

Consequenties van weigering door Rusland en China om deel te nemen aan zeerecht Arbitrage

Otto Spijkers*

Wat zijn de juridische en praktische consequenties van niet-deelname, door de verwerende staat, aan zeerecht Arbitrage? Deze vraag wordt behandeld door de niet-deelname van Rusland aan de Arctic Sunrise-arbitrage en de niet-deelname van China aan de arbitrage inzake de Zuid-Chinese Zee, te bestuderen en deze procedures met elkaar te vergelijken. Hoe ver moeten de arbiters gaan om, ondanks de afwezigheid van één van de twee partijen in het geschil, toch tot een gebalanceerd oordeel te komen? Moeten de arbiters dan zelf maar argumenten gaan bedenken die de niet-deelnemende staat mogelijk had kunnen opwerpen of gaat dat te ver?



1 Introductie

Te land, ter zee en in de lucht? Laten we beginnen met de zee. Dit artikel gaat over twee zeerechtelijke geschillen. Ten eerste een geschil tussen Nederland en Rusland over de rechtmatigheid van de detentie, door de Russen, van de Arctic Sunrise en zijn bemanning. De Arctic Sunrise is een schip van Greenpeace, dat geregistreerd is in Nederland. Ten tweede een geschil tussen de Filipijnen en China, over de juridische onderbouwing van allerhande claims en de rechtmatigheid van allerhande activiteiten in de Zuid-Chinese Zee. Deze geschillen worden beslecht te land, door een arbitragepanel.¹

En de lucht dan? De Russen en Chinezen hebben een gat in de lucht geslagen door niet deel te nemen aan de arbitrage. Een strategie van niet-deelneming is betrekkelijk uniek in het internationale recht. Het enige belangrijke voorbeeld uit het verleden is de niet-deelname van de Amerikanen in hun geschil met Nicaragua, voor het Internationaal Gerechtshof in de jaren tachtig.² Het is daarom interessant om eens goed te kijken naar de praktische en juridische consequenties van niet-deelname, en dat is wat dit artikel beoogt te doen. Ik geef eerst een overzicht van het toepasselijke juridische raamwerk (par. 2), en kijk dan naar de twee procedures, beginnend met die tussen Nederland en Rusland (par. 3-4), gevolgd door die tussen de Filipijnen en China (par. 5).

Een strategie van niet-deelneming is betrekkelijk uniek in het internationale recht

* Mr.dr. O. Spijkers MA is universitair docent internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht, Senior Research Associate bij het Nederlands Instituut voor het Recht van de Zee (NILOS) en onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL).

- 1 Dit is niet het eerste artikel waarin een vergelijking wordt gemaakt tussen deze twee arbitrageprocedures. Zie bijvoorbeeld ook J. Zhao & J. Li, 'The Arctic Sunrise Case and its Implications for China', in: S. Wu & K. Zou (red.), *Arbitration Concerning the South China Sea: Philippines versus China*, Londen: Routledge 2016; en C. Zhang & Y.C. Chang, 'Russian Absence at the Arctic Sunrise Case: a Comparison with the Chinese Position in the South China Sea Arbitration', *Journal of East Asia and International Law* 2015, p. 413-426.
- 2 IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua t. Verenigde Staten)*.
- 3 Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee, gesloten in Montego Bay, op 10 december 1982, inwerkingtreding 16 november 1994. 168 staten zijn partij. United Nations, Treaty Series, vol. 1833, p. 3.
- 4 Zie ook D.W. Gates, 'International Law Adrift: Forum Shopping, Forum Rejection, and the Future of Maritime Dispute Resolution', *Chinese Journal of International Law* 2017, afl. 1, p. 281-320 en C.R.L.

Cembrano-Mallari, 'Non-Appearance and Compliance in the Context of the UN Convention on the Law of the Sea Dispute Settlement Mechanism', *Philippine Law Journal* 2014, afl. 2, p. 300-341.

- 5 Voor een introductie, zie C. Ryngaert, 'Rechtmatigheid van Russisch optreden tegen Nederlands Greenpeace-schip', *AA* 2016, p. 49-52 (AA20160049); en J. Harrison, 'The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)', *International Journal of Marine and Coastal Law* 2016, afl. 1, p. 145-159. Voor een bespreking van de meest interessante inhoudelijke punten, zie onder meer A. Oude Elferink, 'The "Arctic Sunrise" Incident: a Multi-faceted Law of the Sea Case with a Human Rights Dimension', *International Journal of Marine and Coastal Law* 2014, afl. 2, p. 244-289; A. Oude Elferink, 'The Russian Federation and the Arctic Sunrise Case: Hot Pursuit and Other Issues under the LOSC', *International Law Studies: U.S. Naval War College* 2016, p. 381-406; R. Caddell, 'Platforms, Protestors and Provisional Measures: The "Arctic Sunrise" Dispute and Environmental Activism at Sea', *Netherlands Yearbook of International Law* 2014, p. 359-384; en J. Mossop, 'Protest against Oil Exploration at Sea: Lessons from the Arctic Sunrise Arbitration', *International Journal of Marine and Coastal Law* 2016, afl. 1, p. 60-87.
- 6 Zie art. 290(5) van het Zeerechtverdrag. Daarin staat dat, in afwachting van de instelling van een arbitragepanel waaraan een geschil wordt voorgelegd, ITLOS voorlopige maatregelen kan voorschrijven, indien wordt gemeend dat de dringende aard van de situatie dit vereist.
- 7 Zie ook D. Guilfoyle & C. Miles, 'Provisional Measures and the MV Arctic Sunrise', *American Journal of International Law* 2014, afl. 2, p. 271-287 en N. Peiris, 'Arctic Sunrise from ITLOS: The Arctic Surprise and in Search of a Balanced Order', *Ocean Yearbook* 2015, p. 44-60.
- 8 Deze brief is te vinden als Annex N-17 bij de Pleitnota van Nederland, van 31 augustus 2014. De brief zelf is van 22 oktober 2013. Zie: https://files.pca-cpa.org/pccadocs/2014_02Annexes_N_ItoN_41.zip.
- 9 Annex N-18 bij de Pleitnota van Nederland, van 31 augustus 2014.

