

BEWIJS VAN CORRUPTIE IN ARBITRAGE EN DE TOETSING DOOR DE VERNIETIGINGSRECHTER

*Dirk Knottenbelt & Thomas Stouten**

Sinds 2007 hebben wij met Marielle gewerkt aan de opbouw van de arbitragepraktijk van Houthoff. Marielle heeft daar een grote bijdrage aan geleverd. In die periode zijn wij diverse atypische zaken tegengekomen, waaronder een groot aantal zogeheten ‘corruptiezaken’.

1 CORRUPTIE

1. Corruptie geldt inmiddels als één van de grootste uitdagingen voor de internationale handel. De preambule van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie stelt dat de partijen bij het verdrag:¹

“[b]ezorgd [zijn] over de ernst van de problemen die door corruptie worden veroorzaakt en de bedreiging die zij vormt voor de stabiliteit en veiligheid van samenlevingen, waardoor democratische instituties en waarden, ethische waarden en rechtvaardigheid worden ondermijnd en duurzame ontwikkeling en de rechtsstaat in gevaar worden gebracht.”

2. Er bestaan veel definities van corruptie. Transparency International bijvoorbeeld definieert corruptie als *“the abuse of entrusted power for private gain”*.² Het Burgerrechtelijk Verdrag inzake Corruptie van 4 november 1999 definieert corruptie als:³

“het, indirect of direct, vragen om, aanbieden, verstrekken of aanvaarden van steekpenningen of enig ander niet-gerechtigd voordeel, of de belofte daarvan, hetgeen een ondermijnende invloed heeft op de correcte uitoefening van de taken

* Met dank aan Denise Jansen.

1 Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie; New York, 31 oktober 2003, Trb 2005/244.

2 “What is corruption?”, *Transparency International*, zie www.transparency.org/en/what-is-corruption.

3 Burgerrechtelijk Verdrag inzake Corruptie van 4 november 1999, art. 2.

of het vereiste gedrag van de ontvanger van de steekpenningen, het niet-gerechvaardigde voordeel of de belofte daarvan.”

3. Uit de cijfers van Transparency International blijkt dat van de 180 onderzochte landen, 2/3 lager dan 50 scoort, op een schaal van 1 tot 100, waarbij 100 niet en 0 zeer corrupt is.⁴ Veel voorkomende vormen van corruptie zijn onder andere omkoping, witwassen⁵ en het beïnvloeden van beslissingen door middel van gunsten.

4. Het is dan ook niet verwonderlijk dat corruptie steeds vaker onderwerp of onderdeel is van zowel commerciële als investeringsarbitrage. Een belangrijke oorzaak daarvan is de ontwikkeling van internationale regelgeving, zoals bijvoorbeeld de *OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, dat de 43 deelnemende landen verplicht wetgeving te ontwikkelen waarin corruptie strafbaar wordt gesteld.⁶ Van het in deze strafprocedures verkregen bewijs wordt door partijen in internationale arbitrage dankbaar gebruik gemaakt.

5. Een tweede oorzaak is de gestage groei van het aantal investeringsarbitrages. In veel investeringsarbitrages voeren Staten als verweer dat een investering door corruptie tot stand is gekomen.

6. Deze bijdrage leent zich er niet voor in te gaan op de vele aspecten van corruptie in internationale arbitrage maar zal zich beperken tot een aantal bewijsrechtelijke aspecten daarvan en op de toetsing van corruptie als grond voor de vernietiging van arbitrale vonnissen, met name in Nederland.

2 BEWIJS VAN CORRUPTE IN ARBITRAGE

7. Het uitgangspunt is dat een scheidsgerecht niet *ex officio*, zonder dat dit door partijen is gesteld, onderzoek kan doen naar de vraag of sprake is van corruptie.⁷ Desondanks lijkt de algemene tendens in internationale arbitrage te zijn dat in gevallen van mogelijk strafbaar

4 “Corruption Perceptions Index 2019”, *Transparency International* (www.transparency.org/en/cpi/2019).

5 Hierbij dient gedacht te worden aan bijvoorbeeld een hoge ambtenaar of bewindspersoon die het geld dat hij of zij door omkoping heeft gekregen wit wast, bijvoorbeeld via overheidsprojecten.

6 *OECD Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, art. 1(1).

7 Dit zou immers kunnen indruisen tegen de *ultra petita* regel in art. V(1)(c) van de United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 juni 1958) (Verdrag van New York).

handelen het scheidsgerecht *ex officio* een onderzoeksplicht kan hebben.⁸ Dat strookt ook met artikel V(1)(c) van het Verdrag van New York waaruit volgt dat de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis geweigerd kan worden ingeval dit in strijd is met de openbare orde.

