

van de Hoge Raad. De door mij bepleite benadering sluit aan bij de gedachte dat een veroordelend arbitraal vonnis hangende de vernietigings- of herroepingsprocedure, juist vanwege het ontbreken van een schorsende werking (art. 1066 lid 1 Rv), uitvoerbaar moet zijn. Eenzelfde gedachte zien we ook bij vonnissen van de overheidsrechter die uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard en in hoger beroep bij incidentele vordering op de voet van art. 351 Rv schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevorderd. Zie HR 20 december 2019, NJ 2020/425 (Strandhotel), m.nt. A.I.M. van Mierlo onder NJ 2020/426.

8. Deze beschikking is ook gepubliceerd in JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders en JBPr 2021/10, m.nt. C.L. Schleijsen.

A.I.M. van Mierlo

NJ 2022/102

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 november 2021, nr. 20/01595

(Mrs. C.A. Streefkerk, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock; A-G mr. P. Vlas)
m.nt. C.M.J. Ryngaert* en A.I.M. van Mierlo

Art. 1064, 1065, 1068 Rv (oud); art. 130 Rv; art. 1, 10, 13, 17, 21, 26, 45 European Energy Charter; art. 31-33 WVV

NJB 2021/2948

RvdW 2021/1072

TVA 2022/7

ECLI:NL:PHR:2021:425

ECLI:NL:HR:2021:1645

Internationaal recht. Arbitrage. Vordering tot vernietiging arbitraal vonnis (Yukos Awards) op voet art. 1065 (oud) Rv. Verhouding herroepingsprocedure (art. 1068 (oud) Rv) en vernietigingsprocedure. Ontbreken geldige arbitrageovereenkomst (art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv)? Schending opdracht scheidsgerecht (art. 1065 lid 1, onder c, (oud) Rv)? Strijd met openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv)? Verdrag inzake het Energiehandvest (European Energy Charter (ECT)); voorlopige toepassing ECT (art. 45 ECT); uitlegmaatstaf art. 31-33 Weens Verdragenverdrag. Begrippen 'investering' en 'investeerder' (art. 1 leden 6 en 7 ECT).

Indien een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, kan dat grond opleveren voor het oordeel dat het vonnis, of de wijze waarop het vonnis tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Bedrog door een van de procespartijen kan tevens een grond voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1

(oud) Rv opleveren. Deze mogelijkheid wordt in de tijd beperkt door de termijn van drie maanden nadat het bedrog bekend is geworden (art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv). Is reeds een vernietigingsprocedure aanhangig waarin in de dagvaarding is betoogd dat het vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde, dan kan de wederpartij rekening houden met de mogelijkheid dat het arbitrale vonnis op die grond niet in stand zal blijven, en wordt het belang van de rechtszekerheid niet geschaad wanneer het beroep op de openbare orde in de loop van de vernietigingsprocedure nader wordt uitgewerkt met een beroep op bedrog. De strekking van art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv brengt dan ook niet mee dat ook in een vernietigingsprocedure een beroep op bedrog binnen de in die bepaling genoemde termijn moet zijn gedaan, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen. Of dat in een later stadium alsnog gedaan kan worden, wordt onder meer begrensd door art. 130 Rv en specifieke bepalingen die voorschrijven wanneer een bepaalde vernietigingsgrond (voor het eerst) moet worden ingeroepen, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen (HR 27 maart 2009, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders). Van de in art. 130 lid 1 Rv bedoelde strijd met de eisen van een goede procesorde kan onder meer sprake zijn indien wordt gesteld dat het arbitrale vonnis onder invloed van bedrog tot stand is gekomen, de hiervoor bedoelde nadere uitwerking later wordt gegeven dan in de eerstvolgende conclusie of akte nadat het bedrog bekend is geworden. Hetgeen is overwogen over de verhouding tussen de herroepingsprocedure en de vernietigingsprocedure, geldt ook onder het huidige recht.

Indien op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef onder a, (oud) Rv wordt gevorderd dat het arbitrale vonnis wordt vernietigd omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dient de rechter te beoordelen of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Die beoordeling dient zonder terughoudendheid plaats te vinden (HR 26 september 2014, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders). Het staat de rechter vrij om op andere dan de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden te oordelen dat het zich terecht bevoegd heeft geacht om van het geschil kennis te nemen.

Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv) slechts mogelijk indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd (HR 21 maart 1997, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders). Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering dient de rechter terughoudendheid te betrachten.

Bij de beoordeling van de vraag of het scheidsgerecht de grenzen van zijn opdracht heeft overschreden (art. 1065 lid 1, aanhef onder c, (oud) Rv), moet mede worden betrokken of het geschil is beslecht in overeenstemming met de procedureregels die in het gegeven geval van toepassing zijn. De rechter moet daarbij terughoudendheid betrachten. Is sprake van

* Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Utrecht.

strijd met de beginselen van een goede procesorde, dan zal het arbitrale vonnis blootstaan aan vernietiging op grond van strijd met de openbare orde. Indien de schending van de opdracht niet ernstig is, leidt dit niet tot vernietiging van het arbitrale vonnis. De rechter komt daarbij beoordelingsvrijheid toe.

De uitleg van de bepalingen van de ECT dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van art. 31-33 WVW. De uitleg van art. 46 ECT (de limitation clause) die inhoudt dat het nationale recht van een ondertekenende staat zélf moet voorzien in de verdragsregeling waarvan de voorlopige toepassing aan de orde is, is niet in overeenstemming met de bewoordingen daarvan, vloeit niet voort uit de context, strookt niet met voorwerp en doel van de ECT en vindt evenmin steun in de statenpraktijk. Voor het stellen van prejudiciële vragen op de voet van art. 267 lid 3 VWEU bestaat geen aanleiding.

De bewoordingen van art. 1 leden 6, onder (b), en 7 ECT wijzen erop dat voor de beoordeling of een vennootschap als Investeerder wordt beschermd onder de ECT, voldoende is dat zij is opgericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het gastland en dat zij de formele rechthebbende is van aandelen in een vennootschap in dat gastland. Niet alleen de context, maar ook het doel van de ECT wijst erop dat geen andere eisen moeten worden gesteld aan het buitenlandse karakter van een Investering dan de eisen die voortvloeien uit de bewoordingen van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Er bestaat geen noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen.

De Russische Federatie, te Moskou, Rusland, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, adv.: mrs. R.S. Meijer, R.R. Verkerk en A.E.H. van der Voort Maarschalk, tegen

1. Veteran Petroleum Limited, te Nicosia, Cyprus, hierna: VPL,
 2. Yukos Universal Limited, te Douglas, Isle of Man, hierna: YUL,
 3. Hulley Enterprises Limited, te Nicosia, Cyprus, hierna: Hulley,
- verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, hierna gezamenlijk: HVY, adv.: mrs. T. Cohen Jehoram, J. de Bie Leuveling Tjeenk en B.M.H. Fleuren.

Hof:

Zie onder HR 25 september 2020, NJ 2020/360.

Principaal cassatiemiddel:

De Russische Federatie voert tegen de uitspraken het volgende middel van cassatie aan: schending van het recht en/of verzuim van wezenlijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in de arresten is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

(...)

1. Onjuiste uitsluiting van beroep op schending openbare orde wegens door HVY in arbitrage gepleegd bedrog (TA-rov. 5.6 e.v.)

1.1. Inleiding

1. In dit onderdeel klaagt de Russische Federatie over de uitsluiting door het hof (TA-rov. 5.6-5.8; EA-rov. 9.7) van haar nadere beroep op artikel 1065 lid 1 onder e Rv. Krachtens dit betoog moeten de Final Awards³ wegens strijd met de openbare orde vernietigd worden, zulks op grond van haar recente ontdekking van door HVY in de Arbitrage gepleegd meervoudig bedrog. De motivering van het hof voor de verwerping van dit betoog is dat artikel 1068 Rv een exclusieve weg zou bieden om over door de wederpartij in de Arbitrage gepleegd bedrog te klagen. Volgens het hof mag die weg niet worden omzeild met de stelling dat het plegen van dergelijk bedrog en het toestaan van de tenuitvoerlegging van een aldus door bedrog verkregen arbitraal vonnis zou neerkomen op een schending van de openbare orde.

1.1.1. De aan het beroep op schending van de openbare orde ten grondslag liggende feiten

2. In haar memorie van antwoord⁴ heeft de Russische Federatie beroep gedaan op nieuwe redenen waarom de Yukos Awards moeten worden vernietigd op grond van schending van de openbare orde. Deze vernietigingsgrond had de Russische Federatie als zodanig reeds ingeroepen in haar inleidende dagvaarding (hoofdstuk VIII). De aanvullende rechtvaardiging voor de toepassing van artikel 1065 lid 1 sub e Rv was de ontdekking van nieuwe feiten en nieuw bewijsmateriaal door de Russische Federatie na het voor haar gunstige vernietigingsvonnis van de rechtbank van 20 april 2016.

3. Deze nieuw ontdekte feiten en bewijzen betreffen – kort en niet uitputtend gezegd – dat HVY (i) zich opzettelijk voor belangrijke geschilpunten hebben gebaseerd op bedrieglijke verklaringen, zowel van henzelf als van een door hen ‘gekochte’ getuige, en (ii) ook opzettelijk voor de rechtstrijd essentiële documenten achter hebben gehouden, voor zowel het Scheidsgerecht als de Russische Federatie.⁵ Dit ging bovendien gepaard met een ernstige schending van expliciete bepalingen van een Procedural Order van het Scheidsgerecht.⁶ Dit bedrieglijke handelen en nalaten betreft – kort en niet uitputtend gezegd – de volgende feiten en omstandigheden.

³ Zie het Tussenarrest van 25 september 2018, rov. 2.4. ‘Final Awards’ ziet op de drie vrijwel identieke arbitrale eindvonnissen die – onder die benoeming – op 18 juli 2014 tussen HVY en de Russische Federatie zijn gewezen. De drie tussenvonnissen zijn van 30 november 2019, en worden aangeduid als de ‘Interim Awards’ (zie t.a.p., rov. 2.3).

⁴ Hoofdstuk VII.G (in combinatie met hoofdstukken III.B/C en VII.H).

⁵ MvA, §§ 636 e.v.; 1197-1198, 1207 inclusief de daar geciteerde bronnen.

⁶ Procedural Order Nr. 12 d.d. 16 september 2011 (Productie RF-03.1.D-1.2).

a. Corruptie, manipulatie van veilingen en andere misdrijven die de Russische Oligarchen hebben gepleegd bij hun verwerving van de Yukos-aandelen. De Russische Oligarchen⁷ hebben ten minste USD 613,5 miljoen betaald aan de ambtenaren die voor de privatisering Yukos bestuurden.⁸ Deze 'Red Directors' speelden een sleutelrol bij de Yukos-privatisering. Zij werden omgekocht om de belangen – niet van Yukos en de Russische Federatie zoals door de toepasselijke regels beoogd – maar die van de Russische Oligarchen te bevorderen. Gedurende de Arbitrage hebben HVY valselijk verklaard dat zij hierbij niet betrokken waren en dat deze Oligarchen 'persons separate from claimants' (= HVY) waren. Echter, na de Arbitrage en zelfs na haar memorie van antwoord heeft de Russische Federatie documenten in handen gekregen waaruit blijkt dat Yukos Universal Limited (de 'Y' in 'HVY') het grootste deel van deze omkoopsom heeft betaald op instructie van de Oligarch [naam 3].⁹ In directe strijd met de Procedural Order van het Scheidsgerecht¹⁰ hebben HVY deze cruciale documenten achtergehouden en bovendien opzettelijk valse verklaringen afgelegd over hun verdere, nauwe betrekkingen met de Oligarchen en hun bijdrage aan het omkopen van de Red Directors.¹¹

b. Gedurende de Arbitrage hebben HVY ook bedrieglijk ontkend dat op alle relevante tijdstippen de Russische Oligarchen hun economische eigendomsrechten en effectieve directe controle over henzelf hebben uitgeoefend. Slechts 'op papier' zijn de aandelen van de Russische Oligarchen in de gemeenschappelijke moederverenootschap van HVY, Group Menatep Limited ('GML', gevestigd te Gibraltar) overgedragen aan trusts. De formeel verantwoordelijke trustees waren echter marionetten die op alle relevante tijdstippen onder de volledige en directe controle van de Oligarchen stonden.¹² Hetzelfde geldt voor de bestuurders – door de Oligarchen aangeduid als 'impotent directors' – van de vele schijnvennootschappen die werden gebruikt om (i) de rol en invloed van de Oligarchen te verbergen en om (ii) belasting te ontduiken.¹³ HVY hadden uiteraard documenten waaruit bleek dat zij direct en geheel door de Russische Oligarchen werden gecontroleerd. De Russische Federatie heeft een aantal van die documenten overgelegd in deze vernietigingsprocedure, welke zij dus na de Arbitrage in handen heeft gekregen. Deze documenten bewijzen

o.a. dat de Russische Oligarchen autonoom de belangrijke beslissingen met betrekking tot HVY's financiële en andere belangen namen. HVY hebben bedrieglijk en in directe strijd met de Procedural Order¹⁴ van het Scheidsgerecht deze en vele andere documenten achtergehouden voor de Russische Federatie en het Scheidsgerecht. Bovendien hebben HVY bewust bedrieglijke verklaringen in de Arbitrage (en in deze vernietigingsprocedure) afgelegd met de strekking dat zij niet werden gecontroleerd door deze Oligarchen. Deze bedrieglijk achtergehouden documenten en deze bedrieglijke verklaringen zijn beslissend geweest voor de uitkomst van de voor HVY gunstige Interim en Final Awards.¹⁵ Voor verdere details van deze types bedrog wordt verwezen naar de middelonderdelen 3 en 4 hierna.

c. Het Scheidsgerecht heeft in zijn Final Awards zwaar geleund op de verklaring van HVY's 'kroongetuige': dr. [naam 10].¹⁶ Deze getuige heeft zichzelf valselijk gepresenteerd als 'Chief Economic Advisor to the President'. Hij heeft een verhaal verzonnen, zonder daarvoor enige bron te noemen of enig document over te leggen, over een groep van circa 50 ambtenaren met beweerdelijk één taak, namelijk het creëren van bewijzen tegen Yukos en [naam 1]. Zoals blijkt uit Final Awards § 1847, tabel 2, heeft dr. [naam 10] geen vergoeding gevraagd voor de tijd en kosten gemoeid met het opstellen van zijn schriftelijke verklaring en zijn verhoor als getuige in Den Haag. Echter, een getuigenverklaring van de vroegere General Legal Counsel van Yukos ([naam 11]) in een Amerikaanse procedure tussen derden,¹⁷ onthulde dat dr. [naam 10] in ruil voor zijn verklaring honderdduizenden dollars heeft ontvangen uit fondsen van Yukos, hetgeen werd verhuuld als een gift aan een instelling. HVY hadden die betaling uiteraard niet voor het Scheidsgerecht en de Russische Federatie mogen achterhouden, reeds omdat die een dubieus licht op de verklaring van dr. [naam 10] werpt.

1.1.2. Deze – hypothetisch vaststaande – schendingen van de openbare orde staan in de weg aan de erkenning en uitvoerbaarheid van de Yukos Awards

4. Voor de feiten die ten grondslag liggen aan dit beroep van de Russische Federatie op schending van de openbare orde wordt verder verwezen naar de beschrijving ervan in TA-rov. 5.1 en 5.2 en in EA-rov. 9.7.1 (onder a-e) en de middelonderdelen 3 en 4 hierna. Voor het welslagen van deze middelonderdelen is het overigens niet van belang (i) of de Russische Federatie inderdaad al het volledige bewijs heeft geleverd van dit bedrog van HVY gedurende de Arbitrage, (ii) of de vonnissen van het Scheidsge-

7 [naam 1], [naam 2], [naam 3], [naam 4], [naam 5], [naam 6] en [naam 7]. Zie o.m. de 'Appendix' bij de Interim Award.

8 MvA §§ 530–538. Zie ook subonderdeel 4.3.1 hierna.

9 Akte RF 25 juni 2019, §§ 165 e.v. en handgeschreven aantekeningen door [naam 8] inzake 'Betalingen gedaan en ondertekend door [naam 9]' d.d. 12 december 2003 (*Productie RF-443*), met Rekeningsafschriften van Yukos Universal Limited van UBS Zurich (MP-066).

10 Procedural Order Nr. 12 dated 16 September 2011 (*Productie RF-03.1.D-1.2*).

11 Zie voor verdere verwijzingen MvA, § 1198 en subonderdeel 4.1.2 hierna.

12 Zie nader onderdeel 3 hierna.

13 Zie nader onderdeel 3 hierna.

14 Procedural Order Nr. 12 d.d. 16 september 2011 (*Productie RF-03.1.D-1.2*).

15 MvA, §§ 636 e.v.

16 MvA, §§ 1221–1223 en CvR § 703. Final Awards, §§ 141–147, 508–510 en 798–799.

17 De getuigenverklaring dateert van 7 juni 2016. Zie MvA, § 1222 en (*Productie RF-295*).

recht daadwerkelijk zijn beïnvloed door dit door HVV gepleegde bedrog,¹⁸ en (iii) of de Russische Federatie deze beschuldigingen al in een eerder stadium zou hebben kunnen aanvoeren. Immers, het hof heeft zelfs geen poging gedaan om deze drie kwesties te onderzoeken. Daarom mag hier, alweer op basis van de hypothetische feitelijke grondslag, voor de beoordeling van deze middelonderdelen worden aangenomen dat deze drie kwesties als volgt moeten worden beantwoord: (i) ja; (ii) ja; en (iii) neen.

5. Er is ruime, gezaghebbende steun, zowel van Nederlandse als van buitenlandse herkomst, voor de stelling van de Russische Federatie dat bedrog begaan door een partij gepleegd in het kader van juridische procedures teneinde daarmee het betreffende gerecht of scheidsgerecht te overtuigen om haar vordering toe te wijzen, een ernstige schending van de openbare orde – in de zin van o.a. artikel 1065 lid 1 onder e Rv – oplevert.¹⁹ Een dergelijke schending van de openbare orde mag, indien deze niet reeds in de ‘eerste’ procedure (hier: de Arbitrage) is ontdekt, in beginsel in elk stadium van de daarna volgende procedures (hier: de vernietigingsprocedure van artikel 1065 Rv) worden ingeroepen teneinde de erkenning of tenuitvoerlegging van een dergelijk op frauduleuze wijze verkregen vonnis te blokkeren dan wel de vernietiging ervan te bewerkstelligen.²⁰ Zie voorts hierna §§ 10.e en 10.f.

6. De Russische Federatie heeft geen bezwaar tegen de opvatting van het hof in TA-rov. 5.6. De fei-

ten die zij aan haar beroep op schending van de openbare orde ten grondslag heeft gelegd, kunnen ook volgens haarzelf worden gekwalificeerd als een grond voor herroeping in de zin van artikel 1068 Rv.²¹

1.2. Klachten tegen rov. 5.6–5.8 van het tussenarrest en tegen rov. 9.7 van het eindarrest

7. Het hof heeft ten onrechte althans zonder toereikende motivering beslist dat feitelijke stellingen die een beroep op herroeping in de zin van artikel 1068 Rv zouden hebben kunnen rechtvaardigen, niet, ook niet onder de bijzondere omstandigheden van dit geval (zie hierna §§ 10.g en 10.h) de stelling kunnen rechtvaardigen dat een arbitraal vonnis dat verkregen is met behulp van bedrieglijke verklaringen, omgekochte getuigen en het achterhouden van wezenlijke stukken, vernietigd moet worden op de voet van artikel 1065 lid 1 sub e Rv (schending van de openbare orde).

8. De motivering van het hof voor het uitsluiten van een beroep op artikel 1065 lid 1 sub e Rv in alle gevallen waarin op grond van artikel 1068 Rv ook een herroepingsvordering mogelijk zou zijn geweest, kan als volgt worden samengevat (zie TA-rov. 5.7):

a. Er is een verschil in de termijnen die in acht moeten worden genomen: de termijn van artikel 1068 begint te lopen vanaf het moment waarop het ‘bedrog ontdekt’ is; de termijn van artikel 1065 begint te lopen vanaf het moment dat het vonnis onherroepelijk is geworden, is gedeponereerd of ten uitvoer wordt gelegd.

b. Een herroepingsvordering moet bij het gerechtshof van de zetel van de arbitrage worden ingediend. Een vernietigingsvordering moest (onder het op deze zaak ook toepasselijke ‘oude’ recht) worden ingesteld bij de rechtbank van de plaats van arbitrage, met een mogelijkheid van hoger beroep bij het hof.

c. Het toestaan van een vernietigingsvordering in voor omstandigheden die een bij het hof in te dienen herroepingsvordering zouden hebben kunnen rechtvaardigen, zou ertoe kunnen leiden dat de eiser de exclusieve bevoegdheid van het hof en de verbindende termijn van drie maanden na de ‘ontdekking van het bedrog’ zou kunnen omzeilen. Deze consequentie is volgens het hof rechtens onaanvaardbaar.

9. Het hof biedt geen deugdelijke redenering voor zijn beslissing dat een partij niet mag kiezen voor het door haar geprefereerde alternatief van een vordering onder artikel 1065 lid 1 sub e Rv boven een vordering onder artikel 1068 Rv. Door aldus te beslissen, heeft het hof ten onrechte de Russische Federatie de haar toekomende mogelijkheid van een vrije keuze tussen deze twee rechtsmiddelen onthouden.

21 Veel nationale arbitragewetten (bijvoorbeeld Duitsland, België en Zwitserland) kennen, zoals de UNCITRAL Modelwet, niet de afzonderlijke vernietigingsgrond van ‘herroeping’.

18 Zie bijv. Final Awards, § 1370: ‘The Russian Oligarchs are separate from HVV’.

19 G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, pp. 3318, 3321 en 3324, 2325 en 3335 (‘It is reasonably clear that fraud is a ground for annulling an award under virtually all national arbitration regimes’), met verwijzingen naar o.a. de hoogste Duitse en Zwitserse gerechtshoven. Zie ook: Cour d’appel de Paris, 30 september 1993 (EGT/Westman): ‘In application of the general principle of law according to which fraud is an exception to all rules (fraus omnia corrumpit), these dispositions are contrary to French international public policy and must therefore be annulled.’ Zie ook de *travaux préparatoires* UNCITRAL Model Law (Report 21 Juni 1985, U.N. Doc. A/40/17, par. 297): ‘It was understood that the term ‘public policy’, which was used in the 1958 New York Convention and many other treaties, covered fundamental principles of law and justice in substantive as well as procedural respects. Thus, instances such as corruption, bribery or fraud and similar serious cases would constitute a ground for setting aside. It was noted, in that connection, that the wording ‘the award is in conflict with the public policy of this State’ was not to be interpreted as excluding instances or events relating to the manner in which an award was arrived at.’

20 P. Vlas, *GS Burg. Rv*, Artikel 45 Brussel I-bis, aant. 9. Bing Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press) 2016, p. 159; P. Sanders, *Het Nederlands arbitragerecht*, 2001, p. 190–191 en 199; H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2011, aant. 3 bij Art. 1064(5) Rv; G.J. Meijer en A.L.M. van Mierlo, ‘Aantasting van arbitrale vonnissen’, *WPNR* 2014/7003, EUHvJ 1 juni 1999, § 37 en HR 21 februari 2000, NJ 2000/339 en 340 (*Eco Swiss/Benetton*); Hof Amsterdam 12 oktober 2000, NJ 2002/111, § 2.4 (*Sesam/Betoncentrale*); Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3755, § 3.14; Hof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4155, § 2.21; Conclusie A-G Huydecoper, nr. 8, voor HR 9 januari 2004, NJ 2005/190 (*Nannini*).

10. De argumenten die pleiten voor zo'n vrije keuze voor de eiser die, op grond van de heldere beoordelingen van beide bepalingen, gebruik kan maken van beide mogelijkheden — hierna kortweg genoemd het 'keuzesysteem' — zullen in deze paragraaf worden samengevat. Deze argumenten dienen tege-lijk als gronden voorde vernietiging van het rechtens onjuiste oordeel van het hof in TA-rov. 5.7–5.8 en EA-rov. 9.7.2. Subsidiair rechtvaardigen deze zelfde argu-menten, met name die onder 10.g en 10.h, de klacht dat deze beslissing van het hof, in het licht van de bij-zondere omstandigheden van dit geval, onbegrijpe-lijk althans onvoldoende gemotiveerd is.

a. In de Nederlandse rechtspraak ontbreekt een precedent voor het uitsluiten van het keuzesysteem ten aanzien van artikel 1065 en artikel 1068 Rv. O.a. de Franse jurisprudentie²² bevestigt het bestaan van een vrije keuze, in geval van ontdekking van door de wederpartij gepleegd 'bedrog', tussen een beroep op de herroepingsbepaling dan wel op de vernietigingsgrond van schending van de openbare orde. De Duitse rechtspraak²³ staat een verwante keuze uit de alternatieven van § 1059 ZPO toe, overigens son-der dat in het Duitse recht een afzonderlijke herroe-pingsmogelijkheid bestaat.

b. In de Parlementaire Geschiedenis van zowel arti-kel 1065 als artikel 1068 Rv ontbreekt enigerlei aanwijzing dat, in afwijking van de duidelijke be-woordingen van beide bepalingen, het keuzesys-teem zou zijn uitgesloten.

c. Ook in de relevante juridische literatuur over beide Rv-bepalingen ontbreekt enige steun voor het uitsluiten van het keuzesysteem.²⁴ Integendeel, zo schreef Sanders, de 'vader' van de in dit geval toe-passelijke Arbitragewet 1986, in 'Het Nederlands Arbitragerecht' (2001, p. 199) waar hij artikel 1065 lid 1 sub e Rv behandelt: *'Onder VII-C zal het request civiel worden besproken. De gronden waarop dat middel kan worden ingesteld leveren evenzovele ge-vallen op van strijd met de openbare orde.'*

d. De Hoge Raad heeft al vaak beslist dat indien meer wettelijke regels tegelijk op dezelfde feiten van toepassing zijn, deze regels cumulatief kunnen worden ingeroepen door de daarbij belanghebben-de partij. Echter, indien dit onmogelijk zou zijn, bij-voorbeeld vanwege een verschil in de betreffende rechtsgevolgen, dan mag de belanghebbende partij vrijelijk kiezen voor toepassing van de regel die haar voorkeur heeft. Er is slechts grond voor exclusieve toepassing van de ene regel boven haar alter-

natief, indien dit expliciet door die regel wordt be-paald of daaruit onvermijdelijk volgt.²⁵

e. Het is de unanieme opvatting van zowel de Ne-derlandse als de buitenlandse rechtspraak en vakli-teratuur dat het opzettelijk plegen van bedrog in ju-ridische procedures om een gunstige uitspraak te krijgen, een schending van de openbare orde ople-vert welke de niet-erkenning en niet-uitvoerbaar-heid dan wel de vernietiging van een op een derge-lijke wijze verkregen uitspraak met zich moet brengen.²⁶

f. In de Nederlandse rechtspraak en literatuur be-staat de unanieme opvatting dat, indien een moge-lijke schending van de openbare orde onder de aan-dacht van een gerecht komt, dat gerecht op verzoek van de daarbij belang hebbende partij en/of ambts-halve zich met deze kwestie moet bemoeien, het deze kwestie verder moet onderzoeken en, indien bewezen, uiteindelijk de geschikte maatregelen moet nemen, m.n. er zorg voor moet dragen dat de schending van de openbare orde geen rechtsgevolg krijgt.²⁷

g. Het is niet te rijmen met of op zijn minst een on-nodige hindernis voor een procedureel efficiënt ar-bitrage- en vernietigingssysteem — gezien vanuit het perspectief van zowel partijen als de gerechten — dat indien een partij reeds een vernietigingspro-cedure onder artikel 1065 Rv is begonnen, zij een geheel nieuwe procedure voor de grondslag van arti-kel 1068 Rv zou moeten starten, alleen omdat zij na de start van de eerstbedoelde procedure het bewijs van door de wederpartij in de loop van de arbitrage gepleegd bedrog heeft gevonden. Het zou een ver-kwisting van tijd en geld, zowel voor de betrokken partijen als de gerechten, zijn indien zo'n partij haar beroep op dergelijke fraude niet zou kunnen doen in de vorm van een nadere grondslag voor de ver-nietigingsgrond van artikel 1065 lid 1 sub e Rv in de dan reeds lopende procedure. Dit klemt temeer in-dien, zoals in deze zaak, de eerdere vernietigings-procedure voor deze partij reeds succesvol is afge-slotten in de eerste instantie en door de betreffende wederpartij daartegen beroep is ingesteld.

h. Uit alle hierboven onder a t/m g genoemde argu-menten en bronnen volgt dat het redelijkerwijs niet van de Russische Federatie verwacht kan worden worden dat zij wist dat zij een aparte herroe-pingsprocedure had moeten starten om een beroep te mogen doen op pas nadien ontdekt 'bedrog' van HVY gedurende de Arbitrage. Derhalve zou, indien

22 Cour de Cassation, 19 december 1995, Rev. arb. 1996, 49; Cour de Cassation, 4 november 2015, Nr. 14-22630. See also J. Pellérin, 'Le cas de la fraude', in E. Loquin, S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, CREDIMI, Vol. 42, LexisNexis, p. 177–195.

23 BGH 2 november 2000, III ZB 55/99 (§ II.2, sub b); ZPO §§ 580–581 en 1059.

24 Zie voetnoot 20 hierboven voor de steun van o.a. Sanders, Snijders, Meijer en Van Mierlo.

25 Zie bijv. HR-arresten gepubliceerd in NJ 1957/51; NJ 1959/349; NJ 2003/48; NJ 2003/112; NJ 2007/621. Zie ook Castermans/Krans, Samenloop, Mon. BW, A21, 2019, § 8; Ten Kate en Korsten-Krijnen, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken, 2013, pp. 16–17, 211–215 en 255–256; Parl. Gesch., *Herziening Rechtsvordering*, p. 273; Snijders & Wendels, *Civiel Appel*, 2009/128.

26 Zie voetnoot 19–20 hiervoor.

27 HR 12 februari 1993, NJ 1993/524, § 3.3 (*M/Staat*); HR 3 december 2004, NJ 2005/118, § 3.6 (*Vreugdenhil/CBF*); HR 13 september 2013, *JBPR* 2014/2 (*Heesakkers/Voets*), en HR 26 februari 2016, NJ 2017/214 (*Ebecek/Trudo*); HR 8 november 2019, *RCR* 2020/14, (*Intermaris/X*), § 2.5.2.

al op dit terrein een uitzondering op het keuzesysteem door de Hoge Raad zou worden geïntroduceerd, dit slechts prospectief mogen gelden, dat wil zeggen alleen voor nieuwe zaken.

