

Over de Tiffany/Swatch-procedures en het Nederlandse materiële recht bezien vanuit internationale partijen

Mr. J.M. Luycks en Mr. drs. A.M.M. Hendriks

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Mr. J.M. Luycks en Mr. drs. A.M.M. Hendriks, 'Over de Tiffany/Swatch-procedures en het Nederlandse materiële recht bezien vanuit internationale partijen', *Contracteren* 2019-3, p. 107-114

1. Introductie

In de internationale contractspraktijk willen partijen nog wel eens kiezen voor een voor beide partijen 'neutraal' recht en forum. Dit was ook het geval bij het Amerikaanse Tiffany en het Zwitserse Swatch, die kozen voor Nederlands recht en arbitrage in Nederland. Het jarenlange geschil tussen deze internationale partijen is ten einde gekomen met het arrest van de Hoge Raad in de vernietigingsprocedure.¹ In deze procedure spitst de discussie zich toe op de vraag of het scheidsgerecht zijn opdracht te buiten is gegaan (art. 1065 lid 1 aanhef en onder c Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Op grond van de in het arbitrale beding aan het scheidsgerecht verleende opdracht mag het scheidsgerecht de uitdrukkelijk geformuleerde verplichtingen niet wijzigen (zie art. 30.3.8 van de Watch Trademark and Supply Agreement (WTSA), dat luidt: 'The arbitral tribunal may not change, modify or alter any express condition, term or provision of this Agreement and to that extent the scope of its authority is expressly limited'). Toch heeft het scheidsgerecht verplichtingen aangenomen voor Tiffany die niet met zoveel woorden in de overeenkomst zijn vastgelegd. Mag dat? De formulering van de opdracht aan arbiters en de daarin opgenomen beslissingsmaatstaf is hiervoor leidend. Alleen blijkt de contractuele bepaling waarin dit is neergelegd (art. 30.3.8 WTSA) niet duidelijk te zijn. De wijziging van de rechtskeuze door partijen van het recht van New York naar Nederlands recht leidt ertoe dat Tiffany en Swatch nu geconfronteerd worden met het in het Nederlandse recht bestaande onderscheid tussen de uitleg van een overeenkomst en de aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)). Dit leidt tot de nodige verontwaardiging en frustratie bij Tiffany.² Reden om in deze bijdrage stil te staan bij het Nederlandse contractenrecht bezien vanuit internationale partijen, in het bijzonder bij het uitleg leerstuk en de aanvullende werking van de redelijkheid en

billijkheid. Hoe ervaren internationale partijen het Nederlandse recht op dit punt? En hoe zullen buitenlandse arbiters hiermee omgaan? Ook zal in meer algemene zin gekeken worden naar de gevolgen van de door partijen gemaakte rechtskeuze. In deze bijdrage dienen de arbitrage en vernietigingsprocedure tussen Tiffany en Swatch als leidraad. Deze procedures geven aanleiding tot een aantal praktische wenken voor de internationale contractspraktijk.

2. Casus en procesverloop

2.1 Casus³

In 2007 hebben Tiffany – bekend van de juwelen – en Swatch – 's werelds grootste horlogefabrikant – vijf overeenkomsten gesloten, waaronder de WTSA, in verband met een voorgenomen samenwerking van twintig jaar op het gebied van luxe horloges. De overeenkomsten zijn tot stand gekomen na langdurige onderhandelingen en partijen hebben in overeenstemming op de valreep Nederlands recht van toepassing verklaard op de overeenkomsten. In alle vijf de overeenkomsten is een NAI-arbitragebeding opgenomen en is gekozen voor Amsterdam als plaats van arbitrage. Helaas loopt de samenwerking al na korte tijd stuk. Na de samenwerking te hebben beëindigd, start Swatch in juni 2011 tegen Tiffany een arbitrageprocedure bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) volgens het NAI Reglement 2010. Swatch is namelijk van mening dat Tiffany de samenwerking heeft gefrustreerd. In december 2013 heeft het scheidsgerecht vonnis gewezen en geoordeeld dat Tiffany tekort is geschoten in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomsten en een schadevergoeding van bijna US \$ 450 miljoen dient te betalen. Zo rustte volgens het scheidsgerecht op Tiffany onder meer de inspanningsverbintenis om bepaalde targets zoals opgenomen in het businessplan te behalen ('an implied obligation to use reasonable efforts to achieve the targets set forth in the Business Plan'). In dit kader heeft een van de arbiters een *dissenting opinion* afgegeven. Het arbitrale vonnis is op 31 december 2013 bij de griffie van de Rechtbank Amsterdam gedeponneerd.

2.2 Eerste aanleg⁴

Tiffany heeft in maart 2014 Swatch gedagvaard voor de Rechtbank Amsterdam en vernietiging van het arbitraal vonnis gevorderd. In deze vernietigingsprocedure betoogt Tiffany met name dat het arbitrale vonnis in strijd is met artikel 30.3.8 WTSA.⁵ Volgens Tiffany vormt artikel 30.3.8 WTSA een beperking van de opdracht van het scheidsgerecht, hetgeen het scheidsgerecht heeft genegeerd door te oordelen dat Tiffany tekort is geschoten in enkele *implied obligations*. Het scheidsgerecht is daarom volgens Tiffany zijn opdracht te buiten gegaan en om deze reden dient het arbitrale vonnis op grond van artikel 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv te worden vernietigd. Om te kunnen beoordelen of het scheidsgerecht zich aan zijn opdracht heeft gehouden dient de rechtbank artikel 30.3.8 WTSA uit te leggen. Dit doet de rechtbank aan de hand van de Haviltex-maatstaf (r.o. 4.23) en stelt daarbij de betekenis van de bewoordingen naar Engels taalgebruik

centraal (r.o. 4.25). De grens van de opdracht van het scheidsgerecht lag op het punt waar uitleg (interpretatie) overgaat in aanvulling (r.o. 4.26). De rechtbank oordeelt dat het scheidsgerecht de overeenkomst wel mocht uitleggen, waarbij de specifieke opdracht van artikel 30.3.8 WTSA de grens stelde (r.o. 4.37). Daarentegen was het scheidsgerecht op grond van artikel 30.3.8 WTSA niet bevoegd om de samenwerkingsovereenkomsten aan te vullen door *implied obligations* aan te nemen (r.o. 4.27 en 4.35). Aldus zijn de arbiters verder gegaan dan op grond van de opdracht was toegestaan en wordt het arbitrale vonnis vernietigd (art. 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv) (r.o. 4.39). Swatch gaat tegen dit oordeel in hoger beroep.

