

Recente ontwikkelingen: sterke verruiming van de tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen in New York

TvA 2017/37



New York courts' recent arbitration-friendly judgments.

New York's state and federal courts continue to take an approach favorable to arbitration and the enforcement of foreign arbitral awards. In *CBF Industria de Gusa v. AMCI Holdings*, the federal Court of Appeals for the Second Circuit underscored the New York Convention's single-step approach and firmly rejected any view that would condition recognition on confirmation of a foreign award in the country where the award was rendered. In *Abu Dhabi Commercial Bank v. Saad Trading*, New York State's Appellate Division confirmed that the two-step approach – recognition of a foreign court judgment confirming the foreign arbitral award – still remains permissible and may provide the added benefit that the New York courts need not have personal jurisdiction over the foreign judgment debtor in order to recognize the confirmation judgment, even if personal jurisdiction is required when the foreign arbitral award itself is directly enforced in New York. In *COMMISA v. Pemex*, the Second Circuit confirmed a foreign arbitral award that had already been invalidated in Mexico, where the award had been rendered. The federal court found that recognition of the foreign court's decision to invalidate the award, which resulted from a legislative intervention that retroactively repealed the government's consent to arbitration and de facto removed all opportunity for the plaintiff to challenge the government and seek redress, would be repugnant to fundamental notions of decency and justice, and was therefore unacceptable.

1. Inleiding

Verschillende statelijke en federale gerechten in New York hebben de laatste tijd uitspraken gedaan betreffende de tenuitvoerlegging en erkenning van buitenlandse vonnis-

sen, die men als uitermate 'arbitragevriendelijk' kan aanmerken. Elk van deze uitspraken vormt een belangrijke verruiming van de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen in New York (en van daaruit eventueel in de rest van de Verenigde Staten) en bevestigt de 'New Yorkse route' als een belangrijk instrument in het arsenaal van de prevalerende partij in internationale arbitrages.

De meest recente uitspraak is het arrest van het federale hof in Manhattan van 18 januari 2017 inzake *CBF Industria de Gusa/AMCI*, waarin het hof de 'single-step'-regel van het Verdrag van New York 1958² liet prevaleren over de ogenschijnlijk afwijkende bewoordingen van de *Federal Arbitration Act* (FAA). In een andere – opmerkelijke – zaak (*COMMISA/Pemex*) heeft het hof een buitenlands arbitraal vonnis erkend in de volle wetenschap dat het vonnis in de plaats van arbitrage al was vernietigd. Ten slotte is in New York tegenwoordig mogelijk dat de rechter een buitenlands rechterlijk verlot tot tenuitvoerlegging erkent, ook indien voor tenuitvoerlegging van het hieraan ten grondslag liggende arbitraal vonnis zélf geen plaats is (*Abu Dhabi Commercial Bank/Saad Trading*).

2. CBF/AMCI – spraakverwarring over de 'tenuitvoerlegging': confirmation, recognition en enforcement

Arbitrale vonnissen leveren in de Verenigde Staten, net als in Nederland en elders, geen executoriale titel op. Zoals in andere landen, is hiervoor eerst een rechterlijk vonnis van het land van tenuitvoerlegging zelf nodig – in dit geval een Amerikaans rechterlijk vonnis. Er zijn drie manieren waarop de winnende partij een dergelijke rechterlijk vonnis kan verkrijgen.

In de eerste plaats kan een partij om rechterlijk verlot tot tenuitvoerlegging vragen. In Nederland en andere Civil Law-landen staat dit verlot traditioneel bekend als een exequatur (zie art. 1062 lid 1 Rv). In de Verenigde Staten spreekt men van *confirmation*. Zie 9 U.S.C. § 9 ('any party to the arbitration may apply to the court [...] for an order confirming the award'). In de Amerikaanse doctrine geldt *confirmation* als het 'omzetten' van een arbitraal vonnis in een uitspraak van de lokale rechter.³

1 Prof. mr. O.A. Haazen is hoogleraar Comparative and Transnational Civil Procedure, Rijksuniversiteit Leiden, en directeur bij Grant & Eisenhofer in New York.