2. *Scheidsgerecht onbevoegd op basis van art. 45 ECT (rov. 4)*
- 2.1. Inleiding: de reikwijdte van voorlopige toepassing
11. Onderdeel 2 stelt dat geen geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. HVY stellen dat een aanbod tot arbitrage zou zijn vervat in artikel 26 van het verdrag inzake het Energiehandvest ('ECT', 'Verdrag'). Op de voet van artikel 26 ECT biedt elke 'Verdragsluitende Partij' investeerders van 'een andere Verdragsluitende Partij' de mogelijkheid om specifieke geschillen door arbitrage te beslechten.
12. De Russische Federatie heeft het Verdrag ondertekend (artikel 38 ECT). Zij heeft het Verdrag echter nimmer bekrachtigd en dus ook geen akte van bekrachtiging gedeponneerd (artikelen 39 en 44 lid 1 ECT). Daarom is het Verdrag nooit voor haar in werking getreden (artikel 44 lid 2 ECT). Zij is daarom geen 'Verdragsluitende Partij' als bedoeld in artikelen 1(2) en 26 ECT.²⁸
13. Het proces van parlementaire goedkeuring van een verdrag kost tijd. Daarom bevat een groot aantal verdragen de voorziening dat zij door de ondertekenaars in afwachting van de (mogelijke) bekrachtiging geheel of gedeeltelijk voorlopig worden toegepast (artikel 25 WVV).²⁹ Het is algemeen bekend dat het beginsel van de scheiding der machten op gespannen voet staat met de wens om verdragen voorlopig toe te passen.³⁰ De uitvoerende macht mag immers niet zonder parlementaire instemming afwijken van formele wetten.³¹
14. In een democratische rechtsstaat moeten de bevoegdheden van het Parlement worden gerespecteerd. Daarom wordt vaak overeengekomen dat een verdrag slechts voorlopig wordt toegepast voor zover dat verenigbaar is met nationale wetgeving.³² Zo bepaalt artikel 68 lid 1 van de in 1974 gesloten Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma dat de Overeenkomst door de ondertekenaars voorlopig wordt toegepast 'voor zover zulks

niet in strijd is met hun wetgeving'³³ Artikel 45 lid 1 ECT bevat vergelijkbare bewoordingen om te voorkomen dat regeringsvertegenwoordigers door ondertekening van het verdrag hun interne bevoegdheden overschrijden ('Limitation Clause'):³⁴

'Article 45. 1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.'³⁵

15. De Russische Federatie is als ondertekenaar slechts gehouden het verdrag voorlopig toe te passen 'voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften'. De rechtbank oordeelde dan ook terecht dat de Russische Federatie 'uitsluitend gebonden was aan de met het Russische recht verenigbare Verdragsbepalingen'.³⁶ De rechtbank oordeelde voorts dat de voorlopige toepassing van de arbitrageclausule teneinde dit belastinggeschil te beslechten strijdig was met Russische wetgeving. Dit bracht de rechtbank tot de slotsom dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt.

16. In het bestreden arrest concludeert het hof daarentegen dat rechtsgeldig arbitrage overeen is gekomen. Het hof komt op vrijwel alle geschilpunten tot een diametraal ander oordeel dan de rechtbank. Dit middelonderdeel formuleert tegen dat oordeel een aantal kernklachten. Voor een goed begrip van het vervolg wordt de inhoud alle subonderdelen hieronder verkort weergegeven:

"Subonderdeel 2.2: Dit betreft de toepasselijke rechtsnorm. Internationaal recht vereist dat de instemming van een soevereine Staat met arbitrage duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking wordt gebracht. Dit vloeit voort uit het leerstuk van immuniteit van jurisdictie. Het hof oordeelt dat in dit geval hoe dan ook voldaan is aan het vereiste van duidelijke en ondubbelzinnige instemming. Dat zou alleen al blijken uit de tekst van artikel 26 ECT. Dit is rechtens onjuist. De tekst van deze bepaling vormt op zichzelf geen duidelijke en ondubbelzinnige instemming omdat deze ziet op Verdragsluitende Partijen. Zoals blijkt uit dit subonderdeel kan een zodanige instemming evenmin worden afgeleid uit artikel 45 ECT. Het hof gaat aldus uit van een onjuiste maatstaf die is gebaseerd op een onjuiste uitleg van artikel 26 ECT. Als gevolg hiervan moet het arrest worden vernietigd, althans zul-

28 Arrest, rov. 4.3.2; MvA, §§ 41–51.

29 Dagvaarding, § 118, MvA, §§ 52 e.v. De toepassing geschiedt 'in afwachting van iets meer definitiefs', tot dat het verdrag is bekrachtigd en in werking is getreden; *Kamerstukken II* 1982/83, 17798 (R 1227), nr. 3, p. 16.

30 Zie bijv. H.H.M. Sondaal, *De Nederlandse Verdragspraktijk* (diss.) Den Haag: T.M.C. Asser Instituut, 1986, p. 179. Sondaal stelt dat een verdragsbepaling die verplicht tot voorlopige toepassing alvorens parlementaire goedkeuring is verleend 'vanuit constitutioneel oogpunt' problematisch is.

31 Dit werd bijvoorbeeld in 2012 en 2013 door verschillende staten betoogd tijdens bijeenkomsten van de juridische commissie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Zie Dagvaarding, § 119; MvA, § 54.

32 Zie de vele voorbeelden die zijn genoemd in Dagvaarding, § 120 en CvR, §§ 71, 213. Zie ook MvA, §§ 55 e.v.

33 MvA, § 56. Dit betreft de (officiële) vertaling van de Engelse tekst die als volgt luidt: 'Notwithstanding the provisions of Article 67 [entry into force], this Agreement shall be applied provisionally by all Signatory States, to the extent possible not inconsistent with their legislation (...)'.

34 Zie MvA, § 57, met verwijzingen naar literatuur.

35 Nederlandse vertaling (Trb. 1995, 108): 'Elke Ondertekende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekende Partij krachtens artikel 44, voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften.'

36 Vonnis, rov. 5.23.

len er prejudiciële vragen moeten worden gesteld aan het Europese Hof van Justitie (zie voorts subonderdeel 2.7).

Subonderdeel 2.3: Het hof oordeelt dat het bevoegdheidsoordeel van het Scheidsgerecht op cruciale onderdelen onjuist is. Het hof concludeert evenwel op basis van nieuwe argumenten – die voor het eerst na twaalf jaar procederen in hoger beroep in de vernietigingsprocedure door HVV zijn aangevoerd – dat desondanks wel sprake was van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Het subonderdeel klaagt dat dergelijke nieuwe argumenten niet aan de orde hadden mogen komen en het arrest reeds daarom moet worden vernietigd.

Subonderdeel 2.4: Het hof oordeelt dat de Limitation Clause van artikel 45 lid 1 ECT niet kan worden ingeroepen indien een verdragsbepaling op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. Dit subonderdeel klaagt in de kern dat deze (nieuwe) verdragsuitleg rechtens onjuist is. Deze uitleg is bovendien strijdig met de uitleg van de Europese Commissie, Europese Raad en alle toenmalige EG-lidstaten. Als gevolg daarvan moet het arrest worden vernietigd, althans zullen er prejudiciële vragen moeten worden gesteld aan het Europese Hof van Justitie (zie voorts subonderdeel 2.7).

Subonderdeel 2.5: Het hof heeft een alternatieve argumentatie ontwikkeld op basis waarvan het tot de slotsom komt dat voorlopige toepassing van de arbitrageclausule niet strijdig is met Russisch recht. Het middel klaagt dat deze alternatieve argumentatie uitgaat van een onjuiste (nieuwe) uitleg van de woorden '*not inconsistent with its constitution, laws or regulations*' in artikel 45 lid 1 ECT. Het hof veronderstelt ten onrechte dat artikel 26 ECT kan worden ingeroepen (*petitio principii*). De Russische Federatie is een ondertekenaar, geen *Verdragsluitende Partij*. Als gevolg daarvan kan de beoordeling van het hof in rov. 4.6 en 4.7 over het nationale recht geen standhouden. Het arrest moet daarom worden vernietigd, althans zullen er prejudiciële vragen moeten worden gesteld aan het Europese Hof van Justitie (zie voorts subonderdeel 2.7).

Subonderdeel 2.6: Deze klacht ziet ook op de beoordeling in rov. 4.6 en 4.7 over Russisch recht. Het klaagt dat het hof zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd. Ook daarom kunnen die beslissingen niet standhouden.

Subonderdeel 2.7: Het EU-recht vereist dat de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten een gemengd verdrag zoals de ECT op uniforme wijze uitleggen en toepassen. In dit onderdeel wordt toegelicht waarom de Hoge Raad het Hof van Justitie vragen moet stellen over de uitleg van de artikelen 26 en 45 lid 1 ECT.

Subonderdeel 2.8: De onderdelen 2.4–2.6 tonen aan dat de uitspraak van de rechtbank juist was. Het arrest bevestigt dat veel verschillende opvattingen bestaan over de uitleg en toepassing van

artikel 45 ECT. De uitleg van het hof wordt bestreden door veel Staten, gerenommeerde academici en andere deskundigen. Daarom is hoe dan ook geen sprake is van de vereiste duidelijk en ondubbelzinnige instemming. Om die reden moet het arrest worden vernietigd."

2.2. Duidelijke en ondubbelzinnige instemming met arbitrage (rov. 4.3)

17. Naar internationaal recht geldt dat de instemming van een soevereine Staat met arbitrage duidelijk, ondubbelzinnig en vrijwillig moet zijn.³⁷ Er kan immers niet zonder gegronde redenen worden aangenomen dat een Staat afstand heeft gedaan van zijn soevereine immuniteit van jurisdictie.³⁸ Nederlands en Europees recht vereisen evenzeer dat de instemming met arbitrage '*vrijwillig, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud*' is.³⁹ In geval van twijfel draagt de eiser in de arbitrage de bewijslast van het bestaan van een rechtsgeldige arbitrageovereenkomst.⁴⁰

18. Het vereiste van duidelijke en ondubbelzinnige instemming is van nog groter belang als het gaat om investeringsarbitrages. In dergelijke gevallen berust de bevoegdheid van arbiters niet op een

37 Zie MvA, voetnoot 3 en de daar geciteerde rechtsbronnen. Zie ook MvA, §§ 35–37, 141–144, 252, 333, 358 en 359; Deskundigenbericht Prof. Pellet, §§ 80–81 (*Productie RF-D03*). Het Internationaal Gerechtshof heeft dit meermaals bevestigd. Zie onder meer ICJ, 4 June 2008, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v. France*), ICJ Rep., pp. 203–204, §§ 60–62; ICJ, Judgment, 20 July 1989; PCIJ, Judgment, 26 April 1928, Rights of Minorities in Upper Silesia, Series A, No 15, p. 24 ('*an unequivocal indication of the desire of a State to obtain a decision*'); Corfu Channel (*United Kingdom v. Albania*), Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947–1948; Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 620–621, § 40: '*voluntary and indisputable*' consent. Zie ook de Guide on Article 6 of the Convention, online raadpleegbaar via https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf: '114. *State immunity from jurisdiction: A foreign State may waive its right to immunity before the courts of another State by giving clear and unequivocal consent* (*Ndayegamiye-Mporamazinga v. Switzerland*, §§ 57 and 59).'

38 Zie bijv. de uitvoerige internationaalrechtelijke bespreking in de conclusie van A-G Spier voor HR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1774 (*Ecuador/Chevron*). Hij concludeert in nr. 7.8 dat '*in elk geval [moet] worden gemaakt tegen een onnodig ruime inbreuk op de soevereiniteit van een verdragsstaat*'.

39 Bijv. Sniijders 2011, Het Nederlands arbitragerecht, Artikel 1020, aant. 7; Hoge Raad 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, NJ 2004/280 (*ABN Amro v. Teisman*) ('*Gelet op art. 17 Grondwet en ook art. 6 EVRM dient van het recht op de overheidsrechter vrijwillig en ondubbelzinnig afstand gedaan te worden door partijen*').; HR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1774 (*Ecuador/Chevron*), rov. 4.4.4: '*vrijwillig, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud*'. R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid' *TvA* 1996, p. 157 e.v. Zie ook EVRM 2 oktober 2018, Appl Nos. 40575/10 (*Mutu*) en 67474/10 (*Pechtstein*), *TvA* 2019/24 m.n.t. F.J.M. de Ly (*Mutu en Pechtstein/Zwitserland*) waarin het EHRM een '*free, lawful and unequivocal choice*' vereist.

40 MvA, §§ 457–567; vonnis, rov. 5.4.

commercieel contract.⁴¹ De bevoegdheid volgt uit een algemeen aanbod vervat in een verdrag dat is gesloten tussen twee of meer soevereine Staten. Dat aanbod is doorgaans gericht aan een onbepaald aantal (rechts)personen en ziet op veel verschillende soorten geschillen die over een lange tijdsperiode zouden kunnen ontstaan. De geschillen zien vrijwel altijd op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door een soevereine staat. Instemming met een dergelijke uitzonderlijke gebondenheid aan arbitrage mag niet worden verondersteld.⁴² Dit is van groot belang, temeer nu veel arbiters in investeringsarbitrages maar al te graag bevoegdheid aannemen.⁴³

19. Het hof oordeelt in rov. 4.3.4: *‘[w]at er verder ook zij van de stelling van de Russische Federatie dat een dergelijke arbitrageclausule on dubbelzinnig moet zijn overeengekomen, aan dat vereiste is met art. 26 ECT in ieder geval voldaan.’* Het hof voegt daaraan toe dat deze conclusie niet anders wordt omdat een *‘verschil van inzicht mogelijk is’* over de uitleg van Artikel 45 ECT en het Russische recht.

20. Dit oordeel gaat uit van een *onjuiste rechtsopvatting*. Het is niet voldoende dat een verdrag een arbitrageclausule bevat. Het is vereist dat een Staat duidelijk en ondubbelzinnig met die arbitrageclausule heeft ingestemd. Uit alleen artikel 26 ECT kan de duidelijke en ondubbelzinnige instemming van de Russische Federatie niet worden afgeleid. Deze bepaling ziet immers alleen op *Verdragsluitende Partijen (Contracting Parties)*:

‘ARTICLE 26 SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR AND A CONTRACTING PARTY

(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

41 Zie o.m. HvJ EU 6 maart 2018 zaaknr. C-284/16 (*Slovakia v. Achmea*), rov. 55 inzake de verschillen tussen commerciële arbitrage en investeringsarbitrage.

42 Prof. Stern's Dissenting Opinion in *Yukos Capital v. The Russian Federation*, Productie HVY-145, § 30: *‘As far as the international legal order is concerned, it must be emphasized that to give a foreign private investor the right to sue a State in which it has invested through a mechanism of investment arbitration is quite an extraordinary commitment. It is indeed of utmost importance not to forget that no participant in the international community, be it a State, an international organization, a physical or a legal person, has an inherent right of access to a jurisdictional recourse. There is no general rule providing a jurisdictional or arbitral forum to implement the substantive rights that might exist at the international level. An arbitral tribunal – just as the ICJ or any international court – does not have a general jurisdiction, an international arbitral tribunal only has a ‘competence attribution’, which has to respect the limits provided for by the States.’*

43 Zie o.m. de conclusie van A-G Drijber voor HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565 (*Ecuador/Chevron II*) nrs. 82–85; de conclusie van A-G Spier voor HR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1774 nr. 11.10; H.J. Snijders, ‘BITS, MITs, TTIP en IDR’, *IvA* 2016/1.

(3) (...) each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration (...)

21. De Russische Federatie is nooit een *Verdragsluitende Partij* geworden.⁴⁴ Integendeel: zij was alleen een *‘ondertekenaar’* en paste daarom de ECT voorlopig toe *‘voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften.’* Duidelijke en ondubbelzinnige instemming ontbreekt indien twijfel bestaat over het juiste antwoord op de vraag of en in hoeverre ook een *ondertekenaar* is gebonden aan de arbitrageclausule op de voet van artikel 45 lid 1 ECT. Het hof oordeelt derhalve ten onrechte dat alleen al artikel 26 ECT meebrengt dat een ondertekenaar ondubbelzinnig instemt met arbitrage. Het hof miskent het vereiste van ondubbelzinnige instemming en legt artikel 26 ECT verkeerd uit. Omdat de juiste maatstaf van duidelijke en ondubbelzinnige instemming niet is toegepast moet het arrest worden vernietigd.

22. Het hof verwacht bij herhaling de begrippen *‘Verdragspartij’* en *‘ondertekenaar’*.⁴⁵ De beoordeling in rov. 4.3.4 is echter meer dan een spreekwoordelijke *‘slip of the pen’*. Dat een rechtsfout is gemaakt wordt bevestigd door de daaropvolgende overweging dat zijn oordeel niet anders wordt omdat een *‘verschil van inzicht mogelijk is’* over de uitleg van Artikel 45 ECT en het Russische recht. Dit wordt ook bevestigd door de beoordeling in rov. 4.4–4.8 van het arrest.

23. De volgende subonderdelen gaan in op verschillende onderwerpen, zoals de uitleg van artikel 45 lid 1 ECT, de Russische Grondwet en de Russische Wetten inzake Buitenlandse Investerings. Het Scheidsgerecht, de rechtbank en het hof komen op vrijwel alle geschilpunten toe een diametraal ander oordeel. Over vrijwel elk van deze bevoegdheidskwesties zijn er talrijke relevante rechtsbronnen die onverenigbaar zijn de beoordeling van het hof. Zoals zal worden toegelicht staat het arrest van het hof staat haaks op de standpunten van bijvoorbeeld de opstellers van de ECT, de Europese Raad, de Europese Commissie, EG-lidstaten, gezaghebbende auteurs en andere gerenommeerde deskundigen. Als het eindarrest iets bewijst, dan is het wel dat de vermeende instemming met arbitrage hoe dan ook niet duidelijk en evenmin ondubbelzinnig was (zie ook subonderdeel 2.8).

44 Zie artikelen 1(2), 39 en 44 ECT.

45 Zie o.m. arrest, rov. 3.3.2, 4.4.2, 4.5.4, 4.5.5, 4.5.26 en 4.5.39. De Russische Federatie zou beweerdelijk zelfs ermee hebben ingestemd door het Verdrag gebonden te worden; arrest, rov. 4.7.2.2. Het hof miskent hiermee het basale onderscheid tussen *‘instemming door een verdrag gebonden te worden’* (artikelen 11–17 WVV) en voorlopige toepassing ingevolge ondertekening (artikel 25 WVV). HVY hebben op dit punt verwarrend gesticht. Zij hebben in hun conclusie van antwoord meer dan honderdmaal de begrippen *‘ondertekenaar’* en *‘verdragsstaat’* door elkaar gehusseld, zie CvR, § 48.

2.3. HVY's nieuwe bevoegdheidsargumenten waren buiten de orde (rov. 4.4 – 4.8)

24. Het Scheidsgerecht heeft in zijn bevoegdheidsoordeel evidente rechtsfouten gemaakt. Rechtbank en hof namen ieder uitdrukkelijk afstand daarvan. Dat geldt ten aanzien van de uitleg van artikel 45 lid 1 ECT.⁴⁶ Dat geldt evenzeer ten aanzien van de uitleg van het nationale recht, zoals bijvoorbeeld de uitleg van artikel 9 van de Russische Wet van 1991 inzake buitenlandse investeringen ('FIL').⁴⁷

25. HVY hebben in 2005 de Arbitrages ahangig gemaakt. HVY hebben na meer dan twaalf jaar procederen, voor het eerst in het hoger beroep van deze vernietigingsprocedure, geheel nieuwe gronden voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht aangevoerd.⁴⁸ Eén van die nieuwe gronden betreft de nieuwe uitleg van het hof van artikel 45 lid 1 ECT (zie subonderdelen 2.4 en 2.5 hierna).

26. Het hof oordeelt – kort samengevat – dat het andere bevoegdheidsargumenten in aanmerking mag nemen dan die waarop het Scheidsgerecht zijn bevoegdheid baseerde. Het hof overweegt daartoe in rov. 4.4.3–4.4.6 dat (i) het als vernietigingsrechter op de voet van artikel 1065 lid 1 Rv de bevoegdheid van arbiters opnieuw – mogelijk zelfs amtsshalve – zou mogen en moeten beoordelen, (ii) dat het moeilijk te aanvaarden is dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd 'alleen omdat' [sic] een scheidsgerecht een onjuiste motivering aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd en (iii) dat zijn oordeel verenigbaar is met een effectieve arbitrale rechtspleging. Daarnaast oordeelt het hof impliciet, o.m. in rov. 4.5.17 en 4.8, dat het mag oordelen dat het Scheidsgerecht bevoegd was op basis van bevoegdheidsgronden die het Scheidsgerecht zelf uitdrukkelijk heeft verworpen.⁴⁹

27. Dit oordeel van het hof geeft blijk van een *onjuiste rechtsopvatting*. Op basis van het wettelijk stelsel had het hof nieuwe en reeds verworpen bevoegdheidsgronden buiten beschouwing moeten laten:

a. Het hof miskent ten eerste dat uit het Nederlandse wettelijk systeem volgt dat partijen bij de gewone rechter alleen kunnen opkomen tegen een positief bevoegdheidsoordeel van arbiters. Artikel 1052 lid 4 Rv bepaalt immers: 'De beslissing, waarbij het scheidsgerecht zich bevoegd verklaart, kan slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen, genoemd in artikel 1064, eerste lid, worden bestreden.'⁵⁰ Indien

een scheidsgerecht zich geheel of ter zake van bepaalde kwesties *onbevoegd* verklaart, staan daartegen geen rechtsmiddelen open. De gewone rechter zal een *onbevoegdheidsoordeel* van een scheidsgerecht *moeten* volgen. Artikel 1052 lid 5 Rv bepaalt immers: 'Indien het scheidsgerecht zich *onbevoegd verklaart, is de gewone rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen (...)*'.⁵¹ Zie in dit kader ook de memorie van toelichting bij artikel 1052 Rv: '*Geen procedure derhalve bij de overheidsrechter, waarbij aan deze een verklaring voor recht wordt gevraagd, dat het scheidsgerecht wel bevoegd is.*'⁵² Prof. H.J. Snijders heeft in zijn deskundigenbericht uitvoerig toegelicht dat uit dit wettelijk systeem volgt dat de gewone rechter een arbitraal vonnis niet kan repareren door daar een andere bevoegdheidsgrond onder te schuiven.⁵³

Onder de nieuwe arbitragewet is het uitgangspunt evenzeer dat een rechter een arbitraal vonnis niet mag repareren. Een rechter kan de zaak hooguit terugverwijzen naar arbiters (*remissie*). Een dergelijke verwijzing is evenwel niet mogelijk als het arbitraal vonnis is gebaseerd op een onjuist bevoegdheidsoordeel. In een dergelijk geval kunnen dus zelfs arbiters niet hun bevoegdheidsoordeel aanvullen of verbeteren.⁵⁴

b. De geïsoleerde lezing door het hof van de tekst van artikel 1065 lid 1 sub a Rv miskent bovendien het karakter van een vernietigingsprocedure. De gewone rechter mag alleen toetsen of de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheidsgrond al dan niet juist was. Het fundamentele recht op toegang tot de rechter van de in de arbitrage gedaagde en veroordeelde partij rechtvaardigt dat de juistheid van zo een bevoegdheidsoordeel vol door de gewone rechter kan worden getoetst.⁵⁵

Dat recht op toegang tot de rechter komt alleen in het gedrang als arbiters zich ten onrechte bevoegd verklaren; daarom staat alleen daartegen een rechtsmiddel open. Zo'n rechtsmiddel dient vanuit dit perspectief slechts voor een *toetsing* of het oordeel van de arbiters juist was.⁵⁶ De vernietigingsprocedure biedt de daarin gedaagde partij geen mogelijkheid voor een (verkapte) incidenteel beroep. Het rechtsmiddel van vernietiging van arbitrale vonnissen is een buitengewoon rechtsmiddel in die zin dat het geen schorsende werking heeft. Het is ook een heel bijzonder rechtsmiddel dat, anders dan gewoon hoger beroep, geen devolutieve werking, inci-

51 MvA, §§ 259–260.

52 Parl. Gesch. Arbitragewet, p. 723; MvA, § 259 (wet 1986).

53 Deskundigenbericht prof. Snijders (*Productie RF-D9*). Prof. Snijders bespreekt ook reeds door een scheidsgerecht verworpen bevoegdheidsgronden. Zijn opvattingen zijn door de Russische Federatie overgenomen in MvA, §§ 258–266.

54 MvA, voetnoot 375, alwaar de memorie van toelichting bij artikel 1065a Rv (nieuw) wordt aangehaald.

55 MvA, § 258. De toegang tot de rechter komt overigens alleen in het gedrang als het scheidsgerecht zich bevoegd heeft verklaard. Dat verklaart waarom alleen in dat geval een rechtsmiddel open staat. Het oordeel van het hof in rov. 4.4.3 is om die reden niet juist.

56 MvA, § 262.

46 Zie o.m. arrest rov. 4.5.10, alwaar het hof de 'alles-of-niets' uitleg van het Scheidsgerecht expliciet verwierp.

47 Zie arrest rov. 4.7.52, t.a.v. artikel 9 van de Wet van 1991, zie ook Akte RF 25 juni 2019, § 88. Zie bijv. ook arrest rov. 4.7.35 waarin het hof – anders dan het Scheidsgerecht – oordeelt dat alle investeringsgeschillen privaatrechtelijk zijn.

48 Zie MvA, §§ 252–446.

49 Het gaat daarbij onder andere om het beroep op artikel 45 lid 2 ECT en het beroep op rechtsverwerking ('*estopper*'). De Russische Federatie komt op tegen dit laatste oordeel in verband met een eventuele verwijzingsprocedure.

50 MvA, §§ 257, 266.

denteel beroep of een volle herkansingsfunctie kent. De overheidsrechter heeft een controlefunctie, maar heeft geen bevoegdheid om de zaak opnieuw te beoordelen.⁵⁷ In een vernietigingsprocedure is dus geen plaats voor een oordeel over de vraag of het scheidsgerecht zijn bevoegdheid had *kunnen* aan nemen op basis van gronden die niet aan de orde zijn gesteld of door arbiters zijn verworpen.⁵⁸

c. *A fortiori* is – zelfs als het voorgaande onder a en b niet op zou gaan – het oordeel onjuist dat zelfs nog in hoger beroep voor het eerst nieuwe bevoegdheidsgronden mogen worden aangevoerd. De eiser moet al zijn gronden voor vernietiging van het arbitraal vonnis in de dagvaarding in eerste aanleg voordragen (artikel 1064 lid 5 Rv). Het is immers onverenigbaar is met de goede procesorde en het beginsel van gelijkheid van partijen indien de wederpartij wel haar kruut droog zou mogen houden door eerst in hoger beroep in de vernietigingsprocedure een nieuw argument aan te voeren dat, achteraf bezien, wellicht ook de bevoegdheid van arbiters zou kunnen dragen.⁵⁹ Het arrest is op dit punt in ieder geval onvoldoende gemotiveerd.

d. Het hof oordeelt tot slot ten onrechte dat het resultaat van het hiervoor beschreven Nederlandse wettelijk systeem moeilijk te rechtvaardigen zou zijn (zie rov. 4.4.3 en 4.4.5). Regels die voorschrijven dat partijen hun argumenten op straffe van verval tijdig naar voren moeten brengen, komen veel voor en zijn goed te rechtvaardigen. Zij beogen te voorkomen dat in verschillende achtereenvolgende procedures over de rechtsgeldigheid van de arbitrageovereenkomst zou moeten worden gedebatteerd.⁶⁰

28. De Russische Federatie heeft daarnaast aangevoerd dat het onaanvaardbaar is om in deze specifieke vernietigingsprocedure voor eerst in hoger beroep geheel nieuwe gronden te berde brengen. De door HVY bedachte en door het hof aanvaarde nieuwe bevoegdheidsargumenten sluiten niet aan bij de eerder ingenomen stellingen. Bovendien hadden deze argumenten in de Arbitrages, althans in eerste aanleg aan de orde kunnen en moeten komen.⁶¹ Het hof heeft deze argumenten in rov. 4.4.6 verworpen. Dat oordeel is onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof faalde in te gaan op de relevante⁶² en essentiële stellingen dat (i) destijds zeven volle arbitrale zittingsdagen zijn uitgetrokken voor het debat over de uitleg van artikel 45 lid 1 ECT, (ii) HVY werden bijgestaan door een groot team van topadvocaten en deskundigen die voor de bevoegdheidsfase alleen al miljoenen euro's in rekening hebben gebracht en (iii) de

nieuwe in hoger beroep aangevoerde bevoegdheidsgronden gedurende de Arbitrages, althans in ieder geval bij de rechtbank in eerste aanleg aan de orde gesteld hadden kunnen en moeten worden.⁶³

2.4. Uitleg van artikel 45 lid 1 ECT door het hof is onjuist (rov. 4.2–4.6)

2.4.1. De nieuwe uitleg van artikel 45 ECT door het hof

29. Artikel 45 lid 1 bepaalt: 'Elke Ondertekenende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekenende Partij krachtens artikel 44, voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften.' Het hof geeft een geheel nieuwe uitleg aan het laatste zinsdeel: de 'Limitation Clause'.

30. Het hof ontleent deze nieuwe uitleg aan het subsidiaire standpunt van HVY dat voor het eerst in hoger beroep is bepleit (rov. 4.4.2). Deze nieuwe uitleg komt 'erop neer dat het bij de Limitation Clause gaat om de vraag of de voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat [sic],⁶⁴ doordat de wetgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag in beginsel wel toestaat, maar bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit.⁶⁵ Het hof voegt daar in rov. 4.6.1 aan toe dat het erom gaat of een nationaal rechtssysteem 'een regel kent die uitsluit dat artikel 26 ECT voorlopig wordt toegepast'. Het moet gaan om beperkingen 'ten aanzien van de aard van de bepalingen die wel en niet voorlopig kunnen worden toegepast'.

31. Het hof oordeelt in rov. 4.5 dat deze nieuwe uitleg van artikel 45 ECT 'het meest in overeenstemming is met de gewone betekenis van de bewoordingen van de Limitation Clause'⁶⁶ en dat deze nieuwe uitleg ook strookt met de context, het voorwerp en doel van het Verdrag (artikel 31 WWV).⁶⁷ Het hof vervolgt dat niet of onvoldoende is gebleken van een (gevestigde) statenpraktijk waaruit een andere uitleg volgt.⁶⁸ Het hof overweegt dat zijn uitleg in overeenstemming is met publieke verklaringen, zoals die van de Europese Commissie, de Raad en alle

63 MvA, §§ 270–276, in het bijzonder § 276. Zie voor de precieze aantallen uren, Final Awards, § 1847. Daaruit volgt dat advocaten van HVY circa 56.000 uren hebben besteed in de bevoegdheidsfase van de Arbitrages, waarvoor circa US\$ 26.000.000 in rekening is gebracht.

64 Artikel 45 lid 1 ECT heeft enkel betrekking op de ondertekenaars en niet op de Verdragsluitende Partijen.

65 Arrest, rov. 4.4.2. Het hof verwijst naar de volgende vindplaatsen: 'memorie van grieven nrs. 232, 233, 301 en 321 e.v., akte HVY 26 februari 2019 nrs. 141 en 174, pleitaantekeningen HVY zitting van 23 september 2019, deel 1 nr. 68 e.v., pleitaantekeningen HVY zitting van 30 september 2019, deel V (repliek) nr. 20.'

66 Zie arrest, rov. 4.5.9–4.5.14. In deze zaak is niet in geschil dat het Verdrag moet worden uitgelegd op de voet van artikelen 31 en 32 WWV.

67 Zie arrest, rov. 4.5.15–4.5.27, zie in het bijzonder rov. 4.5.22–4.5.27.

68 Zie arrest, rov. 4.5.28–4.5.33.

57 MvA, § 263, Deskundigenbericht Prof. Snijders, §§ 51–60 (Productie RF-D9).

58 MvA, § 266, Deskundigenbericht Prof. Snijders, § 66 (Productie RF-D9).

59 MvA, §§ 271–276.

60 Zie bijv. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169 (Hendrix/Burshan).

61 MvA, §§ 274–276.

62 Vgl. de omstandigheden die als relevant zijn aangemerkt in het arrest Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs zoals aangehaald in MvA, §§ 271 en 275.