2.3 Hoger beroep⁶

In hoger beroep spitst de discussie zich toe op de strekking van artikel 30.3.8 WTSA. Bij de uitleg van artikel 30.3.8 WTSA aan de hand van de Haviltex-maatstaf (r.o. 3.11-3.14). acht het hof van belang dat Tiffany en Swatch beide professionele partijen zijn, die langdurig hebben onderhandeld en (althans Tiffany) ernaar gestreefd hebben om de overeenkomsten zo uitputtend mogelijk op te stellen (r.o. 3.21). In het bijzonder acht het hof de door partijen gemaakte rechtskeuze relevant. In de uiteindelijke versies van de overeenkomsten is gekozen voor een ‘onafhankelijk’ rechtsstelsel, Nederlands recht (r.o. 3.16). Dit in tegenstelling tot eerdere concepten, waarin een keuze was opgenomen voor het recht van de staat New York. Volgens het hof hebben partijen met de keuze voor Nederlands recht niet de bedoeling gehad om met artikel 30.3.8 WTSA de opdracht aan het scheidsgerecht afhankelijk te maken van het onder Nederlands recht bestaande onderscheid tussen uitleg en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) (r.o. 3.16). Tegen deze achtergrond acht het hof het dan ook niet passend om een onderscheid te maken tussen de uitleg van een overeenkomst en de aanvullende werking, omdat zij in elkaar overlopen (r.o. 3.17-3.18). Aldus komt het hof tot een ander oordeel dan de rechtbank. Het hof overweegt dat artikel 30.3.8 WTSA de strekking heeft dat het scheidsgerecht alleen de uitdrukkelijk verwoorde verplichtingen in aanmerking mag nemen. Onder verwijzing naar artikel 1.14 WTSA⁷ voegt het hof hieraan toe dat het scheidsgerecht ook, ‘maar niet meer dan’, die verplichtingen in aanmerking mag nemen die uit de uitdrukkelijk verwoorde verplichtingen voortvloeien krachtens de eisen van de goede trouw met het oog op het behoud van een langdurige relatie (r.o. 3.19-3.21).

Mede dankzij de vereiste terughoudendheid van de overheidsrechter bij de beoordeling van de opdracht van het scheidsgerecht (r.o. 3.23) komt het hof tot de conclusie dat het scheidsgerecht zich aan zijn opdracht heeft gehouden. Het hof stelt vast dat de extra verplichtingen die het scheidsgerecht heeft aangenomen, voortvloeien uit de uitdrukkelijk verwoorde verplichtingen krachtens de eisen van goede trouw (r.o. 3.27.1-3.27.3). De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat het arbitraal vonnis voor vernietiging in aanmerking komt op grond van artikel 1065 lid 1 aanhef en onder c Rv, aldus het hof (r.o. 3.28).

2.4 Cassatie⁸

In cassatie is de zaak op grond van artikel 81 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) afgedaan. Vandaar dat deze bespreking zich enkel richt op de conclusie van A-G Drijber voor het arrest. A-G Drijber stelt vast dat het scheidsgerecht de overeenkomst niet heeft aangevuld op grond van de wet, het gebruik of de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en art. 6:248 BW). In dit geval gaat het om verplichtingen die besloten liggen in de *express terms* van de overeenkomst die door uitleg aan het licht zijn gekomen (sub 37). In dat kader benadrukt A-G Drijber dat uitleg en aanvulling op grond van de redelijkheid en billijkheid weliswaar conceptueel dienen te worden onderscheiden, maar dit laat echter onverlet dat beide leerstukken in veel gevallen elkaar (deels) overlappen of in elkaar overlopen. Het conceptuele onderscheid is met name te maken omdat pas door (normatieve) uitleg aan het licht kan komen of er een noodzaak tot aanvulling of beperking bestaat (sub 38). Ook volgens A-G Drijber is het niet aannemelijk dat partijen met de keuze voor Nederlands recht een onderscheid hebben willen maken voor uitleg aan de hand van de Haviltex-norm (wat niet door de beperking in de opdrachtverlening van art. 30.3.8 WTSA zou zijn uitgesloten) en verplichtingen op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (die wél zou zijn uitgesloten door art. 30.3.8 WTSA) (sub 39). Uiteindelijk concludeert A-G Drijber dat de klachten niet tot vernietiging van het bestreden arrest kunnen leiden.

