ECLI:NL:RBAMS:2022:5772

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	01-09-2022
Datum publicatie	18-10-2022
Zaaknummer	C/13/720363 / KG ZA 22-636
Rechtsgebieden	Internationaal privaatrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding, handelt bedrijf onrechtmatig jegens een Staat door arbitrageprocedure buiten EU voort te zetten die zij is gestart op grond van een intra-EU investeringsverdrag, dat inmiddels is beeindigd? Vzr. oordeelt van niet. Gevolgen Achmea-arrest.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

---

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/720363 / KG ZA 22-636 EAM/LO

Vonnis in kort geding van 1 september 2022

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon
REPUBLIEK POLEN,
zetelend te Warschau (Polen),
eiseres bij dagvaarding van 25 juli 2022,

advocaat mr. M.W. Scheltema te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[gedaagde] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
gedaagde,
advocaat mr. M. van de Hel-Koedoot te Amsterdam.

Partijen zullen hierna de Republiek en [gedaagde] worden genoemd.

1 De procedure

1.1 Ter zitting van 18 augustus 2022 heeft de Republiek de vorderingen zoals omschreven in de dagvaarding toegelicht. [gedaagde] heeft verweer gevoerd, mede aan de hand van een vooraf ingediende conclusie van antwoord. Beide partijen hebben producties en een pleitnota ingediend.

1.2 Ter zitting waren aanwezig:

aan de kant van de Republiek: [naam 1] , general counsel, bijgestaan door mr. C.G. Verburg, mr. S.H.G Cnossen, mr. M.W. Scheltema, [naam 2] (student-stagiaire) en C.M. Pennings, tolk in de Engelse taal;

aan de kant van [gedaagde] :

[naam 4] , directeur, M. Krysztoporka, Poolse advocaat, bijgestaan door mr. M. van de Hel-Koedoot, mr. P. Fritschy en mr. M. Slimmen.

1.3 Vonnis is bepaald op heden.

2 De feiten

2.1. [gedaagde] is een in Nederland gevestigde beleggingsmaatschappij met aandelen in diverse ondernemingen in Polen die zich bezighouden met financiële activiteiten, en die deel uitmaken van [naam groep] . Oprichter van [naam groep] is [naam 5] , die tevens de uiteindelijk belanghebbende is van [gedaagde] .

2.2. [gedaagde] en de Republiek hebben een geschil over de investeringen van [gedaagde] in Polen, en maatregelen die de Republiek aan verschillende entiteiten heeft opgelegd. [gedaagde] stelt dat de Poolse autoriteiten haar investeringen oneerlijk, onbillijk en discriminatoir hebben behandeld en dat sprake is van onteigening. [gedaagde] heeft in dat kader op 2 december 2020 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Republiek. Die procedure wordt gevoerd op basis van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) uit 1976. Het scheidsgerecht heeft als zetel van de arbitrage Londen, Engeland, Verenigd Koninkrijk vastgesteld.

2.3. Tussen de Republiek en Nederland gold een investeringsverdrag, ook wel IBO (investeringsbeschermingsovereenkomst) of BIT (*bilateral investment treaty*) genoemd. Het doel

daarvan was om investeringsstromen tussen de verdragsluitende staten te bevorderen door buitenlandse investeerders betere (rechts)bescherming te bieden. In het verdrag is om die reden in artikel 8 een zogenaamde 'ISDS-clausule' (*investor-State dispute settlement*) opgenomen. Het mechanisme werkt aldus dat de ISDS-clausule een open aanbod is van de staat (in dit geval de Republiek) om een geschil over schending van de materiële beschermingsbepalingen in de IBO door middel van arbitrage te laten beslechten. De buitenlandse investeerder (in dit geval [gedaagde]), kan op ieder gewenst moment dat aanbod accepteren, waarna een 'arbitrageovereenkomst' tot stand komt.

2.4. In het zogeheten Achmea-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU 6 maart 2018, zaak C-284/16 ECLI:EU:C:2018:158) – kort gezegd – geoordeeld dat de artikelen 267 en 344 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zich verzetten tegen een ISDS-clausule. Deze clausules voorzien immers in de mogelijkheid dat een scheidsgerecht zich uitspreekt over de uitlegging en toepassing van het EU-recht zonder dat het HvJ EU dergelijke beslissingen kan controleren of herzien.