2 Het juridische raamwerk

De regels over niet-deelname aan zeerecht-arbitrage vinden we in het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (Zeerechtverdrag).³ Op grond van artikel 298 uit dit Zeerechtverdrag, kan elke staat die partij wordt bij het verdrag, schriftelijk verklaren dat hij een of meer van de in het verdrag omschreven procedures 'niet aanvaardt' met betrekking tot een of meer van de uitdrukkelijk in dat artikel genoemde groepen geschillen. Als het onderwerp van een geschil niet binnen een van deze groepen valt, is geschilbeslechting dus sowieso niet vooraf uit te sluiten. Als het onderwerp van een geschil wel binnen een van de genoemde groepen valt en de staat heeft vooraf verklaard geschilbeslechting met betrekking tot die groep geschillen niet te aanvaarden, dan heeft het geschilbeslechtingsmechanisme geen rechtsmacht.

Artikel 288 uit het Zeerechtverdrag voegt daar nog aan toe dat, in het geval van een geschil over de vraag of een arbitragepanel bevoegd is, dat arbitragepanel beslist. Het is dus niet aan de staat om te beoordelen of het panel rechtsmacht heeft.

Als een staat de rechtsmacht van het arbitragepanel betwist, wordt deze staat geacht te verschijnen voor het panel, om aldaar de rechtsmacht daadwerkelijk te betwisten. In die zin is de zinsnede 'een Staat kan schriftelijk verklaren dat hij een of meer van geschilbeslechtingsprocedures niet aanvaardt' misleidend, want het wekt de suggestie dat een staat een procedure simpelweg kan negeren wanneer deze 'onaanvaardbaar' wordt geacht.

Als een staat de rechtsmacht van het arbitragepanel betwist, wordt deze staat geacht te verschijnen voor het panel, om aldaar de rechtsmacht daadwerkelijk te betwisten

Eenzijdige indiening van een geschil is mogelijk. Dat volgt uit artikel 1 van Bijlage VII Zeerechtverdrag, waarin staat dat iedere partij bij een geschil, door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de andere partij bij het geschil, het geschil kan onderwerpen aan de in deze Bijlage voorziene arbitrageprocedure. Als de andere partij niet

reageert, is artikel 9 van Bijlage VII van toepassing. Dit is het belangrijkste artikel, dat ik daarom citeer:

'Wanneer een van de partijen bij het geschil niet verschijnt voor het arbitragepanel of weigert zijn zaak te bepleiten, kan de andere partij het arbitragepanel verzoeken de zaak voort te zetten en een uitspraak te doen. De afwezigheid van een partij of het feit dat een partij haar zaak niet bepleit vormt geen beletsel voor de voortgang van de procedure. Alvorens een uitspraak te doen moet het arbitragepanel zich ervan verzekeren niet alleen dat het bevoegd is in het geschil, maar ook dat de vordering feitelijk en rechtens gegrond is.'

In het vervolg van dit artikel zal het juridische raamwerk, dat hierboven uiteengezet is, worden toegepast in twee geschillen waarbij de respondent niet kwam opdagen, omdat deze claimde (1) vooraf schriftelijk verklaard te hebben arbitrage niet te aanvaarden voor bepaalde categorieën geschillen en omdat deze claimde (2) dat het onderhavige geschil binnen (een van) deze categorieën viel.⁴ Ik onderzoek eerst de Arctic Sunrise-arbitrage, vervolgens de arbitrage inzake de Zuid-Chinese Zee, en sluit af met een conclusie.

3 Arctic Sunrise, deel I: ITLOS

De procedure tussen Nederland en Rusland over de rechtmatigheid van de detentie, door de Russische autoriteiten, van de Arctic Sunrise, begint voor het Internationale Hof voor het Recht van de Zee (International Tribunal for the Law of the Sea, hierna: ITLOS of hof).⁵ Dat is omdat Nederland allereerst ITLOS verzocht om de onmiddellijke vrijgiving van het schip en de bemanning te gelasten en daarvoor moeten staten bij ITLOS zijn, en niet bij het arbitragepanel.⁶ In een kortdurende procedure kan een staat dan als voorlopige maatregel eisen dat het schip en zijn bemanning onmiddellijk worden vrijgegeven.⁷ Ondertussen wordt dan het geschil inhoudelijk en in alle rust beoordeeld door een arbitragepanel.

Bijlage VI bij het Zeerechtverdrag bevat het statuut van ITLOS. Daarin staat ook een artikel betreffende niet-verschijning – artikel 28 – dat dezelfde inhoud heeft als het zonet geciteerde artikel 9 uit Bijlage VII.

Rusland geeft in een brief aan Nederland direct aan dat het de rechtsmacht van ITLOS niet aanvaardt, omdat Rusland de rechtsmacht van ITLOS bij verklaring, precies zoals artikel 298 Zeerechtverdrag voorschrijft, heeft uitgesloten.⁸ In een brief van 22 oktober 2013 stelt Rusland ITLOS op de hoogte van deze brief aan Nederland.⁹

In reactie hierop stuurt Nederland op 24 oktober 2013 een brief naar ITLOS waarin Nederland het hof verzoekt om de procedure voort te zetten en een uitspraak te doen, ook in het geval de Russische Federatie volhardt in zijn weigering te verschijnen.¹⁰

Een dag later stelt ITLOS de datum vast voor de opening van de procedure. Het doet dit in de wetenschap dat Rusland niet van plan is deel te nemen aan de procedure voor het hof.¹¹

Tijdens deze hoorzitting, waarbij Rusland inderdaad afwezig is, brengt de vertegenwoordiging van Nederland de kwestie van de niet-deelname van de Russen uitvoerig ter sprake.¹²

Als een staat van oordeel is dat een internationaal geschilbeslechtsmechanisme geen rechtsmacht heeft om een geschil te behandelen, legt de Nederlandse delegatie uit, dan is het gebruikelijk dat deze staat voor de krachtens dat mechanisme bevoegde instantie verschijnt om de rechtsmacht te betwisten. Nederland laat zien dat Rusland zich in het verleden ook gedragen heeft in overeenstemming met dit gebruik. In deze zaak weigert Rusland dit echter te doen. ITLOS moet zich vervolgens buigen over de consequenties van deze niet-deelneming.

