

## Toepasselijk recht op de bindende kracht en de rechtsgevolgen van arbitrale uitspraken

Marek Zilinsky\*

### Abstract

*This contribution focuses on the res judicata of arbitral awards. What is actually the purpose of the res judicata of an arbitral award? Should an arbitrator or a court verify ex officio whether an arbitral award had become res judicata or should this be invoked by the parties? As the parties are free to determine the manner in which and by whom dispute resolution takes place, the question arises as to which applicable law should determine the issue of an arbitral award becoming res judicata. Although the existing instruments, such as the 1958 New York Convention, deal with the recognition and enforcement of arbitral awards, these instruments leave this question unanswered. These instruments are based on the principle that the Contracting States recognize the arbitral awards and that a recognized arbitral decision is binding. This contribution discusses the different approaches to determining the res judicata effect of an arbitral award.*

### 1. Inleiding

Wanneer is een geschil tussen strijdende partijen definitief beslecht? Wanneer is een uitspraak van een rechter bindend voor de partijen? Welke gevolgen komen aan een bindende uitspraak toe? Dit is een kleine greep uit de vragen die kunnen rijzen in een situatie waarin partijen in parallelle of elkaar opvolgende procedures verwickeld raken. Deze problemen doen zich niet alleen voor bij procedures voor de overheidsrechters, maar ook in de situaties waarbij partijen in twee (of zelfs meer) procedures voor scheidsgerechten zijn betrokken. Om het nog gecompliceerder te maken, kunnen partijen tegelijkertijd ook een procedure voor de overheidsrechter en een procedure voor een scheidsgerecht voeren.<sup>1</sup>

In het hierna volgende zullen niet alle bovengenoemde vragen worden behandeld. Focus wordt gelegd op de vraag naar het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken in grensoverschrijdende situaties. In de internationale arbitrale praktijk bestaat veel onduidelijkheid over de toepassing van het leerstuk van gezag van gewijsde. Deze onduidelijkheid hangt mijns inziens samen met het eigen karakter dat de geschillenbeslechting via arbitrage heeft. Anders dan bij de geschillenbeslechting via een overheidsrechter is bij arbitrage sprake van private geschillenbeslechting. De partijen die bij een geschil betrokken zijn, kunnen meer invloed uitoefenen op de wijze waarop hun geschil wordt beslecht. Zo kunnen zij de arbiters zelf benoemen, kunnen zij bepalen waar de procedure plaatsvindt, zodat

---

\* Mr dr M. Zilinsky is universitair docent internationaal privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en adviseur bij Houthoff te Amsterdam. Hij is tevens redacteur van dit blad.

<sup>1</sup> Ook is het mogelijk dat een partij reeds een arbitrale uitspraak tegen een andere partij heeft verkregen en dat partijen op een later moment in een procedure voor de overheidsrechter verwickeld raken. Zie meer N. Peters, 'Drie jaar nieuwe arbitragewet: tien suggesties voor verbetering', *TCR* 2018, p. 101-110 (i.h.b. p. 104-106).

aan de hand van het recht van dat land het geding wordt gevoerd en kunnen zij onder omstandigheden het toepasselijke procesrecht en bewijsrecht bepalen (vgl. art. 1036 Rv en art. 1037 Rv).<sup>2</sup> Deze vrijheid van partijen brengt ook problemen met zich wat de werking van de arbitrale beslissingen betreft. Komt aan een arbitrale uitspraak gezag van gewijsde toe? Is een dergelijke uitspraak bindend? Aan de hand van welk recht moet de gebondenheid van partijen aan een arbitrale uitspraak worden beoordeeld?<sup>3</sup>

In deze bijdrage staat de toekenning van het gezag van gewijsde aan arbitrale uitspraken centraal. Zoals reeds opgemerkt, het private karakter van de geschillenbeslechting door middel van arbitrage doet een aantal vragen rijzen. Maar wat is eigenlijk het doel van de toekenning van gezag van gewijsde aan een arbitraal vonnis? Moet een arbiter of een overheidsrechter ambtshalve nagaan of aan een arbitrale uitspraak gezag van gewijsde toekomt of dienen de partijen zelf hierop beroep te doen? Mede gezien het feit dat partijen vrij zijn in het bepalen van de wijze waarop en door welke arbiters de private geschillenbeslechting plaatsvindt, rijst de vraag naar het toepasselijke recht op het bepalen van het gezag van gewijsde. Een rechterlijke beslissing uit een andere staat kan in Nederland worden erkend, hetzij overeenkomstig een internationaal instrument, zoals de Verordening Brussel I-bis,<sup>4</sup> hetzij overeenkomstig het *commune* internationaal privaatrecht. Vervolgens rijst de vraag of de erkenning tevens de toekenning van het gezag van gewijsde aan deze beslissing meebrengt. Welk recht bepaalt dan vervolgens de omvang van het gezag van gewijsde? Is dit het recht van de staat van erkenning of het recht van de staat van herkomst van de rechterlijke beslissing?<sup>5</sup> Eveneens kan een beslissing van een scheidsgerecht in Nederland worden erkend. Welk recht bepaalt of aan zo'n uitspraak het gezag van gewijsde toekomt en welk recht beheerst de gevolgen van het gezag van gewijsde? Is het recht van de staat van toepassing waar de gevolgen van deze uitspraak worden ingeroepen, of het recht van de staat waar het scheidsgerecht zijn zetel had of geldt het eventueel door partijen op de arbitrale procedure gekozen recht? Ofschoon op het terrein van de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken grensoverschrijdende instrumenten gelden, zoals het Verdrag van New York,<sup>6</sup> laten deze instrumenten de vraag naar het toepasselijke recht op de toekenning van het gezag van gewijsde en de omvang daarvan onbeantwoord. Deze instrumenten bepalen – evenals de Verordening Brussel I-bis voor de erkenning van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken in de Europese Unie – slechts dat de bij deze instrumenten aangesloten staten de arbitrale uitspraken onderling dienen te erkennen en dat een erkende arbitrale beslissing bindend is. Maar belemmert een bindende arbitrale beslissing onder meer dat een partij de vordering die tot deze beslissing heeft geleid, opnieuw aan een arbiter dan wel overheidsrechter voorlegt?

---

<sup>2</sup> Zie ook uitdrukkelijk HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, *NIPR* 2015, 298, *NJ* 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*), r.o. 3.3.5.

<sup>3</sup> Zie meer in het algemeen B. Sena Gunes, 'Res Judicata in International Arbitration: To What Extent Does an Arbitral Award Prevent the Re-Litigation of Issues?', *Transnational Dispute Management*, Vol. 12, November 2015 en S. Schaffstein, 'The Law Governing Res Judicata', *European International Arbitration Review* 2018, p. 117-142. Zie heel summier over het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage*, Praktijkreeks IPR, deel 21, Deventer: Kluwer 1996, nr. 182-187.

<sup>4</sup> Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1, laatstelijk gewijzigd *PbEU* 2015, L 54/1.

<sup>5</sup> Zie in het kort over de erkenning en de toekenning van het gezag van gewijsde aan rechterlijke beslissing uit andere lidstaten in Nederland par. 2.2.

<sup>6</sup> Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145.