3. Uitleg en aanvulling: een korte achtergrondanalyse naar aanleiding van de Tiffany/Swatch-procedures

3.1 Een principieel onderscheid naar Nederlands recht

Dat het in het Nederlandse recht bestaande onderscheid tussen uitleggen en aanvullen van de overeenkomst in de praktijk niet altijd even gemakkelijk te maken is en er verschillend mee omgesprongen kan worden, blijkt al uit de haaks op elkaar staande uitspraken van de rechtbank en het hof. In eerste aanleg wordt door de rechtbank een duidelijk onderscheid gemaakt tussen deze twee fasen: de opdracht aan het scheidsgerecht staat toe dat de overeenkomst wordt uitgelegd, maar het aanvullen van de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid mag niet (rechtbank r.o. 4.26). Het hof erkent dat er in het Nederlandse recht een onderscheid wordt gemaakt tussen uitleg en aanvulling, maar acht een dergelijk onderscheid in dit geval niet passend, onder meer vanwege de internationale achtergrond van partijen en de – enigszins onverwachtse – rechtskeuze van partijen voor Nederlands recht (r.o. 3.16-3.18). Volgens het hof kunnen bepaalde rechtsgevolgen van de overeenkomst – in dit geval een zekere inspanningsverbintenis – naar Nederlands recht zowel via de uitleg van de overeenkomst als via de aanvullende werking van artikel 6:248 lid 1 BW worden vastgesteld (hof r.o. 3.17). A-G Drijber doet dit ook, maar komt tot een iets andere conclusie dan het hof. Waar het hof lijkt te concluderen dat het scheidsgerecht de uitdrukkelijk geformuleerde verplichtingen binnen de grenzen van de opdracht ook heeft aangevuld, meent A-G Drijber dat de verplichtingen door uitleg aan het licht zijn gekomen en dat het scheidsgerecht de overeenkomsten juist niet heeft aangevuld op grond van artikel 6:248 lid 1 BW.

Naar Nederlands recht heeft een overeenkomst niet alleen de rechtsgevolgen die partijen zelf zijn overeengekomen en die door uitleg kunnen worden vastgesteld, maar ook de rechtsgevolgen die voortvloeien uit de wet, gewoonte en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Aldus vormen uitleg en aanvulling in het Nederlandse recht twee verschillende leerstukken op grond waarvan rechten en verplichtingen voor partijen kunnen worden aangenomen. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid komt pas in beeld indien de uitleg van de overeenkomst leidt tot de conclusie dat de overeenkomst een leemte bevat en partijen dus ten aanzien van het desbetreffende punt niets zijn overeengekomen.⁹ In de praktijk blijken de uitleg van een overeenkomst en de toepassing van de aanvullende werking dikwijls ineen te vloeien.¹⁰ Beide leerstukken kunnen praktisch tot dezelfde uitkomst leiden. Het onderscheid tussen uitleggen en aanvullen van de overeenkomst blijkt zo vooral een principieel onderscheid te vormen dat met name in de theorie tot uitdrukking komt. Toch verdient het aanbeveling om de leerstukken van elkaar te onderscheiden, onder meer gelet op de mogelijke toetsing in cassatie.¹¹ De wijze waarop de redelijkheid en billijkheid zijn toegepast door de lagere rechter, is een rechtsvraag die in beginsel in cassatie kan worden getoetst. De ‘normatieve’ uitleggers, zoals Van Dunné en Schoordijk, denken hier anders over. Zij stemmen niet in met het onderscheid tussen uitleg en aanvullen (en overigens ook beperken).¹² In de onderhavige uitspraak wordt de heersende leer door A-G Drijber bevestigd (conclusie A-G sub 38): ondanks het feit dat uitleg en aanvulling in veel gevallen in elkaar overlopen, dienen beide leerstukken conceptueel te worden onderscheiden. In de praktijk leidt dit ertoe dat de weg van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid minder vaak wordt bewandeld.¹³ Wel dient voor ogen te worden gehouden dat het nog steeds een van de wegen is die bewandeld kunnen worden.¹⁴ Zo is het denkbaar dat in een bepaald geval een rechter het wel passend acht om het principiële onderscheid tussen het uitleggen en aanvullen van de overeenkomst te hanteren. Een rechter zou dan uiteindelijk tot de conclusie kunnen komen dat partijen een bepaalde situatie niet in de overeenkomst hebben geregeld en dat sprake is van een leemte die met toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) dient te worden aangevuld. Indien partijen enkel de uitleg van de overeenkomst ten grondslag hebben gelegd aan de vordering, doet zich een probleem voor. De rechter kan dan niet tot het oordeel komen dat partijen een bepaalde situatie ongeregeld hebben gelaten in de overeenkomst, omdat hij zich met een dergelijk oordeel schuldig zal maken aan een verboden aanvulling van de feitelijke gronden (art. 24 Rv). In de praktijk zou dit probleem zo opgelost kunnen worden dat de rechter zich aansluit bij de feitelijke grondslag van partijen en onder de noemer van de uitleg van de overeenkomst alsnog tot de beoogde oplossing van het geschil komt.¹⁵ Voor de uitkomst van het geschil zal het in zo'n geval uiteindelijk dus niet zoveel uitmaken. Het is echter raadzaam dat een partij een beroep doet op beide grondslagen door primair te betogen dat de uitleg van de overeenkomst tot een bepaald rechtsgevolg leidt, en dat subsidiair, in het geval de overeenkomst een leemte bevat, die leemte dient te worden aangevuld met toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en

billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Zo kunnen mogelijke problemen worden voorkomen.

3.2 Contractuele uitsluiting aanvullende werking redelijkheid en billijkheid mogelijk?

Een ander aspect van de Swatch/Tiffany-arbitrage ziet op de al dan niet bestaande mogelijkheid om de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid contractueel uit te sluiten. Tiffany heeft betoogd dat artikel 30.3.8 WTSA een verbod inhoudt voor het scheidsgerecht om verplichtingen aan te nemen op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank is hierin meegegaan door te oordelen dat het scheidsgerecht geen verplichtingen in aanmerking mag nemen die door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid tot stand komen (rechtbank r.o. 4.26). Oftewel, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is door partijen weggecontracteerd in artikel 30.3.8 WTSA. Het hof ziet het anders en oordeelt dat met de overeengekomen rechtskeuze voor Nederlands recht partijen niet de bedoeling hebben gehad om de opdracht aan het scheidsgerecht afhankelijk te maken van het in Nederlandse recht bestaande onderscheid tussen uitleg en aanvulling (hof r.o. 3.16). A-G Drijber sluit zich in zijn conclusie hierbij aan (conclusie A-G sub 39) en benadrukt dat artikel 6:248 BW van dwingend recht is en dat het daarom onwaarschijnlijk is dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zou zijn uitgesloten op grond van artikel 30.3.8. WTSA (conclusie A-G sub 40).