Nederland leidt uit artikel 28 ITLOS Statuut af dat het hof een 'driedelige' test moet uitvoeren: het moet zich er allereerst van vergewissen dat het rechtsmacht heeft. Ten tweede moet het vaststellen dat de Nederlandse vordering voldoende feitelijke grondslag heeft. Ten slotte moet vastgesteld worden dat de vordering rechtens gegrond is. Ook hecht Nederland er belang aan te benadrukken dat Rusland, dat heeft gekozen niet te verschijnen, desondanks partij blijft in het geschil, en verplicht is zich aan de beslissing van ITLOS te houden.

Het hof komt tot de conclusie dat het ontbreken van een partij geen belemmering vormt voor het voortzetten van de procedure, en dat deze niet-deelname ook het voorschrijven van voorlopige maatregelen niet in de weg staat

De Russen geven geen reactie; het hof volgt volledig de redenering van Nederland.¹³ Allereerst komt het tot de conclusie dat het ontbreken van een partij, of het falen van een

partij om haar zaak te komen verdedigen, geen belemmering vormt voor het voortzetten van de procedure, en dat deze niet-deelname ook het voorschrijven van voorlopige maatregelen niet in de weg staat, op voorwaarde dat de partijen een kans hebben gehad hun opmerkingen hieromtrent naar voren te brengen. ITLOS baseert deze conclusie mede op de door Nederland aangehaalde jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof. Artikel 53 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, gesloten tezamen met het Handvest van de Verenigde Naties te San Francisco op 26 juni 1945, bevat namelijk een regel die vergelijkbaar is met die van artikel 28 ITLOS Statuut. Met instemming citeert ITLOS een paragraaf uit het arrest van het Internationaal Gerechtshof in een zaak tussen Nicaragua en de Verenigde Staten, waarin de laatste weigerde nog te verschijnen nadat het gerechtshof geconcludeerd had bevoegd te zijn:

'Een Staat die besluit niet te verschijnen moet bereid zijn de gevolgen van deze beslissing te aanvaarden. Het eerste gevolg is dat de zaak gewoon verder gaat zonder zijn deelname; het tweede gevolg is dat de Staat, die heeft gekozen om niet te verschijnen, gewoon partij blijft bij het geschil, en is gebonden aan de uiteindelijke beslissing.'¹⁴

Omdat dit kennelijk wel erg streng klinkt, voegt ITLOS er meteen aan toe dat het altijd moet zorgen voor een volledige implementatie van het beginsel van gelijkheid van de partijen, ook in een situatie zoals onderhavige, waarin de afwezigheid van een partij het normale verloop van de procedure belemmert en de goede rechtsbedeling bemoeilijkt. ITLOS betreurt het dat Rusland de taak van het hof niet heeft willen vergemakkelijken door het verstrekken van informatie. Nederland mag echter niet benadeeld worden door de niet-verschijning van de Russische Federatie, zo redeneert het, en dus moet het hof een oordeel vormen op basis van het door Nederland aangeleverde bewijsmateriaal. In de praktijk komt dit erop neer dat de door Nederland gestelde feiten grotendeels aangenomen worden, omdat ze onvoldoende weersproken zijn.

Wat opvallend is aan de uitspraak van ITLOS, is dat de redenering volledig gebaseerd is op de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof, en de toepassing door het gerechtshof van artikel 53 van zijn Statuut. Vreemd genoeg verwijst ITLOS niet naar artikel 28 van zijn eigen Statuut, dat toch de bepaling is die precies dit probleem behandelt. Rechter Paik wijst ook op dit opmerkelijke feit in zijn *separate opinion*. Hij suggereert dat de verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat zijn collega-rechters betwijfelen of artikel

- 10 Brief aan ITLOS van de vertegenwoordiging van Nederland, 24 oktober 2013. Zie: www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Letter_Kingdom_of_the_Netherlands.pdf.
- 11 ITLOS, Order 2013/3, 25 oktober 2013. Zie: www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Order_251013.pdf.
- 12 Hoorzitting van 6 november 2013, 10.00 uur, bij ITLOS, Hamburg, Arctic Sunrise-zaak, ITLOS/PV.13/C22/1/rev.1, i.h.b. p. 5-12.
- 13 ITLOS, Arctic Sunrise-zaak, uitspraak betreffende voorlopige maatregelen, 22 november 2013, in het bijzonder par. 48-57. Zie: www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Order_221113.pdf.
- 14 IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua t. Verenigde Staten)*, par. 28.
- 15 *Separate opinion* van rechter Paik. Zie: www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/published/C22_Paik_221113.pdf.

28 toepasselijk is in procedures betreffende voorlopige maatregelen. Volgens Paik is dat wel degelijk het geval.¹⁵

Rusland doet het voorkomen alsof Nederland een voorstel heeft gedaan het geschil voor te leggen aan een arbitragepanel, dat Rusland dit voorstel niet accepteert en dat dit het einde van de zaak is. Maar zo werkt het dus niet

4 Arctic Sunrise, deel II: arbitrage

Zoals gezegd wordt het geschil inhoudelijk behandeld door het arbitragepanel. Op 3 maart 2014 stuurt Rusland een brief naar het arbitragepanel, waarin het aangeeft dat het weigert om deel te nemen aan de arbitrageprocedure en dat het zich zal onthouden van commentaar op zowel de inhoud van de zaak als de procedurele kwesties. De formulering is interessant. Rusland doet het voorkomen alsof Nederland een voorstel heeft gedaan het geschil voor te leggen aan een arbitragepanel, dat Rusland dit voorstel niet accepteert en dat dit het einde van de zaak is. Maar zo werkt het dus niet. Nederland verzoekt in een brief aan het arbitragepanel om de zaak toch voort te zetten, ondanks het bericht van niet-deelneming van Rusland.