EG-lidstaten. Het hof oordeelt bovendien dat deze uitleg het meest in lijn is met de *travaux préparatoires*.⁶⁹ Het hof concludeert dat het *niet* gaat om de vraag of een specifieke verdragsbepaling in strijd is met enige regel van nationaal recht.⁷⁰

'4.5.33 (...) Dit betekent dat de Limitation Clause zo moet worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2(a) ECT heeft afgelegd, gehouden is het Verdrag voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van het Verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. *De Limitation Clause kan niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht.*'

32. Het gaat aldus volgens het hof om nationaalrechtelijke bepalingen die heel specifiek de voorlopige toepassing uitsluiten van bepalingen zoals artikel 26 ECT. Het hof verduidelijkt zijn uitleg niet door te wijzen op een specifiek voorbeeld van dergelijke nationale regels. Zoals hierna zal worden toegelicht kende geen enkele ondertekenaar een dergelijke regeling. Wat daar ook van zij, het hof mocht deze nieuwe uitleg van artikel 45 ECT überhaupt niet in overweging nemen (subonderdeel 2.3). Bovendien is, zoals hieronder wordt toegelicht, deze uitleg rechtens onjuist.

2.4.2. De uitleg van artikel 45 lid 1 ECT door het hof is onjuist (artikelen 31 en 32 WVV)

33. De hiervoor weergegeven nieuwe uitleg van artikel 45 lid 1 ECT van het hof is *rechtens onjuist*. Deze kritiek zal worden uitgewerkt en toegelicht door – conform artikelen 31 en 32 WVV in te gaan op de gewone betekenis van de bewoordingen, de context, het voorwerp en doel, de staten praktijk en de *travaux préparatoires*.

34. De nieuwe uitleg van het hof komt niet overeen met de gewone betekenis van *de bewoordingen* van de tekst van artikel 45 ECT.⁷¹ Niets in de bewoordingen van artikel 45 lid 1 ECT duidt erop dat alleen wordt verwezen naar regels die *'voorlopige toepassing (...)* voor bepaalde (soorten of cate-

*rieën van) verdragsbepalingen uitsluit.*⁷² Deze uitleg betreft een wezenlijke herformulering waarbij de tekst wordt aangevuld en wel als volgt:

'Elke Ondertekenende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekenende Partij krachtens artikel 44, voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften, *de Staat de voorlopige toepassing van het verdrag niet uitsluit voor specifieke (soorten of categorieën) verdragsbepalingen.*⁷³

35. De bewoordingen in artikel 45 lid 1 ECT moeten voorts niet geïsoleerd, maar in hun *context* worden uitgelegd. Van belang is dan in het bijzonder dat artikel 45 lid 2 sub c ECT dezelfde *'to the extent'*-bewoordingen gebruikt als artikel 45 lid 1 ECT.⁷⁴ De bewoordingen in het tweede lid zien – ook volgens het hof – op specifieke delen van het Verdrag. De rechtbank en de Russische Federatie leggen het eerste en het tweede lid van artikel 45 ECT op een consistente wijze uit.⁷⁵ De Russische Federatie was *'uitsluitend gebonden (...)* aan de met het Russische recht verenigbare Verdragsbepalingen.⁷⁶ Die uitleg is juist.

36. *Voorwerp en doel:* De ratio van bepalingen die de reikwijdte van de voorlopige toepassing beperken is om recht te doen aan het beginsel van de scheiding der machten. Zij bieden een voorziening voor regeringsfunctionarissen die internationale samenwerking vorm willen geven en tegelijkertijd de interne bekrachtigingsprocedures willen respecteren.⁷⁷ In dit geval strekte voorlopige toepassing ertoe om op internationaal niveau het energiebeleid af te stemmen door middel van *'praktische en technisch werk van het proces van het Energiehandvest'*.⁷⁸ De verwijzing naar nationale rechtsregels garandeert dat daarbij de grenzen die voortvloeien uit het nationale recht in acht worden genomen.⁷⁹ Artikel 45 ECT beantwoordt daarmee expliciet aan het in de preambule genoemde doel en voorwerp van de ECT om *enerzijds* de internationale samenwerking zo snel als mogelijk vorm te geven en om *anderzijds* (te zijner tijd) een deugdelijke en bindende internatio-

72 Arrest, rov. 4.4.2.

73 Arrest, rov. 4.5.33.

74 Zie vonnis, rov. 5.14, MvA, §§ 76–77, 93–96.

75 Zie vonnis, rov. 5.14–5.17, MvA, §§ 74–76. Het hof heeft in rov. 4.5.19 de juistheid daarvan onderschreven.

76 Vonnis, rov. 5.23.

77 Zie in algemene zin o.m. MvA, §§ 53–58, Dagvaarding, §§ 119–120 en de aldaar aangehaalde bronnen.

78 ECT Secretariat Annual Report (2006) (ASA-111), p. 9.

79 De VN Commissie voor Internationaal Recht 'verwoorde dit als volgt: *'flexibility of a State ... to agree to the provisional application of a treaty or a part of a treaty in such a manner as to guarantee that such an agreement conforms with the limitations deriving from their respective internal provisions'* Zie Rapport van de VN Commissie voor Internationaal Recht on the work of its sixty-ninth session, 1 May–2 June and 3 July–4 August 2017, A/72/10, Commentary on Draft Guideline 11, p 146, online raadpleegbaar via <https://legal.un.org/> (laatstelijk geraadpleegd op 15 mei 2020).

69 Zie arrest, rov. 4.5.34–4.5.40. Het hof oordeelt dat de uitleg van artikel 45 lid 1 ECT overeenkomstig artikel 31 WVV niet ondubbelzinnig of duister is en dat als gevolg daarvan geen aanleiding bestaat om de aanvullende uitleg van artikel 32 WVV toe te passen.

70 Zie ook de samenvatting in rov. 4.5.58 waarin het hof vergelijkbare bewoordingen gebruikt.

71 De overwegingen in arrest, rov. 4.5.9–4.5.13, waarin een niet te volgen waarde wordt toegekend aan de woorden *'such provisional application'*. Die bewoordingen slaan op de concrete voorlopige toepassing van het verdrag door een ondertekenaar in een concreet geval. Voor een juiste uitleg, zie vonnis, rov. 5.10–5.12. Dagvaarding, §§ 137–143, CvR, §§ 67–70, MvA, §§ 66–70.

nale rechtsgrondslag voor die samenwerking te vestigen.⁸⁰

37. Het hof negeert de ratio van bepalingen die voorzien in een beperkte voorlopige toepassing, zoals artikel 45 ECT. In plaats daarvan benadrukt het hof in rov. 4.5.22–4.5.27 ‘transparantie’. De argumenten van HVY over transparantie waren door zowel het Scheidsgerecht als de rechtbank terecht verworpen.⁸¹ Artikel 45 lid 1 ECT bevat geen eisen met betrekking tot transparantie.⁸² Dat is een weloverwogen keuze geweest die inherent is aan het gebruik van een Limitation Clause.⁸³ De uitleg van het hof is mede daarom onjuist. Transparantie heeft wel een rol gespeeld bij het opstellen van een andere bepaling: artikel 20 ECT. Dit artikel heeft niets van doen met arbitrage of met voorlopige toepassing; het vereist dat (nieuwe) wetgeving moet worden gepubliceerd.⁸⁴

38. *Statenpraktijk*: Het hof oordeelt in m.n. rov. 4.5.28–4.5.33 ten onrechte dat onvoldoende is gebleken van een (gevestigde) statenpraktijk waaruit een andere uitleg dan de zijne zou volgen. Het hof overweegt dat zijn uitleg in overeenstemming is met de uitleg van de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, de Europese Raad, Italië, het Verenigd

Koninkrijk, de Verenigde Staten, Japan, Finland en Nederland. Dat is feitelijk en rechtens onjuist. De nieuwe uitleg door het hof verschilt namelijk van de uitleg door deze Staten.

39. Het hof oordeelt in rov. 4.5.29–5.31 dat niet gesteld zou zijn dat een bepaalde uitleg door (alle) andere Staten was aanvaard. Dit is echter wel aangevoerd.⁸⁵ Veel verklaringen werden uitgebracht en stilzwijgend of expliciet door alle Staten aanvaard. Een voorbeeld – dat het hof geheel heeft genegeerd – betreft de officiële goedkeuring van de authentieke Russische tekst in 1995.⁸⁶ Deze authentieke tekst is geheel in overeenstemming met de hierna te bespreken uitleg van o.m. de Europese Commissie, de Raad en EG-lidstaten.

40. Tijdens de plenaire onderhandelingen verklaarde de tegenwoordiger van de Europese Gemeenschappen dat ondertekenaars het verdrag voorlopig toepassen ‘voor zover dat haalbaar is’.⁸⁷ Op 16 december 1994 is een publieke gezamenlijke verklaring van de Raad van de Europese Gemeenschappen, de Commissie van de Europese Gemeenschappen en alle toenmalige twaalf EG-lidstaten aangenomen: ‘De Raad, de Commissie en de Lidstaten hebben overeenstemming over de volgende verklaring: (...) artikel 45 lid 1 (...) scheidt geen enkele verplichting die verder gaat dan hetgeen verenigbaar is met de bestaande interne rechtsorde van de Ondertekenende Partijen (...)’.⁸⁸ De bewoordingen ‘geen enkele verplichting’ maken boven elke twijfel duidelijk dat de uitleg van de rechtbank en de Russische Federatie juist is. Daarom oordeelt het hof in rov. 4.5.29 ten onrechte dat zijn nieuwe andersluidende uitleg eveneens in overeenstemming zou zijn met deze verklaring. De uitleg van het hof is in strijd met EU-recht en ingevolge artikel 267 VWEU moeten aan het Europees Hof van Justitie hierover prejudiciële vragen worden gesteld (zie subonderdeel 2.7).

41. Nederlandse ambtenaren die destijds verantwoordelijk waren voor de onderhandelingen meenden dat de voorlopige toepassing van het verdrag zich enkel zou uitstrekken tot enkele ‘bepalingen van het verdrag’ omdat men geen inbreuk mag maken op de rechten van het Parlement.⁸⁹ Volgens de Finse regering moest het verdrag slechts voorlopig worden toegepast ‘voor zover de bepalingen van het verdrag niet strijdig zijn met de wetgeving van

80 MvA, §§ 80 en 81 Preambule ‘Eraan herinnerd dat alle ondertekenaars (...) zich ertoe verbonden hebben zich in te zetten voor de doelstellingen en beginselen van het Europees Energiehandvest en hun samenwerking zo snel mogelijk vorm te geven en uit te breiden (...), en geleid door de wens de in dat Handvest neergelegde verplichtingen op een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag te vestigen,’ (cursivering toegevoegd). Hier staat niet alle algemene doelen van het niet krachtigste verdrag centraal, doch eerder de doelen die verband houden met de ratio van de voorlopige toepassing daarvan. Zie ook het Jaarverslag van het ECT Secretariaat (2006) (Productie ASA-111) o.a. hetgeen bevestigt dat het doel van voorlopige toepassing was om de coördinatie van het mondiale energiebeleid op internationaal niveau mogelijk te maken via ‘the practical and technical work of the Energy Charter process.’

81 HEL Interim Award, § 283, vonnis, rov. 5.28. Het hof gaat ten onrechte met in op de kritiek op de argumenten van HVY over transparantie, zie MvA, §§ 296–304.

82 Vonnis, rov. 5.28.

83 Zie MvA, §§ 132, 299–304, Fax van [naam 13] aan [naam 14] d.d. 10 november 1994, Re provisional application, (Productie RF-249). Engels origineel ‘Article 45(1) states that each signatory agrees to apply the Treaty provisionally to the extent not inconsistent with its constitution, laws or regulations. To me, this language carries the notion that each signatory will make an effort to apply the Treaty provisionally. Furthermore, the expression ‘to the extent’ implies that the signatory will apply certain parts of the Treaty provisionally even if it is unable to apply other parts. The actual extent of provisional application for each signatory will, however, not be clear to the other signatories (...). [T]here certainly is no transparency requirement.’, Fax van [naam 12] aan [naam 13] d.d. 25 februari 1994 over voorlopige toepassing, (Productie RF-275). ‘I believe that it would be far better to be silent on the matter and let things be dealt with as they may arise, than to try in advance and in the abstract to identify each jot and tittle of the treaty that would not apply under Article 50 [lees Artikel 45 ECT]. It seems to me that living with the small uncertainties involved would be a small price to pay to avoid the endless hell of trying to agree on what should, and what should not, apply provisionally.’

84 De Russische Federatie heeft daaraan voldaan en al haar wetgeving gepubliceerd. Zie MvA, § 300.

85 Zie MvA, § 83.

86 Zie MvA, §§ 101–104. Deze tekst was aangenomen door de ECT Conferentie.

87 Verslag Plenary Sessions d.d. 10 maart 1994, (C-924), p 25, Engels origineel: ‘(...) the language in the existing earlier versions has done two things it has said that signatories who can, whose constitution allows it may apply provisionally the Treaty and, then, by using the expression ‘to the extent that’, not ‘if that’, ‘if to the extent that such provisional application’, not ‘if such provisional application’. It has in addition suggested that there could be provisional application as far as feasible, that is as much as the provisional application as the existing laws and regulations and constitution allow it. This is the way paragraph 1 of Article 50 CONF 82 can be read (...).’

88 Zie o.m. MvA, §§ 113 e.v. onder verwijzing naar R-352.

89 Zie MvA, §§ 109 e.v.

ondertekenaars'.⁹⁰ De Minister van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk verklaarde in het Lagerhuis dat de Russische Federatie de ECT niet had bekrachtigd en dat voorlopige toepassing 'enkele verplichtingen [legt] op de Russische Federatie'.⁹¹ Het hof oordeelt in rov. 4.5.31 en 4.5.32 ten onrechte en/of zonder begrijpelijke motivering dat dergelijke uitlatingen verenigbaar zouden zijn met zijn eigen uitleg van artikel 45 ECT.⁹²

42. De nieuwe uitleg die door het hof is aangevaard zou meebrengen dat EG-lidstaten — zoals bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland en Nederland — het Verdrag in zijn geheel voorlopig moesten toepassen. Volgens die uitleg zouden regeringsvertegenwoordigers van deze landen dus hun interne bevoegdheden hebben overschreden. Staten als Frankrijk en Duitsland kennen immers geen wettelijke bepalingen die 'bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit[en]'.⁹³ De uitleg van het hof volgend zouden regeringsvertegenwoordigers van deze en vele andere Staten door ondertekening van het Verdrag hun interne bevoegdheden hebben overschreden.⁹⁴ De juiste uitleg — conform de eerder genoemde gezamenlijke verklaring van o.m. alle EG-lidstaten — leidt niet tot dergelijke absurde consequenties.

43. De *travaux préparatoires* bevestigen dat de nieuwe uitleg van het hof ondeugdelijk is.⁹⁵ Staten hadden destijds problemen met specifieke verdragsbepalingen. Zo hadden de Verenigde Staten en Japan moeite met één specifieke bepaling die verplicht een financiële bijdrage te leveren aan het ECT Secretariaat (artikel 37 ECT). Die bepaling stond op gespannen voet met het interne constitutioneel systeem op basis waarvan een regering geen financiële verplichtingen kan aangaan zonder instemming van het Parlement.⁹⁶

44. De Limitation Clause is opgenomen naar aanleiding van een voorstel van de Verenigde Staten, Canada en Noorwegen. Een vertegenwoordiger van de Verenigde Staten legde dit als volgt uit: '[Wij] hebben geen juridisch probleem met voorlopige toepassing als zodanig, zolang als het zorgvuldig is omschreven om te waarborgen dat geen partij verplicht is om iets te doen of iets na te laten waarvoor de Grondwet of het recht van die partij een op de juiste wijze bekrachtigd verdrag vereist'.⁹⁷

45. Noorwegen, Italië en andere Staten gaven aan moeilijkheden te hebben met de voorlopige toepassing van de arbitragebepaling.⁹⁸ Geen van deze Staten verwees daarbij naar een nationale regel die 'voorlopige toepassing (...) voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit'.

46. De heer [naam 14] verklaarde tijdens de plenaire onderhandelingen 'dat relatief kleine belemmeringen in de vorm van regelgeving, hoe onbelangrijk ook, de oorzaak kunnen zijn dat het Verdrag niet voorlopig kan worden toegepast'.⁹⁹ De rechtbank oordeelde terecht dat dit haar conclusie ondersteunt dat de Russische Federatie 'uitsluitend gebonden was aan de met het Russische recht verenigbare Verdragsbepalingen'.¹⁰⁰ Het hof schuift de verklaring van [naam 14] in rov. 4.5.38 even onbegrijpelijk als ten onrechte terzijde als diens persoonlijk opvatting. [naam 14] was echter niet op persoonlijke titel aanwezig. Dit volgt uit de tekst voorafgaand aan het citaat in rov. 4.5.38: 'Mr. [naam 14] (Chairman of the Legal Sub-Group) (...)'.¹⁰¹

47. Het hof vervolgt in rov. 4.5.38 dat uit de woorden van [naam 14] niet kan worden afgeleid dat het wenselijk werd geacht dat ook minder belangrijke strijdigheden zouden meebrengen dat verdragsbepalingen niet zouden worden toegepast. Dit is evenzeer *rechtens onjuist*. Dat blijkt uit de tekst die direct volgt op het citaat weergegeven in rov. 4.5.38. De voorzitter maakt tijdens de plenaire onderhandelingen duidelijk dat het om een wezenlijk punt gaat ('point of actual substance'). Hij vraagt of ondertekenaars na ondertekening al hun strijdige lagere regelgeving zouden moeten aanpassen. De Japanse vertegenwoordiger verklaart dat dit tijd kost en daarom onwenselijk zou zijn. De voorzitter vraagt aan andere vertegenwoordigers of bezwaren bestaan tegen handhaving van het woord 'voorschriften'. Daartegen bestond geen bezwaar.¹⁰²

48. De suggestie van het hof dat de term 'voorschriften' enkel zou verwijzen naar voorschriften inzake het principe van voorlopige toepassing is — zo

90 MvA, § 121. (*Productie RF-31*).

91 MvA, § 122. (R-365).

92 Arrest, rov. 4.5.29, 4.5.32. Dit oordeel van het hof is onnavolgbaar omdat het innerlijk tegenstrijdig is. Het hof heeft in rov. 4.5.29 immers erkend dat het standpunt van de regering van Finland weldegelijk de uitleg van de Rechtbank bevestigt. De suggestie van het hof dat de opvattingen van de deskundige van de Russische Federatie, die de voornoemde stukken heeft geanalyseerd verenigbaar zou zijn met de nieuwe uitleg van het hof is evenzeer onbegrijpelijk en onjuist (zie arrest rov. 4.5.31). Zie bijv. Deskundigenbericht Prof Heringa, (*Productie RF-D1*), § 21 'Naar mijn oordeel past het binnen het Nederlands constitutionele recht om de uitleg van artikel 45 ECT aan te nemen die de Rechtbank Den Haag heeft aangenomen.' § 28. 'Dit gegeven is een onderstreping van de 'to the extent' interpretatie, als hierboven en door de Rechtbank Den Haag gehuldigd.'

93 Zie de respectieve deskundigenberichten over Frans en Duits constitutioneel recht van Professor Pellet (*Productie RF-03.1.C-1.3.9; Productie RF-D3*) en Professor Nolte (*Productie RF-03.1.C-1.3.7; Productie RF-D12*).

94 Zie die uitvoerige deskundigenrapporten die zijn overgelegd inzake de voorlopige toepassing van verdragen in o.m. Oostenrijk, Finland, Frankrijk en Duitsland. Zie MvA, § 44 en de aldaar opgenomen verwijzingen naar eerdere stukken en deskundigenrapporten.

95 Zie uitgebreid MvA, §§ 84 e.v.

96 Zie uitgebreid, MvA, §§ 87–105.

97 Zie o.m. Arrest, rov. 4.5.35, MvA, § 87–92 en de aldaar aangehaalde bronnen.

98 MvA, §§ 145–146 en de daar aangehaalde bronnen.

99 Vonnis, rov. 5.22.

100 Vonnis, rov. 5.22 en 5.23.

101 Vonnis, rov. 5.22. Verslag van de plenaire bespreking d.d. 14 December 1993 (C-924), HVY hebben een verbatim verslag aan de hand van de geluidsopname van de plenaire bespreking opgesteld en ingediend in de Arbitrage.

102 Verslag van de plenaire bespreking d.d. 14 December 1993 (C-924).

blijkt reeds uit het voorgaande — evenzeer onjuist.¹⁰³ Ook het Spaanse Regime van Generaal Franco heeft geen lagere regelgeving uitgevaardigd waarin regels zijn opgenomen over de bevoegdheid om een verdrag te ondertekenen of voorlopig toe te passen.¹⁰⁴ Japan, noch enig ander enkel land dat deelnam aan de onderhandelingen kende lagere regelgeving over voorlopige toepassing, laat staan lagere regelgeving die specifieke verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluiten.

49. Voor de goede orde: het is evenmin gesteld of gebleken dat bijv. de Verenigde Staten wetgeving kennen over voorlopige toepassing die de 'voorlopige toepassing (...) voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit'.¹⁰⁵ De Verenigde Staten kennen enkel meer algemene regels, zoals de regel dat voor het aangaan van financiële verplichtingen instemming van het congres vereist is. Partijen debatteerden sinds 2005 over artikel 45 lid 1 ECT. Gedurende al die jaren zijn talrijke nationale rechtssystemen aan de orde geweest. Daarbij is geen enkel moment gewezen op een nationale wet waarin zoiets staat als: 'voorlopige toepassing van een verdrag is toegestaan, behalve voor zover het bepalingen betreft die zien op de onderwerpen x, y en z.' Het hof noemt ook geen enkel voorbeeld van een ondertekenaar die dergelijke specifieke wetgeving over de voorlopige toepassing van verdragen kende. Bovendien heeft het hof geen enkel document genoemd waaruit zou blijken dat Staten destijds een dergelijke specifieke nationaalrechtelijke bepaling voor ogen hadden tijdens de onderhandelingen.

50. *Conclusie:* het hof oordeelde in rov. 4.5.33 dat '[d]e Limitation Clause (...) dus niet [kan] worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht.' Dat oordeel is *rechtens onjuist*. Het juiste criterium is of de *voorlopige toepassing* van afzonderlijke verdragsbepalingen in een specifiek geval strijdig is met nationale wet- en regelgeving.¹⁰⁶ De juiste uitleg van de rechtbank en de Russische Federatie stemt overeen met de *travaux préparatoires*, statenpraktijk alsmede die van academici, zoals Lefebber, Facwett, Pritz-

kow, Roe, Happold en Gazzini.¹⁰⁷ Illustratief is ook een recente editie van het handboek van Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach over het Weens Verdragenverdrag. Het hof heeft dit handboek in zijn eind-arrest vele malen aangehaald.¹⁰⁸ Het hof negeert echter de enige passage die concreet ziet op de uitleg van artikel 45 lid 1 ECT. Die passage maakt duidelijk dat de uitleg van het hof onjuist is:

'In the concrete case, however, the clause, included in Art 45 para 1 suggests that the incompatibility of national law with a *provisional application* of a treaty can only be evaluated by taking into account the *concrete treaty obligation*. The *concrete content* will determine to what extent conflicts with constitutional principles may arise.'¹⁰⁹

2.5. Onjuiste uitleg 'inconsistent with its constitution, laws or regulations' (rov. 4.5–4.7)

2.5.1. Inleiding: de alternatieve argumentatie van het hof

51. Het hof heeft naast zijn hiervoor besproken primaire eigen verdragsuitleg subsidiair een alternatieve argumentatie ontwikkeld (zie m.n. rov. 4.5.41 – 4.5.47 en 4.7). Die alternatieve argumentatie is verwarrend en moeilijk te begrijpen. Het hof doet ten onrechte alsof het uitgaat van de uitleg van de Russische Federatie.¹¹⁰ Een zorgvuldige lezing maakt echter duidelijk dat het hof uitgaat van een nieuwe uitleg van de woorden '*not inconsistent with its constitution, laws or regulations*' in artikel 45 lid 1 ECT.¹¹¹ Die nieuwe uitleg had buiten beschouwing moeten blijven en rov. 4.5–4.7 moeten reeds daar-

¹⁰⁷ Zie MvA, §§ 135 e.v. Het meest uitgebreid is de dissertatie van Pritzkow (Max Planck Instituut). Hij gaat in op alle literatuur die is verschenen voorafgaand aan de Arbitrages. Hij licht toe dat niemand ooit de uitleg van artikel 45 ECT door het Scheidsgerecht heeft verdedigd. In zijn dissertatie bespreekt hij niet eens de nieuwe uitleg die door het hof is ontwikkeld en aanvaard.

¹⁰⁸ Zie arrest, voetnoten 3, 5–7, 9–10, 30 en 113.

¹⁰⁹ O Dörr en K Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlijn Springer 2018, p. 459c.

¹¹⁰ Het hof wekt ten onrechte de indruk dat het arrest een *obiter dictum* bevat waarin het de uitleg van de Russische Federatie van artikel 45 lid 1 ECT volgt. Het hof behandelt in rov. 4.5.42 de vraag 'hoe 'inconsistent' moet worden uitgelegd indien de interpretatie van de Limitation Clause van de Russische Federatie zou moeten worden gevolgd'. Zie o.m. arrest, rov. 4.5.41–4.5.47, 4.7.33, 4.7.57. De koptekst van rov. 4.7 vermeldt dat wordt uitgegaan van 'de uitleg die (...) de Russische Federatie' aan de Limitation Clause geeft. Zoals hieronder zal worden toegelicht, is de uitleg van het hof geheel anders dan die van (deskundigen van) de Russische Federatie. Zie bijv. het deskundigenrapport Prof. Pellet, (*Productie RF-D3*), § 31.

¹¹¹ HVY hebben in deze vernietigingsprocedure in hoger beroep nieuwe bevoegdheidsgronden aangevoerd op basis van de uitleg van de woorden '*non consistent*' (MvA, § 371). Die uitleg neemt het hof over, zie arrest, rov. 4.5.22, 4.5.46. De uitleg van de Russische Federatie komt overeen met die van de rechtbank en is samengevat in MvA §§ 376–386 en arrest, rov. 4.5.45: '*van strijdigheid met nationaal recht is ook sprake als een concrete wettelijke bepaling ontbreekt maar er strijdigheid is met het wettelijke systeem, waarbij ook betekenis toekomt aan algemene constitutionele uitgangspunten (...)*'.

¹⁰³ Zie o.m. rov. 4.5.13 en 4.5.37. Zelfs HVY's deskundige, prof. Reisman is van oordeel dat de bewoordingen op dit punt de uitleg van de Russische Federatie onderschrijven (MvA, § 73).

¹⁰⁴ Het hof verwijst in rov. 4.5.13 naar het oude en verlopen Spaanse decreet dat door Generaal Franco is uitgevaardigd over de publicatie van voorlopig toegepaste verdragen. Bepalingen over de bevoegdheid om verdragen te ondertekenen, voorlopig toe te passen en te bekrachtigen waren echter vastgelegd in Spaanse wetgeving, zoals de Spaanse Ley Constitutiva de la Cortes uit 1942, MvA, § 72, voetnoot 63.

¹⁰⁵ Zij kennen evenmin wet- of regelgeving 'ten aanzien van de aard van de bepalingen die wel en niet voorlopig kunnen worden toegepast.' Italië heeft evenmin een beroep gedaan op een specifieke regeling die ziet op de voorlopige toepassing van verdragen. Italië verwees naar een algemene bepaling waaruit blijkt dat dat belangrijke verdragen – waaronder verdragen die voorzien in arbitrage – bekrachtiging behoeven. Zie MvA voetnoot 193

¹⁰⁶ MvA, §§ 63–140 en de aldaar opgenomen verwijzingen naar bronnen en eerdere processtukken.

om worden vernietigd (zie subonderdeel 2.3 hierboven).¹¹²

52. In dit subonderdeel zal worden toegelicht dat die nieuwe alternatieve verdragsuitleg rechtsens onjuist (artikelen 31 en 32 WVV). Het gevolg is dat de beoordeling in rov. 4.5.41–4.5.47 geen stand kan houden. Hetzelfde geldt voor de daarop voortbouwende beoordeling in rov. 4.7 onder het kopje 'Toepassing Limitation Clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan die bepaling geeft).' Het subonderdeel richt zich ook tegen rov. 4.6, waarin het hof dezelfde rechtsfouten maakt.¹¹³

53. De uitleg van het hof wijkt expliciet af van de uitleg van de rechtbank en die van de Russische Federatie.¹¹⁴ Het hof verwerpt namelijk in rov. 4.5.41 – 4.5.47 het oordeel van de rechtbank dat van onverenigbaarheid met Russisch recht ook sprake kan zijn indien dat recht 'niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in artikel 26 ECT'.¹¹⁵ Het hof overweegt dat van onverenigbaarheid met betrekking tot 'constitutie, wetten of voorschriften' sprake is 'indien een ECT-verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden' (rov. 4.5.44 – 4.5.46). In de daaropvolgende rechtsoverwegingen verwijst het hof meermaals terug naar deze uitleg (zie o.m. rov. 4.7.30, 4.7.33, 4.7.47, 4.7.57 en 4.7.64).

54. In rov. 4.7 veronderstelt het hof dat artikel 26 ECT van toepassing is. Het hof overweegt bijvoorbeeld dat '(...) nu de bevoegdheid van het Scheidsgerecht moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of artikel 26 ECT daarvoor een grondslag biedt, niet aan de hand van de vraag of Russische wetten 'daarvoor een grondslag bieden' (rov. 4.7.49). Elders stelt het hof dat de grondslag voor investeringsarbitrage '(...) moet worden gevonden in het desbetreffende investeringsverdrag, in dit geval art. 26 ECT' (zie o.m. rov. 4.7.56, 4.7.35 en 4.7.45). Het hof overweegt voorts dat 'de ECT aan aandeelhouders een mogelijkheid biedt in een internationaal investeringsgeschied een rechtsoverweging in te

stellen die zij in de nationale context wellicht niet zouden hebben' (rov. 4.7.59 – 4.7.64).

55. Het hof oordeelt dat een voorlopig toegepast verdrag integraal onderdeel is van de Russische rechtsorde en dat dergelijke verdragen voorrang hebben boven daarmee strijdige wetten.¹¹⁶ Het hof veronderstelt dat het Verdrag deel uitmaakt van 'haar constitutie wetten of voorschriften'. Het hof veronderstelt dat de rechtsgrond voor arbitrage van dit geschil is gelegen in artikel 26 ECT.¹¹⁷ Het hof geeft artikel 45 ECT derhalve feitelijk als volgt herschreven:

'Elke Ondertekenende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekenende Partij krachtens artikel 44, voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften. *rechtsorde waarvan de ECT zelf onderdeel is.*'

2.5.2. Artikel 45 lid 1 ECT betreft strijdigheid met de bestaande interne rechtsorde

56. Het oordeel van het hof berust op een klassieke *petitio principii*: een drogreden waarbij al voor waar wordt aangenomen wat juist nog bewezen moet worden. De verdragsuitleg van het hof is rechtsens onjuist (artikelen 31 en 32 WVV). De verwijzing naar 'constitutie, wetten of voorschriften' in artikel 45 lid 1 ECT verwijst immers enkel naar de bestaande interne rechtsorde van de Russische Federatie. Het verwijst niet naar het Verdrag zelf (noch naar artikel 26 daarvan).

57. De gewone betekenis: de uitleg van het hof is niet in overeenstemming met de gewone betekenis van artikel 45 lid 1 ECT (artikel 31 lid 1 WVV). Het woord 'inconsistent' betekent 'different from'.¹¹⁸ Deze termen suggereren niet dat nationale wetten en verdragsbepalingen 'tegelijkertijd toepassing' moeten vinden. Artikel 45 lid 1 ECT biedt ook geen aanknopingspunt voor het oordeel dat de bewoording 'constitution, laws or regulations' zodanig moeten worden uitgelegd dat ook de ECT zelf daaronder valt; integendeel.

