

TVA 2023/49

## HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (X/Elite Systemen)

Bedrog gepleegd en ontdekt tijdens de arbitrage

Prof. dr. mr. R.R. Verkerk, datum 26-07-2023

Datum	26-07-2023
Auteur	Prof. dr. mr. R.R. Verkerk <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS709368:1
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht (V)

### 1. Inleiding

#### 1.

De Hoge Raad wees op 30 september 2022 een uitspraak over vermeend bedrog gepleegd tijdens een bouwarbitrage. Een van de partijen zou een relevante brief hebben achtergehouden. Op enig moment tijdens de arbitrage ontdekt de andere partij het vermeende bedrog. Op dat moment is al een arbitraal tussenvonnissen geweest waartegen ook al - vergeefs - tussentijds arbitraal hoger beroep is ingesteld. Hoe moet in het vervolg van de arbitrage worden omgegaan met de stelling dat een relevant stuk ten onrechte is achtergehouden?

#### 2.

Het procesverloop in deze zaak is complex.<sup>[2]</sup> Het gaat om een bouwarbitrage in twee instanties. Daarin worden verschillende arbitrale vonnissen geweest. Tegen die vonnissen wordt in drie instanties opgekomen in vernietiging- en herroepingsprocedures. In deze annotatie zal niet worden ingegaan op alle voorafgaande procedures en uitspraken. Deze annotatie beperkt zich tot een bespreking van de relevante rechtsregels die volgen uit het arrest van de Hoge Raad.

### 2. Ruime definitie van het begrip bedrog

#### 3.

Deze zaak gaat enkel over het achterhouden van een schriftelijk stuk. De Hoge Raad trekt het ruimer. De uitspraak formuleert algemene rechtsregels over de vraag hoe moet worden omgegaan met bedrog dat is gepleegd en ontdekt tijdens een arbitrageprocedure. De Hoge Raad hanteert een ruime definitie van het begrip 'bedrog'.<sup>[3]</sup> Het gaat daarbij kort gezegd om alle gevallen waarin een partij door een oneerlijke proceshouding belet dat mogelijk relevante feiten of bewijsstukken aan het licht komen. Die definitie sluit aan

bij de wetsgeschiedenis en rechtspraak over herroeping als bedoeld in artikel 382 en artikel 1068 Rv.<sup>[4]</sup> De definitie van bedrog in die wetsbepalingen is ruimer dan die van hetzelfde begrip in artikel 3:44 BW.

### 3. Partijen moeten bedrog tijdens de arbitrage aan de orde stellen

#### 4.

De Hoge Raad benadrukt in zijn arrest dat het procedurele debat eerst en vooral moet plaatsvinden in de arbitrage zelf. De voor de arbitragepraktijk meest relevante rechtsoverweging verduidelijkt dat (i) partijen bedrog in de arbitrage aan de orde *moeten* stellen en dat (ii) arbiters dat beroep op bedrog *moeten* onderzoeken:

“3.2.4 (...) 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 tussenvonnissen is geweest. Dat geldt ook indien het gaat om beslissingen in een tussenvonnissen 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.”

#### 5.

De Hoge Raad formuleert aldus een duidelijke verplichting voor partijen om bedrog in de arbitrage aan te kaarten. De Hoge Raad verduidelijkt: als een partij bijvoorbeeld stukken in handen krijgt die door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, dan zal die partij die stukken zelf tijdens de arbitrage in het geding *moeten* brengen.<sup>[5]</sup>

#### 6.

De uitspraak strookt met het arrest HR 20 juni 2003, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Snijders. Dat arrest bevatte evenwel iets meer vrijblijvende bewoordingen. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat een partij bedrog tijdens het arbitrale geding naar voren *mag* brengen:

“Daaraan valt toe te voegen dat, indien tijdens een arbitraal geding pas nadat arbiters een tussenvonnissen hebben gewezen, een zodanig vermoeden bij een procespartij rijst (...) deze partij dit vermoeden alsnog en met redenen omkleed tijdens het arbitrale geding naar voren mag brengen (...) Arbiters dienen in dat geval de desbetreffende partij die aan zijn stelplicht heeft voldaan, in de gelegenheid te stellen zijn standpunt dat door de wederpartij bedrog is gepleegd, uiteen te zetten. Zij dienen dit dan op zijn juistheid te beoordelen (...).”