Bij beschikking van 17 maart 2014 stelt het arbitragepanel zijn Reglement van Orde vast. Hierin staat een zeer gedetailleerde regel over niet-deelname (regel 25), die is gebaseerd op artikel 9 uit Bijlage VII, die ik eerder al geciteerd heb. De eerste paragraaf van regel 25 is in principe gelijk aan artikel 9, en dan volgt de volgende tweede paragraaf:

'In het geval dat een partij niet verschijnt voor het Arbitragepanel of verzuimt haar zaak te bepleiten, zal het Arbitragepanel de wel verschenen partij uitnodigen om schriftelijke argumenten te produceren en vragen van het Arbitragepanel te beantwoorden over specifieke zaken die volgens het Arbitragepanel niet voldoende uit de doeken zijn gedaan in het pleidooi van de verschenen partij. De verschenen partij zal binnen 45 dagen een dergelijke aanvullende schriftelijke toelichting produceren. De toelichting zal ook aan de niet-verschenen partij worden toegezonden, en die heeft vervolgens 15 dagen de tijd om aan te geven of hij van plan is een reactie te geven. Als de niet-verschenen partij aangeeft van deze mogelijkheid gebruik te zullen maken, moet hij binnen 30 dagen daadwerkelijk de toegezegde reactie publiceren.'

Het is niet duidelijk wat precies de verhouding is tussen deze opmerkelijk gedetailleerde regel 25 en artikel 9 van Bijlage VII.

Het enige wat het reglement zelf hierover zegt, is dat het arbitragepanel in overeenstemming moet handelen met zowel de regels uit het Reglement van Orde, als de relevante bepalingen van het Zeerechtverdrag, als de bepalingen uit Bijlage VII bij het Zeerechtverdrag.

Gesterkt door zijn eigen Reglement van Orde besluit het arbitragepanel dan maar om verder te gaan met de procedure. Het panel merkt op dat Rusland altijd van gedachten kan veranderen en in elk stadium van de procedure welkom is alsnog zijn zaak te bepleiten, al moet dat dan wel op een wijze gebeuren die het arbitragepanel geschikt acht om de integriteit en eerlijkheid van de procedure te waarborgen. Om Rusland op de hoogte te houden, belooft het arbitragepanel de Russische overheid kopieën te sturen van alle schriftelijke stukken behorend bij de procedure.

In zijn pleitnotitie, op 31 augustus 2014 aangeboden aan het arbitragepanel, geeft Nederland nogmaals aan te betreuren dat Rusland weigert deel te nemen aan de arbitrageprocedure. De Russische niet-deelname heeft, volgens Nederland, een negatieve invloed op de goede rechtsbedeling en een nadelige invloed op de integriteit van het stelsel van verplichte geschillenbeslechting van het Zeerechtverdrag. Nederland beschouwt de niet-deelname zelfs als een falen van Rusland om te goeder trouw te handelen. Aan het slot van de pleitnotitie komt Nederland met een interessant voorstel. Mocht Rusland geen pleitnotitie aanleveren, dan stelt Nederland voor dat het panel de notitie, waarin de Russen aan Nederland uitleggen waarom ze niet verschijnen, als een soort betwisting van de rechtsmacht beschouwt. Het panel neemt deze suggestie onmiddellijk over.

De Russische niet-deelname heeft, volgens Nederland, een negatieve invloed op de goede rechtsbedeling en een nadelige invloed op de integriteit van het stelsel van verplichte geschillenbeslechting van het Zeerechtverdrag

Op 26 november 2014 doet het panel uitspraak over de rechtsmacht.¹⁶ Het panel bekijkt de uitgebreide pleitnotie van Nederland, waarin wordt bepleit dat het panel wel rechtsmacht heeft, en dat ene A4'tje van de

¹⁶ Arbitragepanel 26 november 2014, PCA Case no. 2014-02 (*Arctic Sunrise, Award on Jurisdiction (Nederland. t. Rusland)*). Zie: www.pcacases.com/web/sendAttach/1325.

Russen (de brief van Rusland aan Nederland) waarin de rechtsmacht betwist wordt, en stelt Nederland in het gelijk. Rusland weigert overigens ook zijn deel van de kosten van de arbitrage te betalen, wat toch een aanzienlijk bedrag was (€ 150.000). Nederland neemt dit hierom maar voor zijn rekening.

Nu het panel heeft vastgesteld dat het rechtsmacht heeft, kan het dus een inhoudelijk oordeel vellen. Aan het begin van de hoorzittingen over de inhoud legt de voorzitter van het arbitragepanel de praktische gevolgen van de Russische niet-verschijning nog eens uit:

‘Gezien het feit dat de Russische Federatie niet deelneemt aan de hoorzittingen van vandaag en morgen, moet het Panel zoveel verduidelijking proberen te verkrijgen van de Nederlandse delegatie als mogelijk is, en ik hoop dat de Nederlandse delegatie dit begrijpt. Het Panel, of een van zijn leden, kan vragen stellen aan de getuigen die door Nederland zijn opgeroepen.’¹⁷

Op de tweede dag van de hoorzittingen spreekt de Nederlandse delegatie zijn frustraties als volgt uit:

‘Ik zou het graag om te beginnen even willen hebben over de voortdurende en ongelukkige situatie van de afwezigheid van onze opposanten. We hebben de afgelopen dagen continu naar een lege tafel moeten kijken. We blijven het spijtig vinden dat de Russische Federatie niet deelneemt aan deze procedure. Ook denk ik dat dit de taak van het Arbitragepanel bemoeilijkt om vast te stellen of de claim van Nederland voldoende feitelijke en juridische onderbouwing heeft.’¹⁸

Nederland maakte vervolgens een zeer interessante verwijzing naar een uitspraak van het Internationaal Gerechtshof, gedaan slechts enkele dagen voorafgaand aan de hoorzitting voor het panel. In deze uitspraak had het Internationaal Gerechtshof opgemerkt dat

‘alhoewel de bewijslast in principe berust op de partij die een bepaald feit stelt, dit de wederpartij niet van zijn plicht ontlast om samen te werken bij het verstrekken van bewijs, dat in zijn bezit is, en dat het hof kan helpen bij het beslechten van het aan het Gerechtshof voorgelegde geschil’.¹⁹