58. Prof. René Lefeber (Universiteit van Amsterdam; Ministerie van Buitenlandse Zaken) legt uit dat artikel 45 lid 1 ECT een eenvoudige regel bevat: 'in case of conflict, national law prevails over the treaty'.¹¹⁹ De rechtbank stelde dan ook terecht de eenvoudige vraag of 'dit geschil' arbitabel was 'op grond van het Russische recht'.¹²⁰

112 Zie o.m. arrest, rov. 4.7.30, 4.7.33, 4.7.47 en 4.7.64. Hieruit blijkt dat de in rov. 4.5.41–4.5.47 vastgestelde norm in heel rov. 4.7 steeds is toegepast.

113 Voor de goede orde: het slagen van subonderdeel 2.4 brengt reeds mee dat ook rov. 4.6 geen standhoudt.

114 Zie voetnoot 111. De rechtbank overwoog terecht dat artikel 45 lid 1 ECT ziet op situaties waarin arbitrage 'niet past in het wettelijk systeem of niet verenigbaar is met de uitgangspunten en beginselen die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving.' De rechtbank overwoog eveneens terecht dat dit betrekking heeft op situaties waarin de nationale wetgeving geen arbitrage van belastinggeschillen toestaat en 'niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT'. Vonnis, rov. 5.33; Zie o.m. MvA, §§ 371–386.

115 De rechtbank overwoog terecht dat artikel 45 lid 1 ECT ziet op situaties waarin arbitrage 'niet past in het wettelijk systeem of niet verenigbaar is met de uitgangspunten en beginselen die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving.' De rechtbank overwoog eveneens terecht dat dit betrekking heeft op situaties waarin de nationale wetgeving geen arbitrage van belastinggeschillen toestaat en 'niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT.'; vonnis, rov. 5.33; Zie o.m. MvA, §§ 371–386.

116 Zie o.m. arrest, rov. 4.7.22 – 4.7.29, 4.7.44 en 4.7.47.

117 Zie o.m. arrest, rov. 4.7.56 en 4.7.64.

118 MvA, § 379 (waarin door HVV's als productie ingediende definities uit de Oxford Thesaurus zijn geciteerd).

119 Prof. Lefeber is momenteel hoofd van de afdeling Internationaal Recht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam. R. Lefeber, 'The Provisional Application of Treaties', in *Essays On The Law Of Treaties: A Collection Of Essays In Honour Of Bert Vierdag* (J. Klabbers & R. Lefeber, eds. 1998, p. 89 (Productie RF-27).

120 Vonnis, rov. 5.58: 'het onderhavige geschil, arbitabel zijn op grond van het Russische recht'.

59. Artikel 15 lid 4 van de Russische grondwet bepaalt dat indien 'een internationaal verdrag van de Russische Federatie' andere regels vaststelt dan die in federale wetgeving, de regels van het internationale verdrag prevaleren.¹²¹ Het hof verwees ook naar verschillende andere federale wetten die soortgelijke voorrangregels of verwijzingen naar verdragen bevatten, zoals artikel 9 van de 1991 Russische FIL.¹²² Dergelijke bepalingen kunnen strijdigheden tussen het Verdrag en Russische wetgeving *niet wegnemen*. Evenmin kunnen deze bepalingen de bewoordingen van artikel 45 ECT wijzigen. Waar het om gaat is dat de tekst van artikel 45 ECT voorschrijft dat de al bestaande nationale wetgeving voorrang heeft boven het Verdrag.

60. De uitleg van de rechtbank was juist. Die uitleg stemt ook overeen met die van de gerenommeerde arbiter prof. Brigitte Stern (Université de Paris, Panthéon-Sorbonne). Zoals prof. Stern uiteenzet, is een uitleg zoals die van het hof 'in regelrechte tegenspraak met het verdrag'. Zij legt uit dat 'het verdrag (...) een verwijzing bevat naar het nationale recht; het nationale recht verwijst naar het verdrag, dit leidt enigszins tot een 'cirkel', hetgeen de basis is voor vele misverstanden (...)'. De oplossing van prof. Stern is om gewoon de bewoordingen in het Verdrag toe te passen: '[W]e moeten voorrang toekennen aan het verdrag, en als het verdrag zegt dat het niet van toepassing is als het strijdig is met nationaal recht, dan moet dat zo zijn.'¹²³

61. *Context, voorwerp en doel*: de uitleg van het hof berust op de veronderstelling dat 'verdragspartijen [sic]¹²⁴ de ECT zoveel mogelijk voorlopige [wensten] toe te passen'¹²⁵ Het hof overweegt dat de staten hun soevereiniteit wensten te beperken.¹²⁶ De uitleg van

het hof is onjuist aangezien die voorbijgaat aan de ratio van bepalingen zoals artikel 45 lid 1 ECT.¹²⁷ Volgens de VN Commissie voor Internationaal Recht bestaan dergelijke *Limitation Clauses* om te bewerkstelligen dat Staten pas worden gebonden aan verplichtingen die in strijd zijn met *de bestaande interne rechtsorde* na het moment van de ratificatie. De inherente ratio is het behoud van: 'flexibiliteit van een staat (...) om in te stemmen met de voorlopige toepassing van een verdrag of een deel van een verdrag op zodanige wijze dat wordt gewaarborgd dat een dergelijk akkoord in overeenstemming is met de beperkingen die voortvloeien uit hun respectieve interne bepalingen'.¹²⁸

62. *Statenpraktijk*: juiste uitleg van de rechtbank¹²⁹ en de Russische Federatie¹³⁰ is volledig in overeenstemming met het latere gebruik in de toepassing van het Verdrag (artikel 31 lid 3 WVV). De Russische Federatie heeft consistent duidelijk gemaakt dat zij niet verplicht was verdragsbepalingen toe te passen die in strijd zijn met haar interne wetgeving.¹³¹ De door Staten gehanteerde uitleg van artikel 45 lid 1 ECT is goed samengevat in de gezamenlijke verklaring van de Europese Commissie, de Raad en de EG-lidstaten (zie §§ 40–42 hiervoor). Daarin staat dat artikel 45 lid 1 ECT 'geen enkele verplichting [schept] die verder gaat dan hetgeen verenigbaar is met de bestaande interne rechtsorde van de Ondertekenende Partijen (...)'.¹³² Artikel 45 ECT verwijst dus naar de *bestaande interne rechtsorde*. Het verwijst niet naar een soort hypothetische rechtsorde waarin de nationale wetten en de bepalingen van het ECT zelf 'tegelijktijdig toepassing' vinden. Zoals in subonderdeel 2.7 hieronder wordt uitgelegd, had het hof deze uitleg moeten volgen en

121 Artikel 15 lid 4 van de Russische grondwet is geciteerd in het arrest in rov. 4.7.7, zie ook rov. 4.7.42 en 4.7.70.

122 Het hof heeft voorbeelden genoemd, waaronder artikel 5, 9 lid 1 en lid 3 van de 1991 Russische FIL, artikel 5 en 10 van de 1999 Russische FIL en in wezen vergelijkbare bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Handelszaken [Arbitrazh] en de Wet over Internationale Arbitrage. Zie arrest, rov. 4.7.40 en 4.7.42. Zie ook arrest rov. 4.6, waarin het hof ingaat op de uitleg van Federale Wet inzake Internationale Verdragen (FLIT), zie daarover overigens ook subonderdeel 2.6.1.

123 Dissenting opinion van Prof. Stern in de Yukos Capital arbitrage, Productie HVY-145, §§ 68 en 69: '[L]et us then take the case of a provisionally applied treaty with a limitation clause saying: 'Alcoholic drinks are authorized for everyone, to the extent it is not inconsistent with the national legal order.' Assuming that according to the Russian legal order, alcoholic drinks are not authorized under the age of 18, the reasoning of the Award still implies that even in this situation, minors can drink alcohol, in violation of the Russian laws. But this conclusion is in plain contradiction with the treaty. My analysis would be the following: the treaty in this second situation makes a renvoi to national law; national law makes a renvoi to the treaty (...) In such situation (...) we have to give precedence to the treaty and if the treaty says that it does not apply if it is inconsistent with the national legal order, so be it. Going back to my example (...) minors are not allowed to drink alcohol.'

124 Artikel 45 lid 1 ECT heeft enkel betrekking op de ondertekenaars en niet op de Verdragsluitende Partijen.

125 Arrest, rov. 4.5.47.

126 Arrest, rov. 4.5.47.

127 Zie §§ 13, 14, 36 en 37 hierboven.

128 Rapport van de VN Commissie voor Internationaal Recht, 66ste sessie, 2017, Voorlopige toepassing, Hoofdstuk V, A/72/10, p. 146, § 2. De voorzitter van de ontwerpcommissie van de richtlijnen over de voorlopige toepassing merkte in de 3357ste vergadering op dat de 'ratio' achter de Limitation Clauses was om 'necessary degree of flexibility' te bieden aan ondertekenaars opdat zij 'limit provisional application' by 'tak[ing] into account their constitutional provisions on the competence to conclude treaties' or other 'limitations of internal law' (verslag van de 3357ste vergadering), 9 juni 2017, A/CN.4/SR.3357, p. 13, online raadpleegbaar via: <https://legal.un.org> (laatstelijk geraadpleegd op 15 mei 2020).

129 Vonnis, rov. 5.33.

130 MvA, §§ 371 – 386.

131 Zie bijv. MvA, §§ 123–129, 149–152, 226, 318–335 en het deskundigenrapport Prof. Asoskov 2017, §§ 135–139 (*Productie RF-D5*). Een voorbeeld: tijdens een vergadering in 1997 met de adjunct-secretaris-generaal van het ECT (Sorokin) legde een commissie bestaande uit Russische wetgevers en ambtenaren legde uit dat het Russische parlement zou 'postpone ratification of the [ECT]' in het bijzonder omdat 'no reservations of the ratifying State or inconsistency of the current legislation with the provisions of the [ECT]' mogelijk zou zijn na ratificatie. Parlementaire hoorzittingen van de staat, nota's p. 4 (ASA-98).

132 Zie MvA, § 386, 108–122. De verschillende verklaringen bevatten geen van allen ook maar één aanknopingspunt op basis waarvan men bij de toepassing van artikel 45 lid 1 ECT zou moeten veronderstellen dat verdragsbepalingen van toepassing zijn.

moeten prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie op grond van artikel 267 VWEU.

63. *Travaux préparatoires*: de totstandkoming van artikel 45 ECT bevestigt de uitleg van de rechtbank (artikel 32 WVV). Het werd algemeen aangenomen dat geen enkele staat artikel 26 ECT voorlopig zou toepassen.¹³³ De heer Sydney Fremantle was voorzitter van de werkgroep die het eerste concept van de verdragstekst opstelde. In een destijds opgestelde fax merkte hij op dat de meeste nationale systemen 'voorschrijven dat geschillen (...) naar de overheidsrechter moeten'. Hij concludeerde dat voorlopige toepassing 'een ondertekenaar over het algemeen niet bindt' aan artikel 26 ECT.¹³⁴ Clive Jones (ECT Secretariaat) schreef ten tijde van de verdragsonderhandelingen: 'Het zou zo kunnen zijn (...) dat nieuwe verplichtingen die zijn ontstaan door het Verdrag, zelfs indien er geen strijdige wet bestaat, niet kunnen worden aanvaard tot nieuwe wetgeving is uitgevaardigd om die verplichtingen te effectueren. (...) dit lijkt ook te vallen onder de grondwettelijke uitzondering in artikel 45 lid 1 (...)'.¹³⁵ De eerder genoemde heer [naam 14] achtte de voorlopige toepassing van de verdragsbepalingen inzake arbitrage 'in het bijzonder problematisch'.¹³⁶

2.5.3. Illustratie van onjuistheid van de petitio principii van het hof

64. Het oordeel van het hof berust op een klassieke *petitio principii*. De uitleg van het hof veronderstelt dat een beroep kan worden gedaan op artikel 26 ECT. Een dergelijke cirkelredenering zorgt voor verwarring en (rechts)onzekerheid.¹³⁷ Deze onjuiste verdragsuitleg raakt de gehele beoordeling van het hof over het Russisch recht (rov. 4.6 en 4.7).¹³⁸ Dit wordt aan de hand van twee voorbeelden nader toegelicht en uitgewerkt.

65. *Arbitrabiliteit* (rov. 4.7.33 – 4.7.58): In vrijwel alle jurisdicties geldt dat geschillen over o.m. belastingen en onteigeningen uitsluitend door de

overheidsrechter kunnen worden beslecht.¹³⁹ Dit is ook uitdrukkelijk vastgelegd in Russische wetten.¹⁴⁰ Dat is op zichzelf niet in geschil.¹⁴¹ Het hof veronderstelt terecht dat 'arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen open is gesteld'.¹⁴² Voorts lijkt het hof ermee eens te zijn dat dit geschil niet door arbitrage kon worden beslecht op grond van de bestaande interne rechtsorde. Het bevestigt immers dat federale wetten, zoals de wetten inzake buitenlandse investeringen, geen zelfstandige wettelijke grondslag voor arbitrage bieden.¹⁴³

66. De eenvoudige en correcte conclusie van de rechtbank was dat de Russische Federatie dus niet verplicht was artikel 26 ECT voorlopig toe te passen.¹⁴⁴ Het hof heeft echter een andere 'verdragsuitleg' toegepast.¹⁴⁵ Het hof stelt in rov. 4.7.35 dat het geschil van HVY niet 'publiekrechtelijk van aard' is, omdat het zogenaamd een internationaal investeringsgeschied is. Het hof verwijst naar literatuur over internationale investeringsverdragen met arbitragebepalingen (rov. 4.7.34 – 4.7.37).¹⁴⁶ Het hof gaat bij voorbaat uit van de juistheid van zijn eigen conclusie (*petitio principii*). Het geschil van HVY kan geen arbitragebepalingen worden onder een investeringsverdrag, tenzij en totdat artikel 26 ECT van toepassing is. Op grond van artikel 45 lid 1 ECT kan artikel 26 ECT echter niet van toepassing zijn, omdat 'arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen open is gesteld'.¹⁴⁷

67. In de daaropvolgende rechtsoverwegingen, veronderstelt het hof steeds dat de grondslag voor arbitrage 'moet worden gevonden in (...) art. 26

133 Zie bijv. de brief van het ECT Secretariaat aan de Russische Minister van Energie (*Productie RF-290*).

134 MvA, §§ 131, 146, Annex A bij het Deskundigenbericht Fremantle (*Productie RF-03.1.C-1.3.31*) 'Most national and sub-national laws provide for disputes under those laws to go to the local courts, not through international arbitration unless there is special provision (...) [P]rovisional application does not, by and large, bind the signatory to [Article 26 ECT]'. De betreffende fax is onderdeel van de *travaux préparatoires*.

135 Zie MvA, § 385, *Productie RF-272*, (informele vertaling).

136 Zie MvA, §§ 133, 147; C.S. [naam 14], *Adjudicatory Aspects of Transit Dispute Conciliation Under The Energy Charter Treaty (Productie RF-03.2.B-2.866)*, R-866, p. 16.

137 Rechtsonzekerheid moet worden vermeden. Rechtszekerheid is een integraal aspect van het Nederlands en Europees recht. Zie bijvoorbeeld HvJ, 22 mei 2008, zaak C-462/06, *Glaxosmithkline*, ECLI:EU:C:2008:299, § 33.

138 Arrest, rov. 4.6 en 4.7. Zie bijvoorbeeld de bevindingen van het hof over het constitutionele recht. Het hof heeft – in strijd met artikel 31 WVV – de Limitation Clause verkeerd uitgelegd. Het veronderstelt 'gebondenheid aan één bepaling uit de ECT (art. 26)' en vervolgt dat het in strijd zou zijn met de *pacta sunt servanda*-regel in artikel 26 WVV om een beroep te doen op de Limitation Clause (zie rov. 4.7.30 (maar ook 4.6.1)). Dat is onjuist. Zie MvA, §§ 365 e.v., vonnis, rov. 5.19.

139 Zie o.m. MvA, § 194. De vertegenwoordigers van de Russische Federatie hebben tijdens de ECT-onderhandelingen en vele malen daarna ook toegelicht dat 'geschillen die voortvloeien uit en gerelateerd zijn aan investeringen' door de overheidsrechter moeten worden beslecht. Zie o.m. MvA §§ 330 e.v. Zie ook subonderdeel 2.6, § 84 hierna.

140 Zie MvA, § 195; Arrest, rov. 4.7.34.

141 Vonnis, rov. 5.41 'Gedaagden hebben deze uitleg van de hierover besproken wetsbepalingen als zodanig overigens niet weersproken.' HVY stellen alleen dat een uitzondering geldt op basis van de ECT.

142 Het hof gaat ervan uit dat dit het geval in arrest rov. 4.7.35–4.7.36.

143 Arrest, rov. 4.5.47, 4.7.49, 4.7.50 en 4.7.56. Dit is toegegeven door de deskundige van HVY. Zie MvA, §§ 217 en 222.

144 Zie bijvoorbeeld vonnis, rov. 5.3 – 5.40, 5.65.

145 Arrest, rov. 4.5.47.

146 Volova analyseerde 'It]he mechanism for settling investment disputes (...) provided in bilateral agreements for the (...) protection of investments'. Krupko analyseerde ook situaties waarin 'an arbitration agreement (...) [such as] the BIT between the Russian Federation and Hungary provides that all disputes relating to investments can be submitted to international arbitration'. Veliaminov overwoog specifiek hoe 'settlement (...) on the basis of an international treaty' moet worden geclassificeerd.

147 Arrest rov. 4.7.34, 4.7.36.

ECT.¹⁴⁸ Het verzuimt na te gaan of de voorlopige toepassing in overeenstemming is met de bestaande interne rechtsorde. Het hof citeert verschillende wettelijke bepalingen waaruit volgt dat verdragen kunnen afwijken van federale wetgeving, zoals artikel 10 van de 1999 Russische FIL.¹⁴⁹ Het hof oordeelt daarom dat er geen sprake zou zijn van onverenigbaarheid in de zin van artikel 45 lid 1 ECT.

68. Die redenering is rechtens onjuist. Men kan niet eenvoudig op voorhand aannemen dat artikel 26 ECT van toepassing is. De toepasselijkheid van dit artikel ligt juist als geschilpunt ter beoordeling voor.¹⁵⁰ De Russische Federatie is geen *Verdragsluitende Partij* maar slechts een *ondertekenaar*.¹⁵¹ Op basis van artikel 45 ECT kan artikel 26 ECT niet worden toegepast, omdat zulks strijdig is met de bestaande interne rechtsorde.

69. *Vorderingen van aandeelhouders (rov. 4.759 – 4.764)*: HVY hebben een claim ingediend wegens (vermeende) schade die het gevolg zou zijn van belastingsaanslagen en invorderingsmaatregelen die zijn getroffen *jegens Yukos*.¹⁵² In de meeste rechtstelsels kunnen aandeelhouders van vennootschappen geen claims indienen wegens waardevermindering of verlies van hun aandelen als gevolg van schade die is toegebracht aan de vennootschap waarin zij deze aandelen houden.¹⁵³ Dit geldt ook voor de Russische Federatie, zoals is toegelicht in het nimmer bestreden deskundigenbericht van prof. Simons en dr. Timmermans (Universiteit Leiden).¹⁵⁴

70. Het hof gaat niet inhoudelijk in op het nationale recht.¹⁵⁵ Het hof geeft toe dat HVY's vordering *'in de nationale context'* wellicht niet kon worden ingesteld.¹⁵⁶ De eenvoudige en juiste benadering zou zijn geweest: de artikelen 1 en 26 ECT staan toe dat aandeelhouders een vordering instellen voor het verlies van de waarde van hun aandelen als gevolg van schade die is toegebracht aan de vennootschap.¹⁵⁷ In dit geval is de voorlopige toepassing van deze artikelen echter strijdig met de *bestaande interne rechtsorde*.¹⁵⁸ De Russische Federatie was daarom niet verplicht artikel 26 ECT voorlopig toe te passen.

71. Het hof hanteert hier andermaal een rechtens onjuiste *petitio principii*.¹⁵⁹ Het hof gaat bij voorbaat uit van de juistheid van zijn eigen conclusie dat HVY een vordering mogen instellen *'wegens schending van hun eigen rechten op grond van de ECT'*.¹⁶⁰ Het veronderstelt daarbij *'dat de ECT aan aandeelhouders een mogelijkheid biedt om in een internationaal investeringsgeschil een rechtsvordering in te stellen die zij in de nationale context wellicht niet zouden hebben'*.¹⁶¹ Het hof veronderstelt derhalve ten onrechte dat HVY zich op artikelen 1 en 26 ECT kunnen beroepen.¹⁶² HVY kunnen geen *'rechten onder de*

148 Zie o.m. rov. 4.735 waarin het hof aanneemt dat deze zaak een arbitrage *'overeenkomstig artikel 26 ECT'* betreft in een investeringsgeschil op grond van een internationaal verdrag. Zie ook rov. 4.749: *'Dit betoog gaat reeds hierom niet op, nu de bevoegdheid van het Scheidsgerecht moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of artikel 26 ECT daarvoor een grondslag biedt, niet aan de hand van de vraag of de LFI 1991 en de LFI 1999 daarvoor een grondslag bieden'*. Zie voorts ook rov. 4.756: *'nu die [grondslag] eenmaal moet worden gevonden in het desbetreffende investeringsverdrag, in dit geval art. 26 ECT (...) betekent [dit] niet dat hieruit de opvatting naar voren komt dat dergelijke arbitrage strijdig is met Russisch recht (...)'* Zie daarnaast ook rov. 4.745, waarin het hof jurisprudentie van het Constitutionele Hof als irrelevant ter zijde schuift omdat het bij deze zaak gaat om een *'internationale investeringsarbitrage op grond van een verdrag'*.

149 Zie o.a. arrest, rov. 4.742, 4.746 en 4.770. Zie MvA, §§ 225–234.

150 Zie o.m. MvA, §§ 231 en 238.

151 Arrest, rov. 4.3.2, MvA, §§ 41 – 51.

152 Final Awards, § 1579, waarin BTW-aanslagen en de executieverkoop van YNG worden benadrukt. Het Scheidsgerecht stelde: *'Respondent has not explicitly expropriated Yukos or the holdings of its shareholders, but the measures that Respondent has taken in respect of Yukos (...) in the view of the Tribunal have had an effect 'equivalent to nationalization or expropriation'*. Final Awards, § 1580, zoals geciteerd in arrest, rov. 4.748 en 4.763. Het hof stelt in rov. 4.763 dat over de uitleg van de Final Awards geen verschil van mening bestaat.

153 In Nederland volgt dit bijvoorbeeld uit Hoge Raad 2 december 1994, NJ 1995, 288 (ABP/Poot), rov. 3.4.1.

154 Zij concluderen dat HVY's vordering niet kan worden aangemerkt als een *'an action for direct loss'* en dat HVY's vordering daarom naar Russisch recht niet toelaatbaar is. Zie o.m. MvA §§ 244, 247–249. Deskundigenbericht dr. Timmermans en prof. Simons, §§ 19–33, 49 en 53, (*Productie RF-D8*).

155 Het oordeel van het hof in rov. 4.763 dat HVY *'geen rechtsvordering hebben ingesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap'* betreft geen oordeel over het Russische recht. Het oordeel is expliciet gebaseerd op het oordeel van het Scheidsgerecht dat HVY een vordering op basis van artikel 26 ECT zouden hebben gebaseerd. Als dit impliceert een oordeel over Russisch recht zou betreffen, dan is het oordeel van het hof niet afdoende begrijpelijk gemotiveerd omdat niet is ingegaan op de kritiek daarop, zoals o.m. blijkt uit het hiervoor genoemde deskundigenrapport van prof. Simons en dr. Timmermans.

156 Zie arrest, rov. 4.762.

157 Algemeen wordt aangenomen dat investeringsverdragen geregeld aandeelhouders in staat stellen om een claim in te dienen. Zie o.m. de UN Commission on International Trade Law, Working Group III, Note by the Secretariat 9 August 2019, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), *Shareholder claims and reflective loss*, online raadpleegbaar via: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.170> (laatstelijk geraadpleegd op 15 mei 2020).

158 HVY hebben dit niet betwist. Zie bijv. Dagvaarding, § 242, Appelleitnota (artikel 45 ECT, deel II), 23 september 2019, § 221.

159 Het hof oordeelt dat (i) de argumenten niets te maken zouden hebben met de vraag of artikelen 1 en 26 ECT al dan niet voorlopig dienen te worden toegepast (arrest, rov. 4.762), en (ii) stelt dat het Scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat HVY een claim hebben ingesteld op grond van hun eigen rechten uit hoofde van de ECT (arrest, rov. 4.763 en 4.764). Het hof verduidelijkt in rov. 4.764 dat zijn analyse is gebaseerd op de eigen uitleg van artikel 45, lid 1 ECT (de woorden *'not inconsistent with (...)'*).

160 Arrest, rov. 4.760 en 4.763. Het hof stelt op basis daarvan dat sprake zou zijn van directe schade.

161 Arrest, rov. 4.764. Artikel 1 lid 6 en 7 ECT stelt aandeelhouders in staat een claim in te dienen voor activa *'owned or controlled directly or indirectly'*.

162 CvR, § 185, MvA, § 250 (en § 231), Appelleitnota (artikel 45 ECT, deel II), 23 september 2019, §§ 221–224. Het hof stelt in rov. 4.764 van zijn arrest dat zijn analyse gebaseerd is op de eigen interpretatie van artikel 45, lid 1 ECT (de woorden *'not inconsistent with'*). Het hof lijkt te suggereren dat de Russische Federatie niet nader zou hebben onderbouwd waarom deze benadering incorrect is. Dat is zowel onjuist als onbegrijpelijk.

ECT' en geen 'rechtsvordering' instellen tenzij en tot dat artikel 26 ECT van toepassing is. Op basis van artikel 45 ECT kan artikel 26 ECT in dit geval niet worden toegepast omdat zulks strijdig is met de bestaande interne rechtsorde.

2.5.4. Conclusie

72. De nieuwe uitleg van het hof inzake 'not inconsistent with its constitution, laws or regulations' geeft blijk van een onjuiste verdragsuitleg. Zoals hierboven besproken is de enige juiste uitleg die van de rechtbank, de Russische Federatie, de opstellers van de ECT, de Commissie, de Raad en de lidstaten van de EG: 'artikel 45 lid 1 (...) scheidt geen enkele verplichting die verder gaat dan hetgeen verenigbaar is met de bestaande interne rechtsorde van de Ondertekenende Partijen (...)'.¹⁶³

2.6. Verdragstoepassing door het hof is in ieder geval onbegrijpelijk (rov. 4.7)

73. Dit subonderdeel behandelt – gezien de voorgaande klachten strikt genomen ten overvloede – de onjuiste overwegingen van het hof inzake Russisch recht. Deze overwegingen kunnen op grond van artikel 79 lid 1 sub b RO in cassatie niet volledig worden getoetst. Sommige kernoverwegingen van het hof inzake de toepassing van artikel 45 lid 1 ECT zijn echter onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.¹⁶⁴ Dit is nog een extra reden waarom de kernoverwegingen in rov. 4.7 niet kunnen standhouden.

2.6.1. Scheiding der machten (rov. 4.7.4–4.7.32 en 4.7.44 e.v.)

74. De Russische Federatie heeft uitvoerig toegelicht dat het klassieke principe van de scheiding der machten expliciet en prominent in de Russische Grondwet van 1993 is verankerd. Op grond hiervan zijn de bevoegdheden van de regering met betrekking tot het sluiten en het voorlopig toepassen van verdragen beperkt. De regering mag immers niet afwijken van de federale wetgeving zonder instemming van het Parlement.¹⁶⁵

¹⁶³ Zie § 40 hiervoor, zie o.m. MvA, §§ 113 e.v. onder verwijzing naar R-352.

¹⁶⁴ De Hoge Raad toetst geen kwesties inzake vreemd recht (artikel 79 RO). De Hoge Raad toetst echter wel of de motivering van lagere instanties voldoende begrijpelijk is. Zie o.m. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/124 en 125 en B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Wolters Kluwer 2019, par. 3.7, nrs. 84 e.v.

¹⁶⁵ Zie MvA, §§ 155 e.v.; CvR §§ 57, 141–142; Dagvaardig, §§ 191–204. Het hof oordeelt in rov. 4.7.6: 'Het standpunt van de Russische Federatie komt erop neer dat (...) verdragen die afwijken van federale wetgeving (...) niet voorlopig kunnen worden toegepast.' Deze samenvatting is onnauwkeurig in de zin dat er een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen wat de overheid op het internationale vlak 'kan' doen en wat de overheid onder de nationale rechtsregels 'kan' en 'mag' doen. Het hof maakt geen duidelijk onderscheid tussen deze twee verschillende vragen (zie ook rov. 4.7.30). Het hof erkent wel dat verdragen die van de federale wetgeving afwijken, moeten worden geratificeerd (rov. 4.7.4, 4.7.7 en 4.7.19) en dat verdragen die niet in bekrachtiging voorzien federale wetgeving niet terzijde kunnen schuiven (rov. 4.7.25).

75. Het hof oordeelt in rov. 4.6 en 4.7.1–4.7.32 in de kern dat uitvoerende Russische overheidsinstanties zonder enige beperking zouden mogen besluiten over te gaan tot de voorlopige toepassing van verdragen. Dit oordeel is gebaseerd op de tekst van artikel 23 lid 1 FLIT: 'an international treaty or a part thereof may, prior to its entry into force, be applied (...) provisionally (...)'.¹⁶⁶ Deze wet en deze bepaling zouden 'geen enkel voorbehoud' en 'geen inhoudelijke beperking aan de besluitvorming' bevatten (zie m.n. rov. 4.7.14, 4.7.20 en 4.7.32).

76. Dit onjuiste oordeel is onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof is namelijk ten onrechte voorbijgegaan aan essentiële stellingen van de Russische Federatie. Het hof negeert de stelling dat wetgeving bevoegdheden enkel onder strikte voorwaarden kunnen worden gedelegeerd.¹⁶⁷ Het negeert tevens de essentiële stelling die wordt onderbouwd door het deskundigenbericht van prof. Avtonomov dat artikel 23 lid 1 FLIT een 'besluit' (peehue) van de betrokken uitvoerende instantie over de voorlopige toepassing van een verdrag vereist. Artikelen 6 en 11 FLIT bepalen dat een 'besluit' (peehue) van een staatsorgaan in de zin van deze wet moet worden genomen 'overeenkomstig zijn bevoegdheden zoals bepaald in de Grondwet van de Russische Federatie, deze federale wet, danwel andere wetgeving van de Russische Federatie'.¹⁶⁸ Deze wet beperkt aldus uitdrukkelijk de bevoegdheid van uitvoerende organen om in te stemmen met de voorlopige toepassing van met het nationale recht onverengbare verdragen.

77. Als gevolg hiervan, heeft het hof essentiële stellingen genegeerd over het algemene constitutionele kader van de Russische Federatie. Het hof gaat niet in op haar stellingen, zoals door haar onderbouwd met deskundigenrapporten over de relevante constitutionele bepalingen die duidelijk maken dat de bevoegdheden van de regering door federale wetten worden beperkt (bijvoorbeeld artikelen 10, 15 lid 2 en 115 van de Grondwet).¹⁶⁹ Bovendien gaat het hof niet in op de stelling dat er meer dan zeventig uitvoerende instanties zijn die bevoegd zijn om op de voet van artikel 23 FLIT te onderhandelen over verdragen (waaronder het Ministerie van Transport, de Federale Mededingingsautoriteit, het Federaal Agentschap voor Jeugdzaken, het Federaal Agentschap voor Etnische Aangelegenheden, enz).¹⁷⁰ De Russische Federatie

¹⁶⁶ Arrest, rov. 4.6.1, 4.7.1–4.7.32, in het bijzonder rov. 4.7.14, 4.7.20 en 7.32.

