

## Anti-suit injunctions in nationaal en Europees perspectief<sup>1</sup>

Mr. M. van Leyenhorst<sup>2</sup>



### I Inleiding

Incidenten in internationale arbitrages lijken de afgelopen jaren steeds vaker voor te komen. De idee dat arbitrage een *one stop shop* is en daardoor een snelle en efficiënte wijze van geschillenbeslechting biedt, wordt door deze ontwikkeling aangetast. Met name wrakingincidenten komen de laatste jaren frequenter voor. Een internationaal veelvoorkomend incident, dat in Nederland nog weinig is toegepast in arbitrageprocedures, betreft het indienen van een verzoek tot het geven van een anti-suit injunction. Onder anti-suit injunctions wordt in dit artikel verstaan het rechterlijk of arbitraal verbod tot het beginnen en/of continueren van een gerechtelijke procedure. Deze bijdrage ziet op de mogelijkheden en onmogelijkheden van dergelijke anti-suit injunctions binnen de Nederlandse rechtspraak, in het bijzonder in het kader van internationale arbitrale procedures.<sup>3</sup>

In internationale aan arbitrage onderworpen geschillen komt het met enige regelmaat voor dat een partij zich tracht te onttrekken aan de arbitrale procedure door in haar thuisstaat een procedure bij de overheidsrechter te starten over het onderwerp dat aan arbitrage is onderworpen. De verwachting

zal daarbij zijn dat de 'eigen' rechter genegen zal zijn de (rechts)persoon uit het eigen land in het gelijk te stellen. Zoals bekend zijn er enkele landen waarvoor geldt dat, ook in gevallen waar art. II (3) van het Verdrag van New York<sup>4</sup> toegepast zou moeten worden, het niet denkbeeldig is dat deze verwachting uitkomt. De wederpartij zal in voorkomend geval de overeengekomen arbitrale procedure willen veiligstellen en willen voorkomen dat de buitenlandse rechter zich met het geschil inlaat. In deze bijdrage zal onderzocht worden in hoeverre de Nederlandse rechter en/of arbiters in een Nederlandse (internationale)<sup>5</sup> arbitrage, de bewuste partij kunnen verbieden de in het buitenland in strijd met de arbitrageovereenkomst aanhangig gemaakte procedure voort te zetten, dan wel de bewuste partij te verbieden de procedure in het buitenland te beginnen. In essentie komen dergelijke maatregelen neer op anti-suit injunctions.<sup>6</sup>

In het hiernavolgende zal eerst de Nederlandse benadering van anti-suit injunctions, in de relatie van overheidsrechters onderling, worden uiteengezet. Vervolgens zal beoordeeld worden of (ook) in arbitrageverband dergelijke maatregelen in beginsel genomen kunnen worden, en zo ja, door wie en onder welke omstandigheden. Ten slotte zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre Europese regelgeving en rechtspraak de mogelijkheid van het afgeven van anti-suit injunctions in EU-verband doorkruist.

### 2 Anti-suit injunctions in de Nederlandse overheidsrechtspraak

Het toewijzen door de Nederlandse rechter van een expliciet verbod tot (verder) procederen is tot op

1 Dit artikel moet worden aangehaald als: M. van Leyenhorst, 'Anti-suit injunctions in nationaal en Europees perspectief', *TVA* 2009, 28.

2 Mr. M. van Leyenhorst is advocaat te Rotterdam en redactiesecretaris van *TVA*.

3 Zie voor enige algemene beschouwingen over verschillende soorten anti-suit injunctions: *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, (E. Gaillard ed., 2005). Zie voor een uiteenzetting van verschillende benaderingen van anti-suit injunctions in de VS: J. Fellas, *Anti-Suit Injunctions In Aid Of Arbitration*, Mealey's International Arbitration Report, Vol. 20 April 2005, Issue 4, p. 25-34.

4 Art. II (3) van het Verdrag van New York bepaalt dat een rechter van een verdragsluitende staat, bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst tot arbitrage zijn aangegaan, partijen in beginsel dient te verwijzen naar arbitrage.

5 Hiermee wordt bedoeld een arbitrage met partijen uit verschillende landen, waarbij de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen.

6 Deze bijdrage gaat uitsluitend over anti-suit injunctions ter bescherming van de arbitrale procedure; niet mede over injunctions die juist de arbitrale procedure trachten te saboteren.

heden slechts enkele malen voorgekomen.<sup>7</sup> Hieronder zullen drie casus, alle van redelijk recente datum, worden besproken.

