

Civiel recht

158

Obiter dictum als zelfstandig dragende grond

Hoge Raad

16 juli 2021, nr. 20/00207, ECLI:NL:HR:2021:1171

(mr. Streefkerk, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Lock, mr. Ter Heide)

(Concl. P-G De Bock)

Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en

mr. S. Lubberhuizen

Arbitrage. Procesrecht. Vordering tot vernietiging arbitraal vonnis. Art. 1065 lid 1 Rv. Strijd met openbare orde. Arbitraal vonnis met obiter dictum; zelfstandig dragende grond? HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713.

[Rv art. 1065 lid 1; BW art. 3:303]

Essentie: Het door een scheidsgerecht gegeven obiter dictum betreft in casu een zelfstandig dragende grond, nu de vordering ook op die grondslag toewijsbaar is geoordeeld. Nu de vernietigingsvordering niet tevens is gericht tegen dit obiter dictum, had het hof niet tot vernietiging mogen oordelen.

Samenvatting: Het scheidsgerecht heeft de primaire vordering van Wells toegewezen, inhoudende dat Bariven de verplichting tot betaling onder de koopovereenkomst dient na te komen. Daarbij heeft het scheidsgerecht als 'obiter dictum' geoordeeld dat Bariven ook dient te betalen indien de koopovereenkomst nietig is, zulks op grond van onverschuldigde levering door Wells aan Bariven van twee aandrijfmotoren, welke niet meer door Bariven kunnen worden teruggeleverd. Bariven vorderde vervolgens in een vernietigingsprocedure bij het hof dat de koopovereenkomst nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW, nu deze onder invloed van corruptie tot stand zou zijn gekomen. Daarbij is het obiter dictum niet bestreden. Nu dit obiter dictum inhoudt dat Bariven ook dient te betalen indien de koopovereenkomst nietig is, is dit een zelfstandig dragende grond en had het hof het arbitraal vonnis enkel kunnen vernietigen indien ook dit obiter dictum met succes zou zijn bestreden.

Wells Ultimate Service LLL, gevestigd te Houston, Texas, Verenigde Staten van Amerika,

eiseres tot cassatie,

hierna: Wells,

advocaten: B.T.M. van der Wiel en R.R. Verkerk,

tegen

Bariven S.A., gevestigd te Caracas, Venezuela,

verweerster in cassatie,

hierna: Bariven,

advocaat: D.M. de Knijff.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

Bariven (een dochter van het Venezolaanse staatsolie- en gasbedrijf Petrólós de Venezuela) vordert vernietiging van een arbitraal vonnis, waarin zij door een ICC-scheidsgerecht is veroordeeld tot betaling van de koopprijs van de door Wells aan haar geleverde aandrijfmotoren. Volgens Bariven is het vonnis in strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv), omdat het rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen. In de vernietigingsprocedure komt het hof tot het oordeel, anders dan het scheidsgerecht had geoordeeld, dat de koopovereenkomst het resultaat is van corruptie en wijst het hof de vordering tot vernietiging toe. In cassatie wordt onder meer betoogd dat het *obiter dictum* van het scheidsgerecht een zelfstandig dragende grond vormt en dat het hof de in het kader van art. 1065 lid 1, onder e, Rv in acht te nemen terughoudendheid heeft miskend.

1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 2.2 tot en met 2.22¹ van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 22 oktober 2019.²

1.1. Bariven S.A. (hierna: Bariven) is een vennootschap naar Venezolaans recht. Zij is een dochtermaatschappij van Petróleos de Venezuela, S.A. (hierna: PDVSA), het staatsolie- en gasbedrijf van Venezuela. Bariven verzorgt de inkoop van materialen, waaronder onderdelen en apparatuur, die andere dochtermaatschappijen van PDVSA nodig hebben voor productie- en raffinageactiviteiten.

1.2. Wells Ultimate Service LLC (hierna: Wells) is een vennootschap naar het recht van de staat Texas.

1.3. Wells en Bariven hebben op 11 december 2012 een overeenkomst gesloten inzake de verkoop en levering door Wells aan Bariven van twee grote motoren (zogenoemde *top drives*, hierna te noemen: aandrijfmotoren) die worden gebruikt op een boorplatform voor de aandrijving van de boorinstallatie (hierna: de koopovereenkomst). De koopprijs bedroeg USD 11.732.456,14. Op de koopovereenkomst zijn algemene voorwaarden van PDVSA van toepassing die voorzien in de toepasselijkheid van Nederlands recht en arbitrage volgens het arbitragereglement van de International Chamber of Commerce 2012, door een scheidsgerecht bestaande uit drie leden met als plaats van arbitrage Den Haag.

1.4. Wells is opgericht op 23 mei 2012. Het *Certificate of Information* van Wells vermeldt [betrokkene 1] als enige manager van Wells. In notulen van de oprichtingsbijeenkomst van Wells op 23 mei 2012 wordt [betrokkene 1] aangewezen als *Manager* en José [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 2]) als *President, Vice President, Treasurer* en *IRS Tax Matter Partner*. [betrokkene 1] is een zwager en [betrokkene 2] is een zoon van [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), een van de hoofdverdachten in een Amerikaanse strafzaak – ten tijde van het bestreden arrest – aanhangig bij de U.S. District Court for the Southern District of Texas, Houston Division. In deze strafzaak (hierna: de Amerikaanse strafzaak) worden [betrok-

1 Zie voor een overzicht van de in de feitenvaststelling genoemde personen rov. 2.23 van het bestreden arrest.

2 Hof Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677, JBPR 2020/48 m.nt. G.J. Meijer & P.E. Ernste, RBP 2020/5 met wenk M.R.C. van Zoest, TvA 2020/14.

kene 3] en anderen beschuldigd van verschillende misdrijven, waaronder het betalen c.q. aannemen van steekpenningen in verband met de gunning van opdrachten door Bariven. Wells heeft hetzelfde adres als drie andere, aan [betrokkene 3] gelieerde entiteiten (Obraquip, LLC, Tepuy Financial Investments, LLC en Twin Associations, LLC) en dezelfde *registered agent* (Rafael Urdaneta) als 25 andere entiteiten van [betrokkene 3].

1.5. De uiteindelijk gerechtigde tot Wells is HRBZ Source Analyst Trust (hierna: HRBZ), die hetzelfde adres heeft als Wells. HRBZ is op 15 mei 2012 opgericht als een trust onder Texaans recht door [betrokkene 4], ook een zwager van [betrokkene 3]. In de *Trust Agreement* is [betrokkene 4] aangewezen als *grantor*, *trustee* en *sole beneficiary* van HRBZ. Bij de functies van [betrokkene 4] als trustee wordt hij in tweede instantie vervangen door [betrokkene 2]. Als een trustee na laat te handelen of er geen trustee is, kan een comité van vier personen, waaronder [betrokkene 3], een nieuwe trustee benoemen.

1.6. Wells heeft gedurende haar hele bestaan slechts één klant gehad, Bariven. Zij heeft haar volledige omzet behaald met leveringen aan Bariven.

1.7. Uit de jaarcijfers van Wells blijkt dat Wells 'related party transactions' aangaande met verschillende entiteiten van [betrokkene 3] die betrokken zijn in de Amerikaanse strafzaak, waaronder Premier Procurement, LLC, Tradequip Services and Marine Inc. en Beltway Industries, LLC. In de jaren 2012 tot en met 2015 vermelden de jaarcijfers van Wells uitgaven van USD 481.400,-, geboekt als 'professional fees'. Deze uitgaven, die in de jaarcijfers niet zijn toegelicht, vertegenwoordigden circa 30% van de brutowinst van Wells in de desbetreffende jaren. In 2013 rapporteerde Wells 'factoring fees' ter grootte van 70% van haar brutowinst, eveneens zonder nadere toelichting. Volgens haar jaarcijfers heeft Wells in 2012, 2013 en 2014 een winstmarge gerealiseerd van precies 5%.

1.8. Bij e-mail van 19 juni 2012 heeft [betrokkene 1] namens Wells een aanvraag ingediend bij Bariven om Wells goed te keuren als verkoper. Volgens de bij deze aanvraag overgelegde financial statements beschikte Wells over USD 5.000.000,- eigen vermogen. Verder stelde Wells in de aanvraag dat zij beschikte over een kantoor en in totaal tien werknemers had. [betrokkene 1] is in de aanvraag genoemd als enige eigenaar en 100% aandeelhouder van Wells. In antwoord op een vraag naar marketing ervaring in de Caraïben of Zuid-Amerika stelde Wells: 'We have provided equipment for offshore drilling in Maracaibo, also we have provided life-saving products like boats, lifebelts, maritime lightning and all kind of equipment related to security in ships around South America. We have experience in cranes and welding systems required for water rig drilling.'

1.9. De door Wells in de aanvraag verstrekte informatie was onjuist: Wells beschikte niet over een kantoor, had geen werknemers in dienst en had geen relevante marketing ervaring; de door Wells overgelegde *financial statements* weken af van de *financial statements* en belastingaangiften die door Wells bij de Amerikaanse autoriteiten zijn ingediend; in werkelijkheid is nooit sprake geweest van een eigen vermogen van USD 5.000.000,-; niet [betrokkene 1] maar HRBZ was de uiteindelijk gerechtigde tot Wells; en Wells heeft in de aanvraag een bank als referentie opgegeven die niet bestond.

1.10. Binnen zeven uur na indiening van de aanvraag heeft Wells bevestiging ontvangen van Bariven dat zij was goedgekeurd als tijdelijke verkoper aan Bariven.

1.11. Wells heeft vervolgens in verschillende door Bariven georganiseerde biedprocedures (*vendor bidding panels*) biedingen uitgebracht. Dat heeft ertoe geleid dat Wells veertien opdrachten van Bariven heeft ontvangen, waaronder de eerder genoemde opdracht voor de levering van de aandrijfmotoren.

1.12. In de biedprocedure met betrekking tot de opdracht voor de levering van de aandrijfmotoren heeft [betrokkene 5] (hierna: [betrokkene 5]), destijds werkzaam bij Bariven, het *vendor bidding panel* samengesteld van goedgekeurde verkopers die uitgenodigd werden een bieding uit te brengen. [betrokkene 5] was eveneens *level 1 approver* in de biedprocedure. In die hoedanigheid diende hij als eerste binnen Bariven de winnende bieding goed te keuren. Het panel bestond uit elf verkopers, waarvan zes verkopers direct of indirect gelieerd waren aan [betrokkene 3]. De samenstelling van het panel was exact hetzelfde bij twee andere, door Wells gewonnen biedprocedures, waarbij het panel eveneens door [betrokkene 5] was samengesteld. Vijf van de elf verkopers opgenomen in het panel voor de aandrijfmotoren, alle vijf gelieerd aan [betrokkene 3], hebben een bieding uitgebracht. Kopieën van deze vijf biedingen zijn op verzoek van het ICC-scheidsgerecht door Bariven overgelegd in de arbitrageprocedure.

1.13. Wells heeft de laagste bieding uitgebracht. De bieding van Wells is goedgekeurd door vijf medewerkers (*approvers*) van Bariven, waaronder [betrokkene 5], [betrokkene 6] en [betrokkene 7], destijds President van Bariven (hierna: [betrokkene 7]). Vervolgens heeft Bariven op 11 december 2012 bij Wells een *purchase order* geplaatst voor de aandrijfmotoren, die heeft geleid tot de koopovereenkomst.

1.14. De aandrijfmotoren zijn vervaardigd door Aker Solutions in Noorwegen, waar zij op 7 januari 2014 namens Bariven zijn geïnspecteerd. Vervolgens zijn de aandrijfmotoren verscheept naar Houston en daar op of omstreeks 25 juni 2014 door Wells aan Bariven geleverd. Wells heeft een factuur gestuurd aan Bariven voor de koopprijs van de aandrijfmotoren. Deze factuur heeft Bariven ondanks sommaties van Wells onbetaald gelaten. Van deze factuur heeft Wells in de arbitrageprocedure betaling gevorderd (zie hierna, onder 2.1 e.v.).

1.15. In de arbitrageprocedure heeft Wells op verzoek van het ICC-scheidsgerecht een kopie overgelegd van een aan haar gerichte inkoopfactuur voor de aandrijfmotoren. Op deze factuur, die door Wells is bewerkt ('redacted³'), is geen naam van een leverancier vermeld. Het staat echter vast dat deze factuur niet afkomstig is van Aker Solutions, de producent van de aandrijfmotoren. Als koper vermeldt de factuur [betrokkene 2]. De inkoopprijs vermeld op de factuur is USD 11.145.833,34.

1.16. De koopovereenkomst is twee keer aangepast, met *change orders* uitgegeven door [betrokkene 8], destijds een werknemer van Bariven (hierna: [betrokkene 8]), op 2 en 9 juli 2014. In de eerste *change order* is het vermogen van de aandrijfmotoren verhoogd van 900 naar 1150 PK. De tweede *change order* bevat een specificatie van het leveringsadres in Venezuela voor de aandrijfmotoren. De koopprijs is niet gewijzigd.

1.17. Op 8 april 2016 heeft [betrokkene 1] een e-mail aan Bariven gezonden (met betrekking tot een andere opdracht dan de koopovereenkomst), waarin hij heeft verzocht de bankgegevens van Wells aan te passen. Bij deze e-mail was een brief

3 Het hof verwijst naar § 13.36 van het arbitrale vonnis.

gevoegd van Regions Bank, waarin de nieuwe bankgegevens werden bevestigd. Deze brief was vervalst.

1.18. Op 10 december 2015 zijn [betrokkene 3], [betrokkene 9] (hierna: [betrokkene 9]) en andere personen, waaronder voormalige werknemers van Bariven en van bedrijven van [betrokkene 3] en [betrokkene 9], in de Amerikaanse strafzaak in staat van beschuldiging gesteld. Later zijn nog meer personen betrokken in deze procedure. Van de volgende voormalige werknemers van Bariven is bekend dat zij in de Amerikaanse strafzaak in staat van beschuldiging zijn gesteld: [betrokkene 5], [betrokkene 8], [betrokkene 6], [betrokkene 7] en [betrokkene 10] (hierna: [betrokkene 10]). [betrokkene 10] is een voormalige medewerker van Bariven die betrokken is geweest bij de vier andere biedprocedures waarbij de opdracht is gegund aan Wells. In de *indictment* van 10 december 2015⁴ in de Amerikaanse strafzaak waarbij [betrokkene 3] en anderen in staat van beschuldiging zijn gesteld, staat onder meer dat [betrokkene 3] en [betrokkene 9] steekpenningen hebben betaald aan (§ 24):

'a. (...) a foreign official and to a person (...) for purposes of (i) influencing acts and decisions of a foreign official in his official capacity; (ii) inducing such foreign official to do and omit to do acts in violation of the lawful duty of such official; (iii) securing an improper advantage; and (iv) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government and agencies and instrumentalities thereof to affect and influence acts and decisions of such government and agencies and instrumentalities, in order to assist [betrokkene 3], [betrokkene 9] and their U.S. companies in obtaining and retaining business for and with, and directing business to, [betrokkene 3], [betrokkene 9], their companies, and others, in violation of the Foreign Corrupt Practices Act (...).

(...)

c. to devise and intend to devise a scheme or artifice to defraud PDVSA and energy companies that could have performed services for PDVSA, and for obtaining money and property from PDVSA and energy companies that could have performed services for PDVSA by means of materially false and fraudulent pretenses, representations, and promises (...)'

1.19. Verder staat in de *indictment* onder meer het volgende (§ 25, 28 en 35):

Purpose of the Conspiracy

25. The purpose of the conspiracy was for [betrokkene 3], [betrokkene 9] and their co-conspirators, to enrich themselves by obtaining and retaining lucrative energy contracts with PDVSA through corrupt and fraudulent means, including by paying bribes to PDVSA officials.

Manner and Means of the Conspiracy

(...)

28. [betrokkene 3] and [betrokkene 9], together with others, paid bribes to PDVSA officials through the use of interstate and foreign wires in order to influence acts and decisions of the PDVSA officials in their official capacities and to induce the PDVSA officials to do and omit to do certain acts, including, but not limited to:

- a. assisting [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies in winning PDVSA contracts;
- b. providing [betrokkene 3] and [betrokkene 9] with inside information concerning the PDVSA bidding process;

c. placing one or more of [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies on certain bidding panels for PDVSA projects;

d. helping to conceal the fact that [betrokkene 3] and [betrokkene 9] controlled more than one of the companies on certain bidding panels for PDVSA projects;

e. supporting [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies before an internal PDVSA purchasing committee;

f. preventing interference with the selection of [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies for PDVSA contracts;

g. updating and modifying contract documents, including change orders to PDVSA contracts awarded to [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies;

h. assisting [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies in receiving payment for previously awarded PDVSA contracts, including by requesting payment priority for projects involving [betrokkene 3]'s and [betrokkene 9]'s companies.

(...)

35. [betrokkene 3] and [betrokkene 9], together with others, attempted to conceal the fact that they controlled multiple companies contained on the proposed bidding panel lists provided to certain PDVSA officials who were receiving bribes, including by appointing nominal owners or managers for those companies.'

1.20. Volgens de *indictment* zijn deze illegale activiteiten tenminste begonnen in 2009 en hebben zij geduurd tot tenminste eind 2014. Verschillende personen die in staat van beschuldiging zijn gesteld, waaronder [betrokkene 3], [betrokkene 9], [betrokkene 5], [betrokkene 8] en [betrokkene 10], hebben bekend schuldig te zijn aan de hen tenlastegelegde feiten.

1.21. Na het arbitrale vonnis heeft zich een aantal nieuwe feiten voorgedaan, zoals het hof heeft vastgesteld in rov. 2.22 van het bestreden arrest:

(i) Op 10 april 2018 heeft *special agent* [betrokkene 11], werkzaam bij de Amerikaanse *Homeland Security Investigations*, een beëdigde verklaring afgelegd in de Amerikaanse strafzaak met betrekking tot het onderzoek dat hij had verricht naar de omkoping van medewerkers van PDVSA door, onder meer, bedrijven van [betrokkene 3]. [betrokkene 11] heeft onder meer verklaard dat bedrijven van [betrokkene 3] verschillende grote betalingen hebben gedaan aan medewerkers van Bariven, waaronder [betrokkene 5], [betrokkene 8] en [betrokkene 10]. Verder heeft [betrokkene 11] verklaard dat van de omgekochte medewerkers werd gevraagd dat zij de *vendor bidding panels* zo samenstelden dat die alleen bestonden uit bedrijven van [betrokkene 3] of [betrokkene 9], zodat een van hun bedrijven de opdracht zeker zou krijgen. [betrokkene 5] heeft volgens [betrokkene 11] toegegeven dat dit de toegepaste werkwijze was. Volgens [betrokkene 11] heeft [betrokkene 5] in totaal circa USD 3.800.000,- aan steekpenningen ontvangen van [betrokkene 3] en [betrokkene 9]. Verder heeft [betrokkene 11] verklaard dat ook [betrokkene 7] steekpenningen heeft aangenomen van [betrokkene 3] en [betrokkene 9] in ruil voor opdrachten van Bariven. Ook heeft [betrokkene 11] verklaard dat verschillende producten geleverd door bedrijven van [betrokkene 3] aan Bariven 'grossly overpriced' waren.