8. In lijn met de verplichting van arbiters om, ongeacht de overeengekomen maatstaf, op basis van de ten processe gebleken feiten, bepalingen van openbare orde toe te passen,⁹ geldt dat als het scheidsgerecht *prima facie* vermoedt dat sprake is van strafbaar handelen, het dit in de arbitrage dient op te brengen en moet (laten) onderzoeken, zelfs als dit door partijen zelf niet is opgebracht.¹⁰

9. In de meeste gevallen is dit onnodig, omdat de verweerder in de arbitrage aanvoert dat er sprake is van corruptie. Het gevolg daarvan kan zijn dat het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaart of de vordering anderszins niet toewijst. Een toewijzing zou immers op gespannen voet kunnen staan met de openbare orde.

10. Over de verdeling van de bewijslast ten aanzien van deze stelling bieden de jurisprudentie in internationale arbitrage, de verschillende arbitragereglementen¹¹ en de literatuur betrekkelijk weinig houvast.¹² In het algemeen wordt echter wel aangenomen dat de partij die zich op corruptie beroept, de daaraan ten grondslag liggende feiten zal moeten bewijzen.¹³

11. Daar waar de bewijslastverdeling inzake corruptie in principe vaak wel duidelijk is, is dat minder het geval voor de bewijsmaatstaf. Zoals het scheidsgerecht in *Rompetrol v Roemenië* overwoog:¹⁴

8 K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money laundering in International Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 287-291.

9 H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054 Rv, aant. 2.2.

10 Betz 2017 p. 287-291 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

11 Zie bijvoorbeeld art. 24 lid 1 UNCITRAL Rules. Zie ook art. 19 lid 1 ICDR Rules.

12 Op grond van art. 1039 lid 1 Rv staan de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs ter vrije bepaling van het scheidsgerecht, ongeacht of deze voortvloeit uit het toepasselijk materieel recht (Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, commentaar op art. 1039 Rv, aant. 2.a en d.

13 G. Born, *International Commercial Arbitration* (2e editie), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 1856. Zie ook A Menaker, 'Proving Corruption in International Arbitration' in: Domitille Baizeau en Richard Kreindler (red.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 13, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015, p. 79-80.

14 *Rompetrol v Roemenië*, ICSID zaak nr. ARB/06/3, Award van 6 mei 2013, par. 178.

“whether a proposition has in fact been proved by the party which bears the burden of proving it depends not just on its own evidence but on the overall assessment of the accumulated evidence put forward by one or both parties, for the proposition or against it.”

12. In principe zijn scheidsgerechten vrij in de beoordeling en waardering van het bewijs.¹⁵ Niettemin wordt – met name – in commerciële arbitrage voor de bewijswaardering ook wel aansluiting gezocht bij de *lex arbitri*; het op de arbitrage toepasselijke nationale procesrecht. In *common law* wordt veelal een “*balance of probabilities*” gehanteerd, terwijl in het civiele recht de waardering van het bewijs vaak gebaseerd is op een innerlijke overtuiging.¹⁶

13. De door scheidsgerechten gehanteerde bewijsmaatstaf inzake corruptie is niet eenduidig: van “bewijs zonder enige twijfel”¹⁷ en “onomstotelijk bewijs”¹⁸ tot “een zeer hoge waarschijnlijkheid”,¹⁹ “duidelijk en overtuigend bewijs”,²⁰ een “hoge bewijsstandaard”²¹ en “redelijke zekerheid”²² naar een “balans van waarschijnlijkheden”.²³

14. Het scheidsgerecht in *Lao Holdings v Laos* overwoog dat er geen “duidelijk en overtuigend bewijs” [hoeft] te zijn van elk element van elke beschuldiging van corruptie, maar het bestaande “duidelijke en overtuigende bewijs” duidelijk op corruptie [moet] wijzen”.²⁴

15 Zie bijvoorbeeld art. 25(1) ICC Rules, art. 27 UNCITRAL Rules en art. 34(1) ICSID Arbitration Rules.

16 A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2014, par. 9.16; Betz 2017, par. 9.5.

17 *Hilmarton v. OTV*, ICC zaak nr. 5622, Award van 19 augustus 1988, *Yearbook Commercial Arbitration* XIX (1994), p. 105.

18 *African Holding v. Democratic Republic of Congo*, ICSID zaak nummer ARB/05/21, Award van 29 juli 2008.

19 ICC zaak nr. 4145, Interim Awards en Final Award van 1983, 1984 en 1986; *Yearbook Commercial Arbitration* XII (1987), p. 97.

