ECLI:NL:OGHACMB:2016:130

Instantie	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum uitspraak	15-11-2016
Datum publicatie	13-12-2016
Zaaknummer	51824 - H 217/16
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Beschikking
Inhoudsindicatie	verzoek exequatur arbitraal vonnis. Verdrag van New York 1958. overschrijding bevoegdheid scheidsgericht. artikel 40 Statuut
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2017, afl. 2, p. 77

Uitspraak

BURGERLIJKE ZAKEN 2016 BESCHIKKING NO.

Registratienrs.: 51824 - H 217/16

Uitspraak: 15 november 2016

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE VAN ARUBA, CURAÇAO, SINT MAARTEN EN VAN BONAIRE, SINT EUSTATIUS EN SABA

Beschikking in de zaak van:

de rechtspersoon naar vreemd recht **ÇUKUROVA HOLDING A.S.**,
gevestigd in Turkije, in deze zaak woonplaats gekozen hebbende ten kantore van haar gemachtigden,
hierna te noemen: Çukurova,
oorspronkelijk verweerster, thans appellante,
gemachtigden: mrs. C. de Bres en E.R. de Vries,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht **SONERA HOLDING B.V.**,

gevestigd in Nederland,

hierna te noemen: Sonera,

oorspronkelijk verzoekster, thans geïntimeerde,

gemachtigde: mr. Th. Aardenburg.

1 Het verloop van de procedure

1.1. Voor hetgeen in eerste aanleg is gesteld en verzocht, voor de procesgang aldaar en voor de overwegingen en beslissingen van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (GEA) wordt verwezen naar de tussen partijen in de zaak met nummer 51824 gegeven en op 22 augustus 2013 uitgesproken tussenbeschikking en de op 19 mei 2016 uitgesproken eindbeschikking. De inhoud van die beschikkingen geldt als hier ingevoegd.

1.2. Çukurova heeft in een beroepschrift, met producties, ter griffie ingekomen op 29 juni 2016, dus tijdig, hoger beroep ingesteld van voornoemde eindbeschikking. Hierin heeft zij het beroep toegelicht en geconcludeerd dat het Hof, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden beschikking zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de verzoeken van Sonera zal afwijzen, het SPA-vonnis zal erkennen ingevolge het Verdrag en Sonera zal verwijzen in de kosten van het geding in beide instanties.

1.3. Sonera heeft geen verweerschrift ingediend.

1.4. Op 2 oktober 2016 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Uitsluitend mr. De Bres en mr. Aardenburg zijn verschenen. Zij hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Voor de zitting heeft mr. De Bres producties ingezonden.

1.5. Beschikking is bepaald op heden.

2 De gronden van het hoger beroep

Voor de gronden van het hoger beroep wordt verwezen naar het beroepschrift.

3 Ontvankelijkheid

3.1. Het gaat hier om een verzoek om verlening van verlof tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis ingevolge het *Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken*, New York, 10 juni 1958 (hierna: Verdrag van New York 1958).

3.2. Bij beschikking van 28 maart 2013 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam

aan Sonera verlof verleend om dit arbitraal vonnis in Nederland ten laste van Çukurova ten uitvoer te leggen. Hiertegen is in Nederland – anders dan in Curaçao – volgens de wet geen hoger beroep mogelijk (artikel 1062 lid 4 [oud] RvNed; thans lid 3). In het ondanks het appelverbod door Çukurova ingestelde hoger beroep heeft het Hof Amsterdam op 24 juni 2014 Çukurova niet-ontvankelijk verklaard. Het daartegen door Çukurova ingesteld cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen op 1 mei 2014 (ECLI: NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454).

3.3. Artikel 40 van het *Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden* luidt:

'Vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, en bevelen, door hem uitgevaardigd, mitsgaders grossen van authentieke akten, aldaar verleden, kunnen in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land, waar de tenuitvoerlegging plaats vindt.'

