

TVA 2023/87

Hoge Raad 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:422

Terughoudendheid van de overheidsrechter bij beoordeling vernietigingsvorderingen

Mr. T.P. ten Brink, datum 26-10-2023

Datum	26-10-2023
Auteur	Mr. T.P. ten Brink ^[1]
JCDI	JCDI:ADS855055:1
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht (V)

In this judgment, the Supreme Court - in line with established case law - reiterated that the annulment court must exercise restraint when assessing a claim for annulment. This also applies when the question is whether the arbitral tribunal complied with the procedural rules. In this case the court, after examining the substance of the arbitral award, had concluded that the arbitral tribunal had disregarded the authority of res judicata under section 1059 Rv. The Supreme Court considered that while the court was required to examine whether the arbitral tribunal, when deciding on the reliance on Section 1059 Rv, applied the standard contained in that provision, it should not have examined in what manner and with what result the arbitral tribunal did so. With this substantive examination of the arbitral award, the court did not exercise sufficient restraint, the Supreme Court said.

The question is whether the outcome would have been different if it had been argued in cassation that the principle of res judicata is so fundamental that the annulment court does not have to review a claim for annulment based on it at all with restraint, but may review it substantively (as in the case of lack of an arbitration agreement or in the case of adversarial proceedings). In the current state of the literature and jurisprudence, this seems not very likely. As arbitrators may not apply res judicata on their own accord, it is defensible that res judicata is not public policy. As long as res judicata is not public policy, it is not yet a fundamental principle of law. Even if it were a fundamental principle of law already, restraint should be exercised. It would be yet another step to adopt a third exception to the principle of restraint and allow for a substantive review.

1. Inleiding

In dit arrest heeft de Hoge Raad opnieuw benadrukt dat de vernietigingsrechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van een vernietigingsvordering.^[2] Dat geldt ook wanneer het gaat om de vraag of het scheidsgerecht de procedureregels heeft nageleefd. In deze zaak was het hof na inhoudelijk onderzoek van het arbitrale vonnis tot de conclusie gekomen dat het scheidsgerecht het gezag van gewijsde van artikel 1059 Rv had miskend. De Hoge Raad overwoog dat het hof behoorde te onderzoeken of het scheidsgerecht bij zijn beslissing op het beroep op artikel 1059 Rv de in die bepaling vervatte maatstaf heeft aangelegd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het scheidsgerecht dat heeft gedaan. Met dit inhoudelijke onderzoek van het arbitrale vonnis heeft het hof onvoldoende terughoudendheid betracht, aldus de Hoge Raad.

2. Vernietiging arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht

2.1 Juridisch kader

De gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden vernietigd, zijn limitatief opgesomd in artikel 1065 lid 1 Rv. Deze vernietigingsgronden zijn voornamelijk formeel van aard en zien daarmee vooral op de wijze van totstandkoming van een arbitraal vonnis.^[3] In vernietigingsprocedures geldt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad als algemeen uitgangspunt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van een vernietigingsvordering. De ratio daarachter is als volgt: *“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 rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.”*^[4] Deze formulering is recent gebruikt door de Hoge Raad in de *Yukos*-arresten, maar is zo'n twintig jaar geleden geïntroduceerd door de Hoge Raad in de arresten *IMS/Modsaf I*^[5] en *[Verzoeker]/SFT*.^[6]

Op het uitgangspunt dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen, bestaan twee uitzonderingen, namelijk: (i) bij de beoordeling van een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1, onder a, Rv (het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst) en (ii) wanneer schending van het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde is. In deze gevallen moet de rechter juist niet terughoudend zijn en het arbitrale vonnis 'vol' toetsen.^[7]

