt hoger beroep. Ook als dus *arguendo* wordt aangenomen dat de instandhouding van een onjuiste onbevoegdverklaring in strijd is met

55 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, rov. 5.4.9, NJ 2022/102, m.nt. C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo (*De Russische Federatie/HVY*). Die zaak betreft een investeringsarbitrage o.g.v. het Energy Charter Treaty.

56 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, rov. 4.2, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Sniijders (*Eco Swiss/Benetton*).

57 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, rov. 3.3.1 (*De Russische Federatie/HVY*).

de Nederlandse openbare orde, dient de rechter ook dan terughoudend te toetsen.

6.26. Een niet terughoudende toets acht de Hoge Raad enkel aangewezen indien de vordering tot vernietiging zich richt tegen een *bevoegdverklaring* terwijl een arbitrageovereenkomst ontbreekt (de vernietigingsgrond onder a) of stoelt op het argument dat in strijd met hoor en wederhoor is gehandeld (zie reeds 5.14). Dit hangt ermee samen art. 6 EVRM voorziet in het recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht *dat bij wet is ingesteld*. Van dit recht kan onder voorwaarden afstand worden gedaan, onder meer door een rechtsgeldige keuze voor arbitrage.<sup>58</sup> Of aan die voorwaarden voldaan is, wordt door de rechter vol getoetst. Art. 6 EVRM voorziet voorts in procedurele waarborgen, zoals het recht op hoor en wederhoor, die evenzeer van belang zijn in een arbitraal geding.<sup>59</sup>

6.27. Het voorgaande geldt niet gelijkkelijk voor een *onbevoegdverklaring*. Art. 6 EVRM voorziet niet in een recht op toegang tot een scheidsrecht, waarvan de bevoegdheid niet berust op een wettelijke grondslag. Het recht op toegang tot de rechter houdt weliswaar niet slechts het recht in om een zaak bij een gerecht van het 'traditionele type, geïntegreerd in de gewone gerechtelijke structuren van het land', aanhangig te maken.<sup>60</sup> Dit kan ook een scheidsrecht zijn. Evenwel maakt het EHRM een duidelijk onderscheid tussen 'vrijwillige' arbitrage die overeen is gekomen, en 'gedwongen' arbitrage die bij wet is opgelegd.<sup>61</sup>

58 Zie mijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2021:1060, vóór HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:446 (81 RO), onder 4.13-4.15 en de verwijzingen aldaar.

59 Zie HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, rov. 3.5, NJ 2007/294.

60 EHRM 13 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD007498911, rov. 75-76 (*Ali Riza v. Zwitserland*).

61 EHRM 2 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1002JUD004057510, rov. 95-96 (*Mutu en Pechstein v. Zwitserland*): "95. In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. If arbitration is compulsory, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention (...). 96. However, in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6. The

Die laatste vorm van arbitrage moet de waarborgen van bieden van art. 6 EVRM. Investeringsarbitrage hoort tot de eerste categorie omdat het land van investering geen arbitrage oplegt maar juist toestaat.

6.28. Als een onjuiste onbevoegdverklaring in stand blijft van een scheidsrecht *wiens bevoegdheid op overeenkomst berust*, is daarmee dus niet het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot een (scheidings)gerecht *dat bij wet is ingesteld* in het geding. Dat in investeringsarbitrages de toestemming voor arbitrage van de verwerende staat volgt uit een BIT, leidt niet tot een andere beoordeling.

6.29. Bij instandhouding van een onbevoegdverklaring is de bevoegdheid van de gewone rechter niet in het geding. Naar Nederlands recht herleeft deze bevoegdheid immers op grond van art. 1052 lid 5 Rv. Niet valt daarom in te zien waarom de instandhouding van een onjuiste onbevoegdverklaring strijd met art. 6 EVRM zou opleveren.<sup>62</sup> Ook niet als dat betekent dat de eiser is aangewezen op een forum waarbij de kans dat hij het gelijk wordt gesteld door hem laag wordt ingeschat.<sup>63</sup>

---

*parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a body other than an ordinary court of law. By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention. Such a waiver is not incompatible with the Convention provided it is established in a free, lawful and unequivocal manner."* Een scheidsrecht dat ingesteld is bij wet is het befaamde Zwitserse *Court of Arbitration for Sport*, dat centraal stond in voornoemde zaak *Mutu en Pechstein v. Zwitserland*. Zie ook EHRM 13 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD007498911, rov. 75-76 (*Ali Riza v. Zwitserland*) en de verwijzingen aldaar.

62 De strekking van de door [eisers] voorgehouden volledige toets is dat dit juist tot vernietiging van de onbevoegdverklaring moet leiden zodat de arbitrageovereenkomst (weer) van kracht is. Het door [eisers] beoogde rechtsgevolg derogert daarmee aan de door art. 6 EVRM beschermde toegang tot de overheidsrechter.

63 Vgl. EHRM 15 maart 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707 (*Nait-Liman v. Zwitserland*) rov.112-116, 133, en 199-202 en de bespreking van deze uitspraak onder 6.58 van deze conclusie. Zie ook F. Ibili, 'Forum necessitatis en EVRM', *WPNR* 2018 (7199), p. 479-480.

6.30. De instandhouding van een onjuiste onbevoegdverklaring acht ik evenmin in strijd met de openbare orde wanneer de rechtsgang bij de gewone rechter volgens de eiser in een arbitrage onvoldoende rechtsbescherming biedt. Zoals het hof in rov. 23 terecht overweegt, is het niet aan de rechter van de plaats van arbitrage om een inschatting te maken of bij instandhouding van de onbevoegdverklaring van de alsdan bevoegde rechter effectieve rechtsbescherming valt te verwachten en, afhankelijk van die beoordeling, een arbitraal vonnis waarbij het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard te vernietigen, of althans inhoudelijk te beoordelen. Een vernietigingsprocedure voorziet slechts in de mogelijkheid om arbitrale vonnissen op limitatieve gronden te controleren.

6.31. Onder 1.6 stellen [eisers] dat voor een 'asymmetrische' behandeling van bevoegd- en onbevoegdverklaringen principieel geen rechtvaardiging bestaat. De rechter heeft het laatste woord met betrekking tot de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. Die vraag toetst de rechter in volle omvang waar het een bevoegdverklaring betreft. Niet valt in te zien waarom dezelfde vraag niet aan de rechter kan worden voorgelegd als het een *onbevoegdverklaring* betreft.

6.32. De klacht doet niet af aan de juistheid van het oordeel van het hof dat art. 1065 lid 1 Rv niet voorziet in de mogelijkheid een onbevoegdverklaring 'volledig te toetsen'. Een daarop gerichte vernietigingsgrond ontbreekt. Daarbij miskent het middel dat het *object* van de beoordeling (hier: de arbitrageovereenkomst) de gronden voor vernietiging niet verruimt. Ook het 'laatste woord'-argument kan [eisers] niet baten. De gewone rechter heeft het laatste woord over de *bevoegdheid* van het scheidsgerecht omdat bij de instandhouding van een bevoegdverklaring de bevoegdheid van de overheidsrechter in het geding is.<sup>64</sup> Bij *onbevoegdheid* van het scheidsgerecht is dat niet het geval.

*Onderdeel 1A: rechtsvergelijkend perspectief en vakliteratuur (1.7-1.21)*

6.33. Onder 1.7-1.19 plaatst het middel het Nederlandse arbitragerecht op het punt van een rechtsmiddel tegen een onbevoegdverklaring in internationaal perspectief.

6.34. Onder 1.7 wijst het middel erop dat het onderscheid dat het hof aanbrengt tussen bevoegdverklaringen enerzijds en onbevoegdverklaringen anderzijds niet strookt met de doelstelling van de Arbitragewet 2015 om arbitrage te begunstigen. Bovendien zou genoemd onderscheid internationaal gezien in toenemende mate een anomalie zijn.

6.35. De klacht faalt. Of de openstelling van een volledige toetsing van onbevoegdverklaringen arbitrage begunstigt kan in cassatie niet worden onderzocht. Daar dient een wettelijke grondslag voor te zijn, die ontbreekt. Maar zelfs als vast zou staan dat 'volledige toetsing' arbitrage begunstigt, is daarmee nog niet een grondslag gegeven om een vernietigingsgrond in de wet te lezen die er thans niet in staat. Bovendien is het 'finaliteitsbeginsel' ook een doelstelling van de Arbitragewet 2015: met het arbitraal vonnis is de zaak in beginsel afgedaan. Dit zou ook arbitrage (en de positie van Nederland als arbitrageland) begunstigen.<sup>65</sup> Het standpunt van [eisers] verdraagt zich daar slecht mee.

6.36. Het middel geeft vervolgens een overzicht van jurisdicties waarin de rechter wél een onbevoegdverklaring door scheidsgerechten inhoudelijk kan toetsen. Langs komen Frankrijk (1.8-1.9), Canada (1.10-1.11), Zweden (1.12), Singapore (1.13), Zwitserland (1.14), het Verenigd Koninkrijk (1.15), en de Verenigde Staten (1.16).<sup>66</sup> In Duitsland daarentegen is op grond van rechtspraak een inhoudelijke toetsing van een onbevoegdverklaring niet mogelijk (1.17-1.18). Ook mogelijkheden van toetsing van onbevoegdverklaringen onder het ICSID-systeem komen aan bod (1.19). Onder 1.20-1.21 wijst het middel nog op de (internationale) arbitragerechtelijke literatuur, en de daarin naar voren gebrachte argumen-

<sup>64</sup> HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, rov. 5.2.7, NJ 2022/102, m.nt. C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo en JOR 2022/79, m.nt. M. van de Hel-Koedoot.

<sup>65</sup> H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 555 en de verwijzingen aldaar.

<sup>66</sup> In de schriftelijke toelichting wordt nog gewezen op ontwikkelingen in Denemarken, België, Oostenrijk, Nieuw-Zeeland en India, waar een volledige toetsing van onbevoegdverklaringen ook mogelijk zou zijn. Zie schriftelijke toelichting [eisers], onder 4-10.

ten om de voor bevoegdverklaringen geldende volledige toetsing toe te passen op onbevoegdverklaringen. Een terugkerend argument is dat daardoor de gelijkheid van partijen wordt gewaarborgd.

6.37. De rechtsvergelijkende observaties en de bevindingen uit de literatuur zijn zeker verrijkend, maar zij doen niet toe of af aan mijn vaststelling dat een ‘volledige toetsing’ in Nederland niet tot het positieve recht behoort. Wat in de context van deze subonderdelen overblijft zijn een reeks aan buitenlands recht en de internationale arbitrageliteratuur ontleende argumenten waarom ‘volledige toetsing’ *wenselijk* is. Daarbij zou ik bovendien enkele kanttekeningen willen plaatsen.