Na het citeren van deze paragraaf vervolgt de Nederlandse delegatie:

‘Dat is nu precies het probleem in ons geschil, waarin onze opposanten ervoor hebben gekozen om niet te verschijnen, ondanks hun plicht om samen te werken zoals geformuleerd door het Internationaal Gerechtshof. De consequentie hiervan is dat bepaalde bewijsstukken, die het Arbitragepanel zouden kunnen helpen bij het doen van een uitspraak, niet volledig voor u beschikbaar zijn. En de moeilijkheid bij het vaststellen van de feiten in een zaak heeft rechtstreeks invloed op de bepaling en toepassing van de desbetreffende wetgeving.’²⁰

Op 14 augustus 2015 komt het panel met zijn inhoudelijke uitspraak.²¹ Het panel legt hierin nogmaals uit hoe hard het zijn best gedaan heeft om een eerlijke procedure vorm

te geven, ondanks de afwezigheid van de Russen. Zo heeft het panel alle communicatie, stukken, transcripties van hoorzittingen en dergelijke telkens naar het Russische ministerie van Buitenlandse Zaken in Moskou en de ambassadeur van Rusland in Den Haag gestuurd. Ook heeft het panel continu aangegeven dat de Russen zich nog konden bedenken en te allen tijde welkom waren alsnog te verschijnen.

Het panel kon het niet nalaten zich te beklagen over de Russische niet-deelname. De niet-deelname van Rusland had de werkzaamheden van het panel nog uitdagender gemaakt, zo merkte het panel op, vooral doordat het panel nu maar moest gissen naar de standpunten van Rusland betreffende de feiten en de juridische argumentatie van Nederland. Het panel erkent dat het bewijsmateriaal waarop de uitspraak nu gebaseerd is – alleen maar bewijs aangeleverd door Nederland – had kunnen worden aangevuld door bewijs uit Rusland.

De niet-deelname van Rusland had de werkzaamheden van het panel nog uitdagender gemaakt vooral doordat het nu maar moest gissen naar de standpunten van Rusland betreffende de feiten en de juridische argumentatie van Nederland

Op een zeer laat moment in de procedure stuurde Rusland alsnog een brief aan het panel waarin het zijn standpunt over de inhoud van het geschil uiteenzet. In deze brief benadrukt Rusland dat het niet heeft deelgenomen aan de arbitrage, en dat ook niet alsnog van plan is. En dan gaat de brief als volgt verder:

‘Desalniettemin, rekening houdend met het feit dat het geschil zaken betreft die essentieel zijn voor het verantwoordelijke en wettelijke gebruik van de Exclusieve Economische Zone en het continentaal plat, voor het juridisch raamwerk inzake deze maritieme zones en voor het behoud van de juiste balans van de rechten van kust- en vlaggenstaten in deze zones, vindt het Ministerie het belangrijk om enkele kwesties in deze brief te behandelen.’²²

Het panel lijkt zich enigszins geschoffeerd te voelen door deze brief. In de uitspraak legt het panel uit waarom het deze brief niet heeft meegenomen in de besluitvorming. Ten eerste kwam de brief pas in een zeer late fase van de procedure en na voortdurende afwezigheid

¹⁷ *Arctic Sunrise*-zaak, dag één van inhoudelijke hoorzitting, 10 februari 2015, transcripts, p. 2; vertaling door auteur.

¹⁸ *Arctic Sunrise*-zaak, dag twee van inhoudelijke hoorzitting, 11 februari 2015, transcripts, p. 19; vertaling door auteur.

¹⁹ IGH 3 februari 2015, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Kroatië v. Servië)*, par. 173.

²⁰ *Arctic Sunrise*-zaak dag twee van inhoudelijke hoorzitting, 11 februari 2015, transcripts, p. 20; vertaling door auteur.

²¹ Arbitragepanel 14 augustus 2015, PCA Case no. 2014-02 (*Arctic Sunrise, Award on the Merits (Nederland v. Rusland)*). Zie: www.pcacases.com/web/sendAttach/1438.

²² Ministerie van Buitenlandse Zaken van de Russische Federatie, *Certain legal issues highlighted by the action of the Arctic Sunrise against Prirazlomnaya platform*, zie: www.mid.ru/documents/10180/1641061/Arctic+Sunrise.pdf/bc7b321e-e692-46eb-bef2-12589a86b8a6); vertaling door auteur.

van de Russen. Ten tweede geven de Russen in hun brief zelf al aan dat de brief geen formeel onderdeel uitmaakt van de procedure. Ten derde is het panel ervan overtuigd dat de kwesties waarnaar de Russische brief verwijst al volledig aan bod zijn gekomen in de uitspraak van het arbitragepanel.²³

5 Zuid-Chinese Zee

Het andere voorbeeld van een arbitrageprocedure betreffende de toepassing van het Zeerechtverdrag, waaraan de verwerende staat niet deelneemt, is de procedure tussen de Filipijnen en China. In deze paragraaf wordt deze procedure bestudeerd, op een vergelijkbare manier als de analyse van de Arctic Sunrise-zaak hierboven. Ook hier wil ik dus niet uitgebreid stilstaan bij de inhoudelijke kant van het geschil. Daar zijn al hele boekenkasten over volgeschreven, met name door Chinese wetenschappers.²⁴ Het geschil tussen de Filipijnen en China gaat over door China geclaimde historische rechten in de Zuid-Chinese Zee, over de juridische status van bepaalde rotsen in de Zuid-Chinese Zee en over de wettigheid van bepaalde acties van China in de Zuid-Chinese Zee, zoals de bouw van kunstmatige eilanden en visserij, die schade toebrengen aan het zeemilieu.²⁵

De focus ligt dus niet op deze inhoudelijke zaken, maar op de niet-deelname van de respondent, ditmaal China. Er is geen voorlopigevoorzieningsfase voor ITLOS, zoals in het geschil tussen Nederland en Rusland. Dus we gaan direct naar de arbitrage door een arbitragepanel, geheel volgens Bijlage VII van het Zeerechtverdrag.

