

garanties geacht moeten worden te zijn afgegeven op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst en derhalve zien op de situatie zoals die is op het moment van het aangaan van de koopovereenkomst. De vraag die volgens het hof beantwoord moet worden, is dus of de door verkoper afgegeven garanties juist waren op het moment van het aangaan van de koopovereenkomst.

9. Vervolgens bespreekt het hof de verschillende garanties om te bezien of deze de nagekomen facturen dekken. Er blijkt dan echter geen garantie te zijn opgenomen, die heel specifiek de situatie van nagekomen facturen dekt.

10. Wat de 'balansgarantie' betreft, stuit het hof dan op de hiervoor aangegeven vaststelling dat de verkoper ten tijde van de koopovereenkomst niet bekend was met de opgekomen schuld. Koper probeert dan nog te stellen dat ten tijde van de overname voor de verkoper 'voorzienbaar' was dat uit de eerder gesloten huurovereenkomst op enig moment nog een eindafrekening van de servicekosten zou plaatsvinden waaruit nog vorderingen zouden voortvloeien. Volgens koper had verkoper dit moeten meedelen, althans een voorziening moeten treffen op de balans. De verkoper heeft echter volgens het hof gemotiveerd bestreden dat de servicekosten 'voorzienbaar' waren op het moment van de koopovereenkomst. Verder motiveert het hof waarom ook andere garanties niet zijn overtreden en wijst het hof de primaire vordering op basis van de koopovereenkomst af.

11. De subsidiaire vordering zag op de inbreuk op de intentieovereenkomst. Kennelijk was in de koopovereenkomst niet bepaald dat de koopovereenkomst alle voorgaande overeenkomsten, waaronder de intentieovereenkomst, vervangt (wat je vaak ziet in koopovereenkomsten). De intentieovereenkomst bepaalde dat de verkoper een informatieplicht had. De verkoper moest, ook als de koper daar niet om vraagt, uit eigen beweging al die informatie verstrekken die voor de koper van belang is of kan zijn bij haar beslissing omtrent de door haar eventueel te realiseren overname. Het hof wijst echter ook het beroep op de intentieovereenkomst af omdat de verkoper ten tijde van de koopovereenkomst niet bekend was met de bedoelde facturen.

12. Ik maak wederom even een uitstapje naar de overnamepraktijk. Het hof stelde vast dat de onderliggende facturen niet bekend waren bij de verkoper ten tijde van de koopovereenkomst op 25 oktober 2018. De facturen dateerden van een maand later, 28 november 2018, dus nog vóór de overdracht op 16 april 2019 (zie hiervoor nr. 2). Het kan dus zijn dat de verkoper deze, naar ik aanneem materiële, schulden mogelijk niet heeft meegedeeld aan de koper ten tijde van de overdracht. In de praktijk pleegt men in overnameovereenkomsten bedingen op te nemen voor zaken die opkomen tussen datum koopovereenkomst en overdracht van de aandelen. Wat je ook vaak ziet, is dat de verkoper verklaart dat de garanties worden gegeven zowel per datum koopovereenkomst als per datum overdracht. Dergelijke bedingen hadden de koper waarschijnlijk gered in deze kwestie, alsook een meer specifieke garantie dat er geen sprake is van nakomende facturen voor kosten die zijn gemaakt vóór de overdrachtsdatum.

13. Overigens blijf ik mij afvragen of in deze zaak de verkoper (ondanks het ontbreken van een expliciete contractuele bepaling in de koopovereenkomst) niet toch een mededelingsplicht had toen hij na de datum overeenkomst, maar voorafgaand aan de levering, werd geconfronteerd met de facturen. Bijvoorbeeld op grond van de combinatie van de intentieovereenkomst en de koopovereenkomst, en wellicht

een stukje aanvullende redelijkheid en billijkheid (de gekwalificeerde balansgarantie is toch in een ander licht komen te staan). Ik ken natuurlijk de precieze feiten niet, maar vaststaat dat de koper vanaf de datum van de facturen (28 november 2018) tot aan de overdracht van de aandelen vijf maanden later (16 april 2019), tot zelfs het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met kwijtingsbeding weer ruim een halfjaar later (15 november 2019) en tot anderhalve maand nadien (23 december 2019 de datum aanmaning), in het ongewisse bleef over deze facturen. Wist verkoper werkelijk niet van deze facturen of heeft hij het al die tijd (opzettelijk) stilgehouden? Zijn de facturen niet ingeboekt en dus buiten de boeken gehouden? Waarom is pas aangemaand op 23 december 2019? Had koper de mogelijkheid om via een due diligenceonderzoek achter het bestaan van de facturen te komen? De antwoorden op deze vragen acht ik relevant. Het lijkt mij dat ons recht ook in dergelijke gevallen een corrigerende werking moet kunnen hebben. Mocht naar aanleiding van deze vragen aangenomen worden dat een mededelingsplicht is geschonden, dan zou dit wellicht aanleiding kunnen geven tot een beroep op dwaling of wijziging van de overeenkomst (en bij opzettelijke verzwijging of buiten de boeken houden wellicht zelfs andere aanvullende gronden zoals onrechtmatige daad of vernietiging op grond van art. 3:44 BW). Ik denk niet dat het in dit geval van de nagekomen facturen gaat over een dermate essentieel onderdeel van de transactie dat de koper helemaal zou hebben afgezien van de transactie, maar zeker is verdedigbaar dat koper de transactie onder andere voorwaarden zou hebben gesloten.

mr. T. Ensink
advocaat bij Ploum | Rotterdam Law Firm

Civiel recht

166

Herroeping en vernietiging van arbitrale vonnissen wegens bedrog

Hoge Raad
30 september 2022, nr. 21/01256, ECLI:NL:HR:2022:1332
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Schaafsma, mr. Salomons, mr. Teuben)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. M.C. van Rijswijk en mr. J.A.G. de Boer

Arbitrage. Vernietigingsprocedure. Herroeping. Bedrog.

[BW art. 3:44; Rv art. 1064a; Rv art. 1068; Rv art. 1065 lid 1, onder e (oud)]

BW art. 3:44; Rv art. 1064a, 1068, 1065 lid 1, onder e (oud)

Essentie: Herroeping van een arbitraal vonnis op basis van bedrog is alleen mogelijk indien dat bedrog is ontdekt na de arbitrale einduitspraak. Indien het scheidsgerecht oordeelt over het vermeende bedrog, is een latere vernietiging wegens strijd met de openbare orde op grond van dat vermeende bedrog niet meer mogelijk.

Samenvatting: De Raad van Arbitrage voor de Bouw oordeelt over een vordering van een hoofdaannemer op zijn onderaannemer. Tijdens die arbitrale procedure ontdekt de hoofdaannemer een brief die door de onderaannemer niet in de procedure was gebracht. Het scheidsgerecht oordeelt hierover, maar vindt dat die brief niet tot een ander oordeel leidt en oordeelt dat tegen dit oordeel enkel een herroepingsprocedure openstaat. Het hof oordeelt terecht dat herroeping niet mogelijk is nu het bedrog niet na de arbitrale uitspraak is ontdekt. De hoofdaannemer vordert ook vernietiging van het arbitraal vonnis, maar in een tweede procedure oordeelt het hof dat dit niet mogelijk is en dat herroeping had moeten worden gevorderd. De Hoge Raad oordeelt dat herroeping niet mogelijk was nu het bedrog tijdens de arbitrale procedure is ontdekt en dat vernietiging niet mogelijk is nu er geen sprake is van strijd met de openbare orde omdat het scheidsgerecht heeft geoordeeld over het vermeende bedrog. De conclusie is dan ook dat ontdekking van een bedrog direct moet worden aangekaart bij het (scheidsg)gerecht waar de procedure loopt en dat latere herroeping niet mogelijk is als het scheidsgerecht hier nog over heeft geoordeeld. Vernietiging wegens strijd met de openbare orde op grond van dat bedrog is evenmin mogelijk als het scheidsgerecht daarover heeft geoordeeld. De ontdekker krijgt dus slechts één kans om het bedrog in de procedure aan de orde te brengen.

[Eiseres] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres tot cassatie,
hierna: [eiseres],
advocaten: R.P.J.L. Tjittes en H. Boom,
tegen
Elite Systemen B.V., gevestigd te Oss,
verweerster in cassatie,
hierna: Elite,
advocaat: M.A.J.G. Janssen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Vlas)

1. Inleiding

1.1. Deze zaak heeft betrekking op de vernietiging van arbitrale vonnissen van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (thans: de Raad van Arbitrage voor bouwgeschillen) wegens strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. In het bijzonder rijst de vraag of het hof terecht heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde raakt en aldus geen grond voor vernietiging oplevert.

