

Uitspraak: 4 augustus 1993
Requestnr.: 123 R 93

Sent by
P.P. Vreede

Beschikking van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, kamer II (A)
in de zaak van:

OWERRI COMMERCIAL INC.,

gevestigd te Panama,
appellante, tevens incidenteel geïntimeerde,
procureur: Mr. E. Grabandt

t e g e n

DIELLE SRL.,

gevestigd te Zola Predosa (Italië),
geïntimeerde, tevens incidenteel appellante,
procureur: Mr. M.R.P. Drielsma.

Bij beroepschrift ingekomen ter griffie op 1 maart 1993, is appellante, hierna te noemen "Owerri", in hoger beroep gekomen van de beschikking van 28 december 1992 onder requestnummer 8459 P 92, gegeven door de President van de rechtbank te Rotterdam. Geïntimeerde, hierna te noemen "Dielle", heeft een verweerschrift ingediend en daarbij tevens incidenteel hoger beroep ingesteld. Vervolgens is de zaak mondeling toegelicht, namens Owerri door Mr. J.F. van der Stelt en namens Dielle door Mr. J.W. Bitter, beiden advocaat te Rotterdam. Van een en ander is proces-verbaal opgemaakt.

Het hof overweegt als volgt:

In het principale hoger beroep:

1. Het hoger beroep van Owerri is gericht tegen de afwijzende beschikking van de President van de rechtbank te Rotterdam op het verzoek van Owerri strekkende tot het verkrijgen hier te lande van erkenning en tenuit-

voerlegging van twee te Londen tussen partijen gewezen arbitrale vonnissen. De President was van oordeel dat naar de regel van art II sub 2 van het verdrag van New-York van 10 juni 1958 (over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken) een enkele verwijzing naar FOSFA-voorwaarden op een telexbericht onvoldoende is om Dielle gebonden te achten aan de in die voorwaarden opgenomen arbitrageovereenkomst, daar minstgenomen verwacht mag worden dat expliciet naar dat arbitragebeding zou zijn verwezen, indien Owerri te kennen had willen geven dat arbitrage geïncorporeerd is in de FOSFA-voorwaarden.

2. Het volgende staat tussen partijen vast:

- Aan het geschil liggen koopovereenkomsten terzake van partijen Argentine HPS groundnut kernels ten grondslag tussen Owerri als verkoopster en Dielle als koopster. De eerste twee overeenkomsten, met daarin de vermelding "All other conditions according to FOSFA 39", zijn geannuleerd (nrs NBR 5031 en 5032) en opgevolgd door twee vergelijkbare contracten (nrs 5070+ 6002 en 5071+ 6003), door middel van een "telex-confirmation" van Owerri aan Dielle van 19 oktober 1990, met daarin de vermelding "rest terms: as per FOSFA 39 contract". Bij telex van 22 okt 1990 heeft Dielle harerzijds de overeenkomsten bevestigd, zonder daarbij bezwaar te maken tegen de verwijzing naar de FOSFA-voorwaarden;
- In de FOSFA-voorwaarden is Engels recht van toepassing verklaard op de overeenkomsten en is voor alle geschillen tussen partijen arbitrage te Londen voorgeschreven (art 28 en 30). De toepasselijkheid van de FOSFA-voorwaarden heeft Dielle niet betwist, bij de

mondelinge toelichting zelfs erkend; zij betwist wel dat arbitrage werd overeengekomen;

- Naar aanleiding van een geschil bij de uitvoering van beide overeenkomsten heeft Owerri de zaken aan arbiters te Londen voorgelegd. Deze hebben Dielle op 18 november 1991 bij verstek veroordeeld tot betaling van respectievelijk US \$ 419.658,57 en GBP 5.898,-. Dielle had Owerri doen weten de arbitrageclausule en daarmee de bevoegdheid van arbiters niet te erkennen.