6.38. Het contrast tussen het geldende Nederlandse arbitragerecht en het arbitragerecht in andere jurisdicties is mogelijk minder groot dan het middel doet voorkomen. Het Nederlandse arbitragerecht is als gezegd in belangrijke mate gebaseerd op de Model Law, die evenmin in een volledige toetsing van onbevoegdverklaringen voorziet (zie 5.18). Maar ook als de Model Law *wel* zou voorzien in de mogelijkheid om onbevoegdverklaringen volledig te toetsen, stond het Nederland vrij daarvan af te wijken. Verder is het arbitragerecht van een aantal genoemde jurisdicties die *wel* in een volledige toetsing van onbevoegdverklaringen voorziet, *niet* gebaseerd op de Model Law. Frankrijk, Zweden, Zwitserland, Engeland, (de meeste staten in) de Verenigde Staten, en Italië bijvoorbeeld hebben de Model Law niet geïmplementeerd.<sup>67</sup>

6.39. Van de Model Law-jurisdicties kent Duitsland net als Nederland géén volledige toetsing van onbevoegdverklaringen. De Duitse positie is in belangrijke mate het gevolg van een uitspraak van het Bundesgerichtshof (BGH) uit 2002.<sup>68</sup> Daarin oordeelde het BGH, samengevat, dat de Duitse wetsbepaling die voorziet in de mogelijkheid tot vernietiging van een ‘arbitraal vonnis’ – een onbevoegdverklaring is ook naar Duits recht kennelijk een arbitraal vonnis – geen grond biedt om een onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een arbitrageovereenkomst te vernietigen indien

de rechter tot de conclusie komt dat een arbitrageovereenkomst *wél* bestaat. Vernietiging wegens formele gebreken, zoals de onregelmatige samenstelling van het scheidsgerecht, is echter *wél* mogelijk. Ik citeer de belangrijkste overwegingen uit deze BGH-uitspraak (mijn cursivering):

“22. cc) Für den Fall der unberechtigten Unzuständigerklärung des Schiedsgerichts wird im Schrifttum allerdings erwogen, dem Schiedskläger den Aufhebungsantrag entsprechend § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO zuzubilligen (Münch aaO Rn. 16; Raeschke-Kessler aaO; Thomas aaO). *Dem ist jedoch nicht zu folgen.*

23. § 1059 Abs. 2 ZPO gibt seinem Wortlaut nach *keinen (eigenständigen) Aufhebungsgrund für den Fall, daß sich das Schiedsgericht zu Unrecht für unzuständig erklärt; geregelt ist nur die positive Zuständigkeitsentscheidung* (§§ 1040 Abs. 3; 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a und c ZPO). Darin liegt kein Redaktionsversehen. *Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit eines Aufhebungsverfahrens gegen einen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts verneinenden Prozeßschiedsspruch in Betracht gezogen* (BT-Drucks. aaO S. 44), *hierfür aber den Katalog der Aufhebungsgründe* (vgl. BT-Drucks. aaO S. 58; Senatsbeschluß aaO S. 206; Münch aaO § 1059 Rn. 3; Zöller/Geimer aaO Rn. 30; Thomas aaO § 1059 Rn. 6; Raeschke-Kessler aaO Rn. 932) *nicht erweitert*. Dazu bestand keine sachliche Notwendigkeit. Der auf Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erkennende Schiedsspruch unterliegt wie jeder andere (inländische) Schiedsspruch der Aufhebung in den – hier jedoch nicht gegebenen – Fällen des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. b und d, Nr. 2 ZPO. *Der Schiedskläger kann die gerichtliche Aufhebung des Prozeßschiedsspruchs unter anderem betreiben*, wenn das Schiedsgericht nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen ist, das rechtliche Gehör nicht gewahrt oder sonst gegen den ordre public verstoßen hat. Entschied das Schiedsgericht entgegen einer gültigen und die Streitigkeit umfassenden Schiedsvereinbarung, nicht zuständig zu sein, ist der Schiedskläger auch dann nicht rechtsschutzlos gestellt, wenn keiner der Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2 ZPO greift. *Ihm steht für sein Klagebegehren der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten offen*. Das Oberlandesgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß der umgekehrte Fall, in dem sich ein Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig erklärt oder seine Zuständigkeit überschritten hat (§§ 1040 Abs. 3; 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a und c ZPO), mit dem

67 Overzicht te raadplegen op [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status).

68 BGH 6 juni 2002 – III ZB 44/01, rov. 22-23.

vorliegenden nicht vergleichbar ist; bei fehlerhafter Annahme der Zuständigkeit wird den Parteien der gesetzliche Richter entzogen, während hier der Rechtsstreit vor den zuständigen staatlichen und damit den gesetzlichen Richter gebracht werden kann. Daß hierdurch in Einzelfällen die Rechtsverfolgung erschwert werden kann, führt nicht zu einer anderen Beurteilung.”

6.40. De motivering van deze uitspraak van de hoogste Duitse rechter lijkt goed aan te sluiten bij de geldende rechtssituatie in Nederland en komt op mij overtuigend over. Ik haast mij echter om daaraan toe te voegen dat in de internationale arbitrageliteratuur op deze uitspraak kritiek is geuit, onder andere door G. Born:

“(…) There is little national court authority in Model Law states regarding the availability or scope of judicial review of negative jurisdictional determinations by arbitral tribunals. One problematic exception is a 2002 decision of the German Bundesgerichtshof, also discussed below, holding that there is no possibility of judicial review of a negative jurisdictional award. The Bundesgerichtshof’s decision is supported as a textual matter by the absence of express language in the Model Law that would provide a basis, or mechanism, for annulling a negative jurisdictional determination. It is contradicted, however, by the grave unfairness and inefficiency that would attend such a result (also discussed below). It is also contradicted by decisions providing for judicial review of negative jurisdictional awards in other jurisdictions that are based on the UNCITRAL Model Law, as well as judicial decisions and national arbitration legislation in non-Model Law jurisdictions (including Switzerland, Belgium,<sup>69</sup> Sweden, France, England, the United States and Italy). (…)

In support of this conclusion, which is subject to serious criticisms, the Bundesgerichtshof adopted an archaic rationale that is badly out of step with both Germany’s adoption of the Model Law and international developments over the past several decades. Specifically, the Bundesgerichtshof reasoned that there was no real need for judicial re-

view of a negative jurisdictional determination, because such a decision merely returned the parties to their “lawful judge,” being national courts. This is a profoundly unsatisfactory conception of international arbitration. It is contradicted by the frequency with which commercial parties choose arbitration to resolve their international business disputes, by the powerful “pro-arbitration” policies underlying the New York Convention and the Model Law and by the incongruities of referring to a “lawful judge” in international disputes (where there are inevitably multiple potentially “lawful judges,” which is precisely one of the reasons that parties agree to arbitrate such disputes). For similar reasons, it is impossible to accept the conclusion that the German Bundesgerichtshof “is correct,” on the theory that “[t]he parties will be free to pursue their claim before the state court as there is a binding decision (by the arbitral tribunal) that the arbitration agreement is invalid so that there will be no defence ... against the court proceedings.” That ignores the fact that, where parties agree to arbitrate, having access to a national court is unsatisfactory; that is particularly true in international matters, where access to one party’s home court may be particularly inappropriate or unacceptable.<sup>70</sup>

6.41. Dit commentaar geeft goed de argumenten weer die tegen de uitsluiting van de inhoudelijke toetsing van een onbevoegdverklaring worden aangevoerd. Deze auteur heeft zijn standpunt hieromtrent elders in zijn uitvoerige handboek als volgt verwoord:

“(…) It makes no sense to accord a negative jurisdictional ruling no, or reduced, preclusive effects or possibilities for judicial reconsideration. On the contrary, if an arbitral tribunal considers whether there is a valid arbitration agreement, or whether a party lacked capacity, and concludes that no valid agreement or capacity existed, then the tribunal’s resolution of the relevant factual and legal issues should be no less binding, and no less subject to annulment, than other determina-

69 Blijkens het statusoverzicht op de website van UNCITRAL is België sinds 2013 wél een land dat de Model Law heeft geïmplementeerd. Zie [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status).

70 G. Born, *International Commercial Arbitration. Vol. I*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2021, p. 1193-1196. Zie ook de bespreking van deze uitspraak in S. Kröll, ‘Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction’, *Arbitration International* 2004, vol. 20, no. 1, p. 56-58.

tions, including positive jurisdictional determinations, by an arbitral tribunal.

[ii] Standard of Judicial Review of Negative Jurisdictional Ruling

(...)

More fundamentally, there is no reason that the standard of review should differ in the two settings: the arbitrators' incorrect denial of a party's right to an arbitral forum is no less deserving of correction than the arbitrators' incorrect denial of a judicial forum. Consistent with this, most national courts have held that the same *de novo* standard of judicial review that applies to positive jurisdictional rulings also applies to negative rulings.

Similarly, the same deference to the arbitrators' fact-finding and industry or legal expertise that applies to positive jurisdictional rulings is also applicable to negative jurisdictional decisions. Again, there is no reason that a tribunal's superior access to the facts or greater commercial or legal expertise should be given less weight in one setting than the other.<sup>71</sup>

6.42. In de vakliteratuur wordt ook wel gesproken van de 'symmetrie' van toetsing van positieve en negatieve bevoegdheidsoordelen. Die symmetrie werd reeds door Sanders bepleit (zie 5.19). Born laat een zelfde geluid horen:

"In principle, the same conclusion should apply to negative jurisdictional awards: a tribunal's determination that it lacks jurisdiction should be subject to annulment, recognition and preclusive effects as an arbitral award under both national arbitration legislation and international arbitration conventions"<sup>72</sup>

Dit geluid klinkt ook door in het middel. Ik kan daar in zoverre begrip voor opbrengen dat een eiser in een arbitrage met het rechtsmiddel vernietiging anders weinig of niets kan bereiken.

6.43. Feit is evenwel dat de Nederlandse wetgever hier niet voor heeft gekozen. Verder vind ik het standpunt van Born (en van andere auteurs die zich sterk maken voor het *right to arbitrate*) lastig te rijmen met het algemeen erkende uitgangspunt dat het scheidsgerecht over zijn eigen bevoegd-

heid beslist. De *Kompetenz-Kompetenz* dient er nu juist toe het primaat bij de gekozen arbiters te leggen. Maar wanneer arbiters zelf de arbitrale route afsnijden door zich onbevoegd te verklaren, dan zou het de overheidsrechter moeten zijn (de vernietigingsrechter) die de onbevoegdverklaring zou moeten kunnen terugdraaien om te voorkomen dat het geschil moet worden voorgelegd aan de overheidsrechter (de rechter die bevoegd is van de vordering kennis te nemen). Dit betoog heeft naar mijn smaak iets weg van het van twee walle-tjes willen eten: arbitrage zou moeten worden begunstigd, maar de overheidsrechter moet kunnen worden ingezet om dat doel te bereiken.

6.44. Mogelijk gaat het in de toekomst wel die kant op. Maar dat wil niet zeggen dat de rechter dit nu al vast zou moeten doen. Sterker, het is naar mijn mening niet aan de rechter om de door de wetgever (relatief recent) gemaakte keuze te 'corrigeren'. Het gaat hier ook niet om niet-verdisconterde bijzondere omstandigheden die de toepassing van de wettelijke bepaling zozeer in strijd doet zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat die toepassing achterwege moet blijven.<sup>73</sup>

6.45. Ook Meijer toont zich voorstander van een inhoudelijke toetsing door de vernietigingsrechter. Hij lijkt bovendien van mening te zijn dat dit nu al zou kunnen. Ik citeer (arcering toegevoegd): "d. Rechtsmiddelen tegen onbevoegdverklaring Nu een onbevoegdverklaring een arbitraal vonnis vormt waarop ingevolge art. 1052 lid 6, de art.1064-1068 toepassing zijn, moet worden aangenomen dat het rechtsmiddel van vernietiging daartegen thans wel openstaat. In buitenlandse rechtstelsels kent men dit verschijnsel ook. Vraag is dan wel welke grond voor de vordering tot vernietiging in aanmerking komt, waarbij wellicht de gronden in art. 1065 lid 1 onder c en d het meest voor de hand liggen (vgl. in deze zin kennelijk ook Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:14. Verdedigd kan worden dat de gewone rechter een onbevoegdverklaring in een vernietigingsgeding *inmiddels* ook op

73 Vgl. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, rov. 3.8.1, en de verwijzingen aldaar naar HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, rov. 3.1-3.6, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*), en HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, rov. 3.6.1-3.6.2, NJ 2015/344 (*Bosentan*). Zie ook B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Kluwer 2019, p. 37.

71 G. Born, *International Commercial Arbitration. Vol III*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2021, p. 3478-3479.