20 *Getma v. Guinea*, ICSID zaak nr. ARB/11/29, Award van 16 augustus 2016, par. 182; *Lao Holdings v Laos*, ICSID zaak nr. ARB/12/6, Award van 6 augustus 2019, par. 110. Het tribunaal refereert ook aan de term “redelijke zekerheid”; ICC zaak nr. 6320, Final Award, *Yearbook Commercial Arbitration* XX (1995), par. 62; *Westinghouse v. National Power Corporation*, ICC zaak nr. 6401, Preliminary Award van 19 december 1991, 7(1) *Mealey’s International Arbitration Report* 1992; ICC zaak nr. 13914, Final Award van maart 2008, paras. 194 and 228 in ‘Special Supplement—Tackling Corruption in Arbitration’ (2013) 24 *Int’l Ct Arb Bull* 77.

21 ICC zaak nr. 13384, Final Award; 24 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (2013), Special Supplement, “Tackling Corruption in Arbitration”, 62; ICC zaak nr. 16090, Final Award, *ICC Dispute Resolution Bulletin* (2016), Issue 1, p. 147.

22 *Metal-Tech v. Oezbekistan*, ICSID zaak nr. ARB/10/3, Award van 4 oktober 2013, par. 243.

23 *X and Y* (2004 Genève Award), ICC zaak nr. 12875/MS, Award van 16 augustus 2004 (niet gepubliceerd).

24 Vrij vertaald.

15. Alhoewel door de verschillende scheidsrechten gehanteerde bewijsstandaard uiteenloopt, wordt de bewijsstandaard hoger, naarmate de beschuldigingen van corruptie serieuzer zijn. Dan wordt veelal “*clear and convincing*” bewijs geëist.²⁵

16. In de ICC-arbitrage *Wells v Bariven* overwoog het scheidsrecht:²⁶

“Although the Arbitral Tribunal is conscious of the fact that it is difficult to prove corruption, the seriousness of the accusation of corruption demands clear and convincing evidence. In other words, corruption cannot be shown to exist by arguments based on speculation or by merely alleging indications of the existence of corruption. The Arbitral Tribunal holds that Bariven has to prove in the sense mentioned above that corruption existed in obtaining the Purchase Order. Against this backdrop the Arbitral Tribunal will assess the arguments put forward by Bariven.”

17. Het scheidsrecht in de ICSID-arbitrage *EDF v Roemenië* stelde:²⁷

“... corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption.”

18. Het bewijs van corruptie is naar zijn aard niet eenvoudig. Het komt dan ook maar zelden voor dat corruptie bewezen kan worden door middel van direct bewijs, zoals bijvoorbeeld een afspraak op schrift of getuigenverklaring.²⁸ Vanwege de aard van de handelingen en transacties die ten grondslag liggen aan de gestelde corruptie zullen de onderliggende feiten veelal bewezen moeten worden met indirect bewijs.²⁹

25 Llamzon 2014, par. 9.16; Betz 2017, par. 9.5.

26 ICC zaak nr. 21742, zoals blijkt uit Hof Den Haag, 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677, *JBP* 2020/48.

27 *EDF v Roemenië*, ICSID zaak nr. ARB/05/13, Award van 8 oktober 2009, par. 221.

28 In *World Duty Free v Kenia* verklaarde een getuige dat hij US\$ 2 miljoen had betaald aan de President van Kenia als ‘*personal donation*’, ‘*as part of the consideration for the agreement*’. Zie *World Duty Free v Kenia*, ICSID Case No ARB/00/7, Award van 4 oktober 2006, par. 130.

29 V. Kvhalei, ‘Standard of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration’ in: Domitille Baizeau en Richard Kreindler (red.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbi-*

19. Een veelgebruikte methode om corruptie te bewijzen is door een aantal indicatoren van een corrupte handeling te bewijzen, de zogeheten “*red flags*”.³⁰ De *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Third Parties* bevatten een lijst van veel voorkomende “*red flags*”:³¹

- (i) De activiteiten vinden plaats in een land dat bekend staat om corrupte betalingen (het land heeft bv. een lage score op de corruptie-index van Transparency International);
- (ii) De derde partij (oftewel de agent of de tussenpersoon) wordt aanbevolen door een ambtenaar, in het bijzonder door een ambtenaar met discretionaire bevoegdheden over gunning van contracten;
- (iii) De derde heeft een nauwe persoonlijke of zakelijke relatie met een ambtenaar of een familielid van een ambtenaar;
- (iv) Uit due diligence-onderzoek blijkt dat de derde (opereert via of) een lege vennootschap is of een andere niet-transparante bedrijfsstructuur heeft;
- (v) De enige kwalificatie waar de derde over beschikt is dat hij/zij invloed kan uitoefenen op ambtenaren, of dat hij/zij kan helpen om een contract binnen te halen doordat hij/zij de juiste mensen kent;
- (vi) De noodzaak voor het inschakelen van de derde ontstaat net vóór de gunning van een contract; of;
- (vii) De commissie of het honorarium van de derde lijkt niet in verhouding te staan tot de door hem/haar te leveren daadwerkelijke diensten.