### 4. Partijen moeten bedrog adresseren als dat redelijkerwijs mogelijk is

#### 7.

De Hoge Raad preciseert dat de verplichting om het bedrog aan de orde te stellen alleen geldt als het wordt ontdekt “ *in een zodanig stadium dat dit redelijkerwijs nog aan de arbiters kan worden voorgelegd*”. Wat wordt

met deze zinsnede bedoeld? De Hoge Raad werkt dit niet verder uit.

## 8.

In de eerste plaats zou ik menen dat een procespartij niet gehouden is om overhaast premature gedachten over bedrog aan het scheidsgerecht voor te leggen. Het kost tijd om documenten te lezen, te analyseren, de echtheid daarvan te onderzoeken en de inhoud daarvan te bespreken met deskundigen of advocaten. Vaak is niet direct duidelijk wat de precieze aard en omvang is van het bedrog en wat de mogelijke relevantie daarvan is voor de stellingen in de lopende arbitrageprocedure. De constatering dat er iets niet lijkt te kloppen, brengt nog niet mee dat kan worden aangetoond dat vuil spel wordt gespeeld in de arbitrage. Het kan heel bewerkelijk en tijdrovend zijn om te achterhalen hoe de bedrieglijke vork precies in de steel zit.<sup>[6]</sup> Men zou kunnen stellen dat bedrog pas is ontdekt als duidelijkheid bestaat.<sup>[7]</sup> Men zou ook kunnen zeggen dat tijd nodig is om het bedrog vervolgens voldoende onderbouwd aan arbiters voor te leggen.<sup>[8]</sup> Hoe men het ook wil uitdrukken: de bedrogene moet een redelijke termijn worden gegund om het bedrog aan te kaarten bij het scheidsgerecht.

## 9.

In de tweede plaats is het denkbaar dat de arbitrage zo ver gevorderd is dat partijen het bedrog daarom niet meer of niet meer voldoende voor het voetlicht kunnen brengen. Denk daarbij aan het geval dat de zitting al heeft plaatsgevonden, het partijdebat al is gesloten en arbiters op ieder moment een arbitraal eindvonnis kunnen wijzen. Van een situatie waarin bedrog vanwege de voortgang van de procedure niet meer aan de orde gesteld kan worden zal vermoedelijk niet al te snel sprake zijn, zoals hierna zal worden toegelicht (zie nr. 14 e.v.).

## 10.

De Hoge Raad formuleert aldus een open norm die ruimte laat voor enig debat. In welke mate kan men van een bedrogen partij verwachten dat die partij een concrete aanwijzing van bedrog direct onder de aandacht brengt van arbiters? Het woord “*redelijkerwijs*” brengt tot uitdrukking dat geen buitensporige inspanningen mogen worden gevegd. Dat valt te billijken: partijen mogen veronderstellen dat de wederpartij integer procedeedt. Men kan en mag niet verwachten dat een bedrogene die welbewust op het verkeerde been is gezet altijd direct en alert zal reageren. Dat geldt in het bijzonder als de bedrieger ondertussen het bedrog blijft bedekken.<sup>[9]</sup>

## 5. Partijen moeten bedrog adresseren op straffe van rechtsverwerking

## 11.

Als bedrog redelijkerwijs aan de orde kan worden gesteld, dan zal dit echter ook moeten gebeuren. Een partij die nalaat bedrog tijdens de arbitrage aan de orde te stellen, kan nadien het rechtsmiddel herroeping niet meer aanwenden. De Hoge Raad verduidelijkt: “*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.*”<sup>[10]</sup>

## 12.

Als bedrog niet aan de orde wordt gesteld tijdens de arbitrage, dan leidt dat er “ *in beginsel*” toe dat daarop ook geen beroep meer kan worden gedaan in een latere vernietigingsprocedure.<sup>[11]</sup> Anders gezegd: een partij verwerkt dan het recht om op een later moment vernietiging te vorderen omdat het arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog (artikel 1065 lid 1 sub e Rv).<sup>[12]</sup> Het arrest strookt met het wettelijke ‘piepsysteem’ dat o.m. is gecodificeerd in de artikelen 1028 lid 2, 1048a, 1052 lid 2, 1065 lid 4 en 1076 Rv. De kerngedachte is dat partijen alle bezwaren zoveel mogelijk tijdens de arbitrage naar voren brengen. Die wettelijke regeling benadrukt het primaat van de arbitrage en beoogt onnodige proceshandelingen te voorkomen.<sup>[13]</sup>