¹⁶⁷ Zie MvA, §§ 173–176, met verwijzingen naar het deskundigenrapport van prof. Asosokov 2017, (*Productie RF-D5*), §§ 119–126.

¹⁶⁸ MvA, §§ 410–418, 429. Zie ook het Deskundigenbericht prof. Avtonomov §§ 84–89 (*Productie RF-D4*).

¹⁶⁹ Zie o.m. MvA §§ 155–164, 180. Het hof gaat ook niet in op het Deskundigenbericht prof. Marochkin. Het hof stelt schuift de grondwettelijke principes in niet meer dan een enkele zin terzijde vanwege de in zijn ogen duidelijke tekst van artikel 23 FLIT (zie rov. 4.7.32).

¹⁷⁰ MvA, §§ 409, 434; Deskundigenbericht prof. Avtonomov, §§ 51 e.v. (*Productie RF-D4*).

heeft aangevoerd dat het uiteraard niet zo is dat — anders dan uit het arrest volgt — al deze uitvoerende instanties zonder parlementaire instemming federale wetgeving terzijde zouden mogen schuiven.

78. De Russische Federatie is ter onderbouwing van de bovenstaande essentiële stellingen uitvoerig ingegaan op de wetsgeschiedenis van de Grondwet (1993) en FLIT (1995).¹⁷¹ De wetsgeschiedenis is ondubbelzinnig. Zij bevestigt dat de regering federale wetten niet eenzijdig terzijde kan schuiven. Het principe van de scheiding der machten staat voorop. Het hof heeft in rov. 4.7.22 en 4.7.25 citaten van 'onder meer (...) staatssecretaris [naam 15]' buiten beschouwing gelaten, omdat daarin niet zou worden 'gesproken over voorlopige toegepaste verdragen en hun eventuele voorrang'. Dit oordeel van het hof is onbegrijpelijk. [naam 15] verklaarde immers: 'Ik wil uw aandacht vestigen op het feit dat alleen die verdragen die worden bekrachtigd door het Parlement, en die overeenkomstig zijn goedgekeurd in de vorm van een wet, voorrang zullen hebben boven wetgeving indien sprake is van een conflict van wetten. Anders dan de wet van 1978, bevat de nieuwe tekst die aan u is voorgelegd nieuwe regels — over de voorlopige toepassing van een verdrag voor zijn inwerkingtreding (...) deze wet bepaalt duidelijk dat de Doema strikt moet toezien op een dergelijke toepassing (...)'.¹⁷² Prof. Osminin ging in op artikel 6 FLIT, hetgeen ook ziet op besluiten in de zin van artikel 23 FLIT over voorlopige toepassing: 'De Regering mag (...) evenmin [de wet wijzigen] als zij het besluit neemt, noch de President. Alleen als dit wordt goedgekeurd in de vorm van bekrachtiging en wordt ondertekend door de President, slechts dan kan het verdrag voorrang hebben boven de wet. Slechts in dit ene geval'.¹⁷³

79. De Russische Federatie baseerde haar essentiële stelling dat alleen bekrachtigde verdragen voorrang hebben op federale wetten mede op de definitie van 'internationaal verdrag van de Russische Federatie' in artikel 2 FLIT.¹⁷⁴ Deze definitie maakt duidelijk dat deze term alleen ziet op verdragen waarvan de Russische Federatie haar 'instemming om gebonden te zijn' tot uitdrukking heeft gebracht.¹⁷⁵ De ECT is niet bekrachtigd, kwalificeert dus niet als 'internationaal verdrag van de Russische Federatie' en kon dus ook niet prevaleren boven daarmee onverenigbare federale wetten. Het hof is ten onrechte niet kenbaar ingegaan op deze essen-

tiële stelling, die werd ondersteund door een deskundigenrapport van prof. Marochkin.

2.6.2. De uitleg van Resolutie 8-P (rov. 4.7.4–4.7.32, 4.7.44 e.v.)

80. Het onjuiste oordeel van het hof in rov. 4.7.22–4.7.27 dat voorlopig toegepaste verdragen altijd voorrang hebben boven federale wetten berust in het bijzonder op Resolutie 8-P van het Constitutionele Hof van 27 maart 2012.¹⁷⁶ Deze uitspraak gaat over de publicatie van verdragen. Het hof oordeelt in rov. 4.7.23 dat deze uitspraak van het Constitutionele Hof 'onmiskenaar' een algemene strekking heeft: 'Zijn oordeel, dat voorlopig toegepaste verdragen moeten worden gepubliceerd, heeft het immers gemotiveerd met de overweging dat dergelijke verdragen 'have priority over Russian laws'. Op basis van deze beweerdelijke 'duidelijke' uitspraak schuift het hof vele andere rechtsbronnen als 'achterhaald' terzijde (zie m.n. rov. 4.22 en 4.25).

81. De bewoordingen 'have priority over Russian laws' treft men aan in een rechtsoverweging van Resolutie 8-P waarin het beleid van de uitvoerende macht wordt beschreven.¹⁷⁷ Het Constitutioneel Hof heeft in zijn uitspraak dat beleid als grondwettelijk aangemerkt.¹⁷⁸ Anders gezegd: het hof converteert een verworpen partijstandpunt naar een 'duidelijk' en 'onmiskenaar' oordeel van het Constitutionele Hof zelf. Dat is niet alleen onjuist, maar ook onbegrijpelijk. Als gevolg hiervan kan de beoordeling in rov. 4.7.4 – 4.7.32, 4.7.44 e.v.

171 MvA, §§ 426–431.

172 MvA, § 430, onder verwijzing naar Deskundigenbericht prof. Avtonomov, § 62 (Productie RF-D4).

173 MvA, § 429, Deskundigenbericht prof. Avtonomov, § 62 (Productie RF-D4).

174 Zie o.m. MvA, § 233(b), waarin verwezen wordt naar het Deskundigenrapport van prof. Marochkin. Zie ook Akte RF 25 juni 2019, § 85.

175 Dit is relevant omdat veel andere statutaire bepalingen die door het hof in rov. 4.7.7, 4.7.40, 4.7.41, 4.7.42 en 4.7.46 worden geciteerd, verwijzen naar 'internationale verdragen van de Russische Federatie'. Deze bepalingen kunnen dus niet verwijzen naar de ECT.

176 Het hof merkt in rov. 4.7.24 terecht op dat in (ten minste) één latere uitspraak van het Constitutioneel Hof (kort) wordt terugverwezen naar Resolutie 8-P. De overwegingen van het hof met betrekking tot Resolutie 8-P is ook van invloed op de overwegingen van het hof met betrekking tot de daaropvolgende Resolutie 6-P, die — zoals het hof uitdrukkelijk bevestigt — terugverwijst naar en gebaseerd is op Resolutie 8-P. De Russische Federatie heeft overigens uitgelegd dat in beide resoluties zelf geen sprake was van een geschil tussen een niet-geratificeerd verdrag en federale wetgeving, zie het arrest rov. 4.7.23 ('regeringsbesluit'); Akte RF 25 juni 2019, § 77(c); het eerste Deskundigenbericht prof. Avtonomov (Productie RF-D04), § 144(d); het tweede Deskundigenbericht prof. Avtonomov (Productie RF-D25), § 35; het derde Deskundigenbericht prof. Avtonomov (Productie RF-D30), § 18).

177 Dat blijkt ook heel duidelijk uit het citaat weergegeven in rov. 4.7.22 van het arrest: '(...) public authorities and officials of the Russian Federation consistently pursue the legal policy which provides that provisions of a provisionally applied international treaty become part of the legal system of the Russian Federation and, like international treaties of the Russian Federation that have entered into force, have priority over Russian laws in the absence of the officially published text, including instances when they alter the regulatory content of rights, freedoms and duties of man and citizen.'

178 De uitspraak is overgelegd als Productie RF-49. Zie ook MvA, §§ 439–440 en Akte RF 25 juni 2019, § 77(a), alwaar is toegelicht dat het Constitutionele Hof geenszins oordeelde dat voorlopig toegepaste verdragen voorrang hebben.

(in het bijzonder ook 4.7.17¹⁷⁹ en 4.7.22–4.7.27) geen stand kan houden.

2.6.3. Niet alle investeringsgeschillen zijn privaatrechtelijk van aard (rov. 4.7.35)

82. Het hof oordeelt in rov. 4.7.35 dat *alle* investeringsgeschillen civielrechtelijk van aard zijn en dat dit geschil als gevolg daarvan door middel van arbitrage kan worden beslecht. Dit is een nieuw oordeel: een dergelijke opvatting is nooit door het Scheidsrecht aanvaard. Dit argument had niet in overweging mogen worden genomen en berust op een onjuiste verdragsuitleg (subonderdelen 2.3 en 2.5). Het oordeel is bovendien onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof kon enkel tot dit evident onjuiste oordeel komen door andersluidende essentiële stellingen van de Russische Federatie en de onderliggende rechtsbronnen te negeren.¹⁸⁰ De conclusies van het hof zijn voorts onbegrijpelijk omdat zij niet eens worden gedragen door de bronnen die het zelf aanhaalt. Krupko maakt bijvoorbeeld een duidelijk onderscheid tussen investeringsgeschillen met een privaatrechtelijk karakter en investeringsgeschillen met een publiekrechtelijk karakter. Hij legt uit dat publiekrechtelijke geschillen niet arbitabel zijn, tenzij een specifieke normatieve rechtshandeling of een verdrag anders bepaalt.¹⁸¹

2.6.4. Niet alle bepalingen waren verenigbaar met Russisch recht (rov. 4.7.38)

83. Het hof gaat in rov. 4.7.38 in op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot bekrachtiging van de ECT. Het hof concludeert slechts op basis van één enkele zin, dat de Russische regering van

oordeel was dat alle verdragsbepalingen – zelfs zonder bekrachtiging – al volledig in overeenstemming waren met de nationale wetgeving. Het hof erkent weliswaar dat een opvatting van de regering niet bindend is, maar ziet daarin desondanks een *aanwijzing* dat de Russische Federatie in deze procedure een afwijkend en onjuist standpunt inneemt. Het woord *aanwijzing* maakt duidelijk dat deze overweging niet dragend is voor het eindoordeel van het hof.

84. Het oordeel is hoe dan ook onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof gaat niet in op door de Russische Federatie beklemtoonde passages uit de desbetreffende memorie van toelichting die duidelijk maken dat de ECT verplichtingen bevat *'different from those envisaged by laws'* en dat verschillende bepalingen *'have yet to be reflected (or fully reflected) in the Russian legislation.'*¹⁸² Het hof negeert ook de essentiële stelling van de Russische Federatie, ondersteund door een groot aantal producties, dat specifieke ECT-bepalingen onverenigbaar waren met nationale wetgeving.¹⁸³ In de Doema hebben bijvoorbeeld vier sprekers – onder wie premier Chernomyrdin – verklaard dat specifieke verdragsbepalingen in strijd waren met nationale wetgeving.¹⁸⁴ Een spreker lichtte aan de hand van een concreet voorbeeld toe dat de bekrachtiging nodig was omdat *'op dit moment geen [geschilbeslechts]mechanismen beschikbaar [zijn]'*.¹⁸⁵ Een andere spreker benadrukte dat de arbitragebepaling afweek van specifieke nationale wetgeving.¹⁸⁶ De Doema verzocht de regering een lijst op te stellen van wetgeving die *'aan wijziging onderhevig zal zijn als het Verdrag wordt bekrachtigd.'*¹⁸⁷

179 Het hof overweegt in rov. 4.7.17 ten onrechte dat er geen gevallen zouden zijn waarin de uitvoerende praktijk ongrondwettelijk werd beschouwd. Een goede lezing van Resolutie 8-P toont aan dat dit duidelijk onjuist is. Zie ook Akte RF 25 juni 2019, § 77 (a) onder verwijzing naar Tweede Deskundigenbericht prof. Avtonomov (Productie RF-D25), §§ 31–32.

180 De Russische Federatie heeft uitgelegd dat investeringsgeschillen moeten worden onderverdeeld in publiekrechtelijke en civielrechtelijke geschillen. Zie MvA, §§ 192–193, 204–206, 226, 330–331; Akte RF 25 juni 2019, §§ 43–47, waar wordt verwezen naar verschillende deskundigenberichten, handboeken en rechterlijke uitspraken.

181 Arrest, rov. 4.7.35, waarin het hof ingaat op het werk van Krupko. Krupko schrijft dat een investeringsgeschil *'[can] have either a public law basis or a private law basis. The nature of claims can also have public law character (...), private law character (...) or mixed character (...). Whether those investment disputes that are not private law disputes as regards their basis and nature of claims can be settled by way of international commercial arbitration is ambiguous.'* Krupko legt vervolgens uit dat een voorwaarde voor het arbitreran van dergelijke publiekrechtelijke investeringsclaims is dat *'a normative legal act and/or an arbitration agreement must confer on the international arbitral tribunal the power to hear a dispute with a public law basis and nature of claims.'* Zie het Deskundigenbericht prof. Stephan (Productie S-084, Annex HVY-D3). Het hof heeft ook de stellingen van de Russische Federatie in dit verband volledig genegeerd (zie de paragrafen van Volova, die schrijft dat investeringsgeschillen *'must, first of all, be resolved in the national courts of one of the parties to the dispute.'*

182 Zie MvA, § 321 en de aldaar opgenomen verwijzingen.

183 Zie o.m. MvA, §§ 123–129, 149–152, 226, 318–335, waarin naar veel verschillende contemporaine bronnen wordt verwezen. Zie MvA, §§ 321; CvR, §§ 117–128; Deskundigenbericht prof. Asoskov 2017, §§ 135–139 (Productie RF-D5); Deskundigenbericht Prof. Nolte 2017, §§ 60–76 (Productie RF-D2); vonnis, rov. 5.60. Russische onderhandelaars hebben reeds ten tijde van de verdragsonderhandelingen lange lijsten ingediend waarin een groot aantal van dergelijke strijdige Russische wetten en reguleringen zijn opgenomen. MvA, § 320. Deze lijsten, aangeduid als Annex A en Annex T zien vooral op vraag of Artikel 10 verenigbaar is met het Russische recht

184 MvA, § 323.

185 MvA, § 334.

186 MvA, § 333; Deskundigenbericht prof. Avtonomov, § 96, p. 46, alwaar Prof. Bystrov wordt aangehaald (Productie RF-D4): *'Incidentally, the law on subsoil does not anticipate this possibility – the resolution of disputes, for example, in the International Commercial Arbitration Court in Stockholm. (...) when ratifying this document the parliament must reserve a special right. (...) Russia reserves its special dispute resolution system, not the one provided unconditionally and imperatively by Article 26(, ...).'*

187 MvA, § 323 en MvA, § 335. De Doema concludeerde dat inwerkingtreding van de ECT – en dus niet reeds de ondertekening – het mogelijk zou maken *'op internationaal niveau geschillen te beslechten'*.

2.6.5. Toepassingsbereik buitenlandse investeringswetten van 1991 en 1999 (rov. 4.7.46–4.7.56)

85. Het hof gaat in rov. 4.5.47, 4.7.46–4.7.56 in op de Russische wetten inzake buitenlandse investeringen van 1991 en 1999. Zoals toegelicht, berusten zijn conclusies op een onjuiste verdragsuitleg (zie subonderdeel 2.5). De Russische Federatie heeft bovendien van stonde af aan aangevoerd dat de wetten van 1991 en 1999 in dit geval niet van toepassing zijn, omdat zij uitdrukkelijk alleen zien op gevallen waarin een buitenlandse investeerder buitenlands kapitaal inbrengt.¹⁸⁸ HVY hebben echter geen geld of knowhow ingebracht op het grondgebied van de Russische Federatie (zie ook onderdeel 3.3 hierna).¹⁸⁹ HVY hebben de stellingen van de Russische Federatie over het toepassingsbereik van de wetten van 1991 en 1999 pas na de memoriewisseling in hoger beroep betwist.¹⁹⁰ In rov. 4.7.49 verwerpt het hof niettemin de stellingen over het toepassingsbereik van deze wetten. Het overweegt dat daarvoor *'geen steun [is] te vinden in de tekst van beide wetten. Een beperking tot een 'buitenlandse investeerder' of tot 'buitenlands kapitaal' is daarin niet te lezen (...)*.¹⁹¹ Het hof vervolgt dat dit evenmin volgt uit andere bronnen.

86. Het oordeel dat uit de wettekst geen beperking volgt dat buitenlands kapitaal moet worden ingebracht is zonder nadere motivering – die ontbreekt – gezien de uitdrukkelijk tekst van deze wetten onbegrijpelijk. Zo bepaalt artikel 2 van de Wet van 1991: *'foreign investments are all types of assets and intellectual valuables injected by foreign investors into objects of business and other types of activity'*. Artikel 2 van de Wet van 1999 bepaalt: *'foreign investment means the injection of foreign capital in an object of business activity in the territory of the Russian Federation'*.¹⁹²

87. Het hof had bovendien geen acht mogen slaan op verwerpen over het toepassingsbereik van de wetten die in strijd met de tweeconclusieregel eerst na memoriewisseling in hoger beroep zijn aangevoerd.¹⁹³ Nieuwe stellingen in de massale 'akte' van HVY van 26 februari 2019 hadden buiten

beschouwing gelaten moeten worden.¹⁹⁴ In ieder geval had het hof zijn oordeel moeten motiveren door in te gaan op de kritiek van de Russische Federatie op die nieuwe verwerpen van HVY en het daar-toe overgelegde deskundigenrapport.¹⁹⁵

2.7. Onjuiste uitleg van artikelen 26 en 45 ECT moet worden voorgelegd aan HvJ EU

88. Het EU-recht vereist dat lidstaten en rechterlijke instanties gemengde verdragen zoals de ECT uniform uitleggen.¹⁹⁶ Een dergelijke uniforme uitleg wordt gewaarborgd via de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU.¹⁹⁷

89. Het hof had moeten concluderen dat duidelijke en ondubbelzinnige instemming van de Russische Federatie met arbitrage ontbreekt (zie subonderdelen 2.2, 2.4, 2.5 en 2.6). Het is bovendien in strijd met EU-recht indien een rechterlijke instantie van een lidstaat een interpretatie van een 'gemengd verdrag' aanvaardt die niet strookt met de gezamenlijke interpretatie van de Commissie, de Raad en de EG-lidstaten. Het arrest moet daarom worden vernietigd.

¹⁹⁴ Het hof heeft dit zelf aangegeven in zijn tussenarrest van 18 december 2018, rov. 2.7: *'Deze laatste regel [de tweeconclusieregel] blijft, daargelaten de in de jurisprudentie op de twee conclusie-regel aanvaarde uitzonderingen, onverminderd van toepassing op de komende reactie van HVY (...)*. Zie ook arrest, rov. 1.4, 1.6 en 1.7. HVY hebben nooit serieus de argumenten van de Russische Federatie over de toepasselijkheid van deze wetten betwist. Het enkele feit dat hun deskundige een of twee nieuwe rechtsbronnen van een latere datum dan de memorie van grieven heeft gevonden kan natuurlijk niet rechtvaardigen dat de stellingen een decennium lang onbetwist zijn gebleven.

¹⁹⁵ Het hof verwijst naar een 'indicaties' in een rapport van Prof. Stephan. Het negeert evenwel ten onrechte het gevoerde verweer daartegen (Akte RF 25 juni 2019, § 92).

¹⁹⁶ De ECT is een genoemde *'mixed agreement'*. Zie MvA § 117, waarin wordt verwezen HvJ EU 14 december 2000, zaaknr. C-300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688 (*Dior*). Zie HvJ EU 8 March 2011, zaaknr. C-240/09, (*Lesoochranárske zoskupenie*), zaaknr. C-89/99, ECLI:EU:C:2001:438 (*Schieving-Nijstad vof and Others*), § 30; HvJ EU 16 november 2004, zaaknr. C-245/02, ECLI:EU:C:2001:438 (*Anheuser-Busch*), §§ 40–46 inzake de interpretatie van de TRIPS-overeenkomst. Zie met name met betrekking tot de ECT de verklaring aan het ECT-Secretariaat die is gehecht aan Besluit van de Raad en de Commissie van 23 september 1997 betreffende sluiting door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en het protocol bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee samenhangende milieuaspecten, OJ L 69/1 9.3.98, beschikbaar via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998D0181>. De relevante delen van de verklaring luiden als volgt: *'the Court of Justice of the European Communities, as the judicial institution of the Communities, is competent to examine any question relating to the application and interpretation of the constituent treaties and acts adopted thereunder, including international agreements concluded by the Communities, which under certain conditions may be invoked before the ECJ'*. Dit alles is ook volledig in overeenstemming met het beginsel van loyale samenwerking, zoals bijvoorbeeld is vastgelegd in artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

¹⁹⁷ HvJ EU 14 december 2000, zaaknr. C-300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688 (*Dior*), § 38, en zie ook zaaknr. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slovak Republic v. Achmea*), § 34 en 35.

¹⁸⁸ Zie o.m. Dagvaarding, §§ 219–221, met verwijzingen naar een deskundigenbericht dat reeds in de Arbitrages is ingebracht.

¹⁸⁹ MvA, §§ 235–239; Deskundigenbericht prof. Yarkov, §§ 9–15 (*Productie RF-D7*) en de verdere referenties, deskundigenberichten en producties die daar worden aangehaald.

¹⁹⁰ Zie MvA, §§ 238, 239; Akte RF 25 juni 2019, § 91 en de daar opgenomen verwijzingen.

¹⁹¹ Arrest, rov. 4.7.49: *'Overigens is in de stelling van de Russische Federatie geen steun te vinden in de tekst van beide wetten. Een beperking tot een 'buitenlandse investeerder' of tot 'buitenlands kapitaal' is daarin niet te lezen (...)*.

¹⁹² De Russische Federatie en haar deskundigen hebben uitdrukkelijk naar deze bepalingen verwezen. MvA, §§ 235–239; Deskundigenbericht prof. Yarkov, §§ 9–15 (*Productie RF-D7*).

¹⁹³ Zie MvA, §§ 238, 239; Akte RF 25 juni 2019, § 91. HVY hebben in eerste aanleg en in hun memorie van grieven geen verweer gevoerd tegen de stellingen die zien op het toepassingsbereik van deze wetten. Zij hebben alleen gesteld dat zij een beroep doen op artikel 26 ECT. De nieuwe stellingen van HVY staan in Akte HVY (26 februari 2019), § 220 e.v.

90. Het Scheidsgerecht, de rechtbank, het hof en andere scheidsgerichten hebben elk een andere uitleg van artikel 45 ECT onderschreven. Gezien deze uiteenlopende interpretaties zijn de uitzonderingen op de verwijzingsverplichting op grond van artikel 267 VWEU — *acte clair of éclairé* — niet van toepassing. De Hoge Raad moet op de voet van artikel 267 VWEU prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie over de uitleg van artikelen 26 en 45 lid 1 ECT met betrekking tot de onderwerpen als besproken in de subonderdelen 2.2 (duidelijke en ondubbelzinnige instemming), 2.4 (onjuiste uitleg van artikel 45 lid 1 ECT) en 2.5 (onjuiste uitleg van 'strijdig met zijn constitutie, wetten of voorschriften').

91. In deze zaak is eerder voorgesteld prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 45 ECT voor te leggen aan Hof van Justitie. HVY hadden een procedure in Frankrijk geïnitieerd om de arbitrale vonnissen ten uitvoer te leggen.¹⁹⁸ De *Cour d'appel de Paris* heeft in een tussenarrest van 27 juni 2017 voorgesteld om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, onder meer over de uitleg van artikel 45 ECT. HVY hebben echter na deze beslissing de procedure ingetrokken, waardoor de *Cour d'appel de Paris* deze vragen niet meer aan het Hof van Justitie kon voorleggen.

2.8. Tot besluit: duidelijke en ondubbelzinnige instemming met arbitrage ontbreekt (rov. 4.3–4.9)

92. Uit het voorgaande volgt dat er geen sprake was van een geldige arbitrageovereenkomst. De Russische Federatie heeft de ECT nimmer bekrachtigd. Zij is geen Verdragsluitende Partij. De Russische Federatie is dus ook niet gebonden aan het arbitragebeding in artikel 26 ECT. Artikel 45 ECT brengt evenmin mee dat zij gebonden is aan artikel 26 ECT. Het vonnis van de rechtbank is juist en moet worden bekrachtigd.

93. Het arrest bevestigt hoe dan ook dat de vermeende instemming met arbitrage niet 'duidelijk en ondubbelzinnig', noch 'vrijwillig, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud' was.¹⁹⁹ Het oordeel van het hof dat het Scheidsgerecht bevoegd was getuigt derhalve ook in dit opzicht van een *onjuiste rechtsopvatting* (zie ook subonderdeel 2.2).

94. Ten eerste: Het hof constateert zelf in rov. 4.3.4 dat 'verschil van inzicht mogelijk is' over de uitleg van artikel 45 ECT.²⁰⁰ Het hof stelt ook vast dat onder rechtsgeleerden tegenstrijdige opvattingen

bestaan over de uitleg van Russische wetgeving.²⁰¹ Hiervoor is gebleken dat het oordeel van het hof haaks staat op de opvattingen van vele respectabele derden, waaronder degenen die destijds de tekst van het verdrag opstelden,²⁰² de Europese Commissie, Raad en alle EG-lidstaten. Het oordeel van het hof wordt bestreden door gezaghebbende academici²⁰³ en andere gerenommeerde deskundigen op het gebied van het internationaal recht, waaronder voorzitters van de International Law Commission, een gerenommeerd lid van de VN Commissie voor uitbannen van rassendiscriminatie en een rechter bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.²⁰⁴ De vermeende instemming is daarom in ieder geval niet 'duidelijk en ondubbelzinnig'.

95. Ten tweede: Het Scheidsgerecht, de rechtbank en het hof kwamen elk tot zeer uiteenlopende conclusies over de uitleg van zowel artikel 45 lid 1 ECT als het Russische recht.²⁰⁵ Hetzelfde geldt overigens voor de beoordeling van arbiters in gerelateerde zaken, zoals de zaken *Yukos Capital en Luxtona*.²⁰⁶ De Russische Federatie is het volledig eens met het vonnis dat in eerste aanleg is gewezen. Hoe dan ook: het feit dat getrainde en ervaren juristen op vrijwel elk geschilpunt tot diametraal tegenovergestelde standpunten komen, bewijst dat de vermeende instemming niet 'duidelijk en ondubbelzinnig' was. In een dergelijk geval kan en mag — zo bevestigde het EHRM recent nog in de zaak *Ndayegamiye-Mporamazina tegen Switzerland* — niet worden geconcludeerd dat een soevereine staat afstand heeft gedaan van immuniteit van jurisdictie:

'59. La Cour observe d'emblée que le Tribunal fédéral et la Cour de justice ont accueilli l'exception d'immunité de juridiction soulevée par la République du Burundi, laquelle l'a de plus toujours invoquée pendant toute la procédure. En outre, elle note que trois instances nationales ont interprété la clause contenue dans l'article 8 du contrat de travail de manière très différente. Par conséquent, la Cour considère qu'il ne s'agit pas d'une clause contractuelle exprimant de mani-

198 Zie *Cour d'appel de Paris* 27 Juni 2017, publiekelijk beschikbaar op: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9023_0.pdf. Zie MvA, voetnoot 138.

199 Zie de verwijzingen aangehaald in subonderdeel 2.2. Zoals de verwijzing naar HR 26 september 2014, NJ 2015/318 (*Ecuador/Chevron*), rov. 4.4.4: 'vrijwillig, ondubbelzinnig en zonder voorbehoud'.

200 Arrest, rov. 4.3.4: 'dat verschil van inzicht mogelijk is over de strekking van de Limitation Clause en de toepassing daarvan in het licht van het recht van de Russische Federatie'.

201 Zie o.m. arrest, rov. 4.7.22: 'Voor zover uit de (...) aangehaalde publicaties (...) al de opvatting naar voren komt dat een voorlopig toegepast verdrag geen voorrang kan hebben boven een federale wet', rov. 4.7.35: 'ook al bestaat daarover geen unanimititeit'.

202 Zie subonderdeel 2.4, in het bijzonder § 46 (verdragsuitleg) en §§ 63 en 84 (nationaal recht) hiervoor.

203 Zie bijvoorbeeld het boek van Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach hierboven genoemd in § 50.

204 Zie de deskundigenberichten van Prof. Nolte, Prof. Pellet, Prof. Avtonomov en Prof. Nussberger.

205 Ook tussen de beoordeling van arbiters en het hof bestaan grote verschillen. Zie o.m. arrest rov. 4.5.10, alwaar het hof de verdragsuitleg van het Scheidsgerecht expliciet verwerp. Ook de beoordeling van het Russische recht wijkt af van die van het Scheidsgerecht. Zie bijv. rov. 4.7.28 (hof gaat anders dan arbiters uitvoerig in op artikel 15 lid 4 van de Grondwet), arrest rov. 4.7.35 (hof oordeelt dat alle investeringsgeschillen privaatrechtelijk zouden zijn) en 4.7.52 (hof oordeelt in afwijking van arbiters dat artikel 9 lid 2 van de Wet van 1991 niet relevant is).

206 De Yukos Capital arbiters waren zelfs niet in staat om onderling overeenstemming te bereiken.

*ère expresse, claire et non équivoque l'intention de la République du Burundi de renoncer à son immunité de juridiction. (...) Dans de telles circonstances, la Cour est d'avis que le Tribunal fédéral pouvait présumer que la clause en question n'était pas la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de la part de la République du Burundi. Dès lors, la condition d'un consentement exprès prévue par l'article 7 § 1 b) de la CNUJIE faisant défaut dans la présente affaire, il s'ensuit que la République du Burundi n'a pas renoncé à son immunité de juridiction.*²⁰⁷

96. Ten derde: HVY hebben tijdens de bevoegdheidsfase van de Arbitrageprocedures US\$ 26 miljoen aan advocatenkosten uitgegeven.²⁰⁸ Bovendien hebben ze vooraanstaande hoogleraren op het terrein van verdragsuitleg ingehuurd, zoals prof. Reisman van Yale Law School en prof. Crawford (raadsheer bij het IGH sinds 2015). Ze huurden daarnaast vooraanstaande juristen in die persoonlijk betrokken waren bij de ECT-onderhandelingen, zoals de heer [naam 14].²⁰⁹ HVY hebben meer dan US\$ 1,2 miljoen betaald aan dr. [naam 16], een voormalige specialist van het Russische Ministerie van Buitenlandse Zaken.²¹⁰ De bevoegdheidsfase van de arbitrage heeft bijna 5 jaar geduurd. In de loop van die jaren heeft geen van de vele knappe koppen op enig moment de verdragsuitleg verdedigd of zelfs maar geopperd die pas in hoger beroep voor het eerst is aangevoerd en door het hof uiteindelijk is aanvaard. Hetzelfde geldt ten aanzien van de steeds wisselende standpunten van HVY over Russisch recht.²¹¹ Ook dit bewijst dat de vermeende instemming niet 'duidelijk en ondubbelzinnig' was.