2 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, *Trb.* 1958, 145.

3 Zie bijv. *Ottley/Schwartzberg*, 819 F.2d 373 (2d Cir. 1987), p. 377 ('[T]he confirmation of an arbitration award is a summary proceeding that merely makes what is already a final arbitration award a judgment of the court.'), *Whirlpool Corp./Philips Elecs., N.V.*, 848 F. Supp. 474 (S.D.N.Y. 1994), p. 478 ('The confirmation of an arbitration award is [a] proceeding that converts a final arbitration award into a judgment of the Court.').

De tweede optie geldt alleen voor buitenlandse arbitrale vonnissen. Het gaat in essentie om precies hetzelfde, maar nu het over buitenlandse vonnissen gaat, spreekt men niet van ‘verlof tot tenuitvoerlegging’ maar van ‘tenuitvoerlegging’ (art. 1075 Rv) en in het Engels niet van *confirmation* maar van *enforcement*.⁴

De derde manier is een combinatie van de eerste twee: een exequatur van de rechter in de plaats van arbitrage en vervolgens erkenning/tenuitvoerlegging van die rechterlijke uitspraak in het land van tenuitvoerlegging. Dit ‘dubbel exequatur’ (of ‘two-step process’) was de regel onder de voorganger van het Verdrag van New York 1958, het Verdrag van Genève 1927⁵, en de belangrijkste reden om dat verdrag te vervangen, omdat het partijen dwong in essentie twee keer hetzelfde te vorderen.

Het taalgebruik op het stuk van tenuitvoerlegging is onvast. Zo bepaalt Section 207 van de FAA (die het Verdrag van New York 1958 implementeert en ziet op internationale arbitrages⁶) dat een partij bij de federale rechter *confirmation* kan vorderen, ofschoon zo iets in de terminologie van het Verdrag eigenlijk *enforcement* heet. Vermoedelijk omdat weinigen weten wat het verschil is en omdat het praktisch ook weinig uitmaakt, vragen Amerikaanse advocaten meestal om beide tegelijk: *confirmation* én *enforcement*. In CBF had verzoeker echter het lef gehad alleen de correcte term *enforcement* te gebruiken in een verzoek tot tenuitvoerlegging van een Frans arbitraal vonnis tegen een Zwitserse gedaagde. De rechtbank wees het verzoek af op de grond dat voorafgaand verlof tot tenuitvoerlegging van de Franse of Zwitserse rechter nodig zou zijn.⁷

Die opvatting is onjuist, zo heeft het federale appèlgerecht nu bepaald, want het zou betekenen dat een partij toch weer twee stappen (*confirmation* én *enforcement*) zou moeten zetten. Het Verdrag en diens implementatiewet vereisen géén dubbel exequatur.

“Read in context with the New York Convention, it is evident that the term “confirm” as used in Section 207 is the equivalent of “recognition and enforcement” as used

4 Een tussencategorie zijn internationale arbitrages die in Nederland of in de Verenigde Staten plaatsvinden. Over de tenuitvoerlegging hiervan heeft de Nederlandse respectievelijk Amerikaanse overheidsrechter primaire rechtsmacht. In Nederland noemen we een vonnis gewezen in Nederland als plaats van arbitrage een Nederlands arbitraal vonnis (wat het ook is). In de Verenigde Staten spreekt men van een *non-domestic arbitral award* om aan te geven dat het om internationale arbitrage gaat waarop de New York Convention weliswaar van toepassing is, maar men toch niet spreekt van *enforcement* doch van *confirmation*. Ze worden ook wel als ‘Bergesen awards’ of ‘U.S. Convention awards’ aangeduid.

5 Verdrag nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken, *Stb.* 1931, 399, *Trb.* 1952, 74. Het verdrag is wel ondertekend, maar heeft in Nederland nooit gegolden.