1.2. Deze zaak wordt nog door het oude arbitragerecht beheerst, te weten door de bepalingen van het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals die hebben gegolden tot aan de invoering van de Wet modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015.¹ In deze conclusie wordt, tenzij anders vermeld, telkens verwezen naar het oude recht. Voor zover het betreft de vernietigings- en herroepingsgronden van respectievelijk art. 1065 Rv en art.

1068 Rv, verschillen deze niet of nauwelijks van het huidige recht.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan, kort samengevat, van het volgende worden uitgegaan.² Tussen [eiseres] als hoofdaannemer en Elite als onderaannemer is een geschil gerezen over de levering en montage van systeemplafonds voor een nieuwbouwproject. In de overeenkomst tussen partijen was een arbitragebeding opgenomen.

2.2. In 2011 is Elite een procedure gestart tegen [eiseres] bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw met een vordering tot betaling van haar eindfactuur. [eiseres] heeft in reconventie Elite aansprakelijk gesteld voor vertragingsschade.

2.3. Bij arbitraal tussenvonnis van 11 december 2012³ heeft het scheidsgerecht in eerste aanleg aansprakelijkheid van Elite voor vertraging afgewezen. Het scheidsgerecht heeft daartoe overwogen dat tussen partijen vaststaat dat de vertraging door [A], de leverancier van Elite, is veroorzaakt, dat [A] als een door [eiseres] aangewezen leverancier moet worden aangemerkt en dat Elite het redelijkerwijs nodige had gedaan om [A] tot tijdige nakoming te bewegen.

2.4. [eiseres] heeft arbitraal hoger beroep ingesteld. Bij arbitraal vonnis van 7 juli 2014⁴ heeft het scheidsgerecht in hoger beroep de grieven van [eiseres] verworpen.

2.5. Vervolgens heeft [eiseres] op grond van het achterhouden door Elite van feiten en stukken, aan het scheidsgerecht in eerste aanleg verzocht terug te komen van de beslissingen dat tussen partijen vaststaat dat de vertraging door [A] is veroorzaakt en dat Elite het redelijkerwijs nodige had gedaan om [A] tot tijdige nakoming te bewegen. Het scheidsgerecht heeft bij arbitraal eindvonnis van 15 oktober 2015⁵ overwogen geen aanleiding te zien om terug te komen van deze beslissingen.

2.6. [eiseres] heeft tegen deze uitspraak arbitraal hoger beroep ingesteld en het scheidsgerecht in hoger beroep gevraagd terug te komen van voornoemde beslissingen. Bij arbitraal vonnis van 12 december 2016⁶ heeft het scheidsgerecht in hoger beroep overwogen dat het scheidsgerecht in eerste aanleg niet kon terugkomen van beslissingen – zoals hier het geval – waartegen in het eerdere hoger beroep niet was gegriefd of die in dat eerdere hoger beroep waren bekrachtigd. In aansluiting daarop – en kennelijk ten overvloede – heeft het scheidsgerecht overwogen dat ook als mocht blijken dat Elite feiten en stukken heeft achtergehouden, dat niet tot heroverweging van onherroepelijke bindende eindbeslissingen kan leiden. Volgens het scheidsgerecht rest dan slechts de mogelijkheid van een verzoek tot herroeping op de voet van art. 1068 Rv.

2.7. De arbitrale vonnissen van 11 december 2012, 7 juli 2014, 15 oktober 2015 en 12 december 2016 worden hierna gezamenlijk aangeduid als de 'arbitrale vonnissen'.

2 Zie rov. 2.1-2.10 van het bestreden arrest van het hof Amsterdam van 22 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3578, waarin het hof verwijst naar rov. 2.1-2.5 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 22 mei 2019 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

3 Zie productie 2 in eerste aanleg aan de zijde van [eiseres] (akte overleggen producties van 21 maart 2017).

4 Zie productie 3 in eerste aanleg aan de zijde van [eiseres] (akte overleggen producties van 21 maart 2017).

5 Zie productie 6 in eerste aanleg aan de zijde van [eiseres] (akte overleggen producties van 21 maart 2017).

6 Zie productie 8 in eerste aanleg aan de zijde van [eiseres] (akte overleggen producties van 21 maart 2017).

1 Ingevolge art. IV van de Wet modernisering Arbitragerecht (Stb. 2014/200) is deze wet niet van toepassing op arbitrale procedures die vóór de inwerkingtreding ervan (op 1 januari 2015) aanhangig zijn gemaakt. In deze zaak is in 2011 de arbitrage aanhangig gemaakt.

2.8. Bij exploit van 8 maart 2017 heeft [eiseres] Elite gedagvaard voor het hof Amsterdam en gevorderd dat de arbitrale vonnissen gedeeltelijk worden herroepen op de voet van art. 1068 Rv, althans gedeeltelijk worden vernietigd op de voet van art. 1065 Rv.

2.9. Bij arrest van 29 augustus 2017⁷ heeft het hof zich met betrekking tot de vordering tot gedeeltelijke vernietiging onbevoegd verklaard en de zaak verwezen naar de rechtbank Amsterdam.

2.10. Bij arrest van 12 juni 2018⁸ heeft het hof de vordering tot herroeping afgewezen op de grond dat niet was voldaan aan het voor herroeping gestelde vereiste van ontdekking van het achterhouden van stukken en feiten ná de arbitrale procedure. In een overweging ten overvloede heeft het hof het oordeel van het scheidsgerecht in hoger beroep als fout bestempeld dat ook als mocht blijken dat Elite stukken en feiten heeft achtergehouden, slechts de mogelijkheid van een verzoek tot herroeping open staat.

2.11. Na verwijzing door het hof op de voet van het arrest van 29 augustus 2017, heeft de rechtbank bij vonnis van 22 mei 2019 de vordering tot vernietiging afgewezen. De rechtbank heeft geoordeeld dat afgezien van de vraag of, indien sprake is geweest van bedrog, dit op zichzelf ertoe kan leiden dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde en dit een grond voor vernietiging oplevert, niet is komen vast te staan dat sprake is geweest van bedrog aan de zijde van Elite (rov. 4.3).

2.12. [eiseres] heeft hoger beroep ingesteld. In de tweede grief heeft [eiseres] aangevoerd dat de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog door Elite op onjuiste feiten zijn gebaseerd en daarom in strijd zijn met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, Rv.

2.13. Bij arrest van 22 december 2020 heeft het hof het vonnis bekrachtigd. Het hof heeft overwogen dat het verwijt dat Elite bedrog heeft gepleegd – indien juist – grond voor herroeping oplevert. Dat daardoor de arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd, raakt – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde en levert geen grond op voor vernietiging (rov. 3.8).

2.14. [eiseres] heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. Elite heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, gevolgd door re- en dupliek.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het middel bestaat, na een korte inleiding, uit drie klachten. De klachten 1 en 2 zijn gericht tegen rov. 3.7 en 3.8 van het bestreden arrest, die als volgt luiden:

‘3.7. Grief 2 strekt tot betoog dat Elite door het achterhouden van feiten en stukken bedrog heeft gepleegd, dat daardoor de arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd en die vonnissen mitsdien in strijd zijn met de openbare orde (artikel 1065 lid 1 sub e, Rv (oud) en daarom vernietigbaar zijn.

3.8. Het verwijt dat Elite bedrog heeft gepleegd, levert – indien juist – grond op voor herroeping (artikel 1068 lid 1 Rv (oud)). Dat daardoor de vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd, raakt – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde en levert dus geen grond op voor vernietiging. Grief 2 heeft evenmin succes.’

3.2. De eerste klacht valt in drie onderdelen uiteen en betoogt dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend, evenals de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden.

3.3. *Onderdeel 1.1* klaagt dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend. Het hof had de stelling van [eiseres] moeten behandelen dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde, omdat de appellarbiters fundamentele beginselen van procesrecht zouden hebben geschonden. Het onderdeel betoogt dat de appellarbiters in hun vonnis van 12 december 2016 hun plicht tot waarheidsvinding en het beginsel van hoor en wederhoor hebben veronachtzaamd, omdat zij het beroep op bedrog van [eiseres] niet inhoudelijk hebben beoordeeld. De rechtbank heeft zich in haar vonnis van 22 mei 2019 niet over deze stelling uitgelaten, terwijl [eiseres] deze stelling in hoger beroep niet heeft prijsgegeven, aldus het onderdeel.