In 2002 beslechtte de Rb. Almelo een geschil waarin vader en dochter als eisers optraden.<sup>8</sup> Zij hadden blijkens het vonnis voorafgaand aan deze procedure reeds jarenlang telkens nieuwe procedures gestart tegen telkens dezelfde gedaagden, betreffende telkens hetzelfde onderwerp. De rechtbank overwoog dat de verschillende aanhangige procedures, inclusief de eventuele vervolgen daarop in hoger beroep en cassatie, alle bestaande geschillen zouden kunnen beëindigen en dat het entameren van nieuwe procedures niet zou bijdragen aan het beëindigen van de conflicten. Het desondanks aanhangig maken van nieuwe procedures betreffende hetzelfde onderwerp leverde daarom, aldus de rechtbank, misbruik van bevoegdheid op (art. 3:13 BW). Vader en dochter werd op die grond een ‘*procedeerverbod*’ opgelegd met een dwangsom van € 25 000 per overtreding.

De eerste Nederlandse uitspraak waarin uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan ‘*anti-suit injunctions*’ lijkt te zijn Rb. ’s-Gravenhage (vzr.) 5 augustus 2004, NJ 2004, 597 (*Medinol/Cordis*). Cordis vorderde in dit kort geding in reconventie dat Medinol zou worden verboden nieuwe vorderingen in kort

geding in te stellen op basis van – kort gezegd – vermeende octrooirechten, totdat over de geldigheid van het octrooi definitief zou zijn beslist. De voorzieningenrechter overwoog als volgt:

‘De stelling van Medinol dat een vordering als de onderhavige, welke zij aanmerkt als een “anti-suit-injunction” (wat er van die kwalificatie ook zij), naar Nederlands recht onder geen enkele omstandigheid toegestaan zou zijn – welke stelling zij verder niet heeft onderbouwd – is onjuist. Het moge zo zijn dat er in de Nederlandse rechtspraak op het eerste gezicht geen gevallen zijn aan te wijzen waarin een dergelijke vordering, zo al ooit ingesteld, is gehonoreerd, maar dat neemt niet weg dat er geen wetsbepaling valt aan te wijzen die er aan in de weg staat dat een verbod kan worden uitgesproken tot het aanhangig maken van een procedure, indien overigens is voldaan aan de eisen welke worden gesteld aan het constateren van een (dreigende) onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 juncto artikel 3:13 BW.

Dat – inderdaad uitzonderlijke – geval doet zich hier voor. Onder verwijzing naar hetgeen in conventie is overwogen moeten inbreukacties in kort geding op basis van de divisionals bij de huidige stand van zaken (dat wil zeggen: zolang in de oppositie nog geen eindbeslissing is genomen) als op voorhand volstrekt kansloos worden aangemerkt. Het aanspannen van nieuwe inbreuk-korte gedingen door Medinol op basis van die divisionals heeft dan ook te gelden als misbruik van (proces)recht en daarmee als jegens de aangesproken wederpartij onrechtmatig handelen.’<sup>9</sup>

De voorzieningenrechter stelde Medinol een dwangsom ten bedrage van € 5 miljoen in het vooruitzicht voor iedere overtreding van het verbod.

De laatste te behandelen casus waarin een Nederlandse rechter besliste over het afgeven van een anti-suit injunction, betreft een zogenaamde Dexia-zaak. Dexia Bank Nederland N.V. is een verbod opgelegd om nieuwe dagvaardingen uit te brengen ter zake van bepaalde geschillen over de aandelenleaseproducten van de bank.<sup>10</sup> Opmerkelijk daarbij is dat de rechter in deze zaak uitdrukkelijk overwoog dat de stellingen die Dexia in de nog aan te brengen procedures zou willen innemen, niet bij voorbaat kansloos waren<sup>11</sup> en dat Dexia een redelijk belang had bij het instellen van nieuwe procedures tegen wanbetalers. Desondanks oordeelde de voorzieningenrechter dat sprake was van een zodanige onevenredigheid van belangen, dat Dexia misbruik van haar bevoegdheid zou maken indien zij voorafgaand aan 15 april 2005 nog nieuwe procedures aanhangig zou maken (begin april 2005 werd een beslissing van het Hof Amsterdam op het bewuste standpunt van Dexia verwacht). Dexia werd dan ook verboden nieuwe zaken aan te spannen die zouden voldoen aan bepaalde, door de voorzieningenrechter nader aangeduide criteria. Dit verbod werd gegrond op art. 3:13 en 6:162 BW.<sup>12</sup>

Uit bovengenoemde uitspraken blijkt dat het toewijzen van een verbod tot (verder) procederen omtrent een bepaald geschil, in Nederland in be-