3. *Scheidsgerecht was onbevoegd omdat hvy geen 'investering' hebben gedaan en geen 'investeerders' zijn in de zin van artikel 1 en 26 ECT (rov. 5.1)*

3.1. Inleiding

97. De Russische Federatie heeft gesteld dat het Scheidsgerecht onbevoegd was, omdat dit geschil niet valt onder de reikwijdte van artikel 26 ECT. Artikel 26 ECT is een arbitragebepaling die voorziet in geschilbeslechting tussen investeerders en Staten (*Investor-State Dispute Settlement*, of: 'ISDS'). Artikel 26 ECT is blijkens het eerste en derde lid slechts van toepassing op grensoverschrijdende geschillen: '*[d]isputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the territory of the former (...)*'.

98. Artikel 26 ECT beoogt een 'transparant juridisch kader voor buitenlandse investeringen' te reali-

seren.²¹² In de woorden van de Nederlandse wetgever: de ECT scheidt een 'aantrekkelijk regime voor buitenlandse investeerders'.²¹³ Volgens het Secretariaat van het Europees Parlement bestaat 'ISDS als concept' slechts omdat 'ontwikkelingslanden de verwachting hebben (...) dat [geschilbeslechtsmechanismen] het aantrekken van buitenlandse investeringen faciliteert'.²¹⁴ Dat is de basale gedachte die ten grondslag ligt aan elke ISDS-bepaling: een Staat stemt alleen in met arbitrage indien het in ruil daarvoor buitenlandse investeringen ontvangt.

99. Dit geschil tussen HVY en de Russische Federatie ziet niet op een 'buitenlandse investering' of een 'buitenlandse investeerde'.²¹⁵ Het gaat hier om een geschil tussen de Russische Oligarchen en de Russische Federatie over het ontduiken van Russische belastingen door een Russische oliemaatschappij.

100. Deze zaak gaat dus in wezen over een binnenlands Russisch geschil. HVY kunnen niet worden aangemerkt als 'investeerder van een andere Verdragssluitende Partij' in de zin van artikel 26 lid 1 ECT. HVY zijn schijnvennootschappen die hooguit fungeerden als doorgesluikeren voor een U-bochtinvestering van de Russische Oligarchen. Bovendien hebben HVY niet aangetoond iets betaald te hebben voor hun Yukosaandelen. Evenmin hebben zij uit het buitenland afkomstig kapitaal ingebracht in Yukos of een economische bijdrage geleverd aan de Russische economie. Integendeel, zij hebben precies het tegenovergestelde gedaan door met behulp van belastingfraude verkregen miljarden uit de Russische Federatie weg te sluisen (zie subonderdeel 3.4).

101. Hiertoe heeft de Russische Federatie – samengevat weergegeven – het volgende aangevoerd. In cassatie kan – minst genomen veronderstellenderwijs – van de juistheid van de stellingen van de Russische Federatie worden uitgegaan. Zij zijn namelijk ofwel door HVY erkend of niet gemoti-

212 Europees Energiehandvest 1991, Deel II, Afdeling 4 (nadruk toegevoegd). De ECT is specifiek in het leven geroepen om de 'doelstellingen' van het Europees Energiehandvest van 1991 ten uitvoer te brengen, zoals weergegeven in artikel 2 van de ECT (waarin het 'Doel van het Verdrag' wordt genoemd), de onderhandelingsgeschiedenis en een uitgebreide toelichting. Zie ook Dagvaarding, §§ 61; CvR, § 227; MvA, § 671; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 119.

213 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 545 (R 1560), nr. 3, § 2.2.8 (cursivering toegevoegd).

214 Secretariaat van het Europees Parlement, directoraat-generaal Extern beleid, *ISDS: Provisions in the EU's International Investment Agreements*, EXPO/B/JINTA/2014/08-09-10 (september 2014) (cursivering toegevoegd), online raadpleegbaar via: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU%282014%29534979%28ANN01%29_EN.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 13 mei 2020).

215 Dagvaarding, §§ 1, 4-6, 9, 15, 67, 80, 101 (b), 248, 255, 258, 260, 262-276 (met name §§ 262, 268, 274, 276); CvR, §§ 220, 222, 224.a-d, 227-251, 832; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 31-39; MvA, §§ 504, 507-509, 642-648; Akte RF 25 juni 2019, §§ 251, 253, 255; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 114-123, 126, 138; Appelpleitnota (openbare orde), 24 september 2019, §§ 8-9; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 4 laatste gedachtestreepje, 118-128.

207 EHRM 5 februari 2019, zaaknr. 16874/12, (*Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*).

208 Final Awards, slotoverwegingen inzake kosten.

209 HVY hebben nooit een Deskundigenbericht [naam 14] ingediend. Hieruit blijkt dat [naam 14] het niet eens was met de standpunten die zij in de Arbitrageprocedures naar voren brachten. Zie MvA, § 133.

210 Zie MvA, § 391.

211 Zie o.m. MvA, §§ 390-396 inzake de Russische Grondwet.

veerd betwist, ofwel door het hof – ten onrechte dan wel onbegrijpelijk – als irrelevant buiten beschouwing gelaten.

a. In 1995 en 1996 hebben de Russische Oligarchen hun Yukosaandelen onrechtmatig verkregen voor een fractie van de werkelijke waarde door veilingen te manipuleren. Daartoe hebben zij honderden miljoenen dollars aan steekpenningen (ten minste USD 613,5 miljoen) toegezegd aan Russische ambtenaren die vóór de privatisering Yukos bestuurden en die een sleutelrol vervulden bij de privatisering van Yukos ('Red Directors').²¹⁶

b. Van 1995 tot 2002 hebben de Russische Oligarchen hun eigendom van en zeggenschap over de Yukosaandelen met behulp van een uitgebreid netwerk van schijnvennootschappen – waarvan HVY deel uitmaakt – verborgen gehouden.²¹⁷ Uit een niet-betwist deskundigenbericht van prof. Kothari²¹⁸ blijkt dat zij gebruik maakten van ten minste 'zeven-enzestig afzonderlijke transacties waarbij eenentwintig verschillende vennootschappen betrokken waren'.²¹⁹ Het oprichten van de schijnvennootschappen was 'uitbesteed' aan de vennootschap *SP Russian Trust & Trade* ('RTT'). RTT stond onder de volledige zeggenschap van de Russische Oligarchen.²²⁰ Op deze manier hebben HVY uiteindelijk de Yukosaandelen verkregen. Uit het deskundigenberichten van prof. Kothari blijkt dat de ondoorzichtige transacties ertoe strekten de illegale verkrijging en de zegen-

schapsverhoudingen te verhullen, mede om deprivatisering van Yukos te voorkomen.²²¹

c. Hulley en VPL zijn opgericht in de 'low tax jurisdiction' Cyprus.²²² HVY's getuigen bevestigen dat aan die oprichting vooral fiscale motieven ten grondslag lagen.²²³ HVY zorgden ervoor dat de met grootschalige belastingontduiking verkregen winsten van Yukos naar het buitenland werden weggesluisd, zonder betaling van de verschuldigde Russische dividendbelasting.²²⁴ Het Scheidsgerecht heeft vastgesteld dat de Russische Oligarch [naam 2] daartoe persoonlijk namens Hulley valse belastingaangiftes heeft gedaan.²²⁵ Op die manier werven voor vele honderden miljoenen aan dividendbelasting ontdoken in strijd met Russisch en Cypriotisch belastingrecht en het belastingverdrag tussen Rusland en Cyprus. Bovendien werd door dit wegsluizen van

216 CvR, §§ 28 (a) onder (v); Pleitnota 9 februari 2016, §§ 44 en 59; MvA, §§ 530–538 met verwijzingen; Akte RF 25 juni 2019, hoofdstuk II.B(c), met name §§ 164–186 met verwijzingen; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 37–47; Appelpleitnota (openbare orde), 24 september 2019, § 8; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 100–102, 108–116; Deskundigenbericht prof. Pieth 2019 (*Productie RF-D27*), §§ 53–60.

217 Dagvaarding, §§ 42, 430; CvR, § 28 onder (xiii) en (xviii); Pleitnota 9 februari 2016, § 30 (met verwijzing naar *Productie RF-200* en *Productie RF2021*; MvA, §§ 13, 18, 452 eerste, 510 onder (b), 550, 555–557, 708; Akte RF 25 juni 2019, §§ 18, 196–199 (met verwijzing naar *Productie RF-D15*); Appelpleitnota (openbare orde), 24 september 2019, §§ 53–57; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 110, 111 voetnoot 158.

218 Deskundigenberichten van prof. Kothari uit 2015 (*Productie RF-202*) en 2017 (*Productie RF-D15*). Pleitnota 9 februari 2016, §§ 30, 44, MvA, §§ 452 eerste punt, 555, 557, 631, 729, 1237, 1240; Akte RF 25 juni 2019, §§ 149, 196–198; Appelpleitnota (openbare orde), 24 september 2019, §§ 25, 53–57; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, § 111. Prof. Kothari is *Chief Economist* van de U.S. Securities Exchange Commission sinds februari 2019.

219 Deskundigenbericht prof. Kothari uit 2017 (*Productie RF-D15*), § 45.

220 Zie in dit verband in het bijzonder de lezenswaardige en inhoudelijk niet betwiste getuigenverklaring van [naam 17], de directeur van RTT (*Productie RF-200*).

221 Pleitnota 9 februari 2016, § 47; MvA, §§ 507, 510.b, 546, 559, 620–632, 633–648, 666, 708, 710, 729, 731, 1240; Akte RF 25 juni 2019, §§ 195 onder (i), 198–199, 220, 300, 312; Appelpleitnota (openbare orde), 24 september 2019, §§ 4 derde gedachtestreepje, 53–57, 128; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, § 110. Zie de Deskundigenberichten van prof. Kothari (*Productie RF-202* en *Productie RF-D15*) en de bevestiging hiervan in de getuigenverklaringen van [naam 17] en [naam 18] (*Producties RF-200* en *201*) die destijds als managers van RTT in opdracht van de Russische Oligarchen voor deze transacties verantwoordelijk waren.

222 HVY gebruiken zelf de woorden 'low tax jurisdiction', zie Akte HVY 26 februari 2019, § 1093. Cyprus werd destijds gezien als een zogenaamd 'belastingparadijs' in verband met het misbruik van de regelgeving door schijnvennootschappen. OECD heeft Cyprus pas in oktober 2015 van de lijst met belastingparadijzen gehaald.

223 Akte RF 25 juni 2019, §§ 207–209.

224 Dagvaarding, §§ 43, 95 (d), 248, 255 (d), 261; CvR § 13, 28 (b), 28 (xvi), 29, 222 (b), 224 (e), 266; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 40, 47–49; MvA, §§ 510 (b), 510 (d), 546–577, 602, 607–609, 646–647; Akte RF, §§ 202–214, 239; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 58–66, 74, 125, 128, 131, 135, 137–138; Appelpleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 93.

225 MvA, § 568; Akte RF 25 juni 2019, §§ 204, 210, 211, 212 (a); Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 64 en 66.

geldende inning van vele miljarden aan door Yukos ontdoken Russische belasting verhinderd.²²⁶

d. De Russische Oligarchen hebben van meet af aan (1995/1996) steeds als enigen de zeggenschap over de Yukosaandelen gehad en zij mengden zich rechtstreeks in de zakelijke aangelegenheden van HVY en hun aandeelhouder GML.²²⁷ Zo gaven zij de instructie dat de statuten van schijnvennootschappen zoals HVY zo moesten worden vormgegeven dat de formele bestuurders geen rol van betekenis zouden kunnen spelen. Deze werden veelzeggend als 'impotent director' omschreven.²²⁸ Zo werd de vennootschap VPL bestuurd door de Cyriotische dienstverlener Excel-Serve. Uit interne stukken van de Russische Oligarchen blijkt dat deze dienstverlener personen zou aanleveren die zouden doen alsof zij vennootschappen bestuurden door stukken te ondertekenen ('appear to be managing the companies').²²⁹ De formele bestuurders en aandeelhouders

hadden feitelijk en juridisch geen enkele zeggenschap over HVY.²³⁰

e. HVY hebben erkend nooit (bedrijfs)activiteiten op Cyprus respectievelijk op Isle of Man te hebben ontplooid, anders dan het 'houden' van de Yukosaandelen.²³¹ HVY hadden en hebben geen eigen werknemers, geen kantoor, geen ondernemingsactiviteiten; zij hebben zelfs nooit een eigen briefbus gehad.²³² Op hun formele vestigingsadres zijn ook honderden andere vennootschappen gevestigd.²³³ HVY fungeerden van meet af aan slechts als verhullend front en als doorgefluikt²³⁴ van de Russische Oligarchen.²³⁵

f. HVY hebben niet aangetoond dat zij ooit iets hebben betaald voor de Yukosaandelen of anderszins met buitenlands kapitaal een werkelijke bijdrage hebben geleverd aan Yukos of de Russische economie. Als HVY al ooit betalingen hebben verricht voor hun Yukosaandelen, geschiedde dit met behulp van nimmer ingewisselde orderbrieven (*promissory notes*)²³⁶ of met gelden die afkomstig zijn uit de Russische Federatie van de Russische Oligarchen. HVY hebben dus geen economische bijdrage aan Yukos of Rusland als 'gastland' geleverd.²³⁷ Er is

226 Zo hebben HVY begin 2003 nog een dividenduitkering van USD 2 miljard in ontvangst genomen. Daardoor frustreerden zij de mogelijkheid voor Yukos om de verschuldigde belasting over haar illegaal (want met grootschalige belastingontduiking) verkregen winsten alsnog, of op zijn minst gedeeltelijk te voldoen; zie Dagvaarding, §§ 43, 95 (d), 248, 255 (d); CvR, §§ 28(b), 28 (xxi), 29, 224 (e), 266; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 40, 47-48; MvA, §§ 510 (b), 510 (d), 546-554, 560-577, 602, 607-609, 646-647; Akte RF, §§ 202-214, 239; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 58-66, 74, 125, 128, 131, 135, 137-138; Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, § 93. Dat Yukos grootschalige belastingontduiking heeft gepleegd en zij daarvoor alsnog terecht is aangeslagen, is niet alleen beslist door de hoogste Russische belastingrechter, maar ook bevestigd in twee afzonderlijke zaken door het EHRM, telkens met verwerping van het beroep bij de Grote Kamer. Zie Dagvaarding, §§ 2, 51-57, 92, 94, 283, 318, 324, 341, 344-348; CvR, §§ 278 (f), 317-319, 686, 691, 704-706, 715, 724, 727-728, 730, 816, 819, 827, 836-842; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 48, 56; MvA, §§ 14, 591, 594-597, 785, 831-832, 838 (g), 838 (h), 1142, 1151, 1205 (b); Akte RF, §§ 215 voetnoot 577, 238, 337-339, 438, 443; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 67-72; Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, § 130. Zie eerste EHRM-arrest (RME-3328 en *Productie RF-03.2.C-23328*) en het tweede EHRM-arrest (*Productie RF-04*).

227 Dagvaarding, §§ 1, 26, 41, 42, 66, 255, 259, 260, 274, 276; CvR, §§ 12, 252-257, 270 (met verwijzing naar de Appendix bij Interim Awards, o.a. opgenomen in MvA, § 634); Pleitnota 9 februari 2016, §§ 28-30, 46-48; MvA, §§ 18, 514, 557, 559, 620-632, 636, 637, 642-647, 1246f, 1247 (beide met bewijsaanbod); Akte RF, §§ 121-149 (met verwijzing naar fax d.d. 16 februari 1998 van Prokofiev, (*Productie RF-440*)), 255, 311, 321, 322; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, hoofdstuk IV; Appelleitnota (dupliek) 30 september 2019, §§ 118-122.

228 Fax van Prokofiev, d.d. 16 februari 1998 (*Productie RF-440*); Zie de getuigenverklaring van [naam 17] (*Productie RF-200*); Akte RF 25 juni 2019, §§ 123, 128, 133, 154 (i), 195 (iii), 211, 255, 321; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 87-90; Appelleitnota (dupliek) 30 september 2019, §§ 118-122.

229 Zie o.m. Akte RF 25 juni 2019, § 144, onder verwijzing naar de e-mail van Panos Papadopoulos aan Curtis & Co van 19 januari 2004 (*Productie RF-471*), 'The whole basis of the agreement between GML and Excel is [for Excel-Serve] to act as front runners to the Cyprus companies of the group, i.e. to provide individuals who act as directors to these companies and for these individuals to appear to be managing the companies by administering their bank accounts and signing all agreements and contracts.'

230 Dagvaarding, §§ 50, 222 (b), 257, 276; CvR, §§ 224 (e), 252-257; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 27-30, 44-48; MvA, §§ 514, 565, 636-637, 642-645, 661, 665-669; Akte RF 25 juni 2019, §§ 123, 128, 145, 195 (iii), 211, 255, 311, 321; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, hoofdstuk IV.A.(b) en B; Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 118-122.

231 Dagvaarding, §§ 255 en 257; Brief van de Claimant aan het Scheidsgerecht d.d. 3 november 2006; Hulley Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 288; YUL Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 287; VPL Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 290.

232 Dagvaarding, §§ 248, 257-261 en voetnoot 302; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 27, 47, 49; MvA, §§ 561, 565, 577, 661, 662, 676 ('op papier eigenaar'); Akte RF 25 juni 2019, §§ 202, 207, 220, 254; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 59, 60, 137; Zie de verklaring van Achilles van 17 november 2017 (*Productie RF-G5*), §§ 4-5; kantoorfoto's, verklaring van Achilles van 17 november 2017 (*Productie RF-G5, Bijlagen 2-5*). HVY hebben in de arbitrage toegegeven dat zij geen bedrijfsactiviteiten hebben verricht, anders dan het houden van de Yukosaandelen: Brief van de Claimant aan het Scheidsgerecht d.d. 3 november 2006; Hulley Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 288; YUL Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 287; VPL Counter-memorial on Jurisdiction and Admissibility, § 290.

233 Dagvaarding, §§ 257-261; MvA, §§ 662, 663.

234 Dagvaarding, § 276; MvA, § 701. Zie verder de verwijzingen bij voetnoten 230 en 232.

235 Zie de verwijzingen bij voetnoot 230.

236 Dagvaarding, §§ 41; MvA, § 708; Akte RF 25 juni 2019, § 233: Yukos maakte gebruik van orderbrieven voor de betaling van allerlei (olie)transacties tussen de verschillende concernvennootschappen. Yukos was weinig transparant over het gebruik van deze orderbrieven om te voorkomen dat derden inzicht kregen in de transacties. [accountant] was van oordeel was dat Yukos op dit punt in strijd met de wet handelde (RME-269, p. 10). Dit had [accountant] ook duidelijk gemaakt aan Yukos. Eerste EHRM Uitspraak (RME-3328), § 208: '[The report] also noted that the applicant company's accounting policy in respect of the operations involving promissory notes had been incompatible with the legislation in force and provided a distorted view of the company's activities.'

237 Dagvaarding, §§ 20 (b), 101 (b); MvA, §§ 18, 655, 701, 708-709; Akte RF 25 juni 2019, §§ 296, 300; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 124.

hooguit sprake geweest van een papieren kasrondje.

In 2003 hebben de Russische Oligarchen hun concernstructuur gewijzigd door nog diverse trusts te plaatsen tussen zichzelf en HVY.²³⁸ De Russische Oligarchen waren zowel *settlor*, *protector* als *beneficiary* van deze trusts. De trusts werden formeel bestuurd door een trustee. Als protector dienden zij echter toestemming te verlenen voor alle belangrijke transacties en konden zij de trustee naar believen ontslaan en vervangen.²³⁹ Daarmee is de eigenomsstructuur de facto ongewijzigd gebleven.²⁴⁰ h. Vanaf 1995/1996 hebben de Russische Oligarchen steeds de werkelijke zeggenschap over de Yukosaandelen²⁴¹ gehad en bleven zij steeds de economische begunstigen.²⁴² Dit is bevestigd door verschillende getuigen, waaronder de Russische Oligarch [naam 7].²⁴³ De Russische Oligarchen waren en blijven ook de economische belanghebbenden bij deze procedure.²⁴⁴ De Russische Oligarch [naam 3] heeft dit erkend in de Arbitrages.²⁴⁵ Hij maakt nu aanspraak op circa USD 30 miljard (van de USD 50 miljard), vermeerderd met rente, op grond van aandelen die onrechtmatig zijn verkregen.²⁴⁶

238 De gewijzigde concernstructuur per oktober 2003 is weergegeven in Appendix bij de Interim Awards.

239 Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 77–81, en de aldaar opgenomen verwijzingen naar eerdere processtukken.

240 De topadviseurs van de Russische Oligarchen hebben toegegeven dat de 'ownership structure' van HVY 'unchanged in practice' is gebleven. Zie Akte RF 25 juni 2019, § 133 (ii) en *productie RF-445* daarbij.

241 Zo heeft de Russische Oligarch [naam 3] persoonlijk de betaling van steekpenningen ter hoogte van vele honderden miljoenen door YUL (de Y van HVY) geaccordeerd. Voor meer voorbeelden, zie Akte RF 25 juni 2019, §§ 128 e.v. Zie ook MvA, §§ 636–646.

242 Dagvaarding, hoofdstuk II.a – c, met name § 30 – 50 en 257–261; CVR, §§ 252 – 257; Pleitnota 9 februari 2016, § 44; MvA, hoofdstuk III-C, met name §§ 636, 642, 644–645, 647 en §§ 661, 665–668, 708, 750, 1237; Akte RF 25 juni 2019, §§ 122, 149, 253, 255, 300, 311, 321–322, 391, 458; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 75–77, 128, 134.

243 MvA, §§ 642–645; Zie ook Akte RF 25 juni 2019, §§ 128 e.v., waarin bijv. wordt ingegaan op de toenmalige notulen van GML's international advisory board waarin valt te lezen: 'the current ownership structure' 'remain[ed] largely unchanged in practice'. Zie de getuigenverklaring van [naam 17] (*Productie RF-200*) en de getuigenverklaring van [naam 18] (*Productie RF-201*).

244 Zie de vindplaatsen bij voetnoot 242.

245 Zie CVR, § 256; [naam 3] Testimony, Dag 7, 206:1–4. 'If Claimants prevail [HVY in the arbitrations], it would mean there would be additional input of money into GML, so the volume of financial resources in the trusts where I am a beneficiary would be larger. So perhaps my requests for the trustee would increase as a beneficiary.'

246 Dagvaarding, § 50; [naam 3] Testimony, Transcript, Dag 8, bij 198:13–199:19. Beweerdelijk heeft hij de aandelen van [naam 1] overgenomen; zie MvA, § 645; Zie ook Radio Free Europe, *Former Yukos Official Satisfied With Court Award*, (29 juli 2014) (*Productie RF-67*), [naam 3] stelde dat hij tevreden was met de aan hem in de Final Awards toegekende schadevergoeding voor een bedrag van USD 50 miljard, stellende dat: 'his Group Menatep Limited (GML), the holding company for Yukos's main owners in which [naam 3] has a 70-percent stake, was seeking more than \$100 billion but 'it is impossible to say that we are not satisfied with the \$50 billion.'

3.2. De ECT beschermt geen binnenlandse investeringen, ook niet als deze worden omgeleid via schijnvennootschappen (rov. 5.1.5–5.1.8)

3.2.1. De beoordeling van het hof in rov. 5.1.5–5.1.8

102. Het hof kent bij zijn uitleg van de ECT 'de belangrijkste rol' toe aan een tekstuele uitleg van de definities in artikel 1 leden 6 en 7 ECT.²⁴⁷ Het heeft daarom de gewone betekenis van de tekst van deze definities tot 'uitgangspunt'²⁴⁸ genomen. Het hof heeft vervolgens onder verwijzing naar de incorporatieleer geoordeeld dat HVY als *investor* in de zin van de ECT zijn aan te merken, *louter* omdat HVY zijn opgericht²⁴⁹ volgens het recht van Cyprus respectievelijk Isle of Man (rov. 5.1.6, 5.1.7.2 en 5.1.7.3). Op basis van datzelfde grammaticale uitgangspunt heeft het hof voorts beslist dat de Yukosaandelen als 'investering' in de zin van de ECT zijn aan te merken, *louter* omdat die de formele eigendom van HVY waren geworden (rov. 5.1.6, 5.1.7.4). Het is volgens het hof niet relevant wie feitelijk de volledige zeggenschap had of heeft over de Yukosaandelen, noch of de pretense 'investeerder' zelf ooit iets heeft betaald voor zijn 'investering' of anderszins een economische bijdrage heeft geleverd op Russisch grondgebied (rov. 5.1.7.4). Artikel 17 ECT leidt volgens het hof niet tot de conclusie dat schijnvennootschappen, die als louter pretense investeerders steeds zijn gecontroleerd door onderdanen van het gastland, buiten het begrip investeerder van artikel 1 ECT vallen (rov. 5.1.8.4). Het hof oordeelt dat HVY alleen dan geen bescherming op grond van de ECT zou toekomen als zij de Yukosaandelen zouden hebben verworven met als voornaamste doel het aanhangig maken van een arbitrage onder de ECT (rov. 5.1.8.6).

3.2.2. Hof hanteerde een onjuiste uitlegmaatstaf

103. Deze oordelen van het hof getuigen van een onjuiste rechtsopvatting of zijn ontoereikend gemotiveerd in het licht van de in § 101 hiervoor weergegeven feitelijke stellingen van de Russische Federatie. De oordelen zijn namelijk ten onrechte gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van slechts een gedeelte van de tekst van de ECT, namelijk alleen op gedeeltes van de definities van artikel 1, leden 6 en 7 ECT. Een dergelijke uitleg is in strijd met artikel 31, lid 1, WVV.²⁵⁰

104. Volgens artikel 31 lid 1 WVV moet een verdrag namelijk (i) 'te goeder trouw' worden uitgelegd, (ii) overeenkomstig 'de gewone betekenis' van de termen in het verdrag (iii) in hun 'context' en (iv)

247 Arrest, rov. 4.2.2, waarnaar het hof verwijst in rov. 5.1.5.

248 Arrest, rov. 4.2.2, eerste volzin en 5.1.6, eerste volzin.

249 *Organised* als bedoeld in artikel 1 lid 7 letter a onder (ii) ECT. Het hof gebruikt ook de term 'georganiseerd' in Arrest, rov. 5.1.7.2.

250 Door het scheidsrecht in *TSA Spectrum/Argentina* (ICSID zaaknr. ARB/05/5, 19 december 2008, § 145) bijvoorbeeld bekritiseerd als 'strict constructionist' en 'strict literal interpretation' (*Productie RF-74*).

in het licht van 'voorwerp en doel' van het verdrag. Deze vier elementen (samen met de statenpraktijk en de algemene rechtsbeginselen, als bedoeld in artikel 31 lid 3 WVV) moeten gelijkwaardig en in onderlinge samenhang worden toegepast, dus niet apart of volgordelijk.²⁵¹

105. Het hof heeft (in rov. 5.1.6) zijn uitleg van artikel 1, leden 6 en 7 ECT echter slechts, althans voornamelijk, gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van een gedeelte van 'de tekst' en 'de [beveerdelijk] gewone betekenis die aan de bewoordingen toekomt'. Het heeft vervolgens geconcludeerd dat HVY 'tekstueel' (naar de letter) voldoen aan de eisen van de definities. Na die aldus reeds getrokken conclusie is het hof vervolgens²⁵² gaan beoordelen (in o.m. rov. 5.1.7.2–5.1.7.4) of bepaalde argumenten van de Russische Federatie konden afdoen aan zijn reeds getrokken conclusie. Het heeft die argumenten ofwel verworpen, ofwel niet relevant geacht op basis van zijn eigen grammaticale 'uitgangspunt'.²⁵³ Het hof heeft derhalve ten onrechte de vier door artikel 31 lid 1 WVV genoemde uitlegcriteria niet als

gelijkwaardig en in hun onderlinge samenhang toegepast.²⁵⁴

106. Het hof heeft evenzeer ten onrechte de op grond van artikel 31 lid 3 WVV in aanmerking te nemen latere statenpraktijk 'weinig gewicht' toegekend, omdat het hof de juiste uitleg al op de voet van artikel 31 lid 1 WVV zou hebben vastgesteld (rov. 5.1.8.11). Deze uitlegmethode is onjuist, omdat op grond van artikel 31, lid 3, WVV ook met de (latere) statenpraktijk rekening moet worden gehouden.²⁵⁵

107. Kortom: het oordeel van het hof kan reeds geen standhouden omdat het de verkeerde uitlegmaatstaf heeft gehanteerd voor de uitleg van een verdrag als de ECT. In elk geval heeft het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Dat het hof bij zijn uitleg van het ECT artikel 31 WVV verkeerd heeft toegepast, zal hierna in §§ 108–122 nader worden toegelicht.

251 Deskundigenbericht prof. Pellet van 9 november 2017 (Productie RF-D16), § 10: 'Article 31 VCLT was very deliberately entitled: 'General Rule [in the singular] of interpretation'. This implies that its various elements form an integrated whole. Therefore, a word or a phrase in a sentence cannot be isolated from its context on the one hand, nor can the object and purpose of the treaty be overlooked as made clear by paragraph 1 of Article 31'; HVY's deskundige, Jan Klabbers, accepteert deze stelling ook in zijn deskundigenbericht met betrekking tot de voorlopige toepassing, zie Deskundigenbericht prof. Klabbers van 9 maart 2017 (Productie HVY-D2), §§ 48–49: 'In the end, the general rule is comprehensive, and makes clear that reading a provision is not a matter of only looking at the words with a dictionary at hand: the general rule specifically states that the terms must be taken in their context..., and in light of what the treaty aims to achieve (object and purpose). All of this must take place, by anyone concerned ... in good faith.'

252 Zie arrest, rov. 5.1.7: 'Het hof zal hieronder ingaan op de diverse argumenten die de Russische Federatie heeft aangevoerd voor haar stelling dat het Scheidsrecht onvoldoende oog heeft gehad voor de andere in art. 31 WVV genoemde uitlegregels (...).

253 In arrest, rov. 5.1.7.2 stelt het hof in de eerste en laatste twee volzinnen zijn eerdere louter grammaticale uitleg voorop, zonder acht te slaan op de gewone betekenis van de woorden 'investment' en 'investor' en de overige criteria van artikel 31 WVV. In 5.1.7.3 verwerpt het hof het beroep van de Russische Federatie op het doel van de ECT met een beroep op de tekst van de ECT (over het voorwerp van de ECT reeft het hof niet), zie: '(...) bepaalt de ECT echter precies (...) en (...) de bewoordingen van de art. 26 ECT (...)'. In EA rov. 5.1.7.4 acht het hof het beroep op de *Understanding* bij artikel 1 lid 6 niet relevant omdat de tekst van artikel 1 lid 6 bepaalt wat onder investering wordt verstaan.

254 Dagvaarding, §§ 134, 248–256, 263, 285; CvR, §§ 222 (a), 226–251, 286, 420; MvA, §§ 63, 379, 671–684, 796; Akte RF 25 juni 2019, §§ 25, 251, 256–272, 332; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 116–126; Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, § 85–89; Zie bijvoorbeeld *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID zaaknr. ARB/02/3, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 21 oktober 2005, § 91: 'Interpretation under Article 31 of the Vienna Convention is a process of progressive encirclement where the interpreter starts under the general rule with (1) the ordinary meaning of the terms of the treaty, (2) in their context and (3) in light of the treaty's object and purpose, and by cycling through this three step inquiry iteratively closes in upon the proper interpretation. In approaching this task, it is critical to observe two things about the general rule of interpretation found in the Vienna Convention. First, the Vienna Convention does not privilege any one of these three aspects of the interpretation method. The meaning of a word or phrase is not solely a matter of dictionaries and linguistics. (...) Rather, the interpretation of a word or phrase involves a complex task of considering the ordinary meaning of a word or phrase in the context in which that word or phrase is found and in light of the object and purpose of the document.'; *The Canadian Cattlemen for Free Trade v. United States of America*, NAFTA Chapter 11/UNCITRAL, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 28 januari 2008, § 116, n. 1: 'Article 31 [VCLT] establishes no hierarchy or priorities as to the relevance of the particular sources of meaning referred to therein'.