(ii) Op 19 april 2018 heeft [betrokkene 6] een schuldbekentenis afgelegd in de Amerikaanse strafzaak, waarin hij heeft bekend steekpenningen te hebben aangenomen van [betrokkene 3] en anderen in ruil voor opdrachten van Bariven.

(iii) Op 6 juni 2018 is [betrokkene 2] gearresteerd in Spanje, waar hij tot 8 augustus 2018 in voorlopige hechtenis heeft gezeten. Begin 2019 hebben de Spaanse autoriteiten een inval

4 Overgelegd in de arbitrale procedure als prod. 14 bij Statement of Rejoinder and Reply on the Counterclaim.

gedaan in drie huizen van [betrokkene 2] in Madrid, waarbij zij verschillende zaken in beslag hebben genomen.

(iv) Op 9 mei 2019 is [betrokkene 7] in Spanje gearresteerd, met het oog op uitlevering aan de Amerikaanse autoriteiten die om zijn arrestatie hadden gevraagd. In het uitleveringsverzoek van de Amerikaanse autoriteiten staat onder meer het volgende:⁵

'In or about 2011, [betrokkene 7] entered into a conspiracy with a group of then-current and former high-level officials of PDVSA and PDVSA subsidiaries which was referred to as the "management team". The management team solicited several PDVSA vendors, including vendors who were residents of the United States, and who owned and controlled businesses incorporated and based in the United States, for bribes and kickbacks in exchange for providing assistance to those vendors in connection with their PDVSA business. Among those vendors were [betrokkene 3] and [betrokkene 9] (who have previously been charged by the United States government and have pleaded guilty to crimes related to their roles in the conspiracy) who paid bribes to the management team for assistance related to their companies in the United States, including assisting those companies in obtaining contracts with PDVSA and assisting [betrokkene 3] and [betrokkene 9] in receiving payment priority over other vendors for outstanding PDVSA invoices.'

(v) [betrokkene 8] en een andere voormalige werknemer van Bariven, [betrokkene 12], zijn op 23 mei 2019 in de Amerikaanse strafzaak veroordeeld voor hun rol in de corrupte praktijken. [betrokkene 8] heeft onder meer de eerdergenoemde *change orders* voor de koopovereenkomst goedgekeurd en [betrokkene 12] is betrokken geweest bij de totstandkoming van één van de veertien opdrachten aan Wells. Beiden hebben bekend steekpenningen te hebben aangenomen van [betrokkene 3] en [betrokkene 9] voor het opnemen van bedrijven van [betrokkene 3] en [betrokkene 9] in *vendor bidding panels* en het verstrekken van *inside information* over het biedingsproces. De strafzaak tegen de andere verdachten is nog aanhangig.

(vi) Wells is in Portugal een procedure begonnen tegen Bariven om het arbitrale vonnis ten uitvoer te leggen. De executieprocedure is geschorst in afwachting van de uitkomst van de onderhavige vernietigingsprocedure. Een vordering van Wells tot veroordeling van Bariven om vooruitlopend op de beslissing in de executieprocedure zekerheid te stellen, is door de Portugese rechter afgewezen.

2. De arbitrageprocedure

2.1. Vanwege het onbetaald laten door Bariven van de factuur voor de koopprijs van de aandrijfmotoren, heeft Wells op 11 maart 2016 een arbitrageverzoek ingediend bij de International Chamber of Commerce (hierna: ICC).⁶ Wells heeft, na wijziging van eis en voor zover hier van belang, *primair* gevorderd om Bariven te veroordelen tot betaling van de koopprijs van de aandrijfmotoren van USD 11.732.456,14. *Subsidiar* ('alternatively'), voor het geval de koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn, heeft Wells gevorderd Bariven te veroordelen tot vergoeding van de economische

waarde van de aandrijfmotoren, te stellen op het bedrag van de koopprijs.⁷ Deze vorderingen zijn door Wells als volgt geformuleerd:⁸

'For all the reasons set out above, Wells respectfully requests that the Tribunal award the following relief to Wells:

a. that Bariven pay to Wells the amount of USD 11.732.456,14; (...)

d. alternatively, if the Tribunal were to annul or declare null and void:

i. the Purchase Order, that Bariven compensate Wells in the amount of USD 11.732.456,14; and/or

ii. (...)

(...):'

2.2. Bariven heeft verweer gevoerd en in dat kader onder meer aangevoerd dat de koopovereenkomst (i) nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW, omdat de overeenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen en dus in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, althans vernietigbaar is (ii) op grond van art. 3:44 lid 3 BW, omdat de overeenkomst door bedrog tot stand is gekomen dan wel (iii) op grond van art. 6:228 BW wegens dwaling.⁹ Tevens heeft Bariven een tegenvordering ingesteld die ertoe strekt Wells te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van USD 8.748.036,- wegens *overpricing* van (elk van) de opdrachten die Bariven aan Wells heeft verstrekt, waaronder opdracht tot levering van de aandrijfmotoren.¹⁰

2.3. Wells heeft de tegenvordering van Bariven betwist.

2.4. Nadat op 27 september 2017 te Rotterdam een mondelinge behandeling in de arbitrageprocedure had plaatsgevonden, heeft het uit drie leden bestaande ICC-scheidsgerecht (hierna: het scheidsgerecht) op 23 maart 2018 te Den Haag een arbitraal vonnis gewezen (hierna: het arbitrale vonnis).¹¹ Daarin is de vordering van Wells tot betaling van de koopprijs van de aandrijfmotoren toegewezen en is Bariven veroordeeld tot betaling aan Wells van een bedrag van USD 11.732.456,14, vermeerderd met rente en kosten. Het scheidsgerecht heeft de tegenvordering van Bariven afgewezen voor zover deze vordering betrekking heeft op de opdracht tot verkoop en levering van de aandrijfmotoren en zich voor het overige onbevoegd verklaard ten aanzien van deze vordering.¹²

2.5. Het scheidsgerecht verwerpt het beroep van Bariven op art. 3:40 lid 1 BW, omdat niet kan worden vastgesteld dat de

5 Het uitleveringsverzoek, daterend van 3 mei 2019, is voorafgaand aan het pleidooi in de vernietigingsprocedure bij het hof door Bariven bij brief van 3 juni 2019 overgelegd als prod. 6.

6 De arbitrageaanvraag is overgelegd als prod. 2.A bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018.

7 Zie voor het betoog van Wells ter zake van haar primaire vordering Statement of Claim, onder 7.1, 9.1-9.2 en ter zake van haar subsidiaire vordering Statement of Claim, onder 9.3-9.7; Statement of Defence to the Counterclaim and Reply, onder 6.28-6.50. Genoemde stukken zijn overgelegd als prod. 2.C resp. prod. 2.G bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018.

8 Statement of Defence to the Counterclaim and Reply, onder 8.1 en Statement of Rejoinder on the Counterclaim, onder 7.1 (laatstgenoemd stuk is overgelegd als prod. 2.I bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018). Zie ook rov. 3.1 van het bestreden arrest.

9 Zie rov. 3.3 van het bestreden arrest alsmede Statement of Defense and Counterclaim, onder 76-97; Statement of Rejoinder and Reply on the Claim, onder 75-91. Genoemde stukken zijn overgelegd als prod. 2.D resp. 2.H bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018.

10 Zie rov. 3.1 van het bestreden arrest alsmede Statement of Defense and Counterclaim, onder 121-127, 129, zoals gewijzigd in Statement of Rejoinder and Reply on the Claim, onder 154-159, 161.

11 Het arbitrale vonnis is overgelegd als prod. 1 bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018.

12 Arbitraal vonnis, § 12.9-12.10. Zie ook het bestreden arrest, rov. 3.2.

koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen.¹³ Ook het verweer van Bariven dat sprake is van bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) dan wel dwaling (art. 6:228 BW) wordt door het scheidsrecht verworpen.¹⁴ In een ‘*obiter dictum*’ zet het scheidsrecht uiteen wat rechtens (naar Nederlands recht) zou hebben gegolden indien het oordeel zou hebben geluid dat de koopovereenkomst nietig¹⁵ of vernietigbaar¹⁶ was (zie ook hierna, onder 5.3). Volgens het scheidsrecht zou Bariven de aandrijfmotoren niet hebben kunnen teruggeven aan Wells, hetgeen betekent dat Bariven gehouden zou zijn geweest de economische waarde van de motoren ten tijde van de levering aan Wells te vergoeden. Deze waarde stelt het scheidsrecht gelijk aan de koopprijs van de aandrijfmotoren.¹⁷

3. Procesverloop bij het hof

3.1. Bij inleidende dagvaarding van 19 juli 2018 heeft Bariven Wells gedagvaard voor het gerechtshof Den Haag en gevorderd dat het hof het arbitrale vonnis zal vernietigen, met veroordeling van Wells in de kosten.¹⁸

3.2. Bariven heeft aan haar vordering tot vernietiging ten grondslag gelegd dat zowel de inhoud van het arbitrale vonnis als de wijze van totstandkoming van het vonnis in strijd zijn met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv), en dat het arbitrale vonnis niet met redenen is omkleed (art. 1065 lid 1, onder d, Rv).

3.3. Ter onderbouwing van haar standpunt dat de inhoud van het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde heeft Bariven onder meer aangevoerd dat het vonnis een overeenkomst (de koopovereenkomst) sanctioneert en legitimeert die tot stand is gekomen onder invloed van corruptie.¹⁹ Volgens Bariven wijzen de feiten die in de arbitrageprocedure zijn aangevoerd en de feiten die zich ná het arbitrale vonnis hebben voorgedaan (‘de nieuwe feiten’) overduidelijk erop dat de koopovereenkomst is gesloten in het kader van een illegale samenzwering, waarbij medewerkers van Bariven steekpenningen en andere zaken van waarde ontvingen van [betrokkene 3] en andere aan hem gelieerde personen, in ruil voor het verkrijgen van opdrachten van Bariven.

3.4. Wells heeft bij conclusie van antwoord verweer gevoerd. Wells heeft primair geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Bariven. Voor het geval het hof een (potentiële) grond zou zien voor vernietiging van het arbitrale vonnis die zich ervoor leent om door het scheidsrecht ongedaan te worden gemaakt, heeft Wells het hof, subsidiair, verzocht op grond van art. 1065a Rv de vernietigingsprocedure te schorsen en het geding terug te verwijzen naar het scheidsrecht.²⁰

3.5. Verder heeft Wells het volgende aangevoerd (zie rov. 4.7-4.16 van het hofarrest). Er is een verschil tussen enerzijds een overeenkomst die tot stand is gekomen *onder invloed van corruptie*, en anderzijds een overeenkomst die *voorziet in corruptie of in onverbrekkelijk verband staat met een dergelijke overeenkomst*. Alleen een arbitraal vonnis dat de laatstbedoelde soort van overeenkomst legitimeert, is strijdig met de openbare orde. De eerstbedoelde soort van overeenkomst – waarvan hier volgens Bariven sprake is, zo stelt Wells – kan hooguit vernietigbaar zijn op grond van art. 3:44 lid 1 BW.²¹ Verder heeft Wells betoogd dat voor een inhoudelijke herbeoordeling geen plaats is en dat Bariven met betrekking tot de nieuwe feiten een onjuiste voorstelling van zaken geeft.²²

3.6. Vervolgens heeft Bariven gerepliceerd, waarbij zij tevens heeft verzocht de zaak voor (in eerste instantie) een jaar aan te houden, zodat de ontwikkelingen in de verschillende lopende internationale (strafrechtelijke) procedures en onderzoeken kunnen worden meegenomen in de onderhavige procedure.²³ Wells heeft zich in haar conclusie van dupliek tegen het verzoek tot aanhouding verzet.²⁴

3.7. Op 13 juni 2019 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Beide partijen hebben hun standpunten aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen doen toelichten.

3.8. Bij arrest van 22 oktober 2019 heeft het hof het arbitrale vonnis vernietigd, behalve²⁵ voor zover het scheidsrecht daarbij heeft bepaald dat het niet bevoegd is ten aanzien van de tegenvordering van Bariven voor zover deze verband houdt met andere opdrachten dan de opdracht die heeft geleid tot de koopovereenkomst. Het hof heeft Wells veroordeeld in de kosten van de vernietigingsprocedure en de vorderingen voor het overige afgewezen.²⁶

3.9. Het hof begint met de beoordeling van het betoog van Bariven dat het arbitrale vonnis moet worden vernietigd op de grond dat de inhoud ervan in strijd is met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). Daarbij hanteert het hof de volgende uitgangspunten:

(i) Van strijd met de openbare orde kan slechts sprake zijn als de inhoud of uitvoering van een arbitraal vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd (rov. 5.2);

13 Arbitraal vonnis, § 13.4-13.51. In de woorden van het scheidsrecht (§ 13.51): ‘From the above it cannot be concluded that the Purchase Order has been obtained by Wells through the payment of bribes or other things of value to Bariven’s employees and/or through their illegal activities. Therefore, the Arbitral Tribunal rejects Bariven’s claims in so far as they are based on Article 3:40(1) DCC.’ Zie voor het oordeel van het scheidsrecht op dit punt ook rov. 3.4-3.15 van het bestreden arrest.

14 Arbitraal vonnis, § 13.54-13.65. Zie ook rov. 3.17 van het bestreden arrest.

15 Arbitraal vonnis, § 13.53 jo. § 13.68-13.74.

16 Arbitraal vonnis, § 13.68-13.74.

17 Vgl. rov. 3.16 van het bestreden arrest.

18 De bevoegdheid van het hof Den Haag om van de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis kennis te nemen, volgt uit art. 1064a lid 1 Rv, dat bepaalt dat de vordering tot vernietiging dient te worden ingesteld bij het gerechtshof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen, in deze zaak Den Haag (zie onder 1.3 en 2.4). Vgl. ook rov. 5.1 van het bestreden arrest.

19 Zie rov. 4.3 en 4.4 van het bestreden arrest voor een samenvatting van hetgeen Bariven heeft aangevoerd ter onderbouwing van de andere door haar ingeroepen vernietigingsgronden.

20 Conclusie van antwoord, onder 3.4-3.6, 5. Zie ook rov. 4.16 van het bestreden arrest.

21 Conclusie van antwoord, onder 4.2.6-4.2.

22 Conclusie van antwoord, onder 4.2.21-4.2.64. Zie ook rov. 4.11 van het bestreden arrest.

23 Conclusie van dupliek, onder 5-8.

24 Conclusie van repliek, onder 2.1-2.7. Zie ook de pleitaantekeningen van Wells, onder 5.1-5.7.

25 Het door het hof in stand gelaten oordeel van het scheidsrecht (arbitraal vonnis, § 12.10) was niet aangevochten door Bariven. Zie de conclusie van antwoord, onder 3.2-3.3; de conclusie van dupliek onder 4.1.1 en rov. 5.16 van het bestreden vonnis.

26 Hof Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677, JBPR 2020/48 m.nt. G.J. Meijer & P.E. Ernste, RBP 2020/5 met wenk M.R.C. van Zoest, TvA 2020/14.

(ii) De eisen van de rechtsstaat verzetten zich ertegen dat rechtsgevolgen worden verbonden aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen. Dit is een fundamenteel beginsel van de Nederlandse rechtsorde dat gelijk moet worden gesteld met dwingend recht in de hiervoor bedoelde zin (rov. 5.2);

(iii) Een arbitraal vonnis dat rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen, moet dus kunnen worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde (rov. 5.2);

(iv) Over dit uitgangspunt zijn partijen het eens. Zij verschillen echter van mening over de vraag wanneer van strijd met het verbod van corruptie sprake is (rov. 5.3);

(v) Naar het oordeel van het hof is doorslaggevend of de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden tot stand zou zijn gekomen, als de corruptie niet zou hebben plaatsgevonden. In dat geval kan de overeenkomst niet los gezien worden van corruptie. Een veroordeling tot nakoming van de overeenkomst betekent dat corruptie wordt gefaciliteerd, wat onverenigbaar is met de openbare orde (rov. 5.4);

(vi) Het gaat er dus om of (i) de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen, en (ii) de koopovereenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden, tot stand zou zijn gekomen als de corruptie niet zou hebben plaatsgevonden (rov. 5.4).

3.10. Conform het laatstgenoemde uitgangspunt onderzoekt het hof vervolgens eerst of de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen. Over de vraag hoe diepgaand dit onderzoek kan zijn, overweegt het hof het volgende (rov. 5.5-5.6):

'5.5. (...). In het algemeen geldt dat een procedure op grond van artikel 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen (Hoge Raad 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395). De vraag is of deze terughoudende opstelling ook moet worden ingenomen als moet worden beoordeeld of het arbitraal vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd, zoals in dit geval het verbod van corruptie. In het verlengde daarvan ligt de vraag of de burgerlijke rechter bij deze toetsing acht moet slaan op nieuwe feiten, die het scheidsgerecht niet in zijn beslissing heeft kunnen betrekken.

5.6. Wells betoogt dat, nu het scheidsgerecht uitgebreid heeft onderzocht of de Koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen, het hof zich daarbij moet neerleggen, en er geen ruimte is om bij de toetsing aan de openbare orde van artikel 1065, eerste lid Rv nieuwe feiten in aanmerking te nemen. Het hof volgt Wells niet in dit betoog. Het algemene uitgangspunt dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, moet worden gezien als een beperking van procesrechtelijke aard die de naleving van een fundamentele rechtsregel als het verbod van corruptie niet mag verhinderen. In ieder geval gaat het belang van een effectief functionerende arbitrale rechtspleging niet zo ver dat het belang dat corruptie wordt tegengegaan, daarvoor moet wijken. 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.

3.11. Hieraan voegt het hof toe dat het bij deze toetsing tevens acht zal slaan op stellingen van Bariven²⁷ die het scheidsgerecht op grond van de eisen van de goede procesorde (goede deels) buiten beschouwing heeft gelaten (rov. 5.7).²⁸ Het hof acht zich niet gebonden aan de bewijslastverdeling van het scheidsgerecht (rov. 5.10). Volgens het hof kan 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 (rov. 5.11).