20. Deze “*red flags*” vormen elk op zichzelf geen bewijs van corruptie, maar kunnen wel dienen als indicatoren van corruptie (“*circumstantial evidence*”) die, indien vastgesteld, er gezamenlijk toe kunnen leiden dat corruptie bewezen wordt verklaard, behoudens tegenbewijs.³² Het scheidsgerecht kan, indien het meerdere “*red flags*” bewezen acht, van de partij die van corruptie beschuldigd wordt verlangen dat deze dat bewijs weerlegt door middel van tegenbewijs. Zou die partij daar niet in slagen, dan kan het scheidsgerecht daaruit de conclusies trekken die het geraden acht, en het indirecte bewijs dat door de “*red flags*” werd geleverd, als overtuigend bewijs van corruptie accepteren.³³ Het zojuist genoemde principe dat het scheidsgerecht conclusies kan trekken die het geraden acht, is

tration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015, p. 69.

30 Zie: Llamzon 2014, par. 9.08 e.v.; Betz 2017, par. 9.7 e.v.; Gaillard 2019, p. 6 e.v.

31 *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Third Parties*.

32 Gaillard 2019, p. 3 e.v.

33 Zie: Llamzon 2014, par. 9.08 e.v.; Betz 2017, par. 9.7 e.v.; Gaillard 2019, p. 6 e.v.

breed geaccepteerd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de International Bar Association's Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration:³⁴

“if a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document ... ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral tribunal may infer that such document would be adverse to the interest of that Party.”

21. Voorbeelden van beoordeling op deze basis zijn te vinden in arbitrale uitspraken in diverse ICC-arbitrages,³⁵ en in de ICSID-arbitrages *Metal-Tech v Oezbekistan*³⁶ en *Spentex v Oezbekistan*.³⁷

22. Zo overwoog het tribunaal in *Metal-Tech v Oezbekistan* dat onder andere de omstandigheid dat (i) de eiser geen bewijs kon leveren dat de diensten van de consultants legitiem waren, (ii) opvallende bedragen in het kader van de overeenkomsten waren betaald, (iii) de consultants geen relevante kwalificaties hadden en (iv) een complexe betalingsstructuur was geconstrueerd via Zwitserland en de Britse Maagdeneilanden, als indicatoren (“*red flags*”) dienden voor de conclusie dat de eiser twee consultants had betaald om Oezbeekse officials om te kopen, opdat een investering van de eiser zou worden goedgekeurd door de Oezbeekse overheid.³⁸

23. Bij de beoordeling van het bewijs van de “*red flags*” laten scheidsrechters zich, binnen de hiervoor geschetste kaders, uiteindelijk toch leiden door de omstandigheden van het geval, de impact op de betrokken partijen en de ernst en reikwijdte van de beschuldigingen van corruptie. Alhoewel scheidsrechters geneigd zijn om bij ernstige beschuldigingen een hogere standaard aan te leggen,³⁹ zullen zij uiteindelijk een oordeel vellen op basis van het overgelegde bewijs. In hoeverre daarbij altijd rekening wordt gehouden met de doctrine ten aanzien van de aan te leggen bewijsstandaard is niet duidelijk.⁴⁰

34 Art. 9(5) *International Bar Association's Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.

35 Zie de jurisprudentie genoemd in Gaillard 2019, p. 5 en 6.

36 *Metal-Tech Ltd v De Republiek van Oezbekistan*, ICSID zaak nr. ARB/10/3, Award van 4 oktober 2013.

37 *Spentex Netherlands, BV v De Republiek van Oezbekistan*, ICSID zaak nr. ARB/13/26, Award van 27 december 2016.

38 *Metal-Tech Ltd v De Republiek van Oezbekistan*, ICSID zaak nr. No ARB/10/3, Award van 4 oktober 2013, paras. 372, 327, en 351.

39 Zie bijvoorbeeld: *Siag v Egypte*, ICSID zaak nr. ARB/05/15, Award van 1 juni 2009.

40 In *EDF v Roemenië* paste het tribunaal de standaard van “*clear and convincing*” bewijs toe. Het tribunaal merkte echter op dat het bewijs de bewijsstandaard niet zou halen (*EDF v Roemenië*, ICSID zaak nr. ARB/05/13, Award van 8 oktober 2009). In *Kim v Oezbekistan* oordeelde het tribunaal dat “*regardless of whether the standard of proof is “reasonable certainty” or “clear and convincing evidence” [...] the allegations of bribery and corruption have not been established by the evidence established*” (*Kim v De Republiek van Oezbekistan*, ICSID zaak nr. ARB/14/6, Decision on Jurisdiction van 8 maart 2017).