255 Vgl. Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, Springer 2018, p. 593, § 70; *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada (II)*, ICSID zaaknr. ARB/15/6, vonnis inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid d.d. 13 juli 2018, § 158: 'In accordance with the principle enshrined in Article 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, the subsequent practice of the parties to a treaty, if it establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty, is entitled to be accorded considerable weight.'; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, vonnis d.d. 13 december 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 1045, at pp. 1075–1076, § 49 ('The importance of such subsequent practice in the application of the treaty, as an element of interpretation, is obvious; for it constitutes objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty.') (citerend uit het commentaar van de Commissie voor Internationaal Recht op wat destijds artikel 27 van het ontwerp van de WVV was, Yearbook of the International Law Commission, 19, vol. II, p. 241, § 15).

3.2.3. De verdragsuitleg van het hof is onjuist (artikel 31 WVV)

108. Het voorgaande wordt nader toegelicht en uitgewerkt door in te gaan op de verschillende elementen van artikel 31 WVV.

109. Bij zijn oordeel op basis van de definities in artikel 1 ECT, heeft het hof de *gewone betekenis van de termen* in het Verdrag miskend.

110. Dat een verdrag definities bevat of voorbeelden van mogelijke investeringen, doet niets af aan de gewone intrinsieke betekenis van de begrip-*pen* investering en investeerder.²⁵⁶

111. Verschillende scheidsgerichten hebben daarom bij de uitleg van artikel 26 ECT terecht de gewone, intrinsieke betekenis van de term investering en investeerder in aanmerking genomen.²⁵⁷ Die houdt in dat een partij gedurende een bepaalde tijd een economische bijdrage levert en een zeker risico

loopt.²⁵⁸ Daarvan is in dit geval blijkens de (minst genomen veronderstellenderwijs) vaststaande feiten die zijn weergegeven in § 101 geen sprake. Het oordeel van het hof is daarmee rechtens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd in het licht van die feiten.

112. Het hof heeft ook ten onrechte geen of onvoldoende betekenis toegekend aan *voorwerp en doel* van de ECT. Het hof oordeelt zonder toelichting dat uit het doel niet zou volgen dat nadere vereisten zijn gesteld aan de buitenlandse herkomst van de investering.²⁵⁹

113. Het Europees Energiehandvest van 1991 had evenwel uitdrukkelijk als doel en voorwerp het creëren van: 'a stable, transparent legal framework for foreign investments'.²⁶⁰ Dit geldt ook voor de ECT zelf, die specifiek is gesloten om de 'doelstellingen' van het Europees Energiehandvest van 1991 ten uitvoer te brengen.²⁶¹ Het doel van de ECT (en andere investeringsverdragen) is om *buitenlandse investe-*

256 De gewone betekenis moet ook wel worden beoordeeld omdat de definitie in artikel 1 lid 6 ECT zelf gebruik maakt van het begrip investement. In de slechts deels door het hof weergegeven definitie staat onder andere: 'the term 'Investment' includes all investments' en 'Investment refers to any investment (...)'. Deze formuleringen bevestigen dat de gewone betekenis van 'investering' beoordeeld dient te worden, zoals in ieder geval vereist door artikel 31 lid 1 WVV.

257 *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, vonnis d.d. 12 juli 2016, § 683; '[t]he list of assets in ECT Article 1(6) provides examples of investments but [it] does not define the concept' zie ook id., § 684 waarin wordt vastgesteld 'that this additional definition must be objective, in the absence of a subjective definition included in the ECT.'; (Productie HVY-233); zie ook *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Kingdom of Spain*, ICSID zaaknr. ARB/14/1, vonnis d.d. 16 mei 2018, § 196: 'the Tribunal must interpret the general meaning of the word 'investment' in Article 1(6) of the ECT and in Article 25 of the ICSID Convention. It has to be noted that a substantial number of recent investor-State awards have considered that the term 'investment' has an inherent meaning, which an alleged investment must meet in addition to falling into one of the categories of assets generally mentioned in BITs. Importantly, these awards have applied this so-called inherent, or objective, definition not only when applying the ICSID Convention, but also when interpreting BITs. ... In other words, in the Tribunal's view, elucidating the meaning of the term 'investment' in Article 1(6) of the ECT is part of the interpretation of that provision. As decided in Romak, an UNCITRAL arbitration in which the ICSID Convention had no application, the starting point is the ordinary meaning of the term 'investment', ascertained in its context and in light of the object and purpose of the Treaty in accordance with the rules of interpretation of Article 31 of the VCLT.'

258 Zie bijvoorbeeld *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID zaaknr. ARB/07/20, vonnis d.d. 14 juli 2010 (*Productie RF-347*), § 110 waarin wordt vastgesteld dat '(...) the criteria of (i) a contribution, (ii) a certain duration, and (iii) an element of risk, are both necessary and sufficient to define an investment,' en waarin wordt opgemerkt dat 'this approach reflects an objective definition of 'investment' that embodies specific criteria corresponding to the ordinary meaning of the term 'investment'KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID zaaknr. ARB/09/8, vonnis d.d. 17 oktober 2013 (*Productie RF-34*), §§ 170–171 waarin wordt vastgesteld dat 'a contribution of money or assets (that is, a commitment of resources), duration and risk form part of the objective definition of the term 'investment''; *MNSS B.V. et al. v. Montenegro*, ICSID zaaknr. ARB(AF)/12/8, vonnis d.d. 4 mei 2016 (*Productie RF-349*), § 189 (finding that '[t]he elements of a contribution for certain duration with the assumption of certain risk seem to be inherent to the plain meaning of the term 'investment') MvA, §§ 702–709 met de verwijzing naar de aangehaalde bronnen; zie ook *Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius*, PCA zaaknr. 2018-37, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 23 augustus 2019, §§ 118–119 ('The question of how to define investment (...) cannot be found in Article 1(1) of the Treaty. It has to be found in the objective and ordinary meaning of the term 'investments'. ... The Tribunal therefore needs to determine the objective meaning of 'investment' that will operate as a benchmark definition for the purposes of Article 1(1) of the Treaty.'). *Romak SA v. The Republic of Uzbekistan*, PCA zaaknr. AA280, vonnis d.d. 26 november 2009, § 188 ('The term 'investments' has an intrinsic meaning, independent of the categories enumerated in Article 1(2). This meaning cannot be ignored.'). *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID zaaknr. ARB/08/16, vonnis d.d. 31 maart 2011, § 141 ('[I]t is not so much the term 'investment' in the ICSID Convention than the term 'investment' per se that is often considered as having an objective meaning in itself, whether it is mentioned in the ICSID Convention or in a BIT.').

259 Arrest, rov. 5.1.7.3. Het 'voorwerp' noemt het hof helemaal niet.

260 Verdrag inzake het Energiehandvest, Titel I & II: 'spirit of political and economic cooperation (...) to create a climate favourable to (...) the flow of investments and technologies' en 'to promote the international flow of investments' by 'provid[ing] for a stable, transparent legal framework for foreign investments in conformity with the relevant international laws and rules on investments and trade' (nadruk toegevoegd).

261 Artikel 2 ECT: 'This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the [European Energy] Charter.'

ringen te bevorderen en te beschermen.²⁶² De buitenlandse oorsprong van de kapitaalsinjectie is dus de *raison d'être* van de ECT.²⁶³ De ECT beoogt aldus internationale samenwerking op de lange termijn en grensoverschrijdende *flow of investments and technologies* te bevorderen.²⁶⁴ In het licht van dit voorwerp en doel van de ECT en de in § 101 weergegeven feiten, konden de handelingen van HVY onmogelijk vallen binnen de reikwijdte van het begrip 'investering'. Het tussenschuiven van buitenlandse schijnvennootschappen²⁶⁵ heeft niets van doen met een echte *flow of investments and technologies*. Daarom kunnen HVY geen beroep doen op de ECT. Het oordeel van het hof is derhalve rechtens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd.

114. Het hof heeft bovendien de *context* van artikel 1, leden 6 en 7 ECT miskend. De samenhang van deze bepalingen met de artikelen 10 lid 1, 13, 17 en 26 maakt duidelijk dat de ECT slechts van toepassing is als een investeerder van een verdragsluitende partij investeert 'op het grondgebied van een *andere Verdragsluitende Staaf*'. Of een investeerder zeggenschap (*control*) heeft over een investering, moet volgens de *Understanding* bij artikel 1 lid 6 ECT worden bepaald op basis van de feitelijke zeggenschap (*control in fact*) na beoordeling van de werke-

lijke omstandigheden van het geval.²⁶⁶ De artikelen 10 en 13 maken ook duidelijk dat de ECT alleen ziet op daadwerkelijk grensoverschrijdende investeringen. In artikel 10 lid 3 ECT wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de buitenlandse investeerders en de 'eigen investeerders' van een verdragsluitende partij. Verdragsbescherming moet op grond van artikel 17 ECT worden ontzegd indien onderdanen van een *derde staat* eigenaar zijn van of zeggenschap hebben over een rechtspersoon die pretendeert investeerder te zijn maar die geen wettelijke activiteiten heeft op het grondgebied van een verdragsluitende partij. Deze 'context' bevestigt dat aan brievenbusvennootschappen zonder wettelijke activiteiten geen ECT-bescherming toekomt als deze onder zeggenschap staan van buitenlandse investeerders uit een *derde staat*. *A fortiori* dienen ook investeringen van de eigen onderdanen van een gastland buiten de reikwijdte van het verdrag te vallen. Gelet op de feiten weergegeven in § 101, zijn 's hofs oordelen in rov. 5.1.7.3 en 5.1.8.3–5.1.8.4 onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd.

115. Ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, heeft het hof geoordeeld dat aan de *statenpraktijk* waarop de Russische Federatie een beroep had gedaan 'weinig gewicht' toekomt (artikel 31 lid 3 WW, rov. 5.1.8.11). Volgens het hof houdt een juiste uitleg van de ECT niet in dat U-bochtinvesteringen van bescherming zijn uitgesloten. Daarnaast oordeelt het hof dat de statenpraktijk waarop de Russische Federatie een beroep doet, niet ziet op de (uitleg en) toepassing van de ECT, omdat die gaat over keuzes die nadien zijn gemaakt, bij het sluiten van nieuwe verdragen. Dit is om drie redenen onjuist. *Ten eerste* omdat dit oordeel gebaseerd is op de onjuiste, louter grammaticale uitleg van slechts gedeelten van de tekst van de ECT (zoals hiervoor toegelicht in §§ 103–107).²⁶⁷ *Ten tweede* is onjuist dat geen betekenis kan toekomen aan na het ondertekenen van de ECT gesloten verdragen (zie § 106

262 CvR, §§ 227, 232; MvA, §§ 671–675.

263 Deskundigenbericht prof. Pellet van 9 november 2017 (*Productie RF-D16*), § 67: '[T]o qualify as an investment under Article 1(6) ECT, as is the case with other prominent multilateral or bilateral investment treaties, it is required that funds with a foreign origin are injected on the territory of a Contracting State. I can only repeat again that this is the very *raison d'être* of the ECT and, more generally, of the international law of investments.'

264 Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 119: Voorwerp en doel van de ECT zijn het scheppen van een 'framework for international cooperation' (§ 2 preamble ECT) en 'to capitalize on the complementary relationship between the European Economic Community, the USSR and the countries of Central and Eastern Europe' (Communication from the EC Commission on European Energy Charter, COM(91) 36, 14 februari 1991, § 1,2 (*Productie RF-5*)) alsmede om 'establish a legal framework in order to promote long-term co-operation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits in accordance with the objectives and principles of the [European Energy] Charter' (artikel 2 ECT), om een gunstig klimaat te scheppen voor de 'flow of the investments and technologies' en om 'the international flow of investments' te promoten (Concluding Document of The Hague Conference on the European Energy Charter, (17 december 1991), Title I, Objectives (Arbitrage dossier C-2), § 214, 218; CvR, §§ 227; MvA, §§ 671–675. In de woorden van de Nederlandse wetgever: 'het verdrag [schept] een aantrekkelijk regime voor buitenlandse investeerders' (Kamerstukken II 1995/96, 24 545 (R 1560), nr. 3, p 11).

265 Het ging hier om typische witwaspraktijken waarbij gebruikt werd gemaakt van stromannen, 'smurfing' en onnodige tussenpersonen. Zie Deskundigenbericht Professor Kothari 2017 (*Productie RF-D15*), § 45; Roberto Durrieu, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law* 32 (2013) (SPK-78); zie ook OECD, Joint Audit Report, Sixth Meeting of the OECD Forum on Tax Administration § 73 n. 42, p. 25 (2010) (SPK-76).

266 Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 120: 'For greater clarity as to whether an Investment made in the Area of one Contracting Party is controlled, directly or indirectly, by an Investor of any other Contracting Party, control of an investment means control in fact, determined after an examination of the actual circumstances in each situation.' (cursivering toegevoegd) Zie de getuigenverklaring van [naam 17] (*Productie RF-200*), waaruit blijkt dat er geen sprake was van feitelijke zeggenschap.

267 In arrest rov 5.1.8.11, r. 10 verwijst het hof met de woorden 'nu het hof hiervoor tot het oordeel is gekomen dat de juiste uitleg van de ECT niet inhoudt dat U-bochtinvesteringen worden uitgesloten' blijkbaar naar die onjuiste tekstuele uitleg.

hierboven).²⁶⁸ *Ten derde* is het hof ten onrechte overblijgegaan aan de statenpraktijk die betrekking heeft op de ECT zelf. Het gaat in het bijzonder om de wens van de Verdragsluitende Partijen de ECT te verduidelijken (zie ook §§ 118–120 hierna).²⁶⁹ 116. Deze statenpraktijk is helder en unaniem. Investeringsverdragen worden veelvuldig misbruikt. Veel arbiters stellen, terecht, paal en perk aan het gebruik van brievenbusvennootschappen, U-bochtinvesteringen en kasrondjes (zie bijvoorbeeld *Czeszik v. Cyprus*).²⁷⁰ Sommige arbiters blijken echter verdragen veel te ruim uit te leggen en dergelijk misbruik door de vingers te zien. De Russische Federatie heeft in deze procedure bij wijze van voorbeeld een recent onderzoeksrapport overgelegd van P. Eberhardt e.a. dat specifiek ziet op de ECT.²⁷¹ Een van de conclusies van het rapport luidt: *'The ECT is prone to abuse by letterbox companies, which mainly exist on paper and are often used for*

taks evasion and money laundering.' Dergelijk misbruik met brievenbusvennootschappen was uiteraard nimmer toegestaan en wordt dan ook breed veroordeeld. De aard en omvang daarvan heeft gevolgen voor nieuwe handelsakkoorden. De Tweede Kamer heeft bijvoorbeeld unaniem een motie aangenomen om alle brievenbusfirma's expliciet van handelsakkoorden uit te sluiten.²⁷²

117. Van belang is ook het latere gebruik ten aanzien van de ECT. Het ECT-secretariaat heeft mede in het licht van de uiteenlopende arbitrale rechtspraak een memorandum opgesteld (2017). Dat memorandum weerspiegelt de zorg dat de ECT niet altijd is toegepast als beoogd door de Verdragsluitende Partijen, en geeft daarom aan dat bepaalde bepalingen verduidelijkt zouden kunnen worden (*'could benefit from additional clarification'*).²⁷³

118. De Europese Commissie gaf in mei 2019 aan dat met name een verduidelijking (en dus niet een wijziging) van de buitenlandse 'investering' en buitenlandse 'investeerder' benodigd was.²⁷⁴ De Europese Raad heeft op basis daarvan verklaard: *'The modernised ECT should provide clear definitions of covered investments and investors. The definition of investor should explicitly exclude investors and businesses that are lacking substantive business activities in their country of origin, in order to clarify that mailbox companies cannot bring disputes under the ECT.'*²⁷⁵ Met andere woorden: de huidige definities moeten worden verduidelijkt opdat geen twijfel meer zou kunnen bestaan over hetgeen altijd al de bedoeling was wat betreft hun reikwijdte. Dit sluit ook aan bij het standpunt dat Spanje eerder heeft ingenomen in een lopende arbitrageprocedure onder de bestaande verdrags tekst: U-bochtinvesteringen worden niet beschermd.²⁷⁶

268 Zie voetnoot 255. Vgl. Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlijn, Springer 2018, pp. 592–3, § 69 (Onder verwijzing naar artikel 31, lid 3, onder a) en b) (b), stellen Dörr en Schmalenbach dat *'Art 31 para 3 introduces two rather different things as means of interpretation, the common feature of which seems to be that they relate to the practice of the parties to the treaty in question, either with regard to the specific treaty or in their international legal relations in general' (nadruk toegevoegd)*. This is especially so when the subsequent State practice is reflective of the *'non-application of the treaty'*, i.e. draw conclusions from the fact that the parties did not apply their treaty when treaty provisions might have been thought to be applicable.' Vgl. Oliver Dörr en Kirsten Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, Springer 2018, pp. 598–599, § 82 en de daarin aangehaalde bronnen). De latere statenpraktijk van de Verdragsluitende Partijen bij de ECT, waarop de Russische Federatie zich baseert, bijvoorbeeld met betrekking tot het CETA-verdrag tussen Canada, de Europese Unie en haar lidstaten, weerspiegelt de standpunten van de staten over de algemene toepasselijkheid van investeringsverdragen op schijn- of brievenbusvennootschappen en is daarmee een relevant uitleggingsinstrument voor de ECT op grond van artikel 31, lid 3, onder b) WVV (zie MvA, §§ 696–697).

269 Akte RF 25 juni 2019, § 289; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 122 en Deskundigenrapport prof. Pellet van 13 augustus 2019 (*Productie RF-D24*), § 28; Brief d.d. 2 juli 2019 Raad van de Europese Unie (doc. 10745/19) (*Productie RF-508*).

270 In *Czeszik v. Cyprus*, bevestigde het scheidsgerecht het beginsel dat aan U-bochtinvesteringen geen bescherming toekomt. Het scheidsgerecht heeft zorgen geuit over het feit dat *'the essence of the operation envisaged by [the Polish] Claimants was not an additional acquisition of shares in [a company] in Cyprus or an injection of additional capital in [that company], but rather the acquisition of shares in (...) a Polish company seated in Poland. Thus, Claimants intended to transform a Polish investment in a Polish company into an investment by a foreign investor (...) with all related consequences as to fiscal and financial treatment, as well as the international protection to which such foreign investment would have been entitled.'*; *Tomasz Czeszik and Robert Aleksandrowicz v. Republic of Cyprus*, SCC zaaknr. V2014/169, Eindvonnis d.d. 11 februari 2017, § 208. De enige reden waarom het scheidsgerecht de vorderingen niet op die grond (maar ten gronde) heeft afgewezen, is dat de partijen de relevante feitelijke context niet voldoende hebben opgehelderd.

271 Eberhardt, Olivet en Steinfurt, *One treaty to rule them all*, Corporate Europe Observatory (CEO) en het Transnational Institute (TNI), juni 2018.

272 Zie de unaniem aangenomen motie-Diks/Van den Hul van 22 februari 2018 (21501-02, nr. 1829): *'De Kamer, gehoord de beaardslagging, constaterende dat 77% van de claims vanuit Nederland op basis van ISDS-geschillen beslechting op basis van handelsakkoorden afkomstig is van brievenbusfirma's; overwegende dat het onwenselijk is dat bedrijven die hun economische bedrijvigheid niet hoofdzakelijk in Nederland uitvoeren, maar slechts hun zetel hier hebben gevestigd, gebruik kunnen maken van investeringsgeschillenbeslechting die bedoeld is om investeringen van Nederlandse bedrijven te beschermen; verzoekt de regering, brievenbusfirma's in alle toekomstige handelsakkoorden uit te sluiten van investeringsgeschillenbeslechting. (...)*

273 Zie Akte RF 25 juni 2019, § 287, onder verwijzing naar Productie HVY-230. Let op het woord 'clarification', en dus niet 'change' of 'amendment'.

274 Zie Akte RF 25 juni 2019, § 288, onder verwijzing naar Europese Commissie, Aanbeveling voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over de modernisering van het Energiehandvestverdrag, 14 mei 2019 bij 1–2; online raadpleegbaar via: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157884.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 13 mei 2020).

275 Raad van de Europese Unie, Onderhandelingsrichtsnoeren voor de modernisering van het Verdrag inzake het Energiehandvest, Doc. 10745/19 ADD 1. Dit document is overgelegd als Productie RF-507.

276 Het hof verwijst in rov 5.1.8.8 terecht naar het standpunt van Spanje, maar neemt het ten onrechte niet in aanmerking.

119. Op 17 april 2020²⁷⁷ heeft de Europese Commissie vervolgens voorstellen geformuleerd en deze gedeeld met andere Verdragsluitende Partijen.²⁷⁸ In de Toelichting stelt de Commissie:

'As suggested by several Member States, in the last but one indent under (6), it has been clarified that 'Investment' includes all investments 'made in accordance with the applicable law and the domestic law of the host Contracting Party'. [cursivering toegevoegd]

120. Uit het voorstel blijkt duidelijk dat de interpretatie van het hof haaks staat op de uitleg van de Commissie en de lidstaten van de EU. De aldus verduidelijkte tekst van artikel 1 lid 6 en 7 ECT luidt:

'(6) 'Investment' means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics of an investment such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit or the assumption of risk. Forms that an investment may take, include: (a) (...)

For greater certainty: (...)

(c) a simple loan or financial contribution does not constitute an investment.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term 'Investment' includes all investments made in accordance with the applicable law and the domestic law of the host Contracting Party, whether existing at or made after the later date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the 'Effective Date') provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

7) 'Investor' means (...) a company or other organisation organised in accordance with the law applicable in that Contracting Party and engaged in substantive business activities (...) in the territory of that Contracting Party' [cursivering toegevoegd]

121. Het hof heeft ook duidelijke regels en fundamentele beginselen van internationale recht miskend en daarmee in strijd gehandeld met artikel 31 lid 3 sub c WVV. De VN-Commissie voor Internationaal Recht legt uit dat artikel 31 WVV 'ma[de] the ordinary meaning of the terms, the context of the treaty, its object and purpose, and the general rules of international law, together with authentic interpretations by the parties, the primary criteria for inter-

preting a treaty.²⁷⁹ De relevante beginselen zijn dat internationale investeringsverdragen (i) slechts internationale investeringen en dus geen binnenlandse beschermen en (ii) bescherming bieden aan daadwerkelijke investeerders en dus niet aan degenen die slechts 'op papier' investeerder zijn.²⁸⁰ Investeringsverdragen zijn immers bedoeld om grensoverschrijdende investeringsstromen aan te moedigen, niet om binnenlandse investeerders toegang te verschaffen tot ISDS.²⁸¹ Het hof heeft de mede op deze beginselen gebaseerde uitspraken van scheidsgerichten ten onrechte als irrelevant ter zijde geschoven vanwege (in dit kader evenwel niet relevante) feitelijke verschillen²⁸² of omdat ze zijn gebaseerd op een ander verdrag (zoals het ICSID-verdrag).²⁸³ Het gaat echter blijken die op de zojuist genoemde fundamentele beginselen gebaseerde uitspraken erom, dat een investeringsverdrag niet van toepassing is als de werkelijke, economische investeerder een onderdaan van het gastland is en in wezen dus sprake is van een binnenlandse investe-

279 Report of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May-19 July 1966, U.N. Doc. A/CN.4/11, Yearbook of the International Law Commission 1966, vol. II, op p. 223. Navolging van dit rapportis in dit geval temeer aan de orde nu 26 lid 5 ECT bepaalt dat een scheidsgericht 'shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law'; Deskundigenrapport prof. Pellet van 9 november 2017 (*Productie RF-D16*), § 29 (onder verwijzing naar artikel 26, lid 6, ECT).

280 Dagvaarding, §§ 248, 262 e.v.; CvR, §§ 225 e.v.; Pleitnota 9 februari 2016, § 49; MvA, §§ 685-695, met verwijzing naar Deskundigenrapport prof. Pellet van 9 november 2017 (*Productie RF-D16*), § 30; Akte RF, §§ 251 e.v.; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 124; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 30 september 2019, §§ 84 e.v.

281 Investment treaties 'are signed to foster the flow of international investments (...) The [investment treaties] are not deemed to create a protection for rights involved in purely domestic claims, not involving any significant flow of capital, resources or activity into the host State's economy.' in *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID zaaknr. ARB/06/5, vonnis van 15 april 2009 (RME-1078), § 97; Zie ook, *ST-AD GmbH (Germany) v. The Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA zaaknr. 2011-06 (ST-BG), vonnis inzake bevoegdheid d.d. 18 juli 2013 (*Productie RF-72*), § 408 ('[A] national of a State, whether a natural or a legal person, cannot, in principle, sue its own State in an international arbitration'); *Lemire v. Ukraine*, ICSID zaaknr. ARB/06/18, vonnis d.d. 28 maart 2011 (*Productie RF-340*), §§ 56-57. Zie ook andere bronnen in MvA, §§ 686-687; Akte RF25 juni 2019, §§ 272-273. Zie ook Dagvaarding, § 269; CvR, § 237.

282 Arrest, rov. 5.1.8.6.

283 Arrest, rov. 5.1.8.6-5.1.8.9 en 5.1.9.4 (in het bijzonder *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID zaaknr. ARB/05/5, vonnis d.d. 19 december 2008 (*Productie RF-74*). In rechtspraak over de analyse van de 'algemene beginselen' zijn veelvuldig parallellen getrokken tussen de ICSID en UNCITRAL stelsels (zie *ST-AD GmbH (Germany) v. The Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA zaaknr. 2011-06 (ST-BG), vonnis inzake bevoegdheid d.d. 18 juli 2013 (*Productie RF-72*, § 408).

277 Een eerder ontwerp dateert van 2 maart 2020.

278 Werkdocument 17 april 2020, Trade B2/cg/2403041 online raadpleegbaar via: <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 13 mei 2020).

ring.²⁸⁴ Het hof had daarom, op de voet van artikel 26 lid 6 ECT en artikel 31 lid 3 WVV, de aan die uitspraken ten grondslag liggende fundamentele beginselen in aanmerking moeten nemen bij zijn uitsleg van artikel 1 lid 6 en 7 en 26 ECT.

122. Kortom, voor de beoordeling van de vraag of een vennootschap²⁸⁵ als 'investeerder' wordt beschermd onder de ECT is niet voldoende dat (i) zij slechts is ongericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het 'gastland' en dat (ii) zij slechts de formele eigenaar is van aandelen in een vennootschap in dat gastland. Indien de eigendom en zeggenschap ligt bij onderdanen van het gastland, is die vennootschap niet een buitenlandse investeerder en valt deze derhalve niet onder de bescherming van de ECT.

3.2.4. Oordeel van het hof over beneficial owners onjuist of onbegrijpelijk

123. Volgens het hof heeft de Russische Federatie onvoldoende toegelicht waarom de Russische Oligarchen zijn te beschouwen als *beneficial owners* van de Yukosaandelen en waarom HVY de aandelen slechts houden ten behoeve van de Russische Oligarchen (rov. 5.1.8.8 p. 72 bovenaan).

²⁸⁴ Zie ten aanzien van de in het arrest, rov. 5.1.8.6-5.1.8.9, genoemde uitspraken MvA, §§ 686, 688, 690, 691, 692 en 694. Kort gezegd ging het om het volgende. In *Phoenix/Tsjechië* werd een binnenlandse investering door middel van een 'rearrangement of assets' tevergeefs als buitenlandse investering aangemerkt. In *Occidental/Ecuador* werd beslist dat alleen de economische eigenaar (beneficial owner) en niet de formele, papieren eigenaar (nominees, agents or otherwise) bescherming toekomt. In *Charanne/Spanje* werd onder meer geoordeeld dat de rechtspersoonlijkheid in geval van fraude genegeerd kan worden (al gebeurde dit in die zaak niet, hetgeen in de literatuur is bekritiseerd, zie MvA, § 694 en de verwijzing naar Deskundigenrapport prof. Pellet van 9 november 2017 aldaar (*Productie RF-D16*)). In *Alaplí/Turkije* achtte het scheidsgerecht zich niet bevoegd Weliswaar kozen de arbiters verschillende invalshoeken maar die kwamen beide erop neer dat de claimant in wezen onderdaan was van het 'gastland'. In *TSA Spectrum/Argentinië* was de 'uiteindelijke eigenaar' van de eiser een staatsburger van het gastland. Zie ook de door International Law Commission van de VN opgestelde ontwerpverdragen met betrekking tot diplomatieke bescherming (2006), die op grond van artikel 31 lid 3 onder c van het Verdrag van Wenen in aanmerking kunnen worden genomen ter uitlegging van onduidelijke verdragsbepalingen (zie de zaak *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A. S.C. Starmill S.R.L. en S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, 24 september 2008, ICSID zaaknr. ARB/05/20, p. 87). Artikel 9 van het ontwerp luidt 'when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.' In de toelichting bij dit artikel wordt expliciet verwezen (in randnummer 3, p. 37/38) naar de zaak *Barcelona Traction*. In de toelichting (p. 38) wordt opgemerkt dat voor het IGH oprichting in die zaak niet voldeed als enige criterium voor de uitoefening van diplomatieke bescherming. De ontwerpverdragen zijn te raadplegen via https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf en in Yearbook of International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

²⁸⁵ Zie Artikel 1 lid 7, letter a, sub (ii) ECT: 'company or other organization'.

124. Dit oordeel is gelet op artikel 149 en 154 Rv onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Partijen zijn het erover eens dat de Russische Oligarchen de *beneficial owners* zijn van HVY.²⁸⁶ Dit is meermaals toegegeven door de Russische Oligarchen [naam 3] en [naam 4].²⁸⁷ De Russische Federatie heeft bovendien uitvoerig gemotiveerd en met bewijstaanbiedingen²⁸⁸ betoogd dat en waarom de Russische Oligarchen de werkelijke, materiële eigenaren van de Yukosaandelen zijn (zie § 101). De tussen hen en HVY geplaatste entiteiten zijn slechts schijnentiteiten zonder enige eigen reële bevoegdheden, nu de Russische Oligarchen de volledige zeggenschap over hen hebben. Het hof heeft het betoog van de Russische Federatie derhalve ten onrechte buiten beschouwing gelaten of dat betoog onbegrijpelijk uitgelegd (en vervolgens als onvoldoende toelichting aangemerkt). Het hof heeft het verzochte getuigenverhoor derhalve ten onrechte niet toegestaan (artikel 166 Rv).

3.3. Geen investering wegens ontbreken economische bijdrage HVY aan gastland (rov. 5.1.9)

125. De Russische Federatie heeft uitgelegd dat de aandelen van HVY in Yukos niet kunnen worden aangemerkt als 'investering' omdat HVY geen daadwerkelijke economische bijdrage hebben geleverd aan de Russische Federatie.²⁸⁹ Dit vereiste vloeit voort uit de uitleg te goeder trouw van de term 'investering' in artikel 1 lid 6 en artikel 26 ECT overeenkomstig de gewone betekenis daarvan in de context en in het licht van voorwerp en doel van de ECT.

126. Het hof heeft dit argument verworpen (rov. 5.1.9.4). Volgens het hof heeft de Russische Federatie 'het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel niet aangetoond'. Dit oordeel is onjuist omdat een rechtsbeginsel niet een feit is dat door de ene of de andere partij dient te worden bewezen. Het hof moet het bestaan van een rechtsbeginsel vaststellen in het kader van zijn juridische verplichting om het verdrag (zo nodig ambtshalve) uit te leggen. De op dit onjuiste oordeel voortbouwende oordelen in rov.