## 2. Gezag van gewijsde

### 2.1 Artikel 236 Rv en artikel 1059 Rv

Een gerechtelijke procedure heeft tot doel om een geschil tussen partijen te beslechten. De procedure wordt meestal met een beslissing van de rechter beëindigd waarin een einde aan het geschil dient te komen.<sup>7</sup> Het definitieve karakter dat een dergelijk einde aan het geschil met zich brengt, leidt ertoe dat partijen het geschil niet opnieuw aan de rechter kunnen voorleggen. Dit vindt zijn grondslag in het beginsel *ne bis in idem*. Wat betreft het Nederlands burgerlijk procesrecht, geldt dit beginsel niet in zijn algemeenheid.<sup>8</sup> De oorzaak hiervoor is onder andere gelegen in het feit dat het vaak niet vast te stellen is of de opnieuw ingestelde vordering gelijk is aan een vordering waarover een rechter reeds heeft geoordeeld dan wel door een andere feitelijke ‘inkleding’ van de vordering sprake kan zijn van een ander geschil.<sup>9</sup> Daarnaast is het ook mogelijk dat het geschilpunt waarover de rechter reeds heeft besloten, in een andere procedure aan bod komt die door een andere vordering is ingeleid. Om te voorkomen dat de rechter twee keer over hetzelfde geschilpunt moet oordelen, is in het Nederlandse recht het leerstuk van gezag van gewijsde ontwikkeld. Wat houdt eigenlijk het gezag van gewijsde in? Artikel 236 Rv luidt:

‘1. Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht.  
(...)

3. Het gezag van gewijsde wordt niet ambtshalve toegepast.’

Het gezag van gewijsde leidt tot ‘binding’ van partijen aan het oordeel van de rechter.<sup>10</sup> Een eindbeslissing van de rechter heeft bindende kracht. De bindende werking heeft betrekking op de door de rechter vastgestelde rechten en plichten uit de rechtsbetrekking tussen dezelfde partijen. Ingevolge artikel 236 Rv is een latere rechter gebonden aan beslissingen die in eerdere uitspraken zijn genomen. Een bindende werking, dus het gezag van gewijsde, komt ingevolge artikel 236 Rv slechts toe aan in kracht van gewijsde gegane beslissingen van Nederlandse rechters. Wanneer is sprake van een in kracht van gewijsde gegane beslissing van de Nederlandse rechter? Een rechterlijke beslissing is in kracht van gewijsde gegaan indien daartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, bijvoorbeeld omdat alle gewone rechtsmiddelen al zijn aangewend en niet succesvol zijn geweest dan wel de termijnen voor het instellen van dergelijke rechtsmiddelen zijn verlopen, of indien een partij in de rechterlijke beslissing berust.<sup>11</sup> Ingevolge artikel 236 lid 3 Rv zijn partijen vrij om beroep te doen op het

<sup>7</sup> Een geding kan ook in een gerechtelijke schikking eindigen. Aan een gerechtelijke schikking komt geen gezag van gewijsde toe, nu geen sprake is van een beslissing van een rechter aangaande het geschil tussen partijen.

<sup>8</sup> De Bruin, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 236, aant. 1.

<sup>9</sup> De Bruin, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 236, aant. 1. Zie voor een grensoverschrijdend voorbeeld HR 26 januari 1996, *NIPR* 1996, 179, *NJ* 1997/25, m.nt. Th.M. de Boer. Zie ook A.A.H. van Hoek, ‘Erkenning van vonnissen in het privaatrecht: een studie naar de grenzen van wederzijdse erkenning’, *NIPR* 2003, p. 337-350.

<sup>10</sup> De Bruin, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 236, aant. 1. Zie over de gevolgen van het toekennen van gezag van gewijsde aan een rechterlijke beslissing J.B. van de Velden, *Finality in Litigation*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 104 e.v.

<sup>11</sup> Daarnaast kent het Nederlandse burgerlijk procesrecht ook nog buitengewone rechtsmiddelen. Het instellen daarvan dan wel de mogelijkheid daartoe leidt niet ertoe dat gesproken wordt van een rechterlijke beslissing die

gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing. De rechter onderzoekt dus niet ambtshalve het bestaan van een rechterlijke beslissing waaraan het gezag van gewijsde toekomt. Evenmin dient de rechter ambtshalve na te gaan of aan een door een der partijen ingeroepen rechterlijke beslissing het gezag van gewijsde toekomt.<sup>12</sup> Dit vindt zijn grondslag in het beginsel van partijautonomie en de daaruit voortvloeiende lijdelijkheid van de rechter.<sup>13</sup>

Artikel 236 Rv geldt slechts voor de beslissingen van de Nederlandse overheidsrechters. De evenknie van artikel 236 Rv in de regeling van het arbitrageprocesrecht is artikel 1059 Rv.<sup>14</sup> Dit artikel luidt:

‘1. Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde met ingang van de dag waarop zij zijn gegeven. Artikel 236, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

(...)

3. Een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis als bedoeld in het eerste lid heeft bindende kracht tussen dezelfde partijen in een ander geding met ingang van de dag waarop het is gewezen.’

Is een arbitraal vonnis in kracht van gewijsde gegaan, d.w.z. is dit vonnis onherroepelijk geworden, dan hebben de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeslissingen gezag van gewijsde. Ingevolge artikel 1073 lid 1 Rv komt het gezag van gewijsde van artikel 1059 Rv slechts toe aan een arbitraal vonnis indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.<sup>15</sup> Wat betreft de werking van het gezag van gewijsde van een arbitraal vonnis, geldt dat het gezag van gewijsde zowel in een andere arbitrale procedure kan worden ingeroepen als in een procedure voor de overheidsrechter. Het gezag van gewijsde van artikel 1059 Rv komt toe aan de beslissingen over de rechtsbetrekking tussen partijen en op alle andere oordelen waarop dat oordeel voortbouwt.<sup>16</sup>

## 2.2 Gezag van gewijsde onder de Verordening Brussel I-bis

Artikel 236 Rv regelt het gezag van gewijsde van de door Nederlandse rechters gewezen beslissingen. Het is niet van toepassing op rechterlijke beslissingen die afkomstig zijn uit een andere staat. Dit neemt echter niet weg dat aan dergelijke beslissingen wel werking in

---

nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Eerst de vernietiging als gevolg van een dergelijk rechtsmiddel brengt mee dat een rechterlijke beslissing niet in kracht van gewijsde kan gaan. Vgl. ook HR 21 juni 2013, *NJ* 2014/248.

<sup>12</sup> Zie S.J. Schaafsma in zijn noot onder HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JBP* 2017/44, onder 14. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/142.

<sup>13</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/142. Van Schaick stelt dat, hoe onwenselijk dit ook mag zijn, de partijen de vrijheid moeten hebben om een geschil waarover bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing door een rechter is geoordeeld, opnieuw aan de rechter voor te leggen.

<sup>14</sup> Zie uitvoerig over het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken Th.P. ten Brink, ‘Gezag van gewijsde van arbitrale vonnissen’, *TvA* 2016/67. Ten Brink besteedt geen aandacht aan de vraag naar het gezag van gewijsde van buitenlandse arbitrale beslissingen.

<sup>15</sup> Zie nader over de plaats van arbitrage Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1037, aant. 1. Snijders wijst erop dat met de plaats van arbitrage in art. 1073 Rv bedoeld wordt op de juridische plaats van arbitrage. Niet is vereist dat de arbitrale procedure feitelijk op deze plaats wordt gehouden.

<sup>16</sup> Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1059, aant. 2.3. Snijders wijst er wel op dat aan een beslissing over de geldigheid van een arbitrageovereenkomst in beginsel geen gezag van gewijsde toekomt.