## 13.

De ratio van rechtsverwerking is dat een partij niet welbewust troefkaarten achter de hand mag houden, om die eerst uit te spelen op het moment dat een onwelgevallig arbitraal eindvonnis is geweest. Anders gezegd: het debat moet primair plaatsvinden in de arbitrage zelf. Als eenmaal een arbitraal eindvonnis is geweest, zal dat moeten worden gerespecteerd (*finaliteit*).

## 6. Arbiters moeten bedrog onderzoeken

## 14.

De Hoge Raad maakt duidelijk dat arbiters gehouden zijn “ *het beroep op bedrog op juistheid te onderzoeken*”.<sup>[14]</sup> In de literatuur wordt aangenomen dat bedrog en de naleving van de waarheidsplicht raken aan het fundamentele recht op een eerlijk proces.<sup>[15]</sup> Het gaat hier om dwingend recht van openbare orde.<sup>[16]</sup> De verplichting stellingen over bedrog te onderzoeken kan ertoe nopen dat moet worden afgeweken van minder fundamentele procedureregels in bijvoorbeeld een arbitragereglement.<sup>[17]</sup> Denk daarbij aan regels waarvan de strekking is dat op enig moment geen nieuwe producties meer in het geding kunnen worden gebracht of geen nieuwe feitelijke stellingen meer mogen worden ingenomen.

## 15.

Men kan zich wel afvragen wat rechtens geldt als een partij bedrog op een vroeg moment in de arbitrage ontdekt en het vervolgens ten onrechte pas te elfder ure in de arbitrage aankaart.<sup>[18]</sup> Daarvan lijkt in deze zaak geen sprake. Het beroep op bedrog moet in een zaak als deze worden onderzocht, ondanks het feit dat daar op een erg laat moment een beroep op wordt gedaan. De Hoge Raad oordeelt dat dit zelfs geldt “ *indien dat beroep wordt gedaan nadat al een tussenvonnis is geweest. Dat geldt ook indien het gaat om beslissingen in een tussenvonnis waartegen eerder tussentijds arbitraal hoger beroep is ingesteld.*”<sup>[19]</sup> Anders gezegd: dat al een bindende eindbeslissing is genomen over een gedeelte van het geschil laat op zichzelf onverlet dat het beroep op bedrog moet worden onderzocht. De uitspraak strookt ook op dit punt met het eerdergenoemde arrest *Waterschappen/Milieutech*.<sup>[20]</sup>

## 16.

De Hoge Raad gaat niet in op de vraag wat rechtens geldt als in de arbitrage al een gedeeltelijk eindvonnis is geweest.<sup>[21]</sup> Denk daarbij aan een geval waarin een arbiter in een gedeeltelijk eindvonnis voor recht verklaart dat wanprestatie is gepleegd, maar de beslissing voor het overige aanhoudt. Wat als later blijkt dat het

gedeeltelijk eindvonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog? Een arbiter kan het bedrog uiteraard onderzoeken, maar kan een arbiter ook terugkomen op een eenmaal gewezen gedeeltelijk eindvonnis? Die vraag moet vermoedelijk ontkennend worden beantwoord: een gedeeltelijk eindvonnis heeft gezag van gewijsde en een scheidsgerecht kan dat gezag niet zomaar eigenhandig terzijde schuiven (gesloten stelsel van rechtsmiddelen).<sup>[22]</sup> De bedrogene kan en moet in zo een geval tijdig herroeping of vernietiging van het gedeeltelijk eindvonnis vorderen. Een scheidsgerecht zal - als inderdaad sprake is van bedrog - uiteraard wel het nodige kunnen en moeten doen om te voorkomen dat wordt voortgegaan op een verkeerde weg. Het is immers “*onaanvaardbaar*” als een scheidsgerecht gebonden zou zijn aan een beslissing die tot stand is gekomen onder invloed van bedrog.<sup>[23]</sup> Een scheidsgerecht kan bijvoorbeeld het bedrog zelf onderzoeken of de arbitrage aanhouden totdat is beslist op de vordering tot herroeping of vernietiging.