2.5. Naar aanleiding van het Achmea-arrest hebben de EU-lidstaten, waaronder Nederland en de Republiek, de tussen hen geldende intra-EU BIT's opgezegd. Polen heeft de BIT opgezegd op 19 juli 2018 en op 30 januari 2019 heeft Nederland bevestigd dat de BIT tussen de Republiek en Nederland is beëindigd met ingang van 2 januari 2019.

2.6. Artikel 13 lid 3 van de BIT bevat een zogenoemde *sunset clause*, of horizonclausule, en luidt als volgt:

"3) in respect of investments made before the date of the termination of this Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of 15 years from that date."

2.7. De EU-lidstaten hebben naar aanleiding van het Achmea-arrest een beëindigingsverdrag gesloten, ook wel *Termination Agreement* genoemd, waarin de in de bijlagen genoemde bilaterale investeringsverdragen worden beëindigd en ook de horizonclausules worden beëindigd. Voor Nederland is het Beëindigingsverdrag op 31 maart 2021 in werking getreden en voor de Republiek op 4 april 2021. In het Beëindigingsverdrag staat onder meer het volgende.

"(…)

ARTIKEL 2

Beëindiging van Bilaterale Investeringsverdragen

1. De in bijlage A genoemde Bilaterale Investeringsverdragen worden beëindigd in overeenstemming met de voorwaarden van deze overeenkomst.

2. Om meer zekerheid te bieden, worden de Horizonclausules van de in bijlage A genoemde Bilaterale Investeringsverdragen beëindigd in overeenstemming met lid 1 van dit artikel en hebben zij geen rechtsgevolgen.

ARTIKEL 3

Beëindiging van mogelijke gevolgen van Horizonclausules

Horizonclausules van de in bijlage B genoemde Bilaterale Investeringsverdragen worden beëindigd door deze overeenkomst en hebben geen rechtsgevolgen, in overeenstemming met de voorwaarden van deze overeenkomst. (…)

ARTIKEL 7

Plichten van de Overeenkomstsluitende Partijen in verband met Aanhangige

Arbitrageprocedures en Nieuwe Arbitrageprocedures

Ingeval de Overeenkomstsluitende Partijen partijen zijn bij Bilaterale Investeringsverdragen op grond waarvan Aanhangige Arbitrageprocedures of Nieuwe Arbitrageprocedures zijn ingeleid, zijn zij ertoe gehouden:

a) in onderlinge samenwerking en met gebruikmaking van de verklaring in bijlage C, scheidsgerechten te informeren over de rechtsgevolgen van het Achmea-arrest zoals beschreven in artikel 4; en

b) ingeval zij partij zijn in een gerechtelijke procedure betreffende een arbitrale uitspraak die op grond van een Bilateraal Investeringsverdrag is gedaan, de bevoegde nationale rechter - ook als het om een rechter uit een derde land gaat - te vragen om, al naargelang het geval, de arbitrale uitspraak te seponeren of te vernietigen, dan wel zich te onthouden van de erkenning of tenuitvoerlegging ervan.

(…)"

2.8. De Republiek heeft op 9 augustus 2022 een bodemprocedure aanhangig gemaakt bij deze rechtbank tegen [gedaagde] met vorderingen van dezelfde strekking als in dit kort geding.

3 Het geschil

3.1. De Republiek vordert – samengevat – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

I. [gedaagde] te bevelen medewerking te verlenen aan het indienen van een gezamenlijk verzoek bij het scheidsgerecht tot beëindiging van de Arbitrageprocedure;

subsidiair:

II. [gedaagde] te bevelen medewerking te verlenen aan het indienen van een gezamenlijk verzoek bij het scheidsgerecht tot aanhouding van de Arbitrageprocedure totdat eindvonnis is gewezen in de bodemprocedure;

in elk geval:

III. te verklaren voor recht dat geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen tussen [gedaagde] en de Republiek;

IV. een dwangsom te verbinden van € 1.000.000,- per dag dat [gedaagde] niet voldoet aan het onder I en II gevorderde;

V. [gedaagde] te veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente;

VI. [gedaagde] te veroordelen in de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. [gedaagde] voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. De Republiek stelt dat [gedaagde] onrechtmatig handelt door de arbitrageprocedure voort te zetten, omdat geen sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, die procedure in strijd is met het recht van de EU en (dus) klaarblijkelijk kansloos.