- 7 Zie voor minder vergaande, maar in dit kader eveneens interessante beslissingen: Van Nispen, Onrechtmatige Daad (oud) IIB, nr. 222a. Zie met name sub (f), waaronder Rb. Arnhem (pres.) 24 augustus 1984, NJ 1986, 86 en Rb. Middelburg (pres.) 25 januari 1985, NJ 1987, 114. Beide genoemde vonnissen zien op een bevel tot het opheffen van een in het buitenland gelegd conservatoir beslag. In laatstgenoemde zaak werd overigens geoordeeld dat het afgeven van een bevel tot intrekking van een in de VS lopende procedure onder de aldaar genoemde omstandigheden ‘*te ver*’ zou gaan.
- 8 Rb. Almelo 14 augustus 2002, NJ 2002, 491 (*J. en J./Usselo Center B.V. c.s.*).
- 9 Deze beslissing vond navolging in Rb. Almelo (vzr.) 11 oktober 2005, NJF 2006, 18 (*Allround Automations v.o.f. c.s./Onck*).
- 10 Rb. Amsterdam (vzr.) 14 december 2004, NJF 2005, 27 (*Stichting Leaseverlies c.s./Dexia Bank Nederland N.V.*).
- 11 Het ging om het standpunt dat het aandelenleaseproduct niet vernietigbaar is indien de echtgenoot geen toestemming heeft gegeven voor het aangaan van de betreffende overeenkomst: art. 1:88 BW. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de Hoge Raad dit standpunt van Dexia inmiddels heeft verworpen. Zie HR 28 maart 2008, RvdW 2008, 362.
- 12 Overigens is het in zaken van collectieve schadeafwikkeling ook mogelijk dat lopende procedures worden geschorst omdat er een verzoek tot verbindendverklaring van een collectieve schadeovereenkomst behandeld wordt (zie art. 1015 lid 1 en 7:907 BW). Dit was in het onderhavige kort geding niet aan de orde.

ginsel mogelijk is. Het afgeven van een dergelijk verbod vond in de genoemde uitspraken zijn grondslag in – met name – art. 3:13 BW.

In het kader van dit artikel is van belang op te merken dat een door de Nederlandse rechter gegeven gebod of verbod in het algemeen grensoverschrijdend kan zijn. Verwezen zij naar bijvoorbeeld HR 24 november 1989.<sup>13</sup>

“Tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld. In het algemeen is er geen reden om aan te nemen dat er voor zulk een veroordeling geen plaats is wanneer het gaat om een verplichting – eventueel een verplichting naar vreemd recht – die buiten Nederland moet worden nagekomen.”<sup>14</sup>

Een meer beperkte opvatting als door het onderdeel verdedigd vindt geen steun in het recht en zou in een tijd van toenemende internationale contacten tot het voor de praktijk onwenselijke resultaat leiden dat in geval van onrechtmatige daden met een internationaal karakter – zoals aantasting van intellectuele eigendomsrechten en ongeoorloofde mededinging in meer landen of grensoverschrijdende milieuvervuiling – de Nederlandse gelaedeerde genoopt zou kunnen worden zich in alle betrokken landen tot de rechter te wenden.<sup>15</sup>

Er is naar mijn mening geen goede reden om aan te nemen dat een verbod tot procederen in principe niet eveneens grensoverschrijdende werking kan hebben, in het bijzonder in gevallen waarin dergelijk procederen in (kennelijke) strijd is met een geldig arbitraal beding. Van Haersolte-van Hof heeft in 2004 betoogd dat, hoewel grensoverschrijdende verboden onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn, hieruit niet volgt dat ook anti-suit injunctions mogelijk zouden zijn.<sup>16</sup> Op zichzelf is dat juist, maar gegeven het feit dat op basis van Nederlands recht anti-suit injunctions kunnen worden toegewezen, zoals blijkt uit bovenstaande casus, zie ik in zijn algemeenheid geen beletsel om dergelijke maatregelen ook grensoverschrijdend toe te staan, evenals dat mogelijk is bij andere geboden en verboden. Dit ligt anders bij de – Van Haersolte-van Hof in haar artikel kennelijk ook voor ogen staande – anti-suit injunctions waarbij een verbod wordt gevorderd om een procedure te beginnen bij een overheidsrechter in een ander EU-land. Dergelijke gevallen worden namelijk geblokkeerd door Europees recht, in het bijzonder door de arresten van het Europese Hof van Justitie *Turner/Grovit* en *Allianz/West Tankers*, welke arresten hieronder besproken zullen worden.

### 3 Anti-suit injunctions in Nederlandse arbitrale procedures

Hierboven is uiteengezet dat de Nederlandse rechter de bevoegdheid heeft – en ook daadwerkelijk heeft gebruikt – om op grond van misbruik van

bevoegdheid (art. 3:13 BW) en/of (dreigende) onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) een verbod uit te spreken om ter zake van specifieke geschillen (voort) te procederen. Dat verbod kan naar mijn mening, evenals andere geboden, in beginsel ook gericht zijn op handelingen die in het buitenland verricht worden of verricht dreigen te worden.