Nederland wordt (of moet worden) toegekend. Zo bepaalt artikel 36 lid 1 Verordening Brussel I-bis dat een beslissing van een rechter uit een andere lidstaat die onder het formele en het materiële toepassingsgebied<sup>17</sup> van deze verordening valt, in een andere lidstaat zonder een vorm van proces wordt erkend.<sup>18</sup> Wat houdt de erkenning van een rechterlijke beslissing in de zin van deze verordening in? De verordening bevat geen expliciete regeling voor de toekenning van het gezag van gewijsde van een gewezen beslissing. De verordening gebruikt echter twee andere instrumenten om te voorkomen dat partijen een en hetzelfde geschil aan een andere rechter voorleggen nadat er reeds een procedure in een lidstaat aanhangig is dan wel reeds in een lidstaat over het geschil tussen partijen een rechterlijke beslissing is geweest. Wat het eerste probleem betreft, bevat de verordening in artikel 30 e.v. de regeling van de aanhangigheid en samenhang. Het doel van deze regeling is te voorkomen dat de rechter van een lidstaat zich over een geschil tussen dezelfde partijen kan uitlaten indien over dat geschil reeds bij een rechter in een andere lidstaat een procedure aanhangig is. De aanhangigheid en samenhang gelden echter niet indien reeds een rechterlijke beslissing is geweest. Voor deze situatie geeft de verordening de mogelijkheid van erkenning van de rechterlijke beslissing.

Het is inmiddels vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU dat een rechterlijke beslissing die onder artikel 36 lid 1 Verordening Brussel I-bis in een andere lidstaat wordt erkend, in beginsel dezelfde werking moet worden toegekend als haar in de lidstaat van herkomst toekomt.<sup>19</sup> Noch de Verordening Brussel I-bis noch de rechtspraak van het Hof van Justitie EU bezigt de term ‘gezag van gewijsde’. In de literatuur wordt echter aangenomen dat de erkenning van een rechterlijke beslissing volgens de definitie van het Hof van Justitie meebrengt dat alle gevolgen van deze beslissing worden erkend.<sup>20</sup> Zo omvat de erkenning ook de vraag of een erkende rechterlijke beslissing het gezag van gewijsde heeft.<sup>21</sup> De *lex fori* van de rechter van de lidstaat van herkomst van de te erkennen beslissing bepaalt dus of een voor erkenning vatbare rechterlijke beslissing gezag van gewijsde toekomt. Dat recht bepaalt ook of het gezag van gewijsde een partij in de weg staat om een nieuwe procedure in een andere lidstaat in te stellen. Dit kan onder omstandigheden ertoe leiden dat aan een rechterlijke beslissing uit een lidstaat in beginsel meer, maar eventueel ook minder, effect dan aan eigen rechterlijke beslissingen wordt toegekend. Slechts bij een dergelijke benadering van de omvang van de erkenning van een rechterlijke beslissing kan een vrij verkeer van rechterlijke beslissingen in

---

<sup>17</sup> Wat betreft het materiële toepassingsgebied, wijs ik op art. 1 lid 2 sub d Verordening Brussel I-bis dat arbitrage in ruime zin van het toepassingsgebied van de verordening uitsluit. De Verordening Brussel I-bis omvat slechts beslissingen van overheidsrechters.

<sup>18</sup> Art. 2 sub a Verordening Brussel I-bis definieert een beslissing als een door een rechter van een lidstaat gegeven beslissing, ongeacht de daaraan gegeven benaming. De term ‘beslissing’ in de zin van art. 2 sub a Verordening Brussel I-bis omvat onder omstandigheden ook een rechterlijke beslissing inhoudende een voorlopige en bewarende maatregel, gegeven in een procedure zonder dat de wederpartij is gehoord.

<sup>19</sup> HvJ 4 februari 1988, zaak 145/86, ECLI:EU:C:1988:61, *NIPR* 1988, 316, *NJ* 1990/209, m.nt. J.C. Schultz (Hoffmann/Krieg), r.o. 11. Zie ook HvJEU 28 april 2009, zaak C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, *NIPR* 2009, 132, *NJ* 2010/38 (*Apostolides/Orams*), r.o. 66. Zie ook Rapport Jenard, *PbEG* 1979, C 59/43.

<sup>20</sup> In de literatuur wordt dit ook aangeduid als ‘Wirkungserstreckung’. Zie Rauscher/Leible, *EuZPR/EuIPR* (2016) Art 36 Brüssel Ia-VO Rn 4. Het HvJEU wijst in het *Apostolides/Orams*-arrest echter erop dat een dergelijke werking van de erkenning niet ertoe verplicht om ‘aan een beslissing bij de tenuitvoerlegging ervan rechten toe te kennen die deze in de lidstaat van herkomst niet heeft (...) of gevolgen die een soortgelijke, in de aangezochte lidstaat rechtstreeks gegeven beslissing niet zou hebben’ (HvJEU 28 april 2009, zaak C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, *NJ* 2010/38, r.o. 66).

<sup>21</sup> Magnus/Mankowski/Wautelet, *Brussel Ibis Regulation* (2016) Art. 36, nr. 4 met een nadere verwijzing naar literatuur. Zie ook HR 12 maart 2004, *NIPR* 2004, 148, *NJ* 2004/284, m.nt. P. Vlas (*IDAT/A*).

de Europese Unie worden bewerkstelligd.<sup>22</sup> Het recht van de lidstaat van herkomst van de beslissing bepaalt de inhoud en de werking van een rechterlijke beslissing.<sup>23</sup> Daarentegen bepaalt de *lex fori* van de staat waar de erkenning van een rechterlijke beslissing wordt ingeroepen, of de rechter in die lidstaat ambtshalve moet onderzoeken of deze beslissing het gezag van gewijsde toekomt dan wel of een werking van een rechterlijke beslissing door partijen zelf moet worden gesteld.<sup>24</sup>

### 2.3 Haags Executieverdrag 2019

Artikel 4 lid 1 van het Haags Executieverdrag 2019<sup>25</sup> verdrag bepaalt:

‘A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.’

Het verdrag bevat geen regeling inzake het gezag van gewijsde van een te erkennen rechterlijke beslissing. De in artikel 9 van de concepttekst van het verdrag opgenomen regeling inzake het gezag van gewijsde is niet in de definitieve versie opgenomen.<sup>26</sup> Het voorgestelde artikel luidde:

‘A judgment recognised or enforceable under this Convention shall be given the same effect it has in the State of origin. If the judgment provides for relief that is not available under the law of the requested State, that relief shall, to the extent possible, be adapted to relief with effects equivalent to, but not going beyond, its effects under the law of the State of origin.’<sup>27</sup>

Of en in welke omvang aan een beslissing het gezag van gewijsde toekwam, diende dus te worden bepaald aan de hand van het recht van de staat van herkomst van de te erkennen rechterlijke beslissing. Deze regeling ontbreekt echter in de eindversie van het verdrag. Dit gat zal aan de hand van de doelstellingen van het verdrag moeten worden opgevuld. Het verdrag roept een verplichting voor de verdragsstaten in om onderling elkaars rechterlijke beslissingen te erkennen, voor zover deze binnen het toepassingsgebied van het verdrag vallen. Dit brengt

---

<sup>22</sup> Aan een rechterlijke beslissing kan de erkenning slechts worden onthouden indien een der in de Verordening Brussel I-bis genoemde weigeringsgronden zich voordoet. Hierbij geldt wel dat de rechter in de staat van erkenning geen ambtshalve onderzoek naar het bestaan van deze gronden mag verrichten. Het is aan de partij die er belang bij heeft om het bestaan van een grond voor de weigering van de erkenning in te roepen. Daarnaast is het onder art. 54 Verordening Brussel I-bis ook mogelijk, ingeval een beslissing maatregelen bevat die in de lidstaat van erkenning onbekend zijn, de te treffen maatregelen in overeenstemming met het recht van de lidstaat van erkenning te brengen.