In deze zaak ging het om de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1, onder c, Rv: schending van de opdracht. Deze vernietigingsgrond biedt de mogelijkheid om vernietiging van een arbitraal vonnis te vorderen als het scheidsgerecht in strijd handelt met zijn opdracht. Er wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen de formele zijde (hoe het scheidsgerecht te werk moet gaan bij de behandeling van het geschil en de beslissing daarvan) en de materiële zijde (wat het scheidsgerecht moet berechten) van de opdracht.^[8] Bij de formele zijde van de opdracht gaat het om de wettelijke en overeengekomen procedureregels die het scheidsgerecht in acht moet nemen.^[9] Het niet naleven daarvan kan een schending van de opdracht opleveren. Ter illustratie: in *IMS/Modsaf I* ging het om de niet-naleving van de overeengekomen procedureregels, namelijk het toepasselijke ICC Arbitragereglement.^[10] Bij de beoordeling van de vraag of het scheidsgerecht de grenzen van zijn opdracht heeft overschreden, moet dus onder meer worden betrokken of het geschil is beslecht in overeenstemming met de procedureregels die in het gegeven geval van toepassing zijn. De materiële zijde van de opdracht heeft betrekking op de grenzen van de rechtsstrijd en de beslissingsmaatstaf die het scheidsgerecht moet aanleggen.^[11] Op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad geldt dat de rechter in een vernietigingsprocedure wel mag beoordelen of het scheidsgerecht de juiste beslissingsmaatstaf heeft gehanteerd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het scheidsgerecht dat heeft gedaan.

Voor een verdere uiteenzetting van het juridisch kader verwijs ik naar de uitvoerige conclusie van A-G De Bock, voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad.^[12]

2.2 De casus

Tussen afvalverwerkingsbedrijf Attero enerzijds en vrijwel alle Noord-Brabantse gewesten en gemeenten anderzijds was een dispuut ontstaan over de uitleg van contractuele afspraken die tussen hen over de afvalverwerking in de Brabantse Gewesten en gemeenten waren gemaakt. Het geschil spitste zich toe op de uitleg van het (destijds) tussen partijen geldende Tarievenmodel dat onderdeel was van die contractuele afspraken en resulteerde in twee arbitrageprocedures bij het Nederlands Arbitrage Instituut. Attero vorderde in die arbitrageprocedures een naheffing in de vorm van een suppletievergoeding in verband met minder leveringen aan brandbaar afval door de gewesten en gemeenten. De eerste arbitrage zag op de periode 2011-2014; de tweede arbitrage op de periode 2015-2017. Het eerste scheidsgerecht wees de vorderingen van Attero af; het tweede scheidsgerecht (bestaande uit andere arbiters) wees de vorderingen van Attero toe.

2.3 De beoordeling door het hof

De gewesten en gemeenten vorderden bij het hof vernietiging van de drie tussenvonnissen en het eindvonnis van het tweede scheidsgerecht.^[13] Die vernietigingsvordering was onder andere gebaseerd op schending van de opdracht (art. 1065, lid 1, onder c, Rv). Volgens de gewesten en gemeenten had het tweede scheidsgerecht het gezag van gewijsde miskend: het eerste scheidsgerecht had met gezag van gewijsde beslist over de juiste uitleg van het Tarievenmodel en het tweede scheidsgerecht had het gezag van gewijsde van die beslissing geschonden door hieraan een andere uitleg te geven. Het hof wees de vernietigingsvordering toe.^[14] Het hof concludeerde dat het vonnis van het eerste scheidsgerecht wel een inhoudelijke beslissing bevatte over de juiste uitleg van het Tarievenmodel, zodat naar het oordeel van het hof het standpunt van het tweede scheidsgerecht “*onmiskenbaar onjuist*” was en de uitleg die het tweede scheidsgerecht aan deze overweging had gegeven “*niet te begrijpen*”. Door op het punt van de uitleg van het Tarievenmodel een tegenstrijdige beslissing te nemen, schond het tweede scheidsgerecht het gezag van gewijsde van die beslissing van het eerste scheidsgerecht, aldus het hof.

2.4 De Hoge Raad

In cassatie klaagt Attero dat de toetsingsmaatstaf die het hof heeft gehanteerd bij het beoordelen van de vernietigingsvordering onvoldoende terughoudend is. De Hoge Raad gaat hierin mee en wijst de vordering van de gewesten en gemeenten tot vernietiging van de arbitrale vonnissen van het tweede scheidsgerecht af. De Hoge Raad motiveert zijn beslissing vervolgens geheel in lijn met diens vaste jurisprudentie over de rol van de vernietigingsprocedure.