## 7. Arbiters hebben in deze zaak het vermeende bedrog onderzocht

### 17.

Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft de stelling dat ten onrechte een relevante brief is achtergehouden beoordeeld. Het scheidsgerecht oordeelde dat het nieuw verkregen document “*geen nieuw licht*” werpt op de zaak omdat “*daarin niets nieuws besloten ligt*”.<sup>[24]</sup> Kort en goed: het scheidsgerecht oordeelt aldus dat het eerdere tussenvonnis niet tot stand is gekomen onder invloed van bedrog. Het scheidsgerecht beoordeelde de zaak in de kern opnieuw met inachtneming van het nieuw verkregen document.

### 18.

Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft het bedrog als het ware geheeld. Wat resteert is een (nieuw) inhoudelijk oordeel over de zaak op basis van alle relevante informatie. De Hoge Raad maakt duidelijk dat de hernieuwde inhoudelijk beoordeling van alle stukken door het scheidsgerecht niet “*raakt (...)aan de openbare orde*”. Dat arbiters in hoger beroep ten onrechte oordeelden dat het scheidsgerecht niet had mogen terugkomen op het eerdere tussenvonnis “*maakt dat niet anders*”.<sup>[25]</sup> Dat brengt mee dat in een vernietigingsprocedure niet meer kan worden aangevoerd dat sprake is van bedrog en dat de totstandkoming van het arbitraal vonnis om die reden strijdig is met de openbare orde. De rechtbank en het hof hadden de vordering tot vernietiging verworpen. De Hoge Raad laat die verwerping in stand.

## 8. Slotsom: het primaat ligt bij het debat en de beoordeling in de arbitrage

### 19.

Kort en goed: deze uitspraak is van belang voor de praktijk. De Hoge Raad stelt - nog stilliger dan voorheen - dat partijen gehouden zijn bedrog waar mogelijk en op straffe van rechtsverwerking reeds tijdens de arbitrage aan de orde te stellen. Arbiters zullen op hun beurt gehouden zijn een dergelijk beroep op bedrog inhoudelijk te beoordelen. Het primaat ligt bij het debat en de beoordeling in de arbitrage.

---

## Voetnoten

[1] Prof. dr. mr. R.R. Verkerk is hoogleraar Burgerlijk Procesrecht aan de Universiteit Utrecht en cassatieadvocaat bij Houthoff in Rotterdam.