6 M.u.v. arbitrages onder de auspiciën van het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). De ICSID-implementatiewet behelst een eigen regeling die, conform art. 54 van de ICSID Conventie, federale rechtbanken exclusieve bevoegdheid verleent ICSID-vonnissen ten uitvoer te leggen op dezelfde wijze als vonnissen van de verschillende Amerikaanse staten. Zie 22 U.S.C. § 1650a.

7 *CBF Indústria de Gusa S/A/AMCI Holdings, Inc.*, 14 F. Supp. 3d 463 (S.D.N.Y. 2014), p. 478-79, zie ook *CBF*, 2015 WL 1190137, p. *9 (S.D.N.Y. 16 mrt. 2015).

in the New York Convention for the purposes of foreign arbitral awards. [...] [B]oth the New York Convention and its implementing legislation [the FAA] envision a single-step process for reducing a foreign arbitral award to a domestic judgment.”⁸

Daarmee is de dreiging van het omslachtig dubbel exequatur voor buitenlandse arbitrale vonnissen in elk geval in New York en omstreken opgeheven.

3. **Abu Dhabi Commercial Bank/Saad Trading – tenuitvoerlegging in New York zonder internationale rechtsmacht**

De constatering dat voorafgaand verlof tot tenuitvoerlegging niet vereist is en het arbitraal vonnis direct in verdragslanden tenuitvoergelegd kan worden, betekent niet dat die procedure ook gevolgd *moet* worden. Integendeel: een partij heeft de keuze om in plaats van erkenning en tenuitvoerlegging van het buitenlandse arbitrale vonnis in de Verenigde Staten, eerst een exequatur in eigen land te halen en vervolgens erkenning en tenuitvoerlegging van die rechterlijke uitspraak te vorderen.⁹ Zowel buitenlandse rechterlijke uitspraken als arbitrale vonnissen komen in de Verenigde Staten voor erkenning in aanmerkin

Waarom zou een partij vrijwillig de omslachtige weg van een dubbel exequatur volgen? Omdat het de winnende partij twee kansen biedt als deze aan één kans niet genoeg heeft. Zo is denkbaar dat verlof in de plaats van arbitrage een langere verjaringstermijn kent dan de driejaartermijn die voor erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen in de Verenigde Staten geldt (9 U.S.C. § 207). In een dergelijk geval blijft de route van het dubbele exequatur (verlof in de plaats van arbitrage, gevolgd door erkenning van dat exequatur in de Verenigde Staten) mogelijk, ook al is de vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van het buitenlands arbitraal vonnis zelf al verjaard.¹⁰

Het dubbel exequatur kan ook een uitweg bieden, indien men een executoriale titel zoekt jegens een partij waarover de executierechter geen internationale rechtsmacht heeft. Het is vaste rechtspraak dat een partij in New York niet zomaar een buitenlands arbitraal vonnis ten uitvoer kan leggen, als de gedaagde geen enkele band met New York heeft: erkenning van arbitrale vonnissen vereist dat internationale

8 *CBF*, 2017 WL 191944, p. *10.

9 *Victrix S.S. Co., S.A./Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709 (2d Cir. 1987), p. 714 (‘We have previously upheld, without discussion, the confirmation of a London arbitration award by a United States District Court even though the award had already been converted to a judgment by a British court.’).

10 *Commissions Import Export S.A./Congo*, 757 F.3d 321 (D.C. Cir. 2014), p. 333, *Seetransport Wiking Trader Schifffahrtsgesellschaft MBH & Co.*, 989 F.2d 572 (2d Cir. 1993), p. 582. Zie voor de spiegelbeeldige situatie: HR 17 april 2015, NJ 2015/453, ECLI:NL:HR:2015:1077 (*NRSL/Kompas Overseas*) r.o. 3.4.2 (erkenning/tenuitvoerlegging van buitenlands arbitraal vonnis mogelijk, ook al is verlofsactie naar buitenlands recht verjaard).

rechtsmacht over gedaagde bestaat.¹¹ Erkenning van een buitenlands exequatur (d.i. een rechterlijke uitspraak) kan echter niet wegens gebrek aan internationale bevoegdheid of *forum non conveniens* geweigerd worden.

Erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken is van staat tot staat geregeld in de lokale versies van de *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*. In *Abu Dhabi Commercial Bank*¹² heeft de appèlrechter van de Staat New York uitgemaakt dat de New Yorkse wet (art. 53 *N.Y. Civil Practice Law and Rules*) aan de erkenning van buitenlandse rechterlijke uitspraken *niet* de eis stelt dat de rechtbank internationale rechtsmacht heeft over de gedaagde. Hiermee is duidelijk dat het dubbele exequatur een sluipteg is in het geval dat verjaring of het ontbreken van rechtsmacht de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis blokkeert en dat rechters in New York partijen ruimere mogelijkheden tot tenuitvoerlegging bieden dan waarin het Verdrag van New York 1958 voorziet.

4. **COMMISA/Pemex – tenuitvoerlegging na vernietiging**

Omgekeerd is mogelijk dat erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis méér voordelen biedt dan erkenning van de buitenlandse rechterlijke uitspraak over dat vonnis (afgezien van de omstandigheid dat dan slechts één stap vereist is). Een voorbeeld is de situatie dat het arbitrale vonnis in het land van herkomst door de lokale rechtbank is vernietigd.

Wordt een buitenlands arbitraal vonnis door de rechter in de plaats van arbitrage vernietigd, dan ontstaat een conflict tussen de rechterlijke vernietiging en het vernietigde arbitrale vonnis, indien de ene partij erkenning van het arbitraal vonnis wenst en de andere de vernietiging tegenwerpt. In dat geval gaat de rechterlijke uitspraak in beginsel voor. Een vernietigd arbitraal vonnis wordt in beginsel niet erkend, ook niet indien de vernietiging in het buitenland enkel geschiedde op gronden die in de Verenigde Staten niet gelden en het vonnis daar wel tenuitvoergelegd had kunnen worden, indien het een Amerikaans vonnis was geweest.¹³

Hier zijn verschillende goede redenen voor. Erkenning van buitenlandse arbitrale vonnissen kan slechts op beperkte, in het Verdrag opgesomde gronden worden geweigerd (art. V). De lokale vernietigingsrechter met primaire rechtsmacht staat echter geheel vrij om het arbitrale vonnis naar

de regels van het eigen arbitragerecht te beoordelen, te vernietigen of te herroepen. Het is niet de bedoeling dat een buitenlandse rechter met secundaire rechtsmacht diens oordeel hieromtrent telkens in twijfel gaat trekken of gaat herbeoordelen naar het eigen arbitragerecht. Het zou ook niet praktisch zijn en een prikkel creëren om met een vernietigd arbitraal vonnis te gaan shoppen in landen waar diezelfde vernietigingsgrond niet geldt.¹⁴ Dat zou de vrijheid van verdragsstaten om het eigen arbitragerecht naar lokale voorkeuren in te richten ondermijnen (t.a.p.).

Niettemin is de rechter niet *verplicht* gevolg te geven aan de vernietiging van een buitenlands arbitraal vonnis. Art. V lid 1(e) noemt als één van de gronden om erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis te weigeren de situatie dat het vonnis is vernietigd in het land van de plaats van arbitrage. In de niet-authentieke Nederlandse tekst (zie art. XVI lid 1) heet het dat erkenning en tenuitvoerlegging in dat geval 'zullen [...] geweigerd worden'. De authentieke Engelse tekst luidt evenwel dat '[r]ecognition and enforcement of the award *may* be refused' in geval van vernietiging (mijn cursivering). Als bekend kwam het Hof Amsterdam in de *Yukos*-zaak tot dezelfde conclusie.¹⁵

In *COMMISA/Pemex* weigerde de Amerikaanse rechter onlangs de vernietiging door een Mexicaanse rechter te erkennen en legde het vernietigde arbitraal vonnis ten uitvoer.¹⁶ Amerikaanse lagere rechters hebben eerder arbitrale vonnissen erkend die in het land van oorsprong onder vuur lagen. In *In re Chromalloy Aeroservices* bijvoorbeeld erkende de federale rechtbank een arbitraal vonnis tegen Egypte dat in hoger beroep in Egypte was geschorst, terwijl in de arbitrageovereenkomst elke vorm van beroep 'or other recourse' juist was uitgesloten.¹⁷ *Pemex* betrof een veel interessanter geval.