De ontvankelijkheid

3. Het verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging van de te Londen gewezen arbitrale vonnissen heeft Owerri in hoger beroep primair gebaseerd op art 1075 Rv juncto het voormelde verdrag van New York en subsidiair op art 1076 Rv. Bij mondelinge toelichting in eerste aanleg had zij ook reeds het subsidiaire standpunt aangevoerd, maar de President heeft de beslissing slechts op het primaire betoog gebaseerd.

4. Dielle heeft gesteld dat uit het stilzwijgen van de President over de subsidiaire grond moet worden afgeleid, dat hij die vermeerdering van de grond van het verzoek heeft afgewezen en dat Owerri in zoverre in het beroep niet ontvankelijk moet worden verklaard, daar hoger beroep tegen die afwijzing bij art 429 i, lid 3 Rv is uitgesloten.

5. Deze stelling moet worden verworpen. Wat er ook zij van de beweegreden van de President het subsidiaire betoog onbesproken te laten, verworpen heeft hij het niet, terwijl uit het bepaalde in art 429 q, lid 5 Rv (zoals gewijzigd per 1 januari 1993) volgt dat de gron-

den van het verzoek nog in hoger beroep gewijzigd of vermeerderd kunnen worden (vgl ook HR 12 okt 1990, NJ 1991, 186, over art 429 i Rv onder de oude wetstekst), tenzij Dielle daardoor onredelijk in haar verweer wordt bemoeilijkt. Dit laatste is niet gesteld en gelet op het feit dat zij tegen de subsidiaire grond zowel schriftelijk als mondeling verweer heeft gevoerd ook niet aanneemelijk. Daargelaten daarom of Owerri ook al in eerste aanleg de grond van haar verzoek vermeerderde, maakt de subsidiaire grond in ieder geval deel uit van het geding in hoger beroep, zodat Owerri in dat beroep zoals thans luidende kan worden ontvangen.

Ten gronde

6. Waar het subsidiaire betoog is gebaseerd op een in vergelijking met de primaire grond ruimere mogelijkheid voor de verkrijging van erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis, zal het hof -derhalve anders dan de president- met de behandeling van de zaak lange die subsidiaire weg aanvagen.

7. De mogelijkheid voor de toepassing van art 1076 Rv doet zich voor, nu aan de voorwaarde is voldaan dat een toepasselijk verdrag, in dit geval art VII van voormeld verdrag van New York, toelaat zich te beroepen op de wet van het land, in casu Nederland, waar de erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht.

8. Voor een beroep op art 1076 Rv is ingevolge het bepaalde in het eerste lid de overlegging voorgeschreven van het origineel of een gewaarmerkt afschrift van de overeenkomst tot arbitrage en van de arbitrale uitspraak. Owerri heeft originele exemplaren overgelegd van de arbitrale vonnissen en van de bevestigingstelex

van 19 okt 1990, niet echter van de telex van 22 okt 1990. Deze omstandigheid staat volgens Dielle aan toepassing van art 1076 Rv in de weg.

9. Dit verweer moet worden verworpen. Dielle heeft niet (gemotiveerd) bestreden dat zij op 22 okt 1990 de overeenkomsten per telex bevestigde en dat de daarvan voor het eerst in hoger beroep overgelegde kopie een kopie van haar telex is. Onder die omstandigheden heeft zij geen rechtens te respecteren belang zich te beroepen op een formele tekortkoming bij de toepassing van art 1076 Rv. Het daarin vervatte voorschrift is in dit verband op te vatten als een regel van bewijsrecht, waaraan rechtens geen betekenis toekomt indien partijen het over het bestaan van de relevante stukken eens zijn.

10. Een andere vraag is echter of, gelijk het eerste lid van art 1076 Rv eveneens voorschrijft, in de door Owerri overgelegde stukken een geldige overeenkomst tot arbitrage besloten ligt, anders gezegd of de algemene verwijzing naar de FOSFA-voorwaarden ook een verwijzing naar de arbitrageclausule in art 30 daarvan behelst. Dat is volgens Owerri het geval. Dielle heeft de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage bestreden. Zijnde Dielle de partij tegen wie de erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht, is het krachtens het bepaalde in art 1076 lid 1 sub A Rv aan haar haar stelling te bewijzen.