72 G. Born, *International Commercial Arbitration. Vol III*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2021, p. 3182.

grond van art. 1065 lid 1 onder a kan toetsen en vernietigen nu ingevolge HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645 (*Russische Federatie/HVY*) (rov. 5.2.7) op grond van art. 1065 lid 1 onder a niet zozeer wordt getoetst of een arbitrageovereenkomst ontbreekt, doch veeleer of deze bestaat (anders Hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:14) (...) Duidelijk is wel dat *dit slechts zal spelen in de gevallen waarin de onbevoegdverklaring tot herleving van de competentie van de gewone rechter leidt* (vgl. art. 1052 lid 5) en men wil bewerkstelligen dat men opnieuw kan arbitreran. De behoefte aan een actie tot vernietiging tegen een onbevoegdverklaring moge blijken uit de casuspositie die ten grondslag ligt aan HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918.<sup>74</sup>

6.46. Meijer leest kennelijk in het *Yukos*-arrest van 5 november 2021 een nieuwe invulling ('inmiddels') van de vernietigingsgrond in art. 1065 lid 1, onder a, Rv: voortaan kan de vernietigingsrechter een onbevoegdverklaring op dezelfde grond en wijze toetsen als een bevoegdverklaring. Daargelaten dat dit niet zou stroken met de door de wetgever gemaakte keuze om een inhoudelijke toetsing van een onbevoegdverklaring niet mogelijk te maken, lees ik de aangehaalde rov. 5.2.7 van het *Yukos*-arrest niet in die zin. Als de eiser in een vernietigingsprocedure aanvoert dat het scheidsgerecht niet bevoegd was te beslissen, dient de vernietigingsrechter te toetsen of er een geldige arbitrageovereenkomst bestaat (zoals in *Yukos* door arbiters was aangenomen, maar door de Russische Federatie werd bestreden). Hieruit volgt mijns inziens niet dat de grond onder a voortaan zo ruim moet worden uitgelegd dat daarop ook beroep kan worden gedaan in een vernietigingsactie tegen een onbevoegdverklaring, als dat inderdaad is wat Meijer hier bedoelt.<sup>75</sup>

6.47. Tot slot zou ik de door het middel gepercipiëerde oneerlijkheid als gevolg van een onevenwichtigheid tussen de positie van de eiser en die van de gedaagde in arbitrage willen relativeren.

74 G.J. Meijer in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1052, aant. 6d.

75 Het aan het slot van het citaat genoemde arrest van de Hoge Raad van 15 juni 2018 ziet op een geschil over de erkenning en de tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis waaraan in een herzieningsprocedure rechtskracht was ontnomen. Dit arrest lijkt mij voor de in deze zaak gevoerde discussie niet direct van belang.

Dat partijen een gelijke positie moeten hebben ten aanzien van vernietigingsmogelijkheden veronderstelt immers wat bij dit soort bevoegdheidssperikelen nu juist aan de orde wordt gesteld: dat een arbitrageovereenkomst bestaat. Zonder arbitrageovereenkomst kan er geen arbitrage plaatsvinden. Het in het middel aangevoerde argument dat recht moet worden gedaan aan de bedoeling van partijen om te arbitreran boet aan belang in als blijkt dat er geen geldige arbitrageovereenkomst is. Hierin bestaat een wezenlijk verschil tussen arbitrage en overheidsrechtspraak: de overheidsrechter is bevoegd *tenzij* voor arbitrage is gekozen; een scheidsgerecht is bevoegd *mits* voor arbitrage is gekozen. Het argument stelt bovendien de juistheid of onjuistheid van het oordeel van het scheidsgerecht centraal, en niet de vraag wiens oordeel over die bedoeling van partijen gezag moet toekomen. Dit opent mogelijk de deur naar een zeer ruime inhoudelijke beoordeling van arbitrale vonnissen door de overheidsrechter. Het argument dat recht gedaan moet worden aan de bedoeling van partijen beperkt zich namelijk niet tot bevoegdheidskwesties.

6.48. Bij dit alles is het overigens de vraag of het belang van een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat een onbevoegdverklaring vol moet kunnen worden getoetst. Ik heb daar zo mijn twijfels over. De beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht komt daarmee te liggen bij de overheidsrechter, wat als gezegd (zie 6.43) afwijkt van het uitgangspunt van *Kompetenz-Kompetenz* voor het scheidsgerecht. Ook kan dit de arbitrale rechtsgang juist frustreren, omdat ook na vernietiging het scheidsgerecht zich opnieuw onbevoegd kan verklaren, waarna ook weer opnieuw een vernietigingsprocedure kan worden begonnen. Dit kan zich in theorie herhalen tot de eiser eindelijk een scheidsgerecht te pakken heeft dat zich wél bevoegd verklaart, waarna dát oordeel door de gedaagde bij de overheidsrechter kan worden aangevochten. Overigens komt een onbevoegdverklaring (zeer) weinig voor, zodat het risico daarop in zijn algemeenheid partijen er niet van zou moeten weerhouden om voor arbitrage te kiezen.

#### *Onderdeel IA: afronding*

6.49. De klacht onder 1.22 behelst in essentie een samenvatting van de daaraan voorafgaande klachten en behoeft geen daarom afzonderlijke bespreking.

6.50. Slotsom is dat onderdeel 1A in zijn geheel faalt.

*Onderdeel I B: effectieve rechtsbescherming vereist equality of arms*

6.51. Onderdeel 1B betoogt in algemene zin dat het oordeel van het hof leidt tot een *inequality of arms* tussen eiser en verweerder in internationale (investerings)arbitrages. Dit maakt dat een eiser in een arbitrage in een zodanig nadelige positie ten opzichte van de gedaagde verkeert, dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake meer is. De klacht wordt uitgewerkt onder 1.23-1.27 van het middel.

6.52. Het middel bevat onder 1.23 een rechtsklacht en een uiteenzetting waarom sprake is van *inequality of arms*. Een gedaagde in een arbitrage kan steeds een voor hem ongunstige *bevoegdverklaring* inhoudelijk bestrijden. De eiser kan een voor hem ongunstige *onbevoegdverklaring* niet inhoudelijk bestrijden. Deze asymmetrie is des te pregnanter in de context van investeringsarbitrages tegen staten waarin investeerders altijd als eisers optreden, zodat investeerders ten opzichte van staten structureel op procedurele ongelijkheid stuiten. Dit is onverenigbaar met art. 6 EVRM, en moet dan ook tot een volledige toetsing van een onbevoegdverklaring leiden, aldus de klacht.

6.53. Ik stel vast dat de klachten van onderdelen 1.23-1.27 in zekere mate een herhaling vormen van de klachten die in onderdeel IA onder 1.5 en 1.6 naar voren zijn gebracht. Het accent ligt echter bij het beginsel van *equality of arms*.

6.54. Het beginsel van *equality of arms* is geschon- den als de voorwaarden waaronder een partij haar zaak mag verdedigen die partij ten opzichte van de wederpartij in een zodanig nadelige positie plaatst dat van een eerlijk proces geen sprake is.<sup>76</sup>

Dit beginsel voorziet in processuele waarborgen teneinde een *processueel* evenwicht tussen partijen in een procedure te bereiken.<sup>77</sup> Hierbij dient de procedure in zijn totaliteit te worden beschouwd. Het beginsel van *equality of arms* vereist echter niet een evenwicht tussen partijen te bereiken in die zin dat aan beide partijen steeds een gelijkwaardig arsenaal aan rechtsmiddelen ter beschikking dient te staan. Aan art. 6 EVRM en het beginsel van *equality of arms* kan bovendien niet een recht worden ontleend op een rechtsmiddel waar de wet niet in voorziet. Het EHRM verwoordt dit in *Roche v. Verenigd Koninkrijk* als volgt:<sup>78</sup>

“117. Article 6§1 does not, however, guarantee any particular content for those (civil) ‘rights’ in the substantive law of the Contracting States: the Court may not create through the interpretation of Article 6§1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (...). Its guarantees extend only to rights which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law (...).”

Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat aan art. 6 EVRM op zichzelf niet een recht op een rechtsmiddel kan worden ontleend.<sup>79</sup>

6.55. Van *inequality of arms* is in dit geval geen sprake enkel op grond van het feit dat aan Venezuela, als het Arbitraal Vonnis ten aanzien van de bevoegdheid anders had geluid, de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv ter beschikking had gestaan, die specifiek is toegesneden op arbitrale beslissingen over de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Dit is immers een verschil in de (materiële) rechtsmiddelen (vernietigings-

ten, Deventer: Kluwer 2017, p. 31-32, en P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 124.

77 Bij processuele waarborgen die door *equality of arms* worden afgedwongen valt te denken aan het mogen leveren van tegenbewijs indien een partij tot bewijslevering wordt toegelaten. Ook brengt *equality of arms* mee dat bewijsmiddelen die door een partij worden ingebracht kenbaar moeten zijn voor de wederpartij. Zie T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, Deventer: Kluwer 2017, p. 32 en de verwijzingen aldaar.

78 EHRM 19 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1019JUD003255596, rov. 117 en 120 (*Roche v. Verenigd Koninkrijk*).

79 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, rov. 3.8.4 (*Rosneft/Yukos*).

76 EHRM 27 oktober 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888, rov. 33, *NJ* 1994/534, m.nt. H.J. Snijders (*Dombo Beheer v. Nederland*), EHRM 18 februari 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0218JUD001899091, rov. 23, *NJ* 1997/50 (*Nideröst-Huber v. Zwitserland*), en EHRM 23 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1023JUD001774891, rov. 38, *NJ* 1998/344 (*Ankerl v. Zwitserland*). Zie ook P. Leanza & O. Pridal, *The Right to a Fair Trial. Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 124. Vgl. ook T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rech-*

gronden) die aan de ene partij (Venezuela) ten opzichte van de andere partij ([eisers]) ter beschikking staan. Dat verstoort evenwel niet het door *equality of arms* gewaarborgde *processuele* evenwicht tussen partijen. Niet is gebleken dat de voorwaarden waaronder [eisers] in deze procedure hun kant van de zaak hebben kunnen verdedigen hen ten opzichte van Venezuela in een zodanig nadelige positie hebben geplaatst dat van een eerlijk proces geen sprake is.

6.56. Voor zover het middel betoogt dat waar art. 1065 lid 1, onder a, Rv thans voorziet in een vernietigingsgrond die in het voordeel is van de oorspronkelijke gedaagde in een arbitrage, *equality of arms* met zich brengt dat een spiegelbeeldige vernietigingsgrond beschikbaar moet zijn voor de oorspronkelijke eiser in de arbitrage, faalt het eveneens. In essentie is dit immers een poging aan art. 6 EVRM een rechtsmiddel te ontnemen (namelijk een specifieke vernietigingsgrond) waar de wet niet in voorziet. Dat in een investeringsarbitrage de investeerder is aangewezen op de rechter in de staat die hij onrechtmatig handelen verwijt, maakt niet dat ineens wél een rechtsmiddel aan art. 6 EVRM kan worden ontleend.

6.57. Onder 1.24 houdt het middel voor dat de gelaakte asymmetrie in rechtsmiddelen geen rechtvaardiging kan vinden in het feit dat een onbevoegdverklaring, anders dan een bevoegdverklaring, geen wezenlijke verslechtering in rechtsbescherming inhoudt omdat de eiser zich altijd nog tot de overheidsrechter kan wenden. Terugvallen op de gewone rechter biedt namelijk niet de rechtsbescherming waarvoor partijen hebben gekozen. Een onbevoegdverklaring is dan ook niet minder dan een ontzegging van de (arbitrale) rechtsbescherming die veelal een noodzakelijke voorwaarde was voor het doen van de relevante investering, aldus het middel.

6.58. De klacht faalt omdat de genoemde asymmetrie niet leidt die tot een processuele onevenwichtigheid in de zojuist aangegeven zin. Niet relevant is of de onbevoegdverklaring een wezenlijke verslechtering van rechtsbescherming inhoudt. Dat er situaties zijn waarin arbitrage de enige reële vorm van rechtsbescherming biedt moge zo zijn, maar dat maakt niet dat art. 6 EVRM toegang tot dat arbitrale forum zou waarborgen en dat, in het verlengde daarvan, de asymmetrie in rechtsmiddelen ontoelaatbaar wordt. Deze lezing van art. 6 EVRM herdefinieert het artikel zo dat het niet toegang beschermt tot een

gerecht dat bij wet is ingesteld, maar bovendien toegang tot het gerecht waarvan de meeste rechtsbescherming valt te verwachten. Het is (vaste) rechtspraak van het EHRM dat het recht op toegang tot de rechter op zichzelf geen absoluut recht is, maar per definitie onderworpen is aan proportionele en legitieme beperkingen. Een aanvaardbare beperking kan het ontbreken van rechtsmacht zijn.<sup>80</sup> Het argument dat de rechtsbescherming bij de overheidsrechter van het ene land hoger is dan van het land waarvan de rechter rechtsmacht heeft, doet daar niet aan af. Datzelfde argument is verworpen in de zaak *Nait-Liman v. Zwitserland*. In die zaak verklaarde de Zwitserse rechter zich onbevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van Nait-Liman om compensatie te krijgen voor martelingen die hij had ondergaan in Tunesië.<sup>81</sup> Het EHRM achtte de weigering van de Zwitserse rechter om rechtsmacht te weigeren op basis van Zwitsers recht proportioneel en legitiem. Het argument van Nait-Liman dat hij in Tunesië geen effectief forum had, en dat het onbevoegdheidsoordeel van de Zwitserse rechter hem daarmee permanent rechtsbescherming ontzegde, was onvoldoende om van strijd met art. 6 EVRM te spreken. Waarom dit anders zou zijn als van een *scheidsgerecht* superieure rechtsbescherming is te verwachten zie ik niet. Het komt mij dan ook voor dat de omstandigheid dat partijen bij een onbevoegdverklaring terugvallen op een overheidsrechter van wie minder rechtsbescherming valt te verwachten dan van arbiters, op zichzelf de asymmetrie in rechtsmiddelen niet strijd doet ontstaan met art. 6 EVRM.

