

# arrest

---

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.317.171/01

zaak/KG-nummer rechtbank Amsterdam : C/13/720363 / KG ZA 22-636

### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 29 augustus 2023

inzake

#### de publiekrechtelijke rechtspersoon naar vreemd recht DE REPUBLIEK POLEN,

gevestigd te Warschau, Polen.

appellante,

advocaat: mr. M.W. Scheltema te Den Haag.

tegen

#### LC CORP B.V.,

gevestigd te Amsterdam.

geïntimeerde.

advocaat: mr. M. van de Hel-Koedoot te Amsterdam.

### 1. De zaak in het kort

De Republiek Polen vordert in kort geding dat een onderneming wordt gelast om een aangevangen arbitrage aan te laten houden. Zij stelt dat het arbitrale beding dat de basis voor die arbitrage vormt Europeesrechtelijk gesproken ongeldig is. Inmiddels heeft de bodemrechter uitspraak gedaan.

### 2. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna de Republiek en LC Corp genoemd.

De Republiek is bij dagvaarding van 29 september 2022 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 1 september 2022, onder bovengenoemd zaaknummer in kort geding gewezen tussen de Republiek als eiseres en LC Corp als gedaagde.

Partijen hebben de volgende stukken ingediend:

- de appeldagvaarding met daarin opgenomen de grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak bij gelegenheid van de mondelinge behandeling van 6 april 2023 doen bepleiten, de Republiek door mr. Scheltema voornoemd en mr. S.H.G. Cnossen, advocaat te Den Haag, en LC Corp door mr. Van de Hel-Koedoot voornoemd, mr. P.B. Fritschy en mr. M.C.W. Slimmen, allen advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. LC Corp heeft daarbij nog producties in het geding gebracht.

De Republiek heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog, uitvoerbaar bij voorraad, haar in hoger beroep verminderde vordering zal toewijzen, op straffe van een dwangsom en met veroordeling van LC Corp in de proceskosten, met rente en nakosten.

LC Corp heeft geconcludeerd tot bekrachtiging, met - na eisvermeerdering ter zitting - veroordeling van de Republiek in de reële proceskosten, met rente en nakosten.

Partijen hebben na de zitting nog overlegd, maar dat heeft niet tot overeenstemming geleid zodat ten slotte arrest is gevraagd.

### 3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.8 de feiten opgesomd die hij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld komen de feiten neer op het volgende.

3.1 LC Corp is een in Nederland gevestigde beleggingsmaatschappij met aandelen in diverse ondernemingen in Polen die zich bezighouden met financiële activiteiten, en die deel uitmaken van Getin Capital Group. Oprichter van Getin Capital Group is Leszek Czarnecki, Pools staatsburger, die tevens de uiteindelijk belanghebbende is van LC Corp.

3.2. LC Corp en de Republiek hebben een geschil over de investeringen van LC Corp in Polen en maatregelen die de Republiek aan verschillende entiteiten heeft opgelegd. LC Corp heeft in dat kader op 2 december 2020 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Republiek. Die procedure wordt gevoerd op basis van het arbitragereglement van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Het scheidsgerecht heeft als zetel van de arbitrage Londen, Engeland, Verenigd Koninkrijk, vastgesteld.

3.3. Tussen de Republiek en Nederland gold een investeringsverdrag, ook wel 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. De ISDS-clausule is een open aanbod van de staat (in dit geval de Republiek) om een geschil over schending van de materiële beschermingsbepalingen door middel van arbitrage te laten beslechten. De buitenlandse investeerder (in dit geval LC Corp), kon

op ieder gewenst moment dat aanbod accepteren, waarna een 'arbitrageovereenkomst' tot stand kwam.

3.4. In het 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.

3.5. Naar aanleiding van het Achmea-arrest hebben de EU-lidstaten, waaronder Nederland en de Republiek, de tussen hen geldende intra-EU BIT's opgezegd. De Republiek heeft de BIT opgezegd en Nederland heeft bevestigd dat de BIT tussen de Republiek en Nederland is beëindigd met ingang van 2 januari 2019.

3.6. 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."*

3.7. De EU-lidstaten hebben naar aanleiding van het Achmea-arrest een beëindigingsverdrag gesloten, ook wel *Termination Agreement* genoemd (hierna: het Beëindigingsverdrag). 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, scheidsrechters 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 naar gelang het geval, de*

---

*arbitrale uitspraak te seponeren of te vernietigen, dan wel zich te onthouden van de erkenning of tenuitvoerlegging ervan.  
(...)"*

De onderhavige BIT, met horizonclausule, is vermeld in de bijlagen.

3.8. De Republiek heeft op 9 augustus 2022 een bodemprocedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank Amsterdam tegen LC Corp met (onder meer) vorderingen van (grotendeels) dezelfde strekking als in dit kort geding. In die procedure heeft de rechtbank op 8 maart 2023 uitspraak gedaan, waarbij alle vorderingen van de Republiek zijn afgewezen.