3.4. Met betrekking tot deze bepaling heeft de Hoge Raad op 13 april 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AZ6095, NJ 2014/50) – onder verwijzing naar zijn eerdere uitspraak van 14 januari 1994 (NJ 1994/403) – geoordeeld:

'3.3.2 (…). Art. 40 van het Statuut voor het Koninkrijk geeft een voor alle delen van het Koninkrijk geldende regel van interregionaal privaatrecht ten aanzien van onder meer de vraag of en, zo ja, in hoeverre rechtskracht toekomt aan een binnen het Koninkrijk opgemaakte authentieke akte. Het artikel berust, voorzover in deze zaak van belang, op de gedachte dat het Koninkrijk wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging van binnen het Koninkrijk verleden authentieke akten, als één rechtsgebied moet worden beschouwd. Het artikel brengt dan ook naar zijn strekking mee dat de rechtskracht van authentieke akten die in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba zijn verleden, in alle delen van het Koninkrijk gelijk is (vgl. HR 14 januari 1994, nr. 8220, NJ 1994, 403). Dit geldt niet alleen ten aanzien van de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging en de bewijskracht, maar ook ten aanzien van de vatbaarheid voor inschrijving of vermelding van dergelijke akten en van de daarin neergelegde constateringen en rechtsfeiten in de openbare registers, behoudens uitzonderingen bij de wet.'

3.5. De vraag rijst of Sonera het exequatur van de Amsterdamse rechter ingevolge artikel 40 Statuut ook in Curaçao kan gebruiken, zodat zij onvoldoende belang heeft bij haar verzoek in de onderhavige procedure.

3.6. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in de bovengeciteerde uitspraak, zijn uitzonderingen bij de wet mogelijk. Zie ook artikel 40 Statuut ('met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land, waar de tenuitvoerlegging plaats vindt'). Ten aanzien van de rechtskracht van een exequatur betreffende een buitenlands (arbitraal) vonnis ingevolge een erkennings- en executieverdrag is er voldoende reden een uitzondering aan te nemen. In de eerste plaats laat in het algemeen artikel 29 van het *Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht*, Wenen, 23 mei 1969, toe dat een in Nederland geldend verdrag geen of op een ander tijdstip (meestal later) in Aruba, Curaçao of Sint Maarten medegelding krijgt. Denkbaar is dus dat als een Nederlandse rechter een exequatur verleent, het desbetreffende erkennings- en executierecht overzee (nog) geen medegelding heeft. Moeilijk aanvaardbaar is voorts dat een Nederlandse rechter eventueel oordeelt over mogelijke strijd met de openbare orde ('public policy'; artikel V lid 2 onder b van het Verdrag van New York 1958) overzee. Bovendien schrijft artikel III van het Verdrag van New York 1958 de erkenning en tenuitvoerlegging voor 'in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon', welke 'rules of procedure' in Curaçao anders zijn dan in Nederland.

3.7. Hier komt bij dat de Amsterdamse uitspraak, mede gelet op het in Nederland (naast in andere landen) gedane verzoek en de formulering van het dictum, zo moet worden uitgelegd dat het exequatur slechts Nederland betreft.

4 Beoordeling

4.1. Het Hof gaat uit van het hierna volgende.

a. In maart 2005 zijn partijen een Letter Agreement (LA) (productie 1 bij inleidend verzoekschrift) overeengekomen ter zake van de voorgenomen verkoop door Çukurova aan Sonera van aandelen die Çukurova destijds hield in Turkcell Holding A.S. Deze Letter Agreement (onder 5.4) bevatte een arbitraal beding betreffende 'Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement'.

b. De Letter Agreement was gericht op de totstandkoming van een Final Share Purchase Agreement (Final SPA). Zie artikel 1 onder 1.1: 'The term "Final Share Purchase Agreement" shall mean a share purchase agreement substantially in the same form and with substantially the same terms as the Prospective Share Purchase Agreement …'; en artikel 5 onder 5.1 aanhef en sub b en c: This Agreement … shall terminate on the earliest of: … (b) upon execution and delivery of the Final Share Purchase Agreement; or (c) 12:01 am (Istanbul time) on 60 days from the date hereof … if the Final Share Purchase Agreement has not been executed and delivered by all parties thereto.'