11. Ter onderbouwing van haar betoog heeft Dielle zich onder aanhaling van vindplaatsen in het International Handbook on Commercial Arbitration, een uitgave van de International Council for Commercial Arbitration (ICCA), beroepen op het recht van de mogelijk toepasselijke rechtsstelsels, te weten dat van Argentinië al-

waar Owerri kantoor houdt, van Panama alwaar Owerri gevestigd is en van Italië alwaar Dielle gevestigd is. Daaruit blijkt volgens haar dat de enkele verwijzing naar toepasselijke voorwaarden niet leidt tot een geldig arbitragebeding. Naar zal blijken dient evengoemde vraag echter niet naar de regels van deze rechtsstelsels beslecht te worden.

12. Ingevolge art 1076 lid 1 sub Aa Rv moet erkenning en tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen achterwege blijven indien een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt "onder het op die overeenkomst toepasselijke recht". Omdat dat volgens het bepaalde in het eerste lid van dat artikel moet worden beoordeeld naar het recht van het land waar de erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht, zijnde Nederland, dient naar Nederlands internationaal privaatrecht nagegaan te worden wat dat toepasselijke recht is. Bij gebreke van een rechtskeuze met betrekking tot de arbitrageovereenkomst - zodanige rechtskeuze staat niet vast nu partijen het daarover niet eens zijn - moet dat worden geacht het recht te zijn, waarmee die overeenkomst het nauwst verbonden is.

13. Het komt het hof voor dat, anders dan Dielle stelt, die nauwste band bestaat met het Engelse recht. De aanknopng daarvoor is te vinden in de plaats waar de arbitrage heeft plaatsgevonden en komt overeen met de in art V, eerste lid sub a van meergenoemd verdrag gegeven regel dat de geldigheid van de arbitrageovereenkomst bij afwezigheid van een rechtskeuze van partijen beoordeeld moet worden naar het recht van het land waar de uitspraak werd gewezen. Die regel kan als algemene regel van internationaal privaatrecht worden aangemerkt als gevolg van het grote internationale gezag dat het ver-

drag heeft en is bovendien door de Nederlandse wetgever erkend en overgenomen, zoals blijkt uit het bepaalde in art 1073 Rv.

14. Het is voorts ook voor de hand liggend aan de zogeheten lex fori van de arbiters aan te knopen. Het gaat terzake om erkenning en tenuitvoerlegging van in Londen gewezen arbitrale vonnissen, en daarmee om de vraag of arbiters hun bevoegdheid konden ontleen aan een rechtsgeldige arbitrageovereenkomst. De beoordeling daarvan is een kwestie van arbitraal procesrecht in die plaats van arbitrage, zijnde Londen, overeenkomstig de arbitrale clause (art 30) in de FOSFA-voorwaarden alsmede overeenkomstig de Rules of Arbitration, waarnaar genoemd art 30 verwijst. Derhalve moet worden geoordeeld, dat Engels recht van toepassing is.

15. Ten overvloede zij vermeld dat partijen in het algemeen, bijzondere omstandigheden daargelaten waarvan in casu niet is gebleken, de geldigheid van de arbitrale clause aan hetzelfde recht zullen willen onderwerpen als het recht dat zij op de hoofdovereenkomst, waarvan die clause deel uitmaakt, van toepassing verklaarden. Dat is blijkens art 28 FOSFA-voorwaarden het Engelse recht. Ook daarin is -hoewel op zichzelf niet beslissend- een aanwijzing te vinden dat de openliggende vraag naar Engels recht beoordeeld moet worden.

16. De vervolgens te beantwoorden vraag is of naar Engels recht van een rechtsgeldige arbitrageovereenkomst sprake is. Is, anders gezegd, naar Engels recht een algemene verwijzing naar toepasselijke algemene voorwaarden voldoende voor de incorporatie van een van die voorwaarden deel uitmakend arbitragebeding.