3.4. De rechtbank heeft zich in rov. 4.3 van het vonnis van 22 mei 2019 uitgelaten over de stelling van [eiseres] dat Elite in de arbitrageprocedure bedrog heeft gepleegd, waardoor onjuiste feiten aan de arbitrale vonnissen ten grondslag zijn gelegd en deze vonnissen in strijd zouden zijn met de openbare orde. De rechtbank heeft overwogen dat niet is komen vast te staan dat sprake is geweest van bedrog. Door Elite is het verweer gevoerd dat de brief van 15 december 2010 die Elite volgens [eiseres] heeft achtergehouden een brief betreft die aan [eiseres] is gericht, zodat het op de weg van [eiseres] had gelegen om die brief in het geding te brengen en dat niet valt in te zien dat Elite bedrog heeft gepleegd door die brief niet in het geding te brengen. In hoger beroep heeft [eiseres] in de tweede grief betoogd dat Elite door het achterhouden van feiten en stukken bedrog heeft gepleegd, waardoor de arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd en daarmee in strijd zijn met de openbare orde. Het hof heeft deze grief in rov. 3.8 verworpen. Het onderdeel klaagt dat het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep niet slechts had moeten ingaan op de kwestie of de arbitrale vonnissen als gevolg van het vermeende bedrog van Elite in strijd zijn met de openbare orde, maar óók op de stelling van [eiseres] dat de appellarbiters fundamentele beginselen van procesrecht hebben geschonden.

3.5. De vraag rijst of het hof uit de door [eiseres] in eerste aanleg ingenomen stellingen had kunnen en/of moeten begrijpen dat [eiseres] de vernietiging van de arbitrale vonnissen (mede) heeft gegrond op strijd met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, Rv wegens schending van fundamentele beginselen van procesrecht. Vooropgesteld moet worden dat de omvang en de grondslag van een vordering of verweer en de uitleg van processtukken, waaronder de strekking, de reikwijdte en de mate van onderbouwing van een stelling of verweer, zijn voorbehouden aan de feitenrechter. Het oordeel van de feitenrechter daarover kan in cassatie slechts op begrijpelijkheid worden onderzocht.⁹

3.6. In nr. 25 van de dagvaarding heeft [eiseres] betoogd dat de omstandigheid dat zij is gebonden aan een beslissing die berust op bedrog en het achterhouden van stukken in strijd is met de openbare orde. [eiseres] heeft in dit verband verwezen naar ‘een fundamenteel uitgangspunt van procesrecht’ en ‘het belang van waarheidsvinding’. Vervolgens heeft [eiseres] in nr.

⁷ ECLI:NL:GHAMS:2017:3507; TvA 2018/40.

⁸ ECLI:NL:GHAMS:2018:1941; TvA 2018/79; NJF 2018/395; NTHR 2018, afl. 5, p. 257.

⁹ Zie A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel, Cassatie 2019/68. Zie bijv. HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737, NJ 2015/179, m.nt. D.W.F. Verkade.

26 van de dagvaarding – waarnaar in de processtukken in cassatie¹⁰ is verwezen ter ondersteuning van haar stelling – het volgende betoogd:

‘Het wezenlijke belang van het voorkomen van beslissingen die berusten op bedrog en/of het achterhouden van stukken (in de woorden van Giessen: “onwaarheid” Asser Procesrecht I (Algemene beginselen van procesrecht), nr. 85) en de rol van art. 1068 Rv, wordt ook door de Hoge Raad onderkend. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 juni 2003, NJ 2004, 569 (Waterschappen/Milieutech Beheer) op grond van hetzelfde fundamentele kenmerk van ons procesrecht expliciet geoordeeld dat als het bedrog al tijdens de procedure kenbaar wordt, de rechter moet terugkomen op eerdere bindende eindbeslissing. Het oordeel van arbiters is hiermee lijnrecht in strijd: zij hebben geweigerd om in lijn met HR 20 juni 2003, NJ 2004, 569 (Waterschappen/Milieutech Beheer) het standpunt van [eiseres] dat sprake is van bedrog en het achterhouden van stukken door Elite, inhoudelijk te behandelen en hiermee de inhoudelijke beoordeling definitief onmogelijk gemaakt. Op grond van de letterlijke tekst van art. 1068 Rv is herroeping vanwege tijdens de procedure ontdekt bedrog of achtergehouden stukken immers niet meer mogelijk.’

3.7. Kennelijk heeft het hof nr. 26 van de dagvaarding niet zo begrepen dat [eiseres] daarin heeft betoogd dat de arbitrale vonnissen, bij wijze van zelfstandige grond, ook voor vernietiging in aanmerking komen omdat de appellarbiters fundamentele beginselen van procesrecht zouden hebben geschonden. Ook uit nr. 28 van de dagvaarding, waarin [eiseres] haar stellingen heeft samengevat, blijkt de verwevenheid van die stellingen, waar is opgemerkt dat de regel uit het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2003¹¹ dient te prevaleren ‘gezien het fundamentele beginsel dat een partij niet gebonden mag zijn aan een beslissing die berust op bedrog en/of het achterhouden van stukken door zijn wederpartij’. Daaropvolgend heeft [eiseres] geconcludeerd dat het achterwege laten van een inhoudelijke beoordeling van het door [eiseres] gestelde bedrog en achterhouden van stukken door Elite strijd oplevert met de openbare orde.

3.8. Ook uit de rest van het procesdossier blijkt niet, althans niet op ondubbelzinnige wijze, dat [eiseres] de stelling dat de appellarbiters fundamentele beginselen van procesrecht zouden hebben geschonden, zelfstandig aan haar vordering tot vernietiging ten grondslag heeft willen leggen. Zo heeft [eiseres] tijdens de comparitie van 15 april 2019 verwezen naar nrs. 24 t/m 28 van de dagvaarding met de algemene opmerking dat van strijd met de openbare orde sprake is, omdat ‘de door bedrog en het achterhouden van feiten tot stand gekomen bindende eindbeslissingen in [het arbitraal vonnis van 11 december 2012, A-G] in stand zijn gebleven.’¹² De rechtbank heeft tijdens de comparitie de vraag gesteld of bedrog ten grondslag wordt gelegd aan de stelling dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde, waarop [eiseres] heeft verklaard dat er ‘sprake [is] van een procesrechtelijke fout van arbiters’ en dat ‘de vonnissen zijn gebaseerd op een

onjuist feitencomplex’ zodat de arbiters ‘hadden moeten terugkomen op de eerdere beslissing’.¹³

3.9. Uit deze door [eiseres] in de feitelijke instanties ingenomen stellingen valt geen zelfstandige grond voor vernietiging wegens strijd met de openbare orde wegens schending van fundamentele beginselen van procesrecht, te ontwaren. Dit geldt temeer voor zover [eiseres] meent dat in dit verband een schending van het beginsel van hoor en wederhoor ligt besloten, aangezien [eiseres] dit in het geheel niet in de processtukken heeft toegelicht.

3.10. Onderdeel 1.1 stuit op het voorgaande af.

3.11. *Onderdeel 1.2* betoogt dat het oordeel van het hof in rov. 3.7 en 3.8 onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd. Volgens het onderdeel is het hof niet ingegaan op de essentiële stelling van [eiseres] dat het oordeel van de appellarbiters in het vonnis van 12 december 2016 in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht, zoals de plicht tot waarheidsvinding en het beginsel van hoor en wederhoor.

3.12. In het algemeen is van een voor cassatie vatbaar motivatiegebrek sprake indien de feitenrechter heeft nagelaten een stelling van een van de partijen te behandelen die, indien juist, waarschijnlijk tot een andere beslissing omtrent toe- of afwijzing van de vordering zou hebben geleid.¹⁴ In ieder geval is vereist dat de stelling voldoende duidelijk en onderbouwd is gepresenteerd. Volgens vaste rechtspraak behoeft de rechter niet op alle door de procespartijen ter ondersteuning van hun standpunt aangevoerde stellingen en argumenten in te gaan.¹⁵ Bij de bespreking van onderdeel 1.1 heb ik uiteengezet, dat uit nr. 25 t/m 28 van de dagvaarding volgt dat de genoemde stelling van [eiseres] zowel qua inhoud als wijze van presentatie, nauw verweven is met de stelling van [eiseres] dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde omdat zij als gevolg van bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd. Het hof heeft, evenals de rechtbank, deze stelling behandeld en verworpen. Van het passeren van een essentiële stelling is geen sprake, zodat het onderdeel faalt.