c. Ten tijde van het sluiten van de Letter Agreement lag op tafel een ontwerp Prospective Share Purchase Agreement (Prospective SPA), waaraan in artikel 1 van de Letter Agreement is gerefereerd. Op 19 april 2005 stuurde Sonera aan Çukurova een geamendeerde versie van de Prospective SPA. Deze wordt door partijen aangeduid als DSPA (Draft Share Purchase Agreement). Ook de DSPA bevat (onder 12.8) een arbitraal beding betreffende 'Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement'. Dit beding is gelijk aan het arbitraal beding in de Letter Agreement, maar bevat twee bepalingen meer (onder e en f).

d. Het is partijen niet gelukt een Final SPA te tekenen.

e. Op basis van het arbitraal beding in de Letter Agreement heeft Sonera een arbitraal geding aangespannen in Zwitserland. Op de arbitrage was Zwitsers recht van toepassing, op de overeenkomst – krachtens een door partijen gemaakte rechtskeuze – Turks recht. Het scheidsgerecht (hierna: LA-Tribunaal) heeft drie arbitrale vonnissen gewezen (producties 2-4 bij inleidend verzoekschrift): een First Partial Award gedateerd 15 januari 2007, een Second Partial Award gedateerd 29 juli 2009, en een Final Award gedateerd 1 september 2011.

f. In de First Partial Award heeft het LA-Tribunaal geoordeeld dat partijen overeenstemming hadden over de Prospective SPA van 19 april 2005 en dat op 9 mei 2005 de Final SPA tot stand kwam.

g. Het LA-Tribunaal heeft in de Final Award Çukurova veroordeeld om aan Sonera een schadevergoeding te betalen van USD 932 miljoen, te vermeerderen met rente en kosten, op de grond dat Çukurova haar verplichting tot levering van de aandelen in Turkcell aan Sonera niet is nagekomen.

h. Na de Final Award van het LA-Tribunaal heeft ook Çukurova een arbitraal geding aanhangig gemaakt en wel op basis van het arbitraal beding in de DSPA. In dit geding heeft het scheidsgericht (hierna: SPA-Tribunaal) twee arbitrale vonnissen gewezen: een Partial Award op 12 mei 2014 (productie 3 bij akte uitlating van Çukurova van 14 augustus 2014) en een Final Award op 12 augustus 2016 (door Çukurova overgelegd voor de zitting in hoger beroep).

i. Sonera wenst de tenuitvoerlegging van de Final Award van het LA-Tribunaal en de daarbij ten gunste van haar uitgesproken veroordeling van Çukurova te bewerkstelligen. Zij heeft hiertoe in diverse landen, waaronder Curaçao, verzoeken gedaan strekkend tot erkenning en verlening van verlof tot tenuitvoerlegging.

4.2. Het GEA heeft het door Sonera verzochte exequatur verleend en hiertegen richt zich het hoger beroep van Çukurova.

4.3. Çukurova stelt onder meer dat een exequatur geweigerd moet worden op grond van overschrijding door het LA-Tribunaal van zijn bevoegdheid. Het eventueel toekennen van schadevergoeding wegens het niet overdragen van aandelen valt niet onder het bereik van het

arbitraal beding in de Letter Agreement (LA), maar onder het bereik van het arbitraal beding in de Draft Share Purchase Agreement (DSPA).

4.4. Artikel V lid 1 aanhef en onder *c* van het Verdrag van New York 1958 bepaalt:

'Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(…)

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, (…).'