Nadat de Hoge Raad allereerst de algemene uitgangspunten heeft herhaald, waaronder de bekende toverformule uit *IMS/Modsaf* en *Yukos* over terughoudendheid, geen verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een efficiënte arbitrale rechtspleging,^[15] komt de Hoge Raad toe aan de beoordeling van het arrest van het hof. De Hoge Raad overweegt dat het hof in de vernietigingsprocedure diende te onderzoeken of het tweede scheidsgerecht bij zijn beslissing op het beroep op artikel 1059 Rv de in die bepaling vervatte maatstaf heeft aangelegd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het tweede scheidsgerecht dat heeft gedaan. De Hoge Raad concludeert - met Attero - dat het hof dit laatste uit het oog heeft verloren door te onderzoeken of de door het tweede scheidsgerecht gegeven uitleg aan het vonnis van het eerste scheidsgerecht “*onmiskenbaar onjuist*” of “*niet te begrijpen*” is en of het tweede scheidsgerecht tot zijn uitleg van het vonnis van het eerste scheidsgerecht “*heeft kunnen komen*” en daarmee “*kon oordelen*” dat er geen sprake is van gezag van gewijsde.^[16] De Hoge Raad voegt daar nog aan toe (in rov. 3.5) dat dit niet anders is voor het geval vernietiging wordt gevorderd op de voet van artikel 1065, lid 1 aanhef en onder e, Rv op de grond dat het arbitrale vonnis strijdt met artikel 1059 Rv.^[17]

De Hoge Raad doet de zaak vervolgens zelf af en wijst de vernietigingsvordering van de gewesten en gemeenten alsnog af.^[18]

3. Enkele beschouwingen naar aanleiding van dit arrest

3.1 Terughoudendheid

De Hoge Raad heeft weinig woorden nodig om zijn beslissing te motiveren. De boodschap is eenvoudig: de vernietigingsrechter moet zich - hoge uitzonderingen daargelaten - terughoudend opstellen. Uit diverse overwegingen in het arrest van het hof blijkt dat het hof zich dat terdege had gerealiseerd.^[19] Desalniettemin had het hof zich ertoe laten verleiden om de arbitrale vonnissen van het tweede scheidsgerecht inhoudelijk te toetsen. Die inhoudelijke toets bestond erin dat het hof ging onderzoeken of het tweede scheidsgerecht de procesregel van artikel 1059 Rv zodanig op het concrete geval had toegepast, dat dit resulteerde in een juiste of begrijpelijke uitkomst. De Hoge Raad maakt duidelijk dat het hof daarmee een onjuiste beoordelingsmaatstaf aanlegde. Het hof heeft het zich onnodig moeilijk gemaakt. Twee keer een simpele *tick in the box* was voldoende geweest:

- Heeft het scheidsgerecht (de toepasselijkheid van) de regel van artikel 1059 Rv onderkend? (*check*)
- Heeft het scheidsgerecht (de toepasselijkheid van) de regel van artikel 1059 Rv juist toegepast? (*check*)

Hoe gemakkelijk het op het eerste gezicht ook lijkt, zal dit niet altijd eenvoudig zijn voor de vernietigingsrechter. Voorstelbaar is dat de handen van het hof jeuken als een scheidsgerecht weliswaar (de toepasselijkheid van) een procesregel heeft onderkend, deze juist heeft toegepast en die beslissing ook heeft gemotiveerd, maar het hof van oordeel is dat de *feitelijke* toepassing van die procesregel op het *concrete* geval onjuist of onbegrijpelijk is.