COMMISA had met het Mexicaanse staatbedrijf Pemex-Exploración Y Producción afgesproken dat COMMISA olieplatforms in de Golf van Mexico zou bouwen. Het project liep vast en partijen beschuldigden elkaar over en weer van tekortkoming in de nakoming. In 2004 zegde Pemex de overeenkomst op en liet COMMISA van de platformen verwijderen. Vijf jaar later oordeelde een arbitraal panel in het voordeel van COMMISA en veroordeelde Pemex tot betaling van \$ 300 miljoen. Tijdens de arbitrageprocedure had de Mexicaanse wetgever echter een wetswijziging doorgevoerd die alle arbitrageclausules in overheidscontracten herriep en de bestuursrechter exclusieve rechtsmacht gaf over dergelijke zaken. De wetgever verkortte bovendien

11 Zie *Frontera Res. Azerbaijan Corp./State Oil Co. of Azerbaijan Republic*, 582 F.3d 393 (2d Cir. 2009), p. 397 (Art. V '[does not] alter the fundamental requirement of jurisdiction over the party against whom enforcement is being sought'), *Sonera Holding B.V./Cukurova Holding A.S.*, 750 F.3d 221 (2d Cir. 2014), p. 226, *Opal Fin. Ltd./Agrenco Madeira Comercio Internacional LDA*, 2010 WL 476711, p. *1 (S.D.N.Y. Feb. 3, 2010).

12 *Abu Dhabi Commercial Bank PJSC/Saad Trading, Contracting & Fin. Servs. Co.*, 986 N.Y.S.2d 454 (App. Div. 1st Dep't 2014), p. 458-59. Eender: *Passport Special Opportunities Master Fund, L.P./Ary Communications, Ltd.*, 2015 WL 75115402015 (N.Y. Sup. 17 nov. 2015).

13 *TermoRio S.A. E.S.P./Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

14 *Baker Marine (Nig.) Ltd./Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999), p. 197 (onder aanhaling van A.J. van den Berg, *The New York Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation* (1981), p. 355). Zie ook *TermoRio*, p. 251.

15 Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451 (*Yukos Capital/Rosneft*), r.o. 3.5 (overwegende dat 'de Nederlandse rechter in ieder geval niet verplicht is verlot tot tenuitvoerlegging van een vernietigd arbitraal vonnis te weigeren indien het buitenlandse vonnis waarbij het arbitrale vonnis is vernietigd, niet in Nederland kan worden erkend').

16 *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V./Pemex-Exploración Y Producción*, 832 F.3d 92 (2d Cir. 2016).

17 *Chromalloy Aeroservices*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

de verjaringstermijn van tien jaar tot slechts 45 dagen (!) (*Pemex*, p. 98-100). Op grond van die nieuwe wet vorderde Pemex bij de bestuursrechter in Mexico vervolgens met succes vernietiging van het arbitraal vonnis.

De federale rechters in New York (rechtbank en hof) weigerden hierin mee te gaan, overwegende dat erkenning van die vernietiging in strijd zou zijn met de Amerikaanse openbare orde ('public policy'). Op het moment dat partijen hun overeenkomst sloten was de arbitrageclausule immers geldig (eveneens bij aanvang van de arbitrage). Omdat Pemex bovendien ruimschoots aan de arbitrage had deelgenomen alvorens een bevoegdheidsverweer op te werpen, stond hiermee volgens de Amerikaanse rechter de arbitrale bevoegdheid vast. De wetswijziging met onmiddellijke werking had de facto terugwerkende kracht¹⁸ en druiste in tegen gerechtvaardigde verwachtingen op grond van wet en overeenkomst. In samenhang met de verkorting van de verjaring tot 45 dagen had de vernietiging bovendien tot gevolg dat COMMISA elke toegang tot geschilbeslechting werd ontnomen (*Pemex*, p. 107-10). De Amerikaanse rechter zag in de opzegging, de fysieke verwijdering van personeel van de platformen en het afsnijden van een effectieve rechtsgang een onteigening zonder enige vorm van proces of schadeloosstelling.¹⁹