3.12. Tegen deze achtergrond komt het hof tot het oordeel dat er voldoende bewijs is dat de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen. Het hof overweegt daartoe dat sprake is van sterke aanwijzingen van corruptie bij totstandkoming van de koopovereenkomst en dat deze aanwijzingen door Wells niet zijn weersproken of weerlegd (rov. 5.8-5.9, 5.12, 5.14). De vraag of de koopovereenkomst zonder deze corruptie niet, of niet onder dezelfde voorwaarden, tot stand zou zijn gekomen, wordt door het hof eveneens bevestigend beantwoord (rov. 5.13-5.14).

3.13. Het hof komt tot de slotsom dat het arbitrale vonnis rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die het resultaat is van corruptie en dat dit onverenigbaar is met de openbare orde. Dit betekent dat het arbitrale vonnis moet worden vernietigd, aldus het hof (rov. 5.14). Het verzoek van Wells om terugverwijzing wordt door het hof afgewezen (rov. 5.15). De overige vernietigingsgronden die Bariven heeft aangevoerd worden door het hof onbesproken gelaten, evenals het aanhoudingsverzoek van Bariven (rov. 5.17).

3.14. Wells heeft tegen het arrest van het hof van 22 oktober 2019 (tijdig²⁹) beroep in cassatie ingesteld. Bariven heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, Wells mede door mr. J.H.G. Hordijk. Wells heeft afgezien van repliek. Bariven heeft wel gedupliceerd.

4. Juridisch kader

4.1. Voordat ik de cassatieklachten bespreek, schets ik het toepasselijke juridisch kader. Hierbij gaat het om het arbitrage-recht zoals dat geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015, nu de ar-

27 Het gaat hier om de stellingen van Bariven over corruptie bij de totstandkoming van de koopovereenkomst die waren gebaseerd op de stukken die partijen, na de mondelinge behandeling in de arbitrageprocedure, op verzoek van het scheidsgerecht hebben overgelegd in verband met de gestelde *overpricing*. Aan de zijde van Wells ging het om de inkoopfactuur van de aandrijfmotoren, en aan de zijde van Bariven om de vijf biedingen die zijn uitgebracht in de biedingsprocedure ter zake van de aandrijfmotoren. Zie Procedural Order No. 4 van het scheidsgerecht (overgelegd als prod. 2.L bij akte overlegging producties van 28 augustus 2018) alsmede het arbitrale vonnis, §13.7. Zie voor de stellingen van Bariven rov. 3.6 van het bestreden arrest.

28 Zie nader het arbitrale vonnis, § 13.8 (deels geciteerd door het hof in rov. 3.6 van het bestreden arrest).

29 De procesinleiding is op 22 januari 2020 in het webportaal van de Hoge Raad ingediend

bitrage tussen Wells en Bariven na deze datum aanhangig is geworden.³⁰

4.2. Op grond van art. 1064 Rv staat tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis, dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep of dat in arbitraal hoger beroep is gewezen, het rechtsmiddel van vernietiging open.³¹ Vernietiging is niet een vorm van arbitraal hoger beroep bij de burgerlijke rechter, maar een buitengewoon rechtsmiddel dat door partijen tegen een arbitraal vonnis kan worden aangewend.³²

4.3. De gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden vernietigd, zijn limitatief³³ opgesomd in art. 1065 lid 1 Rv:

‘1. Vernietiging kan slechts plaatsvinden op een of meer van de navolgende gronden:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, is in strijd met de openbare orde.’

Deze vernietigingsgronden zijn voornamelijk formeel van aard en zien daarmee vooral op de wijze van totstandkoming van een arbitraal vonnis. Uitzondering vormt de laatste grond – schending van de openbare orde – die zowel een formele als een inhoudelijke kant heeft.³⁴ De leden 2-4 en 6 van art. 1065 Rv formuleren een aantal, op specifieke vernietigingsgronden

toegesneden, beperkingen van de mogelijkheid een arbitraal vonnis te vernietigen.

4.4. In vernietigingsprocedures geldt volgens de rechtspraak van de Hoge Raad als algemeen uitgangspunt dat de burgerlijke rechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van een vernietigingsvordering. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen, aldus de Hoge Raad in het recente *Yukos*-arrest (rov. 3.3.1).³⁵ Het uitgangspunt dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen, leidt in twee gevallen uitzonderingen, namelijk (i) bij de beoordeling van een beroep op de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv – het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage – en (ii) wanneer schending van het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde is. In deze gevallen kan de rechter de door de Hoge Raad gevraagde terughoudende opstelling laten varen.³⁶

4.5. In deze zaak gaat het om de in art. 1065 lid 1, onder e, Rv opgenomen vernietigingsgrond, die de mogelijkheid biedt om vernietiging te vorderen van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde. In art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv werd nog gesproken van ‘in strijd met de openbare orde of goede zeden’. Deze uitdrukking is door de Wet modernisering Arbitragerecht ingekort tot ‘in strijd met de openbare orde’, omdat in de term ‘openbare orde’ de goede zeden al besloten liggen.³⁷

4.6. Een arbitraal vonnis kan zowel door de wijze waarop het tot stand is gekomen als wegens zijn inhoud in strijd zijn met de openbare orde. De openbare orde heeft daarmee zowel een processuele als een materiële kant.³⁸

4.7. De *processuele openbare orde* is in het geding indien de wijze waarop een arbitraal vonnis tot stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht,³⁹ zoals

30 Zie art. IV lid 1 van de Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, *Stb.* 2014, 200 en 254. Waar het de vernietigingsgronden van art. 1065 Rv betreft, verschilt dit recht inhoudelijk overigens niet van het oude arbitragerecht. Het gaat bij art. 1065 Rv om redactionele wijzigingen, codificatie van de bestaande praktijk en een enkele toevoeging. Zie H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 1.1 (bijgewerkt t/m 01-05-2018).

31 G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064 Rv, aant. 2f (online, bijgewerkt t/m 01-01-2020).

32 Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2019/236; G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064 Rv, aant. 1a en art. 1065 Rv, aant. 1b. (online, bijgewerkt t/m 01-01-2020); J.W. Bitter, *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 1064a Rv, aant. 2 (online, publicatiedatum 10-08-2020); P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen*, 1940, p. 148.

33 *Kamerstukken II* 1983-1984, 18 464, nr. 3, p. 28 (MvT); *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 13 (Nota n.a.v. verslag). Daarbij geldt dat de wetgever de mogelijkheid tot vernietiging zo beperkt mogelijk heeft willen houden en vernietiging als *ultimum remedium* beschouwt. Dit kan worden opgemaakt uit *Kamerstukken II* 1985-1986, 18 464, nr. 6, p. 38 (MvA) en *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3, p. 40-41 (MvT). Zie ook HR 30 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6162, NJ 1978/449 m.nt. P.A. Stein (*De Ploeg/Kruse*) en HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190 m.nt. H.J. Snijders (*[...]/SFT*), rov. 3.5.2, alsmede A.J. van den Berg, ‘Wetsontwerp Nieuwe Arbitragewet’. In: *TvA* 1984/6, p. 215.

34 Conclusie A-G Vranken voor HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*), onder 13; P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht. Nationaal en Internationaal*, 2001, p. 187; P.A. Stein e.a., *Compendium Burgerlijk procesrecht* 2018/14.1.19.

35 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (*Yukos*), rov. 3.3.1. Zie eerder (in een iets andere formulering): HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190 m.nt. H.J. Snijders (*[...]/SFT*), rov. 3.5.2, onder verwijzing (‘vgl.’) naar HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 m.nt. H.J. Snijders, (*IMS/Modsaf*), rov. 3.3. De Hoge Raad verwijst in zijn arrest van 4 december 2020 ook naar beide arresten.

36 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (*Yukos*), rov. 3.3.1; HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*[...]/[...]*), rov. 3.5. Zie ook H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 2 en 7 (online, bijgewerkt t/m 01-05-2018); J.W. Bitter & H. Biesheuvel, *Arbitrage: een beknopte inleiding*, 2018, p. 105.

37 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 611, nr. 3, p. 39 (MvT).

38 Dit onderscheid ontleen ik aan de conclusie van A-G Vlas voor HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (*Yukos*), onder 3.18.

39 H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1036 Rv, aant. 3 en art. 1065 Rv, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 01-05-2018); Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2018/236; C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/395. Zie ook HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765 m.nt. H.J. Snijders (*Nordström/[...]*), rov. 3.7.

het beginsel van hoor en wederhoor⁴⁰ of het beginsel van onpartijdigheid en onafhankelijkheid.⁴¹

4.8. Van strijd met de *materiële openbare orde* is op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad slechts sprake indien 'de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd'.⁴² Alleen wanneer het gaat om schending – het ten onrechte niet of onjuist toepassen⁴³ – van zulk 'uiterst fundamenteel recht', komt een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv voor vernietiging in aanmerking. Bij dat 'uiterst fundamentele recht' kan het zowel gaan om materiële rechtsregels als om formele rechtsregels.⁴⁴ Ook kan het gaan om fundamentele rechtsbeginselen.⁴⁵

4.9. Uit het arrest *Eco Swiss/Benetton* volgt dat het kartelverbod van art. 101 VWEU voor de toepassing van art. 1065 lid 1, onder e, Rv moet worden aangemerkt als een bepaling van openbare orde.⁴⁶ Ook het recht op tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak binnen een redelijke termijn, dat deel uitmaakt van het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM), geldt als van openbare orde, zo is af te leiden uit het

arrest *Republiek Ecuador/Chevron c.s. II*.⁴⁷ Art. 6:96 lid 6 BW is echter niet te beschouwen als een bepaling van openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv.⁴⁸ Ook art. 6:119 BW is niet van openbare orde.⁴⁹ Verder volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de beoordeling van een verzoek om verlof tot de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis ex art. 1063 Rv, dat sprake is van strijd met de openbare orde wanneer het contractuele beding dat de grondslag vormt voor de in het arbitrale vonnis vastgestelde vordering, oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG.⁵⁰ Ook is wel overwogen dat wanneer een arbitraal vonnis inhoudelijk strijdig is met bepalingen uit de Aanbestedingswet, het daarmee nog niet in strijd is met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, Rv.⁵¹

4.10. In de parlementaire geschiedenis van art. 1065 lid 1, onder e, Rv wordt bij wijze van voorbeeld van 'uiterst fundamenteel dwingend recht' in de door de Hoge Raad bedoelde zin (zie onder 4.8) verwezen naar het kartelverbod van art. 101 VWEU (in lijn met het arrest *Eco Swiss/Benetton*).⁵² Hieraan is in algemene zin toegevoegd dat over het begrip 'openbare orde' veel jurisprudentie bestaat, waardoor partijen volgens de parlementaire geschiedenis een goede indicatie hebben wanneer de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv kan worden ingeroepen.⁵³

4.11. In de feitenrechtspraak zijn weinig voorbeelden te vinden van rechtsregels die onder het begrip 'openbare orde' van art. 1065 lid 1, onder e, Rv zijn geschaard.⁵⁴ Naast het verbod van corruptie, dat in de onderhavige zaak aan de orde is, gaat het dan met name om het kartelverbod van art. 101 VWEU.⁵⁵ Ook art. 1059 Rv (gezag van gewijsde arbitraal vonnis) is, in het kader van een verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis ex art. 1063 Rv, onder het bereik van het openbare orde-begrip van art. 1065 lid 1, onder e, Rv gebracht.⁵⁶ Eveneens in het kader van de beoordeling van een verzoek ex art. 1063 Rv is strijd met de openbare orde aangenomen in een geval waarin het arbitrale vonnis verschillende

40 Zie bijv. HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1003, NJ 1994/449 m.nt. H.J. Sniijders (*Van der Lely c.s./VDH Holding*). Zie ook *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 13 (Nota n.a.v. verslag).

41 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765 m.nt. H.J. Sniijders (*Nordström/...*).

42 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207 m.nt. H.J. Sniijders (*Eco Swiss/Benetton*), rov. 4.2 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15 m.nt. H.J. Sniijders (*Republiek Ecuador/Chevron c.s. II*), rov. 4.3.2. Zie ook de conclusie van A-G Vlas voor HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (*Yukos*), onder 3.18.

43 J.W. Bitter, *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 1065 Rv, aant. 2.5 (online, publicatiedatum 10 augustus 2020; P.E. Ernste & C.L. Schleijsen, 'De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, 2018, p. 684. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 13 (Nota n.a.v. verslag).

44 Zie onder meer A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0594, (*Maasmond/Verweerder*), onder 2.3; H.J. Sniijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 01-05-2018); C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Sniijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/395.

45 Hugenholtz/Heemskerck, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2018/395.

46 Zie HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZC2315 (*Eco Swiss/Benetton II*), rov. 2.1, in aansluiting op HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000/339 m.nt. H.J. Sniijders (*Eco Swiss/Benetton*). Het Hof van Justitie erkent daarbij dat het nationale procesrecht de rechter kan nopen tot een terughoudende toetsing van een arbitraal vonnis. Zie HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije/Achmea*), punt 54: '(...) het Hof met betrekking tot handelsarbitrage geoordeeld dat de vereisten die verband houden met de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging, rechtvaardigen dat de toetsing van arbitrale vonnissen door rechterlijke instanties van de lidstaten een beperkt karakter draagt, mits de fundamentele bepalingen van het Unierecht in het kader van deze toetsing kunnen worden onderzocht en deze in voorkomend geval het onderwerp van een prejudiciële verwijzing bij het Hof kunnen vormen (zie in die zin arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, punten 35, 36 en 40, en 26 oktober 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, punten 34-39)'

47 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15 m.nt. H.J. Sniijders (*Republiek Ecuador/Chevron c.s. II*), rov. 4.3.3.

48 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Sniijders, rov. 2.9.3.

49 Aldus A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0594 (*Maasmond/Verweerder*). De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO.

50 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1731, NJ 2020/305 m.nt. H.J. Sniijders, rov. 2.7.

51 Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3133, rov. 3.16. Het tegen dit arrest gerichte cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen (art. 81 RO). Zie HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8266.

52 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 13 (citaat) en p. 15 (Nota n.a.v. verslag).

53 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 611, nr. 5, p. 13 (Nota n.a.v. verslag).

54 De feitenrechtspraak heeft voornamelijk betrekking op schending van fundamentele beginselen van procesrecht.

55 Hof Amsterdam 12 oktober 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AE0833, NJ 2002/111, rov. 2.7; Rb. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL1528, rov. 6.14. Sniijders noemt nog Rb. Amsterdam 25 september 1996, ECLI:NL:RBAMS:1996:AS5582, waarin de appeltermijn van art. 28 lid 5 van de RvAB-statuten van openbare orde werd geacht. Dat is volgens hem niet juist. Zie H.J. Sniijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 18-05-2018), voetnoot 4.

56 Rb. Almelo 28 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU2930, rov. 2.3.

gedaagden veroordeelde tot betaling van een geldbedrag, zonder dat uit het vonnis bleek welk bedrag elke gedaagde precies verschuldigd was.⁵⁷

4.12. Gezien het strikte criterium van de Hoge Raad (zie onder 4.8) wekt het geen verbazing dat het vaker voorkomt dat rechtsregels *niet* als bepalingen van openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv worden aangemerkt. Zo zijn in de feitenrechtspraak niet als bepalingen van openbare orde aangemerkt: het bewijsrecht, in het bijzonder art. 149 lid 1 Rv,⁵⁸ art. 6 Mededingingswet,⁵⁹ art. 7A:1684 BW (ontbinding maatschap door rechter om gewichtige redenen),⁶⁰ art. 6:119a BW (wettelijke handelsrente),⁶¹ art. 23 van de Wet op de Architectentitel (het recht op het voeren van de titel van architect),⁶² 'de rechtsregels omtrent middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging' en art. 8:63 BW (houdende verplichtingen van de expediteur)⁶³.

4.13. In de literatuur wordt door Snijders verdedigd dat ook 'fundamenteel Europees consumentenrecht' als recht van openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv kwalificeert.⁶⁴ Aangenomen wordt dat nationaal mededingingsrecht niet als zodanig is te beschouwen.⁶⁵

4.14. Het begrip 'openbare orde' is ook terug te vinden in art. 3:40 lid 1 BW, dat bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of openbare orde, nietig is. Het begrip openbare orde in de zin van deze bepaling verwijst, net als het begrip goede zeden, naar de in een maatschappij als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht. Daarbij staat bij de openbare orde met name de wijze waarop de maatschappij is ingericht centraal.⁶⁶ Meer specifiek wordt in de literatuur over art. 3:40 BW wel geschreven dat het begrip 'openbare orde' ziet op fundamentele beginselen van de Nederlandse maatschappelijke organisatie, waarbij wordt aangetekend dat deze beginselen grotendeels zijn neergelegd in de wet.⁶⁷ Asser/Sieburgh omschrijft de

openbare orde van art. 3:40 lid 1 BW als 'het geheel van fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt'.⁶⁸ Volgens de Hoge Raad gaat het om (strijd met) 'fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.⁶⁹

4.15. Er bestaat veel rechtspraak over de vraag of een rechtshandeling strijdig is met de openbare orde als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW.⁷⁰ Zo heeft de Hoge Raad bepaald dat een exploitatieovereenkomst waarin door een gemeente een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten is bedongen en waarin de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, op de voet van art. 3:40 lid 1 BW nietig is wegens strijd met de openbare orde.⁷¹ Ook schending van het verbod van *détournement de pouvoir* kan strijd met de openbare orde opleveren en tot nietigheid van een rechtshandeling leiden.⁷² Verder kan een zogenoemd verhaalsbeding onder omstandigheden strijdig zijn met de openbare orde.⁷³

4.16. In de feitenrechtspraak is strijd met de openbare orde (en soms ook met de goede zeden) aangenomen in onder meer de volgende gevallen:⁷⁴

– een geval waarin een ambtenaar steekpenningen had ontvangen voor het verstrekken van adviesopdrachten aan een makelaarskantoor⁷⁵ en een geval waarin een overeenkomst tot aanneming van werk tot stand was gekomen na betaling van steekpenningen door de aannemer aan de bestuurder van de opdrachtgever⁷⁶;

– een overeenkomst die er, naar de wederpartij wist, op was gericht de fiscus te misleiden;⁷⁷

57 Rb. Amsterdam 27 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2424.

58 Rb. Haarlem 5 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC6686, rov. 5.6.

59 Rb. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BL1528, rov. 6.15, onder verwijzing naar HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*); Rb. Breda, 30 december 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BG8891, rov. 3.8; Hof Amsterdam 12 oktober 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AE0833, NJ 2002/111, rov. 2.7.