3.13. *Onderdeel 1.3* klaagt dat het hof heeft verzuimd om op de voet van art. 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Volgens het onderdeel had het hof moeten beoordelen of sprake is van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor door de appellarbiters omdat zij het beroep op bedrog van [eiseres] niet inhoudelijk hebben beoordeeld, terwijl zij daartoe wel waren gehouden op grond van het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2003.¹⁶

3.14. Volgens de klacht had het hof ambtshalve art. 1065 lid 1, onder e, Rv moeten toepassen, omdat de appellarbiters het fundamentele recht op hoor en wederhoor hebben geschonden. Het is vaste rechtspraak dat de rechter bij zijn onderzoek of er grond voor vernietiging bestaat terughoudendheid moet betrachten. Een vernietigingsprocedure mag immers niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, aangezien het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de rechter slechts in sprekende

10 Zie voetnoot 2 van de procesinleiding van 19 maart 2021, nr. 22 van de schriftelijke toelichting van 3 september 2021 en nr. 8 van de repliek van 1 oktober 2021.

11 Zie HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders.

12 Zie nr. 12 van de spreekantekeningen van de zijde van [eiseres]. Deze spreekantekeningen ontbreken overigens in het door Elite aangeleverde procesdossier.

13 Zie p. 2 van het proces-verbaal van 15 april 2019.

14 Zie Van der Voort Maarschalk, a.w., 2019/70; W.D.H. Asser, Cassatie, 2018, par. 4.6.3; nr. 2.6 van de conclusie van A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2010:BN6254) vóór HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6254, RvdW 2010/1334, nr. 2.6.

15 Zie bijv. HR 16 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1044, NJ 2006/191, rov. 4.5.

16 Zie HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders.

gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.¹⁷ Ook art. 1065 lid 1, onder e, Rv moet naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast, zelfs indien sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde.¹⁸ Voor terughoudendheid is echter geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor.¹⁹ Blijkens de rechtspraak gaat het hier om sprekende gevallen, waarin procespartijen in de arbitrale procedure geen gelijke kansen hebben gekregen om hun standpunten te verdedigen.²⁰ In de MvT bij art. 19 Rv, waarin het beginsel van hoor en wederhoor sinds 2002 is gecodificeerd en waaraan art. 1036 lid 2 Rv is ontleend²¹, heeft de wetgever opgemerkt dat de verplichting van de rechter om met het door partijen aangevoerde in zijn beslissing rekening te houden en daarvan rekenschap af te leggen vooral ligt besloten in art. 23, 24 en 30 Rv.²²

3.15. Gezien deze, mede door de wetgever geconstateerde, nauwe samenhang tussen het beginsel van hoor en wederhoor en de verdisconteringsplicht, zou kunnen worden betoogd dat het beginsel van hoor en wederhoor in het algemeen, en het recht op rechterlijk gehoor in het bijzonder, méér omvat dan alleen het recht om in een procedure een standpunt naar voren te brengen en toe te lichten.²³ Dit betekent echter niet dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt geschonden in het geval dat een beroep op tijdens de arbitrage ontdekt bedrog niet inhoudelijk wordt beoordeeld door het scheidsgerecht. Uit het oordeel van het appelscheidsgerecht dat het scheidsgerecht in eerste aanleg niet kon terugkomen van in hoger beroep bekrachtigde bindende eindbeslissingen en van bindende eindbeslissingen waartegen niet was gegriefd, blijkt immers dat het appelscheidsgerecht het beroep van [eiseres] op bedrog heeft 'gehoord' en verdisconteerd in zijn beoordeling. Hoewel het appelscheidsgerecht het beroep op bedrog niet op materiële juistheid heeft beoordeeld, heeft het desalniettemin

het beroep op bedrog behandeld op procedurele gronden.²⁴ Het niet inhoudelijk beoordelen van het beroep op bedrog levert geen schending van het beginsel van hoor en wederhoor op, die aanleiding zou kunnen geven tot vernietiging van de arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv. Er bestond dan ook geen verplichting voor het hof ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, zodat onderdeel 1.3 faalt.

3.16. De *tweede klacht* valt in drie onderdelen uiteen en heeft specifiek betrekking op rov. 3.8 van het bestreden arrest. Het hof heeft daarin overwogen dat het verwijt dat Elite bedrog heeft gepleegd – indien juist – grond voor herroeping in de zin van art. 1068 lid 1 Rv oplevert en dat de omstandigheid dat daardoor de arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde raakt en grond voor vernietiging vormt.

3.17. *Onderdeel 2.1* voert aan dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het bedrog van Elite *tijdens* de arbitrale procedure is ontdekt en dus niet voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1 Rv in aanmerking komt. Herroeping vereist immers dat het bedrog *na* de arbitrale procedure is ontdekt.

3.18. Het onderdeel klaagt op zichzelf terecht dat het hof heeft miskend dat het beweerdelijk door Elite gepleegde bedrog geen grond voor herroeping in de zin van art. 1068 Rv oplevert, omdat het vermeende bedrog tijdens de arbitrage is ontdekt. Dat het bedrog tijdens de arbitrage is ontdekt, staat in cassatie tussen partijen vast.²⁵ In de herroepingsprocedure is dit ook vastgesteld door het hof Amsterdam in zijn arrest van 12 juni 2018²⁶ en in de onderhavige procedure door het hof onderkend in rov. 2.5 van het bestreden arrest. Toch kan de klacht niet tot cassatie leiden, aangezien de bestreden overweging niet dragend is voor het verwerpen van de tweede grief van [eiseres] en de bekrachtiging van het vonnis van 22 mei 2019 waarin de vordering tot (gedeeltelijke) vernietiging is afgewezen. Uit rov. 3.8 van het bestreden arrest blijkt dat de verwerping van de tweede grief van [eiseres] evenzeer is gebaseerd op het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat de vonnissen (door het bedrog) op onjuiste feiten zijn gebaseerd – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde raakt en geen grond voor vernietiging oplevert.

3.19. *Onderdeel 2.2* betoogt subsidiair dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, omdat niet valt in te zien waarom in dit geval de omstandigheid dat bedrog grond oplevert voor herroeping maakt dat de grief van [eiseres] niet kan slagen. In cassatie staat namelijk vast dat het bedrog *tijdens* de arbitrale procedure is ontdekt.

3.20. Dit onderdeel bouwt voort op onderdeel 2.1 en faalt eveneens bij gebrek aan belang. Ik merk nog het volgende op. Het is een grondbeginsel van een goede procesorde dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig is gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Hoever deze motiveringsplicht gaat, hangt af van de omstandigheden

17 Zie HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2; HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

18 Zie HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

19 Zie HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294, rov. 3.5; HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.3.1.

20 Vgl. H.J. Snijders, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1036 Rv, aant. 3 en art. 1065 Rv, aant. 7 (met verdere verwijzingen). Zie voor een inventarisatie van lagere rechtspraak: P.E. Ernste en C.L. Schleijsen, De vernietiging van arbitrale vonnissen: lessen voor (NAI-)arbiters?, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Going Dutch: ADR in Nederland*, in het bijzonder bij het NAI, 2019, blz. 684 e.v. Vgl. ook nr. 2.14 van de conclusie van Plv. PG Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2020:850) vóór HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:148, in het kader van een beweerdelijk onjuiste toepassing van het grievenstelsel door het scheidsgerecht (beroep verworpen met toepassing van art. 81 RO).

21 Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet 2015/1.24.3*.

22 Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht Van Mierlo/Bart, p. 129 (nr. 4).

23 Zie bijv. W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen*, oratie Nijmegen, 1992, p. 14; R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, diss. 2007, p. 46. Vgl. ook L.M. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht*, diss. 2000, p. 5 (voetnoot 27).

24 Vgl. ook nr. 2.22 van de conclusie van Plv. PG Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2020:850) vóór HR 29 januari 2021, reeds aangehaald.

25 Zie bijv. nr. 11 van de schriftelijke toelichting van de zijde van [eiseres] en nr. 1.3 van de schriftelijke toelichting van de zijde van Elite.