4.5. In het door Çukurova aangespannen arbitraal geding heeft het SPA-Tribunaal geoordeeld dat het LA-Tribunaal inderdaad zijn bevoegdheid heeft overschreden door te veroordelen tot schadevergoeding. Volgens het SPA-Tribunaal had het LA-Tribubaal krachtens het arbitraal beding in de Letter Agreement wel de bevoegdheid: 'to find and did so find: (i) that the Parties reach an agreement on the terms of the DSPA; (ii) that ÇUKUROVA accordingly had an obligation of execute and deliver the DSPA under article 3.1 of the LA; (iii) that ÇUKUROVA's failure to do so was in breach of the LA' (zie de interpretatie in de Final Award van het SPA-Tribunaal, onder 91, van zijn beslissing in de Partial Award).

4.6. Ter motivering van zijn standpunt dat het LA-Tribunaal door tot schadevergoeding te veroordelen zijn bevoegdheid te buiten ging, overweegt het SPA-Tribunaal onder meer (Partial Award, onder 114-119 en 122-129):

'114. On the issue of the extension *ratione materiae* of the agreement, the Arbitral Tribunal notes that J.-F. Poudret/S. Besson, op cit No. 308, page 268, express the following views:

"While the extension of an arbitration agreement contained in the main contract to additional ancillary agreements is easily admitted, the question of whether such extension may be made in the case of linked contracts is more delicate."

115. The Arbitral Tribunal agrees with such scholarly caution under Swiss law. It is generally accepted, as also by this Arbitral Tribunal, that the scope of an agreement to arbitrate contained in any given contract, in case of doubt, also covers claims arising from subsequent legal relationships between the same parties that are connected in the original contract, for instance claims arising from *addenda* or supplements by which the main contract was changed or amended by mutual agreement (…). Therefore, the question of the extension of the LA arbitration clause (Article 5.4 of the LA) to matters pertaining to the DSPA should first depend on the issue of whether or not the DSPA is to be qualified as being a mere additional, supplement or ancillary agreement to the LA.

116. In the opinion of the Arbitral Tribunal, the articulation of these two agreements calls beyond any doubt for a negative answer. As acknowledged by the LA Tribunal (see the First Partial Award, page 49), the Parties, when negotiating the sale of the Class B shares, adopted a 'step-by-step' approach confirming the existence of a succession of distinct and separate agreements, the first step being the execution of the LA to be followed by the finalisation of the SPA, its execution and delivery (…). Based on the record so far before the Arbitral Tribunal, it is undisputed that the LA was an agreement to agree further agreement(s), i.e. an agreement to negotiate in good faith the terms and conditions of a Final SPA (see Article 2 of the LA) (…).

117. The Arbitral Tribunal agrees with this analysis. It observes that the content of Article 5(l)(b) and (c) of the LA (…) illustrates beyond doubt the parties' step-by-step approach from which it results that it is only when the first step is completed that the second step was intended by the parties to follow.

118. In the present case, the completion of the first step was subject to the condition of the

"*execution and delivery*" of the Final SPA within the time set forth at Article 5(1)(c) of the LA, such execution and delivery entailing as per Article 5(l)(b) the termination of the LA. Based on the wording of the parties' agreement, failing completion of this condition, the second step could not occur, the LA being likewise terminated and the transaction abandoned. This must logically mean that the LA and the SPA were intended by the parties to be distinct, successive and separate agreements, each of them standing on its own. Logically, it must also follow that the SPA was not intended to be an accessory, a supplement to the LA or its mere extension. Furthermore, in regard to the SPA, the LA cannot be considered as the main contract, nor as a framework agreement, such an exclusive distribution agreement covering individual sale contracts concluded thereafter.

119. On this basis, the Arbitral Tribunal concludes that the LA and the SPA cannot be regarded as being part of a single transaction supporting an extension of the arbitration clause contained in the former agreement to disputes arising out of the latter agreement.