In de literatuur wordt al enige tijd bevestigd dat het niet mogelijk is om de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid contractueel uit te sluiten, omdat artikel 6:248 BW van dwingend recht is.¹⁶ Dit is zo vanzelfsprekend dat de wetgever het artikel niet heeft opgenomen in artikel 6:250 BW.¹⁷ Wel kunnen partijen de uitwerking van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden door nadere contractuele afspraken te maken.¹⁸ Zo kunnen partijen bijvoorbeeld door veel verschillende situaties in het contract te verdisconteren, invloed uitoefenen op de vraag of er sprake is van een leemte in de overeenkomst.¹⁹

Kunnen partijen dan wellicht door middel van een *entire agreement clause* paal en perk stellen aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid? In de onderhavige zaak beroept Tiffany zich op de *entire agreement clause* die de vijf overeenkomsten bevatten. Volgens Tiffany volgt hieruit dat het de bedoeling van partijen was 'dat alleen hetgeen in de overeenkomsten is verwoord bepalend zou zijn voor wat tussen partijen is overeengekomen' (hof r.o. 3.6) en onderstreept zo dat de overeenkomsten niet mogen worden aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Terecht wijst het hof erop dat naar Nederlands recht een *entire agreement clause* op zichzelf geen uitlegbepaling is en naar Nederlands recht ook niet zonder meer een bijzondere betekenis heeft (hof r.o. 3.22), hetgeen de Hoge Raad ook met zoveel woorden in het arrest Lundiform/Mexx heeft geoordeeld.²⁰ In de regel beoogt een dergelijke clausule te benadrukken dat de overeenkomst de gehele contractsverhouding van partijen bevat en dat partijen niet zijn gebonden aan eerder gemaakte afspraken of afspraken

die niet uit de overeenkomst voortvloeien. Vaak wensen partijen door middel van een dergelijke clause bewijs van de totstandkomingsfase, zoals getuigenverklaringen en e-mails, uit te sluiten bij de uitleg van de overeenkomst. Naar Nederlands recht is dat niet zonder meer het geval. Welke betekenis aan een dergelijke clause toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Gelet op het vorenstaande, leidt het enkel opnemen van een *entire agreement clause* er dus niet toe dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is beperkt.²¹ In deze lijn oordeelt ook het hof, hetgeen steun vindt in de literatuur.²² Wel zullen partijen in het algemeen door het opnemen van een dergelijke clause een signaal afgeven dat de overeenkomst als allesomvattend bedoeld is, op grond waarvan betoogd zou kunnen worden dat de ruimte voor het aannemen van aanvullende verbintenissen op grond van de redelijkheid en billijkheid beperkter is.²³

Hoewel voor internationale partijen de contractuele mogelijkheden dus beperkt zijn om de aanvullende werking van de redelijkheid geheel weg te contracteren, zullen partijen door uitvoerige afspraken te maken en een gedetailleerde *entire agreement clause* op te nemen wel de ruimte voor de invloed van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid enigszins kunnen beperken.

4. Uitleg en aanvulling: de ervaringen in de Tiffany/Swatch-procedures

4.1 Ervaringen van internationale partijen in het algemeen en Tiffany in het bijzonder

In de praktijk lijken internationale partijen, en dan met name Anglo-Amerikaanse partijen, nogal eens het idee te hebben dat naar Nederlands recht een rechter veel meer rechtsgevolgen aan de overeenkomst kan verbinden dan uit de tekst van de overeenkomst volgt. Zowel door middel van uitleg van de overeenkomst, maar ook door toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen in de ogen van internationale partijen nieuwe rechten en verplichtingen aan het licht komen. Het onbegrip wordt versterkt door het feit dat vaak onduidelijk blijft of dit geschiedt aan de hand van uitleg of aanvulling nu beide leerstukken in veel gevallen in elkaar overlopen. Ook kunnen aan de overeenkomst rechtsgevolgen worden ontnomen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) vormt zo een ander middel voor de rechter om in te grijpen in de partijafspraken. Aldus kan de indruk ontstaan dat de Nederlandse rechter vrij spel heeft bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst. De voorspelbaarheid en rechtszekerheid waar internationale commerciële partijen juist zo aan hechten, kunnen zo in het geding komen.

Voorgaande schets wordt bevestigd door de ervaringen van partijen, en met name van Tiffany, in de Swatch/Tiffany-arbitrage en de daaropvolgende vernietigingsprocedure. A-G Drijber merkt niet voor niets in zijn conclusie op dat een van de klachten '(...) de kennelijk bij Tiffany bestaande gevoelens van verontwaardiging en frustratie [vertolkt]: terwijl was getracht de rechtsbetrekkingen tussen partijen

uitputtend vast te leggen en dus dicht te timmeren, is Tiffany geconfronteerd met verplichtingen die niet als zodanig in de overeenkomst staan' (conclusie A-G sub 43; zie ook hof r.o. 3.19). Internationale partijen ervaren het Nederlandse recht wellicht vandaag de dag nog steeds zo. Menig jurist werkzaam in de internationale commerciële praktijk zal wel eens te maken hebben gehad met dergelijke frustraties of toch in ieder geval verbazing bij een internationale partij over de werking van het Nederlandse recht.