<sup>23</sup> Zie over de beperking van het gezag van gewijsde door het Unierecht Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/154.

<sup>24</sup> Rauscher/Leible, *EuZPR/EuIPR* (2016) Art 36 Brüssel Ia-VO Rn 7.

<sup>25</sup> Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>. Zie over dit verdrag de daaraan gewijde bijdragen in *NIPR* 2020/1 en in *NILR* 2020/1.

<sup>26</sup> February 2017 Draft Convention, Working Document No. 170 E revised, <https://assets.hcch.net/docs/d6f58225-0427-4a65-8f8b-180e79cafdbb.pdf>.

<sup>27</sup> Zie ook Explanatory Report Garcimartín/Saumier, <https://assets.hcch.net/docs/a1b0b0fc-95b1-4544-935b-b842534a120f.pdf>, nr. 114.

mijns inziens dan ook mee dat de erkenning van een rechterlijke beslissing uit een verdragsstaat in een andere verdragsstaat op basis van artikel 4 van het verdrag tot gevolg heeft dat de in de beslissing vastgestelde rechten en verplichtingen moeten worden erkend. Een nieuwe procedure hierover is in de verdragsstaat van erkenning niet meer mogelijk.<sup>28</sup> Het gevolg hiervan is naar mijn mening een gedeeltelijke erkenning van het gezag van gewijsde dat overeenkomstig het recht van de verdragsstaat van herkomst aan een rechterlijke beslissing wordt toegekend.<sup>29</sup> Onduidelijk is echter welk recht de procesrechtelijke gevolgen van de toekenning van het gezag van gewijsde bepaalt.

## 2.4 Verdrag van New York

Ingevolge artikel III van het Verdrag van New York dient elke verdragsstaat een arbitrale beslissing afkomstig uit een andere verdragsstaat als bindend te erkennen indien voldaan is aan de voorwaarden die in artikel IV en artikel V van het verdrag zijn opgenomen.<sup>30</sup> De erkenning van een arbitrale beslissing kan worden geweigerd indien deze beslissing ‘has not yet become binding’. Dit betekent dat een weigering van de erkenning van deze beslissing slechts mogelijk is indien daartegen een gewoon rechtsmiddel openstaat. Of dit het geval is, wordt beantwoord aan de hand van het op de arbitrage toepasselijke nationale procesrecht en/of de toepasselijke arbitragereglementen.<sup>31</sup> Het verdrag bepaalt niet wat onder de erkenning moet worden verstaan. Evenmin geeft het verdrag aan of de bindende erkenning ertoe leidt dat de erkende arbitrale beslissing aan een partij die in de procedure was betrokken, in de weg staat het geschil dat tot deze beslissing heeft geleid, opnieuw aan een scheidsgerecht dan wel een overheidsrechter voor te leggen. In een aantal landen wordt wel tot uitgangspunt genomen dat artikel III van het verdrag het gezag van gewijsde ‘meebrengt’.<sup>32</sup> Maar, evenals de Verordening Brussel I-bis ten aanzien van de rechterlijke beslissingen, laat het verdrag mijns inziens ook de omvang van de werking van de erkenning van een arbitrale beslissing en de vraag naar het toepasselijke recht daarop onbehandeld.<sup>33</sup>

## 3. Toepasselijk recht op de vraag naar het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing

<sup>28</sup> Vgl. Explanatory Report Garcimartín/Saumier, nr. 115. Zie ook F. Garcimartín, ‘The Judgments Convention: Some Open Questions’, *NLJ* 2020, p. 19-31 (i.h.b. p. 26-27).

<sup>29</sup> Volgens Garcimartín leidt het verdrag slechts tot de toekenning van het gezag van gewijsde aan de ‘operative part of the judgment’. De overige gevolgen van de rechterlijke beslissing dienen aan de hand van het nationale recht te worden bepaald.

<sup>30</sup> Zie over de erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale beslissingen onder het Verdrag van New York Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018/12.6, F. De Ly, ‘Arbitrage – erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen’, *WPNR* 2014/7003, p. 72-78 en N. Peters, *The fundamentals of international commercial arbitration*, 2nd edn., Antwerpen: Maklu 2020, p. 294-303.

<sup>31</sup> G.J. Meijer, P.E. Ernste, ‘Interface perikelen rondom arbitraal hoger beroep’, *TvA* 2018/32, i.h.b. p. 61. Zie ook Peters 2020, p. 289 (zie noot 30).

<sup>32</sup> Zie voor een overzicht UNCITRAL Secretariat, *Guide on the Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, 2016 Edition, p. 81. Zie ook Peters 2020, p. 289 (zie noot 30).

<sup>33</sup> Börner stelt dat de gevolgen van de erkenning van een arbitraal vonnis onder het Verdrag van New York door de ‘domestic law’ worden beheerst (A. Börner, in: Kronke/Nacimiento/Otto e.a., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010, p. 121). Onduidelijk is welk nationaal recht hij bedoelt, het nationale recht van de plaats van arbitrage of het nationale recht van de staat van erkenning van de arbitrale beslissing.

Afhankelijk van het toepasselijk recht kan het gezag van gewijsde verschillende werking toekomen. Zo kan het niet alleen eraan in de weg staan om hetzelfde geschil opnieuw aan de rechter voor te leggen, maar ook elke claim die met het geschil tussen partijen samenhangt.<sup>34</sup> Zoals reeds opgemerkt bestaat onduidelijkheid over de vraag of een buitenlandse arbitrale beslissing überhaupt gezag van gewijsde toekomt.<sup>35</sup> Aan de hand van welk recht dient deze vraag te worden beantwoord? Noch de bestaande internationale instrumenten, noch het Nederlands conflictenrecht bevatten een conflictregel aan de hand waarvan dit probleem kan worden opgelost. Het Nederlands IPR bevat slechts een eenzijdige (conflict)regel. Ingevolge artikel 1059 jo. artikel 1073 Rv komt een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis van een scheidsgerecht met de plaats van arbitrage in Nederland het gezag van gewijsde toe. De Nederlandse regeling bevat geen conflictregel voor arbitrale beslissingen die gewezen zijn door een scheidsgerecht dat geen plaats van arbitrage in Nederland heeft.<sup>36</sup>

### 3.1 Kwalificatie van gezag van gewijsde

Alvorens te onderzoeken welke conflictregels in aanmerking komen om het toepasselijke recht op de bovengenoemde vraag vast te stellen, wil ik in het kort aandacht besteden aan de kwalificatie van het gezag van gewijsde als zodanig.<sup>37</sup> Zo kan worden verdedigd dat het gezag van gewijsde een materieelrechtelijk onderwerp is, zodat het behoort tot de *lex causae*, nl. het recht dat de rechtsverhouding tussen partijen in materieelrechtelijk opzicht beheerst. Door de beslissing wordt immers een oordeel over de status quo tussen partijen gegeven en dat recht moet ook bepalen of het geschil tussen partijen definitief is beslecht. Het is – in deze zin – ‘a component of the dispute on the merits’.<sup>38</sup> Daarentegen kan ook worden aangevoerd dat het gezag van gewijsde een formeelrechtelijk onderwerp is en derhalve het toepasselijke procesrecht de vraag naar het gezag van gewijsde van de beslissing moet beheersen, nu dat recht de werking en de gevolgen van deze beslissing bepaalt. Bij de procesrechtelijke kwalificatie van de vraag naar het bestaan van het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing rijst nog een aantal complicaties. Welke *lex fori* dient deze vraag te beheersen? Het toepasselijke procesrecht van het land waar de plaats van arbitrage is gelegen of de *lex fori* van het land waar de vraag naar het gezag van gewijsde rijst? Een extra complicatie is de vraag naar het toepasselijke recht op de kwalificatie. Wat betreft Nederland, geldt het uitgangspunt dat een rechtsvraag aan de hand van de *lex fori* wordt gekwalificeerd. De kwalificatie geschiedt met

<sup>34</sup> Schaffstein 2018, p. 118 (zie noot 3).