60 Rb. Oost-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ8089, rov. 4.22.

61 Hof Amsterdam 7 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1580, rov. 3.15.

62 Hof Leeuwarden 21 november 2001, ECLI:NL:GHLEE:2001:AD7186, rov. 10-13.

63 Rb. Arnhem 19 november 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AN9171, rov. 4.3-4.4.

64 H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 18-05-2018).

65 H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7 (online, bijgewerkt t/m 18-05-2018); P.E. Ernste & C.L. Schleijsen, 'De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?', in: C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & C.L. Schleijsen (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland, in het bijzonder bij het NAI*, 2018, p. 684. Vgl. ook G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7a (online, bijgewerkt t/m 01-01-2020).

66 J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 2a (online, bijgewerkt t/m 26-08-2020); conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, NJ 2015/290 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder 2.4 (met verdere verwijzingen).

67 C.C. van Dam, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR 3), 2019/146, 157; H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.2 (on-

line, bijgewerkt t/m 15-02-2019); R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht* 2017/96; H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), 2002, p. 20.

68 Asser/Sieburgh 6-III 2018/345.

69 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, NJ 2017/59 m.nt. Jac. Hijma, rov. 3.5.1, 3.5.9. Vgl. ook HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, NJ 2002/364 m.nt. J. Hijma, rov. 3.3, met verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.) blz. 1140-114: 'zo fundamentele beginselen van de rechtsorde'.

70 Zie m.n. het overzicht van de rechtspraak in H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.7-7.12 (online, bijgewerkt t/m 15-02-2019).

71 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, NJ 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh, rov. 3.4.2, onder verwijzing naar HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/346 en H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.9a (online, bijgewerkt t/m 15-02-2019), beide met verwijzingen naar oudere rechtspraak van de Hoge Raad.

72 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, NJ 1998/588 m.nt. A.R. Bloembergen. Zie bijv. ook Rb. Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC7678.

73 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, NJ 2017/59 m.nt. Jac. Hijma.

74 Zie voor meer voorbeelden H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.7-7.12 (online, bijgewerkt t/m 15-02-2019).

75 Hof Amsterdam 2 mei 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AT0642, NJ 2005/110.

76 Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6178.

77 Hof Amsterdam 6 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1541, NJF 2010/408.

- een afspraak tussen enerzijds een stichting en anderzijds bestuursleden en vrijwilligers, die inhield dat laatstgenoemden kosten bij de stichting konden declareren (die subsidiabel waren), onder de voorwaarde dat zij bereid waren hetzelfde bedrag bij wijze van sponsoring aan de stichting terug te betalen;⁷⁸
 - een exploitatieovereenkomst tussen een gemeente en een kabelexploitant, omdat voor de beperkingen die daarin waren gesteld aan het aanbod van radio- en televisieprogramma's door de kabelexploitant, geen wettelijke grondslag bestond en de gemeente derhalve inbreuk maakte op art. 7 lid 2 Gw;⁷⁹
 - kettingsbedingen die de koper (en diens rechtsopvolgers) verbieden bezwaar of beroep aan te tekenen tegen bouw- en ontwikkelingsplannen ten aanzien van een aangrenzend perceel dat in eigendom is gebleven van de verkoper (zogenoemde 'monddoodclausules', die een partij toegang tot de rechtsbescherming ontzeggen), omdat de desbetreffende bedingen onverenigbaar werden geacht met de 'fundamentele rechtsbeginselen die ertoe strekken de rechtsbescherming van burgers te waarborgen' van art. 17 Grondwet, art. 6 EVRM en art 14 IVBPR;⁸⁰
 - een overeenkomst waarbij een bank heeft toegezegd een hypothecaire lening over te nemen, nu de toezegging uitsluitend was gedaan als gevolg van de persoonlijke bemoeienis van een minister (betrokkene kwam op grond van de geldende regels niet in aanmerking voor de lening);⁸¹
 - een arbeidsovereenkomst van een overheids-N.V. met een (voormalig) parlementslid die tot stand was gekomen onder invloed van politieke inmenging;⁸²
 - een overeenkomst tot cessie van de raadsvergoeding van een gemeenteraadslid aan de landelijke partij, omdat door de cessie de onafhankelijkheid en het vrije mandaat van het raadslid in gevaar kan komen, terwijl het principiële uitgangspunt is dat een ambtsdrager onafhankelijk moet kunnen functioneren, ook tegenover de politieke partij die hem op de kandidatenlijst heeft geplaatst.⁸³
- 4.17. Een deel van de gevallen waarin strijd met de openbare orde op de voet van art. 3:40 lid 1 BW is aangenomen, kenmerken zich erdoor dat het gaat om overeenkomsten die tot doel hebben om wettelijke bepalingen te ontduiken, of die tot stand zijn gekomen na ontduiking van wettelijke bepalingen.

In een aantal gevallen gaat het daarbij zonder meer om strafbare handelingen.

4.18. Dat is een belangrijke overeenkomst met wat zich naar het oordeel van het hof voordoet in de onderhavige zaak, namelijk dat een overeenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen (en deze overeenkomst zonder de corruptie niet, of niet onder dezelfde voorwaarden, zou zijn gesloten). Ook bij corruptie gaat het om onwettige activiteiten (omkoping, fraude, financiële misdrijven, machtsmisbruik, enzovoort).⁸⁴ Zowel ambtelijk als niet-ambtelijk corrupt handelen is immers strafbaar gesteld. Ook internationaal zijn er verschillende instrumenten, waarbij Nederland partij is, die zien op de (strafrechtelijke en civielrechtelijke) aanpak van ambtelijke en niet-ambtelijke corruptie.⁸⁵ Het verbod op corruptie is een regel die van fundamenteel belang is voor het goed functioneren van de samenleving.

4.19. Terecht wordt in de onderhavige zaak in cassatie dan ook niet bestreden het oordeel van het hof dat 'het verbod van corruptie' kwalificeert als 'dwingend recht van zo fundamentele aard dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd' (zie rov. 5.2, 5.5 en 5.10 van het hofarrest). Daarmee moet tot uitgangspunt worden genomen dat het verbod van corruptie moet worden aangemerkt als recht van 'openbare orde' in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv.

4.20. De rechtspraak van de Hoge Raad houdt in, zoals gezegd (zie onder 4.4), dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van een vernietigingsvordering. Ten aanzien van art. 1065 lid 1, onder e, Rv heeft de Hoge Raad voorts nog overwogen dat 'als uitgangspunt geldt' dat deze bepaling 'naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast', mede omdat (vgl. onder 4.4) de vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als verkapt hoger beroep en de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen op grond van strijd met de openbare orde mag ingrijpen.⁸⁶ De door de Hoge Raad gebruikte formulering, dat de vernietigingsgrond strijd met de openbare orde 'naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast', noemt Snijders

78 Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:604.

79 Hof Amsterdam 8 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AY2638, NJF 2006/268.

80 Hof Amsterdam 16 augustus 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1167; Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2096; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:886; Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1212; Rb. Midden-Nederland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2863.

81 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 10 december 2002, ECLI:NL:OGHNA:2002:AG4114, NJ 2003/322.

82 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 18 oktober 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BU3565, NJF 2011/519 (tussenbeschikking) en 17 januari 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BY0947, NJF 2012/497 (eindbeschikking).

83 Rb. Midden-Nederland 22 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:843. Zie ook Rb. Noord-Holland 18 december 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10341, waarin is overwogen dat de Hoge Raad eerder heeft bepaald dat 'het vrije mandaat' een beginsel van openbare orde is.

84 Bahoo e.a. geven de volgende definitie van corruptie: 'an illegal activity (bribery, fraud, financial crime, abuse, falsification, favoritism, nepotism, manipulation, etc.) conducted through misuse of authority or power by public (government) or private (firms) officeholders for private gain and benefit, financial or otherwise.' Daarmee heeft corruptie de volgende drie karakteristieken: 'The first is that the person or firm is conducting some form of illegal activity. The second is that the person or firm is misusing power or authority in violation of existing rules and regulations or acting beyond legal limits. The third characteristic is that the person or firm is using a position of power to reap personal benefits (financial or otherwise) instead of benefiting the nation or the shareholders.' Zie S. Bahoo, I. Alon & A. Paltrinieri, 'Corruption in international business: A review and research agenda.' In: *International Business Review*, 2020, vol. 29, nr. 4, p. 3.

85 Zie nader bijv. T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten* (SSR nr. 46) 2016, hoofdstuk 2.

86 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565, NJ 2020/15 m.nt. H.J. Snijders (*Republiek Ecuador/Chevron c.s. II*), rov. 4.3.2. Zie ook HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, NJ 2010/171 m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf II*), rov. 4.3.1. Zie voor de overweging 'naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast' eerder reeds HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*[...]/[...]*), rov. 3.5 en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modsaf*), rov. 3.3.

‘opmerkelijk’. In zijn noot onder het arrest *IMS/Modsaf* schrijft hij het volgende:⁸⁷

‘[Deze zinsnede] komt mij opmerkelijk voor. Als een arbitraal vonnis werkelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden dan is er toch geen redding meer? Ik zie nog niet de burgerlijke rechter voor mij die een arbitraal vonnis in strijd acht met de openbare orde of de goede zeden maar vervolgens meent dit vonnis in het licht van de vereiste terughoudendheid toch maar in stand te moeten laten. Iets anders is – en vermoedelijk bedoelt de Hoge Raad dit ook te zeggen – dat een arbitraal vonnis niet al te gauw in strijd met de openbare orde of goede zeden geacht zal worden. In dezelfde richting wijst HR 9 januari 2004 ([...]/SFT), RvdW 2004, 11, waarin onder verwijzing naar dit arrest wordt overwogen (r.o. 3.5.2) dat de overheidsrechter bij “zijn onderzoek of er grond voor vernietiging bestaat (...) terughoudendheid [moet] betrachten.”

4.21. Het is aannemelijk dat dat inderdaad is wat de Hoge Raad bedoelt met een ‘terughoudende toepassing’, namelijk dat een arbitraal vonnis *niet te snel* in strijd met de openbare orde geacht mag worden te zijn. Dat sluit ook aan bij de overweging van de Hoge Raad dat de rechter slechts in *sprekende gevallen* op deze grond tot vernietiging van een arbitraal vonnis moet overgaan (zie onder 4.4 en 4.20). De overweging in het *Yukos*-arrest (rov. 3.3.1; zie hiervoor onder 4.4) dat ‘een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep’, moet worden begrepen in het licht van de daarop volgende overweging (zoals ook blijkt uit het woord ‘immers’ in die volgende overweging), dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Met andere woorden, dat de vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, is niet los te zien van het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. De burgerlijke rechter moet dus niet op punten die *geen* kwesties van uiterst fundamenteel dwingend recht betreffen, zijn oordeel in de plaats stellen van dat van de arbiters.

4.22. Snijders constateert terecht dat als sprake is van (een sprekend geval van) strijd met de openbare orde, er weinig ‘terughoudends’ meer kan zijn aan de toepassing van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. De rechter zal zich een eigen, inhoudelijk⁸⁸, oordeel moeten vormen over de vraag of het arbitrale vonnis naar zijn inhoud in strijd is met de openbare orde. Als die vraag bevestigend moet worden beantwoord en er dus sprake

is van een ‘sprekend geval’ van strijd met de openbare orde, is moeilijk in te zien hoe de rechter dan (toch) een terugtrekkende beweging zou kunnen maken om zich niet schuldig te maken aan ‘een niet-terughoudende toetsing’ of een ‘verkapt hoger beroep’ (in het geval de betreffende kwestie – zoals in de onderhavige zaak (zie hierna, onder 5.43) – ook reeds is opgeworpen in de arbitrale procedure). Anders gezegd: als zich een ‘sprekend geval’ van strijd met de openbare orde voordoet, zal de rechter moeten doorpakken en het arbitrale vonnis moeten vernietigen op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. Dat geldt ook als die kwestie reeds aan de orde is geweest in de arbitrale procedure.

4.23. Dat de rechter zich een eigen, inhoudelijk oordeel zal moeten vormen over de vraag of het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde, brengt met zich mee dat in de vernietigingsprocedure feiten aan de orde kunnen worden gesteld die niet in de arbitrale procedure aan de orde zijn geweest.⁸⁹

5. Bespreking van het cassatiemiddel

5.1. Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen.

Onderdeel 1

5.2. Onderdeel 1 bestaat uit drie subonderdelen. Het onderdeel betoogt dat het hof de betekenis van het *obiter dictum* van het scheidsgerecht heeft miskend.

5.3. Het bedoelde *obiter dictum* beslaat feitelijk twee samenhangende *obiter dicta*. Het *eerste obiter* volgt op het oordeel dat de koopovereenkomst niet door corruptie is verkregen, zodat het beroep van Bariven op art. 3:40 lid 1 BW moet worden verworpen, en heeft betrekking op de relevantie die het scheidsgerecht zou hebben toegekend aan de internationale openbare orde (‘transnational public policy’) indien de koopovereenkomst wél door corruptie tot stand zou zijn gekomen (§ 13.53). Het scheidsgerecht overweegt in dat kader dat het de gevolgen van de nietigheid van de koopovereenkomst zou hebben moeten beoordelen naar Nederlands recht en verwijst voor een bespreking van deze gevolgen naar § 13.68-13.74 van het vonnis. Die overwegingen bevatten het *tweede obiter dictum*. Dit volgt op de tussenconclusie van het scheidsgerecht (‘Interim Conclusion’), dat Bariven zich niet kan beroepen op art. 3:40 lid 1, art. 3:44 lid 3 of art. 6:227 BW en dat de primaire vordering van Wells derhalve wordt toegewezen (§ 13.66-13.67). In dit *obiter* zet het scheidsgerecht uiteen wat naar Nederlands recht de gevolgen zouden zijn geweest indien de koopovereenkomst wél vernietigbaar zou zijn wegens bedrog en/of dwaling. Volgens het scheidsgerecht zou Bariven in dat geval gehouden zijn geweest de economische waarde van de aandrijfmotoren ten tijde van de levering ervan te vergoeden, welke waarde door het scheidsgerecht gelijk wordt gesteld aan de koopprijs. Gelet op de verwijzing in § 13.53 van het arbitrale vonnis, heeft dit oordeel ook betrekking op het geval dat de koopovereenkomst nietig zou zijn geweest.

5.4. De overwegingen van het scheidsgerecht luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

‘13B Article 3:40(1) DCC

87 H.J. Snijders, noot bij HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395 (*IMS/Modsaf*), NJ 2004/384, onder 8.

88 In de literatuur wordt wel aangenomen dat bij de beoordeling of een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde, het vonnis inhoudelijk door de rechter kan worden getoetst. Zie G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 1b; R. Schellaars, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht* 2014/17.3.6; P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht. Nationaal en Internationaal*, 2001, p. 187 en, van dezelfde auteur, *Het nieuwe arbitragerecht* 1996, p. 266. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 22 mei 2015 ECLI:NL:HR:2015:1272 (*BAe/Modsaf*), onder 4.4 en voetnoot 53. A-G Vlas verwoordt het in zijn conclusie voor HR 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0594, RvdW 2011/648 (*Maastricht/Verweerder*), onder 2.3 aldus dat het belang van een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat ‘een arbitraal vonnis niet vanwege een (feitelijke of juridische) onjuistheid van de inhoud kan worden vernietigd, althans voor zover het niet gaat om schending van uiterst fundamenteel recht van materiële of formele aard.’

89 G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 7a. Vgl. n.a.v. Meijer J.W. Bitter, *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 1065 Rv, aant. 2 (online, publicatiedatum 10-08-2020): ‘Uit Meijers opmerking dat in de vernietigingsprocedure wegens strijd met het EU-mededingingsrecht feiten aan de orde kunnen komen die in de arbitrageprocedure niet aan de orde zijn geweest, kan worden afgeleid dat de rechter ook hier vol en zonder terughoudendheid toetst.’

(...)

Conclusion with regard to Article 3:40(1) DCC

(...)

13.53. Only for the sake of completeness and as an obiter dictum the Arbitral Tribunal will discuss in a concise consideration the relevance it would have attributed to the transnational public policy had the Arbitral Tribunal deemed the Purchase Order to have been obtained through corruption. In that event – assuming that there is an inextricable link between the agreement to pay bribes and to act in a corrupt way on the one hand and the contract for the sale of goods on the other hand – pursuant to Article 3:40 (1) DCC the Purchase Order would have been null and void ab initio. The fact that the Purchase Order has been concluded for the sale of goods, does not alter this conclusion. In other words, the applicable Dutch law and the transnational public policy would lead to the same result. However, regarding the consequences of the nullity of the contract, the Arbitral Tribunal follows Wells in its opinion that these consequences must be determined in accordance with Dutch law. These consequences are set out in the sections 13.68 through 13.74 below, (...).

(...)

13E Further Observation

13.68. For the sake of completeness, the Arbitral Tribunal adds the following as an obiter dictum (sections 13.66-72). [A-G: bedoeld zal zijn sections 13.68-74] Even if the contract were to be subject to annulment on the ground of fraud and/or error (...), this would not discharge Bariven from the obligation to pay a substantial amount of money to Wells. Under Article 3:53(1) DCC the nullification of a voidable juridical act, such as the contract of sale under consideration, has retroactive effect to the moment the act was concluded. This rule implies that the two top drives have been transferred and delivered without a legal ground. The legal consequences of a transfer and delivery without a legal ground are governed by Article 6:203(1) BW. This Article provides that a person who has given an item of property to another without legal basis is entitled to reclaim it from the recipient as a performance not due. Therefore, Bariven would have an obligation to return to Wells the top drives, delivered under the Purchase Order. (...).

13.69. In the event the returning of the equipment is not possible, Bariven would in principle be obliged to reimburse Wells for the loss suffered as a result. (...). The retroactive effect of the annulment entails that the obligation to make restitution comes into existence at the time of delivery of the goods and consequently the loss will in principle be equivalent to the market value of the goods at that time.

(...)

13.73. The record gives reason to believe that Bariven is not able to return the goods to Wells. In any case, the record does not indicate that Bariven did offer to return the top drives to Wells. (...). In light of its aforementioned assertion that it cannot be assumed that the top drives were overpriced and absent any supporting information, the Arbitral Tribunal, in determining the amount of the reimbursement, decides to equate that amount to the purchase price. A reduction of the reimbursement is therefore in the Arbitral Tribunal's view not justified.

13.74. The conclusion is that, also in the event of an annulment of the agreement on the basis of fraud or error, Bariven would have been obliged to reimburse Wells an amount corresponding to the purchase price.⁷

5.5. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat het arbitraal vonnis berust op twee zelfstandig dragende gronden.