In het kader van arbitrale procedures rijst in dit kader de vraag of een partij die zich door middel van een arbitrageovereenkomst heeft verplicht een bepaald geschil aan arbitrage voor te leggen, wanprestatie pleegt door het geschil desondanks aan de gewone rechter voor te leggen. Naar mijn mening is dat onder omstandigheden het geval.<sup>17</sup> Een arbi-

- 13 HR 24 november 1989 (kort geding), *NJ* 1992, 404 (*Focus Veilig/The Lincoln Electric Company*; m.nt. D.W.F. Verkade).
- 14 Terzijde wordt opgemerkt dat het m.i. niet goed denkbaar is dat een verplichting naar vreemd recht zou kunnen worden toegewezen op grond van art. 3:296 BW (i.e. Nederlands materieel recht), waarnaar de Hoge Raad in dit citaat verwijst.
- 15 R.o. 4.2.4. Vgl. ook HR 19 maart 2004 (kort geding), *NJ* 2007, 585 (*Philips/Postech en Princo*), r.o. 3.4.3, waarin aan het voorgaande werd toegevoegd dat – in dat geval inzake een geschil over intellectueel eigendomsrecht – in beginsel geen terughoudendheid van de rechter vereist is (in octrooizaken speelt in internationale gevallen echter wel een beperking van de internationale bevoegdheid, waaromtrent HR 30 november 2007, *IER* 2008/12 (m.nt. SdW). Zie voor verdere rechtspraak omtrent grensoverschrijdende verboden: Rb. Arnhem (pres.) 12 april 1990, *IER* 1990, p. 66 (*Reebok*) en Rb. 's-Gravenhage (pres.) 28 december 1990, *KG* 1991, 80, *IER* 1991, p. 19 (*Pipe Liners/Wavin*), bekrachtigd door Hof 's-Gravenhage 16 januari 1992, *KG* 1992, 85, *IER* 1992, p. 53. Opmerking verdient overigens dat in Rb. 's-Gravenhage (pres.) 21 september 1999, *TvA* 2000/2 (m.nt. FDL), p. 74, wordt gesteld dat de aldaar ingestelde vordering ‘in elk geval niet toegewezen zou zijn geweest voor zover het betrekking heeft op het gebied buiten Nederland’ (r.o. 3.6). Deze – ongemotiveerde – beslissing lijkt niet goed te rijmen met genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad.
- 16 J.J. van Haersolte-van Hof, *Arrest Turner/Change-point. Weg met de anti-suit injunction!*, *NTER* 2004, nr. 8/9, p. 228-230.
- 17 Zie ook H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, derde druk (2007), aant. 1 bij art. 1022 Rv, alsmede in: *Op de grens van burgerlijk en burgerlijk procesrecht* (afscheidsrede EUR 1992), p. 40-41. Een voorbeeld van toewijzing van schadevergoeding wegens wanprestatie onder de arbitrageovereenkomst, door de zaak aanhangig te maken bij de (Nederlandse) gewone rechter, is te vinden in het vonnis *RvAB* 26 oktober 1990, No. 13.915, gepubliceerd in *BR* 1992/1, p. 60-61. Meijer meent dat een vordering tot betaling van de gehele schade wegens niet nakoming van de arbitrageovereenkomst niet mogelijk is, behoudens ‘buitengewone omstandigheden, zoals bij misbruik van procesrecht of onrechtmatige daad’ (G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (proefschrift, juni 2008), par. 5.2.2.3). Ik meen dat dit, zij het in andere benadering, in lijn is met het bovenstaande.

trageovereenkomst behelst immers een wederzijdse verbintenis van de partijen om bepaalde geschillen aan arbitrage te onderwerpen (art. 1020 lid 2 Rv). Dit impliceert dat een partij het geschil inhoudelijk niet aan de overheidsrechter mag voorleggen.<sup>18</sup> Daarbij geldt echter de complicatie dat niet duidelijk afgebakend is in welke mate het recht om zich tot de overheidsrechter te wenden, na het sluiten van een arbitrageovereenkomst nog bestaat.

Enerzijds kan worden betoogd dat de arbitrageovereenkomst een algehele afstand van recht op toegang tot bij de wet ingestelde gerechten behelst.<sup>19</sup> In deze visie bestaat er na het sluiten van een arbitrageovereenkomst geen bevoegdheid meer tot het adieren van de rechter. Een partij die desondanks naar de rechter stapt maakt in dat geval dus geen misbruik van bevoegdheid; de bevoegdheid bestaat immers niet langer. Wel pleegt de bewuste partij in deze redenering wanprestatie onder de arbitrageovereenkomst; er is een (in deze bijdrage veronderstelde toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van de verbintenis ex art. 1020 lid 2 Rv. Dit impliceert dat een partij die aldus een (buitenlandse) rechter inschakelt, op grond van art. 3:296 BW veroordeeld kan worden zulks na te laten of die handelingen te staken.<sup>20</sup> Een dergelijke veroordeling kan worden gecombineerd met het opleggen van een dwangsom.