#### **4. Beoordeling**

4.1 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis de vorderingen afgewezen. De vorderingen in eerste aanleg waren aanmerkelijk ruimer van strekking dan de thans voorliggende vordering, die inhoudt dat LC Corp, op straffe van een dwangsom, wordt bevolen "medewerking te verlenen aan het indienen van een gezamenlijke aanvraag bij het Scheidsgerecht die strekt tot aanhouding van de Arbitrageprocedure totdat (onherroepelijk) eindvonnis is gewezen in de Bodemprocedure". Voor zover in hoger beroep nog van belang heeft de voorzieningenrechter die, toen subsidiair ingestelde, vordering afgewezen omdat hij de vordering van LC Corp in de arbitrage niet bij voorbaat kansloos achtte en de overheidsrechter terughoudendheid past bij ingrijpen in een lopende arbitrageprocedure. Daarbij heeft hij nog overwogen dat ook het spoedeisend belang ontbreekt. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt de Republiek met haar zes grieven op.

4.2 Het hof gaat ervanuit dat partijen een procedurele rechtskeuze voor Nederlands recht hebben gemaakt, nu zij elk hun betoog op dat recht baseren; daarbij is in aanmerking genomen dat tot het Nederlands recht op onderdelen ook het recht van de Europese Unie moet worden gerekend.

4.3 Inmiddels heeft de bodemrechter vonnis gewezen. Daarmee staat het hof eerst voor de, door partijen ter zitting ook behandelde, vraag in hoeverre de afstemmingsregel hier toegepast dient te worden en zo ja, waartoe dat leidt. De afstemmingsregel ziet op de verhouding tussen de beoordeling in kort geding en het vonnis van de civiele bodemrechter en houdt in, dat de rechter die in kort geding beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de bodemrechter een vonnis in de bodemzaak heeft gewezen, in beginsel zijn vonnis dient af te stemmen op het oordeel van die bodemrechter, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het vonnis, en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

4.4 De afstemmingsregel is niet van toepassing indien de gevraagde voorziening strekt tot een conservatoire maatregel of een verbod daarvan, en de uitspraak van de bodemrechter over de vordering ter verzekering waarvan de conservatoire maatregel

strekt, nog geen kracht van gewijsde heeft gekregen (ECLI:NL:HR:2020:599). In een zodanig geval dienen de belangen van partijen te worden afgewogen. De vordering van de Republiek heeft niet een conservatoir karakter in laatstbedoelde zin. Weliswaar strekt die vordering in dit kort geding ertoe dat de situatie in de arbitrage wordt bevroren totdat in de bodemprocedure onherroepelijk is beslist, en vraagt de Republiek in die bodemprocedure ook een verklaring voor recht dat er geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, maar toewijzing van de vordering in dit kort geding heeft geen betrekking op het al dan niet mogen veiligstellen van verhaalsmogelijkheden dan wel een verbod daartoe of iets dat daarmee te vergelijken valt. De stellingen van de Republiek over de financiële risico's die zij loopt – als de Europese Commissie haar aanspreekt en/of als verhaal wordt genomen op haar vermogensbestanddelen buiten de EU – staan in een te ver verwijderd verband met de huidige vordering. De afstemmingsregel is dus in beginsel van toepassing.

4.5 Onder omstandigheden kan er plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op de afstemmingsregel, dus het uitgangspunt dat de kort gedingrechter zijn beslissing afstemt op die van de bodemrechter. Dit zal, voor zover hier van belang, het geval kunnen zijn indien het vonnis van de bodemrechter klaarblijkelijk op een misslag berust en, afhankelijk van de aard van het geschil, de voorziening voorts zo spoedeisend is dat de uitslag van een aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht.

4.6 De Republiek heeft betoogd dat sprake is van een klaarblijkelijke misslag en een innerlijk tegenstrijdig vonnis. Zij wijst erop dat de bodemrechter enerzijds heeft geoordeeld, in rov. 4.10, dat de Nederlandse rechter, gelet op de Unietrouw, verplicht is om aan een uit de arbitrageprocedure voortvloeiend vonnis elk rechtsgevolg te ontzeggen, omdat het Unierecht zich tegen die procedure verzet. Anderzijds houden rov. 4.11 en 4.12 van het vonnis in dat het scheidsgerecht zelf over zijn bevoegdheid oordeelt, en dat het instellen van de vordering bij een scheidsgerecht buiten de Europese Unie niet zonder meer misbruik van recht oplevert; omdat de niet betwiste feitelijke proceskansen van LC Corp in dit buiten de EU gevoerde arbitrale geding meebrengen dat de procedure niet evident kansloos is levert het voeren daarvan volgens de rechtbank geen misbruik van procesrecht op. Die twee oordelen zijn volgens de Republiek niet met elkaar te verenigen. De Republiek houdt staande dat uit de constatering dat de arbitrale procedure strijdig is met het Unierecht (rov. 4.10) en uit de Unietrouw zonder meer volgt dat haar vordering toegewezen had moeten worden, zodat het vonnis een klaarblijkelijke misslag bevat.