Net als Rusland heeft ook China bij het tekenen van het Zeerechtverdrag een verklaring uitgegeven, waarin het aangeeft de rechtsmacht van de geschilbeslechtsprocedures uit het Zeerechtverdrag niet te aanvaarden met betrekking tot alle categorieën van geschillen die volgens het Zeerechtverdrag van de verplichte rechtsmacht mogen worden uitgesloten.²⁶ China gebruikt dit als reden om niet deel te nemen aan de door de Filipijnen geïnitieerde arbitrageprocedure.

In de door de Filipijnen op 30 maart 2014 ingediende pleitnota wordt reeds ingegaan op de juridische gevolgen van Chinese niet-deelname. Kennelijk zag men dit al aankomen. Verwijzend naar artikel 9 Bijlage VII van het Zeerechtverdrag, en regel 25 Reglement van Orde, verzoeken de Filipijnen het panel om de procedure voort te zetten, ondanks China's non-participatie.²⁷

De Filipijnen merken in hun pleitnota op dat het arbitragepanel niet hoeft te gissen naar de standpunten van China, want die zijn algemeen bekend. Zowel vóór, tijdens als ná de arbitrage, geven hooggeplaatste functionarissen en wetenschappers uit China inderdaad voortdurend commentaar op de procedure en ook geven ze hun mening over de juridische en politieke kwesties met betrekking tot de Zuid-Chinese Zee. Dat is een groot verschil met Rusland, dat zich stilhield over de procedure. Interessant is dat de Filipijnen voortdurend de Chinese overheid aanmoedigen commentaar te blijven leveren vanaf de zijlijn en op die manier het arbitragepanel te assisteren. Zo hoeven de Filipijnen tenminste niet te gissen naar het standpunt van hun opponent en dat scheelt een hoop werk. Al in de pleitnota geven de Filipijnen immers aan zich te realiseren dat ze, om het arbitragepanel behulpzaam te zijn, het Chinese standpunt eerst moeten uiteenzetten, om dit dan vervolgens te weerleggen. Dan is die constante stroom aan Chinees commentaar en publicaties natuurlijk zeer behulpzaam.

Interessant is dat de Filipijnen voortdurend de Chinese overheid aanmoedigen commentaar te blijven leveren vanaf de zijlijn en op die manier het arbitragepanel te assisteren

Het belangrijkste commentaar-vanaf-de-zijlijn dat de Chinezen produceren is de zogenaamde Position Paper.²⁸ De Position Paper is bedoeld, zo geeft dat document zelf expliciet aan, om uiteen te zetten waarom het arbitragepanel, ingesteld op verzoek van de Filipijnen, geen rechtsmacht heeft om over het geschil een oordeel te vellen. Tegelijkertijd maakt China duidelijk dat de Position Paper niet moet worden beschouwd als acceptatie van of deelname aan de procedure. Omdat het arbitragepanel, zo redeneert China, evident geen rechtsmacht heeft, is de Chinese niet-deelname volledig in overeenstemming met het internationaal recht. China geeft hiermee dus de indruk dat het aan China is – en niet aan het panel – om te beslissen over de rechtsmacht. En als China van mening is dat het panel geen rechtsmacht heeft, dan hoeft China, als soevereine staat, niet deel te nemen aan de procedure, ook niet om de rechtsmacht te betwisten.

²³ Arbitragepanel 14 augustus 2015, PCA Case no. 2014-02 (*Arctic Sunrise, Award on the Merits (Nederland v. Rusland)*), par. 68.

²⁴ Voor een korte introductie, zie I.F. Dekker & N.J. Schrijver, 'Volkenrecht', *AA KwartaalSignaal* 2016, afl. 140, p. 8166-8168 (AAK20168166); voor een introductie van de thematiek: E. Franckx & M. Benatar, 'The South China Sea: An International Law Perspective', *The International Journal of Marine and Coastal Law* 2017, afl. 2, p. 193-197.

²⁵ Al voordat het arbitragepanel aan de slag ging, werd er uitgebreid over de juridische issues gepubliceerd. Zie bijvoorbeeld Z. Gao & B. Bingfa, 'The Nine-dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications', *American Journal of International Law* 2013, afl. 1, p. 98-124; en A. Zimmermann & J. Baumler, 'Navigating through Narrow Jurisdictional Straits: The Philippines – PRC South China Sea Dispute and UNCLOS', *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2013, afl. 3, p. 431-461.

²⁶ China, Verklaring volgens art. 298, 25 augustus 2006. Zie: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXI-6&chapter=21. Daar vindt u ook de verklaring van de Russische Federatie.

²⁷ Pleitnota van de Filipijnen, 30 maart 2014, par. 7.38-7.42. Zie: <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/Memorial%20of%20the%20Philippines%20Volume%20I.pdf>.

²⁸ Position Paper van de regering van de Volksrepubliek China over de kwestie van jurisdictie in de Zuid-Chinese Zee Arbitrage geïnitieerd door de Republiek der Filipijnen, gepubliceerd op 7 december 2014. Zie: www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml.

Net als de Nederlandse delegatie wordt ook de Filipijnse delegatie tijdens de hoorzittingen flink ondervraagd door het arbitragepanel. Eerst is er de hoorzitting over rechtsmacht. Nog meer dan de Nederlandse delegatie dat deed, presenteren de Filipijnen zich als de ‘assistent’ van het panel, altijd bereid het panel te helpen in zijn zoektocht naar de waarheid. Intussen blijft er commentaar binnenstromen vanuit China, van wetenschappers, en in de media.²⁹ Aan het einde van de hoorzitting concludeert de Filipijnse delegatie als volgt:

‘Ondanks de uitdagingen waarvoor het Panel gesteld is vanwege China’s niet-deelname, heeft u aangetoond dat u vastberaden bent om uzelf ervan te verzekeren dat u rechtsmacht heeft. Uw stevige ondervraging van ons, zowel voorafgaand als tijdens deze hoorzittingen, heeft duidelijk gemaakt dat dit Panel er alles aan doet om de onderste steen boven te halen. We hopen dat we alle vragen naar tevredenheid hebben beantwoord, en dat we duidelijk hebben aangetoond dat het Panel rechtsmacht heeft en kan overgaan tot de inhoudelijke behandeling van de zaak.’³⁰