Bevoegde rechter

4.2. De bevoegde rechter om te oordelen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst en daarmee de bevoegdheid van het scheidsgerecht, is het scheidsgerecht zelf. Dit principe van *Kompetenz-Kompetenz* is verankerd in artikel 30 van de UK Arbitration Act, het formele arbitragerecht dat van toepassing is op deze arbitrage. Ook artikel 21 van de op de arbitrage toepasselijke UNCITRAL Rules 1976 bepaalt dat een scheidsgerecht bevoegd is om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. In Nederland is dit principe neergelegd in artikel 1052 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Pas als het scheidsgerecht zich daarover heeft uitgesproken, en dat heeft geleid tot een arbitraal eindvonnis, is het eventueel aan de nationale overheidsrechter om te oordelen over een vernietigings- of tenuitvoerleggingsprocedure. In dit geval zou dat de Engelse rechter zijn, als de rechter van de plaats van arbitrage.

4.3. De Republiek stelt dat de Nederlandse voorzieningenrechter bevoegd is op grond van artikel 99 Rv, in combinatie met de artikelen 1074 en 1074a jo. 1074d Rv. Daaraan kan echter niet de bevoegdheid worden ontleend om te oordelen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Bovendien zien die artikelen op voorlopige en bewarende maatregelen, zodat daaraan niet de bevoegdheid kan worden ontleend voor een vordering tot intrekking van de arbitrageprocedure. In de onderhavige procedure is dan ook niet de vraag of het scheidsgerecht bevoegd is, maar of de onbevoegdheid van het scheidsgerecht zo evident is, dat de procedure op voorhand volstrekt kansloos is, en [gedaagde] door het willens en wetens voortzetten van de arbitrage onrechtmatig handelt. De tweede vraag is vervolgens of [gedaagde] , vooruitlopend op de bij deze rechtbank aanhangig gemaakte bodemprocedure, in kort geding moet worden veroordeeld een einde te maken aan de arbitrageprocedure. Zoals hiervoor overwogen is de Nederlandse voorzieningenrechter op grond van artikel 1074 e.v. Rv slechts bevoegd tot het nemen van voorlopige maatregelen. De primaire vordering is dan ook niet toewijsbaar, nu toewijzing daarvan een definitief karakter zou hebben. Een verklaring voor recht, zoals de Republiek onder III heeft gevorderd, is hoe dan ook niet aan de orde in een kort geding. Wat resteert is de subsidiaire vordering, om [gedaagde] te veroordelen mee te werken aan aanhouding van de arbitrageprocedure tot in de bodemprocedure is beslist over de bevoegdheid van het scheidsgerecht.

Onrechtmatigheid

4.4. De grondslag die de Republiek aan deze vordering ten grondslag legt is dat [gedaagde] onrechtmatig handelt door de procedure voort te zetten. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM, zo heeft de Hoge Raad geoordeeld in zijn arrest van 6 april 2012.[1] Van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven.

4.5. Anderzijds heeft de Republiek gewezen op de verplichting van de Nederlandse rechtbank, als orgaan van de Staat, om de ruimte die de Nederlandse arbitragewetgeving haar biedt ten volle te benutten om de nationale wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met het Unierecht.[2] Dit moet er volgens de Republiek toe leiden dat de Nederlandse rechter, als enige mogelijk bevoegde Unierechter, ingrijpt in de arbitrageprocedure, die in strijd is met het Unierecht.

4.6. Mogelijk berust de arbitrageprocedure niet op een geldige grondslag. Op basis van het Achmea-arrest en na inwerkingtreding van het Beëindigingsverdrag kan een intra-EU BIT op dit moment immers niet meer als grondslag voor een arbitrageprocedure dienen. Dat het scheidsgerecht zich om die reden onbevoegd zal verklaren is echter geen uitgemaakte zaak.

Daarbij geldt het volgende. Op het moment dat [gedaagde] de procedure entameerde was het Beëindigingsverdrag nog niet in werking getreden. Op dat moment was de horizonclausule nog van toepassing, en was sprake van een grondslag voor de arbitrage.

4.7. Verder is van belang dat het scheidsgerecht in deze arbitrageprocedure niet in de Europese Unie is gelegen. De enige rechter waarvoor een vernietigingsprocedure kan worden gevoerd (de Engelse rechter) is dus niet gebonden aan het Unierecht. Dat betekent dat een arbitraal vonnis in deze zaak niet zonder meer vernietigd zal worden op grond van onbevoegdheid. In de intra-EU investeringsarbitrage Micula tegen Roemenië heeft het Britse *Supreme Court* geoordeeld dat het arbitraal vonnis ten uitvoer gelegd kon worden.[3] De kans is dus aanwezig, of zelfs groot, dat het scheidsgerecht zal oordelen dat het bevoegd is, en dat in het geval van een voor de Republiek ongunstig arbitraal vonnis een eventuele vernietigingsvordering op grond van onbevoegdheid zal worden afgewezen.