De soep wordt echter minder heet gegeten dan zij wordt opgediend. Juist omdat de omstandigheden van het geval zo centraal staan in het Nederlandse recht, kan de rechter maatwerk leveren, ook aan internationale commerciële partijen. Nederlandse rechters kunnen goed uit de voeten met de verschillende fasen – uitleg, aanvulling en beperking – voor de vaststelling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst. De positie van een internationale commerciële partij wordt door de rechter bij de verschillende fasen in acht genomen. Zo zal de rechter bij de uitleg van een uitonderhandeld commercieel contract gesloten tussen professionele (internationale) partijen die worden bijgestaan door juridische deskundigen in de regel veel waarde hechten aan de tekst van de overeenkomst, en aan de hand van die tekst, indien daar het grootste gewicht aan toekomt, de rechten en verplichtingen voor partijen vaststellen.²⁴ Ondanks het feit dat de aanvullende werking in de praktijk haar zelfstandige functie niet altijd vervult vanwege de overlap met de uitlegfase, leidt dit er niet toe dat de Nederlandse rechter onder de noemer van uitleg allerlei rechten en verplichtingen in het contract leest die er niet staan.²⁵ Indien het een geschil tussen professionele (internationale) partijen is, zal een rechter zeker terughoudend omgaan met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁶ Met de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is de Nederlandse rechter eveneens terughoudend. Het vormt een strenge maatstaf.²⁷ Helaas leeft dit beeld van het Nederlandse materiële recht nog onvoldoende bij internationale partijen en verdient dan ook enige bijstelling.

4.2 Ervaringen van arbiters in de Swatch/Tiffany-arbitrage en het gebruik van de Engelse term implied obligation

In het geschil tussen Swatch en Tiffany dient het scheidsgerecht, voor het merendeel bestaande uit buitenlandse arbiters, de rechten en verplichtingen van Swatch en Tiffany vast te stellen aan de hand van een overeenkomst waarop Nederlands recht van toepassing is. De verwachting is dat een door partijen gemaakte rechtskeuze van invloed is op de samenstelling van het scheidsgerecht en de arbiters die partijen voordragen, zeker wanneer sprake is van een bundeling van forumkeuze en rechtskeuze (hierover later meer in par. 5). In de arbitragepraktijk komt het echter nogal eens voor dat de benoeming van de arbiters wordt beïnvloed door andere factoren, zoals de nationaliteit van partijen of onbekendheid met Nederlandse arbiters, die in ieder geval hier ten lande een uitstekende reputatie genieten. Het gevolg is dat een scheidsgerecht bestaande uit personen van verschillende nationaliteiten met ieder hun eigen juridische 'bagage' tot een oplossing van het geschil moet komen

door ‘vreemd’ recht te interpreteren en toe te passen zonder hierin ervaren te zijn. Dit kan ten koste gaan van de kwaliteit van het oordeel. Ondanks de omstandigheid dat in een dergelijk geval partijen veelal deskundigen (zoals een ‘expert witness on Dutch Law’) aanstellen om licht te werpen op het toepasselijke materiële recht, raakt men nogal eens ‘lost in translation’. Ook resulteert dit in onnodig hoge kosten en vertraging van de arbitrageprocedure, onder meer doordat vooral in internationale arbitrages vaak een cross examination van de deskundigen plaatsvindt. Het verdient dan ook aanbeveling dat partijen en de betrokken juridisch adviseurs de gemaakte rechtskeuze voor het materiële recht laten meewegen bij de samenstelling van een scheidsgerecht. Dit sluit aan bij de tendens dat partijen de wijze waarop arbiters omgaan met juridische vraagstukken betrekken bij de selectie van arbiters.²⁸

In de Swatch/Tiffany-arbitrage komt het scheidsgerecht uiteindelijk tot het oordeel dat Tiffany verschillende ‘implied obligations’ heeft geschonden.²⁹ Uit het arbitraal vonnis blijkt niet duidelijk langs welke route het scheidsgerecht tot deze ‘implied obligation’ is gekomen: door uitleg of door aanvulling. In het kader van de betekenis van de *entire agreement clause* overweegt het scheidsgerecht dat ‘under Dutch law, an entire agreement clause as the one of Article 1.11 WtSA effectively excludes contradicting or additional obligations to the express terms of a contract but does not at all purport to restrict the interpretation of a contract as to derive implied terms from any such interpretation process’. Dit lijkt erop te wijzen dat het scheidsgerecht de inspanningsverbintenissen van Tiffany door uitleg van de overeenkomsten heeft vastgesteld. Dat het hof in de vernietigingsprocedure vervolgens bij de bespreking van het arbitraal vonnis spreekt van ‘additionele verplichtingen’ (hof r.o. 3.20), ‘verplichtingen die door (...) de aanvullende werking van de goede trouw door de (uitdrukkelijke bepalingen van de) onderhavige overeenkomsten in het leven worden geroepen’ (hof r.o. 3.22) en ‘nadere verplichtingen (...) ontleend aan de aanvullende werking van de goede trouw’ (hof r.o. 3.50), werkt dan ook verwarrend, zoals terecht wordt opgemerkt door A-G Drijber (conclusie sub 38, voetnoot 28).

Hoewel het scheidsgerecht meent tot de *implied obligation* te zijn gekomen door uitleg van de overeenkomst, is het opmerkelijk dat nergens in het arbitraal vonnis, althans voor zover kenbaar via de vernietigingsprocedure, gesproken wordt over de Haviltex-maatstaf. Zo wekt het scheidsgerecht de indruk weg te willen blijven van het benoemen van de grondslag voor het aannemen van de *implied obligation* (zie ook conclusie A-G Drijber sub 54). Dit doet vermoeden dat het scheidsgerecht heeft geworsteld met het naar Nederlands recht bestaande onderscheid tussen uitleg en aanvulling, hetgeen wordt versterkt door de *dissenting opinion* van prof. Hanotiau met betrekking tot het oordeel dat ‘Tiffany breached a contractual obligation, even less an implied obligation to use reasonable efforts to achieve the targets set forth in the Business Plan’.