<sup>35</sup> Zie ook De Ly 2014, p. 73 (zie noot 30). Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat slechts een regeling voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale beslissingen. De wet bepaalt niet wat de gevolgen van deze erkenning zijn.

<sup>36</sup> Art. 10:166 BW geeft slechts een regeling voor het vaststellen van het toepasselijke recht op de materiële geldigheid van een arbitrage.

<sup>37</sup> Zie Silja Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford International Arbitration Series, Oxford: OUP 2016, onder 5.16. Zo behoren Zwitserland en Nederland tot de landen die de procesrechtelijke kwalificatie van het gezag van gewijsde aanhangen. Daarentegen wordt dit probleem in de Verenigde Staten als een kwestie van de *lex causae* aangemerkt. In het Franse recht wordt het subjectieve gezag van gewijsde (welke partijen kunnen zich op het gezag van gewijsde beroepen) bepaalt aan de hand van de *lex causae*; het objectieve gezag van gewijsde (mogen partijen het geschil opnieuw aan de rechter voorleggen) is naar Frans recht echter een kwestie van het procesrecht.

<sup>38</sup> Schaffstein 2016, onder 5.16 (zie noot 37). Naar mijn mening ligt een dergelijke materieelrechtelijke kwalificatie van het gezag van gewijsde niet voor de hand. Het gezag van gewijsde kent een bepaalde werking toe aan een rechterlijke dan wel arbitrale uitspraak en niet aan bijv. de overeenkomst tussen partijen.



behelp van de begrippen en normen van het Nederlandse IPR.<sup>39</sup> Een dergelijke regel ontbreekt echter in arbitrageprocesrecht. Een scheidsgerecht heeft immers geen *lex fori*, zodat het evenmin bij voorbaat vaststaat welk IPR het scheidsgerecht kan of moet toepassen. Wat betreft Nederland, bepaalt artikel 1073 lid 1 Rv dat artikel 1020 t/m artikel 1073 Rv van toepassing zijn indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen. Dit brengt dan ook mee dat in een dergelijk geval het Nederlands IPR van toepassing is en derhalve gelden, wat kwalificatie betreft, mijns inziens de uitgangspunten van het Nederlands IPR.<sup>40</sup> Voor het gezag van gewijsde betekent dit mijns inziens dat het als een procesrechtelijk onderwerp moet worden aangemerkt, zodat een kwalificatie op basis van de *lex fori* voor de hand ligt.

### 3.2 De conflictregel

Gezien de hierboven genoemde problemen van kwalificatie zouden mijns inziens drie conflictregels in aanmerking kunnen komen om te bepalen of aan een arbitrale beslissing het gezag van gewijsde toekomt.<sup>41</sup> Ten eerste, het recht van de plaats van arbitrage waar de arbitrale beslissing tot stand kwam. Ten tweede, het recht van de plaats waar de vraag naar het bestaan van het gezag van gewijsde rijst. Tot slot, het recht dat van toepassing is op de rechtsverhouding tussen partijen die tot het geschil en derhalve tot de arbitrale beslissing heeft geleid.<sup>42</sup>

De vraag naar het toepasselijke recht op het gezag van gewijsde van een buitenlandse arbitrale beslissing is zelden in de Nederlandse rechtspraak aan de orde geweest.<sup>43</sup> Het enige geval waarbij de gerechten in Nederland bij deze vraag hebben stil gestaan, is de *ICL/PPC*-zaak. In casu bestond een overeenkomst tussen ICL en PPC. Nadat ICL de uitvoering van deze overeenkomst heeft gestaakt, is PPC een kortgeding-procedure bij de voorzieningenrechter te Den Haag gestart. De voorzieningenrechter heeft ICL op straffe van verbeuren van dwangsommen bevolen om de overeenkomst na te komen. Tegelijkertijd zijn ICL en PPC ook een arbitrale procedure in Engeland gestart. In de procedure heeft PPC naast een veroordeling van ICL tot betaling van een schadevergoeding ook een verklaring voor recht gevorderd dat, kort samengevat, ICL een wanprestatie jegens PPC heeft gepleegd. In de loop van deze

<sup>39</sup> Asser/Vonken 10-I 2018/387 en L. Strikwerda, S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 12<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 115.

<sup>40</sup> In vergelijkbare zin N. Peters, *IPR, Proces en Arbitrage*, IPR Themareeks, Apeldoorn: Maklu 2016, p. 283 en G. Meijer, *Overeenkomst tot Arbitrage* (BPP nr. 13) 2011/7.6.

<sup>41</sup> Zie ook *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, International Law Association Reports of Conference 2006, p. 193.

<sup>42</sup> Schaffstein 2018, p. 128 (zie noot 3). Daarnaast is er nog een vierde mogelijkheid, nl. het recht dat de arbitrageovereenkomst beheerst. In vele gevallen zal dit recht vaak samenvallen met het recht van de plaats van arbitrage dan wel met het recht dat de rechtsverhouding tussen partijen in materieelrechtelijk opzicht beheerst. De argumenten die ertoe leiden dat het gezag van gewijsde niet als een materieelrechtelijk onderwerp dient te worden gekwalificeerd, leiden ook ertoe dat ik de toepassing van de *lex cause* voor de toekenning van het gezag van gewijsde aan een arbitrale beslissing niet voor de hand liggend acht.

<sup>43</sup> De op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gepubliceerde rechtspraak van de Hoge Raad over het gezag van gewijsde van arbitrale beslissingen heeft betrekking op de toepassing van art. 1059 Rv op uitspraken van scheidsgerichten met de plaats van arbitrage in Nederland. Zie bijv. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:84, *RvdW* 2015/171; HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, *NJ* 2019/211, m.nt. J. Hijma; HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, *NJ* 1998/207, m.nt. H.J. Snijders. In HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1272, *RvdW* 2015/670, *NIPR* 2015, 299 kwam de vraag aan de orde of het International Court of Arbitration van de Internationale Kamer van Koophandel (ICC) te Parijs (Frankrijk) het gezag van gewijsde van een tussenbeslissing bij het wijzen van de eindbeslissing in acht had genomen. In zijn conclusie voor dit arrest bespreekt A-G Wissink voor welke arbitrale beslissingen art. 1059 Rv geldt. De Hoge Raad wijdt geen overweging aan deze vraag.