De neiging van het hof om in dat geval het scheidsgerecht te corrigeren is wellicht niet onbegrijpelijk, maar moet toch worden onderdrukt. De wens om in te grijpen laat zich immers niet verenigen met het bijzondere karakter van de vernietigingsprocedure. Vernietiging is geen hoger beroep, maar is een buitengewoon rechtsmiddel. Het is juist om die reden dat de Hoge Raad keer op keer benadrukt dat de vernietigingsprocedure niet als een verkapt hoger beroep mag worden gebruikt, en dat algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen mag ingrijpen in arbitrale beslissingen. Dat is de ultieme consequentie van de keuze die partijen hebben gemaakt voor arbitrage, waarbij de finaliteit die met arbitrage wordt beoogd, het risico in zich draagt van onjuiste of onbegrijpelijke beslissingen.

3.2 Gezag van gewijsde

Dat het hof, hoewel zich bewust van de noodzaak terughoudendheid te betrachten, toch is overgegaan tot een inhoudelijke toets van de arbitrale vonnissen, laat zich mogelijk verklaren door de aard van de procesregel die hier in het geding is. Het gezag van gewijsde is een belangrijke procesregel. Het belang van het gezag van gewijsde is erin gelegen dat een partij kan voorkomen dat steeds weer over hetzelfde geschilpunt kan worden geprocedeerd. Daarnaast wordt voorkomen dat over hetzelfde geschilpunt tussen dezelfde partijen tegenstrijdige beslissingen worden genomen.^[20] Het hof onderkende dit belang ook.^[21]

De consequentie van het arrest van de Hoge Raad lijkt te zijn dat het gezag van gewijsde in arbitrage niet onder alle omstandigheden dezelfde mate van bescherming biedt die het aan partijen biedt die ten overstaan van de overheidsrechter procederen. De vraag is of de zaak anders was afgelopen als de gewesten en gemeenten met een beroep op artikel 1065 lid 1, onder e, Rv (schending van de openbare orde) hadden betoogd dat - naast de twee bekende uitzonderingen op het beginsel van terughoudendheid (zie hiervoor par. 2.1) - een derde uitzondering op zijn plaats zou zijn, gebaseerd op de stelling dat het beginsel van gezag van gewijsde zodanig fundamenteel is, dat de vernietigingsrechter een daarop gebaseerde vernietigingsvordering niet terughoudend hoeft te toetsen, maar inhoudelijk ('vol') mag toetsen (zoals bij hoor en wederhoor).^[22] Die (verstrekende) vraag lag bij de Hoge Raad niet voor en kon de Hoge Raad dus ook niet beantwoorden.

Bij de huidige stand van de literatuur en jurisprudentie acht ik het niet aannemelijk dat de Hoge Raad in het gezag van gewijsde een grond ziet voor een derde uitzondering op de vereiste terughoudendheid. Van strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv is sprake indien de inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijdt met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.^[23] Nu het gezag van gewijsde niet ambtshalve (in geval van arbiters: niet uit eigen beweging) mag worden toegepast,^[24] kan worden verdedigd dat het niet van openbare orde is.^[25] Ook als het gezag van gewijsde wel van openbare orde zou zijn, geldt dat de rechter slechts terughoudend mag toetsen of het scheidsgerecht het gezag van gewijsde heeft geschonden.^[26] Dit laatste benadrukt de Hoge Raad ook in dit arrest nog eens.^[27] In elk geval: uit de omstandigheid dat het gezag van gewijsde niet ambtshalve mag worden toegepast, leid ik af dat het gezag van gewijsde kennelijk wordt beschouwd als een weliswaar belangrijke procesregel, maar niet als een fundamenteel rechtsbeginsel. In die zin is het gezag van gewijsde (in ieder geval vooralsnog) van een ander soortelijk gewicht dan hoor en wederhoor dat rechtstreeks voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling van partijen.

4. Conclusie

De Hoge Raad heeft in dit arrest nogmaals benadrukt dat de vernietigingsrechter terughoudendheid moet betrachten, omdat vernietiging een buitengewoon rechtsmiddel is. De vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Dit is niet anders wanneer het om de schending van procesregels gaat, zoals in dit geval het gezag van gewijsde van artikel 1059 Rv. Het is mogelijk dat op grond van artikel 1065 lid 1, onder c, Rv vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvindt indien het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden door een geschil niet te beslechten in overeenstemming met artikel 1059 Rv. Daarbij zal de vernietigingsrechter zich echter moeten beperken tot de vraag of het scheidsgerecht bij zijn beslissing op het beroep op artikel 1059 Rv de in die bepaling vervatte maatstaf heeft aangelegd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het dat heeft gedaan.