Het dictum van het vonnis wordt volgens het subonderdeel niet alleen zelfstandig gedragen door het oordeel dat niet vaststaat dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen door corruptie, maar ook door het hiervoor besproken *obiter dictum*, dat volgens het subonderdeel inhoudt dat 'de vordering van Wells ook toewijsbaar is als de Koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn'.⁹⁰ Het subonderdeel voert aan dat Bariven in haar inleidende dagvaarding geen vernietigingsgronden heeft gericht tegen dit *obiter dictum*.⁹¹ Door het arbitraal vonnis te vernietigen op basis van gegrondbevinding van een vernietigingsgrond die slechts is gericht tegen één van de twee zelfstandig dragende gronden, zou het hof hebben miskend dat voor vernietiging slechts plaats is als alle gronden met succes met vernietigingsgronden worden bestreden. Gesteld wordt voorts dat het hof zou hebben miskend dat indien een vernietigingsgrond slechts een deel van een arbitraal vonnis betreft, het vonnis voor het overige in stand blijft voor zover dit niet in onverbreekelijk verband met het te vernietigen deel staat. Als het deel van het arbitrale vonnis dat aldus in stand blijft het dictum van dat vonnis kan dragen, moet het vernietigingsberoep worden afgewezen wegens gebrek aan belang. Het hof had het arbitrale vonnis, wat verder ook zij van de geldigheid van de koopovereenkomst, in stand moeten laten, zo besluit het subonderdeel.

5.6. Het subonderdeel berust op het uitgangspunt dat het *obiter dictum* van het scheidsgerecht de in het dictum van het arbitrale vonnis gegeven beslissing zelfstandig kan dragen. Dit uitgangspunt is niet juist. Daartoe geldt het volgende.

5.7. Voorop te stellen is dat het feit dat het scheidsgerecht zijn hoger geciteerde overwegingen zelf heeft aangemerkt als een *obiter dictum*, niet beslissend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van overwegingen ten overvloede dan wel van overwegingen die het dictum van het arbitrale vonnis zelfstandig kunnen dragen. Waar het om gaat is hoe de betreffende overwegingen zich, naar hun inhoud genomen, verhouden tot de beslissing in het dictum.⁹²

5.8. Wells heeft zich in de arbitrageprocedure op het standpunt gesteld dat Bariven is gehouden tot nakoming van haar betalingsverplichting uit de koopovereenkomst en primair op die grond betaling gevorderd van de koopsom van USD 11.732.456,14 (zie onder 2.1).⁹³ Onder verwerping van het daartegen gerichte verweer van Bariven dat de koopovereenkomst nietig dan wel vernietigbaar zou zijn (zie onder 2.2),⁹⁴ heeft het scheidsgerecht deze *primaire* vordering van Wells toegewezen. Aan de subsidiaire vordering van Wells – ingesteld voor het geval het scheidsgerecht zou oordelen dat de koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn en strekkende tot betaling van een vergoeding van de economische waarde van de aandrijfmotoren ten belope van de koopprijs (zie onder 2.1) – hoeft daarmee volgens het scheidsgerecht

90 Procesinleiding, onder F en schriftelijke toelichting van Wells, onder 1.3, beide voor het eerste oordeel verwijzend naar § 13.14-13.52 en 13.54-13.67 van het arbitraal vonnis en voor het *obiter dictum* naar § 13.53, 13.57 en 13.68-13.74.

91 Dat Bariven dit niet heeft gedaan, is in cassatie tussen partijen niet in geschil. Zie de schriftelijke toelichting van Bariven, onder 42.

92 HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713, NJ 2011/190, rov. 3.5. Vgl. ook B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/131; H. den Tonkelaar, 'Obiter dictum. De overweging ten overvloede in de hedendaagse praktijk'. In: AA 2019-4, p. 277; *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/295.

93 Statement of Claim, onder 7.1, 9.1-9.2.

94 Arbitraal vonnis, § 13.51 en 13.66.

niet meer te worden toegekomen. In de woorden van het scheidsgerecht (§15.1):⁹⁵

‘15. Conclusion

15.1. The above considerations lead to the conclusion that the principal claim to pay the purchase price will be awarded. Bariven will therefore be ordered to pay the amount of USD 11.732.456,14 and (...). Since Wells’ principal claim succeeds, the Arbitral Tribunal does not need to consider Wells’ alternative claim for compensation in the case of annulment.’

Het scheidsgerecht heeft Bariven vervolgens in het dictum van het arbitrale vonnis ‘on the basis of the facts and legal ground set forth above’ onder meer veroordeeld tot betaling aan Wells van een bedrag van USD 11.732.456,14, onder afwijzing van het meer of anders gevorderde.⁹⁶

5.9. Het scheidsgerecht heeft dus alleen de primaire vordering van Wells tot nakoming van de koopovereenkomst (betaling van de koopprijs) toegewezen. Deze beslissing wordt niet zelfstandig gedragen door het *obiter dictum*. Het *obiter dictum* heeft immers betrekking op de hypothetische situatie dat de koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn geweest (zie onder 5.3-5.4), terwijl de door het scheidsgerecht toegewezen primaire vordering tot betaling van de koopprijs juist berust op het bestaan van een geldige koopovereenkomst. Voor toewijzing van de primaire (nakomings)vordering kunnen de in het *obiter dictum* gegeven overwegingen dus reeds daarom geen grond vormen. Deze overwegingen zouden slechts de grondslag hebben kunnen vormen voor een toewijzing van Wells’ subsidiaire (vergoedings)vordering, die is gegrond op goeddeels dezelfde juridische argumenten als die het scheidsgerecht in het *obiter dictum* hanteert.⁹⁷ Maar, zoals gezegd, aan een beslissing op de subsidiaire vordering is het scheidsgerecht niet toegekomen. Ook in dit opzicht komt het *obiter dictum* dus geen zelfstandig dragende betekenis toe; het scheidsgerecht heeft alleen de primaire vordering van Wells toegewezen, terwijl het *obiter dictum* betrekking heeft op de situatie die wordt bestreken door de onbesproken gebleven subsidiaire vordering van Wells.⁹⁸ Dit blijkt ook uit het feit dat het scheidsgerecht *eerst* concludeert tot toewijzing van de primaire vordering (zie § 13.51 (afwijzing verweer Bariven voor zover gebaseerd op art. 3:40 lid 1 BW) en § 13.66-13.67 (toewijzing primaire vordering Wells)), en *daarna* het *obiter dictum* geeft (§ 13.53 jo. § 13.68-13.74) (zie ook onder 5.3).

5.10. Aan het voorgaande doet niet af dat de hoogte van de vergoeding die Bariven volgens het scheidsgerecht bij een nietige of vernietigbare koopovereenkomst aan Wells zou hebben moeten betalen, gelijk is aan de koopsom van de aandrijfmotoren zoals die onder de primaire vordering is toegewezen. Dit verandert immers niets aan het feit dat de in het dictum gegeven beslissing dat Bariven wordt veroordeeld tot betaling aan Wells van een bedrag van USD 11.732.456,14, uitsluitend de toewijzing van de primaire vordering tot nakoming van de contractuele betalingsverplichting betreft, waarvoor het *obiter dictum* geen grondslag kan vormen. Hoewel deze in het dictum opgenomen beslissing van het scheidsgerecht in algemene termen is vervat (‘ORDERS Bariven to pay to Wells an amount of USD 11.732.456,14’) behelst de beslissing, gelet op de overwegingen waarop zij berust (‘on the basis of the facts and legal ground set forth above’), onmiskenbaar de toewijzing van de primaire vordering van Wells (zie met name § 15.1, geciteerd onder 5.8). Het dictum van een uitspraak dient immers te worden gelezen in het licht van de overwegingen waarop dat dictum berust.⁹⁹

5.11. Dat de beslissing van het scheidsgerecht tot toewijzing van de primaire vordering van Wells in het dictum van het arbitrale vonnis niet zelfstandig wordt gedragen door het *obiter dictum*, betekent dat het subonderdeel niet tot cassatie kan leiden. Het door het subonderdeel gevoerde betoog berust immers op het – onjuiste – uitgangspunt dat wél sprake is van een zelfstandig dragende grond. Daarbij is nog aan te tekenen dat waar het subonderdeel stelt dat het scheidsgerecht in het *obiter dictum* heeft geoordeeld dat de vordering van Wells ook toewijsbaar is als de koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn, wordt uitgegaan van een onjuiste lezing van het arbitrale vonnis, voor zover met ‘de vordering van Wells’ wordt bedoeld op de primaire vordering tot betaling van de koopsom.¹⁰⁰ Het oordeel in het *obiter dictum* houdt immers in dat in het geval de koopovereenkomst wél nietig of vernietigbaar was geweest, Bariven gehouden zou zijn geweest *de economische waarde van de aandrijfmotoren*, ten belope van de koopprijs van de motoren, aan Wells te vergoeden (vgl. onder 5.3-5.4).¹⁰¹ Dat sluit ook aan bij wat Wells op dit punt had gevorderd in de arbitrale procedure (zie onder 2.1).

5.12. *Subonderdeel 1.2* wordt voorgesteld voor ‘het onwaarschijnlijke geval’ dat zou moeten worden aangenomen dat het hof impliciet ervan is uitgegaan dat ‘de twee zelfstandig dragende gronden van het arbitraal vonnis’ in onverbreekelijk verband met elkaar staan en dat het slagen van de enkel tegen een van die gronden gerichte vernietigingsgrond met zich brengt dat het arbitraal vonnis geheel moet worden vernietigd. Een dergelijk oordeel zou volgens het subonderdeel om verschillende redenen blijf geven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn.

5.13. Voor zover de klachten van het subonderdeel ervan uitgaan dat het *obiter dictum* een zelfstandig dragende grond vormt voor de beslissing van het scheidsgerecht, stuiten de klachten reeds hierop af, dat dit uitgangspunt onjuist is.

5.14. Ook overigens kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden. Het subonderdeel gaat er kennelijk van uit dat het hof van oordeel is geweest dat de beslissing van het scheidsgerecht tot toewijzing van de vordering tot betaling van de koopsom

95 Vgl. ook de ‘Interim Conclusion’ in § 13.66-13.67 van het arbitrale vonnis: ‘13.66. In the light of the foregoing the Arbitral Tribunal holds that Bariven cannot successfully rely on Articles 3:40(1), 3:44(3) or 6:288 DCC and as a result Bariven is obliged to comply with its contractual payment obligations in full. 13.67. Accordingly, the Arbitral Tribunal will award Well’s principal claim for payment of USD 11.732.456,14 (...).’

96 Arbitraal vonnis, § 17.1, onder 1 en 6.

97 In het *obiter dictum* wordt overigens niet met zoveel woorden gereferreerd aan de subsidiaire vordering van Wells (vgl. hierna, onder 5.10). Zie voor het betoog van Wells ter zake Statement of Claim, onder 9.3-9.7; Statement of Defence to the Counterclaim and Reply, onder 6.28-6.50.

98 Vgl. HR 10 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4755, NJ 1984/417, rov. 3.7 waarin de Hoge Raad voorop stelde dat de ten overvloedige gegeven overwegingen van de rechtbank zagen op de subsidiaire vordering, om vervolgens te overwegen dat het in die overwegingen vervatte oordeel niet dragend was voor de beslissing van de rechtbank, nu deze de primaire vordering had toegewezen en derhalve aan een beslissing op de subsidiaire vordering niet was toegekomen.

99 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2988, NJ 2017/25.

100 Vgl. de procesinleiding, onder F en onder 1.1.a; schriftelijke toelichting van Wells, onder 1.3.

101 Arbitrale vonnis, § 13.69-13.74.

berust op twee zelfstandig dragende gronden (die in onverbrekelijk verband met elkaar staan), waarvan het *obiter dictum* er een is.¹⁰² Dit lijkt mij echter niet het geval te zijn. Het hof duidt de in het *obiter dictum* gegeven overwegingen van het scheidsgerecht expliciet als ‘*obiter dictum*’ (rov. 3.16 en 5.13). Hieruit laat zich afleiden dat het hof kennelijk van oordeel is geweest dat deze overwegingen slechts ten overvloede zijn gegeven en de beslissing van het scheidsgerecht niet dragen. Waar het subonderdeel uitgaat van een andere lezing van het bestreden arrest berust het derhalve op een onjuist uitgangspunt.

Daarmee faalt subonderdeel 1.2.

5.15. Voor het geval het bestreden arrest zo gelezen zou moeten worden dat het dictum van het arbitrale vonnis volgens het hof niet zelfstandig wordt gedragen door het *obiter dictum*, klaagt subonderdeel 1.3 dat het hof heeft miskend dat de betekenis van het arbitrale vonnis afhangt van de daarmee geopenbaarde wil van het scheidsgerecht, althans van de zin die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan het arbitrale vonnis mag worden toegekend. Het oordeel van het hof zou in dit geval voorts onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn, omdat zonder (nadere) motivering niet valt in te zien dat, in weerwil van de bewoordingen en opbouw van het arbitrale vonnis, het scheidsgerecht heeft beoogd, althans aan het arbitrale vonnis de betekenis mag worden toegekend, dat het *obiter dictum* het dictum van het arbitrale vonnis niet zelfstandig kan dragen.

5.16. Het subonderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat het hof van oordeel is dat het *obiter dictum* geen zelfstandig dragende grond vormt (zie onder 5.14). Dit oordeel vindt steun in de bewoordingen en de opbouw van het arbitrale vonnis, zoals in de motiveringsklacht terecht wordt gesteld. De overwegingen over de gevolgen van ‘veronderstelde’ vernietigbaarheid van de koopovereenkomst (§ 13.68 e.v.), die ook zien op het geval dat de overeenkomst nietig zou zijn geweest (§ 13.53 jo. 13.68 e.v.), worden door het scheidsgerecht ingeleid met de woorden ‘for the sake of completeness, the Arbitral Tribunal adds the following as an *obiter dictum* (...)’. Het scheidsgerecht kenschetst zijn overwegingen omtrent de gevolgen van nietigheid of vernietigbaarheid van de koopovereenkomst dus expliciet als *obiter dictum* en geeft daarbij aan dat deze overwegingen ‘volledigheidshalve’ worden gegeven. Deze karakterisering als *obiter dictum* wordt ook weerspiegeld in de opbouw van het vonnis: het scheidsgerecht concludeert eerst tot toewijzing van de primaire vordering komt en daarna pas tot het *obiter dictum* (zie onder 5.9).

5.17. Gelet op het voorgaande geeft het oordeel van het hof dat aan het *obiter dictum* geen zelfstandig dragende betekenis toekomt, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onvoldoende begrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is het oordeel evenmin. Het subonderdeel is dan ook tevergeefs voorgesteld.

5.18. Onderdeel 1 faalt derhalve in zijn geheel.

Onderdeel 2

5.19. Onderdeel 2 valt uiteen in twee subonderdelen, die beide uit meerdere onderdelen bestaan.

5.20. Subonderdeel 2.1 is opgebouwd uit vier onderdelen (a-d). Het subonderdeel stelt voorop dat het hof het arbitraal vonnis heeft vernietigd omdat het onverenigbaar is met de openbare orde om een vonnis in stand te laten dat rechtsge-

volgen verbindt aan een overeenkomst die tot stand is gekomen door corruptie.¹⁰³ Het subonderdeel vervolgt dat het hof daartoe onder meer oordeelt dat het algemene uitgangspunt dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, moet worden gezien als een beperking van procesrechtelijke aard die de naleving van een fundamentele rechtsregel als het verbod op corruptie niet mag verhinderen.¹⁰⁴ Het hof ziet op grond hiervan ruimte om zelfstandig te beoordelen of de koopovereenkomst tot stand is gekomen onder invloed van corruptie, mede aan de hand van feiten die zich na het arbitrale vonnis hebben voorgedaan, aldus het subonderdeel. Dit zou op meerdere gronden blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn, op grond van wat in de subonderdelen 2.1a-2.d wordt aangevoerd.

5.21. Subonderdeel 2.1a klaagt dat het hof heeft miskend dat de rechter slechts in sprekende gevallen op grond van strijd met de openbare orde mag ingrijpen. Aangevoerd wordt dat van strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv slechts sprake is wanneer het rechtsgevolg dat het arbitraal vonnis aan de overeenkomst verbindt, strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. Dat is niet zonder meer het geval indien op grond van een koopovereenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van corruptie deugdelijke zaken zijn geleverd en de arbitrage strekt tot verkrijging van de koopprijs, aldus het subonderdeel.

5.22. In de schriftelijke toelichting wordt vervolgens ter onderbouwing van het subonderdeel uiteengezet dat en waarom het bij wijze van *obiter dictum* gegeven oordeel van het scheidsgerecht, dat Bariven in geval van nietigheid of vernietigbaarheid van de koopovereenkomst gehouden zou zijn geweest tot vergoeding aan Wells van een bedrag ten belope van de koopprijs van de aandrijfmotoren, rechtens juist is.¹⁰⁵ Tegen deze achtergrond schrijft de toelichting vervolgens dat subonderdeel 2.1a klaagt dat het hof het arbitrale vonnis ten onrechte heeft vernietigd wegens strijd met de openbare orde, althans, zijn oordeel ter zake onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd. Het *obiter dictum* van het scheidsgerecht is namelijk geheel juist en de uitkomst van het arbitrale vonnis is dan ook geheel in lijn met de wet, de literatuur en vaste rechtspraak. In een dergelijk geval is geen sprake van strijd met enig recht, laat staan van strijd met dwingend recht van een fundamenteel karakter, aldus steeds de schriftelijke toelichting.¹⁰⁶

5.23. De in het subonderdeel verdedigde opvatting dat slechts sprake is van strijd met de openbare orde indien het *rechtsgevolg* dat het arbitraal vonnis aan de overeenkomst verbindt, strijd oplevert met ‘uiterst fundamenteel dwingend recht’ in de door de Hoge Raad bedoelde zin (zie onder 4.8), berust op een te beperkte uitleg van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. Voor zo’n beperkte uitleg is geen steun te vinden in rechtspraak of literatuur. Ook los van de rechtsgevolgen kan een arbitraal vonnis in strijd zijn met de openbare orde. Zo heeft Wells zich in de onderhavige vernietigingsprocedure zelf op het stand-

103 Het subonderdeel verwijst daarbij naar rov. 5.1-5.14 van het bestreden arrest.

104 Verwezen wordt naar rov. 5.6-5.7 van het bestreden arrest.

105 Schriftelijke toelichting van Wells, onder 2.1.1-2.1.12.

106 Schriftelijke toelichting van Wells, onder 2.1.14. Vgl. ook onder 2.1.3.

102 Vgl. de procesinleiding, onder F.

punt heeft gesteld dat een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e Rv, indien het vonnis een overeenkomst sanctioneert en legitimeert die voorziet in corruptie, of die in onlosmakelijk verband staat met een dergelijke overeenkomst.¹⁰⁷

5.24. Daarmee is niet van doorslaggevend belang dat het scheidsgerecht in zijn *obiter dictum* heeft overwogen dat Bariven in geval van nietigheid of vernietigbaarheid van de koopovereenkomst gehouden zou zijn geweest aan Wells te vergoeden de economische waarde van de aandrijfmotoren, ten belope van de koopprijs.