arbitrageprocedure hebben partijen een schikking getroffen. Als gevolg van deze schikking heeft de arbiter de vorderingen van PPC in een Final Award by Consent afgewezen. Aangezien PPC aanspraak op de verbeurde dwangsommen heeft gemaakt omdat ICL niet conform de overeenkomst heeft geleverd, heeft ICL een procedure bij de rechtbank te Amsterdam gestart waarin zij een verklaring voor recht heeft gevorderd dat zij geen dwangsommen heeft verbeurd. ICL heeft zich beroepen op het gezag van gewijsde van de Final Award by Consent. Hierin is immers de door PPC gevorderde verklaring voor recht dat ICL wanprestatie heeft gepleegd door de arbiter afgewezen. Dit kon, aldus ICL, niets anders betekenen dat ICL wel conform de overeenkomst heeft geleverd, zodat zij geen dwangsommen heeft verbeurd. De rechtbank heeft overwogen:

‘Bij het beoordelen van de vraag of ICL heeft voldaan aan het gebod van de voorzieningenrechter (namelijk het nakomen van de overeenkomst), is, nu de rechtsbetrekking in geschil dezelfde is in de arbitrage als in de onderhavige zaak, hetgeen in het arbitrale vonnis is bepaald omtrent het al dan niet nakomen van de overeenkomst van belang. Ingevolge het bepaalde in artikel 1059 juncto artikel 1075 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) juncto artikel III van het Verdrag van New York van 10 juni 1958 komt aan dit vonnis immers gezag van gewijsde toe.’<sup>44</sup>

De rechtbank past dus artikel 1059 Rv op de vraag toe of een in Engeland door een Engelse arbiter tot stand gekomen arbitrale beslissing het gezag van gewijsde toekomt. De rechtbank stelt wel voorop dat de vraag naar de erkenning van de beslissing in casu door het Verdrag van New York wordt beheerst. Bij gebreke van een regeling in het verdrag geldt dus artikel 1059 Rv volgens de rechtbank.

In het door PPC ingestelde hoger beroep heeft het hof Amsterdam in een tussenarrest overwogen:

‘Ingevolge artikel 236 Rv in samenhang met de artikelen 1059 en 1069 Rv en artikel III Verdrag van New York hebben beslissingen die de rechtsbetrekkingen in geschil betreffen in de Final Award by Consent bindende kracht tussen partijen. Het gezag van gewijsde komt echter enkel toe aan de beslissingen van de arbiter die gegrond zijn op zijn beoordeling van het geschil (vergelijk HR 19 november 1993, NJ 1994, 175 en HR 28 april 1995, NJ 1995, 483). Anders dan ICL meent, komt dus aan de afwijzing van de verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting heeft voldaan (“PPC’s claim (...) is fully and finally dismissed with prejudice”) geen gezag van gewijsde toe, nu deze beslissing is gebaseerd op een schikking tussen partijen (“an agreement covering the matters outstanding following my first Partial Award (...), namely (...) the dismissal of PPC’s claim”) en niet op een eigen oordeel van de arbiter.’<sup>45</sup>

Het hof lijkt net als de rechtbank in eerste aanleg artikel 1059 Rv te willen toepassen op de vraag naar het gezag van gewijsde van de onderhavige arbitrale beslissing, maar het hof wijst erop dat in casu geen sprake is van een beslissing van de arbiter, maar van een schikkingsvonnis. De arbiter wijst de vorderingen van PPC niet af op basis van een eigen beoordeling van het geschil, maar omdat partijen lopende de arbitrale procedure tot een schikking zijn gekomen. Dergelijke arbitrale beslissingen hebben geen gezag van gewijsde.

<sup>44</sup> Rb. Amsterdam 18 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4305, r.o. 4.3.

<sup>45</sup> Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4228, *NIPR* 2015, 55, r.o. 3.4.

In het door ICL tegen dit tussenarrest van het hof ingestelde cassatieberoep heeft ICL aangevoerd dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, nu de vraag of een arbitrale beslissing gezag van gewijsde toekomt, in het onderhavige geval niet door het Nederlandse recht wordt beheerst, maar door het recht van de plaats van arbitrage, hetgeen in casu de toepasselijkheid van het Engelse recht op de vraag tot gevolg heeft. De Hoge Raad overweegt:

‘De aan de Final Award by Consent ten grondslag liggende schikking tussen partijen betreft een regeling die onder meer inhoudt dat PPC afziet van haar vordering tot schadevergoeding wegens de tekortkoming van ICL in haar leveringsplicht (...). Op grond van deze regeling zijn in de Final Award by Consent de vorderingen van PPC afgewezen. ICL heeft inderdaad aangevoerd dat hieraan naar Engels recht gezag van gewijsde toekomt, maar haar stellingen houden niet in, laat staan dat zij op enige wijze heeft onderbouwd door overlegging van Engelse wetgeving, rechtspraak of literatuur, dat dit gezag van gewijsde zich naar dat recht mede zou uitstrekken tot een aldus op een schikkingsregeling gebaseerde afwijzing bij een arbitrale uitspraak. Om deze reden heeft ICL, ook indien juist is dat de vraag naar het gezag van gewijsde van de Final Award by Consent naar Engels recht moet worden beoordeeld, geen belang bij haar klacht. Het onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.’<sup>46</sup>

Het door ICL ingestelde middel slaagt niet. De Hoge Raad oordeelt dus, kort samengevat, dat het feit dat naar Engels recht aan een arbitrale beslissing gezag van gewijsde zou kunnen toekomen, niet betekent dat een Engelse schikkingsvonnis zoals het onderhavige gezag van gewijsde heeft. Dat dit wel het geval is, heeft ICL volgens de Hoge Raad onvoldoende onderbouwd.<sup>47</sup> De Hoge Raad laat zich niet over de vraag uit of het Engelse recht daadwerkelijk van toepassing is op de vraag naar het gezag van gewijsde van een Engelse arbitrale beslissing.

#### 4. Mijn visie

De rechtbank noch het hof spreken zich in de ICL/PPC-zaak over de toepasselijke conflictregel uit, noch motiveren zij waarom artikel 1059 Rv in het onderhavige geval de vraag naar het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing beheerst. Het komt mij echter voor dat de rechtbank en het hof deze vraag willen scharen onder de *lex fori* van de plaats waar de vraag naar het gezag van gewijsde rijst.<sup>48</sup> De Hoge Raad spreekt zich hierover niet uit. Hij overweegt slechts dat ICL onvoldoende heeft gesteld over de toepasselijkheid van het Engelse recht op het gezag van gewijsde van een schikkingsvonnis in het onderhavige geval. De vraag komt bij mij op of de Hoge Raad hier van een veronderstelling uitgaat dat het Engelse recht van toepassing is op het gezag van gewijsde van een Engelse arbitrale beslissing. Al eerder was de Hoge Raad

<sup>46</sup> HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *RvdW* 2015/353, *NIPR* 2016, 47.

<sup>47</sup> Gezien de scope van deze bijdrage laat ik hier in het midden of de Hoge Raad in het kader van art. 25 Rv en art. 10:2 BW niet ambtshalve een onderzoek had moeten verrichten of, zoals door ICL gesteld, het Engelse recht het gezag van gewijsde aan een arbitraal schikkingsvonnis toekent. Zie hierover uitvoerig S.J. Schaafsma in zijn noot onder *JBPr* 2017/44, punt 10-13.