6.59. Het middel maakt onder 1.25-1.26 nog een vergelijking met het zogeheten asymmetrisch rechtsmiddelenverbod in exequaturprocedures met betrekking tot buitenlandse arbitrale vonnissen en verwijst naar rechtspraak van de Hoge Raad daarover. Op grond daarvan moet worden

80 EHRM 13 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0713JUD007498911, rov. 72-77 (*Ali Riza v. Zwitserland*). Zie ook de *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)*, 31 december 2021, p. 34-35.

81 EHRM 15 maart 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707, rov. 122-128, 133, en 205-220 (*Nait-Liman v. Zwitserland*). Vgl. EHRM 16 maart 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0316JUD004518712, rov. 59-74 (*Hussein e.a. v. België*).

vastgesteld of de door de asymmetrie in een nadelige positie gebrachte procespartij voldoende overige procedurele mogelijkheden ter beschikking staan (zoals vernietiging of herroeping). Zijn die er niet, dan moet het asymmetrisch rechtsmiddelenverbod worden doorbroken om te voorkomen dat strijd met art. 6 EVRM ontstaat.

6.60. Het door het middel gememoreerde asymmetrisch rechtsmiddelenverbod ziet op art. 1062 lid 3 en 4 (oud) Rv in samenhang met art. 1064 lid 1 (oud) Rv, op grond waarvan hoger beroep (en beroep in cassatie) tegen de verlening van een exequatur van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis *niet* open stond, terwijl hoger beroep (en beroep in cassatie) tegen de weigering van de verlening van een exequatur van datzelfde vonnis *wél* open stond. Het rechtsmiddelenverbod creëert aldus een situatie waarbij de verzoeker tot het exequatur een extra kans krijgt zijn standpunt naar voren te brengen indien de exequatur wordt geweigerd, maar die mogelijkheid voor de verweerder niet open staat indien de exequatur wordt verleend. Dat kan, behoudens de door de Hoge Raad daarop aanvaarde uitzonderingen,<sup>82</sup> ertoe leiden dat de verweerder in een zodanig nadelige positie wordt geplaatst dat van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM geen sprake meer is. Dat kan immers het processuele evenwicht verstoren omdat een partij in essentie een extra kans krijgt om zijn zaak te verdedigen. Daargelaten dat bij deze asymmetrie niet de eiser maar de verweerder in het nadeel kan zijn, gaat het argument in deze zaak niet op om dezelfde gronden als waarop de zojuist besproken klachten onder 1.23 e.v. falen.

6.61. De overige klachten van het onderdeel behoeven geen afzonderlijke bespreking.

6.62. Slotsom is dat onderdeel 1B faalt.

*Onderdeel 2 – Vernietiging wegens het passeren van essentiële stellingen (art. 1065 lid 1, onder c en d, Rv)*

6.63. Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 16 en 17 van het arrest:

“16. Het hof volgt [eisers] niet in dit betoog, dat gebaseerd is op een te ruime toepassing van artikel 1065, eerste lid onder c Rv. Het scheidsgerecht moet een beslissing geven op de vorderingen en essentiële verweren van partijen, maar het hoeft niet alle argumenten (afzonderlijk) te behandelen die partijen ter onderbouwing daarvan hebben aangevoerd. In het onderhavige geval heeft het scheidsgerecht naar aanleiding van het tussen partijen gevoerde debat over de interpretatie van de definitie van investeerder het volgende overwogen (overweging 706 van het Arbitraal Vonnis): “*The Parties differ with respect to the interpretation of the concept of “investor” from Article 1(1) (a) of the Treaty. Although it is true that such definition does not expressly exclude the protection of dual nationals from the two States Parties to the Treaty, neither does it expressly include them*”. Daaruit blijkt dat het scheidsgerecht zich rekenschap heeft gegeven van de stellingen van partijen ten aanzien van de interpretatie van de definitie van investeerder, en dat het zich een oordeel heeft gevormd over de vraag of aan de hand van die definitie kan worden vastgesteld of personen met een dubbele nationaliteit een beroep op de bescherming van het Verdrag kunnen doen. Uit overweging 706 volgt dat het scheidsgerecht, anders dan [eisers] hadden aangevoerd, van oordeel is dat de gewone betekenis van artikel 1, eerste lid onder a van het Verdrag niet duidelijk is. Daarmee voldoet het Arbitraal Vonnis aan de eisen die daar op grond van artikel 1065, eerste lid onder c Rv kunnen worden gesteld. Het staat het hof in het kader van deze bepaling niet vrij om inhoudelijk te toetsen of de interpretatie van het scheidsgerecht van de definitie van investeerder juist is.

“17. Ook het betoog van [eisers] dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door onvoldoende aandacht te besteden aan de *travaux préparatoires* van het Verdrag, is ongegrond. In de weergave van de stellingen van partijen in hoofdstuk VI van het arbitraal vonnis heeft het scheidsgerecht vermeld wat partijen ten aanzien van de *travaux préparatoires* hebben gesteld, en in overweging 642 van het Arbitraal Vonnis heeft het scheidsgerecht benoemd dat de *travaux préparatoires* op grond van artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag als aanvullende interpretatiebron kunnen worden gebruikt. Vervolgens heeft het scheidsgerecht in overweging 706 van het Arbitraal Vonnis overwogen dat de definitie van investeerder personen met een dubbele nationaliteit

82 HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1679, NJ 2012/55, m.nt. H.J. Snijders (*Yukos/Rosneft*), HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova Holding/Sonera Holding*), en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:555, NJ 2017/343, m.nt. L. Strikwerda (*Nelux*).

niet uitdrukkelijk insluit, maar ook niet uitdrukkelijk uitsluit (vgl. het citaat hierboven). Deze overweging staat onder het opschrift “5. *Interpretation of the terms of the Treaty in accordance with the VCLT*”. Kennelijk heeft het scheidsgerecht geconcludeerd dat het in dit geval niet nodig of zinvol was om de *travaux préparatoires* expliciet te betrekken bij de interpretatie van artikel 1, eerste lid onder a van het Verdrag. Of die conclusie juist is kan het hof niet inhoudelijk toetsen.”

6.64. Het onderdeel betoogt, in de kern, dat het Scheidsgerecht essentiële stellingen van [eisers] en Venezuela over het begrip *investor* uit het Verdrag heeft gepasseerd, die tot een andere uitkomst hadden kunnen leiden. Deze stellingen zien, kort gezegd, op (i) de ‘gewone betekenis’ van het begrip *investor* en (ii) de *travaux préparatoires* van het Verdrag.

6.65. Ten aanzien van de interpretatie van het begrip *investor* voert het middel het volgende aan.

6.66. Onder 2.1 stellen [eisers] dat zij in de arbitrage hebben betoogd dat op basis van de ‘gewone betekenis’ van art. I lid 1, onder a, van het Verdrag *dual nationals* zijn beschermd. Het Scheidsgerecht heeft ten onrechte geen interpretatie van de tekst gegeven, maar enkel geconstateerd dat de definitie van *investor* niet *dual nationals* alleen kunnen worden beschermd op grond van een BIT, als de BIT daar *expliciet* in voorziet. Met dat oordeel heeft het Scheidsgerecht niet gereageerd op de stellingen van partijen over de interpretatie van de letterlijke tekst van het Verdrag, maar zich buiten het partijdebat begeven. Dit vormt, mede tegen de achtergrond van art. 31 van het Weens Verdragenverdrag, een schending van de opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv).<sup>83</sup>

6.67. Onder 2.2 voert het middel aan dat het hof tegen deze achtergrond niet kon oordelen dat het Scheidsgerecht zich rekenschap heeft gegeven van de stellingen van partijen dienaangaande. Volgens het Scheidsgerecht bevat het Verdrag immers een ‘*silence*’ op dat punt. Het hof miskent daarmee de strekking van art. 1065 lid 1, onder c, Rv. In ieder

geval is het oordeel van het hof onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd.

6.68. Onder 2.3 wijst het middel op het belang van [eisers] bij deze klacht. Er bestaat immers een reële kans dat het Scheidsgerecht tot een ander oordeel zou zijn gekomen omtrent het begrip *investor* als het wél op de stellingen had gereespondeerd, wat zou kunnen betekenen dat *dual nationals* zich op het Verdrag kunnen beroepen en er daarom een geldige arbitrageovereenkomst zou zijn. Onder 2.4 zet het middel de positie van [eisers] ten aanzien van de interpretatie van de letterlijke tekst nogmaals uiteen.

6.69. De klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6.70. Daarbij stel ik het volgende voorop. Op basis van art. 1065 lid 1, onder c, Rv kan een arbitraal vonnis waarin een scheidsgerecht de opdracht heeft geschonden vernietigd worden, mits die schending van substantiële betekenis is (art. 1065 lid 4 Rv). Een schending is substantieel als de uitkomst anders zou zijn geweest indien de arbiters binnen de grenzen van hun opdracht waren gebleven.<sup>84</sup> Tot die opdracht behoort ook het vereiste dat arbiters alle vorderingen en daartegen gevoerde verweren dienen te behandelen, mits die essentieel zijn. Een punt dat niet essentieel is voor de beslissing, zal niet tot een andere uitkomst hebben geleid, waardoor de schending ook niet voldoende ernstig is. Een scheidsgerecht hoeft bovendien niet steeds expliciet te beslissen op een essentiële stelling, maar mag dat ook impliciet doen, bijvoorbeeld als de beslissing vervat is in het oordeel dat de stelling in het kader van een ander argument is afgewezen, of in de overwegingen van het arbitraal vonnis als geheel. Niet alle aangevoerde argumenten en stellingen hoeven dus in het arbitraal vonnis terug te komen. Wel dient er een concreet aanknopingspunt te zijn dat het scheidsgerecht de stelling bij zijn oordeel heeft betrokken.<sup>85</sup> Tot slot memoreer ik dat de rechter een beroep op art. 1065 lid 1, onder c, Rv terughoudend dient te beoordelen (zie 5.13).

6.71. De centrale vraag in de onderhavige arbitrageprocedure was of *dual nationals* als [eisers] on-

83 In de inleiding bij het middelonderdeel (procesinleiding [eisers], onder 2) wordt opgemerkt dat [eisers] mede art. 1065 lid 1, onder d, Rv aan hun vordering tot vernietiging ten grondslag hebben gelegd. In de klachten komt een beroep op art. 1065 lid 1, onder d, Rv echter niet terug zodat ik daar verder niet op inga.

84 Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/L.76.3.

85 C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI* (O&R nr. 113), Deventer: Kluwer 2019, p. 663 en de verwijzingen aldaar.

der de definitie van *investor* vallen. In par. 328 e.v. van het Arbitraal Vonnis zet het Scheidsgerecht de stellingen van [eisers] met betrekking tot de gewone betekenis van de definitie van *investor* uiteen. Het middel klaagt niet dat het Scheidsgerecht de stellingen van [eisers] op dit punt niet heeft onderkend.