5.25. Subonderdeel 2.1a faalt derhalve.

5.26. *Subonderdeel 2.1b* stelt dat 's hofs oordeel dat toewijzing van de koopprijsvordering strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv oplevert, 'hoe dan ook' een nadere motivering behoeft om begrijpelijk te zijn, met name in het licht van de volgende stellingen van Wells:

(i) Het initiatief voor corruptie lag bij Bariven. Haar bestuurders, directieleden, werknemers alsook topfunctionarissen van (andere entiteiten van) de staatsolieonderneming waren direct en persoonlijk betrokken;

(ii) De aandrijfmotoren zijn besteld, geleverd en in gebruik genomen. Bariven had geen klachten over de kwaliteit van de motoren;

(iii) Bariven heeft ondanks het voorgaande niets betaald voor de aan haar geleverde aandrijfmotoren. Zij heeft deze motoren evenmin geretourneerd;

(iv) De waarde van de aandrijfmotoren komt overeen met de koopsom. De Amerikaanse autoriteiten concludeerden in dit verband dat uit het Amerikaanse straf dossier niet is gebleken van *overpricing*.

5.27. Ten aanzien van de *onder (i)* weergegeven stelling kan worden vooropgesteld dat niet zonder meer duidelijk is waarom of in welk opzicht het bestreden oordeel onbegrijpelijk zou zijn in het licht van deze stelling van Wells. Het subonderdeel licht dit echter niet toe. Voor zover het subonderdeel niet reeds hierop stuk loopt, geldt dat het ook overigens met betrekking tot stelling (i) niet tot cassatie kan leiden. Daartoe geldt het volgende.

5.28. Het subonderdeel verwijst voor de *onder (i)* genoemde stelling onder meer naar Wells' Statement of Defence to the Counter Claim and Reply. Op genoemde vindplaats (onder 5.21 e.v.) wordt – als onderdeel van een 'survey of Bariven's mischaracterizations of the evidence before the Tribunal'¹⁰⁸ – uiteengezet dat, kort gezegd, het strafrechtelijke onderzoek van de Amerikaanse overheid zich richt op Bariven en haar moederbedrijf, PDVSA. Daarnaast verwijst het subonderdeel naar de pleitaantekeningen van Wells, onder 3.5-3.9. Genoemde randnummers zijn opgenomen in het deel van de pleitaantekeningen dat betrekking heeft op de stelling van Bariven dat het scheidsgerecht een te hoge bewijsmaatstaf heeft aangelegd.¹⁰⁹ Wells stelt daar voorop, kort samengevat, dat Bariven heeft aangevoerd dat zij zich in een benarde bewijspositie bevindt, dat het scheidsgerecht een veel te hoge maatstaf heeft aangelegd voor bewijs van corruptie en dat het hof aan de bewijswaardering door het scheidsgerecht voorbij moet gaan (onder 3.1-3.3). Daarop stelt Wells dat het 'voor een juist beeld van de zaak (...) echter van belang [is] erop te wijzen dat Bariven allesbehalve een onwetend slachtoffer is en

juist geacht moet worden van de hoed en de rand te weten' (onder 3.4). Wells voert vervolgens aan dat 'Bariven immers zelf het initiatief [heeft] genomen voor de corrupte praktijken die nu onderwerp zijn van het strafrechtelijke onderzoek in Amerika' (onder 3.5) en citeert in dat kader passages uit verklaringen van *special agent* [betrokkene 11] en het uitleveringsverzoek van de Amerikaanse autoriteiten (vgl. hiervóór, onder 1.21), waarin wordt ingegaan op (het verloop van) de eerste contacten tussen Bariven en de heren [betrokkene 3] en [betrokkene 9] en de personen binnen Bariven die betrokken zouden zijn geweest bij de onderzochte corrupte praktijken (onder 3.6-3.8). Wells concludeert dat 'als er één partij is die exact moet weten hoe de feiten liggen, wie betrokken was, op welke wijze steekpenningen door wie en aan wie werden betaald, dan is het Bariven' (onder 3.9), om te besluiten met de stelling dat in deze omstandigheden de 'door het Scheidsrecht gehanteerde bewijsmaatstaf van "clear and convincing evidence" juist en in overeenstemming met de jurisprudentie in internationale arbitrage [is]' (onder 3.11).

5.29. Voorop te stellen is dat de *onder (i)* genoemde stelling als zodanig niet valt terug te lezen op de door het subonderdeel genoemde vindplaatsen. Afgezien daarvan geldt dat Wells op de genoemde vindplaatsen in haar Statement of Defence to the Counter Claim and Reply geen normatief standpunt heeft ingenomen ten opzichte van de daar genoemde omstandigheden, anders dan dat 'Bariven mischaracterizes the evidence before the Tribunal'.¹¹⁰ De in de pleitaantekeningen betrokken stellingen staan in de sleutel van de discussie over de door het scheidsgerecht gehanteerde bewijsmaatstaf. In die context heeft het hof de stellingen van Wells in rov. 5.11 van het bestreden arrest, waarin het hof ingaat op de toerekening van de wetenschap van het (voormalige) management van Bariven aan Bariven, ook besproken (en verworpen). Niet is in te zien waarom het hof zijn bestreden oordeel nader had moeten motiveren in het licht van de *onder (i)* genoemde stelling.

5.30. Uit de door het subonderdeel genoemde vindplaats van de *onder (ii)* genoemde stelling kan niet worden opgemaakt dat Wells deze stelling ten grondslag heeft gelegd aan haar verweer tegen de door Bariven ingestelde vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis. Het subonderdeel verwijst alleen naar de inleiding van de conclusie van antwoord (onder 1.2), waarin de stelling *onder (ii)* kennelijk slechts is genoemd als onderdeel van een feitenweergave. Uit die vindplaats blijkt in ieder geval niet dat Wells deze stelling ten grondslag heeft gelegd aan c.q. heeft ingeroepen in het kader van haar verweer tegen de vernietigingsvordering van Bariven. Het hof kan dan ook niet het verwijt worden gemaakt dat het zijn bestreden oordeel nader had moeten motiveren in het licht van deze stelling.

5.31. Voor de *onder (iii)* weergegeven stelling verwijst het subonderdeel naar 'de vindplaatsen zoals aangehaald in de inleiding van dit middel'. Ik neem aan dat het subonderdeel daarmee doelt op wat in de punten A t/m G van de procesinleiding is aangevoerd als inleiding op de klachten. Daarin lees ik deze stelling echter niet met zoveel woorden terug. Het dichtst in de buurt komt punt C, dat het volgende inhoudt: 'Wells heeft de aandrijfmotoren geleverd. Bariven heeft deze motoren in gebruik genomen. Zij heeft – hoewel zij geen enkele klacht had over de geleverde motoren – de koopsom nimmer vol-

¹⁰⁷ Zie hiervoor, onder 3.5 en de verwijzingen aldaar.

¹⁰⁸ Statement of Defence to the Counterclaim and Reply, onder 5.4.

¹⁰⁹ Aldus de pleitaantekeningen van Wells, onder 1.1.

¹¹⁰ Statement of Defence to the Counterclaim and Reply, opschrift hoofdstuk 5, zie ook onder 5.4.

daan.' Daarbij wordt voor de stelling dat Bariven geen enkele klacht had over de geleverde motoren verwezen naar de inleiding van de conclusie van antwoord (onder 1.2). In aanmerking nemende dat de in de procesinleiding opgenomen inleiding verder niet verwijst naar de gedingstukken in feitelijke instanties, houd ik het ervoor dat dit de bedoelde vindplaats is. Het subonderdeel verwijst daarmee naar dezelfde vindplaats als voor de zojuist besproken stelling (ii). Wat onder 5.29 is uiteengezet geldt derhalve ook ten aanzien van de onder (iii) weergegeven stelling, die ik overigens op genoemde vindplaats niet teruglees. Daarmee kan het subonderdeel evenmin slagen voor zover het ziet op stelling (iii).

5.32. Voor de onder (iv) genoemde stelling verwijst het subonderdeel niet naar een vindplaats in de processtukken van Wells in feitelijke instanties, maar naar § 13.48 van het arbitrale vonnis. Hoewel uit deze overweging kan worden opgemaakt dat Wells zich op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake was van *overpricing*¹¹¹ en dat de Amerikaanse autoriteiten hebben aangegeven dat in de strafrechtelijke processtukken niet wordt gerefereerd aan gevallen van *overpricing*,¹¹² is met een verwijzing naar een overweging uit een arbitraal vonnis niet voldaan aan de uit art. 407 lid 2 Rv voortvloeiende eis dat de vindplaats(en) van de stellingen waarop de klacht betrekking heeft, moeten worden vermeld.¹¹³ Uit een dergelijke verwijzing kan bijvoorbeeld niet worden opgemaakt waar, in welke context, met welke mate van onderbouwing en op welk moment in de procedure een stelling is ingenomen, terwijl dit voor de beoordeling van een motiveringsklacht wel van belang kan zijn. Het subonderdeel kan derhalve ook met betrekking tot stelling (iv) niet tot cassatie leiden, bij gebreke van een vermelding van de vindplaats(en) van deze stelling in de gedingstukken in feitelijke instanties.

5.33. Hiermee faalt subonderdeel 2.1b.

5.34. *Subonderdeel 2.1c* houdt in dat het hof heeft miskend dat het oordeel van het scheidsgerecht dat, in de woorden van het subonderdeel, 'corruptie niet in de weg staat aan toewijzing van de ingestelde vordering op basis van art. 6:203 BW' rechtens juist is. 'Die toewijzing' is volgens het subonderdeel geen sprekend geval dat rechtvaardigt dat wordt ingegrepen wegens strijd met de openbare orde. Omdat het arbitrale vonnis rechtsgevolgen verbindt aan een alleszins legitieme civielrechtelijke vordering, valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, ook niet in te zien waarom het in stand laten van het vonnis in dit geval zou meebrengen dat wordt toegestaan dat rechtsgevolgen worden verbonden aan een overeenkomst die het resultaat is van corruptie, aldus het subonderdeel.

111 In de woorden van het scheidsgerecht (§ 13.48): '(...) Wells' argument that the price agreed upon in the Purchase Order reflects the value of the delivered goods and that the Purchase Order does not contain overpricing.'

112 Het standpunt van de Amerikaanse autoriteiten dat in § 13.48 van het arbitrale vonnis wordt geciteerd behelst, voor zover hier van belang: '(...), Bariven relies on a series of mischaracterizations of the Government's charging documents. For example, neither the indictment (...) nor the criminal informations (...) make any reference to "occasions on which the Defendants furtively overcharged Bariven for various contracts and projects, (...)" (...). The Government has made no such allegations, and the citations Bariven points to in the furtherance of its assertion to the contrary provide no support for these allegations.'

113 Zie voor deze eis bijv. HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4922, NJ 2002/82, rov. 3.3.2-3.4 en HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1727, RvdW 2013/892.

5.35. Het subonderdeel verwijst voor het genoemde oordeel van het scheidsgerecht naar § 13.53 van het arbitrale vonnis, waarin het scheidsgerecht – bij wijze van eerste *obiter dictum* (vgl. onder 5.3) – onder meer overweegt dat de gevolgen van (veronderstelde) nietigheid van de koopovereenkomst worden uiteengezet in § 13.68-13.74 van het vonnis en dat deze gevolgen ook van toepassing zijn op 'the case supposed here, because the Dutch law of restitution does not have a punitive character and does not acknowledge the doctrine of unclean hands (Supreme Court of the Netherlands 28 June 1991, NJ 1992, 787). (...)'. In § 13.68-13.74, die het tweede *obiter dictum* omvatten (vgl. onder 5.3), overweegt het scheidsgerecht vervolgens dat Wells in geval van vernietiging van de koopovereenkomst op grond van art. 6:203 lid 1 BW bevoegd zou zijn geweest de aandrijfmotoren als 'onverschuldigd betaald' terug te vorderen, maar dat het niet waarschijnlijk is dat Bariven aan haar teruggaveverplichting zou hebben voldaan, zodat zij op grond van art. 6:74 BW dan wel art. 6:78 BW gehouden zou zijn geweest tot het betalen van een vergoeding die overeenkomt met de hoogte van de koopsom (zie onder 5.4).

5.36. De klachten van het subonderdeel nemen, naar ik begriip, als vertrekpunt het – in het *obiter dictum* vervatte – oordeel van het scheidsgerecht dat, in de woorden van het subonderdeel, 'corruptie niet in de weg staat aan toewijzing van de ingestelde vordering op basis van art. 6:203 BW'. Daarmee lijken de klachten echter uit het oog te verliezen dat dit oordeel slechts ten overvloede is gegeven en de toewijzing van de (primaire) vordering tot (nakoming van de contractuele verplichting tot) betaling van de koopprijs niet draagt. Dat op grond van art. 6:203 (jo. art. 6:74 BW dan wel art. 6:78 BW) onder de streep hetzelfde bedrag zou zijn toegewezen, namelijk het bedrag van de koopprijs, doet hieraan niet af. Ik verwijs kortheidshalve naar hetgeen is uiteengezet onder 5.9-5.10.

5.37. Voor zover de klachten ervan uitgaan dat het desbetreffende oordeel van het scheidsgerecht betrekking heeft op de door Wells ingestelde nakomingsvordering, gaan ze bovendien uit van een onjuiste lezing van het arbitrale vonnis. Het scheidsgerecht heeft toewijzing van die vordering niet gegrond op art. 6:203 BW (en zou dat ook niet hebben kunnen doen), maar op het oordeel dat sprake is van een geldige koopovereenkomst en dat Bariven de krachtens die overeenkomst op haar rustende betalingsverplichting moet nakomen. Het door de klachten als vertrekpunt genomen oordeel van het scheidsgerecht heeft betrekking op hetgeen rechtens zou hebben gegolden indien de koopovereenkomst, anders dan het scheidsgerecht heeft aangenomen, niet geldig zou zijn geweest (vgl. ook onder 5.9).

5.38. Op het voorgaande stuiten de klachten van het subonderdeel af.

5.39. *Subonderdeel 2.1d* klaagt dat het hof miskent dat het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de koopovereenkomst niet in strijd is met art. 3:40 lid 1 BW en dus niet door inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde in de zin van die bepaling. Volgens het subonderdeel kan een arbitraal vonnis in een zodanig geval slechts wegens strijd met de openbare orde worden vernietigd, indien dit oordeel van het scheidsgerecht blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de openbare orde, of indien gelet op hetgeen over en weer is aangevoerd (in de arbitrageprocedure, althans tevens in de vernietigingsprocedure) geen andere conclusie mogelijk is dan dat het oordeel van het scheidsgerecht onjuist is of onverenigbaar is met aangevoerde essentiële stellingen. Door de gegrondheid van de aangevoerde vernietigingsgrond niet al-

dus te toetsen, maar zich een eigen oordeel te vormen over ‘de openbareordevraag’ en zijn antwoord daarop in de plaats van dat van het scheidsgerecht te stellen, miskent het hof de ook in het kader van art. 1065 lid 1, onder e Rv in acht te nemen terughoudendheid, zo stelt het subonderdeel.

5.40. Voor zover het subonderdeel met ‘de openbareordevraag’ doelt op de in het kader van een beroep op de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv te beantwoorden vraag of sprake is van strijd met de openbare orde als bedoeld in die bepaling, ziet het eraan voorbij dat het in dat verband gaat om de vraag of een *arbitraal vonnis* (naar inhoud of wijze van totstandkoming) strijdig is met de openbare orde. Dat het scheidsgerecht al heeft geoordeeld dat de *koopovereenkomst* niet in strijd is met art. 3:40 lid 1 BW, maakt derhalve niet dat het hof zich geen eigen oordeel meer had mogen vormen over de ‘openbareordevraag’ van art. 1065 lid 1, onder e, Rv.

5.41. Voor zover het subonderdeel met ‘de openbareordevraag’ echter doelt op de vraag of de koopovereenkomst door corruptie tot stand is gekomen, richt het zich kennelijk tegen het oordeel van het hof in rov. 5.6 dat het zelfstandig zal beoordelen of de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen.¹¹⁴ In dat geval begrijp ik het subonderdeel zo, dat wordt betoogd dat het hof geen eigen onderzoek naar die kwestie had mogen verrichten, omdat het scheidsgerecht zich daarover al had uitgelaten. Door dit toch te doen, en zijn oordeel in plaats te stellen van dat van het scheidsgerecht, zou het hof hebben miskend dat het terughoudendheid diende te betrachten bij de beoordeling of het arbitrale vonnis naar zijn inhoud in strijd is met de openbare orde.

5.42. Op te merken is dat de argumenten op basis waarvan het hof tot het oordeel is gekomen dat het zelfstandig kan beoordelen of de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen en de argumenten op basis waarvan het hof heeft geoordeeld dat het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde, als zodanig niet worden bestreden. Ook wordt in cassatie niet ter discussie gesteld dat het hof bij zijn onderzoek ook stellingen van Bariven betreft die door het scheidsgerecht buiten beschouwing waren gelaten, en feiten die zich ná de arbitrale procedure hebben voorgedaan (zie onder 3.10 en 3.11). Dat is terecht: de rechter kan in een vernietigingsprocedure ook acht slaan op feiten die in het arbitrale geding niet aan de orde zijn geweest (zie onder 4.23).

5.43. De vernietigingsprocedure in deze zaak kenmerkt zich hierdoor dat een van de vragen die in die procedure voorlag, namelijk of de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen, in de arbitrageprocedure al aan de orde was geweest en door het scheidsgerecht beantwoord was. In zo’n geval zal de vernietigingsrechter bij het beantwoorden van de desbetreffende vraag, anders dan wanneer het gaat om een kwestie die nog niet in de arbitrage is behandeld, welhaast onvermijdelijk raken aan het oordeel van het scheidsgerecht ter zake.