Het arbitragepanel is inderdaad overtuigd en bevestigt in een uitspraak van 29 oktober 2015 dat het rechtsmacht heeft om het geschil te beslechten. Op advies van de Filipijnen beschouwt het panel de Chinese Position Paper in feite als een betwisting van de rechtsmacht van het panel. Het panel verwerpt alle argumenten in dat document. Dit leidt tot een enorme hoeveelheid publicaties van Chinese wetenschappers en niet-Chinese wetenschappers die in Chinese vakbladen publiceren. Deze publicaties zijn eigenlijk zonder uitzondering bijzonder kritisch op de uitspraak.³¹

Nog meer dan de Nederlandse delegatie dat deed, presenteren de Filipijnen zich als de ‘assistent’ van het panel, altijd bereid het panel te helpen in zijn zoektocht naar de waarheid. Intussen blijft er commentaar binnenstromen vanuit China

Dan volgt op 12 juli 2016 de inhoudelijke uitspraak,³² gevolgd door een reactie van de Chinese overheid de volgende dag,³³ en een heleboel kritische wetenschappelijke artikelen, voornamelijk – maar zeker niet exclusief – in Chinese wetenschappelijke tijdschriften.³⁴ Ook in de uitspraak wordt nog eenmaal uitgebreid stilgestaan bij

de consequenties van niet-deelname. Een speciaal hoofdstuk van de uitspraak is gewijd aan deze problematiek.³⁵ Het panel begint ermee om in een enkele paragraaf te beschrijven waar niet-deelname nu in de praktijk precies op neerkomt: China heeft niet deelgenomen aan de samenstelling van het arbitragepanel – dus China heeft niet meebeslist over de locatie van de hoorzittingen, en geen inspraak gehad in de keuze van de rechters die zitting nemen in het panel. China heeft ook geen pleitnota ingediend in reactie op die van de Filipijnen. China heeft geen van de hoorzittingen bijgewoond en heeft niet gereageerd op verzoeken van het panel om commentaar te geven op specifieke inhoudelijke of procedurele kwesties waar het panel mee worstelde. Ook hebben de Chinezen geen financiële bijdrage geleverd aan de kosten van de arbitrage. China heeft consequent alle post van het panel ongeopend teruggestuurd. Dat is niet-deelname in een notendop.

Artikel 9 van Bijlage VII bij het Zeerechtverdrag geeft nochtans duidelijk aan dat niet-deelname niet tot gevolg kan hebben dat de procedure wordt gestaakt. Volgens het panel beoogt dit artikel de gevolgen van niet-deelname voor beide partijen in evenwicht te brengen. Ten eerste beschermt het artikel de wel-deelnemende partij door ervoor te zorgen dat de procedure niet wordt gefrustreerd door de beslissing van de wederpartij om niet deel te nemen. Ten tweede beschermt het artikel de rechten van de niet-deelnemende partij, door ervoor te zorgen dat het panel de claims van de deelnemende partij niet eenvoudigweg als onbetwist kan overnemen.

Het panel legt ook nog eens uit wat het alemaal gedaan heeft om zich te houden aan artikel 9 Bijlage VII Zeerechtverdrag. Het panel heeft de Filipijnen voorafgaand aan de hoorzittingen een vragenlijst gestuurd, met het verzoek de vragen uit de lijst een voor een te beantwoorden, en daarbij ook de nodige aanvullende feitelijke en juridische onderbouwing te verschaffen. Het panel geeft aan dat het de suggestie van de Filipijnen heeft opgevolgd om de vele commentaren door hooggeplaatste Chinese functionarissen te beschouwen als gezaghebbende weergave van het Chinese standpunt. Dan hoeven de Filipijnen en de rechters van het panel dus niet meer te gissen naar wat China zou kunnen betogen. Het panel heeft ook een eigen expert gevraagd te komen getuigen en heeft de door de Filipijnen geleverde

29 Zie bijvoorbeeld S. Yee, ‘The South China Sea Arbitration: the Clinical Isolation and/or One-sided Tendencies in the Philippines’ Oral Arguments’, *Chinese Journal of International Law* 2015, afl. 3, p. 423-435.

30 Zuid-Chinese Zee-arbitrage, dag drie van hoorzitting inzake rechtsmacht, 13 juli 2015, transcripts, p. 79. Zie: www.pcacases.com/web/sendAttach/1401; vertaling door auteur.

31 Zie bijvoorbeeld H. Tiantian, ‘Commentary on Award on Jurisdiction and Admissibility of the Philippines-instituted Arbitration under Annex VII to the UNCLOS: A Discussion on Fact-Finding and Evidence’, *The Chinese Journal of Global Governance* 2016, afl. 1, p. 96-128; M.C.W. Pinto, ‘The Philippine Claim Against China: Award on Jurisdiction’, *Korean Journal of International and Comparative Law* 2016, p. 151-157; M. Sheng-ti Gau, ‘The Jurisdictional Rulings of the South China Sea Arbitration: Possible Errors in Fact and in Law’, *Ocean Yearbook* 2017, p. 197-249; M. Yu & Q. Xie, ‘Why the Award on Jurisdiction and Admissibility of the South China Sea Arbitration Is Null and Void – Taking Article 283 of the UNCLOS as an Example’, *China Oceans Law Review* 2017, afl. 1; S.R. Pemmaraju, ‘The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Assessment of the Award on Jurisdiction and Admissibility’, *Chinese Journal of International Law* 2016, afl. 2, p. 265-307; S. Talmon, ‘The South China Sea Arbitration: Observations on the Award on Jurisdiction and Admissibility’, *Chinese Journal of International Law* 2016, afl. 2, p. 309-391; S. Yee, ‘The South China Sea Arbitration Decisions on Jurisdiction and Rule of Law Concerns’, *Chinese Journal of International Law* 2016, afl. 2, p. 219-237; en Y. Tanaka, ‘Reflections on the Philippines/China Arbitration: Award on Jurisdiction and Admissibility’, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2016, p. 305-325.