Het gebruik van de term *implied obligation* vergroot de verwarring over de grondslag voor het aannemen van de *implied obligations* door het scheidsgerecht. In de internationale commerciële praktijk wordt deze term veelal geassocieerd met het aanvullen van een leemte op grond van

de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Deze lezing is deels ingegeven door het Engelse recht, waar het mogelijk is een *implied term* aan te nemen om een leemte in een overeenkomst aan te vullen.³⁰ Het is dan ook niet verwonderlijk dat Tiffany, vanuit haar Anglo-Amerikaanse achtergrond, het arbitraal vonnis zo begrijpt dat het scheidsgerecht de overeenkomsten tussen partijen heeft aangevuld nu er gesproken wordt over een *implied obligation*. Zeker in de internationale (arbitrage)praktijk dient de verwarring die kan ontstaan over de toepassing van een Nederlandsrechtelijk leerstuk door het gebruik van een Engelse term, voorkomen te worden. Het Netherlands Commercial Court (NCC) is zich hier reeds van bewust en heeft aangegeven te werken met een glossary om dergelijke (vertaal)problemen bij NCC-procedures te voorkomen. Voor een beter begrip verdient het aanbeveling om in arbitrale en NCC-uitspraken aan te geven welk leerstuk bedoeld wordt met een bepaalde Engelse term.

5. Gevolgen van de rechtskeuze voor de forumkeuze

5.1 Rechtskeuze en verband met forumkeuze

Ten aanzien van het onderwerpen van de overeenkomst aan Nederlands recht merkt A-G Drijber in een voetnoot van zijn conclusie op dat het ‘(...) wél aannemelijk [is] dat partijen, en zeker Tiffany, hebben laten onderzoeken wat de keuze voor Nederlands recht in plaats van het recht van de Staat van New York algemeen gesproken voor gevolgen zou kunnen hebben voor de reikwijdte van de over en weer aangegane verplichtingen’ (conclusie A-G, voetnoot 30). Dat zou wel de verwachting zijn, maar in de praktijk wordt er maar beperkte aandacht besteed aan de gevolgen van de rechtskeuze die vaak aan het eind van de overeenkomst als een soort *boilerplate* hangt. Gewoonlijk beperkt het onderzoek zich tot de vraag of hetgeen is onderhandeld nog geldig is of dat door de gewijzigde rechtskeuze de overeenkomst op bepaalde punten moet worden aangepast. Gezien het belang van de rechtskeuze voor de gevolgen van een overeenkomst, de uitkomst van een geschil en de forumkeuze is het raadzaam om in plaats van de beperkte *sanity check* toch wat meer aandacht te besteden aan de gevolgen van de gewijzigde rechtskeuze.

Een beter begrip bij internationale partijen van het onderscheid tussen uitleg en aanvulling en de vrijheid van de feitenrechter bij de toepassing van deze leerstukken zou te goed kunnen komen aan de internationale positie van het Nederlandse materiële recht en in het bijzonder de aantrekkelijkheid van het Nederlandse contractenrecht voor de internationale handel. Mogelijk gevolg is dat partijen, en in het bijzonder internationale commerciële partijen, bewuster een rechtskeuze zullen maken voor Nederlands recht. In de praktijk geven partijen er de voorkeur aan dat de rechtskeuze aansluit bij de forumkeuze.³¹ Aangezien de keuze voor een materieel recht sterk verbonden is met de forumkeuze, zou dit mogelijk ook gevolgen kunnen hebben voor het zojuist opgerichte NCC en de Nederlandse arbitragepraktijk.

5.2 NCC

Voorafgaand aan de oprichting van het NCC is door verschillende auteurs al betoogd dat voor een succesvol NCC op internationaal niveau het Nederlandse materiële recht dient te worden gepromoot.³² Indien partijen voor het NCC als forum kiezen, is het aannemelijk dat zij ook kiezen voor Nederlands recht.³³ Schelhaas merkt dan ook terecht op dat partijen wel overtuigd moeten zijn van de kwaliteit van het materiële recht willen zij een keuze maken voor het NCC.³⁴ Op dit punt kan zich een probleem voordoen voor het NCC.³⁵ Zoals onderhavige uitspraak illustreert, valt het Nederlandse recht niet altijd even goed in de smaak bij internationale commerciële partijen. De uitkomst van deze arbitrage en de uiteenlopende beslissingen die de rechtbank en het hof namen, zullen voor Tiffany in de VS weinig enthousiasme hebben opgeroepen voor het Nederlandse materiële recht. Of dergelijke uitspraken in geschillen tussen internationale commerciële partijen daadwerkelijk invloed gaan hebben op de keuze van partijen voor Nederlands recht en het NCC, zal de toekomst moeten uitwijzen. Ook vanuit deze gedachte verdient het dus aanbeveling om het bij internationale partijen levende beeld van het Nederlandse materiële recht voor zover nodig bij te stellen.

5.3 De Nederlandse arbitragepraktijk

De keuze van de plaats voor arbitrage beïnvloedt de mogelijkheden die partijen hebben om een arbitraal vonnis aan te tasten ten overstaan van de overheidsrechter van het gekozen land. Daarbij kan gedacht worden aan het rechtsmiddel van vernietiging (zie art. 1064a Rv) of herroeping (art. 1068 Rv). Of vernietiging of herroeping mogelijk is, dient te worden vastgesteld aan de hand van het recht van het land waar het arbitrale vonnis is gewezen. Zo zullen de mogelijkheden tot aantasting van een arbitraal vonnis meespelen bij de keuze van partijen voor de plaats van arbitrage.