5.44. Hiervoor kwam al aan de orde dat als uitgangspunt geldt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij zijn onderzoek of er grond bestaat voor de vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde als be-

doeld in art. 1065 lid 1, onder e, Rv (zie onder 4.20). Besproken is dat dat betekent dat de rechter alleen in *sprekende gevallen* strijd met de openbare orde mag aannemen (zie onder 4.21-4.22). Maar bij de vraag óf zich zo’n sprekend geval voordoet, ontkomt de rechter er niet aan om zich daarover een eigen, inhoudelijk oordeel te vormen. In zoverre is dus geen sprake van een terughoudende toetsing.

5.45. In het onderhavige geval is het hof binnen deze kaders gebleven. De door de vernietigingsvordering opgeworpen vraag of het arbitrale vonnis naar zijn inhoud in strijd is met de openbare orde, *kon* het hof slechts beoordelen door zelf te beoordelen of de overeenkomst het resultaat is van corruptie. Zonder een eigen, inhoudelijke beoordeling van die vraag, zou het niet mogelijk zijn geweest om de ingeroepen vernietigingsgrond te beoordelen.

5.46. Het – in cassatie niet ter discussie gestelde – oordeel van het hof dát de koopovereenkomst tussen Bariven en Wells onder invloed van corruptie tot stand is gekomen en dat de overeenkomst zonder deze corruptie niet, of niet onder dezelfde voorwaarden, tot stand zou zijn gekomen, betekent dat in het arbitrale vonnis rechtsgevolgen zijn toegekend aan een ‘corrupte overeenkomst’. Daarmee is sprake van een ‘sprekend geval’ van strijd met de openbare orde. Het verbod op corruptie is immers een regel die van fundamenteel belang is voor het goed functioneren van de samenleving en de rechtsstaat (zie onder 4.18). Daarmee is het hof binnen de grenzen gebleven van de terughoudendheid die vereist is bij de beoordeling van de vraag of een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde (zie onder 4.21-4.22).

5.47. Het voorgaande betekent dat subonderdeel 2.1d niet tot cassatie kan leiden.

5.48. *Subonderdeel 2.2* omvat drie onderdelen (a-c). Het subonderdeel richt zich tegen het oordeel van het hof dat het arbitrale vonnis moet worden vernietigd omdat het in strijd is met de openbare orde om het vonnis in stand te laten.¹¹⁵ Gesteld wordt dat dit oordeel rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is, omdat het hof niet voldoende kenbaar is ingegaan op het onbetamelijk handelen van de directie en werknemers van Bariven, en van de aan haar gelieerde rechtspersonen.

5.49. *Subonderdeel 2.2a* bevat geen klacht. Het subonderdeel voert slechts aan – kennelijk ter inleiding op subonderdelen 2.2b en 2.2c – dat Bariven de aandrijfmotoren heeft besteld, geleverd heeft gekregen en in gebruik heeft genomen, zonder daarvoor te betalen, en dat op het moment dat Bariven wordt aangesproken tot betaling, zij zich beroept op de door haar eigen directie geïnitieerde corruptie.

5.50. *Subonderdeel 2.2b* klaagt dat het hof heeft miskend dat een contractspartij geen beroep mag doen op onbetamelijk handelen van haar eigen directie, laat staan dat een contractspartij de vruchten van dergelijk onbetamelijk handelen zou mogen plukken door zich ten koste van haar wederpartij te verrijken. Of de wetenschap van de directie en de werknemers van corrupte werknemers kan worden toegerekend aan de betrokken vennootschappen is hierbij volgens het subonderdeel niet beslissend.

5.51. In de schriftelijke toelichting wordt vervolgens ter toelichting aangevoerd dat het arbitrale vonnis terecht een einde heeft gemaakt aan de onaanvaardbare situatie waarin een contractspartij (Bariven), ten koste van haar wederpartij (Wells), profiteert van (door haar eigen directie geïnitieerde) corrup-

114 Vgl. ook de in de procesinleiding opgenomen inleiding op de subonderdelen 2.1a-2.1d, waarin onder meer wordt gewezen op het oordeel van het hof dat het zelfstandig kan beoordelen of de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand is gekomen. Zie de procesinleiding, onder 2.1 alsmede hiervóór, onder 5.20.

115 Verwezen wordt naar rov. 5.1-5.14 van het bestreden arrest.

tie. Het arbitrale vonnis zou daarmee geheel in lijn zijn met het internationaal en nationaal aanvaarde uitgangspunt dat een contractspartij niet mag profiteren van zijn eigen corruptie. Als gevolg daarvan is vonnis op geen enkele wijze in strijd met de openbare orde, zodat het hof het vonnis in stand had moeten laten, zo wordt betoogd.¹¹⁶

5.52. Tegen deze achtergrond begrijp ik het subonderdeel zo, dat wordt geklaagd dat het hof het arbitrale vonnis niet had mogen vernietigen, omdat met de uitkomst ervan – toewijzing van de primaire vordering tot betaling van de koopprijs – recht wordt gedaan aan het uitgangspunt dat een contractspartij niet mag profiteren van zijn eigen corruptie, en het vonnis daarom niet in strijd is met de openbare orde.¹¹⁷

5.53. In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of het arbitrale vonnis op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv bloot staat aan vernietiging wegens strijd met de openbare orde omdat het, naar het hof – in cassatie onbestreden – heeft overwogen in rov. 5.2 van het bestreden arrest, rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen.¹¹⁸ Het hof is tot het oordeel gekomen dat, kort gezegd, de koopovereenkomst het resultaat is van corruptie, en heeft vervolgens de hem ter beoordeling staande vraag bevestigend beantwoord en het arbitrale vonnis vernietigd wegens strijd met de openbare orde. Dat de uitkomst van het arbitrale vonnis niet in strijd met de openbare orde – want in lijn met uitgangspunt dat een contractspartij niet mag profiteren van zijn eigen corruptie – zou zijn, zoals het subonderdeel aanvoert, maakt dit niet anders. Die uitkomst is immers niet relevant voor de vraag die het hof diende te beantwoorden, namelijk of het vonnis rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen. Bij een bevestigende beantwoording van die vraag diende, conform de in cassatie als zodanig niet bestreden inzet van de vernietigingsprocedure, vernietiging te volgen.

Naar mijn mening stuit het subonderdeel reeds hierop af.¹¹⁹

116 Schriftelijke toelichting van Wells, onder 2.2.1-2.2.10.

117 Vgl. de schriftelijke toelichting van Wells, onder 2.2.10: 'Onderdeel 2.2b klaagt dat het arbitrale vonnis tegen die achtergrond geenszins in strijd is met de openbare orde. Integendeel: het scheidsrecht heeft terecht een einde gemaakt aan een situatie waarbij één vennootschap profiteert van corruptie: Bariven. Dit, terwijl één andere rechtspersoon daarvan schade onder vindt: Wells. Dit oordeel is geheel in lijn met het internationaal aanvaarde leidende uitgangspunt dat een contractspartij niet mag profiteren van corruptie. Het hof had het arbitrale vonnis dan ook in stand moeten laten.'

118 Vgl. ook rov. 5.3 van het bestreden arrest, waarin het hof overweegt dat partijen het erover eens zijn dat een arbitraal vonnis dat rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen, moet kunnen worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde. Ook deze vaststelling van het hof wordt in cassatie niet aangevochten.

119 Overigens heeft Wells zich in de bij het hof gevoerde vernietigingsprocedure niet op het door het subonderdeel ingenomen standpunt gesteld. In haar Statement of Defence to the Counter Claim and Reply (onder 7.31), waarnaar het subonderdeel in een voetnoot verwijst, heeft Wells wel gesteld dat Bariven zou profiteren van haar eigen onrechtmatige gedrag, indien zij de aandrijfmotoren zou mogen houden zonder daarvoor te betalen. In de woorden van Wells: '7.31. (...). There is no dispute that Wells delivered millions of dollars worth of drilling equipment to Bariven. If Bariven is allowed to keep the drilling equipment without paying for it, there can be no clearer case of one party reap[ing] the fruits of its own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other.'

5.54. *Subonderdeel 2.2c* stelt dat de kennis en het initiatief van de bestuurder, directieleden en werknemers van Bariven 'overigens' aan Bariven kan worden toegerekend en dat dit het 'eens te meer' onaanvaardbaar zou maken dat een beroep wordt gedaan op dat corrupte handelen. Voor zover het hof al anders over die toerekening zou hebben geoordeeld, is dat oordeel volgens het subonderdeel onvoldoende gemotiveerd omdat het hof in de beoordeling niet voldoende kenbaar op de aard en omvang van die kennis en het handelen van deze bestuurder, directieleden en werknemers is ingegaan. Het enkele feit dat de desbetreffende personen er belang bij hadden dat deze kennis voor Bariven verborgen bleef, is onvoldoende voor het oordeel dat de kennis niet aan Bariven kan worden toegerekend (*klacht 1*). Bovendien is het hof met dit oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, omdat Bariven zich niet heeft beroepen op de niet-toerekenbaarheid van deze kennis aan haar, zo besluit het subonderdeel (*klacht 2*).

5.55. Het hof heeft zich alleen in het kader van de aan te leggen bewijsmaatstaf over de door het subonderdeel bedoelde toerekening uit gelaten. In dat verband overweegt het hof als volgt (rov 5.11):¹²⁰

'5.11. (...). Het hof volgt Wells niet in haar betoog dat de door het scheidsrecht gehanteerde, strenge bewijsmaatstaf gerechtvaardigd is omdat de wetenschap van de corruptie van het (voormalige) management van Bariven aan Bariven moet worden toegerekend. De corruptie was erop gericht dat bedrijven van [betrokkene 3] lucratieve opdrachten van Bariven zouden verkrijgen. Dat was niet in het belang van Bariven, en de bij de corruptie betrokken managers van Bariven hadden er belang bij de corruptie voor Bariven verborgen te houden. Wetenschap van deze managers kan dus niet worden gelijkgesteld met wetenschap van Bariven zelf.'

5.56. In het kader van de eerste (motiverings)klacht verwijst het subonderdeel naar 'de vindplaatsen als weergegeven in subonderdeel 2.1.b'. Daarmee wordt kennelijk bedoeld op de vindplaatsen in de gedingstukken in feitelijke instanties die subonderdeel 2.1b noemt voor de aldaar onder (i) weergegeven stelling. Wat Wells op deze vindplaatsen heeft aangevoerd, gaf ik reeds in samenvatting weer onder 5.28. Zoals uit die samenvatting volgt, behelst het op die plaatsen door Wells gevoerde betoog niet méér dan dat het onderzoek van de Amerikaanse autoriteiten zich richtte op Bariven en haar moederbedrijf, PDVSA, dat het initiatief voor de corruptie bij Bariven lag en dat Bariven (derhalve) wel degelijk 'van de hoed en de rand wist'. Op de aard en omvang van de kennis en het handelen van bedoelde bestuurder, directieleden en werknemers van Bariven wordt aldaar door Wells zelf echter als zodanig niet ingegaan.¹²¹ Gelet hierop, kan m.i. niet worden gezegd dat de motivering van het hof tekortschiet in de door het subonderdeel bedoelde zin. De motiveringsklacht van het subonderdeel faalt daarmee.

5.57. Waar het subonderdeel voorts klaagt dat het hof met zijn bestreden oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden (*klacht 2*), faalt het eveneens. De kwestie van toerekening van kennis van het management aan Bariven is (in ieder

120 Vgl. voetnoot 24 van de procesinleiding, waarin wordt gesproken van 'de hier zekerheidshalve tegen dat oordeel [het oordeel van het hof in rov. 5.11; A-G] geformuleerde klachten'.

121 Dat in dat verband wellicht wel een en ander zou kunnen worden opgemaakt uit de passages die in de pleitaantekeningen (onder 3.6-3.8) worden geciteerd uit verklaringen van *special agent* [betrokkene 11] en het uitleveringsverzoek van de Amerikaanse autoriteiten (zie hiervoor onder 5.28), doet hieraan niet af.

geval¹²²) tijdens de mondelinge behandeling van de zaak bij het hof aan de orde gesteld. De advocaat van Wells heeft ter zitting namelijk het volgende aangevoerd:¹²³

‘Ik moet een mogelijk misverstand rechtzetten ten aanzien van hetgeen ik eerder zei over de mogelijkheid van Bariven om bewijs te leveren van de door haar gestelde fraude. “Ver-eenzelviging” van het management van Bariven en de onder-neming Bariven is niet de juiste term. Het gaat in deze zaak om toerekening van kennis. In deze zaak moet het handelen van het hogere management van Bariven aan de onderneming worden toegerekend. Het klopt dat arbiters over deze toereke-ning geen oordeel hebben gegeven.’

Naar uit de (in cassatie als zodanig onbestreden) overwegin-gen van het hof in rov. 5.11 blijkt, heeft Wells dit standpunt ingenomen in het kader van haar verweer tegen de stelling van Bariven, dat het scheidsgerecht een te strenge bewijsmaat-staf heeft gehanteerd. Deze stelling maakte nadrukkelijk deel uit van het partijdebat.¹²⁴ In het licht van het voorgaande kan niet worden gezegd dat het hof de grenzen van de rechtsstrijd heeft overschreden door – naar aanleiding van de geciteerde stellingname van Wells – te beoordelen of ‘de wetenschap van de corruptie van het (voormalige) management van Bariven aan Bariven moet worden toegerekend’.

Daarmee falen beide klachten van subonderdeel 2.2c.

5.58. Ook subonderdeel 2.2 kan niet slagen.

5.59. Onderdeel 2 faalt in al zijn onderdelen.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties ver-wijst de Hoge Raad naar:

a. het arbitrale vonnis in de zaak 21754/FS van het scheidsgerecht te Den Haag van 23 maart 2018 (hierna: het arbitrale vonnis);

b. het arrest in de zaak 200.244.714/01 van het gerechtshof Den Haag van 22 oktober 2019.

Wells heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Bariven heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Wells mede door J.H.G. Hordijk.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot verwerping van het cassatieberoep. De advocaat van Wells heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en om-standigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal.

raal onder 1.1-1.21. Deze komen, voor zover van belang voor het navolgende, op het volgende neer.

(i) Bariven is een vennootschap naar Venezolaans recht. Zij is een dochtermaatschappij van *Petróleos de Venezuela S.A.* (hierna: PDVSA), het staatsolie- en gasbedrijf van Venezuela. Bariven verzorgt de inkoop van materialen, waaronder onderdelen en apparatuur, die andere dochtermaatschappijen van PDVSA nodig hebben voor productie- en raffinageactiviteiten.

(ii) Wells is een vennootschap naar het recht van de staat Texas.

(iii) Wells en Bariven hebben op 11 december 2012 een overeenkomst gesloten inzake de verkoop en levering door Wells aan Bariven van twee grote motoren (zogenoemde *top drives*, hierna te noemen: aandrijfmotoren) die worden gebruikt op een boorplatform voor de aandrijving van de boorinstallatie (hierna: de koopovereenkomst). De koopprijs bedroeg USD 11.732.456,14. Op de koopovereenkomst zijn algemene voorwaarden van PDVSA van toepassing die voorzien in de toepasselijkheid van Nederlands recht en arbitrage volgens het arbitragereglement van de *International Chamber of Commerce* 2012, door een scheidsgerecht bestaande uit drie leden en met als plaats van arbitrage Den Haag.

(iv) Wells heeft de aandrijfmotoren in juni 2014 aan Bariven geleverd. Bariven heeft de koopprijs van de aandrijfmotoren, ondanks sommaties van Wells, onbetaald gelaten.

(v) Op 11 maart 2016 heeft Wells de arbitrageprocedure tegen Bariven aangehangig gemaakt waarover de onderhavige vernietigingsprocedure gaat. In de arbitrageprocedure heeft Wells gevorderd om Bariven te veroordelen tot betaling van USD 11.732.456,14. Het verweer van Bariven tegen de vordering beruiste – voor zover in cassatie van belang – op de grond dat de koopovereenkomst ingevolge art. 3:40 BW nietig is omdat zij onder invloed van corruptie tot stand is gekomen.

(vi) In het arbitrale vonnis heeft het scheidsgerecht de vordering van Wells tot betaling van USD 11.732.456,14 toegewezen.

2.2. In deze procedure heeft Bariven – voor zover in cassatie van belang – op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde) vernietiging gevorderd van het arbitrale vonnis. Daartoe heeft Bariven aangevoerd dat het arbitrale vonnis een overeenkomst bekrachtigt en legitimeert die onder invloed van corruptie tot stand is gekomen.

2.3. Het hof heeft het arbitrale vonnis, voor zover in cassatie van belang, vernietigd.

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel betoogt dat Wells zowel in de arbitrageprocedure als in de vernietigingsprocedure heeft benadrukt dat Bariven, ook indien de overeenkomst nietig zou worden geoordeeld, het door Wells gevorderde bedrag moet betalen. Het voert aan dat het scheidsgerecht de vordering van Wells heeft toegewezen op twee zelfstandig dragende gronden. Na de vordering te hebben toegewezen op grond van Barivens contractuele verplichting de koopprijs van de motoren te betalen, heeft het scheidsgerecht namelijk overwogen dat de vordering van Wells ook toewijsbaar is als de koopovereenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn, omdat in dat geval de op Bariven rustende verplichting tot ongedaanmaking een bedrag zou belopen dat gelijk is aan de koopprijs. Tegen deze door het scheidsgerecht als *obiter dictum* aange-deuide overwegingen zijn door Bariven geen vernietigingsgronden gericht. De vernietigingsvordering van Bariven is uitsluitend gericht tegen het oordeel van het scheidsgerecht

122 Als ik het goed zie, heeft Wells deze stelling niet al (met zoveel woorden) in een eerder stadium van de procedure betrokken.

123 Proces-verbaal van de zitting bij het hof d.d. 13 juni 2019, p. 5, voorlaatste gedachtestreepje.

124 Zie inleidende dagvaarding, onder 77, 84-88; conclusie van antwoord, onder 4.2.53-4.2.64; conclusie van repliek tevens verzoek tot aanhouding, onder 53-58; conclusie van dupliek, onder 4.2.46-4.2.51; pleitaantekeningen van Bariven, onder 16-19; pleitaantekeningen van Wells, onder 3.1-3.11. Vgl. ook rov. 4.2 en 4.13 van het bestreden arrest.

dat de overeenkomst niet nietig is. Door de vernietigingsvordering van Bariven desalniettemin toe te wijzen heeft het hof miskend dat een arbitraal vonnis dat op twee zelfstandig dragende gronden berust alleen kan worden vernietigd indien met succes vernietigingsgronden zijn gericht tegen beide gronden, aldus het onderdeel.