32 Arbitragepanel 12 juli 2016, PCA Case no. 2013-19 (Zuid-Chinese Zee, *Award on Merits (De Filipijnen t. China)*). Zie: www.pcacases.com/web/sendAttach/2086.

33 Staatsraad van de Volksrepubliek China, ‘China Adheres to the Position of Settling Through Negotiation the Relevant Disputes Between China and the Philippines in the South China Sea’, *Chinese Journal of International Law* 2016, p. 909-933 (eerder gepubliceerd

getuigen en deskundigen onderworpen aan een kritisch kruisverhoor. Het panel heeft ook, op eigen initiatief, enkele historische documenten opgevraagd en beide partijen gelegenheid gegeven hierop commentaar te geven. De Filipijnen hebben dit gedaan, de Chinezen – uiteraard – niet.

Nederland en de Filipijnen werden ertoe gedwongen om ook de argumenten van hun niet-deelnemende opponent uiteen te zetten, alvorens deze te verwerpen

6 Conclusie

Wat kunnen we nu van deze zaken leren? Het belangrijkste is dat we, door deze ervaringen, hebben geleerd hoe om te gaan met een niet-deelnemende staat. De basisregel, zo blijkt duidelijk uit bovenstaande analyse, is dat de deelnemende staat niet benadeeld mag worden door de niet-deelnemende van zijn opponent. Dit betekent dat het geschilbeslechtsmechanisme zijn uiterste best moet doen om onnodige kosten en vertragingen in de procedure te vermijden. Ook moet de deelnemende staat in de gelegenheid worden gebracht om te reageren op argumenten die de niet-deelnemende staat zou hebben kunnen ingebracht. Dat is een lastige opgave, omdat het gissen blijft wat de juridische argumentatie zou kunnen zijn van een niet-deelnemende staat. China heeft het de Filipijnen ietsje gemakkelijker gemaakt, door zich continu over het geschil uit te laten, al was dat dan in de media, in dagbladen, in wetenschappelijke artikelen, in conferenties ... eigenlijk overal behalve in de rechtszaal. De Russen waren hierin terughoudender. Nederland en de Filipijnen werden er dus toe gedwongen om ook de argumenten van hun niet-deelnemende opponent uiteen te zetten, alvorens deze te verwerpen. Het geschilbeslechtsmechanisme moet verder zorgen voor een eerlijke procesvoering. Het arbitragepanel stuurde dus voortdurend alle processtukken naar de niet-deelnemende staat, deze staat werd voortdurend op de hoogte gehouden van alle ontwikkelingen in de procedure,

en werd steeds opnieuw uitgenodigd om alsnog deel te nemen aan de procedure. Het geschilbeslechtsmechanisme moet tevens alles in het werk stellen om te voorkomen dat het simpelweg de argumenten van de wel-deelnemende staat overneemt. Het moet voortdurend beseffen dat het een fatsoenlijke uiteenzetting van de argumentatie van de niet-deelnemende staat ontbeert, en dat het dus actief op zoek moet gaan naar feiten en juridische argumenten die de positie van de niet-deelnemende staat kunnen ondersteunen. Dat de Filipijnen aangaven hierbij het arbitragepanel behulpzaam te willen zijn, is natuurlijk sympathiek, maar men kan zich afvragen hoezeer de advocaten van de Filipijnen hun best doen om hun eigen argumentatie onderuit te halen. Het geschilbeslechtsmechanisme kan natuurlijk zelf deskundigen oproepen en de deskundigen van de deelnemende partij onderwerpen aan een kritisch kruisverhoor. Ook kan het zelf op zoek gaan naar historische documenten en andere bewijsstukken die in het voordeel werken van de niet-deelnemende staat. In het geschil betreffende de Zuid-Chinese Zee is dit gebeurd. Maar de niet-deelnemende staat was natuurlijk veel beter in staat geweest om dergelijk bewijs te vergaren. Wat ook jammer is, is dat de niet-deelnemende staat zijn bijdrage aan de kosten van de arbitrage weigert te voldoen, en arbitrage is niet gratis. Vraag blijft of niet-deelnemende nu alleen maar vervelend is, of dat het ook gekwalificeerd kan worden als handelen in strijd met het beginsel van goede trouw. Nederland suggereerde iets dergelijks, maar het arbitragepanel heeft die kwalificatie niet overgenomen. Het is te hopen dat Rusland en China niet een trend van niet-deelnemende in het leven hebben geroepen. Als het arbitragepanel de niet-deelnemende Staten iets harder aangepakt had, door bijvoorbeeld te concluderen dat niet-deelnemende wel degelijk in strijd is met het beginsel van goede trouw, of door iets meer in de richting te gaan van het uitspreken van een soort van verstekvonnis, waarin de eis van de eiser min of meer volledig wordt toegevoegd, tenzij dit evident in strijd is met het recht, dan zou een staat zich wel twee keer bedenken alvorens te kiezen voor een strategie van niet-deelnemende.

op de officiële website van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van China op 13 juli 2016: www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlwcw_1/t1380615.htm.

³⁴ Zie S. Talmon, 'The South China Sea Arbitration and the Finality of "Final" Awards', *Journal of International Dispute Settlement* 2017, p. 388-401; A.D. Sofaer, 'The Philippine Law of the Sea Action against China: Relearning the Limits of International Adjudication', *Chinese Journal of International Law* 2016, afl. 2, p. 393-402; C. Whomersley, 'The South China Sea: the Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – a Critique', *Chinese Journal of International Law* 2016, afl. 2, p. 239-264; A. Oude Elferink, 'Arguing International Law in the South China Sea Disputes: The Haiyang Shiyou 981 and USS Lassen Incidents and the Philippines v. China Arbitration', *The International Journal of Marine and Coastal Law* 2016, afl. 2, p. 1-37. Er blijven nieuwe artikelen over de arbitrage verschijnen, men is er nog lang niet over uitgesproken en uitgepraat.

³⁵ Arbitragepanel 12 juli 2016, PCA Case no. 2013-19 (*Zuid-Chinese Zee, Award on Merits (De Filipijnen t. China)*), par. 116-144.