Anderzijds behoudt een partij bij een arbitrageovereenkomst tot op zekere hoogte het recht het geschil aan de overheidsrechter voor te leggen. Art. 1022 lid 1 Rv onderkent expliciet de mogelijkheid dat de rechter wordt ingeschakeld ter zake van een geschil waaromtrent een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten. De rechter dient zich in dat geval slechts dan onbevoegd te verklaren, indien de we-

derpartij vóór alle weren een beroep doet op de arbitrageovereenkomst. In die zin is de in een arbitrageovereenkomst vervatte afstand van recht op toegang tot bij de wet ingestelde gerechten *voorwaardelijk*: de afstand van het recht op toegang tot de overheidsrechter door partij A heeft geen werking indien haar wederpartij (partij B) nalaat tijdig een beroep te doen op de afstand van recht door partij A.<sup>21</sup>

Indien wordt uitgegaan van een na het sluiten van een arbitrageovereenkomst overblijvende bevoegdheid om het geschil aan de overheidsrechter voor te leggen, kan dus (nog wel) misbruik van die bevoegdheid worden gemaakt. Misbruik kan m.i. worden aangenomen indien het geschil aan de overheidsrechter wordt voorgelegd terwijl er reeds een arbitrale procedure aanhangig is gemaakt door de wederpartij, of indien er anderszins geen redelijke twijfel over bestaat dat de wederpartij het arbitraal beding zal inroepen zodra de overheidsrechter wordt geadieerd (art. 3:13 lid 2 BW jo. art. 1022 lid 1 Rv en/of, in internationale casus, art. II (3) van het Verdrag van New York).

Welke benadering ook gekozen wordt, in beide redeneringen vormt art. 3:296 BW de wettelijke grondslag voor een anti-suit injunction als hierboven bedoeld. Uit het hierboven genoemde arrest van de HR van 24 november 1989 blijkt dat de verplichting om iets na te laten ook een verplichting naar vreemd recht kan zijn.

Bovenstaande uiteenzetting ziet grotendeels op Nederlands materieel recht. Aldus zijn in beginsel zowel de overheidsrechter als het scheidsgerecht bevoegd de genoemde maatregelen te nemen, mits Nederlands materieel recht van toepassing is op de verhouding tussen partijen<sup>22</sup> (en, ter zake van het opleggen van een dwangsom door het scheidsgerecht, mits de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen).<sup>23</sup> De vraag rijst vervolgens bij welke instantie een partij haar vordering tot het afgeven van een anti-suit injunction moet indienen; bij het scheidsgerecht of bij de overheidsrechter?

Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vraag is dat in arbitrale procedures het primaat bij partijen en arbiters ligt (art. 1036 Rv) en dat de overheidsrechter het arbitraal proces dient te eerbiedigen. De rechter behoort tijdens de arbitrale procedure niet in te grijpen, anders dan op grond van de toepasselijke arbitragewet. De correctiemechanismen die overheidsrechters ten dienste staan, zijn beperkt tot de vernietigingsprocedure bij de rechter van de plaats van arbitrage (ten aanzien van Nederlandse vonnissen: art. 1064 jo. 1073 lid 1 Rv) en eventueel de exequaturprocedure (in Nederland:

- 
- 18 Afgezien van de nog wel openstaande mogelijkheden tot het vragen van bewarende maatregelen, een kortgedinguitspraak of (bijvoorbeeld) een voorlopig getuigenverhoor: art. 1022 lid 2 en 3 Rv.
- 19 Zie hieromtrent G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (proefschrift, juni 2008), Hoofdstuk 3, in het bijzonder par. 3.2.3.3.
- 20 Een vordering tot *nakoming* van de verplichtingen uit de arbitrageovereenkomst past minder goed in het wettelijk systeem. Zie hieromtrent G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (proefschrift, juni 2008), par. 5.2.2.2.
- 21 Waarmee partij B in zekere zin afstand doet van haar recht het geschil door arbitrage te laten beslechten (in zekere zin, want afstand van recht dient ondubbelzinnig te geschieden).
- 22 In dat kader zal ook de vraag naar het toepasselijk recht op de overeenkomst tot arbitrage een rol kunnen spelen. Zie voor een bespreking van de vraag naar het op de arbitrageovereenkomst toepasselijke materiële recht: G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (proefschrift, juni 2008), par. 7.4.3.2 sub a, 7.4.3.3 sub a en 7.4.3.4.
- 23 Zie art. 1056 jo. 1073 lid 1 Rv.

art. 1062 of 1075-1076 Rv).<sup>24</sup> Op het eerste gezicht pleit dit wellicht tegen het nemen van maatregelen door de overheidsrechter in het kader van arbitrale procedures. Echter, het in Nederland veelgehoorde en beleden principe dat de rechter niet behoort in te grijpen in arbitrale procedures geldt m.i. slechts voor zover ingrijpen zou leiden tot vertraging of andersoortige belemmering van de arbitrale procedure.<sup>25</sup> Er is m.i. niets op tegen indien de overheidsrechter – binnen de geldende wettelijke beperkingen – zich inlaat met arbitrale procedures indien en voor zover de arbitrale procedure daarvoor wordt ondersteund.<sup>26</sup>

Een (apart) vereiste voor het voorgaande is uiteraard dat de overheidsrechter c.q. het scheidsrecht, bevoegd is om van de anti-suitvordering kennis te nemen.