26 Zie ECLI:NL:GHAMS:2018:1941, rov. 3.5.

van het geval.²⁷ De controle in cassatie betreft zowel de toepassing van deze motiveringsplicht als het blootleggen van gebreken aan de motivering die haar onbegrijpelijk maken, zoals innerlijke inconsistenties, gedachtenfouten en onlogische conclusies.²⁸ Het onderdeel stelt terecht aan de orde dat het oordeel van het hof dat het verwijt dat Elite bedrog heeft gepleegd – indien juist – grond voor herroeping op de voet van art. 1068 Rv oplevert, niet alleen uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, maar ook ontoereikend is gemotiveerd. Het bestreden arrest is immers innerlijk inconsistent. Uit rov. 2.5 blijkt dat [eiseres] reeds tijdens de arbitrage het vermeende bedrog aan de zijde van Elite aan de orde heeft gesteld. Verder blijkt uit rov. 2.10 dat het hof Amsterdam om deze reden de vordering tot herroeping heeft afgewezen. Er was immers niet voldaan aan het voor herroeping gestelde vereiste van ontdekking van het achterhouden van stukken en feiten ná de arbitrage. Deze overwegingen uit het bestreden arrest zijn niet te verenigen met voornoemd oordeel van het hof. Toch kan de klacht niet tot cassatie leiden om dezelfde reden die is genoemd bij de bespreking van onderdeel 2.1.

3.21. *Onderdeel 2.3* klaagt dat het hof heeft miskend dat het plegen van bedrog tijdens een arbitrale procedure wel degelijk in strijd is met de openbare orde. Het hof heeft miskend dat [eiseres] procedurele fraude aan de orde heeft gesteld, nu zij Elite ervan heeft beschuldigd dat zij moedwillig essentiële documenten verborgen heeft gehouden en met de waarheid strijdige stellingen heeft ingenomen. Volgens het onderdeel dient in cassatie als uitgangspunt – bij wijze van hypothetische feitelijke grondslag – dat de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd, aangezien het hof een oordeel daarover in het midden heeft gelaten.

3.22. De Hoge Raad heeft op 5 november 2021 geoordeeld dat, indien een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, dat grond kan opleveren voor het oordeel dat het vonnis, of de wijze waarop het vonnis tot stand is gekomen, in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, Rv. Hieraan doet niet af dat bedrog tevens een grond voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1 Rv kan opleveren.²⁹ Dit geldt zowel voor het oude als het nieuwe arbitragerecht.³⁰ Hierbij dient te worden bedacht dat bedrog slechts in een vernietigingsprocedure aan de orde kan worden gesteld indien het na de arbitrale uitspraak, maar binnen de lopende termijn voor de vordering tot vernietiging wordt ontdekt. Wanneer het bedrog tijdens de arbitrage is ontdekt (of bij redelijkerwijs van de bedrogene te verwachten onderzoek had kunnen worden ontdekt), moet dit tijdens de arbitrage aan het scheidsrecht worden voorgelegd.³¹ Het openstaan van de mogelijkheid tot het voorleggen van het bedrog aan het scheidsrecht sluit een vernietiging op grond van dezelfde feiten en omstandigheden uit.³²

3.23. Voor zover het hof heeft overwogen dat de omstandigheid dat de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd op zichzelf niet de openbare orde

raakt, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting. In cassatie staat echter vast dat het beweerdelijk door Elite gepleegde bedrog tijdens de arbitrage door [eiseres] is ontdekt en aan de orde is gesteld. Het scheidsrecht in eerste aanleg heeft in het arbitraal eindvonnis van 15 oktober 2015 het vermeende bedrog inhoudelijk beoordeeld en overwogen dat er geen aanleiding bestond om terug te komen van zijn beslissingen in het arbitraal tussenvonnis van 11 december 2012 omtrent de rol van Elite en [A]. Ook het scheidsrecht in hoger beroep heeft in het arbitraal vonnis van 12 december 2016 het beroep op bedrog van [eiseres] beoordeeld vanuit procesrechtelijk perspectief. In het onderhavige geval stond dus niet alleen de mogelijkheid open tot het voorleggen van het bedrog aan het scheidsrecht in meerdere instanties, maar heeft [eiseres] daarvan ook (zoals van haar verwacht mocht worden) gebruik gemaakt en een oordeel verkregen. In het licht hiervan komt [eiseres] geen beroep op bedrog toe in het kader van een vordering tot vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv op basis van dezelfde feiten en omstandigheden. Onderdeel 2.3 kan derhalve bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.24. *De derde klacht* betreft een voortbouwklacht die is gericht tegen rov. 3.9 en 3.10 van het bestreden arrest. Gelet op het falen van de voorgaande klachten, behoeft deze klacht geen bespreking.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- de vonnissen in de zaak C/13/635699 / HA ZA 17-973 van de rechtbank Amsterdam van 16 januari 2019 en 22 mei 2019;
- het arrest in de zaak 200.261.836/01 van het gerechtshof Amsterdam van 22 december 2020.

[eiseres] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Elite heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor [eiseres] mede door C.A. Bosma en voor Elite mede door T.M. Subelack.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van [eiseres] hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.³³

- Tussen [eiseres] als hoofdaannemer en Elite als onderaannemer is een geschil gerezen over de levering en montage van systeemplafonds voor een nieuwbouwproject. In de overeenkomst tussen partijen was een arbitragebeding opgenomen.
- In 2011 is Elite een procedure begonnen tegen [eiseres] bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw met een vordering tot betaling van haar eindfactuur. [eiseres] heeft in reconventie gesteld dat Elite aansprakelijk is voor vertragingsschade.

³³ Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1-2.7 en rov. 2.1-2.10 van het bestreden arrest van het hof Amsterdam van 22 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3578.

²⁷ Zie HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, rov. 3.4.

²⁸ Zie W.D.H. Asser, Cassatie, 2018, par. 4.6.3.

²⁹ Zie HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, RvdW 2021/1072, rov. 5.1.3-5.1.15.

³⁰ Zie HR 5 november 2021, reeds aangehaald, rov. 5.1.17.

³¹ Zie nr. 3.5, voetnoot 38, van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:425) vóór HR 5 november 2021, reeds aangehaald.

³² Vgl. HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders; TvA 1994, p. 187, m.nt. P. Sanders.

(iii) Bij arbitraal tussenvonnis van 11 december 2012 heeft het scheidsgerecht in eerste aanleg geoordeeld dat Elite niet aansprakelijk is voor vertraging. Het scheidsgerecht heeft daartoe overwogen dat tussen partijen vaststaat dat de vertraging door [A], de leverancier van Elite, is veroorzaakt, dat [A] als een door [eiseres] aangewezen leverancier moet worden aangemerkt en dat Elite het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om [A] tot tijdige nakoming te bewegen.

(iv) [eiseres] heeft tegen het arbitraal tussenvonnis tussentijds arbitraal hoger beroep ingesteld. Bij arbitraal vonnis van 7 juli 2014 heeft het scheidsgerecht in hoger beroep de grieven van [eiseres] verworpen.

(v) Vervolgens heeft [eiseres] op grond van het achterhouden door Elite van feiten en stukken aan het scheidsgerecht in eerste aanleg verzocht terug te komen van de beslissingen dat tussen partijen vaststaat dat de vertraging door [A] is veroorzaakt en dat Elite het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om [A] tot tijdige nakoming te bewegen.

(vi) Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft bij arbitraal eindvonnis van 15 oktober 2015 geoordeeld dat het geen aanleiding zag om terug te komen van deze beslissingen. Het heeft daartoe onder meer overwogen:

‘De brief van 21 oktober 2010 werpt geen nieuw licht op het geschil zodanig dat daardoor een overweging voor heroverweging in aanmerking komt. Dat de leverancier in haar eigen brief meldt dat zij van mening is niet aansprakelijk te zijn voor vertraging, is op zich niet verrassend. Die eigen mededeling levert dan ook geen bewijs op van een feit, laat staan een nieuw feit. (...)’

Arbiters hebben bij tussenvonnis overwogen dat uit de uitspraken van de leverancier tijdens die vergadering blijkt dat de leverancier organisatorische en productieproblemen had en zich niet aan de toegezegde levertijd van zes weken kon houden. Daarmee staat vast dat de leverancier vertraging heeft veroorzaakt. Enige vertraging aan de zijde van onderaannemster heeft hoofdaannemster daartegenover niet aannemelijk gemaakt. Uit het verslag van de vergadering blijkt met name niet dat de vertragingsoorzaken gelegen zijn in aan onderaannemster te wijten oorzaken. Arbiters zien derhalve geen aanleiding terug te komen op hun overwegingen in het tussenvonnis.