3 **CORRUPTIE – TENUITVOERLEGGING EN Vernietiging van Arbitrale
Vonnissen in Europa**

24. In de meeste Europese landen staat de arbitragewetgeving de vernietiging van een arbitraal vonnis toe ingeval dat (voor wat betreft de inhoud en/of de totstandkoming) in strijd is met de openbare orde. Artikel 34(2)(b) van de UNCITRAL Model Law stelt:

*“An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:
... the award is in conflict with the public policy of this State.”*

25. Zo bevat de arbitragewet in Frankrijk,⁴¹ Duitsland,⁴² Switzerland⁴³ en het Verenigd Koninkrijk⁴⁴ bepalingen van die strekking. In Nederland is deze vernietigingsgrond opgenomen in artikel 1065(1)(e) Rv.

26. Ook in landen waar een dergelijke uitdrukkelijke bepaling niet in de wetgeving is opgenomen, nemen rechtbanken veelal aan dat arbitrale vonnissen die in strijd zijn met de openbare orde, voor vernietiging in aanmerking komen.⁴⁵

27. Ten aanzien van de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen bevat de internationale regelgeving vergelijkbare bepalingen. Zo stelt artikel 45(1)(a) van de EU Verordening nr. 1215/2012:⁴⁶

*“De erkenning van een beslissing wordt op verzoek van een belanghebbende partij geweigerd indien:
a) de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde (ordre public) van de aangezochte lidstaat;”*

28. En Artikel V(2)(b) van het Verdrag van New York bepaalt:

“Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought

41 Art. 1520(5) Code de Procédure Civile.

42 Art. 1059(2)(2)(b) Zivilprozessordnung.

43 Art. 190(2)(e) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht.

44 Art. 68(2)(g) English Arbitration Act 1996.

45 J. Koepf en A. Ason, ‘An Anti-Enforcement Bias? The Application of the Substantive Public Policy Exception in Polish Annulment Proceedings’, *Journal of International Arbitration* 35, 2018/2, p. 158.

46 Betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

finds that ... [t]he recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

29. Alhoewel de wetgeving in (met name) Europa voorziet in vernietiging van een arbitraal vonnis ingeval dat vonnis in strijd is met de openbare orde, en zowel de Europese regelgeving als het Verdrag van New York bepalen dat een arbitraal vonnis niet kan worden erkend als die erkenning in strijd is met de openbare orde, kan de uitleg die door de verschillende gerechten hieraan gegeven wordt, verschillend zijn. Een aardig voorbeeld is de zaak *Alstom v ABL*.⁴⁷ In een ICC-arbitrage veroordeelde het scheidsrecht Alstom in 2016 tot betaling van ongeveer € 2 miljoen aan ABL op grond van twee tussen hen overeengekomen consultancyovereenkomsten.

30. Alstom vorderde vervolgens vernietiging van het arbitraal vonnis in Zwitserland, mede op grond van schending van de openbare orde, nu sprake zou zijn van corruptie. De vordering tot vernietiging werd door Het Zwitserse Bundesgericht in 2016 verworpen. Hoewel het hof overwoog dat corruptie inderdaad in strijd is met de Zwitserse openbare orde, beperkte het zich tot een analyse van de feiten die het scheidsrecht in het vonnis had uiteengezet.⁴⁸

31. Het Bundesgericht overwoog onder andere dat het niet aan hem is om de feiten zoals die door het scheidsrecht zijn gepresenteerd aan te vullen of in twijfel te trekken. Verder overwoog het Bundesgericht dat de feiten die door het tribunaal in de arbitrage waren vastgesteld, niet voldoende gewicht boden om te kunnen leiden tot een schending van de Zwitserse openbare orde. Het Bundesgericht concludeerde dan ook dat corruptie niet vastgesteld kon worden.⁴⁹

32. ABL verkreeg ondertussen verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in Frankrijk. In het door Alstom ingestelde hoger beroep tegen dit verlof oordeelde het Cour d'appel in Parijs in 2019 dat er ernstige, precieze en consistente aanwijzingen waren (*indices graves, précis et concordants*) dat de betalingen die Alstom aan ABL had gedaan, werden aangewend om overheidsfunctionarissen om te kopen. Op basis daarvan, weigerde

⁴⁷ Niet gepubliceerd.

⁴⁸ Zwitsers Bundesgericht, *SA Alstom Transport SA v Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers Limited*, vonnis van 3 november 2016 (beschikbaar via <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-alexander-brothers-ltd-v-alstom-transport-s-a-and-alstom-network-uk-ltd-judgment-of-the-high-court-of-justice-of-england-and-wales-thursday-18th-june-2020>). Het Bundesgericht opereert als cassatierechter en neemt geen kennis van nieuwe feiten (ten opzichte van de feiten in het arbitrale vonnis).