6.72. Het middel kan worden toegegeven dat de bespreking in het Arbitraal Vonnis van de gewone definitie van *investor* is beperkt tot de constatering dat die definitie *dual nationals* in- noch uitsluit. De stellingen van [eisers] zijn evenwel niet onbesproken gelaten en dus niet gepasseerd. Het Scheidsgerecht was niet overtuigd van de juistheid van de door [eisers] aangevoerde argumenten voor de door hen voorgestane uitleg van het begrip *investor*. Daarom getuigt het oordeel van het hof dat deze bespreking door het Scheidsgerecht geen strijd oplevert met art. 1065 lid 1, onder c, Rv niet van een miskenning van die wetsbepaling. Onbegrijpelijk is dat oordeel evenmin. Ik licht dat nader toe.

6.72.1. Het Scheidsgerecht bespreekt de diverse argumenten die voor en tegen zijn bevoegdheid zijn aangevoerd. Het begint met een interpretatie van het Verdrag. Ten aanzien van de relevante interpretatieregels van het Weens Verdragenverdrag overweegt het Scheidsgerecht onder meer (par. 644) dat art. 31(1) van dat verdrag *niet* de door [eisers] voorgehouden interpretatieregels bevat die voorrang toekomt aan de letterlijke betekenis van de bepalingen uit een verdrag. Volgens het Scheidsgerecht houdt art. 31 Weens Verdragenverdrag in dat de tekst van het Verdrag bezien moet worden in samenhang met de andere interpretatie-elementen genoemd in die bepaling.

6.72.2. Het Scheidsgerecht benadrukt vervolgens het belang van “*the rules and principles of International Law*” bij de uitleg van het Verdrag. Niet alleen art. XI(4)(b) van het Verdrag bepaalt dat het Scheidsgerecht internationaal recht toepast, ook art. 31(3)(c) van het Weens Verdragenverdrag schrijft voor dat internationaal recht wordt betrokken bij de uitleg van een verdrag (par. 645). Het Scheidsgerecht zet vervolgens relevante beginselen van internationaal recht (en hun temporele toepassing) uiteen, die het verderop zal betrekken bij de uitleg van het Verdrag. In het bijzonder is hierbij van belang de bespreking van het door [eisers] voorgestane beginsel dat het Verdrag een *lex specialis* vormt, die derogert aan andere genoemde principes en beginselen van

internationaal recht. Deze stelling vormt immers de basis voor het tekstuele argument waarop [eisers] hun betoog doen steunen. Het Scheidsgerecht verwerpt het door [eisers] voorgestane beginsel en acht het juist dat algemene regels van internationaal recht toepassing moeten vinden in een internationale investeringsarbitrage als deze.

6.72.3. Na deze vooropstellingen gaat het Scheidsgerecht over tot de interpretatie van het verdrag onder het kopje “5. *Interpretation of the terms of the Treaty in accordance with the VCLT*”. Daarbij lees ik in par. 705, na verwerping van het argument dat het Verdrag als *lex specialis* een gesloten juridisch regime vormt, dat het Scheidsgerecht zich zal buigen over de vraag welke andere door partijen aangehaalde beginselen ten grondslag liggen aan het Verdrag. Vervolgens constateert het Scheidsgerecht dat partijen van mening verschillen over de interpretatie van de definitie van *investor*. De definitie moet geïnterpreteerd worden in zijn context, in overeenstemming met art. 31(1) van het Weens Verdragenverdrag. De context omvat ook andere bepalingen van het Verdrag en regels van (ongeschreven) volkenrecht.

6.72.4. Kortom, bij het interpreteren van de term *investor* was voor het Scheidsgerecht niet alleen relevant de tekst van art.1 lid 1 onder a van het Verdrag, die op het punt van *dual nationals* geen uitsluitsel geeft, maar ook de overige bepalingen en preambules van het Verdrag, alsmede regels en beginselen van internationaal recht. En het is op basis van die juridische context dat het Scheidsgerecht vervolgens tot de conclusie komt dat de definitie van *investor* niet *dual nationals* omvat. In dat licht getuigt het niet van een onaanvaardbaar passeren van essentiële stellingen door het Scheidsgerecht door niet verder in te gaan op de gewone betekenis van de definitie van *investor*.

6.73. In dit verband merk ik tot slot nog op dat begin dit jaar een ander scheidsgerecht in een UNCITRAL-arbitrage einduitspraak heeft gedaan in een zaak waarin eveneens de vraag voorlag of *dual nationals* onder de definitie van *investor* in het Verdrag vielen.<sup>86</sup> Ook dit andere scheidsgerecht komt tot de conclusie dat dit niet het geval is

86 Zie PCA 31 januari 2022, zaaknr. 2019-11, par. 253-299 (*Fernando Trapote v. Venezuela*). Te raadplegen (in het Spaans) op <https://www.italaw.com/cases/7511>. De drie arbiters en de secretaris van het scheidsgerecht in die zaak waren andere personen dan in deze zaak.

als dual nationals hun claim richten tegen de staat van hun dominante nationaliteit. Dit andere arbitrale vonnis bevat wel een uitgebreide bespreking van de tekstuele betekenis van de definitie van *investor*, maar daaruit volgt niet een andere conclusie dan in deze zaak, namelijk dat die definitie *dual nationals* uit- noch insluit. Ook in die zaak hebben arbiters zich onbevoegd verklaard.

6.74. Met betrekking tot de *travaux préparatoires*, het tweede onderwerp dat in onderdeel 2 wordt aangesneden, voert het middel onder 2.6-2.7 aan dat partijen het Scheidsgerecht hebben ‘opgedragen’ om de *travaux préparatoires* mee te wegen bij de uitleg van het Verdrag. Het Scheidsgerecht heeft echter alleen in algemene zin de *travaux préparatoires* van het Verdrag als aanvullende inspiratiebron genoemd, maar daar verder geen woord aan gewijd. Het heeft wél gekeken naar de *travaux préparatoires* van andere verdragen. Het oordeel van het hof dat het Scheidsgerecht kennelijk heeft geconcludeerd dat het niet nodig of zinvol was om de *travaux préparatoires* van het Verdrag expliciet te betrekken bij de interpretatie van art. I lid 1, onder a, van het Verdrag is onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft niet toereikend gemotiveerd geoordeeld dat het Scheidsgerecht voldoende kenbaar heeft geconcludeerd dat het niet nodig of zinvol was om de *travaux préparatoires* bij de interpretatie van de definitie van *investor* te betrekken. Dit klemte te meer omdat het Scheidsgerecht wel is ingegaan op andere investeringsverdragen en daarbij stellingen van [eisers] expliciet heeft afgevoerd. Bovendien is het Scheidsgerecht *sua sponte* te rade gegaan bij de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag, waar geen van beide partijen beroep op had gedaan. Dit getuigt van willekeur, aldus het middel.

6.75. Onder 2.8 wijst het middel erop dat de stellingen van [eisers] over de *travaux préparatoires* van het Verdrag essentiële stellingen zijn die tot een andere uitkomst hadden kunnen leiden als het Scheidsgerecht die stellingen in zijn beoordeling had betrokken.

6.76 Het middel bevat onder 2.9 een samenvatting van die stellingen en wijst er onder 2.10 voor alle duidelijkheid op dat deze klachten geen inhoudelijke toetsing van het Arbitraal Vonnis verlangen, maar enkel of de genoemde essentiële stellingen zijn behandeld.

6.77. Ook deze klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

6.78. Het hof heeft in rov. 17 vastgesteld dat het Scheidsgerecht zich rekenschap heeft gegeven van de stellingen van partijen met betrekking tot (het belang van de) *travaux préparatoires*, dat het heeft overwogen dat de definitie van *investor dual nationals* niet in- of uitsluit, en dat het Scheidsgerecht het kennelijk niet nodig heeft geacht die *travaux préparatoires* expliciet te betrekken bij de interpretatie van de definitie van *investor*. Dat oordeel van het hof acht ik niet onjuist of onbegrijpelijk.

6.79. De stellingen van [eisers] die zien op de *travaux préparatoires* van het Verdrag komen erop neer dat daaruit impliciet zou blijken dat *dual nationals* zijn ingesloten. Uit een eerder concept van het Verdrag zou namelijk een uitdrukkelijker uitsluiting volgen. Als Spanje en Venezuela *dual nationals* uitdrukkelijk hadden willen uitsluiten, dan hadden zij dat kunnen doen (zoals Venezuela in andere BITs heeft bedongen). Dat Spanje en Venezuela dit niet gedaan hebben wijst erop dat zij *dual nationals* hebben willen *insluiten*, aldus de klacht.

6.80. Ook hier gaat het middel voorbij aan de wijze waarop het Scheidsgerecht de definitie van *investor* heeft uitgelegd. Deze uitleg is gebaseerd op de context van andere bepalingen in het Verdrag en op beginselen van internationaal recht, in het bijzonder het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid en het beginsel van effectieve nationaliteit, welke beginselen op het Verdrag van toepassing zijn. De stellingen van [eisers] over de *travaux préparatoires* van het Verdrag lijken mij in lijn met de conclusie van het Scheidsgerecht dat de definitie van *investor* op zichzelf *dual nationals* in- noch uitsluit. Dat het Scheidsgerecht het niet nodig achtte afzonderlijk in te gaan op de *travaux préparatoires* van het Verdrag levert niet een onaanvaardbaar passeren van essentiële stellingen op. In dat licht getuigt het ook niet van willekeur dat het Scheidsgerecht wel acht heeft geslagen op de *travaux préparatoires* van (multilaterale) investeringsverdragen, zoals het ICSID-verdrag, nu het dat deed in het kader van de uitleg van het arbitraal beding. Het oordeel van het hof, waarin dit kennelijk ligt besloten, is dan ook niet onjuist of onbegrijpelijk.

6.81. Onderdeel 2 faalt in het geheel.

*Onderdeel 3 – Het Scheidsgerecht heeft een onjuiste beslissingsmaatstaf gehanteerd (art. 1065 lid 1, onder c en d, Rv)*

6.82. Onderdeel 3 richt zich tegen rov. 24 van het arrest:

“24. (...) Het scheidsgerecht heeft ook toegelicht waarom het zijn analyse is begonnen met een uiteenzetting over het internationale recht: zowel uit artikel 31, derde lid onder c van het Weens Verdragenverdrag als uit artikel XI, vierde lid onder b van het Verdrag volgt dat de arbiters bij de uitleg van het Verdrag internationaal recht in aanmerking moeten nemen. Verder heeft het scheidsgerecht overwogen dat verdragsluitende staten de bevoegdheid hebben om in het Verdrag af te wijken van het geldend internationaal recht, maar dat daarvoor ‘clear language’ noodzakelijk is (overwegingen 644 tot en met 647 van het Arbitraal Vonnis). Er is geen sprake van dat het scheidsgerecht met deze aanpak zijn opdracht heeft geschonden. De enkele omstandigheid dat het scheidsgerecht mogelijk ook tot een ander (volgens [eisers]: correct) oordeel had kunnen komen, is onvoldoende om te kunnen oordelen dat sprake is van een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 Rv.”

6.83. Het middel betoogt dat tussen partijen niet in geschil was dat het Verdrag moest worden geïnterpreteerd aan de hand van het Weens Verdragenverdrag en niet op grond van het (algemene) internationale recht. Door zich wél te baseren op internationaal recht heeft het Scheidsgerecht de opdracht geschonden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Het hof heeft op zijn beurt, door te oordelen dat het Scheidsgerecht zich wél mocht baseren op het (algemene) internationale recht, ofwel blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen tot de opdracht behoort, ofwel in het licht van de stellingen van [eisers] een onbegrijpelijke en/of een ontoereikend gemotiveerde beslissing gegeven.

6.84. Ik merk het volgende op. Art. XI lid 4, onder (b), van het Verdrag bepaalt dat de “*arbitration shall be based on the rules and principles of international law*”. Daarmee behoort het (algemene) internationale recht tot de beslissingsmaatstaf als bedoeld in art. 1054 lid 1 en 2 Rv. De positie van Venezuela hield bovendien in dat de uitlegeregels van het Weens Verdragenverdrag onderdeel zijn van het internationale recht, op basis waarvan het Scheidsgerecht diende te beslissen.<sup>87</sup> Het Weens Verdragenverdrag derogeert niet aan art. XI van het Verdrag. Daarenboven mag een scheidsgerecht op basis van art. 31(3)(c) van het Weens

Verdragenverdrag rekening houden met iedere ter zake doende regel van volkerenrecht die op de betrekkingen tussen partijen in het door hem te beslissen geding kan worden toegepast.<sup>88</sup> Het oordeel van het hof geeft daarom niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onbegrijpelijk is dat oordeel evenmin.