<sup>48</sup> Peters stelt dat ‘the preclusive effect of the award needs to be determined in accordance with international instruments and the law of the country where the new proceedings take place’ (Peters 2020, p. 289 (zie noot 30)). Hij voegt er wel aan toe dat bij de toepasselijkheid van het Verdrag van New York ‘the preclusive effect of the award is primarily governed by this convention’. Oftewel, wordt een arbitrale beslissing conform dit verdrag erkend, dan houdt het, aldus Peters, tevens een toekenning van het gezag van gewijsde aan de beslissing in.

met deze vraag geconfronteerd. In zijn arrest van 31 maart 2017 heeft de Hoge Raad overwogen dat

‘[a]an een in Nederland gewezen arbitraal eindvonnis (...), indien partijen niet bij overeenkomst hebben voorzien in arbitraal hoger beroep (art. 1050 lid 1 (oud) Rv; thans: art. 1061b Rv), van rechtswege gezag van gewijsde toe (komt) met ingang van de dag waarop het is gewezen (art. 1059 lid 1 (oud) Rv; thans: art. 1059 lid 1 Rv). (...)’<sup>49</sup>

De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd:

‘Aan een in een vreemde Staat gewezen arbitraal vonnis waarop het Verdrag van New York van toepassing is, komt in Nederland niet van rechtswege gezag van gewijsde toe. Dit is pas het geval na erkenning hier te lande. Erkenning kan geschieden doordat het arbitraal vonnis – op de voet van art. 1075 (oud) Rv in verbinding met art. 985 Rv en het Verdrag van New York – wordt voorzien van een daartoe strekkend verlof van de voorzieningenrechter (...)’

De Hoge Raad heeft zich echter niet uitgelaten over het toepasselijke recht op de toekenning van het gezag van gewijsde aan een arbitrale beslissing, nu in deze zaak de vraag centraal stond of het asymmetrische rechtsmiddelenverbod van artikel 1062 lid 4 jo. artikel 1064 lid 1 Rv discriminerend is en/of dit verbod doorbroken kan worden.

Mijns inziens is de toepassing van artikel 1059 Rv op de vraag naar het gezag van gewijsde van een niet in Nederland tot stand gekomen arbitrale beslissing zowel door de rechtbank als door het hof in de *ICL/PPC*-zaak onjuist. Weliswaar rijst de vraag of aan de beslissing in casu gezag van gewijsde toekomt in Nederland, maar dit betekent niet dat het Nederlandse recht moet worden toegepast. Noch de rechtbank noch het hof spreken zich over de toepasselijke conflictregel uit, maar het lijkt erop dat de rechtbank en het hof deze vraag scharen onder de *lex fori* van de plaats waar de vraag naar het gezag van gewijsde rijst.<sup>50</sup> Ook ontbreekt er in het vonnis van de rechtbank en in het tussenarrest van het hof een motivering waarom artikel 1059 Rv in het onderhavige geval de vraag naar het gezag van gewijsde moet beheersen. De benadering van de rechtbank en van het hof leidt ertoe dat afhankelijk waar deze vraag rijst, een ander recht van toepassing is. Dit leidt mijns inziens niet enkel tot willekeur, maar tevens mogelijk tot verrassingsbeslissingen. Partijen behoeven niet op de toepasselijkheid van dit andere recht bedacht te zijn. Daarnaast werkt deze benadering ook forumshopping in de hand. De kwaadwillende partij kan een procedure starten in een land waarvan het rechtsstelsel op het moment van het aanhangig maken van de procedure (nog) geen gezag van gewijsde toekent aan een arbitrale beslissing, terwijl het recht dat op de totstandkoming van de arbitrale beslissing van toepassing was, dit wel doet.

De ‘veralgemenisering’ van artikel 1059 Rv verdient naar mijn mening de voorkeur. Of aan een arbitrale beslissing het gezag van gewijsde toekomt en welke gevolgen het gezag van gewijsde met zich brengt, dient te worden bepaald aan de hand van het recht van de plaats van arbitrage waar de beslissing tot stand is gekomen. Voor de toepassing van deze regel pleiten

<sup>49</sup> HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017: 555, *NIPR* 2017, 198, *NJ* 2017/343, m.nt. L. Strikwerda, *JBPr* 2017/46, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk, *JOR* 2017/254, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (*Nelux/Nakash*).

<sup>50</sup> Of zouden de rechtbank en het hof deze vraag als een kwestie van het toepasselijke procesrecht door Nederlands recht ingevolge art. 10:3 BW willen laten beheersen? In deze benadering zou art. 1059 Rv inzake het gezag van gewijsde van arbitrale uitspraken gelden omdat sprake is van een procedure voor de Nederlandse rechter. Zonder een nadere motivering over de toepasselijkheid van art. 1059 Rv in het vonnis en het tussenarrest blijft dit onduidelijk.

volgens mij drie argumenten. Ten eerste, het recht van de plaats van arbitrage beheerst meestal ook in formeelrechtelijk opzicht de wijze van totstandkoming van de arbitrale beslissing. Dat recht moet derhalve de gevolgen en de werking van deze beslissing bepalen. Ten tweede, de arbitrage is, zoals in de inleiding aangegeven, een private geschillenoplossing. Dit leidt ertoe dat de partijen bepaalde keuzes maken, zoals de plaats waar de arbitrage plaatsvindt en dat partijen bij dergelijke keuzes ook rekening houden met het recht dat de arbitrage zal beheersen. De toepassing van het recht waaraan de arbitrageprocedure was onderworpen, op de vraag naar het gezag van gewijsde doet recht aan de – in beginsel – weloverwogen keuze om te kiezen voor die plaats van arbitrage. Ten derde, de parallelie met de toekenning van het gezag van gewijsde aan een buitenlandse rechterlijke beslissing ligt voor de hand. Ook bij de vraag naar het gezag van gewijsde van een beslissing van een overheidsrechter wordt het recht van de staat van herkomst van de beslissing toegepast. Men denke hierbij aan de reeds eerder genoemde rechtspraak van het HvJ over de omvang en de gevolgen van de erkenning van een rechterlijke beslissing onder de Verordening Brussel I-bis. Dit neemt niet weg dat onder omstandigheden de openbare orde van de staat van erkenning zich als *ultimum remedium* tegen de toekenning van bepaalde – onbekende – gevolgen aan de erkende rechtelijke beslissing kan verzetten. De ‘bilateralisering’ van artikel 1059 Rv, nl. het toepassen van deze bepaling ongeacht de herkomst van de arbitrale beslissing, lijkt eenvoudig. De Nederlandse rechter of een scheidsgerecht met de zetel in Nederland past altijd dezelfde Nederlandse regel toe. Dit miskent echter het internationale element van een buitenlandse arbitrale beslissing. Het druist mijns inziens ook in tegen de wil en keuze van partijen om hun geschil op een bepaalde wijze onder de toepassing van het buitenlandse recht te (laten) beslechten.

## 5. Het gezag van gewijsde en arbiters

Het voorafgaande is geschreven vanuit de optiek van een overheidsrechter. Wat betreft de vraag naar het bepalen van het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing in het kader van een arbitrale procedure dient mijns inziens een aantal kanttekeningen te worden gemaakt. Zo rijst allereerst de vraag naar de toepasselijkheid van het IPR door de arbiters. Arbiters zijn geen overheidsrechters met als gevolg dat zij niet gebonden zijn aan enig statelijk recht. Als uitgangspunt geldt dat de arbiters ingevolge artikel 1054 Rv naar de – al dan niet door partijen aangewezen – regelen des rechts en met inachtneming van toepasselijke handelsgebruiken oordelen.<sup>51</sup> Zij zijn dus gehouden een beslissing te geven waarbij zij bij de beoordeling van het materiële geschil tussen partijen rekening houden met de door partijen gemaakte keuzes, zoals bijvoorbeeld een door partijen in de arbitrageovereenkomst uitgebrachte rechtskeuze.<sup>52</sup> Bij gebreke van dergelijke keuze van partijen oordelen de arbiters met inachtneming van het beginsel van ‘reasonableness and fairness’.<sup>53</sup> Deze uitgangspunten van de werkwijze van arbiters nemen niet weg dat nationale rechtsstelsels bepalingen bevatten die ook arbiters in acht moeten nemen. Een voorbeeld daarvan zijn artikel 1020 Rv e.v. die van toepassing zijn indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen. Zo bepaalt artikel 1054 lid 2 Rv in dit geval dat

‘[i]n geval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, (...) het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts (beslist). Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft

<sup>51</sup> Zie meer Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054, aant. 1.