⁴⁹ Zwitsers Bundesgericht, *SA Alstom Transport SA v Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers Limited*, 3 november 2016, r.o. 18.

het Cour d'appel verlot voor de tenuitvoerlegging omdat dat in strijd zou zijn met de openbare orde. Het Cour d'appel concludeerde verder dat de bedragen die volgens de uitspraak verschuldigd waren, bedoeld waren om daden van omkoping te financieren of te vergoeden.⁵⁰

33. In tegenstelling tot het Zwitserse Bundesgericht, overwoog het Franse Cour d'appel dat, hoewel het Franse recht een inhoudelijke herziening van de zaak niet toestaat, het hof niet wordt beperkt door de vaststelling van de feiten door het scheidsgerecht in de arbitrageprocedure.⁵¹ In het verlengde daarvan oordeelde het Cour d'appel dat ook nieuw bewijs in het kader van beschuldigingen van corruptie kan worden meegenomen bij zijn beslissing. Daarbij overwoog het hof dat in dat kader irrelevant is of dat feit al dan niet in de arbitrageprocedure was opgeworpen.⁵²

34. Het Cour d'appel baseerde zijn conclusie op de overweging dat zijn jurisdictie ziet op de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in Frankrijk en niet zozeer op het arbitraal vonnis zelf. Een arbitraal vonnis dat uitvoering geeft aan corruptie is in strijd met de Franse openbare orde. In dat kader overwoog het Cour d'appel dat het gerechtigd is om al het bewijsmateriaal dat voor hem wordt gebracht te analyseren, en dat het op grond van die analyse uitspraak kan doen over de vraag of de tenuitvoerlegging al dan niet kan plaatsvinden.⁵³

35. ABL heeft in oktober 2019 ook verlof tot tenuitvoerlegging verkregen in het Verenigd Koninkrijk. In het beroep tegen dit verlof (*set aside*) heeft Alstom wederom aangevoerd dat tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in strijd zou zijn met de openbare orde. De Engelse High Court oordeelde evenwel dat het arbitraal vonnis wél ten uitvoer kon worden gelegd, ondanks het feit dat Alstom dezelfde beschuldigingen ten aanzien van corruptie had aangevoerd als zij had gedaan in de procedure in Frankrijk.⁵⁴

36. De High Court achtte zich niet gebonden aan de eerdere uitspraak van het Franse Cour d'appel en overwoog:⁵⁵

50 CA Paris, Pôle 1 Ch. 1, *SA Alstom Transport SA v Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers Limited*, 28 mei 2019, No 16/11182.

51 CA Paris, p. 6-7.

52 CA Paris, p. 13 en 15.

53 CA Paris, p. 13 en 15. Het Hof hanteerde daarbij een “*red flags*”-benadering. ABL heeft cassatie ingesteld bij het Franse Hof van Cassatie.

54 High Court of Justice of England and Wales, *SA Alstom Transport SA v Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers Limited*, vonnis van 18 juni 2020, CL-2019-000630.

55 *Id.*, r.o. 196.

“Different countries may place the public policy in favour of enforcement as a higher or lower priority against the public policy against corruption; and that will have an impact on what they require to have proved before refusal of enforcement is deemed appropriate.”

37. Voorts overwoog de High Court dat:⁵⁶

“...this Court will not, at the stage of enforcement, effectively prioritise English public policy over that of the public policy of the seat, unless: (i) on the facts as they appear from the award the underlying contract infringes one of those rules of public policy where the English Court would not enforce regardless of its proper law or place of performance...”

38. De High Court overwoog vervolgens dat gezien de geringe ernst van de beschuldiging van corruptie, niet kon worden geconcludeerd dat de uitzondering van toepassing was en wees het verweer tegen het verzoek tot tenuitvoerlegging af.⁵⁷

39. Het voorbeeld van *Alstom v ABL* geeft goed aan dat als gevolg van een verschillende benadering door Europese gerechten bij de beoordeling en waardering van het bewijs van de gestelde corruptie, het arbitraal vonnis bijvoorbeeld wél in Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk ten uitvoer kon worden gelegd, maar niet in Frankrijk.

4 CORRUPTIE – TENUITVOERLEGGING EN Vernietiging van Arbitrale Vonnissen in Nederland

40. Ingeval van corruptie kan in het kader van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis een beroep worden gedaan op strijd met de openbare orde (artikel 1065(1)(e) Rv).⁵⁸ Van strijd met de openbare orde is sprake als de inhoud en/of totstandkoming van het arbitraal vonnis in strijd is met dwingend recht van een zo een fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.⁵⁹

⁵⁶ *Id.*, r.o. 156.