*Onderdeel 4 – Schending beginsel van hoor en wederhoor door Scheidsgerecht en hof*

6.85. Onderdeel 4 richt zijn pijlen op de volgende overweging uit rov. 18 van het arrest:

“18. (...) Het stond het scheidsgerecht vrij om bij de bespreking van de vraag of er naar internationaal recht sprake is van een ‘absoluut beginsel van niet-aansprakelijkheid’ ook acht te slaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag, en om dat beginsel vervolgens bij zijn oordeel in aanmerking te nemen. Het gaat hierbij om rechtsgronden die het scheidsgerecht zelfstandig bij zijn oordeel heeft kunnen betrekken. Uit het beginsel van hoor en wederhoor volgt geen verplichting voor het scheidsgerecht om partijen in staat te stellen zich vooraf over voorgenomen rechtsoverwegingen uit te laten. Overigens heeft de Republiek Venezuela in de arbitrage wel degelijk een beroep gedaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag (vgl. de opinie van [deskundige 1] die door de Republiek Venezuela in de arbitrage is ingebracht; [deskundige 1] gaat hier uitgebreid op in onder punt 6 e.v. van zijn opinie). [deskundige 1] verwijst in zijn opinie ook naar het ‘absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid’, dan wel de codificatie daarvan in artikel 4 van de *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (zie punten 43 en 50 van zijn opinie). Zowel de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag als het ‘absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid’ zijn dus in de arbitrage aan de orde geweest. Ook daarom kan niet van een verrassingsbeslissing worden gesproken.”

6.86. Volgens het middel is dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk, en heeft het hof bovendien art. 24 Rv geschonden.

6.87. *Onder 4.1* betoogt het middel dat het oordeel van het hof dat Venezuela in de arbitrage een beroep heeft gedaan op de *travaux préparatoires*

87 Zie Arbitraal Vonnis, par. 258-259.

88 Vgl. O. Dörr & K. Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlijn: Springer 2018, p. 603 e.v.

van het ICSID-verdrag en op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid, en er dus geen sprake is geweest van een aanvulling van stellingen, onbegrijpelijk is. Geen van de partijen heeft namelijk een beroep gedaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag. Ook het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid is niet aangevoerd en niet op zitting besproken. Alleen het beginsel van dominante en effectieve nationaliteit is aan de orde gesteld. Dat door Venezuela een beroep is gedaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag is, met de enkele verwijzing naar de opinie van [deskundige 1], ook onbegrijpelijk. In die opinie komen de door het Scheidsrecht aangehaalde passages niet voor.

6.88. Onder 4.2 wordt het betoog uitgewerkt dat het oordeel van het hof dat het gaat om rechtsgronden die het Scheidsrecht zelfstandig bij zijn oordeel mocht betrekken, rechtens onjuist is. Het Scheidsrecht mag namelijk niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden. Ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten, rechtsgronden en verweren is alleen onder voorwaarden toegestaan, en die zijn in deze zaak niet vervuld, hetgeen het hof heeft miskend, althans niet heeft gemotiveerd waarom aan die voorwaarden wel is voldaan. Dit levert dan ook strijd op met het beginsel van hoor en wederhoor, en resulteert in een ongeoorloofde verrassingsbeslissing.

6.89. Eerst ga ik in op de klachten onder 4.2.

6.90. Ik merk op dat tot de opdracht aan het Scheidsrecht op de voet van art. 1054 lid 1 en lid 3 Rv ook de beslissingsmaatstaf en een eventuele rechtskeuze tot de opdracht aan het Scheidsrecht behoort (art. 1054 lid 2 Rv). Het bepalen van de inhoud van dat recht behoorde tot de vrijheid van het Scheidsrecht.<sup>89</sup> Het Scheidsrecht was daarbij niet gehouden om het geschil te beslechten uitsluitend aan de hand van specifieke door de partijen geponeerde (juridische) stellingen, zo lang het binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijft en een geen verrassingsbeslissing geeft.

6.91. Het oordeel van het hof getuigt in dat licht niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het bepalen

van het toepasselijke internationale recht, in het bijzonder of het absoluut beginsel van niet-aansprakelijkheid daarvan onderdeel uitmaakt, behoort tot de vrijheid van het Scheidsrecht. Bij de vaststelling van dat beginsel mocht het Scheidsrecht, mede in het licht van art. 32 van het Weens Verdragenverdrag, ook acht slaan op de *travaux préparatoires* van andere verdragen, zoals het ICSID-verdrag. In die vrijheid werd het Scheidsrecht niet beperkt enkel omdat een partij niet uitdrukkelijk op genoemd beginsel beroep heeft gedaan of omdat zij de door het Scheidsrecht relevant geachte (passages uit de) *travaux préparatoires* niet zelf aan haar positie ten grondslag heeft gelegd.

6.92. Het Scheidsrecht heeft onderkend dat ook naar het van toepassing zijnde internationale recht het niet gebonden is aan hetgeen partijen over de inhoud van het toepasselijke recht naar voren hebben gebracht, maar dat het geacht wordt bekend te zijn met het recht (*iura novit curia*) en dat recht moet vaststellen:

“638. With respect to this point, the Tribunal feels, in accordance with the case law of the ICJ, that the rule *onus probandi actori* incumbit is not applicable with regard to the international law alleged or relevant in this case because customary rules of a local or regional measure are not involved in the present circumstances. The content of the relevant law at the time of interpreting the Treaty is known according to the principle *iura novit curia*, and must be determined by the Tribunal – and therefore the burden of proving its content cannot be imposed on any of the Parties. As the ICJ held in Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), “the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the Parties, for the law lies within the judicial knowledge of the [ICJ]” (...).”

6.93. Dan nu de klachten onder 4.1.

6.94. Ik stel voorop dat, daargelaten of Venezuela uitdrukkelijk een beroep heeft gedaan op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid,<sup>90</sup> het

89 Vgl. art. 25 Rv over de bevoegdheid van de ‘gewone’ rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, en C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI* (O&R nr. 113), Deventer: Kluwer 2019, p. 670-671. Zie ook S. Stuij, *Iura novit curia en buitenlands recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 84-85.

90 Dit wordt wel genoemd in par. 50 van de opinie van de deskundige van Venezuela, [deskundige 1] (productie 8 bij dagvaarding), zij het in de context van de bespreking van het beginsel van dominante of effectieve nationaliteit en in verband met ‘diplomatieke bescherming’, die volgens Venezuela aan het beginsel van dominante en effectieve nationaliteit ten grondslag

buiten twijfel staat dat het primaire verweer van Venezuela in de arbitrageprocedure was dat het Scheidsgerecht onbevoegd was om van de vorderingen van [eisers] kennis te nemen, op de grond dat [eisers] (mede) de Venezolaanse nationaliteit hebben en het Verdrag er niet toe strekt investeringen van Venezolanen in Venezuela te beschermen. Dit is volgens Venezuela een algemeen uitgangspunt bij internationale investeringsverdragen.<sup>91</sup> Ik begrijp het Arbitraal Vonnis zo dat het Scheidsgerecht Venezuela volgt in deze opvatting, en dit uitgangspunt omschrijft als 'het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid' (par. 660-674). Het Scheidsgerecht heeft aldus genoemd beginsel als rechtsgrond bij zijn oordeel omtrent het bevoegdheidsverweer betrokken. Dat mocht het doen, zoals het hof op juiste en begrijpelijke wijze heeft geoordeeld.

6.95. Op deze centrale stelling is bovendien uitgebreid verweer gevoerd door [eisers], zodat ook daarom niet gesproken kan worden van een verrassingsbeslissing. De hoge drempel voor een geslaagd beroep op een verrassingsbeslissing wordt duidelijk niet gehaald.<sup>92</sup>

6.96. De klacht over het oordeel dat Venezuela zich wél heeft beroepen op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag mist in het licht van het bovenstaande belang, nu die klacht zich richt tegen een overweging ten overvloede (mede gelet op het gebruik van het woord 'overigens' in rov. 18). De klacht faalt ook op inhoudelijke gronden. [deskundige 1] gaat in zijn opinie uitgebreid in op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag, zodat het oordeel van het hof dat die in de arbitrage aan de orde zijn geweest niet onbegrijpelijk is.<sup>93</sup> Dat het Scheidsgerecht zich mede zou hebben gebaseerd op passages uit de *travaux préparatoires* die door [deskundige 1] niet uitdrukkelijk zijn aangehaald, maakt niet dat in zoverre sprake zou zijn van een verrassingsbeslissing.

6.97. Overigens gaat de deskundige van [eisers], [deskundige 2], op de observaties van [deskundige 1] met betrekking tot de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag in, zodat [eisers] van de

relevantie van de *travaux préparatoires* kennelijk niet onkundig waren.<sup>94</sup>

6.98. Voor de volledigheid merk ik nog op dat Venezuela in verband met de klachten die betrekking hebben op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid, stelt dat die belang missen.<sup>95</sup> Het Scheidsgerecht heeft namelijk niet enkel op basis van dat beginsel geconcludeerd dat het onbevoegd is, maar ook op basis van het beginsel van effectieve nationaliteit. Venezuela bevoogt dat dit een zelfstandig dragende grond voor de onbevoegdheid is en dat [eisers] dit oordeel in de vernietigingsprocedure niet hebben bestreden. De stellingen van [eisers] in de vernietigingsprocedure die zien op het beginsel van effectieve nationaliteit, worden met name aangevoerd om de onderbouwing door het Scheidsgerecht dat het op grond van het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid niet bevoegd is, te bestrijden.<sup>96</sup> Mede gelet op het feit dat deze stellingen enkel wijzen op gepercipieerde (en naar mijn smaak mineure) motiveringsgebreken in het Arbitraal Vonnis, meen ik dat de namens Venezuela geuite twijfel over het belang bij deze klachten terecht is.

6.99. Onder 4.3 voert het middel aan dat het hof in strijd met art. 24 Rv heeft gehandeld door te oordelen dat Venezuela in de arbitrage een beroep heeft gedaan op de *travaux préparatoires* en het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid. De opinie van [deskundige 1] is in de vernietigingsprocedure namelijk niet aan de orde geweest omdat Venezuela in de procedure niet is verschenen. Het hof is dus zelfstandig op zoek gegaan naar stellingen in het arbitragegedossier. Daarmee is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden en heeft het een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven, aldus het middel.

6.100. Deze klacht treft geen doel. [eisers] hebben vernietiging van het Arbitraal Vonnis gevorderd op de grond dat het Scheidsgerecht beginselen van hoor en wederhoor heeft geschonden door zich te baseren op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid en de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag, zonder dat daar door partijen beroep op was gedaan.<sup>97</sup> Daarmee is de vraag of Venezuela zich daarop heeft beroepen

ligt. Zie in dit verband ook par 409 e.v. van het Arbitraal Vonnis.

91 Zie ook de opinie van [deskundige 1], par. 13-17

92 Vgl. G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 7b en de daar genoemde rechtspraak.

93 Opinie van [deskundige 1], par. 5-12.

94 Productie 10 [eisers], onder 121-123.

95 Schriftelijke toelichting Venezuela, onder 1.6-1.7.

96 Zie dagvaarding [eisers], onder 183-184.

97 Zie dagvaarding [eisers], onder 91-96.

door [eisers] onderdeel van de rechtsstrijd maakt. Het hof heeft, ter beoordeling van de vernietigingsvordering van [eisers], op basis van het zelf door [eisers] overgelegde dossier, onderzocht of een beroep is gedaan op het absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid en op de *travaux préparatoires* van het ICSID-verdrag. Het hof heeft op basis van het dossier vastgesteld dat daar wél een beroep op is gedaan, hetgeen in de weg staat aan de door [eisers] gevorderde vernietiging. Daarmee is het hof niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is geen sprake.

6.101. Nu ook onderdeel 4 faalt, is de slotsom dat geen van de aangevoerde klachten doel treft.

### 7. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

## Hoge Raad

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het arrest in de zaak 200.280.055/01 van het gerechtshof Den Haag van 19 januari 2021.