<sup>52</sup> Daarnaast is het ook mogelijk dat partijen zich onderwerpen aan een bepaald arbitragereglement.

<sup>53</sup> Peters 2020, p. 140 (zie noot 30).

plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen.’

Partijen hebben de vrijheid om een rechtskeuze uit te brengen die vervolgens door de arbiters bij de beoordeling van het materiële geschil in acht dient te worden genomen. Bij gebreke van een rechtskeuze moeten de arbiters zelf het toepasselijke recht op dit geschil vaststellen. In het geval van een internationaal geschil rijst hier de vraag op welke wijze de arbiters het toepasselijke recht dienen vast te stellen, nu zij niet gebonden zijn aan enig nationaal recht. Twee oplossingen liggen voor de hand. Ten eerste, de arbiters passen het IPR van de plaats van arbitrage toe.<sup>54</sup> Ten tweede, de arbiters hebben zelf de vrijheid om in zo’n geval het IPR te kiezen.<sup>55</sup> En hoe dienen de arbiters te bepalen of aan een arbitrale beslissing het gezag van gewijsde toekomt? In het geval dat de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, geeft het Nederlandse recht, nl. artikel 1059 jo. artikel 1073 Rv, slechts een oplossing voor het toekennen van gezag van gewijsde aan Nederlandse arbitrale beslissingen. Als een mogelijke oplossing voor dit probleem waarmee de arbiters kunnen worden geconfronteerd, wordt in de literatuur verdedigd dat zowel de inhoud als de werking van het gezag van gewijsde op een uniforme wijze moet worden bepaald.<sup>56</sup>

## 6. ILA: uniforme regels inzake gezag van gewijsde

In 2006 heeft de ILA International Commercial Arbitration Committee het *Final Report on Res Judicata and Arbitration* uitgebracht.<sup>57</sup> Het rapport heeft tot een aantal *Recommendations* geleid die door de International Law Association zijn aanvaard.<sup>58</sup> Voorop moet worden gesteld dat deze *Recommendations* geen bindende werking hebben. Het zijn slechts aanbevelingen die tot regelgeving kunnen leiden. Anders dan bijvoorbeeld artikel 1059 Rv richten de *Recommendations* zich slechts tot de scheidsgerechten. Zo bepaalt *Recommendation 1*:

‘To promote efficiency and finality of international commercial arbitration, arbitral awards should have conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings.’

Een dergelijke werking wordt volgens *Recommendation 3* toegekend aan arbitrale beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan en derhalve definitief tussen partijen zijn in het land van herkomst van de beslissing. Deze werking kan in een andere staat dan de staat van arbitrage aan een beslissing slechts onder één voorwaarde worden toegekend, namelijk de beslissing is in die andere staat vatbaar voor erkenning. Op deze wijze wordt een link met het Verdrag van New York gelegd dat een regeling van de formele geldigheid van een arbitrale beslissing (art. III) en een regeling van erkenning van arbitrale beslissingen (art. V) bevat. De *Recommendations*

---

<sup>54</sup> Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054, aant. 3.2 en H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018/6.6.3.2.

<sup>55</sup> Peters 2016, p. 309-310 (zie noot 40).

<sup>56</sup> Schaffstein 2018, p. 131 e.v. (zie noot 3).

<sup>57</sup> Zie voor een voorbeeld van een uniforme regel met betrekking tot gezag van gewijsde in het algemeen art. 28 van de ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure.

<sup>58</sup> Committee on International Commercial Arbitration Filip De Ly (chairman), Andley Sheppard (rapporteur), International Law Association, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, International Law Association Reports of Conference 2006, p. 186-205 en International Law Association, *Recommendations on Res Judicata and Arbitration*, International Law Association Reports of Conference 2006, p. 19-20.

geven echter geen regeling met betrekking tot de kwalificatie van het gezag van gewijsde noch een regeling van het toepasselijke recht op het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing.

## 7. Tot slot

In deze bijdrage is aandacht besteed aan de toekenning van het gezag van gewijsde van arbitrale beslissingen in grensoverschrijdende situaties. Het gezag van gewijsde is een van de toepassingen van het beginsel *ne bis in idem* in het civiele recht. Is een geschil tussen partijen door een rechter of een scheidsgerecht beslecht, dan dienen partijen aan het oordeel van de rechter dan wel van het scheidsgerecht gebonden te zijn. Er bestaat een terminologische onduidelijkheid over de inhoud van dit beginsel en, niet onbelangrijk, over de wijze van het vaststellen van het toepasselijke recht aan de hand waarvan het gezag van gewijsde aan een rechterlijke en/of arbitrale beslissing wordt toegekend. Wat betreft het gezag van gewijsde van een arbitrale beslissing doet zich mijns inziens ook een extra complicatie voor. Arbitrage is een private geschillenbeslechting die in beginsel niet gebonden is aan enig toepasselijk nationaal (statelijk) recht. Dat de nationale rechtsstelsels een regeling inzake het gezag van gewijsde en de werking daarvan voor de rechterlijke beslissingen bevatten, betekent niet automatisch dat deze regeling ook met betrekking tot arbitrale beslissingen resp. arbitrale procedures geldt. Deze onduidelijkheid kan tot onzekerheid bij de partijen leiden indien zij arbitrage voor de oplossing van de tussen hen gerezen geschillen kiezen. De geschillenoplossing dient immers tot een eindoordeel te leiden dat voor alle betrokken partijen bindend is. Ter voorkoming van deze onzekerheid wordt in de literatuur dan ook een uniforme aanpak en codificatie van een regeling over het gezag van gewijsde en de gevolgen daarvan verdedigd. Bij gebreke van harmonisatie resp. unificatie van de regels inzake gezag van gewijsde heb ik verdedigd dat de vraag naar de toekenning van het gezag van gewijsde aan een arbitrale beslissing overeenkomstig het recht van de plaats van arbitrage moet worden beantwoord.<sup>59</sup> Een dergelijke conflictregel doet naar mijn mening het meest recht aan het bijzondere karakter van arbitrage als private wijze van geschillenoplossing. Ik erken wel dat het buitenlandse recht gevolgen kan meebrengen die in Nederland onaanvaardbaar zijn. In dergelijke gevallen kan de Nederlandse rechter gebruikmaken van het correctief openbare orde. Dit leidt dan tot de toepassing van het Nederlandse recht.

---

<sup>59</sup> Art. 35 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration van 1985 (amended in 2006) neemt art. III van het Verdrag van New York als voorbeeld. Een arbitrale beslissing, ongeacht de plaats van arbitrage, wordt 'as binding' tussen partijen erkend. De UNCITRAL Model Law specificceert echter niet wat onder de term 'as binding' moet worden verstaan.