In de Swatch/Tiffany-arbitrage is gekozen voor Amsterdam als plaats van arbitrage. Nu de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen, is de titel 1 van Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1020-1073 Rv) van toepassing (zie art. 1073 lid 1 Rv). De Tiffany/Swatch-zaak bevestigt dat de Nederlands rechter zich terughoudend opstelt in een vernietigingsprocedure.³⁶ Dat kan bijdragen aan de aantrekkelijkheid van Nederland als arbitrageland en de keuze van partijen voor een Nederlandse plaats van arbitrage in positieve zin beïnvloeden. Dit wordt versterkt door de mogelijkheid om een eventuele vernietigingsprocedure in het Engels te voeren bij het Netherlands Commercial Court of Appeal (NCCA).³⁷

Daarnaast is de keuze voor het toepasselijke materiële recht ook een relevante factor voor de keuze voor de plaats van arbitrage.³⁸ In dat opzicht zijn frustraties of onduidelijkheid over de werking van het Nederlandse materiële recht onwenselijk, ook voor de keuze van een plaats van arbitrage in Nederland.

6. Conclusie

De arbitrage en vernietigingsprocedure tussen Tiffany en Swatch hebben de nodige aandacht opgeleverd voor het Nederlandse materiële recht. In deze procedures kwam het verschil tussen het uitleggen en aanvullen van

de overeenkomst uitvoerig aan bod. In deze bijdrage is daarom aandacht besteed aan de ervaringen van internationale partijen en arbiters op dit punt. Hoewel de Tiffany/Swatch-zaak twijfels zouden kunnen doen rijzen om in de internationale contractspraktijk te kiezen voor het Nederlandse materiële recht, hoeft niet gevreesd te worden voor de populariteit van het Nederlandse contractenrecht. Nederlandse rechters kunnen goed uit de voeten met het principiële onderscheid tussen uitleg en aanvulling. Enige bijstelling van het bij internationale partijen heersende beeld van het Nederlandse materiële recht kan geen kwaad, en uiteraard hebben het NCC en de Nederlandse arbitragepraktijk daar ook baat bij. De rechtskeuze moet verder niet uit het oog verloren worden bij de samenstelling van een scheidsgerecht, de forumkeuze (zoals het NCC) en de plaats van arbitrage. Dit onderstreept het belang van de rechtskeuze in de internationale contractspraktijk. Een dergelijke keuze dient dus welbewust te worden gemaakt.

Noten

1 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2162. In cassatie is de zaak onder art. 81 lid 1 Wet RO afgedaan.

2 Zie de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2018:1060), sub 43 bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2162.

3 Kenbaar uit de uitspraken in de vernietigingsprocedure.

4 Rb. Amsterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1181, TvA 2015/58.

5 Alle vijf de overeenkomsten bevatten eenzelfde bepaling. Waar in dit artikel gesproken wordt over art. 30.3.8 WTSA, worden dus eveneens de gelijkkluidende bepalingen in de andere overeenkomsten bedoeld.

6 Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1496, TvA 2017/48.

7 Art. 1.14 WTSA bepaalt: 'All obligations of the parties to each other under this Agreement shall be undertaken in good faith with a view of preserving a long term relationship and all obligations stated herein are to be read with this precept, whether or not expressly stated in the language defining the obligation.'

8 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2162 en de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2018:1060).

9 Zie o.a. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, NJ 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (Aegon/Stichting Koersplandewegkwijt), r.o. 3.4.2; HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (Ermes c.s./Haviltex); Asser/Sieburgh 6-III 2018/403; R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 402; A.M.M. Hendriks, *Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en*

Engels recht, in: Een kwart eeuw – privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat (H.J. Snijders bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 157; W.L. Valk, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2016, par. 3.4.1.

10 Zie o.a. de conclusie A-G Drijber onder Tiffany/Swatch, sub 38; Asser/Sieburgh 6-III 2018/366; Tjittes 2018, p. 408; Hendriks 2016, p. 157; H.N. Schelhaas, Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7 en 23; Valk 2016, par. 3.4.1; conclusie A-G Wissink onder HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, NJ 2010/623 (Skare/Flexmen), sub 3.8; P.T.J. Wolters, Alle omstandigheden van het geval: een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, Deventer: Kluwer 2013, p. 26-27.

11 Zie nader Asser/Sieburgh 6-III 2018/368. Zie ook Hendriks 2016, p. 158; C.E. Drion, Uitleg van uitleg, NJB 2010/226, p. 279.

12 J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971, p. 9 e.v., p. 208 en p. 236 e.v.; J.M. van Dunné, 'Normatieve uitleg' algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte?, WPNR (2018) 7184-7185, p. 211 e.v. en p. 225 e.v.; J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 166 en p. 168; H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1986, p. 94 e.v.

13 Zie o.a. Valk 2016, par. 3.4.1; HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, NJ 2010/623 (Skare/Flexmen), r.o. 3.4.1.

14 Zoals volgt uit HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, NJ 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (Aegon/Stichting Koersplandewegkwijt), r.o. 3.4.2.

15 Zie Valk 2016, par. 3.4.1.

16 Schelhaas 2016, par. 7.3; Schelhaas 2017, par. 29; Asser/Sieburgh 6-III 2018/380; Tjittes 2018, p. 414; P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm (diss. VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 75 e.v.; Wissink 2011, p. 24.

17 Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/380; Tjittes 2018, p. 414.

18 Tjittes 2018, p. 414; Wissink 2011, p. 26.

19 Asser/Sieburgh 6-III 2018/380; Schelhaas 2017, par. 29; Schelhaas 2016, par. 7.3.

20 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx), r.o. 3.5.3.