(...; red.)

### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In deze uitspraak gaat het om de vraag of op de voet van art. 1065 Rv vernietiging kan worden gevorderd van de beslissing van een scheidsrecht waarbij het zich onbevoegd acht wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eisers] behoren tot een familie die afkomstig is van de Canarische eilanden. Een aantal familieleden is halverwege de twintigste eeuw verhuisd naar Venezuela en heeft een voedseldistributiebedrijf overgenomen. [eisers] zijn allen aandeelhouder van dit familiebedrijf.

(ii) [eisers] hebben zowel de Venezolaanse als de Spaanse nationaliteit. Een aantal van hen is in Venezuela geboren, anderen hebben in de loop der tijd de Venezolaanse nationaliteit aangenomen. Zij hebben de Spaanse nationaliteit behouden.

(iii) Venezuela heeft in 2010 eigendommen van [eisers] onteigend zonder daarvoor een vergoeding te betalen.

(iv) Venezuela en Spanje hebben in 1995 een bilateraal investeringsverdrag gesloten (hierna: Verdrag). Art. I lid 1 Verdrag definieert het begrip “investor” onder meer (onder *a*) als:

“Any physical person who possesses the nationality of one Contracting Party pursuant to its legislation and makes investments in the territory of the other Contracting Party.”

Art. XI Verdrag heeft als opschrift “Disputes between a Contracting Party and investors of the other Contracting Party” en bevat de volgende geschillenregeling:

“1. The details of any dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning the fulfilment by that Party of the obligations established in this Agreement shall be notified in writing by the investor to the Contracting Party receiving the investment. As far as possible, the parties to the dispute shall try to settle their differences by amicable agreement.

2. If a dispute cannot be settled in this way within a time limit of six months from the date of the written notification referred to in paragraph 1, it shall be submitted, at the investor’s choice:

(a) To the competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made, or

(b) To the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (...), provided that both States parties to this Agreement have acceded to the Convention. If either Contracting Party has not acceded to the Convention, recourse shall be had to the Additional Facility for the administration of conciliation, arbitration and fact-finding procedures by the ICSID secretariat.

3. If for any reason the arbitral bodies referred to in paragraph 2(b) of this article are not available, or if the two parties so agree, the dispute shall be submitted to an *ad hoc* court of arbitration established in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

4. The arbitration shall be based on:

(a) The provisions of this Agreement and of the other agreements concluded between the Contracting Parties;

(b) The rules and principles of international Law;

(c) The national law of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including the rules relating to conflicts of law.

(...)"

– v) Op 1 juni 2015 hebben [eisers] een arbitrage als voorzien in art. XI lid 3 Verdrag aanhangig gemaakt tegen Venezuela. De plaats van arbitrage is Den Haag. [eisers] vorderden een schadevergoeding van circa USD 240.000.000 wegens onrechtmatige onteigening. Venezuela heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen.

– vi) Het Arbitral Tribunal (hierna: het scheidsgerecht) heeft zich in de Award on Jurisdiction (hierna: het arbitrale vonnis) onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de vorderingen van [eisers] Het heeft daartoe – kort weergegeven – overwogen dat personen met zowel de Spaanse als de Venezolaanse nationaliteit, zoals [eisers], tegenover Spanje en Venezuela geen beroep kunnen doen op het Verdrag omdat zij niet onder de definitie van investor uit art. I lid 1 onder (a) Verdrag vallen. Ook als zij wel aanspraak zouden kunnen maken op bescherming uit hoofde van het Verdrag, zouden zij deze aanspraak uitsluitend geldend kunnen maken tegenover de staat waarvan zij niet de ‘dominant nationality’ bezitten. Omdat de dominant nationality van [eisers] de Venezolaanse is, kunnen zij in geen geval tegenover Venezuela een beroep doen op het Verdrag.

2.4. [eisers] vorderen in deze procedure de vernietiging van het arbitrale vonnis op de voet van art. 1065 lid 1 Rv.

2.5. Het hof heeft de vordering van [eisers] afgewezen.<sup>1</sup> Het heeft daartoe, samengevat weergegeven, overwogen dat een vonnis waarbij een scheidsgerecht zich (ten onrechte) onbevoegd heeft verklaard wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage niet kan worden vernietigd op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv (ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage) (rov. 20-22) en dat niet is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv (schending van de op-

dracht) (rov. 15-18), art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv (het arbitrale vonnis is niet ondertekend of niet met redenen omkleed) (rov. 24) of art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv (strijd met de openbare orde) (rov. 23).

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. Het middel richt rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof dat de vordering tot vernietiging van de beslissing van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, moet worden afgewezen.

3.2.1. De Hoge Raad ziet aanleiding om, alvorens het middel te behandelen, het volgende voorop te stellen.

3.2.2. Het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft Arbitrage tot onderwerp. In de eerste titel is Arbitrage in Nederland geregeld, waaronder begrepen internationale arbitrage die in Nederland plaatsvindt. Het thans geldende Vierde Boek Rv is op 1 januari 2015 in werking getreden<sup>2</sup> en behelst een modernisering van de Nederlandse regeling voor nationale en internationale arbitrage die heeft gegolden van 1 december 1986 tot 1 januari 2015. De wetgever heeft bij de modernisering van het arbitragerecht ervoor gekozen om het vanaf 1986 geldende arbitragerecht niet integraal te herzien, maar te wijzigen. Met de modernisering zijn de Nederlandse arbitrageregels aangepast aan de nationale en internationale ontwikkelingen op het terrein van arbitrage en zijn zij, nog meer dan het geval was, geschoeid op de internationale leest van de modelwet van de Verenigde Naties op dit terrein (de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration).<sup>3</sup>

3.2.3. Art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv bepaalt dat indien en voorzover het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage als bedoeld in art. 1052 lid 2 Rv, de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Deze bepaling is in de wetsgeschiedenis niet nader toe-

1 Gerechtshof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:14.

2 Besluit van 30 juni 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, Stb. 2014, 254.

3 Kamerstukken II 2012/13, 336111, nr. 3, p. 2 en p. 4.

gelicht.<sup>4</sup> Zij behelst een precisering ten opzichte van art. 1052 lid 5 (oud) Rv, dat bepaalde dat indien het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. In de wetsgeschiedenis is deze bepaling destijds toegelicht als volgt:

“In het geval het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart, herleeft volgens het vijfde lid de bevoegdheid van de gewone rechter. Geen procedure derhalve bij de overheidsrechter, waarbij aan deze een verklaring voor recht wordt gevraagd, dat het scheidsgerecht wel bevoegd is. Willen partijen [t]och arbitreran, dan ligt het veel meer voor de hand dat zij in een geval dat zich daartoe leent (...) daartoe een nieuwe overeenkomst tot arbitrage aangaan (...)”<sup>5</sup>

3.2.4. Art. 1065 lid 1 Rv bevat de gronden voor vernietiging van een arbitraal eindvonnis. Het is – afgezien van een niet inhoudelijke aanpassing van de redactie van de onder e vermelde grond – gelijkloeiend aan art. 1065 lid 1 (oud) Rv.<sup>6</sup> Bij art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv is in de wetsgeschiedenis indertijd het volgende opgemerkt:

“Grond a komt alleen dan bij de rechter aan de orde wanneer het scheidsgerecht (...) zich bevoegd oordeelt. Aanvaardt het scheidsgerecht dit beroep [op onbevoegdheid wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, HR], dan heeft dat volgens het vijfde lid van artikel 1052 ten gevolge dat de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen.”<sup>7</sup>

3.2.5. Uit de hiervoor in 3.2.3 en 3.2.4 aangehaalde toelichting bij art. 1052 lid 5 (oud) Rv en art. 1065 lid 1 (oud) Rv blijkt dat de onbevoegdverklaring wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage door een scheidsgerecht betekent dat de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen en dat dit (een vordering tot) vernietiging van die beslissing uitsluit. Deze benadering strookt met die van de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration.<sup>8</sup>

3.2.6. In de wetsgeschiedenis van art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv zijn geen aanwijzingen te vinden

voor de opvatting dat de in die volzin bedoelde bevoegdheid van de overheidsrechter alsnog kan wegvallen doordat de onbevoegdverklaring van het scheidsgerecht wordt vernietigd op de voet van art. 1065 lid 1 Rv. Wel bepaalt het in 2015 ingevoerde art. 1052 lid 6 Rv dat een onbevoegdverklaring als bedoeld in art. 1052 lid 5 Rv geldt als een arbitraal vonnis waarop de eerste afdeling B tot en met de vijfde afdeling van de eerste titel van het Vierde Boek Rv van toepassing is, maar in de wetsgeschiedenis is over deze regel slechts opgemerkt dat het aldus mogelijk wordt gemaakt dat, als de eiser in een vonnis als bedoeld in art. 1052 lid 5 Rv wordt veroordeeld in de kosten van de verweerder voor het voeren van verweer, de verweerder de eventueel door hem gemaakte kosten kan verhalen op grond van art. 1062 Rv.<sup>9</sup> Bij deze stand van zaken ligt het, mede gezien hetgeen hiervoor in 3.2.3-3.2.5 is overwogen, in de rede art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv uit te leggen in overeenstemming met hetgeen tot 2015 gold in geval van onbevoegdverklaring door een scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage en in overeenstemming met de Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. Dit betekent dat van de beslissing waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, geen vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1 Rv kan worden gevorderd.

3.2.7. Zoals hiervoor in 3.2.2 is opgemerkt, heeft de wetgever één regeling gemaakt voor nationale en internationale arbitrages. Onder internationale arbitrages zijn internationale investeringsarbitrages begrepen.<sup>10</sup> Er is geen aanleiding art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv anders uit te leggen in geval van een internationale investeringsarbitrage.

3.3. Uit het voorgaande volgt dat het middel uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting en dus faalt.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verworpt het beroep;  
– veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Venezuela begroot op € 845,-,-- aan verschotten en € 2.200,-,-- voor salaris.

4 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 29.

5 Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3, p. 22.

6 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 39.

7 Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3, p. 29.

8 Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal, onder 5.18.

9 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 29.

10 Kamerstukken II 2012/13, 33611, nr. 3, p. 3.

## NOOT

1. De verdeling van bevoegdheden tussen overheidsrechter en arbiters bij de beoordeling van een overeenkomst tot arbitrage, is een netelige kwestie. De wet neemt als uitgangspunt dat een scheidsgerecht gerechtigd is te oordelen over zijn eigen bevoegdheid (art. 1052 lid 1 Rv). Neemt het scheidsgerecht bevoegdheid aan, dan staat de weg open naar de vernietigingsrechter. Die kan het arbitraal vonnis vernietigen op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1065 lid 1 onder a Rv), alsook op basis van de overige (limitatieve) gronden van art. 1065 lid 1 onder b t/m e Rv.

2. In de hierboven afgedrukte zaak lag de omgekeerde situatie voor. Het ging om een arbitraal vonnis in een investeringsarbitrage. Die was tegen de Republiek Venezuela ingesteld door investeerders met zowel de Spaanse als de Venezolaanse nationaliteit. Het scheidsgerecht oordeelde dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak op de grond dat het betreffende investeringsverdrag *dual nationals* uitsloot van haar werking. Het scheidsgerecht verklaarde zich *onbevoegd*. Dat leidde voor de eisers in de arbitrage tot een moeilijke situatie. Onder meer omdat, zo betoogden de investeerders bij het hof en in cassatie, de afwijzing van de bevoegdheid door het scheidsgerecht leidde tot bevoegdheid van de Venezolaanse rechter. Omdat de Venezolaanse rechter, zo nog steeds de investeerders, geen onafhankelijk forum is voor de beoordeling van een vordering tegen de Venezolaanse staat, kwam het scheidsrechterlijk *onbevoegdheidsoordeel* neer op een ontzegging van effectieve rechtsbescherming. De investeerders betoogden dat zulks, alsook de asymmetrie in rechtsmiddelen tegen een bevoegdheidsoordeel en *onbevoegdheidsoordeel*, strijd oplevert met art. 6 EVRM en/of de Nederlandse openbare orde.