⁵⁷ High Court of Justice of England and Wales, r.o. 159-165.

⁵⁸ Tegen het verzoek tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis staan alleen de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping open en dus geen hoger beroep. G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1062 Rv, aant. 4.

⁵⁹ HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 (*Eco Swiss/Benetton*).

41. In beginsel geldt dat in het geval corruptie wordt aangenomen, de overeenkomst die daaraan ten grondslag ligt nietig is op grond van artikel 3:40(1) BW wegens strijd met de openbare orde. Een arbitraal vonnis dat op grond van een dergelijke overeenkomst verplichtingen toekent aan een van de partijen onder die overeenkomst, moet dan ook worden vernietigd op grond van artikel 1065(1)(e) Rv.

42. Bij de beoordeling van corruptie wordt in de meeste rechtsstelsels, en zo ook in Nederland, rekening gehouden met het onderscheid tussen een overeenkomst die “*onder invloed van corruptie tot stand is gekomen*” en een overeenkomst die “*voorziet in corruptie, of met een dergelijke overeenkomst in onlosmakelijk verband staat*”. Hwang en Lim schrijven in dit kader:⁶⁰

“Most national systems of law draw a distinction between contracts that are procured by corruption, and contracts that provide for corruption (such joint intention to commit corrupt acts under the contract may be expressly stipulated or may, as is more commonly the case, remain unwritten). Contracts procured by corruption are merely voidable at the instance of the innocent party, whereas contracts which provide for corruption may be considered null and void. The difference between the two is that a voidable contract is “intrinsically valid” until the innocent party takes positive steps to set it aside, whereas a contract which is null and void need not be set aside, as it is from the outset regarded as “entirely ineffectual”.”

43. Een overeenkomst die onder invloed van corruptie *tot stand is gekomen*, is vernietigbaar in het geval sprake was van dwaling, bedrog of een ander wilsgebrek, terwijl de overeenkomsten die *voorzien in* corruptie, en bijvoorbeeld voorzien in de betaling van steekpenningen, vanwege strijd met de openbare orde nietig zijn.⁶¹

44. Een vernietigbare overeenkomst kan alleen vernietigd worden als daar door een van beide partijen een beroep op wordt gedaan. Een arbitraal vonnis dat handelt over de nakoming van een vernietigbare overeenkomst is niet per se in strijd met de openbare orde en dus niet per se vernietigbaar.

60 M. Hwang S.C. en K. Lim, *Corruption in Arbitration - Law and Reality*, januari 2012 (uitgebreide versie van Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture, 4 augustus 2011, Singapore), par. 95.

61 Hof Amsterdam 2 mei 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AT0642, NJ 2005/110 (*Staal/Provincie Zuid-Holland*), r.o. 4.5; Rechtbank Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6178 (*TST/Europoint*).

45. Bij een overeenkomst die op basis van artikel 3:40 BW (strijd met de openbare) nietig is, behoeft niet per se een beroep op nietigheid te worden gedaan nu deze van rechtswege nietig is.

46. De Hoge Raad is consequent in zijn oordeel dat de gewone rechter in beginsel terughoudendheid moet betrachten bij de toetsing van een arbitraal vonnis.⁶² Ook heeft de Hoge Raad bij herhaling overwogen dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep.⁶³

47. Voor een terughoudende toetsing is evenwel geen plaats als het gaat om de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat, of wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitraal vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor.⁶⁴ Deze door de Hoge Raad aangelegde uitzondering geldt niet voor een arbitraal vonnis dat een overeenkomst bevestigt die tot stand zou zijn gekomen onder invloed van corruptie.⁶⁵

48. Meijer schrijft in een noot bij het arrest van het gerechtshof Amsterdam in de vernietigingsprocedure *Bariven v Wells* over deze terughoudende toetsing in het geval van vermeende corruptie:⁶⁶

“Zulks betekent bijvoorbeeld dat een arbitraal vonnis van een scheidsgerecht dat na het partijdebat daaromtrent een overeenkomst bevestigt die zélf (rechtstreeks) in corruptie voorziet veelal kan worden vernietigd omdat de corruptie dan toch veelal uit (de tekst van) de genoemde overeenkomst zelf kan worden afgeleid en de vernietigingsrechter, zonder de terughoudende toetsing geweld aan te doen, kan constateren dat de overeenkomst (en daarmee het arbitraal vonnis) in strijd is met de openbare orde. Als gesteld wordt dat de overeenkomst onder invloed van corruptie is tot stand gekomen, kan dit evenwel anders liggen en zal vernietiging onzes inziens slechts mogelijk zijn als de vernietigingsrechter de invloed van corruptie zonder diepgaand onderzoek kan vaststellen en ook overigens bij de beoordeling van één en ander niet veel twijfel of ruimte bestaat. Hierbij is te

62 Zie o.a. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 (*IMS/Modsaf-IR I*); HR 9 januari 2004, ECLI:NL:2004:AK8380, NJ 2005/190 (*Nannini*); HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova*); HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, NJ 2010/171 (*IMS/Modsaf-IR II*); HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318 (*Ecuador/Chevron I*); HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15 (*Ecuador/Chevron II*).