De rechtbank heeft voorts overwogen dat de omstandigheid dat uit een voor LC Corp voordelig arbitraal vonnis verplichtingen voortvloeien die strijdig zijn met Unierecht dit niet anders maakt, en dat "in dit geding niet aan de orde" is of het de Republiek vrijstaat daaraan te voldoen. Dat oordeel acht de Republiek onbegrijpelijk en dat draagt bij aan haar conclusie dat het vonnis een klaarblijkelijke misslag bevat.

4.7 In dit kort geding treedt het hof niet op als appelrechter die moet oordelen over bezwaren van de Republiek tegen het vonnis van de bodemrechter. Dat over de kwestie anders gedacht kan worden volstaat niet, evenmin als onduidelijkheden in de

---

overwegingen. Slechts in evidente gevallen is sprake van een klaarblijkelijke misslag. Het vonnis van de bodemrechter is niet een dergelijk evident geval. Het hof licht dit toe.

4.7.1 De rechter past, naar de rechtbank terecht heeft overwogen, terughoudendheid bij de beoordeling van de vraag of er reden is voor ingrijpen in een arbitrale procedure op de grond dat het aanspannen daarvan onrechtmatig is dan wel misbruik van recht inhoudt. Dat het arbitrale beding in de BIT, waarop LC Corp zich beroept, in strijd is met het Unierecht is duidelijk. Anders dan de Republiek stelt kan ten aanzien van een private partij als LC Corp, die geen partij is bij het Beëindigingsverdrag, echter niet om die enkele reden worden aangenomen dat het entameren van een dergelijke procedure buiten de EU altijd en zonder meer onrechtmatig is of misbruik vormt

4.7.2 Van belang is wel of de vordering in die arbitrale procedure bij voorbaat kansloos is op de grond dat er geen geldig arbitraal beding bestaat waarop het scheidsgerecht zijn bevoegdheid kan baseren. In dat geval is het entameren van de arbitrale procedure en niet bewilligen in aanhouding daarvan immers in beginsel wel onrechtmatig. Het oordeel van de rechtbank dat van zo'n kansloze vordering geen sprake is, is gebaseerd op de tussen partijen vaststaande gevallen dat arbiters in een vergelijkbare situatie zichzelf bevoegd hebben geacht en zulke vorderingen inhoudelijk hebben beoordeeld. Dat het aan het scheidsgerecht is om te oordelen over zijn bevoegdheid staat op zichzelf tussen partijen vast.

Tegen die achtergrond houdt de afwijzing door de rechtbank van de vordering tot het indienen van een gezamenlijk beëindigingsverzoek geen evidente misslag in, evenmin als de motivering daarvan. De oordelen van de rechtbank over de (in de bodemprocedure wel maar hier niet) voorliggende vordering om te verklaren voor recht dat er geen geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen doen voor toepassing van de afstemmingsregel niet ter zake. Dat medewerking aan een beëindigingsverzoek verder strekt dan medewerking aan een aanhoudingsverzoek doet evenmin ter zake. Aanhouding van de arbitrageprocedure heeft immers slechts tot doel om voor te sorteren op een beëindiging.

4.8 Daarbij komt, dat in dit kort geding geen sprake is van een uit de aard van de vordering voortvloeiend spoedeisend belang (zoals bijvoorbeeld kenmerkend is voor executiegeschillen). Verder is onvoldoende aannemelijk geworden dat de Republiek de uitslag van het hoger beroep van het bodemvonnis niet kan afwachten. Gelet op de tussen partijen vaststaande planning van de arbitrale procedure valt daarin op zijn vroegst over een jaar een beslissing in de eerste fase te verwachten en zal, als het scheidsgerecht zich dan bevoegd acht, een beslissing over de materiele deugdelijkheid van de vorderingen van LC Corp nog veel langer op zich laten wachten. Ook in zoverre ontbreekt het vereiste spoedeisende belang. Dat de Republiek kosten moet maken in verband met de arbitrage levert geen spoedeisend belang op, evenmin als de omstandigheid dat de Europese Commissie van haar verwacht dat zij alle middelen inzet om eerbiediging van het Unierecht te bereiken. Met dit hoger beroep, en dat in de bodemprocedure, voldoet zij bovendien aan die laatste verplichting.

4.9 Per saldo brengt de afstemmingsregel dus mee dat het hof zich als kort geding rechter heeft te richten naar het oordeel van de bodemrechter, zodat de vordering moeten worden afgewezen. Daarom behoeven de overige geschilpunten en grieven geen nadere bespreking.

4.10 Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De Republiek zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep. Het hof ziet geen aanleiding om deze kosten anders te begroten dan volgens het liquidatietarief. Er is, mede in het licht van de Unierechtelijke verplichting van de Republiek om zich te weer te stellen tegen de (voortgang van de) arbitrale procedure, geen sprake van misbruik van procesrecht door de Republiek, ook niet vanwege het laten doorgaan van de zitting.

## 5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep:

veroordeelt de Republiek in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van LC Corp begroot op € 783 aan verschotten en € 3.549 voor salaris en op € 173 voor nasalaris, te vermeerderen met € 90 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploitatie ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en H. Struik en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 29 augustus 2023.

mr. A.R. Sturhoofd

AFGEGEVEN VOOR GROSSE  
AAN: Mr. M. van de Hel-Koedoot  
DE GRIFFIER