3.1.2. In de arbitrageprocedure heeft Wells van Bariven betaling gevorderd van USD 11.732.456,14. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd nakoming, bestaande in de betaling van de koopprijs en, voor het geval de overeenkomst vernietigd zou worden, vergoeding van de waarde van de motoren. Het scheidsgerecht heeft de vordering van Wells weergegeven in hoofdstuk 9 van het arbitrale vonnis, getiteld 'Relief sought in the principal claim'. In dat hoofdstuk heeft het beide grondslagen vermeld waarop de vordering van Wells berust. Het heeft de tegenvordering van Bariven weergegeven in hoofdstuk 10 van het arbitrale vonnis, getiteld 'Relief sought in the counterclaim'. Het heeft vervolgens in hoofdstuk 13 van het arbitrale vonnis, getiteld 'Assessment of the principal claim', onder D ('Interim conclusion'), beslist dat de 'principal claim' van Wells tot betaling van USD 11.732.456,14 toewijsbaar is op de grondslag dat Bariven verplicht is de overeenkomst na te komen. Daarop heeft het in hetzelfde hoofdstuk 13, onder E ('Further Observation'), laten volgen dat de vordering ook toewijsbaar is als de koopovereenkomst onderhevig zou zijn aan vernietiging wegens, onder meer, strijd met de openbare orde en dat in dat geval de op Bariven rustende vergoedingsplicht omdat zij de goederen niet kan teruggeven, een bedrag zou belopen dat gelijk is aan de koopprijs.

In het dictum van het arbitrale vonnis heeft het scheidsgerecht Bariven veroordeeld tot betaling van USD 11.732.456,14.

3.1.3. Bariven heeft aan haar vernietigingsvordering ten grondslag gelegd dat de inhoud van het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde omdat het arbitrale vonnis de koopovereenkomst bekrachtigt en legitimeert terwijl deze onder invloed van corruptie tot stand is gekomen. Zij heeft geen vernietigingsgronden gericht tegen het deel van het arbitrale vonnis in hoofdstuk 13 onder E dat betrekking heeft op de op Bariven rustende verplichting tot ongedaanmaking in het geval de koopovereenkomst onderhevig zou zijn aan vernietiging wegens, onder meer, strijd met de openbare orde.

Wells heeft zich blijkens onder meer haar pleitnota en het proces-verbaal van de pleidooizitting in de vernietigingsprocedure wederom op het standpunt gesteld dat Bariven, ook indien de overeenkomst nietig zou worden geoordeeld, het door Wells gevorderde bedrag moet betalen. Bij conclusie van dupliek heeft Wells aangevoerd dat de stelling van Bariven dat zij niet voor de goederen zou hoeven te betalen omdat de koopovereenkomst door corruptie tot stand zou zijn gekomen, door het scheidsgerecht is verworpen niet alleen omdat Bariven haar stellingen niet heeft kunnen bewijzen, maar ook omdat een eventuele vernietiging van de koopovereenkomst niet tot gevolg kan hebben dat Bariven de goederen kan behouden zonder enige vergoeding aan Wells te betalen.

3.1.4. Voor beantwoording van de vraag of de overwegingen van het scheidsgerecht in hoofdstuk 13 onder E zijn beslissing zelfstandig dragen, is beslissend hoe die overwegingen, naar hun inhoud genomen, zich verhouden tot de beslissing in het dictum. Dat het scheidsgerecht die overwegingen 'obiter dictum' heeft genoemd, is hierbij niet beslissend.¹²⁵

3.1.5. Hetgeen hiervoor in 3.1.2 is vermeld, laat geen andere uitleg toe dan dat de overwegingen van het scheidsgerecht met betrekking tot de onverschuldigde betaling als grondslag voor de verplichting van Bariven om het door Wells gevorderde bedrag van USD 11.732.456,14 te betalen, een grond betreft die het dictum zelfstandig draagt. Het begrip 'principal claim' is aangewend om de vordering van Wells tot betaling van USD 11.732.456,14 te duiden en deze te onderscheiden van de 'counterclaim' van Bariven. Het begrip omvat blijkens hoofdstuk 9 van het arbitrale vonnis beide gronden die Wells voor die vordering heeft aangevoerd. In hoofdstuk 13 van het arbitrale vonnis heeft het scheidsgerecht de vordering van Wells beoordeeld ('Assessment of the principal claim') en haar op beide grondslagen toewijsbaar geoordeeld. In het dictum is Bariven veroordeeld een bedrag van USD 11.732.456,14 aan Wells te betalen.

3.1.6. Hetgeen hiervoor in 3.1.3 en 3.1.5 is overwogen, betekent dat het hof de door Bariven ingestelde vernietigingsvordering slechts kon toewijzen als Bariven ook – en met succes – vernietigingsgronden zou hebben aangevoerd tegen de overwegingen in het arbitrale vonnis die betrekking hebben op de verplichting van Bariven tot vergoeding van de waarde van de geleverde goederen. Door ondanks het ontbreken van dergelijke vernietigingsgronden het arbitrale vonnis te vernietigen, heeft het hof miskend dat deze overwegingen de beslissing van het scheidsgerecht in het dictum zelfstandig dragen. De hierop gerichte klachten slagen.

3.1.7. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Uit het voorgaande volgt dat de vernietigingsvordering van Bariven alsnog moet worden afgewezen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 22 oktober 2019;
- wijst de vordering van Bariven tot vernietiging van het arbitrale vonnis af;
- veroordeelt Bariven in de kosten van de procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van Wells begroot:
- bij het gerechtshof op € 27.274,-;
- in cassatie op € 7.802,07 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Bariven deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. Wells heeft twee aandrijfmotoren geleverd aan Bariven. Bariven weigert te betalen omdat de koopovereenkomst onder invloed van corruptie tot stand zou zijn gekomen. Het arbitraal scheidsgerecht heeft de vordering van Wells op Bariven toegewezen op grond van tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen onder de koopovereenkomst tot betaling van de koopprijs, omdat het scheidsgerecht de overeenkomst niet strijdig achtte met de openbare orde. Daarbij oordeelde het scheidsgerecht tevens als *obiter dictum* dat indien de koopovereenkomst wel nietig of vernietigd zou zijn wegens strijd met de openbare orde, de gevolgen daarvan naar Nederlands recht dienen te worden beoordeeld en dat die gevolgen inhouden dat Bariven verplicht is de aldus onverplicht aan haar geleverde aandrijfmotoren terug te leveren. Nu volgens het scheidsgerecht Bariven de aandrijfmotoren niet terug kan leveren, is Bariven verplicht om de economi-

¹²⁵ Vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713, rov. 3.5.

sche waarde ten tijde van de levering te vergoeden aan Wells, welke waarde door het scheidsgerecht gelijk is gesteld aan de koopprijs van de aandrijfmotoren.

2. Bariven heeft vervolgens bij het hof vernietiging van het arbitraal vonnis gevorderd op de grond dat er sprake is van strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv). Dit is een van de weinige gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden vernietigd, aangezien het uitgangspunt is dat met het arbitraal vonnis in beginsel de zaak moet zijn afgerond omdat anders de keuze voor arbitrage niet het gewenste effect heeft. De vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en de rechter mag slechts in sprekende gevallen ingrijpen in arbitrale beslissingen gezien het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging (HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380).

3. Bariven heeft in de vernietigingsprocedure geen vernietigingsgronden gericht tegen het *obiter dictum*. In beginsel staat daarmee vast dat in geval van nietigheid van de koopovereenkomst wegens corruptie (art. 3:40 lid 1 BW) Bariven verplicht is Wells te compenseren voor een bedrag gelijk aan de koopprijs wegens onverschuldigde levering. Het hof oordeelt dat er wel sprake is van strijd met de openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW, maar oordeelt vervolgens dat de gevolgen van de nietigheid van de koopovereenkomst niet ter beoordeling van het hof staan.

4. Wells klaagt in cassatie dat het hof ten onrechte het arbitraal vonnis heeft vernietigd, nu deze twee zelfstandig dragende gronden bevat en in de vernietigingsprocedure bij het hof geen vernietigingsgronden zijn gericht tegen deze tweede zelfstandig dragende grond. Deze tweede grond betreft het als *obiter dictum* vermelde oordeel van het scheidsgerecht dat ook in geval van nietigheid of vernietiging van de koopovereenkomst Bariven een bedrag gelijk aan de koopsom dient te betalen aan Wells, nu Wells onverplicht de aandrijfmotoren heeft geleverd en Bariven deze niet kan terugleveren.

5. De A-G concludeert dat het *obiter dictum* geen zelfstandig dragende grond is omdat het scheidsgerecht de vordering van Wells heeft toegewezen op grond van haar primaire vordering inzake nakoming van de koopovereenkomst, terwijl het *obiter dictum* zag op de subsidiaire vordering tot compensatie in geval van nietigheid of vernietiging van de koopovereenkomst omdat in dat geval de aandrijfmotoren onverplicht zijn geleverd. Op zich is het juist dat het *obiter dictum* niet ziet op de primaire vordering. Maar de grondslag voor de vernietiging door het hof is diens oordeel dat de koopovereenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde. En juist in dat geval wordt alsnog het *obiter dictum* relevant, aangezien dit betreft het oordeel van het scheidsgerecht inzake de subsidiaire vordering van Wells en dit oordeel inhoudt dat indien de koopovereenkomst nietig is, Bariven aan Wells een bedrag dient te vergoeden gelijk aan de koopsom (maar dan dus op grond van onverschuldigde levering in plaats van tekortkoming onder de koopovereenkomst). Aldus moet Bariven nog steeds hetzelfde bedrag aan Wells betalen, ook indien de koopovereenkomst nietig is. Bariven had dus geen belang (art. 3:303 BW) bij haar vernietigingsprocedure, nu zij dit *obiter dictum* in die procedure niet heeft bestreden. Het *obiter dictum* is een zelfstandig dragende grond indien de koopovereenkomst nietig is (hetgeen volgens het hof het geval is). Dit wordt ook wel een *oneigenlijk obiter dictum* genoemd, zijnde een overweging 'ten overvloede' die de beslissing wel draagt.

6. Het feit dat een rechter of scheidsgerecht een eigen oordeel omschrijft als een *obiter dictum* of een overweging ten overvloede, maakt niet dat een dergelijk oordeel de beslissing niet kan dragen. Voor de vraag of een oordeel de beslissing kan dragen, is beslissend hoe dat oordeel, naar zijn inhoud genomen, zich verhoudt tot de beslissing in het dictum (zie ook ECLI:NL:HR:2011:BQ0713). Het dictum in het arbitraal vonnis is niet geheel helder. Het scheidsgerecht komt met een conclusie die inhoudt dat de primaire vordering slaagt (en de koopovereenkomst dus rechtsgeldig is) en dat Bariven daarom moet betalen, waarbij het scheidsgerecht tevens opmerkt dat hij om die reden de subsidiaire vordering niet hoeft te beoordelen. Deze conclusie is dus ruimer dan sec een dictum dat inhoudt dat Bariven moet betalen, nu deze conclusie tevens een argumentatie bevat (inhoudende dat de primaire vordering slaagt en dat Bariven *daarom* moet betalen). Strikt genomen ziet het dictum aldus louter op de primaire vordering, zodat betoogd zou kunnen worden dat het *obiter dictum* niet op het dictum ziet (het *obiter dictum* ziet immers enkel op de subsidiaire vordering). Maar voormeld criterium inzake een *obiter dictum* is ruimer: beslissend is niet dat het *obiter dictum* ziet op het dictum, maar hoe het zich daartoe verhoudt. In casu verhoudt het *obiter dictum* zich tot het dictum als de keerzijde van dezelfde medaille: Bariven dient volgens het dictum te betalen op grond van de koopovereenkomst, maar als de veroordeling tot betaling op grond van de primaire vordering toch komt te vervallen omdat er sprake is van een nietige koopovereenkomst, dient Bariven op grond van het *obiter dictum* nog steeds hetzelfde bedrag te betalen als compensatie voor de onverschuldigde levering van de aandrijfmotoren. Dit kan niet anders worden gelezen dan dat het scheidsgerecht van oordeel is dat Bariven sowieso dient te betalen, ongeacht of de koopovereenkomst nietig is. Aldus lijkt het *obiter dictum* wel degelijk een zelfstandig dragende grond. Dit is dus geen zelfstandig dragende grond voor toewijzing van de primaire vordering, maar wel voor toewijzing van de subsidiaire vordering. Als het dictum louter zou inhouden dat Bariven moest betalen, zou het voor zich spreken dat er sprake is van twee zelfstandig dragende gronden. Maar nu het scheidsgerecht een conclusie heeft gegeven dat de primaire vordering slaagt en dat *daarom* Bariven moet betalen, is dit minder duidelijk. Nu het scheidsgerecht echter ter zake van de subsidiaire vordering uitvoerig heeft geoordeeld dat ook in geval van nietigheid van de koopovereenkomst hetzelfde bedrag dient te worden betaald, lijkt ons dat het dictum aldus moet worden gelezen dat Bariven sowieso moet betalen, ongeacht de vraag of de koopovereenkomst nietig is. Er is sprake van twee alternatieve zelfstandig dragende gronden: één voor als de koopovereenkomst wel bestaat en één voor als de koopovereenkomst niet bestaat. Door enkel vernietigingsgronden te richten tegen het oordeel van het scheidsgerecht dat de koopovereenkomst niet nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW, blijft onbestreden het oordeel van het scheidsgerecht dat Bariven dient te betalen indien de koopovereenkomst wegens nietigheid niet bestaat. Deze casus toont maar weer eens aan dat het bestrijden van een vonnis zorgvuldig dient te geschieden.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen
beiden advocaat bij Stonewater

159

Verrekening in het Storteboom-concern

Hoge Raad

24 september 2021, nr. 20/01415, ECLI:NL:HR:2021:1359

(mr. De Groot, mr. Polak, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma, mr. Salomons)

(Concl. A-G Valk)

Noot mr. R.J.G. Mengelberg

Verbindenissenrecht. Verrekening. Concernrecht. Draagplicht voor groepskredieten.

[BW art. 6:127]

Essentie: De schuld uit draagplicht aan de gezamenlijke partij- en bij een groepskrediet kan niet worden verrekend met een vordering van de schuldenaar op één van hen.

Samenvatting: Onderdeel 1.3.1 van het middel klaagt dat het onbegrijpelijk is dat het hof, ervan uitgaande dat de zeven vennootschappen niet een gezamenlijk vorderingsrecht op [eiseres] hebben, heeft geoordeeld (in r.o. 4.12) dat ook de in r.o. 4.11 achter (i) en (iii) weergegeven omstandigheden 'niet opgaan'. Het onderdeel voert daartoe aan dat ook als geen sprake is van een gezamenlijk vorderingsrecht, nog steeds gewicht kan toekomen aan de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator in de arbitrageprocedure. Onderdeel 1.3.2 klaagt dat het hof (in r.o. 4.9, 4.11 en 4.12) heeft miskend dat de geconsolideerde toewijzing in het arbitrale hoger beroep van gewicht is of kan zijn voor het beroep van [eiseres] op een verrekeningsbevoegdheid op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft in het bijzonder miskend dat het gegeven dat het scheidsgerecht in hoger beroep bezwaren heeft gehonoreerd, onverlet laat dat de processtrategie van de curator in de arbitrageprocedure tot gevolg heeft of kan hebben dat de redelijkheid en billijkheid het rechtsgevolg van volledige verrekening meebrengen, aldus de klacht.

Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Uit de verwijzing in de door de onderdelen bestreden r.o. 4.12 naar r.o. 4.9 blijkt dat het hof in aanmerking heeft genomen dat de curator in de arbitrageprocedure een regresvordering en een omslagvordering per vennootschap heeft berekend en dat het bedrag dat hij in de arbitrageprocedure in het petitum heeft gevorderd een optelsom is van die bedragen, dat daaruit niet blijkt dat de curator heeft beoogd een gezamenlijk vorderingsrecht in te stellen en dat [eiseres] dat ook niet zo heeft begrepen of redelijkerwijs zo heeft mogen begrijpen. Daaraan heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat [eiseres] op grond van het arbitrale vonnis in hoger beroep weliswaar bevrijdend kon betalen aan de curator, maar dat de curator in dat geval zou optreden als curator van elk van de zeven vennootschappen tezamen en niet van slechts één van die vennootschappen en dat aan omstandigheid (iii) derhalve niet de door [eiseres] voorgestane betekenis toekomt.

Met de overweging dat de onder (i) bedoelde omstandigheid niet opgaat, heeft het hof kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat de berekening van de regres- en omslagvorderingen

als een optelsom van per vennootschap afzonderlijk berekende bedragen noch op zichzelf, noch in samenhang met de andere aangevoerde omstandigheden meebrengt dat [eiseres] deze integraal met haar vordering op [F] mag verrekenen. Daaraan doet naar het oordeel van het hof kennelijk niet af dat deze berekening is gekenschetst als een 'beperkte consolidatie op concernniveau' in verband met de wijze van toerekening van de opbrengst van de activa – waaronder overigens geen activa van [F] (zie 3.2.4). Hiervan uitgaande is deze overweging van het hof, in het licht van de vaststelling (in r.o. 4.9) dat de curator onbestreden heeft gesteld dat de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen op de destijds bestaande stand van de jurisprudentie was gebaseerd, niet onbegrijpelijk. De in 3.1.1 weergegeven klachten falen derhalve.

[eiseres] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres tot cassatie,

hierna: [eiseres],

advocaat: F.E. Vermeulen,

tegen

Meertinus Jan Ubbens, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van:

a. [A] B.V.,

b. [B] B.V.,

c. [C] B.V.,

d. [D] B.V.,

e. [E] B.V.,

f. [F] B.V.,

g. [G] B.V.,

wonende te Groningen,

verweerder in cassatie,

hierna: de Curator,

advocaten: J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak betreft een beroep op verrekening in faillissement (art. 53 Fw). Aan het wederkerigheidsvereiste is niet voldaan, maar eiseres in cassatie heeft zich op het standpunt gesteld dat op grond van redelijkheid en billijkheid tóch verrekening behoort te kunnen plaatsvinden, eenvoudig gezegd omdat het door toedoen van de curator is dat aan de vereisten voor verrekening niet is voldaan. Ook meent zij in dit verband dat op de curator een verzwaarde motiveringsplicht rust. Verder beroept eiseres in cassatie zich erop dat haar vorderingen in ieder geval gedeeltelijk hadden moeten worden toegewezen.

1.2. Mijns inziens treffen diverse van de klachten van het cassatiemiddel doel en moet vernietiging volgen.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

(i) De curator is bij vonnis van 13 en/of 14 mei 2003 door de rechtbank Groningen benoemd tot curator in de op deze data uitgesproken faillissementen van:

a. [A] B.V.

b. [B] B.V.

¹ Vergelijk het arrest van het hof van 21 januari 2020 onder 3.2 tot en met 3.22.