Voetnoten

- [1] Dorine ten Brink is advocaat/partner bij Ploum | Rotterdam Law Firm en is redactiesecretaris van dit tijdschrift.
- [2] Het arrest werd eerder voorzien van een annotatie door S.E. Poutsma in *JIN 2023/102-103*.
- [3] Uitzondering vormt de grond als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder e Rv (“*strijd met de openbare orde*”), die zowel een formele als een inhoudelijke kant heeft. Zie onder meer Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium Burgerlijk procesrecht 2021/14*.1.19.
- [4] Zie HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *NJ 2022/102*, m.nt. C.M.J. Ryngaert & A.I.M. van Mierlo (*Yukos*), rov. 5.4.9, onder verwijzing naar HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, *NJ 2022/101*, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Yukos*), rov. 3.3.1.
- [5] HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, *NJ 2004/384*, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf I*).
- [6] HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, *NJ 2005*, 190, m.nt. H.J. Snijders (*[Verzoeker]/SFT*).
- [7] HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, *NJ 2022/101*, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Yukos*), rov. 3.3.1 met verwijzingen naar eerdere rechtspraak. Zie ook HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *NJ 2022/102*, m.nt. C.M.J. Ryngaert & A.I.M. van Mierlo (*Yukos*), rov. 5.4.9.
- [8] Zie onder meer: G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4 en P.E. Ernste & C.L. Schleijsen, ‘De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?’, in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen, *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 661-675.
- [9] G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4a.
- [10] Het *request for arbitration* voldeed niet aan de eisen van art. 3 lid 2 van de ICC-rules. *Yukos*.
- [11] G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4d.
- [12] Concl. A-G de Bock HR 17 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2022:811.
- [13] In cassatie minder van belang maar aardig om te vermelden is dat een vordering van Attero tot vernietiging van het eindvonnis van het eerste scheidsgerecht was afgewezen; zie Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1711.
- [14] Hof Den Haag 29 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1119.

[15] Zie rov. 3.3.

[16] Rov. 3.4.

[17] Rov. 3.5.

[18] Rov. 3.7.

[19] Zie bijvoorbeeld rov. 5.7 en rov. 5.11.

[20] Zie voor de vraag wanneer er sprake is van “*dezelfde geschilpunten*”: HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099, NJ 2022/129, m.nt. H.J. Snijders; *JBPr* 2-21/13, m.nt. T. van Malssen & M. Hengeveld en *JIN* 2021/46, m.nt. M.H. Gardien & S.E. Poutsma, waar onder meer werd overwogen (zie rov. 3.1.3, tweede alinea): “*Het antwoord op de vraag of in het eerdere geding sprake is geweest van beslissingen aangaande een geschilpunt dat dezelfde rechtsbetrekking betreft als in het andere geding, is afhankelijk van de grondslag van de vordering of het verweer, het processuele debat en de gegeven beslissingen. Dat vergt uitleg van de in de eerdere procedure gedane uitspraak, mede in het licht van de gedingstukken waarop die uitspraak berust.*”

[21] Rov. 5.4.

[22] Deze vraag is opgeworpen (maar niet beantwoord) door mr. P.J. Tanja in Cassatieblog 2023-52, *Tweemaal vernietiging van een arbitraal vonnis: vernietiging wegens schending van gezag van gewijsde en gedeeltelijke vernietiging*. Niet onbelangrijk is te vermelden dat Tanja Attero bestond in de cassatieprocedure.

[23] Zie onder meer HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15, m.nt. H.J. Snijders (*Ecuador/Chevron*).

[24] Er moet door een van de partijen uitdrukkelijk een beroep op worden gedaan.

[25] G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 lid 1, onder e, Rv, aant. 7.

[26] HR 17 januari 2003, NJ 2004/384 (*IMS/Modsaf-IR*) en HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:422.

[27] Rov. 3.3 en rov. 3.5.