(...) Ter zitting benadrukte hoofdaannemster nog dat uit de brief van 21 oktober 2010 voor het eerst blijkt dat de leverancier niet verantwoordelijk is voor het inmeten en dat zij dat uitdrukkelijk van haar opdracht had uitgesloten. Arbiters zijn van oordeel dat daarin niets nieuws besloten ligt. (...) Voor zover hoofdaannemster meende niet volledig op de hoogte te zijn van de inhoud van de contractuele relatie tussen onderaannemster en de leverancier, had zij van de standaard uit kunnen gaan. De brief van 21 oktober 2010 meldt in dat opzicht niets bijzonders. (...)’

(vii) [eiseres] heeft tegen deze uitspraak arbitraal hoger beroep ingesteld.

(viii) Bij arbitraal vonnis van 12 december 2016 heeft het scheidsgerecht in hoger beroep overwogen dat het scheidsgerecht in eerste aanleg niet kon terugkomen van beslissingen waartegen in het eerdere hoger beroep niet was gegriefd of die in dat eerdere hoger beroep waren bekrachtigd. In aansluiting daarop heeft het scheidsgerecht overwogen dat ook als mocht blijken dat Elite feiten en stukken heeft achtergehouden, dat niet tot heroverweging van onherroepelijke bindende eindbeslissingen kan leiden. Volgens het scheidsgerecht rest dan slechts de mogelijkheid van een verzoek tot herroeping op de voet van art. 1068 (oud) Rv.

(ix) De arbitrale vonnissen van 11 december 2012, 7 juli 2014, 15 oktober 2015 en 12 december 2016 worden hierna gezamenlijk aangeduid als de ‘arbitrale vonnissen’.

2.2.1. [eiseres] heeft in deze procedure bij het hof gevorderd dat de arbitrale vonnissen gedeeltelijk worden herroepen op de voet van art. 1068 (oud) Rv, althans gedeeltelijk worden vernietigd op de voet van art. 1065 (oud) Rv.

2.2.2. Het hof heeft de vordering tot herroeping afgewezen op de grond dat niet was voldaan aan het voor herroeping gestelde vereiste dat het achterhouden van stukken en feiten is ontdekt na afloop van de arbitrale procedure. In een overweging ten overvloede heeft het hof als onjuist bestempeld het oordeel van het scheidsgerecht in hoger beroep dat ook als mocht blijken dat Elite stukken en feiten heeft achtergehouden, slechts de mogelijkheid van een verzoek tot herroeping openstaat.³⁴

2.2.3. Het hof heeft zich met betrekking tot de vordering tot gedeeltelijke vernietiging onbevoegd verklaard en heeft de zaak in zoverre verwezen naar de rechtbank.³⁵

2.2.4. De rechtbank heeft de vordering tot vernietiging afgewezen. Zij heeft geoordeeld dat daargelaten of, indien sprake is van bedrog, dit op zichzelf ertoe kan leiden dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde en dit een grond voor vernietiging oplevert, niet is komen vast te staan dat sprake is geweest van bedrog aan de zijde van Elite.

2.2.5. [eiseres] heeft hoger beroep ingesteld. Zij heeft onder meer aangevoerd dat de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog door Elite op onjuiste feiten zijn gebaseerd en daarom in strijd zijn met de openbare orde als bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv.

2.2.6. Het hof heeft in het bestreden arrest³⁶ het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het heeft overwogen dat het verwijt dat Elite bedrog heeft gepleegd – indien juist – grond voor herroeping oplevert. Dat daardoor de arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd, raakt – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde en levert geen grond op voor vernietiging. (rov. 3.8)

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 2 van het middel voert in de eerste plaats aan dat het hof heeft miskend dat niet aan de vereisten voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv is voldaan omdat het bedrog al tijdens de arbitrale procedure is ontdekt. Het onderdeel betoogt voorts dat onjuist is het oordeel van het hof dat het niet de openbare orde raakt en dus geen grond voor vernietiging oplevert als de arbitrale vonnissen als gevolg van bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd.

3.2.1. Bij de beoordeling van deze klachten dient het volgende tot uitgangspunt.

3.2.2. Herroeping kan ingevolge art. 1068 lid 1 (oud) Rv slechts plaatsvinden op de gronden (a) dat het vonnis geheel of ten dele berust op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd, (b) dat het vonnis geheel of ten dele berust op stukken die na de uitspraak vals blijken te zijn, of (c) dat een partij na de uitspraak stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van

34 Gerechtshof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1941.

35 Gerechtshof Amsterdam 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3507.

36 Gerechtshof Amsterdam 22 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3578.

de wederpartij zijn achtergehouden, in handen heeft gekregen. Deze gronden worden hierna gezamenlijk aangeduid als: bedrog.³⁷

3.2.3. Herroeping op grond van bedrog is blijkens de tekst van art. 1068 lid 1 (oud) Rv alleen mogelijk als het bedrog na de arbitrale procedure is ontdekt. Uit de strekking van de bepaling volgt dat het erom gaat of het bedrog redelijkerwijs nog in de arbitrale procedure aan de orde had kunnen worden gesteld.

3.2.4. Als een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, kan dat grond opleveren voor het oordeel dat het vonnis, of de wijze waarop het vonnis tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Een partij kan in een vernietigingsprocedure dus op deze grond vernietiging van een arbitraal vonnis vorderen.³⁸

Als bedrog tijdens een arbitrale procedure wordt ontdekt in een zodanig stadium dat dit redelijkerwijs nog aan de arbiters kan worden voorgelegd, geldt als uitgangspunt evenwel dat de partij die daarbij belang heeft het bedrog in de arbitrale procedure aan de orde moet stellen. Arbiters zijn in zodanig geval immers gehouden het beroep op bedrog op juistheid te onderzoeken, ook indien dat beroep wordt gedaan nadat al een tussenvonnis is gewezen.³⁹ Dat geldt ook indien het gaat om beslissingen in een tussenvonnis waartegen eerder tussentijds arbitraal hoger beroep is ingesteld. Laat die partij dat na, dan kan het gestelde bedrog in beginsel niet alsnog in een vernietigingsprocedure aan de orde worden gesteld.

3.2.5. Indien een partij in een arbitrale procedure stelt dat zij na een tussenvonnis stukken in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden en dat de inhoud daarvan op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zou zijn geweest, zal zij de bedoelde stukken in het geding moeten brengen. Als arbiters het beroep op bedrog na beoordeling van deze stukken hebben verworpen, kan niet na beëindiging van de arbitrale procedure op dezelfde grond vernietiging worden gevorderd. In dat geval kan immers niet meer worden gezegd dat de arbitrale beslissing onder invloed van het achterhouden van stukken tot stand is gekomen en kan op die grond van strijd met de openbare orde geen sprake zijn.

3.3.1. Het volgens [eiseres] door Elite gepleegde bedrog bestaat erin dat Elite stukken heeft achtergehouden. Dat heeft [eiseres] tijdens de arbitrale procedure ontdekt. Onderdeel 2 klaagt in het licht van hetgeen hiervoor in 3.2.3 en 3.2.4 is overwogen terecht dat het hof dit heeft miskend en ten onrechte heeft aangenomen dat herroeping mogelijk was. De beslissing van het hof wordt echter zelfstandig gedragen door zijn oordeel dat de openbare orde niet in het geding is. Dat oordeel, dat kennelijk niet is bedoeld in de algemene zin die het onderdeel veronderstelt, is juist. De volgens [eiseres] door Elite achtergehouden stukken zijn ingebracht in de arbitrale procedure (zie hiervoor in 2.1 onder (v)) en door arbiters beoordeeld, waarmee niet meer kan worden gezegd dat de arbitrale beslissing onder invloed van het achterhouden van de stukken tot stand is gekomen (zie hiervoor in 3.2.5).

3.3.2. Het oordeel van het scheidsgerecht in zijn eindvonnis dat de volgens [eiseres] door Elite achtergehouden stukken

geen nieuw licht op de zaak werpen en dat het geen aanleiding ziet om terug te komen van de in het tussenvonnis gegeven beslissingen (zie hiervoor in 2.1 onder (vi)) beruiste niet op het gestelde achterhouden van stukken, maar op de waardering van die stukken door het scheidsgerecht. Die waardering raakt niet aan de openbare orde. Dat het scheidsgerecht in hoger beroep de desbetreffende beslissing van het scheidsgerecht in eerste aanleg niet in tweede instantie heeft beoordeeld, op de onjuiste processuele grond dat het scheidsgerecht in eerste aanleg niet kon terugkomen van beslissingen uit het tussenvonnis waartegen eerder tussentijds arbitraal hoger beroep was ingesteld (zie hiervoor in 3.2.4), maakt dat niet anders.