3. In het arrest waartegen het cassatieberoep zich richtte (hof Den Haag 19 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:14), oordeelde het hof dat er geen grond bestaat voor (inhoudelijke) toetsing van een scheidsrechterlijk *onbevoegdheidsoordeel*. Zo'n toets verdraagt zich, aldus het hof, niet met art. 1065 lid 1 onder a in samenhang met art. 1052 Rv. Die laatste bepaling regelt de *Kompetenz-Kompetenz*: het scheidsgerecht oordeelt over zijn eigen bevoegdheid. Concludeert het scheids-

gerecht tot *onbevoegdheid*, dan staat het de vernietigingsrechter niet vrij dat oordeel opnieuw te beoordelen (r.o. 20 en 22 van het arrest van het hof). Wel acht het hof vernietiging van een arbitraal *onbevoegdheidsvonnis* mogelijk op de andere vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv. Het hof beoordeelde namelijk of het arbitraal vonnis voor vernietiging in aanmerking kwam op grond van art. 1065 lid 1 onder c t/m e Rv. Die beoordeling baatte de investeerders niet.

4. In zijn mooie conclusie voorafgaand aan het hier besproken arrest, onderzoekt A-G Drijber of de Nederlandse arbitragewet zoals gewijzigd in 2015 voorziet in vernietiging van een arbitraal *onbevoegdheidsoordeel*. Het nieuwe art. 1052 lid 6 Rv kan volgens de A-G zo worden gelezen. Duidelijk is dat volgens de A-G echter niet. Art. 1052 lid 5 Rv bepaalt immers dat de bevoegdheid van de overheidsrechter herleeft na een scheidsrechterlijke *onbevoegdverklaring*. A-G Drijber leest die bepaling zo dat de bevoegdheid van de overheidsrechter herleeft *behoudens* een vernietiging van het arbitraal *onbevoegdheidsoordeel*. Dat opent de weg naar de conclusie – gelijk die van het hof – dat tegen een arbitraal *onbevoegdheidsoordeel* vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage vernietiging openstaat op grond van art. 1065 lid 1 onder b t/m e Rv (zie conclusie A-G Drijber onder 5.27-5.29). Die gronden bevatten immers, zo redeneert de A-G, de normen van toepassing op de totstandkoming van een arbitraal vonnis. Die normen gelden ook voor arbitrale *onbevoegdheidsoordelen*. De norm neergelegd in art. 1065 lid 1 onder a Rv, daarentegen, ziet (ook) naar het oordeel van de A-G exclusief op scheidsrechterlijke *bevoegdverklaringen*. Die norm kan naar het oordeel van de A-G voor het bestrijden van een *onbevoegdheidsoordeel* niet worden ingezet.

5. In cassatie oordeelt de Hoge Raad resoluut dat '(...) van de beslissing waarbij een scheidsgerecht zich *onbevoegd* verklaart wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, geen vernietiging op de voet van artikel 1065 lid 1 Rv kan worden gevorderd' (r.o. 3.2.6). Dus: van een *onbevoegdheidsoordeel* op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt kan überhaupt geen vernietiging worden gevorderd.

6. De Hoge Raad baseert zijn oordeel primair op de Parlementaire Geschiedenis bij art. 1052 lid 5 (oud) Rv en 1065 lid 1 onder a (oud) Rv. Die wetsgeschiedenis is nog altijd van belang, aldus de

Hoge Raad, omdat de wetgever met de nieuwe arbitragewet niet een integrale herziening, maar een wijziging van de oude arbitragewet voorstond. Uit die wetsgeschiedenis bij de oude wet blijkt volgens de Hoge Raad dat wanneer het scheidsgerecht oordeelt dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv), de gewone rechter bevoegd is (art. 1052 lid 5 Rv). Dit sluit de weg naar de vernietigingsrechter uit in geval van een arbitrale onbevoegdverklaring vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst, aldus de Hoge Raad. Vernietiging lijkt alleen mogelijk waar het scheidsgerecht zich vanwege een andere reden onbevoegd verklaarde (art. 1052 lid 5, tweede volzin, Rv). De wetsgeschiedenis noemt hier als voorbeeld het scheidsrechterlijk oordeel dat bepaalde (tegen)vorderingen niet onder de reikwijdte van de overeenkomst tot arbitrage vallen of dat er gebreken kleven aan de wijze waarop het scheidsgerecht was samengesteld. In die gevallen blijft de arbitrageovereenkomst immers van kracht, zo volgt uit de (nieuwe) wet.

7. Een kwetsbaar punt in de – in hoofdzaak op de wetsgeschiedenis bij de oude wet gestoelde – redenering van de Hoge Raad, is dat de oude arbitragewet het thans vigerende art. 1052 lid 6 Rv niet kende. Die bepaling schakelt een arbitraal onbevoegdheidsoordeel gelijk met een arbitraal vonnis ‘waarop de eerste afdeling B tot en met de vijfde afdeling’ van toepassing is. In de vijfde afdeling, meer specifiek art. 1064 t/m 1068 Rv, staan louter bepalingen die zien op de vernietiging en herroeping van een arbitraal vonnis. Die zijn, zo kan op grond van de wettekst worden betoogd, ook van toepassing op de onbevoegdverklaring van het scheidsgerecht. De Hoge Raad wijst erop dat uit de Parlementaire Geschiedenis bij de nieuwe wet slechts volgt dat de *onbevoegdverklaring* onder het nieuwe art. 1052 lid 6 Rv als arbitraal vonnis, en dan met name de kostenveroordeling daarin, vatbaar is voor tenuitvoerlegging. De Hoge Raad leest dit restrictief. Het ligt volgens hem niet in de rede dat de wetgever – via art. 1052 lid 6 Rv – de vernietigingsactie heeft willen openstellen. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever voorrang willen geven aan het herleven van de bevoegdheid van de gewone rechter op grond van art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv. Dat sluit in de visie van de Hoge Raad een vernietigingsactie uit tegen een scheidsrechterlijk onbevoegdheidsoordeel dat is

gestoeld op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage.

8. Een verdere toelichting voor het voorbijgaan aan de verwijzing naar de vernietigings- en herroepingsbepalingen in de schakelbepaling geeft de Hoge Raad niet. De verwijzing naar de UNCITRAL Model Law, die niet voorziet in een specifieke mogelijkheid het onbevoegdheidsoordeel aan te vechten bij de vernietigingsrechter, zet de Nederlandse wettekst niet opzij. Bovendien was ook Sanders – nauw betrokken bij de totstandkoming van de Model Law – kritisch op de betreffende bepaling (zie de conclusie A-G onder 5.19-5.21). Opmerking verdient nog wel dat het oordeel van de Hoge Raad aansluit bij de toelichting bij het voorstel voor het nieuwe art. 1052 lid 6 Rv dat de Commissie Van Den Berg deed. A-G Drijber wijst erop dat de wetgever de visie van de Commissie Van den Berg niet expliciet afwees of bevestigde (conclusie A-G onder 5.27). De Hoge Raad verwijst echter niet naar de analyse van de Commissie Van den Berg.

9. Het arrest laat de lezer mede daardoor achter met de vraag waarom – en op welke grond – de Hoge Raad zo resoluut te werk heeft willen gaan. Hij gaat voorbij aan het – fundamentele, door A-G Drijber en het hof Den Haag onzes inziens terecht gemaakte – punt dat ook een arbitraal *onbevoegdheidsvonnis*, gebaseerd op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1052 lid 5, eerste volzin, Rv), moet voldoen aan de eisen die de wet stelt. Concreet: ook een *onbevoegdheidsoordeel* kan zijn geweest door een onregelmatig samengesteld scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder b Rv) of in strijd met beginselen van hoor en wederhoor (art. 1065 lid 1 onder e Rv). Het kan ook onverenigbaar zijn met de opdracht van het scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder c Rv) dan wel iedere motivering ontberen (art. 1065 lid 1 onder d Rv). De Hoge Raad legt niet uit waarom een arbitraal onbevoegdheidsoordeel waaraan zulke bezwaren kleven, niet voor vernietiging in aanmerking zou kunnen komen. De door de Hoge Raad aangehaalde onderdelen uit de wetsgeschiedenis bieden voor zo’n verstrekkende conclusie onzes inziens geen steun. Desondanks wordt het hier besproken arrest wel al toegepast in de rechtspraak; zie hof Den Haag, 6 juni 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:999.

10. De door de Hoge Raad gekozen lijn is temeer voor kritiek vatbaar omdat zij afwijkt van de praktijk in leidende arbitragelanden als Zwitserland, de Verenigde Staten, Engeland en ook Frankrijk

die in het middel expliciet worden genoemd. Zoals ook volgt uit de internationale literatuur – zie voor een overzicht: Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Third Edition), Kluwer Law International 2021), p. 378 – zijn in die jurisdicties arbitrale *onbevoegdheidsoordelen* onderworpen aan rechterlijke controle en kunnen zij worden vernietigd. In zo'n geval 'herleeft' de arbitrale bevoegdheid. De Singaporese wetgever staat – in afwijking van de Model Law – rechterlijke toetsing van zowel positieve als negatieve bevoegdheidsoordelen toe (International Arbitration Act (Singapore), Section 10). Het Duitse *Bundesgerichtshof* is terughoudender, maar staat vernietiging van arbitrale onbevoegdheidsoordelen wel toe op gronden vergelijkbaar met die genoemd in art. 1065 lid 1 onder b tot en met e Rv. Dat is onzes inziens ook een wenselijke uitkomst. Ook (de totstandkoming van) een onbevoegdheidsoordeel moet kunnen worden getoetst op (fundamentele) tekortkomingen.

11. De Hoge Raad oordeelt als gezegd anders. Het is denkbaar dat dit oordeel is ingegeven door de wens de influx van vernietigingsprocedures te temperen. Die procedures – zeker in doorgaans grote investeringsarbitrages als de onderhavige – vergen veel van het Nederlandse rechterlijk apparaat. Dat de Hoge Raad daarover zorgen heeft, kunnen wij ons goed voorstellen. Tegelijk ligt het gevaar op de loer dat Nederland internationaal een *outlyer* wordt op het gebied van de toetsing van arbitrale (on)bevoegdheidsoordelen. Zie ook de hierboven besproken jurisdicties. Bovendien schept de Hoge Raad met dit arrest een onevenwichtige situatie. Waar hij zich buitengemeen streng betoont ten aanzien van arbitrale *onbevoegdheidsoordelen*, draagt hij de rechter bij een arbitraal *bevoegdheidsoordeel* op 'zonder terughoudendheid' te toetsen (HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837). Die onbalans draagt niet bij aan het doel dat de wetgever met de nieuwe arbitragewet voor ogen had – de verbetering van de concurrentiepositie van Nederland arbitrageland.

prof. mr. B. van Zelst  
hoogleraar Dispute Resolution & Arbitration aan  
Maastricht University en advocaat bij Van Doorne  
N.V.

mr. B.A. Keizers  
advocaat bij Van Doorne N.V.

## 58

**De verhouding tussen de devolutieve werking en het gezag van gewijsde**

Hoge Raad  
26 mei 2023, nr. 21/04218,  
ECLI:NL:HR:2023:784  
(mr. Kroeze, mr. Tanja-van den Broek,  
mr. Du Perron, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma)  
(Concl. A-G Rank-Berenschot)  
Noot mr. G.C.C. Lewin

**Devolutieve werking. Gezag van gewijsde.**

[Rv art. 236 lid 3]

*Hoge Raad: in de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen over een rechtsbetrekking ziet de Hoge Raad geen aanleiding meer om aan de geïntimeerde de devolutieve werking van het hoger beroep te ontzeggen. In zoverre komt de Hoge Raad terug van zijn eerdere rechtspraak. Wel kan de appellant, indien de afwijzing van de vordering in reconventie berust op een beslissing over de grondslag van het verweer in conventie (de rechtsbetrekking in geschil), het gezag van gewijsde van die beslissing tegen het verweer inroepen.*

1. [Eiser 1] te [woonplaats],
2. [eiseres 2] te [woonplaats],  
eisers tot cassatie,  
hierna gezamenlijk: [eisers],  
advocaat: R.D. Boesveld,  
tegen
1. [verweerder 1] te [woonplaats],
2. [verweester 2] te [woonplaats],  
verweerders in cassatie,  
hierna gezamenlijk: [verweerders],  
niet verschenen.