17. Zoals gezegd ligt bij Dielle de bewijslast van het tegendeel. Zij heeft echter geen enkel bewijs bijgebracht -trouwens ook niet aangeboden- dat een dergelijke verwijzing naar Engels recht niet zou voldoen. Het hof neemt daarbij in aanmerking, dat Dielle vanaf de aanvang van het geding door de stellingen van Owerri rekening had kunnen houden met de mogelijkheid dat in rechte de toepasselijkheid van Engels recht zou komen vast te staan, dat Dielle voldoende gelegenheid heeft gehad zich te verweren tegen de stelling dat naar dat recht van een rechtsgeldige arbitrageovereenkomst sprake was en dat zij zich van haar bewijslast dienaangaande bewust had kunnen zijn. Het ontbreken van een toelichting van Dielle naar Engels recht kan dan ook in haar nadeel uitgelegd worden.

18. In dit licht heeft Owerri haar gelijk genoegzaam aangetoond. Ter ondersteuning van haar stellingen heeft zij een advies van het Engelse advocatenkantoor Lovell White Durrant d.d. 28 september 1992 overgelegd, waaruit blijkt dat de arbitrageclausule naar Engels recht deel uitmaakt van de overeenkomst tussen partijen. Verder heeft Owerri naar meerdere uitspraken verwezen van Engelse rechters, waaruit hetzelfde valt af te leiden. Tenslotte hebben ook de arbiters in deze zaak de arbitrageovereenkomst naar Engels recht rechtsgeldig bevonden.

19. Bij gebrek aan tegenargumenten van Dielle acht het hof zich door het door Owerri aangedragen materiaal terzake voldoende voorgelicht. Het hof ziet op grond daarvan geen termen Dielle alsnog gelegenheid te bieden aan haar bewijslast te voldoen. Dientengevolge valt te concluderen dat de arbitrageovereenkomst rechtsgeldig tussen partijen tot stand is gekomen, zodat de weige-

ringsgrond van art 1076 lid 1 sub Aa Rv zich niet voor-
doet. Nu de andere in voormeld artikel genoemde weige-
ringsgronden evenmin aan de orde zijn ligt het verzoek
van Owerri tot verlening van een exequatur voor toewij-
zing gereed.

20. Owerri heeft de tenuitvoerlegging bij voorbaat
verzocht. Daartegen heeft Dielle zich verweerd en subsi-
diair uitvoerbaarverklaring tegen deugdelijke zekerheid
verzocht. Het hof acht het belang van Owerri te prevale-
ren boven dat van Dielle, nu Owerri al geruime tijd
betaling van Dielle verlangt, zij daartoe door arbiters
in het gelijk werd gesteld en zij thans eindelijk rech-
tens de mogelijkheid tot incasso krijgt. Het verweer van
Dielle wordt verworpen en ook het subsidiaire verzoek
wordt afgewezen.

21. Owerri heeft tenslotte een kostenveroordeling ge-
vraagd. Ook dat zal haar worden toegewezen.

In het incidentele hoger beroep

22. Aan de behandeling van dit beroep komt het hof
niet meer toe, nu de zaak in het principale appel op de
subsidiaire grond is beslist en dit incidentele appel
gericht is tegen de op het primaire betoog van Owerri
gevolgde redenering van de President.

Beslissing

het hof,

- vernietigt de bestreden beschikking en opnieuw beschik-
kende:

- erkent de twee arbitrale vonnissen, nrs 3257 en 3258, van de Federation of Oils, Seeds And Fats Associations Ltd. te Londen, Verenigd Koninkrijk, gewezen tussen partijen op 18 november 1991 ;
- verleent Owerri verlof tot tenuitvoerlegging van die vonnissen;
- veroordeelt Dielle in de kosten van het geding in beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Owerri bepaald op f 800,- in eerste aanleg en f 2800,- in hoger beroep;
- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

Deze beschikking is gegeven door Mrs de Savornin Lohman, Wesseling en de Boer en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 4 augustus 1993.

Coll.:

Deze beschikking is ondertekend door de jongste raadsheer, nu de voorzitter en de oudste raadsheer daartoe buiten staat zijn.