3.4. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3.1 en 3.3.2 is overwogen, kan het oordeel van het hof dat het vonnis van de rechtbank, waarbij de vordering tot vernietiging is afgewezen, moet worden bekrachtigd, in stand blijven, ondanks de slagende klachten van onderdeel 2.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Elite begroot op € 916,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiseres] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Aan de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad ging een veelvoud aan eerdere uitspraken vooraf. In die procedures is eiseres tot cassatie als hoofdaannemer deels door verkeerde overwegingen van zowel het scheidsgerecht in hoger beroep als het hof in de vernietigingsprocedure van het kastje naar de muur gestuurd, om uiteindelijk bij de Hoge Raad (wederom) bakzeil te halen. Onzes inziens overigens volkomen terecht.

De vorderingen over en weer tussen de hoofdaannemer en zijn onderaannemer zijn ter beoordeling voorgelegd aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw. In een tussenvonnis wijst het scheidsgerecht in eerste aanleg de vordering van de hoofdaannemer af. De hoofdaannemer gaat tegen deze bindende eindbeslissing in tussentijds arbitraal hoger beroep. Nadat zijn grieven in dit appel zijn afgewezen, ontdekt de hoofdaannemer een brief die door de onderaannemer niet in het geding is gebracht. Naar de mening van de hoofdaannemer zou de brief alsnog moeten leiden tot toewijzing van de vordering van de hoofdaannemer door het scheidsgerecht in eerste aanleg en zou dit scheidsgerecht dienen terug te komen op diens bindende eindbeslissing. Het scheidsgerecht in eerste aanleg oordeelt echter (zie r.o. 2.1 sub (vi)) dat 'de brief van 21 oktober 2010 (...) geen nieuw licht [werpt] op het geschil zodanig dat daardoor een overweging voor heroverweging in aanmerking komt'. De hoofdaannemer gaat tegen deze uitspraak in arbitraal hoger beroep. Het scheidsgerecht in hoger beroep oordeelt vervolgens (i) dat ook als mocht

37 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, rov. 5.1.7.

38 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, rov. 5.1.8.

39 Vgl. voor herroeping HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, rov. 5.7.

blijken dat de onderaannemer feiten en stukken heeft achtergehouden, dit niet tot heroverweging van onherroepelijke bindende eindbeslissingen kan leiden en (ii) dat tegen onherroepelijke bindende eindbeslissingen uitsluitend kan worden opgekomen middels een verzoek tot herroeping op de voet van art. 1068 (oud) Rv. Het scheidsgerecht in hoger beroep komt op basis van deze twee processuele gronden niet toe aan een inhoudelijke behandeling van het hoger beroep. De hoofdaannemer vordert vervolgens bij de overheidsrechter dat de arbitrale vonnissen gedeeltelijk worden herroepen op de voet van art. 1068 (oud) Rv, althans gedeeltelijk worden vernietigd op de voet van art. 1065 (oud) Rv. Hij vordert beide bij het hof. Het hof wijst de vordering tot herroeping vervolgens af omdat de ontdekking van de brief niet na afloop van de arbitrale procedure had plaatsgevonden. Bovendien overweegt het hof in een *obiter dictum* dat onjuist is het oordeel van het scheidsgerecht in hoger beroep dat ook als mocht blijken dat stukken zijn achtergehouden slechts de mogelijkheid van herroeping openstaat. De vordering tot gedeeltelijke vernietiging was eveneens bij het hof ingesteld, terwijl dat destijds (voorafgaand aan de wetswijziging in 2015) bij de rechtbank diende te worden ingesteld. Het hof verklaart zich dan ook onbevoegd en verwijst deze vordering door naar de rechtbank. De rechtbank wijst deze vervolgens af omdat niet is komen vast te staan dat sprake is geweest van bedrog, waarbij de rechtbank tevens oordeelt dat zelfs als dit wel zou komen vast te staan, nog moet worden beoordeeld of dit in strijd met de openbare orde is en tot vernietiging leidt. De hoofdaannemer gaat in hoger beroep en het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Volgens dit hof (hetzelfde hof als het hof dat oordeelde over de herroeping, maar wel in een andere samenstelling) levert het verwijt dat de onderaannemer bedrog heeft gepleegd – indien juist – (uitsluitend) grond voor herroeping op. Het hof oordeelt daarbij tevens dat het feit dat de arbitrale vonnissen door dit eventuele bedrog op onjuiste feiten zijn gebaseerd – indien juist – op zichzelf niet de openbare orde raakt en geen grond oplevert voor vernietiging. Tegen dit oordeel van het hof stelt de hoofdaannemer beroep in cassatie in.

De Hoge Raad stelt voorop dat herroeping alleen mogelijk is indien het bedrog na de arbitrale procedure is ontdekt. Daarmee heeft dit hof (althans het hof in deze samenstelling) ten onrechte overwogen dat in casu herroeping mogelijk zou zijn. Dit is een vrij bizarre situatie omdat hetzelfde hof (maar in een andere samenstelling) met betrekking tot diezelfde herroeping eerder precies het tegenovergestelde had geoordeeld, namelijk (terecht) dat herroeping niet openstaat als het bedrog tijdens de arbitrale procedure is ontdekt. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat een arbitraal vonnis in strijd kan komen met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv (en dus vernietigbaar kan zijn) als het tot stand is gekomen onder invloed van bedrog.¹ De Hoge Raad oordeelt vervolgens echter in r.o. 3.3.1 dat de brief waaruit het bedrog zou moeten blijken tijdens de arbitrale procedure is ontdekt, zodat het oordeel van het hof dat herroeping mogelijk was onjuist is. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat nu de achtergehouden brief alsnog is ingebracht in de arbitrale procedure, niet meer kan worden gezegd dat de arbitrale beslissing onder invloed van het achterhouden van de stukken (het beweerdelijke bedrog dus) tot stand is gekomen. Daarmee is er geen sprake van schending van de open-

bare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Het feit dat het scheidsgerecht in eerste aanleg de brief als onvoldoende bewijs voor bedrog heeft gewaardeerd, berust op de waardering hiervan door het scheidsgerecht en raakt niet aan de openbare orde. Het feit dat het scheidsgerecht in hoger beroep op onjuiste processuele grond(en) deze beslissing niet in tweede instantie heeft beoordeeld, maakt dit niet anders. Aldus nog steeds de Hoge Raad.

Het oordeel van de Hoge Raad lijkt ons volkomen juist. Als er één ding is dat het arrest ons leert, is het dat het klaarblijkelijk niet voor eenieder eenvoudig is om de juiste rechtsmiddelen bij de juiste instanties aan te wenden. De Hoge Raad geeft (waarschijnlijk daarom) in dit arrest een aardig spoorboekje in r.o. 3.2.2 t/m 3.2.5.

De Hoge Raad sauveert in zijn arrest het oordeel van het hof dat gepleegd bedrog grond voor herroeping oplevert en dat het feit – indien juist – dat door het bedrog arbitrale vonnissen op onjuiste feiten zijn gebaseerd op zichzelf nog niet de openbare orde raakt en geen grond oplevert voor vernietiging, nu de Hoge Raad oordeelt dat dit oordeel van het hof kennelijk niet is bedoeld in algemene zin. Dit laatste is op zich juist. Immers, bedrog levert enkel grond voor herroeping op indien dit is ontdekt na de arbitrale procedure. Niet valt echter in te zien dat bedrog in een arbitrale procedure op zichzelf niet de openbare orde raakt. Dit lijkt ons wel degelijk mogelijk, mede gezien de parallellen met gewoon bedrog (art. 3:44 BW). En het feit dat partijen niet voor de overheidsrechter maar voor arbitrage in Nederland hebben gekozen, zou daar geen verschil in moeten maken. Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen kan in Nederland in geval van bedrog in die arbitrale procedure ook worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde (waarbij de omstandigheid dat een nationaalrechtelijk rechtsmiddel waarvan effect viel te verwachten niet is uitgeput van belang kan zijn).² In de onderhavige zaak zette de hoofdaannemer in op zowel herroeping als vernietiging wegens strijd met de openbare orde. De vernietigingsprocedure diende destijds bij de rechtbank te worden ingesteld en de herroepingsprocedure bij het hof. Inmiddels dienen (na de wetswijziging in 2015) beide procedures bij het hof te worden ingesteld. Op zich is dat eenvoudiger en kunnen deze verdelingen ook worden gecombineerd, waarbij herroeping ziet op specifieke gedragingen en een beroep op vernietiging wegens strijd met de openbare orde wellicht als breder subsidair vangnet kan dienen. Alhoewel er de nodige overlap bestaat tussen bedrog in het geding en strijd met de openbare orde (ze worden ook gezamenlijk behandeld in art. 1064-1068 Rv), kunnen er mogelijk enkele verschillen zijn, temeer nu herroeping wegens bedrog in het geding geen species is van strijd met de openbare orde, maar afstamt van het Romeinse recht. Een belangrijk verschil is echter de beroepstermijn: een vordering tot vernietiging dient te worden ingesteld binnen drie maanden na het arbitraal vonnis (art. 1064a Rv) en een vordering tot herroeping dient te worden ingesteld binnen drie maanden na ontdekking van het bedrog (art. 1068 Rv).