Ten aanzien van de overheidsrechter zal een vordering tot het afgeven van een anti-suit injunction in de praktijk worden ingesteld in kort geding. De rechtsmacht van de voorzieningenrechter is niet gebaseerd op art. 1-14 Rv, maar op het aanwezig zijn van enig aanknopingspunt met Nederland en/of het Nederlandse rechtstelsel.<sup>27</sup>

Ten aanzien van het scheidsrecht wordt wel verdedigd dat het scheidsrecht, indien het op grond van de *lex arbitri* bevoegd is tot het nemen van voorlopige maatregelen, anti-suit injunctions ter bescherming van de arbitrale procedure mag afgeven.<sup>28</sup> Binnen het Nederlandse recht zal deze bevoegdheid moeten worden gebaseerd op art. 1051 lid 1 jo. 254 lid 1 Rv.

Indien zowel de Nederlandse voorzieningenrechter als het scheidsrecht bevoegd zijn om van de anti-suitvordering kennis te nemen zullen partijen kunnen kiezen. Daarbij zal men zich reenschap moeten geven van art. 1051 lid 2 Rv (indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen), de vraag op welke termijn het scheidsrecht zal kunnen beslissen, (mogelijk) de samenstelling van het scheidsrecht, enz.

Op basis van het bovenstaande is verdedigbaar dat anti-suit injunctions als in deze bijdrage bedoeld, naar Nederlands recht in beginsel toewijsbaar zijn, en toegewezen kunnen worden door zowel de kortgedingrechter als het scheidsrecht.

#### 4 Invloed van Europees recht op de mogelijkheid tot het geven van anti-suit injunctions in Nederlandse arbitrale procedures

Hierboven werd geconcludeerd dat het scheidsrecht en/of de Nederlandse overheids-

rechter in beginsel een anti-suit injunction kunnen afgeven in de zin dat het de wederpartij in de arbitrage wordt verboden een procedure bij de overheidsrechter in een ander land aanhangig te maken of voort te zetten.

Ten aanzien van deze bevoegdheid is, voor zover het de overheidsrechter betreft, de Europeesrechtelijke dimensie van bijzonder belang. Immers, het is de vraag of de hierboven omschreven bevoegdheid van de Nederlandse rechter om een anti-suit injunction af te geven, zich verdraagt met de EEX-Verordening.<sup>29</sup>

Op deze vraag heeft het Europese Hof van Justitie, in de zaak *Allianz/West Tankers* recentelijk in negatieve zin geantwoord. Deze zaak kan worden beschouwd als de arbitrale pendant van het arrest *Turner/Grovit*, welk arrest eerst kort zal worden besproken.

In het arrest *Turner/Grovit*<sup>30</sup> heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat het EEX-Verdrag zich ertegen verzet dat een gerecht in een verdragsluitende staat een partij in een bij hem aanhangige procedure een verbod oplegt een rechtsovereenkomst in te stellen of voort te zetten, zelfs indien die partij de andere procedure te kwader trouw is gestart, teneinde de reeds aanhangige procedure te belemmeren. De gedachte achter deze beslissing is, zoals het Hof

- 
- 24 Vgl. hieromtrent De Ly in zijn annotatie bij Rb. 's-Gravenhage (pres.) 21 september 1999, *TvA* 2000/2, p. 71 (par. 4-8, p. 74-75). Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (proefschrift, juni 2008), par. 12.2.2.1.
- 25 (Slechts) in die zin lees ik ook de door Van Haersolte-van Hof in voetnoot 5 van haar reeds genoemde artikel aangehaalde *MvT (NTER 2004, nr. 8/9, p. 230)*.
- 26 Dit is ook de gedachte achter de in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen, zoals art. 1026 lid 2, 1027 lid 3, 1041 lid 2 en 1073 lid 2 Rv. Zie ook De Ly in zijn noot onder Rb. 's-Gravenhage (pres.) 21 september 1999, *TvA* 2000/2, par. 3 e.v.
- 27 Tonkens-Gerkema 2008, (*T&C Rv*), Inleidende Opmerkingen vóór art. 254, aant. 7. Zie voor toepassingen bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (pres.) 28 april 1988, *KG* 1988, 206 (*Abela Hotel Investments/Tollhund Holding*) en Rb. 's-Gravenhage (pres.) 21 september 1999, *TvA* 2000/2 (m.nt. FDL), p. 71-76. In laatstgenoemd vonnis werd de rechtsmacht van de Nederlandse kortgedingrechter (reeds) aangenomen op de enkele grond dat in Nederland een hoorzitting was bepaald (zie r.o. 3.1). Annotator De Ly is daarover kritisch: zie par. 11 van zijn noot.
- 28 'Anti-Suit injunctions Issued by Arbitrators', L. Lévy, in: *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, (E. Gaillard ed., 2005), p. 121.
- 29 Ik merk op dat de EEX-Verordening niet de bevoegdheid van *arbiters* kan beperken.
- 30 HvJ EG 27 april 2004, C-159/02, *NJ* 2007,152 (*Turner/Grovit*; m.nt. P. Vlas).