(…)

122. However, the fact remains that, notwithstanding the insertion in the DSPA of an arbitration clause, the LA Tribunal nevertheless extended the application of the arbitration agreement of the LA to disputes arising out of the final SPA on the ground that the claim for delivery of the Class B shares was only pending before it, neither party having mentioned any pending proceedings under the final SPA. For the LA Tribunal, a *lis pendens* or preclusion situation which would justify a declining of its jurisdiction did not exist (…). This Arbitral Tribunal has difficulties in following the approach of the LA Tribunal. When two arbitration agreements are contained in two distinct and separate agreements, it must be presumed that the more recent dispute resolution agreement takes priority over the earlier agreement (…); and that, irrespective of whether or not an arbitration proceeding is also pending under the subsequent agreement as mistakenly affirmed by the LA Tribunal.

123. It is true that the LA and the DSPA arbitration agreements are of an almost identical content. According to SONERA, the two arbitration clauses together with the introduction at Article 12.8(f) of the SPA of a provision for consolidation creates a presumption that the Parties intended to have all disputes arising out of the SPA submitted to the LA arbitration clause. Assuming that Swiss law would confirm the validity of this presumption – one cannot find in the case law referred to by SONERA any express reference in this respect – nevertheless this presumption like any other presumption may be rebutted by the introduction of contrary evidence.

124. In the opinion of this Arbitral Tribunal, the insertion of a consolidation clause in the SPA and not in the LA appears to be sufficient to attribute (…) a contrary intent of the Parties. Indeed, the Parties agreed to introduce the consolidation clause only in the DSPA arbitration clause, a choice which demonstrates their intent to have all disputes between them (including disputes arising under the LA) submitted to the arbitration agreement in the DSPA and not the other way around (as argued by SONERA).

125. The LA and the DSPA being successive distinct and separate agreements based on the record currently before the Arbitrators, the Arbitral Tribunal considers that their respective arbitration clauses are not overlapping in scope and must be given their own exclusive scope of application. Consequently, a delineation must be made between the matters respectively falling under the LA arbitration clause and under that of the DSPA, as was held by the Swiss Federal Tribunal in the Football case.

126. In the Tribunal's view, such line was drawn by ÇUKUROVA (…). It is indeed sufficient to note that, despite its admission that the LA *"does not require the transfer of the B Shares*" which is "*provided by a separate document, the SPA",* nevertheless the LA Tribunal in the LA Awards applied the arbitration clause in Article 5.4 of the LA to matters pertaining exclusively to the DSPA, such as ÇUKUROVA's obligation to transfer the said shares and/or damages aimed to compensate SONERA for ÇUKUROVA's failure to perform this obligation.

127. In the Tribunal's view, these matters fell under the DSPA Arbitration Clause (Article 12.8 DSPA). It must here be emphasised that an arbitration tribunal, such as the LA Tribunal, derives its jurisdictional power from the arbitration agreement contained in the contract at issue in the dispute put to it, which defines and limits the scope of its jurisdiction accordingly. That power

stems from the consent of the parties, without which there could be no jurisdiction. In short, the scope of an arbitration clause cannot be extended to matters covered by another contract when, as is the case here, the other contract contains its own exclusive arbitration clause, a fact which, as stated before, while acknowledged by the LA Tribunal was disregarded on the ground that it would be "most inconvenient and inefficient" for the parties to the LA arbitration (…).

128. In this regard, the Arbitral Tribunal observes that the principle of convenience and efficiency cannot properly be invoked, as a paramount legal reason, to justify an excess of jurisdiction, such as that perpetrated by the LA Tribunal. Itis, of course, an attractive pragmatic argument always to invoke 'convenience', 'efficiency' or even, as a last resort, a discretionary form of 'common sense'; and that argument would be readily acceptable to economists. However, arbitrators applying contractual provisions, applicable laws and rules of law are not economists; and the law of arbitration, at least in Switzerland, is not based on *ad hoc* pragmatic compromises but on firm and settled legal principles operating under the rule of law. The latter approach respects party autonomy, the parties' consent and the New York Convention; it makes for procedural certainty and legal predictability; and it more readily satisfies the legitimate expectations of users of Swiss arbitration. The former approach may seek to render summary justice in one particular case, but sow the seeds of legal chaos for others to come. Moreover, the long and troubled history of the Parties' dispute in this particular case, spread over several legal systems over so many years with such significant expenses and delays, is proof enough of the extreme dangers of invoking 'efficiency' and 'convenience' as a sufficient reason to disregard basic legal principles. Not infrequently, as here, an apparent short cut takes the longest road.