4.8. Reeds op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de vordering van [gedaagde] in arbitrage niet op voorhand volstrekt kansloos is. Daar komt bij dat binnen de EU veel discussie bestaat over het Achmea-arrest en de gevolgen daarvan. In de eerste plaats zijn de formele gevolgen nog niet uitgekristalliseerd. Zo zal een eventueel arbitraal vonnis in deze zaak in EU-landen niet ten uitvoer kunnen worden gelegd vanwege de strijd met het Unierecht. Voor tenuitvoerlegging buiten de EU van arbitrale vonnissen gewezen door een scheidsgerecht buiten de EU, zoals in dit geval, ligt dat (mogelijk) anders. In de tweede plaats is er discussie over de (wenselijkheid van de) gevolgen van het arrest. Hoewel het HvJ EU ten tijde van het Achmea-arrest als uitgangspunt heeft genomen dat investeerders ook zonder intra-EU BIT's afdoende worden beschermd tegen overheidshandelen van de EU-lidstaten door het EU-recht, lijken velen dat te betwijfelen.[4] Daarbij wordt het probleem van de aanvallen op de onafhankelijkheid van de Poolse rechterlijke macht uitdrukkelijk benoemd. Kennelijk zijn ook de lidstaten van mening dat door het Achmea-arrest en het Beëindigingsverdrag een leemte is ontstaan in de rechtsbescherming, waarin moet worden voorzien. Inmiddels is dan ook het CETA-verdrag gesloten tussen Canada, de EU en alle EU-landen afzonderlijk, waarin onder meer wordt voorzien in een nieuw model voor het oplossen van geschillen tussen buitenlandse investeerders en staten (of de EU), door oprichting van een Investment Court System (ICS). Op dit moment zijn de nieuwe regels van investeringsbescherming nog niet van kracht.[5] Dat betekent dat de arbitrageprocedure mogelijk de enige echte vorm van rechtsbescherming is die [gedaagde] kan inroepen. Nu de arbitrageprocedure bovendien op grond van hetgeen hiervoor in 4.7 is overwogen niet bij voorbaat volstrekt kansloos is, kan niet worden gezegd dat [gedaagde] onrechtmatig handelt door te proberen buiten de EU haar vorderingen in te stellen in een arbitrageprocedure. De overheidsrechter in het algemeen, en de voorzieningenrechter in het bijzonder, past terughoudendheid bij het ingrijpen in een reeds aanhangige arbitrageprocedure[6] en er wordt gelet op het voorgaande dan ook geen aanleiding gezien om de arbitrage voorafgaand aan de beoordeling in de bodemprocedure stil te leggen, nog daargelaten dat de Republiek haar spoedeisend belang bij toewijzing van deze vordering onvoldoende heeft aangetoond. Het algemene belang van het voorkomen van een kostbare en tijdrovende bodemprocedure, welk belang iedere partij in beginsel heeft, is daarvoor onvoldoende.

4.9. De Republiek zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde] worden begroot op:

- griffierecht € 676,00
- salaris advocaat 1.016,00

Totaal € 1.692,00

4.10. De nakosten zullen worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt de Republiek in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op € 1.692,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag met ingang van veertien dagen na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt de Republiek in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,- voor salaris advocaat, te vermeerderen met € 85,- en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4. verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A. Messer, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. L. Oostinga, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 september 2022.[7]

---

[1] HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828

[2] HvJ EU 10 april 1984, zaak C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153

[3] SC 19 februari 2020 [2020] UKSC 5.

[4] Zie bijvoorbeeld *Beschouwingen naar aanleiding van het Achmea-arrest van het Hof van Justitie EU* van mr. M.C. van Leyenhorst, TvA 2019/65 onder 24.

[5] Zie bijvoorbeeld *De rechtspraak van het Hof van Justitie over investeringsarbitrage onder intra EU- en extra-EU-investeringsverdragen*, van Q. Declève en I. Van Damme, SEW nummer 12, december 2020.

[6] Artikel 5 UNCITRAL 1976

[7] type: LO coll: MV