21 Naar common law is dit hetzelfde. Ook dan zal een *entire agreement clause* er niet zonder meer toe leiden dat het aannemen van *implied terms* in geval van een leemte is uitgesloten. Zie o.a. Axa Sun Life Services plc/Campbell Martin Ltd [2011] EWCA Civ 133; J.N.Hipwell & Son/Szurek [2018] EWCA Civ 674.

22 Tjittes 2018, p. 395; Schelhaas 2016, par. 7.5; zie anders C.E. Drion, De status van de redelijkheid en billijkheid, NJB 2007/421, p. 433.

23 Tjittes 2018, p. 409; J.W.A. Dousi, Representations en warranties, naar Nederlands en Anglo-Amerikaans recht, Contracteren 2017/4, p. 143.

24 Zie o.a. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (Meyer Europe/PontMeyer); HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (Derksen/Homburg); HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, JOR 2010/179, m.nt. P. Olden (UPC/Land c.s.); HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx); conclusie van A-G Wissink bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2167 (Fox/Ziggo) (ECLI:NL:PHR:2018:1146), sub 3.7-3.8. In dit kader kan tevens gewezen worden op de ervaringen van prof. H.J. Snijders in de arbitragepraktijk (kenbaar uit zijn noot bij HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522 (Rotterdam/Eneco), sub 2a) en de ervaringen van Valk (in: Schelhaas & Valk 2016, par. 2.1.3.4).

25 Een mooi voorbeeld vormt de zaak Skare/Flexmen: HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, NJ 2010/623 (Skare/Flexmen), r.o. 3.4.1.

26 Tjittes 2018, p. 408; M.H. Wissink, Vertrouwen op tekstuele uitleg, in: Strikwerda's conclusies; opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn afscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, Deventer: Kluwer 2011, nr. 25; M.H. Wissink, Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, Contracteren (special Willem Grosheide), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 24; Schelhaas 2017, par. 19; Dousi 2017, p. 143.

27 Zie o.a. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363, m.nt. A.R. Bloembergen (Apeldoorn/Duisterhof), r.o. 3.3; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471, m.nt. A.R. Bloembergen (FNV/Maas), r.o. 3.4; W.L. Valk, in: Jac. Hijma e.a., Rechtshandeling en Overeenkomst, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 277.

28 The 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration conducted by Queen Mary University of London, p. 21-22 (te raadplegen via: [www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)).

29 Zie o.a. sub 96, 99 en 100 van het arbitraal vonnis.

30 Zie nader Hendrikx 2016, par 3.; R.P.J.L. Tjittes, Op de golven van de goede trouw naar Engels Contractenrecht, RMThemis 2015/5, p. 218.

31 G. Wagner, Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice systems, in: H. Eidenmüller (red.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, München: C.H. Beck 2013, p. 399-400; zie ook M. Neekilappillai, Netherlands Commercial Court. Regelgevingsconcurrentie op de markt voor geschilbeslechting, NJB 2017/1231, par. 4.2, met verwijzingen naar twee studies waarin de relatie tussen de forumkeuze en rechtskeuze wordt bevestigd.

32 R.J. Tjittes, Een Netherlands Commercial Court vereist reclame voor Nederlands recht, RMThemis 2014/6, p. 261; H.N. Schelhaas, De markt op met de Nederlandse rechtsorde?, NTBR 2017/3, p. 75; J. Hoeben e.a., De Netherlands Commercial Court tot een succes maken, in: E. Bauw, H. Koster & S.A. Kruisinga (red.), De kansen voor een Netherlands Commercial Court, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 84-85; P. Kuipers, Bedrijf, jurist en de Netherlands Commercial Court, in: E. Bauw, H. Koster & S.A. Kruisinga (red.), De kansen voor een Netherlands Commercial Court, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 126; M. van Hooijdonk, Internationale uitdagingen voor de Netherlands Commercial Court, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging van Corporate Litigation 2015-2016 (serie vanwege het Van der Heijden Instituut), Deventer: Kluwer 2016, p. 337; S.H.M.A. Dumoulin, Het Netherlands Commercial Court vanuit de onderneming bezien, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging van Corporate Litigation 2015-2016 (serie vanwege het Van der Heijden Instituut), Deventer: Kluwer 2016, p. 33. Kritisch, los van het NCC, E. Hondius, Eigen recht eerst, AA 2013, p. 640.

33 Zo ook E. Bauw, Ondernemerschap in de rechtspleging. Over de kansen van een Netherlands Commercial Court, AA 2016, p. 96; J. Hoeben, A.L.M. Keirse & M.D. Reijneveld, Opteren voor de Netherlands Commercial Court, Contracteren 2017/2, p. 41; Tjittes 2018, p. 45.

34 Schelhaas 2017, p. 74.

35 Bauw 2016, p. 98; Tjittes 2014, p. 261.

36 Conclusie A-G Drijber, sub 28-32, met verwijzingen naar o.a. HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders (Nannini/SFT Bank), r.o. 3.5.2; HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9393, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf I).

37 Sinds 1 januari 2019 is aan art. 1064a lid 1 Rv de volgende zin toegevoegd: 'Indien de plaats van arbitrage is gelegen in het ressort Amsterdam en partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, kan de vordering tot vernietiging worden ingesteld bij de internationale handelskamer van het gerechtshof Amsterdam («Netherlands

Commercial Court of Appeal»). Artikel 30r is van overeenkomstige toepassing.' Zie Wet van 12 december 2018, Stb. 2018, 474 en inwerkingtredingsbesluit van 18 december 2018, Stb. 2018, 475.

38 Zie The 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration conducted by Queen Mary University of London, p. 13: 'Law governing the substance of the dispute' (42%) vormt een belangrijke factor voor de keuze van de plaats van arbitrage (te raadplegen via:

www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf); N. Peters, Het belang van de plaats van arbitrage voor het toepasselijke recht, Bb 2017/4, p. 41.

© Boom juridisch