Tot slot wijden wij nog enkele opmerkingen aan de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv. Volgens art. 21 Rv dienen procespartijen alle voor de beslissing relevante informatie volledig en waarheidsgetrouw aan te voeren. Art.

¹ Zie ook HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, r.o. 5.1.8.

² HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1170, r.o. 3.3.2 (*Albaniabeg/Enel*).

21 Rv is erop gericht om de bewuste leugen uit te bannen, daar deze in het procesrecht niet aanvaardbaar is.³ Art. 21 Rv is echter opgenomen in Boek 1 Rv dat ziet op procederen voor een overheidsrechter. Art. 21 Rv is daarmee niet rechtstreeks van toepassing op arbitrale procedures. De Hoge Raad heeft in 2011 weliswaar geoordeeld dat de eerste volzin van art. 21 Rv geldt voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures, maar de Hoge Raad lijkt dit te hebben geoordeeld inzake de klacht dat art. 21 Rv niet zou gelden voor verzoekschriftprocedures en Snijders merkt in zijn noot bij dat arrest op zich terecht op dat art. 21 Rv (net als de rest van Boek 1 Rv) niet rechtstreeks van toepassing is op arbitrale procedures, al kunnen in Boek 4 Rv (inzake arbitrale procedures) volgens hem bepalingen van Boek 1 Rv wel voor een deel per analogiam worden toegepast.⁴ En voor zover de eerste volzin van art. 21 Rv (die ziet op een verplichting voor procespartijen om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren) wel rechtstreeks van toepassing zou zijn in arbitrale procedures, is onduidelijk welke sancties op niet-naleving hiervan staan, nu de Hoge Raad het in zijn arrest uit 2011 expliciet niet heeft over de tweede volzin van art. 21 Rv (welke de mogelijkheid voor de rechter inhoudt om uit het niet naleven van art. 21 Rv door enige procespartij de gevolgtrekkingen te maken die hij geraden acht).

Een interessante vraag is in hoeverre art. 21 Rv indirect van toepassing kan zijn op arbitrale procedures. De partijen bepalen zelf op welke wijze zij de arbitrale procedure voeren (art. 1036 Rv) en veelal hanteren zij hierbij de arbitrageregels van het betreffende scheidsgerecht. Hetzelfde geldt voor bewijsvoering, toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, bewijslastverdeling en bewijswaardering (art. 1039 Rv). Indirecte toepassing van art. 21 Rv lijkt daarbij enkel mogelijk te zijn indien partijen dit overeenkomen dan wel het scheidsgerecht dit bepaalt op grond van art. 1036 en/of art. 1039 Rv. Art. 21 Rv is in beginsel immers procesrechtelijk van aard en lijkt daarmee niet te vallen onder het materieel recht dat op grond van art. 1054 lid 1 Rv dient te worden toegepast in arbitrale procedures. Gezien de relatief grote vrijheid van arbiters lijkt de toepassing van art. 21 Rv op arbitrale procedures (waarbij het gevolg van het niet volledig en naar waarheid aanvoeren van feiten kan zijn dat de rechter daaruit de gevolgtrekkingen maakt die hij geraden acht) minder opportuun. De arbiters hebben sowieso al een vrij ruime bevoegdheid om de gevolgtrekkingen te maken die zij geraden achten. En als de wederpartij ontdekt dat stukken zijn achtergehouden, kan zij dit aankaarten bij het scheidsgerecht of (indien ontdekt na het arbitraal geding) zich bij het hof beroepen op herroeping. De drempel daarvoor is iets lager dan bij herroeping inzake een eerdere procedure voor de overheidsrechter. Op grond van art. 382 Rv dient het bij een eerdere procedure bij de overheidsrechter te gaan om stukken van beslissende aard, terwijl het bij art. 1068 Rv inzake een arbitrale procedure dient te gaan om stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest. Dit verschil is gevolg van het feit dat bij herroeping inzake een eerdere procedure bij een overheidsrechter de herroepingsprocedure dient te worden gebracht voor de rechter die in de laatste feitelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld

(art. 384 Rv), terwijl in geval van arbitrage de herroepingsprocedure dient te worden gebracht voor het hof (art. 1068 Rv) en het hof dient in te schatten of dit voor het scheidsgerecht van invloed zou zijn geweest. Maar dit maakt wel dat die drempel iets lager ligt.

Terug naar de onderhavige casus. Nu het beweerdelijke bedrog is aangekaart bij het scheidsgerecht, is een herroepingsprocedure niet mogelijk. Het beweerdelijke bedrog is immers niet ontdekt na het arbitrale vonnis (art. 1068 Rv). En omdat het scheidsgerecht over het beweerdelijk bedrog heeft geoordeeld, kan er geen sprake zijn van strijd met de openbare orde op grond van dit beweerdelijk bedrog en is vernietiging op die grond dus niet mogelijk (art. 1065 Rv). Alle vier procedures bij de overheidsrechter zijn daarmee op zich kansloos. Reconventionele vorderingen tot integrale proceskostenvergoeding zijn niet ingesteld, maar zouden aldus vrij kansrijk zijn gezien de evidente ongegrondheid van de vorderingen tot herroeping en vernietiging. Een verzachtende omstandigheid lijkt echter wel dat ook het scheidsgerecht in hoger beroep en het hof (in de tweede samenstelling) het ter zake niet bij het juiste eind hadden.

mr. M.C. van Rijswijk en mr. J.A.G. de Boer
advocaten bij Stonewater

167

ING Bank is niet aansprakelijk voor het geld dat een slachtoffer van de Tinder Swindler op diens verzoek naar een bankrekening overmaakte

Rechtbank Amsterdam
27 juli 2022, nr. C/13/707960 / HA ZA 21-872,
ECLI:NL:RBAMS:2022:4066

(mr. Jöbsis)
Noot mr. D.S. Volleberg en mr. M. van den Broek

Aansprakelijkheid bank. Zorgplicht bank. Subjectieve wetenschap van ongebruikelijke activiteiten.

[BW art. 6:89, 6:101]

Essentie: Een Zweedse vrouw, die op verzoek van een opdrachtgever (de Tinder Swindler) geld had overgemaakt naar een ING-rekening op naam van een Nederlandse vrouw, krijgt geen schadevergoeding van de bank. De vrouw meende dat de bank haar zorgplicht had geschonden door geen actie te ondernemen, terwijl de bank wist dat er ongebruikelijke transacties plaatsvonden op de rekening van die Nederlandse vrouw. De rechtbank oordeelt dat de bank voldoende onderzoek heeft gedaan en dat zij niet wist dat derden, zoals de Zweedse vrouw, mogelijk gevaar liepen. De bank is dus niet aansprakelijk.

Samenvatting: Banken spelen een centrale rol in het betalings- en effectenverkeer en de financiële dienstverlening. Zij zijn op die gebieden bij uitstek deskundig en beschikken over informatie die anderen missen. Die functie brengt mee dat ING een zorgplicht heeft tegenover haar cliënten én tegenover derden, zoals – in dit geval – [eiseres]. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Als een bank serieuze aanwijzingen heeft dat er iets mis is waar-

³ MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 146-147.

⁴ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, r.o. 3.3., m.nt. Snijders (sub 2).