Volgens het hof was deze gang van zaken 'repugnant to fundamental notions of what is decent and just' (*Pemex*, p. 106). Het zag zich daarom genoodzaakt de vernietiging naast zich neer te leggen en in plaats daarvan het vernietigde vonnis ten uitvoer te leggen. Ofschoon het hof de uitzonderlijke omstandigheden en de 'truly unusual procedure history' van de zaak benadrukte en rechtbanken maande tot terughoudendheid bij de toepassing van de openbare orde-uitzondering (*Pemex*, p. 106, 111), toont *Pemex* niettemin een duidelijke bereidheid van de Amerikaanse rechter zich kritisch op te stellen tegenover buitenlandse overheidsrechters en arbitrale uitspraken te beschermen tegen ingrepen van een opportunistische overheid die bij de uitkomst een direct belang heeft.²⁰

5. Tot slot

De *Pemex* en *Abu Dhabi* casus lijken enigszins op het scenario van *NRSL/Kompas Overseas* (HR 17 april 2015, NJ 2015/453, ECLI:NL:HR:2015:1077), waarin eveneens de spanning tus-

sen verschillende alternatieve routes aan de orde was. In die zaak had Kompas verzocht om tenuitvoerlegging van een Russisch arbitraal vonnis zowel in Rusland zelf als in Nederland. Anders dan in *Abu Dhabi* vroeg Kompas echter niet om erkenning van een buitenlands exequatur, maar om tenuitvoerlegging van het buitenlands arbitraal vonnis zelf. En anders dan in *Pemex* was, toen verzoeker tenuitvoerlegging in het buitenland verzocht, het buitenlands arbitraal vonnis in de plaats van arbitrage niet vernietigd; de rechter had slechts tenuitvoerlegging geweigerd. Weliswaar voerde de wederpartij aan dat een geweigerde tenuitvoerlegging 'naar Russisch recht hetzelfde effect heeft als een vernietiging' (r.o. 3.2.4), maar dat betoog werd door hof en Hoge Raad verworpen (r.o. 3.7.1-2). Het ging aldus om een 'eenvoudige' tenuitvoerlegging van een buitenlands arbitraal vonnis dat in kracht van gewijsde was gegaan. Weigering van de tenuitvoerlegging in het land waar een arbitraal vonnis is gewezen, valt niet onder de weigeringsgronden van art. 1076 Rv (r.o. 3.2.4, 3.7.2).

18 *Pemex*, p. 108. Zie omtrent 'onmiddellijke werking met terugwerkende kracht' O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer 2001, p. 437-38.

19 *Pemex*, p. 110-11. Vgl. *Thai-Lao Ignite (Thailand) Co./Lao People's Dem. Rep.*, 997 F. Supp. 2d 214 (S.D.N.Y. 2014), p. 223 (erkenning van vernietigd arbitraal vonnis vereist dat de vernietiging in strijd was met 'basic notions of justice' of 'fundamental notions of what is decent and just' in de uitvoeringsstaat).

20 Zie voor een vergelijkbare uitkomst in de *Yukos*-zaak Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451 (*Yukos Capital/Rosneft*), r.o. 3.4-5, 3.9.4 en 3.10. De Hoge Raad kwam in cassatie niet toe aan de vraag naar tenuitvoerlegging in weerwil van vernietiging in de plaats van arbitrage. Zie HR 25 juni 2010, NJ 2012/55, ECLI:NL:HR:2010:BM1679 (*Rosneft/Yukos Capital*).