- [2] Voor een heldere beschrijving daarvan zij verwezen naar de conclusie en de uitspraak.
- [3] Zie HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332, *RvdW 2022/888 (X/Elite Systemen)*, rov. 3.2.2, onder verwijzing naar HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *TvA 2022/7* en *TvA 2022/27*, m.nt. JJ. van Haersolte-van Hof (*RF/HVY*), rov. 5.1.7.
- [4] Zie o.m. HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2162, *NJ 1998/45*, m.nt. H.J. Snijders (*Goosen/Goosen*), *Parl. Gesch. Herz. Rv.*, p. 474-475 (MvT art. 382 Rv): “ *Het begrip ‘bedrog’ wordt in overeenstemming met de literatuur, door de rechtspraak ruim uitgelegd (...)*” en concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent voor HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:784, *TvA 2021/60 (Admiraal de Ruyter)*, nr. 2.12.
- [5] HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332, *RvdW 2022/888 (X/Elite Systemen)*, rov. 3.2.5.
- [6] Vaak moeten daartoe bijv. nog nadere gegevens worden verzameld of opgevraagd bij derden.
- [7] Men kan hier een analogie trekken met de rechtspraak waaruit blijkt dat een eerste sterke aanwijzing van bedrog nog niet meebrengt dat een termijn voor herroeping gaat lopen, maar wel kan meebrengen dat een (beperkte) verplichting kan ontstaan nader onderzoek te verrichten. Zie de conclusie van A-G E.M. Wesseling-van Gent voor HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:784, *TvA 2021/60 (Admiraal de Ruyter)*, nr. 2.31-2.37.
- [8] HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Snijders, “ *5.5 (...)Het Hof heeft immers - terecht - met zoveel woorden een uitzondering gemaakt voor het geval het bedrog redelijkerwijs niet tijdens de arbitrale procedure zelf kon worden aangetoond.*”
- [9] Vgl. de nrs. 16-18 van concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper voor HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Snijders.
- [10] HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*X/Elite Systemen*), rov. 3.2.3. Het hof had ten onrechte overwogen dat herroeping open zou staan.
- [11] HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*X/Elite Systemen*), rov. 3.2.4 (slot).
- [12] N. Peters, *Openbare orde en arbitrage*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 11, onder verwijzing naar vaste rechtspraak. Voor een recent voorbeeld waarin een vonnis niet ten uitvoer kon worden gelegd wegens bedrog zie Rb. Amsterdam 9 januari 2023, *TvA 2023/24 (Stati/Kazakhstan)*.
- [13] HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, *NJ 2010/170 (Smit Bloembollen/Ruwa)*, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1: “*waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden.*”
- [14] Zie ook reeds HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Snijders, rov. 5.7.
- [15] Zie bijv. Asser *Procesrecht/Giesen 1* 2015/334: “ *Daarnaast bestaat er een zekere ‘medewerkingsplicht’ voor procespartijen gerelateerd aan de eis van hoor en wederhoor, zoals de noodzaak om de waarheid te openbaren.*” Zie voor wat betreft de verplichting van partijen zich integer en redelijk op te stellen in arbitrages: W.D.H. Asser, ‘Beginnelsen van een faire arbitrale rechtspleging’, *TvA 2013/40*. Zie over de waarheidsplicht en arbitrage: B. van Zelst & V.J. Houtman, ‘De toepasselijkheid van artikel 21 Rv in arbitrage’, *TvA 2023/48*.
- [16] M.C. van Rijswijk & J.A.G. de Boer, *JIN 2022/9* suggereren dat de waarheidsplicht niet van toepassing zou zijn in een arbitrage, tenzij dit is overeengekomen. Ik meen dat deze verplichting wel geldt en bovendien van dwingend recht is, omdat deze verplichting in het verlengde ligt van het recht op een eerlijke en gelijke behandeling als bedoeld in artikel 1036 lid 2 Rv. Het ligt bepaald niet voor de hand om aan te nemen dat op voorhand afstand is gedaan of kan worden gedaan van een dergelijk fundamenteel recht. Zie bijv. M. Knigge & P. Ribbers, ‘Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM’, *TvA 2017/20*.

[17] Zie artikel 1036 Rv.

[18] Aan de ene kant kan men stellen dat arbiters altijd en desnoods ambtshalve kwesties van openbare orde aan de orde moeten stellen en dat het onaanvaardbaar is als arbiters gebonden zouden zijn aan de door middel van bedrog tot stand gekomen beslissing, zie HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Sniijders. Aan de andere kant geldt in ieder geval in (latere) vernietigingsprocedures dat het wel strijdig kan zijn met de goede procesorde als daarmee te lang wordt gewacht, zie HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *TvA 2022/7* en *TvA 2022/27 (RF/HVY)*, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof, rov. 5.1.16.

[19] HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*X/Elite Systemen*), rov. 3.2.4.

[20] HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Sniijders, rov. 5.7.

[21] Hier wordt bedoeld op een “*gedeeltelijk arbitraal eindvonnis*” als bedoeld in artikel 1064 Rv.

[22] Zie artikel 1059 Rv. Een arbitraal vonnis is niet automatisch nietig of onverbindend als sprake is van bedrog, vgl. N. Peters, *Openbare orde en arbitrage*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5. We kennen een gesloten stelsel van rechtsmiddelen (artikel 1064 Rv). Vgl. bijv. HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3476: “3.4.2 *Buiten het toepassingsbereik van de art. 31 en 32 Rv kan de rechter niet zelf de rechtskracht van zijn uitspraak aantasten (...)*”

[23] HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, *NJ 2004/569 (Waterschappen/Milieutech)*, m.nt. H.J. Sniijders, rov. 5.7.

[24] Zie de samenvatting in rov. 2.1.

[25] HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1332 (*X/Elite Systemen*), rov. 3.3.2.