129. Accordingly, as a consequence of die LA Tribunal's excess of jurisdiction, the LA Awards cannot be recognised or given effect by this Arbitral Tribunal in the present proceedings by reference to Article V(1)(c) of the New York Convention; and their *res judicata* effects are denied accordingly in so far as the LA Tribunal adjudicated claims which were beyond the line to be drawn between the respective scopes of application of the LA and the DSPA arbitration clauses (…).'

4.7. Het Hof sluit zich aan bij deze overwegingen van het SPA-Tribunaal. Partijen hebben gekozen voor een stap-voor-stap benadering en de SPA had een dusdanig zelfstandig karakter ten opzichte van de LA, dat SPA-kwesties niet onder het arbitragebeding in de LA mochten worden gebracht. Dat ten tijde van de LA-arbitrage geen SPA-arbitrage aanhangig was, is geen goed argument. Dat de arbitragebedingen in de LA en DSPA gelijk waren behoudens twee extra bepalingen in de DSPA duidt niet op de bedoeling van partijen dat SPA-kwesties onder het LA-arbitragebeding mochten worden gebracht, eerder geldt, omdat de 'consolidation clause' extra is toegevoegd in het DSPA-arbitragebeding, het tegendeel. Het door het LA-Tribunaal gebruikte argument van gemak en efficiency rechtvaardigt geen overschrijding van bevoegdheid, nog daargelaten dat in het onderhavige geval gemak en efficiency niet zijn gediend ('Not infrequently, as here, an apparent short cut takes the longest road'). Het LA-Tribunaal is derhalve zijn bevoegdheid te buiten gegaan.

4.8. Dit betekent dat ten aanzien van de Final Award van het LA-Tribunaal het door Sonera gedane verzoek om een exequatur moet worden geweigerd ingevolge artikel V lid 1 aanhef en onder *c* van het Verdrag van New York 1958.

4.9. Of met het bovenstaande ook de weigeringsgrond van artikel V lid 1 onder *a* van het Verdrag van New York 1958 toepasselijk is, zoals betoogd door prof.mr. A.J. van den Berg in zijn 'legal opinion' van 18 april 2012, onder 72 (productie 3 bij beroepschrift), kan in het midden blijven. Ook kunnen onbesproken blijven de andere door Çukurova aangevoerde gronden voor afwijzing van Sonera's verzoek. Çukurova heeft onvoldoende belang bij haar verzoek dat het Hof de Partial Award van het SPA-Tribunaal erkent ingevolge het Verdrag van New York 1958.

4.10. Uit het voorgaande volgt dat de bestreden beschikking moet worden vernietigd en het verzoek van Sonera moet worden afgewezen. Sonera dient de kosten van deze procedure te dragen.

5 Beslissing

Het Hof:

- vernietigt de bestreden beschikking en opnieuw rechtdoende:

- wijst het verzoek van Sonera af;

- veroordeelt Sonera in de kosten van deze procedure aan de zijde van Çukurova gevallen en tot op heden begroot voor de eerste aanleg op Afl. 2.700,= aan gemachtigdensalaris en voor het hoger beroep op Afl. 6.000,= aan gemachtigdensalaris en Afl. 900,= aan verschotten.

Deze beschikking is gegeven door mrs. J. de Boer, E.A. Saleh en T.A.M. Tijhuis, leden van het Hof, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 november 2016 in Curaçao, in tegenwoordigheid van de griffier.