63 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 (*IMS/Modsaf-IR I*), r.o. 3.3.

64 G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijk Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 2 en 7.

65 Hof Den Haag, 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677, *JBPR* 2020/48, m.nt. G.J. Meijer.

66 *Id.*

denken aan overgelegd schriftelijk bewijs dat duidelijk blijkt geeft van corruptie (zoals bijvoorbeeld correspondentie tussen de betrokkenen terzake)."

49. In *Bariven v Wells*, waarin het gerechtshof het arbitraal vonnis vernietigde, kwam zowel de door het scheidsgerecht gehanteerde bewijsstandaard aan de orde, als de vraag of een arbitraal vonnis, dat een overeenkomst bevestigt die beweerdelijk tot stand is gekomen onder invloed van corruptie, vernietigd moet worden.⁶⁷

50. In de arbitrage had Wells betaling van openstaande facturen gevorderd, en voerde Bariven het verweer dat de onderliggende overeenkomst door corruptie tot stand was gekomen. Ten aanzien van de bewijsstandaard, overwoog het scheidsgerecht niet alleen dat de bewijslast op Bariven rustte, maar ook dat "*the seriousness of the accusation of corruption demands clear and convincing evidence*".⁶⁸

51. De door het scheidsgerecht gehanteerde bewijsstandaard werd door het hof aanmerkelijk afgezwakt.⁶⁹

"Voor zover het scheidsgerecht met "clear and convincing evidence" heeft bedoeld dat corruptie slechts zou kunnen worden aangenomen op grond van direct bewijs dat Wells de opdracht voor de levering van de twee aandrijfmotoren heeft verkregen dankzij de betaling van steekpenningen aan medewerkers van Bariven, heeft het scheidsgerecht naar het oordeel van het hof een te strenge maatstaf aangelegd. Personen of ondernemingen die zich schuldig maken aan corruptie zullen in het algemeen alles doen om die corruptie zo goed mogelijk te verhullen. Direct bewijs dat een opdracht is verkregen door betaling van steekpenningen zal daarom in het algemeen zeer moeilijk te leveren zijn. Tegen die achtergrond kan naar het oordeel van het hof totstandkoming van een overeenkomst onder invloed van corruptie worden aangenomen op grond van bewijzen van corruptie in de betrekkingen tussen (medewerkers van) de partijen bij die overeenkomst in een bredere context, zeker als de partij die ervan wordt beschuldigd de desbetreffende opdracht door corruptie te hebben verkregen, mogelijkheden om concrete aanwijzingen voor deze beschuldiging gemotiveerd te weerleggen, ongebruikt laat."

⁶⁷ Hof Den Haag, 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677 (*Wells/Bariven*).

⁶⁸ *Id.* r.o. 3.4.

⁶⁹ *Id.* r.o. 5.11.

52. Bij de beoordeling of er sprake is van corruptie, legde het hof voorts de toets aan of de onderliggende overeenkomst zonder de corruptie niet, of niet onder dezelfde voorwaarden, tot stand zou zijn gekomen.⁷⁰

53. Ten aanzien van de vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis stelt het hof, in weerwil van de jurisprudentie van de Hoge Raad (zie hiervoor) zich niet terughoudend op. Integendeel, het hof overwoog:⁷¹

“Het hof zal dan ook zelfstandig beoordelen of de Koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen, niet alleen op grond van de door het scheidsgerecht vastgestelde feiten maar ook op grond van vaststaande feiten die zich na de beslissing van het scheidsgerecht hebben voorgedaan. Deze benadering past naar het oordeel van het hof binnen de beoordelingsruimte die het hof heeft in het kader van artikel 1065, eerste lid Rv.”

54. Daarmee heeft het hof de door de Hoge Raad aangegeven reikwijdte van de terughoudende toetsing opgerekt.

55. De zaak is inmiddels voorgelegd aan de Hoge Raad. Een uitspraak wordt in de loop van 2021 verwacht. Dit leidt hopelijk tot een meer eenduidige toetsing door de vernietigingsrechter van arbitrale vonnissen die oordelen over corrupte overeenkomsten.

70 *Id.* r.o. 5.13.

71 *Id.* r.o. 5.6.