aangeeft, dat het EEX-Verdrag (inmiddels: de EEX-Verordening) gegrond is op het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties en dat het EEX in beginsel niet toestaat dat de bevoegdheid van een gerecht wordt getoetst door een gerecht van een andere verdragsluitende staat.<sup>31</sup> Deze jurisprudentie haalt een streep door het afgeven van anti-suit injunctions door overheidsrechters binnen het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag. De uitspraak behoudt haar betekenis onder de EEX-Verordening<sup>32</sup> en is ook van belang in de context van het EVEX.<sup>33</sup>

Het Europese Hof van Justitie heeft deze lijn doorgetrokken naar het gebied van arbitrage. In de zaak *Allianz/West Tankers*<sup>34</sup> besliste het hof, kort gezegd, dat ook het binnen EU-verband afgeven van een anti-suit injunction ten behoeve van een arbitrale procedure, onverenigbaar is met de EEX-Verordening. Het feit dat, op grond van art. 1 lid 2 sub (d) EEX, 'de arbitrage' is uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van de Verordening, was voor het hof geen beletsel om tot deze uitspraak te komen. Het hof oordeelde dat, hoewel de procedure tot het verkrijgen van een anti-suit injunction buiten het materiële toepassingsbereik van de EEX-Verordening valt,<sup>35</sup> zij verhindert dat een gerecht van een andere lidstaat zijn bevoegdheden krachtens de EEX-Verordening kan uitoefenen.<sup>36</sup> Een procedure ter verkrijging van een anti-suit injunction werd daarom onverenigbaar geacht met de EEX-Verordening. Het arrest *Allianz/West Tankers* is verderop in

deze editie van het Tijdschrift voor Arbitrage opgenomen en geannoteerd.<sup>37</sup>

Met het arrest *Allianz/West Tankers* is aldus duidelijk geworden dat EU-rechters geen anti-suit injunctions mogen afgeven ter zake van procedures die bij een rechter in een andere EU-lidstaat aanhangig zijn (of zullen zijn). Buiten het territoriale toepassingsgebied van de EEX-Verordening (en/of EEX-Verdrag en/of EVEX) geldt het verbod van het Europese Hof van Justitie echter niet. Het arrest *Allianz/West Tankers* berust immers nadrukkelijk op de EEX-Verordening en de doelstellingen daarvan. De eerder besproken bevoegdheid van de Nederlandse rechter om anti-suit injunctions af te geven ten aanzien van een buiten de EU lopende of dreigende procedure wordt dus door *Allianz/West Tankers* niet doorkruist.<sup>38</sup>

Daarnaast is van belang dat scheidsgerechten niet gebonden zijn aan supranationale regelingen zoals de EEX-Verordening. Ook scheidsgerechten worden door het arrest *Allianz/West Tankers*, dat uitdrukkelijk is gebaseerd op de EEX-Verordening, dus niet weerhouden van het uitvaardigen van anti-suit injunctions, ook niet ten aanzien van procedures die aanhangig zijn of worden bij gerechten binnen de EU. Indien een anti-suit injunction gevorderd moet worden ten aanzien van een procedure bij de overheidsrechter binnen de EU is het scheidsgerecht aldus, sinds *Allianz/West Tankers*, de enige optie.

## 5 Afronding en conclusies

Anti-suit injunctions, waarin een partij bij een arbitrale procedure de rechter of het scheidsgerecht verzoekt de andere partij te verbieden een parallelle procedure elders te beginnen of voort te zetten, zijn – voor zover mij bekend – in Nederland nog niet toegewezen. Ingeval een partij in een arbitrage, in strijd met de arbitrageovereenkomst, een procedure aanhangig maakt in een ander land teneinde de arbitrageprocedure te saboteren, is een dergelijke anti-suit injunction naar mijn mening wel degelijk toewijsbaar. De Nederlandse kortgedingrechter zal zich in (kort gezegd) EU-verband echter moeten onthouden van het nemen van dergelijke maatregelen, gezien het hierboven besproken arrest *Allianz/West Tankers*. Deze beperking geldt niet voor arbiters, en geldt – ook voor overheidsrechters – niet buiten het toepassingsbereik van de EEX-Verordening en het EVEX.

Tot slot: het afgeven van een anti-suit injunction door een scheidsgerecht of door een Nederlandse rechter betekent uiteraard niet dat de buitenlandse geadieerde rechter daarmee onbevoegd wordt van de aldaar aangebrachte zaak kennis te nemen. Het

31 *Turner/Grovit*, par. 24 en 26.

32 Vo. (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Zie omtrent de relatie tussen het EEX-Verdrag en de EEX-Verordening bijvoorbeeld de conclusie van A-G Kokott van HvJ EG 4 september 2008 inzake *Allianz SpA/West Tankers*, Case C-185/07, par. 28-29.

33 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 16 september 1988, *Trb.* 1989, 58. Zie omtrent de toepassing van EEX-jurisprudentie van het HvJ EG op de uitleg van het EVEX bijvoorbeeld de conclusie van Advocaat-Generaal Strikwerda (par. 12) vóór HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 563 (*Spray Network/Telenor*; m.nt. Vlas).

34 HvJ EG (Grote kamer) 10 februari 2009, Case C-185/07 (*Allianz SpA/West Tankers*).

35 HvJ EG (Grote kamer) 10 februari 2009, Case C-185/07 (*Allianz SpA/West Tankers*), par. 20-23.

36 HvJ EG (Grote kamer) 10 februari 2009, Case C-185/07 (*Allianz SpA/West Tankers*), par. 24-32.

37 Zie *TvA* 2009, 32 (m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof).

38 Inmiddels heeft de Engelse rechter (die op het gebied van anti-suit injunctions zeer actief is) reeds in deze zin beslist: [2009] EWHC 957 (Comm) (*Shashoua & Ors/Sharma*).

scheidsgerecht c.q. de Nederlandse rechter heeft immers niet de mogelijkheid de rechtsmacht van zijn buitenlandse collega's te beperken.<sup>39</sup> Om anti-suit injunctions effectief te doen zijn, zal er derhalve een dwangsom op overtreding ervan gesteld moeten worden en zal deze dwangsom te verhalen moeten zijn op vermogensbestanddelen van de wederpartij binnen Nederland, dan wel binnen andere jurisdicties waar de beslissing van de Nederlandse rechter c.q. het scheidsgerecht ten uitvoer gelegd kan worden. Zowel de overheidsrechter als een 'Nederlands' scheidsgerecht zijn bevoegd – desgevorderd – dwangsommen op te leggen (art. 611a-611i en 1056 Rv). Indien er geen enkele mogelijkheid bestaat om een Nederlandse anti-suit injunction af te dwingen, doordat er bijvoorbeeld geen verhaalsmogelijkheden voor de executie van een op te leggen dwangsom voorhanden zijn, zal de rechter c.q. het scheidsgerecht minder snel geneigd zijn het bevel te geven.

Hoewel anti-suit injunctions ter bescherming van een arbitrale procedure, binnen de hierboven aangegeven grenzen, m.i. naar Nederlands recht toewijsbaar zijn, bestaat er in Nederland bepaald geen traditie van het vragen om, en het toewijzen van, dergelijke maatregelen. Mede gezien het toenemende aantal arbitrage-gerelateerde procedures dat, ook in Nederland, bij de overheidsrechter ahangig wordt gemaakt, zou het niet verbazen als binnenkort de proef op de som genomen zal kunnen worden.

## De 'Court of Arbitration for Sport'. Een beschouwing naar aanleiding van een Bundel<sup>1</sup>

Mr. O.L.O. de Witt Wijnen<sup>2</sup>



75  
TvA  
09/29

### 1 Inleiding<sup>3</sup>

1 Vorig jaar vroeg de redactie mij het boek te recenseren dat in 2006 is verschenen bij de T.M.C. Asser Press onder de titel: *'The Court of Arbitration for Sport 1984-2004'*, en tegelijkertijd een algemeen stuk over de CAS te schrijven *'in het kader van de Olympische Spelen van dit jaar'*.

2 Al gauw bleek dat de gevraagde recensie het tweede verzoek overbodig maakte, of eigenlijk: dat het moeilijk was aan beide verzoeken separaat te voldoen. Het te recenseren boek geeft namelijk een uitstekend overzicht van de CAS, in alle interessante aspecten van dit tribunaal. Een recensie zou derhalve snel kunnen verworden tot de eveneens door de redactie gevraagde algemene beschouwing. Het lag voor de hand beide verzoeken te combineren.

39 Iets anders is dat, zoals het Europese Hof van Justitie ook overweegt, dit wel degelijk het praktisch effect is van het uitvaardigen van anti-suit injunctions; zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 april 2004, C-159/02, NJ 2007, 152 (*Turner/Grovit*; m.nt. P. Vlas), r.o. 27.

1 Dit artikel moet worden aangehaald als: O.L.O. de Witt Wijnen, 'De 'Court of Arbitration for Sport'. Een beschouwing naar aanleiding van een Bundel', *TvA* 2009, 29.

2 Mr. O.L.O. de Witt Wijnen is advocaat te Rotterdam en CAS Arbitrator.

3 Ik betuig mijn dank aan Matthieu Reeb, de huidige secretaris-generaal van de CAS, voor de beantwoording van enige vragen die ik hem voorlegde.