²⁸⁶ Appendix bij Interim Award, opgenomen in MvA, § 634, p. 336 (zie de groene pijlen die de Beneficiary aangeven). Het Scheidsgerecht noemt de Russische Oligarchen *beneficiaries*, zie HUL Interim Award, § 462; YUL Interim Award, § 463 en de definitie van Oligarchs in de Final Awards, p. 15 (xv). Zie ook Dagvaarding §§ 30–50; Akte RF 25 juni 2019, §§ 125–131; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 134 met nadere verwijzingen.

²⁸⁷ [naam 3] Testimony, Dag 7, 206: 1–4; getuigenverklaring van [naam 4] 13 maart 2017, § 11. De getuigenverklaring van [naam 4] is overgelegd als bijlage bij het Deskundigenbericht prof. Pieth. Zie Deskundigenbericht prof. Pieth van 10 oktober 2017 (*Productie RF-D14*), bijlage F.

²⁸⁸ MvA, § 1246.a, c, e en f (die verwijzen naar de in MvA, § 1243 genoemde, schriftelijke getuigenverklaringen), 1247 (zie ook MvA, §§ 642–648).

²⁸⁹ HUL Interim Award, § 433; YUL Interim Award, § 434; VPL Interim Award, § 490; Annex bij de Interim Awards; Dagvaarding, §§ 262 e.v.; CVR, § 250; Pleitnota 9 februari 2016, § 49; MvA, §§ 702–709; Akte RF 25 juni 2019, §§ 296 e.v.; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 125.

5.1.9.4 en 5.1.9.5 kunnen reeds daarom niet in stand blijven.

127. De verwerping van het betoog van de Russische Federatie is ook om een andere reden onjuist. Zoals blijkt uit rov. 5.1.9.5²⁹⁰ is het oordeel van het hof met name gebaseerd op de onjuiste, louter grammaticale uitleg van slechts gedeelten van de definities van ‘investering’ en ‘investeerder’. Die uitleg is in strijd met artikel 31 WVV (zie §§ 103–107 hiervoor). Het voorwerp en doel van de ECT is om buitenlandse investeringen te bevorderen en te beschermen. De ECT ziet bovendien expliciet op doen van een investering ‘op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Partij’ (zie §§ 103–122 hierboven). De inbreng van uit het buitenland afkomstig kapitaal is inherent aan elke investering in de zin van artikel 1, lid 6, ECT.²⁹¹

128. Het door de Russische Oligarchen overdragen van hun Yukosaandelen van de ene door hen gecontroleerde schijnvennootschap aan de andere kwalificeert niet als een daadwerkelijke inbreng van buitenlands kapitaal. De ECT vereist immers dat een ‘investeerder’ ten minste een economische bijdrage aan het gastland levert. De Russische economie heeft echter geen baat gehad bij de kunstmatige transacties waardoor HVY de aandelen verkregen. Integendeel, HVY verkregen de aandelen voor illegale doeleinden die schadelijk waren voor de Russische economie, zoals witwaspraktijken en het ontduiken van belastingen (zie onderdeel 4 hierna).

129. Ten onrechte is het hof in rov. 5.1.9.3 en 5.1.9.4 ervan uitgegaan dat het vereiste van het leveren van een economische bijdrage slechts geldt voor een investering als bedoeld in de ICSID maar niet als bedoeld in de ECT.²⁹² De verschillende arbitrale beslissingen (waaronder met name *Salini Construttori SpA v Kingdom of Morocco*²⁹³) waarin het vereiste van de economische bijdrage aan het gastland is bevestigd, geven immers inhoud aan de internationale regels en rechtsbeginselen die bij de uitleg van de ECT in aanmerking moeten worden genomen (artikel 31 lid 3 WVV en artikel 26 lid 6 ECT). De verduidelijking door de Europese Commissie en de EU-lidstaten van artikel 1 lid 6 ECT is geheel in lijn met de zogenaamde Salini-criteria. De Commissie en de EU-lidstaten zijn, anders dan het hof, van oordeel dat de intrinsieke kenmerken van een investering, zoals ‘the commitment of capital or other resources’ ook bij de uitleg van de ECT in aanmerking moeten worden genomen (zie §§ 119 en 120 hiervoor). Van een investering in de zin van de ECT kan dus slechts sprake zijn als de buitenlandse investeerder die zich

op de ECT op enigerlei wijze economisch heeft bijgedragen aan het gastland.

3.4. Misbruik van (schijn)vennootschappen: lifting the corporate veil (rov. 5.1.8–5.1.11)

130. De Russische Federatie heeft op drie verschillende manieren betoogd dat de illegale activiteiten van de Russische Oligarchen in de weg staan aan toepassing van de ECT. Ten eerste, zoals in onderdeel 4.2 en onderdeel 4.3 hierna wordt toegelicht, is elk vermogensbestanddeel dat door omkoping en fraude is verworven per definitie geen ‘investering’ (en kan de misbruik makende persoon of entiteit geen ‘investeerder’ zijn) in de zin van artikel 1, leden 6 en 7, ECT. Ten tweede, zoals uiteengezet in onderdeel 4.4, kunnen vermogensbestanddelen die zijn verkregen door omkoping en fraude niet worden beschermd door een nationale rechter of internationaal scheidsgerecht wegens schending van de Nederlandse openbare orde en de openbare orde van de EU (*fraus omnia corrumpit*). In dit onderdeel 3.4 wordt ingegaan op een derde, afzonderlijke kwestie: het internationale rechtsbeginsel dat illegale handelingen meebrengen dat door vennootschappen heen moet worden gekeken (*lifting the corporate veil*). Dit is onder meer erkend door het standaardarrest van het Internationaal Gerechtshof in de zaak *Barcelona Traction*.

131. Zoals de Russische Federatie heeft betoogd, hadden het hof en het Scheidsgerecht door de schijnvennootschappelijke structuur van HVY behoren heen te kijken (*piercing/lifting the corporate veil*). De Russische Oligarchen hebben die structuur met HVY namelijk slechts opgericht voor het plegen en verhullen van illegaal handelen, zoals het ontduiken van dividendbelasting, het betalen van steekpenningen, witwaspraktijken en het wegsluizen van vermogen van Yukos uit Rusland.²⁹⁴ Het Scheidsgerecht had daarom – voor de beoordeling van zijn bevoegdheid – door de louter formele vennootschappelijke structuur heen moeten kijken. HVY zijn schijnvennootschappen die rechtstreeks en volledig onder zeggenschap staan van de Russische Oligarchen. Zij hebben geen zelfstandige betekenis of bevoegdheden (geen eigen kantoor, personeel, activiteiten enz.; zie §§ 101, 144–151). HVY zijn niet meer dan alter ego's van de Russische Oligarchen. Aldus ging het in wezen om een geschil tussen Russische Oligarchen en de Russische Federatie. Een dergelijk binnenlands geschil valt niet onder de reikwijdte van de ECT, zodat het Scheidsgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren.

132. Zoals het IGH in *Barcelona Traction* heeft toegelicht, verplicht een fundamenteel beginsel van het internationaal recht rechters en scheidsgerichten om door vennootschappelijke entiteiten heen te kijken die zijn misbruikt voor ‘*fraud or malfeasance*’:

[T]he wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the

²⁹⁰ Zie verwijzingen van het hof in rov. 5.1.9.5 naar: de verdragsopstellers, de tekst (van artikel 1 lid 6 ECT), de bewoordingen.

²⁹¹ Zie Deskundigenrapport prof. Pellet van 9 november 2017 (*Productie RF-D16*), §§ 60–68.

²⁹² In artikel 25 ICSID is namelijk geen definitie van ‘investment’ opgenomen.

²⁹³ *Salini Construttori S.P.A. et al. v. Kingdom of Morocco*, ICSID zaaknr. ARB/00/4, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 23 juli 2001 (*Productie RF-344*), § 52.

²⁹⁴ MvA, §§ 710 e.v.

veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance (...) or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.'

'[T]he process of lifting the veil (...) is equally admissible to play a similar role in international law',

'[I]t follows that on the international plane also there may in principle be special circumstances which justify the lifting of the veil.'²⁹⁵

133. ISDS-scheidsgerechten hebben vaak bevestigd dat ditzelfde beginsel van toepassing is in investeringsarbitrages, waaronder die op basis van de ECT.²⁹⁶ Ditzelfde beginsel had ook in deze zaak moeten worden toegepast. Met andere woorden, het Scheidsgerecht en het hof hadden HVY buiten beschouwing moeten laten bij hun beoordeling. Omdat een geschil tussen de Russische Oligarchen en de Russische Federatie over de Yukosaandelen niet onder artikel 26 ECT kan vallen, was het Scheidsgerecht niet bevoegd van dit geschil kennis te nemen.

134. Het hof heeft dit standpunt ten onrechte verworpen (rov. 5.1.8, 5.1.9 en 5.1.10). Volgens het hof is de zaak *Barcelona Traction* irrelevant omdat deze geen betrekking had op de bevoegdheid van het IGH. Het oordeel van het hof is onjuist. Het IGH baseerde zich op een algemeen beginsel van internationaal recht. Het beginsel dat ten grondslag ligt aan *Barcelona Traction* is daarom ook van toepassing in de onderhavige zaak.

135. Hetzelfde beginsel is ook door het HvJ EU toegepast in soortgelijke zaken met schijnvennootschappen. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU bestaat in het EU-recht een algemeen beginsel dat justitiabelen zich niet door middel van fraude of misbruik kunnen beroepen op het EU-recht.²⁹⁷ Het EU-recht mag niet zo ruim worden toegepast dat het transacties zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van door het EU-recht toegekende voordelen.²⁹⁸ Het verbod van misbruik van recht is van toepassing op ve-

lerlei gebied, waaronder het vennootschapsrecht.²⁹⁹ In *Skatteministeriet v. Y Denmark Aps* (C-117/16), waarin het ging om een zogenoemde 'doorstroomvennootschap' op Cyprus, en in andere zaken (inzake doorstroomvennootschappen in Luxemburg en Zweden) heeft het HvJ EU bevestigd dat 'in geval van fraude of misbruik geen aanspraak kan worden gemaakt op een recht dat wordt verleend door de rechtsorde van de Unie'.³⁰⁰ De beslissingen van het HvJ EU tonen daarmee aan dat het *Barcelona Traction*-beginsel van het IGH een bredere toepassing heeft dan waarvan het hof is uitgegaan.

136. Ook heeft het hof de verschillende ISDS-uitspraken miskend waarin arbiters hebben bevestigd dat het beginsel uit *Barcelona Traction* van toepassing is op de vraag of een staat heeft ingestemd met arbitrage.³⁰¹ Dat geldt onder meer voor de door het hof besproken uitspraken in *Cementownia/Turkey*, *Phoenix Action/Czech Republic* en *Alapli/Turkey*.³⁰² Die bevestigen het standpunt van de Russische Federatie dat een rechtspersoon bij de

295 *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* [1971] ICJ 3 § 56-58, onder meer besproken in MvA, § 711. De uitspraak is overgeleed als productie R-196.

296 Genoemd in MvA, §§ 711 e.v.

297 HvJ EU 26 februari 2019, zaaknr. C-115/16, 118/16, 119/16 en 229/16 (Deense zaken), BNB 2020/9, § 96, alsmede HvJ EU 26 februari 2019, zaaknr. C-116/16 en 117/16 (*T Danmark en Y Danmark*), BNB 2020/10, § 70 onder verwijzing naar HvJ EU 9 maart 1999, *Centros*, C-212/97, § 24 en de daar aangehaalde rechtspraak. HvJ EU 21 februari 2006, *Halifax and Others*, § 68; HvJ EU 12 september 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, § 35; HvJ EU 22 november 2017, *Cussens and Others*, C-251/16, § 27; HvJ EU 11 juli 2018, *Commission v Belgium*, C-356/15, § 99.

298 HvJ EU-beslissingen 26 februari 2019 genoemd in de vorige voetnoot, respectievelijk §§ 97, en 71, onder verwijzing naar: HvJ EU 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, § 38; HvJ EU 22 november 2017, *Cussens and Others*, C-251/16, § 27; HvJ EU 11 juli 2018, *Commission v Belgium*, C-356/15, § 99.

299 HvJ EU-beslissingen 26 februari 2019 genoemd in de vorige voetnoot, respectievelijk §§ 100, en 74, onder verwijzing naar uitgebreide jurisprudentie.

300 HvJ EU 26 februari 2019, zaaknr. C-115/16, 118/16, 119/16 en 229/16 (*Deense zaken*), BNB 2020/9, § 119, alsmede HvJ EU 26 februari 2019, zaaknr. C-116/16 en 117/16 (*T Danmark en Y Danmark*), BNB 2020/10, § 91.

301 MvA, §§ 713-714; Akte RF 25 juni 2019, § 302 en de daarge-noemde uitspraken, met name *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID zaaknr. ARB/02/18, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 29 april 2004 (C-1525), §§ 53-54, waarin *Barcelona Traction* wordt erkend als de 'seminal case' en waarin de 'equitable doctrine of veil piercing, to the extent recognized in customary international law' wordt overwogen; *Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID zaaknr. ARB/05/16, Vonnis d.d. 29 juli 2008 (C-992), § 328, waarin wordt erkend dat, 'in *Barcelona Traction*, the [ICJ] held that piercing the corporate veil might be justified to prevent the misuse of the relevant company's legal personality in the case of fraud or malfeasance'; 'Index of the Practice of the International Court of Justice: Sources of International Law', in World Court Practice Guide: Summaries and Index of PCIJ and ICJ Cases 534, Deventer: Kluwer 2016, pp. 542-45 (*Productie RF-486*).

302 Arrest, rov. 5.1.10.2.

toepassing van een verdrag in geval misbruik moet worden weggedacht.³⁰³

137. Voor zover het hof in rov. 5.1.10.4 heeft geoordeeld dat artikel 1 lid 7 ECT geen grondslag biedt voor toepassing van het nationale recht ter zake van *lifting the corporate veil* is dat onjuist. Volgens artikel 1 lid 7 ECT moet een vennootschap zijn opgericht 'conform op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij toepasselijke wetgeving'. Daarmee biedt de tekst van de ECT een expliciete grondslag voor de toepassing van het volgens het recht van Cyprus respectievelijk Isle of Man bestaande leerstuk van *lifting the corporate veil*. Het buiten toepassing laten van bepalingen van nationaal recht betreffende dit leerstuk is bijgevolg onjuist.

138. Het hof oordeelt vervolgens in rov. 5.1.10.4 dat het in rov. 5.1.11.1 e.v. zou beoordelen in hoeverre het litigieuze illegale handelen ('criminele activiteiten') in de weg stond aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. Daar oordeelde het hof (i) dat illegaal handelen na het doen van de investering buiten beoordeling moet blijven (rov. 5.1.11.2 en 5.1.11.3). Onder verwijzing naar de Final Awards (§ 1370) oordeelde het hof voorts (ii) dat het gestelde illegale handelen ook niet relevant is omdat het in een te ver verwijderd verband staat tot de transacties waarmee HVY de Yukosaandelen hebben verworven (rov. 5.1.11.6 en 5.1.11.7). Deze oordelen zijn rechs tens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd omdat het litigieuze illegale handelen rechtstreeks verband hield met de verkrijging van de Yukosaandelen door HVY. Dit wordt nader toegelicht en uitgewerkt in subonderdelen 4.3 en 4.4 hieronder.

3.5. Onjuiste uitleg artikelen 1 en 26 ECT moet worden voorgelegd aan HvJ EU

139. De uitleg van het hof is voorts onverenigbaar met het EU-recht. Dat vereist dat de rechterlijke instanties van de lidstaten van de Europese Unie een *mixed agreement* als de ECT uniform uitleggen

en toepassen.³⁰⁴ Anders gezegd, het hof had de uitleg van onder meer de Europese Commissie en de EU-lidstaten niet mogen negeren maar moeten volgen (zie § 117 hiervoor).

140. Artikel 1, leden 6 en 7, en artikel 26 ECT moeten worden uitgelegd op de wijze die de Russische Federatie hierboven heeft uiteengezet. Het hof, het Scheidsgerecht en enkele andere scheidsgerechten hebben het verdrag anders uitgelegd, waarbij bovendien weer onderlinge verschillen bestaan. Gezien de verschillende interpretaties van artikel 1 en artikel 26 ECT en het feit dat het HvJ EU deze bepalingen tot nu toe niet heeft uitgelegd, zijn de uitzonderingen op de regel dat een zaak moet worden verwezen op de voet van artikel 267 VWEU — een *acte clair* of *éclairé* — niet van toepassing. De Hoge Raad is daarom verplicht het HvJ EU prejudiciële vragen te stellen over de juiste uitleg van artikel 1, leden 6 en 7, en artikel 26 ECT.³⁰⁵ Een dergelijk verzoek dient betrekking te hebben op de onderwerpen die hiervoor aan de orde zijn gesteld, waaronder (U-bocht)-investeringen door eigen onderdanen van een gastland, *beneficial ownership*, het ontbreken van enige economische bijdrage aan de economie van het gastland, en het beginsel om bij misbruik door vennootschappen heen te kijken (*lifting the corporate veil*).

141. Zoals hiervoor aangegeven heeft de *Cour d'appel de Paris* voorgesteld prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, onder meer over de uitleg van artikel 1, leden 6 en 7, en artikel 26 ECT. Hulley trok deze procedure naar aanleiding daarvan in, voordat de vragen aan het HvJ EU zijn voorgelegd. In een andere zaak, die thans aanhangig is bij het HvJ EU, heeft de *Cour d'appel de Paris* verwante (maar niet identieke) prejudiciële vragen over de interpretatie van artikel 1 lid 6 en artikel 26 ECT voorgelegd aan het HvJ EU.³⁰⁶

4. *Scheidsgerecht onbevoegd en Yukos Awards strijdig met openbare orde vanwege illegaliteit van HVY's investering* (rov. 5.1.11 en 9.8)

4.1. Inleiding

4.1.1. Stellingen van de Russische Federatie

142. Dit middelonderdeel klaagt in de kern erover dat het hof ten onrechte fraude, corruptie, belastingontduiking, de vernietiging van bewijsmate-

³⁰³ *Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID zaaknr. ARB (AF)/06/2, vonnis d.d. 17 september 2009, § 156 ('Here the Claimant's conduct is not even close to proper conduct. Had Cementownia actually proven that on May 30, 2003 it legally acquired the shares of CEAS and Kepez, there would still be the question of whether this was treaty shopping of the wrong kind (...) The problem for the Claimant is that the evidence shows that it did not even interpose itself between Mr. Kemal Uzan and the Republic of Turkey. The transaction that would pose the issue of whether the corporate veil should be pierced was fabricated.') (nadruk toegevoegd) (RME-1084); *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID zaaknr. ARB/06/5, vonnis d.d. 15 april 2009, §§ 143–144: 'an artificial transaction to gain access to ICSID' en 'to ensure that the ICSID mechanism does not protect investments that it was not designed to protect, because they are in essence domestic investments disguised as international investments for the sole purpose of access to this mechanism' (RME-1078), *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID zaaknr. ARB/08/13, vonnis d.d. 16 juli 2012 (*Productie RF-139*), § 393: 'the introduction of the Dutch company [claimant] had as its main purpose the access to international arbitration which did not exist for the Turkish nationals and the Turkish company.'

³⁰⁴ MvA, § 117, met verwijzing naar HvJ EU 14 december 2000, zaaknr. C-300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688 (*Dior*). Zie ook de verwijzingen in voetnoot 196 hiervoor worden genoemd.

³⁰⁵ Dit heeft de Parijse appelrechter bijvoorbeeld gedaan: *Cour d'appel de Paris*, 24 september 2019, *Moldava v Komstroy*, online raadpleegbaar via: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10856.pdf>. Met dit arrest heeft het *Cour d'appel* drie vragen voorgelegd aan het HvJ EU die zijn opgenomen in Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, voetnoot 121. Deze verwijzing is geregistreerd als zaaknr. C-741/19 en is momenteel in behandeling bij het HvJ EU.

³⁰⁶ Zie *Cour d'appel de Paris* 27 juni 2017, publiekelijk beschikbaar op: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9023_0.pdf. Zie MvA, § 91.

riaal en andere illegale handelingen niet of onvoldoende in aanmerking heeft genomen. Deze illegale handelingen zijn onder te verdelen in vier hierna nogmaals te bespreken hoofdcategorieën van de ‘unclean hands’ van HVY en Russische Oligarchen.³⁰⁷

143. Het illegale handelen is relevant omdat aandelen niet worden beschermd als zij door illegale handelingen zijn verkregen of om illegale redenen worden gehouden. Investeringsverdragen moeten te goeder trouw worden uitgelegd. Zij beschermen niet de opbrengsten van diefstal, heling, fraude, corruptie of witwassen (zie subonderdelen 4.2 en 4.3). Bovendien staat de openbare orde niet toe dat een nationale rechtbank of een internationaal scheidsrecht een overtreders laat profiteren van zijn of haar illegale handelen (zie subonderdeel 4.4).

4.1.2. De eerste categorie: de illegale verkrijging van de aandelen in Yukos

144. Yukos was aanvankelijk een staatsonderneming. Midden jaren 90 vonden veilingen plaats in het kader van president Jeltsins leningen-voor-aandelenprogramma. Daarbij werd de meerderheid van aandelen van een groot aantal staatsondernemingen, waaronder Yukos, te koop aangeboden. De Russische Oligarchen kregen voor een bedrag van hoogstens USD 170 miljoen de controle over ruim 78% van de Yukosaandelen. Enkele maanden daarna had de onderneming een beurswaarde van USD 6,9 miljard.³⁰⁸ Deze verkrijging van de Yukosaandelen voor een fractie van de werkelijke waarde was enkel mogelijk door de manipulatie van veilingen en corruptie.³⁰⁹

145. De Russische Oligarchen hebben de veilingen in strijd met de wet gemanipuleerd.³¹⁰ Zij traden feitelijk – via hun eigen bank Menatep – op als veilingmeester. Zij voorkwamen dat andere bidders deelnamen door illegale afspraken te maken met andere oligarchen (*‘bid rotation’*). Het bestaan van dergelijke afspraken is nadien door een Engelse rechter vastgesteld en erkend door onder meer de Russische Oligarch [naam 3].³¹¹ De Russische Oligarchen lieten door hen zelf opgerichte en gecontro-

leerde vennootschappen als enige deelnemen aan de veilingen met een vooraf onderling afgestemd bod (*‘shadow bidding’*). Dit is erkend door de degenen die daarbij destijds persoonlijk betrokken waren.³¹²

146. Teneinde de veilingen te ‘winnen’ hebben de Russische Oligarchen mondeling toegezegd steekpenningen te betalen aan de *Red Directors*, de Russische ambtenaren die voor de privatisering Yukos bestuurden en die een sleutelrol speelden bij de privatisering van Yukos. De *Red Directors* en hun ondergeschikten waren namelijk in staat de uitkomst van Yukos’ privatisering te beïnvloeden ten gunste van de Russische Oligarchen. Zij formuleerden bijvoorbeeld een voorstel voor de inrichting en voorwaarden van de veilingen in 1995. Zij beoordeelden de aanvragen van de potentiële bidders in 1995. Een van hun directe ondergeschikten was stemgerechtigd lid van de veilingcommissie in 1996.³¹³ De *Red Directors* bevonden zich bovendien in de positie om op elk gewenst moment te onthullen dat de veilingen doorgestoken kaart waren. Zoals een van de *Red Directors* later zou getuigen: *‘om te winnen, had[den de Oligarchen] de steun nodig van (...) ons team’*.³¹⁴ Om zich van de medewerking en steun van de *Red Directors* te verzekeren, zijn de Oligarchen begin 1996, ruim voor de privatisering was voltooid, onmiddellijk begonnen met het betalen van (kleinere) steekpenningen (de eerste van ongeveer US\$ 125.000).³¹⁵

147. In 2002 ondertekende de Russische Oligarch [naam 2] schijncontracten om de betaling van grotere steekpenningen te ‘rechtvaardigen’. Dit deed hij namens YUL (de ‘Y’ in HVY).³¹⁶ YUL zou uiteindelijk een totaalbedrag van USD 613,5 miljoen aan

312 Zie de getuigenverklaring van [naam 17] (*Productie RF-200*), met name § 9 en de getuigenverklaring van [naam 18] (*Productie RF-201*), §§ 7–10. Deze getuigenverklaringen zijn niet inhoudelijk betwist.

313 Zie § 101a, MvA, §§ 532–533, Akte RF 25 juni 2019, §§ 170–177; Deskundigenbericht prof. Pieth d.d. 12 August 2019, § 19(iii) (*Productie RF-D27*) (*[T]he [Russian Government] (...) decided to combine the loans-for-shares auction with the investment tender specifically in response to Mr. [naam 19]’s proposal (...) The Red Directors also were responsible for accepting and storing the prospective bidders’ applications and thus were positioned to abuse this power for Bank Menatep’s benefit. (...) Mr. [naam 20] had an even more substantial role during the 1996 auction, at which he evidently was given a full vote (as a ‘member of the commission’); Letter of Yudin to OJSC ‘Babaevskoye’ of 5 December 1995 (Productie RF-524).*

314 MvA, § 533; Zie de getuigenverklaring van [naam 19] (*Productie RF-301*).

315 MvA, § 534; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 37 – 38. Eerste Deskundigenbericht prof. Pieth (*Productie RF-D13*) § 36–51, 53–54 (waarin hij de betaling door de Russische Oligarchen van US\$ 125.000 aan de *Red Directors* in april 1996 beschrijft). De privatisering was pas voltooid in december 1996, nadat de Russische Oligarchen waren begonnen met de betalingen aan de *Red Directors*. Zie ook Deskundigenbericht prof. Pieth van 12 augustus 2019 § 19(iii) (*Productie RF-D27*).

316 Zie o.m. MvA § 534; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 37–44 onder verwijzing naar de relevante producties, waaronder (C-1234). Uit artikel 12.8 blijkt dat YUL zich hoofdelijk verplichtte tot betalingen.

307 Zie ook arrest, rov. 5.1.2.7; Final Awards, §§ 1283–1309; Dagvaarding, §§ 30–60; CvR, §§ 26–33, 258–273; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 41, 49; MvA, §§ 13–14, 34, 504–645, 719, 780; Akte RF 25 juni 2019, §§ 11, 121–250, Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 12–51; Appelleitnota (dupliek), 30 september 2019, §§ 100–115.

308 Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 24 met verwijzing naar eerdere vindplaatsen.

309 Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, hoofdstuk II, voor een korte beschrijving met vindplaatsen naar de eerdere stukken, zoals MvA, hoofdstuk III.B.a.

310 Decreet nr. 889 van president Jeltsin bepaalde uitdrukkelijk dat de privatiseringsstrijd nietig zou zijn in geval van samenwerking tussen de deelnemers. Dit volgt ook uit andere regelgeving. Zie bijv. MvA, §§ 525 en 529; Deskundigenbericht prof. Asoskov van 20 oktober 2015 (*Productie RF-203*).

311 De Russische Federatie verwijst in dit verband ook naar een uitvoerige uitspraak van de Engelse High Court. Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 29–31 en de daardoor opgenomen verwijzingen.

steekpenningen aan de *Red Directors* betalen. Dat deze betalingen daadwerkelijk zijn verricht blijkt uit de bankafschriften van YUL zelf.³¹⁷ De Russische Oligarch [naam 3] heeft persoonlijk goedkeuring gegeven voor de grootste betaling.³¹⁸

148. Destijds verhulden de Russische Oligarchen (waaronder [naam 1], [naam 2] en [naam 3]) de werkelijke reden voor YUL's betalingen aan de *Red Directors*. De advocaat die de hierboven besproken schijncontracten moest opstellen snapte er niets van: '[n] iemand geeft \$ 1 miljard weg zonder reden, ook niet iemand die al \$ 8 miljard heeft'.³¹⁹ [naam 1] ging niet in op vragen van de externe accountant ([accountant]) omdat 'als hij de werkelijke reden zou vertellen waarom het geld werd betaald, hij dan gevangenisstraf riskeerde'.³²⁰ [naam 1] erkende later publiekelijk: 'Ik maakte een mondelinge belofte en voldeed mijn verplichting honderden miljoenen te betalen, dat is waar'.³²¹

4.1.3. De tweede categorie: HVY's misbruik van het belastingverdrag Russische Federatie-Cyprus

149. Hulley en VPL (de 'H' en de 'V' van HVY) zijn opgericht op Cyprus teneinde dividendbelasting te ontduiken (zie ook § 101c). YUL was ook betrokken bij de belastingfraude. Elke keer dat een dividend moest worden uitgekeerd verkocht YUL 'haar' Yukosaandelen aan Hulley en VPL. Na de uitkering van het dividend kocht YUL de aandelen onmiddellijk terug. Op die manier bleven ook YUL's dividenden grotendeels onbelast. Zie voor deze structurele en grootschalige belastingontduiking onder andere de deskundigenrapporten van prof. Van Weeghel (UvA) en prof. Rosenbloom (NYU).³²² Het Scheidsrecht heeft mede op basis daarvan vastgesteld dat valse belastingaangiften zijn gedaan.³²³ Deze valse aangiften werden gedaan door

de Russische Oligarch [naam 2]. Dit alles is door HVY in deze vernietigingsprocedure niet betwist.³²⁴

4.1.4. De derde categorie: belastingontduiking in de Russische Federatie

150. Yukos' structurele en grootschalige belastingfraude via schijnvennootschappen in vrije belastingregio's is onder meer uitvoerig aan de orde gekomen in twee unanieme beslissingen van twee afzonderlijke kamers van het EHRM. Daarin is op basis van overvloedig bewijs Yukos' massale belastingontduiking vastgesteld door de Russische belastinginspecteurs.³²⁵ De Grote Kamer van het EHRM heeft de tegen de unanieme beslissingen ingestelde appellen van Yukos respectievelijk [naam 1] c.s. verworpen.³²⁶ De Russische Oligarchen konden de belastingfraude mede opzetten doordat zij HVY controleerden.³²⁷ Zie ook onderdeel 7 hierna.

4.1.5. De vierde categorie: de belemmering van de rechtsgang

151. Door massaal bewijs te vernietigen en gelden weg te sluisen naar het buitenland (wit te wassen) hebben de Russische Oligarchen de rechtsgang naar aanleiding van hun illegale handelen belemmerd.³²⁸ Die belemmering duurt tot op de dag van vandaag voort. Illustratief is de door HVY aan het hof overgelegde getuigenverklaring van de Russische Oligarch [naam 3]. [naam 3] verklaarde onder meer ten onrechte dat hij nooit enige feitelijke controle zou hebben uitgeoefend over HVY, omdat zij eigen bestuurders hadden. De Russische Federatie verkreeg kort daarna stukken uit de administratie van de aandeelhouder van HVY, GML,³²⁹ waaruit duidelijk bleek dat de verklaring onjuist en misleidend is.³³⁰

4.2. Legaliteitseis ligt besloten in het Verdrag 152. Het hof heeft geoordeeld dat illegaal handelen ten tijde van HVY's investeringen alleen tot

317 MvA, § 535; Deskundigenbericht prof. Pieth van 27 januari 2017 (*Productie RF-D13*), bijlage MP-066.

318 Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, § 100; Handgeschreven notities van [naam 8] over 'Payments made and signed by [naam 9]' (*Productie RF-443*).

319 Email van [naam 21] van 15 augustus 2002; Deskundigenbericht prof. Pieth van 27 januari 2017 (*Productie RF-D13*), in bijlage MP-072: 'No one gives away \$1B without a reason, not even someone who already has \$8B.'

320 MvA, § 538 onder verwijzing naar de getuigenverklaring van [accountant]-accountant [naam 22] (*RME-18*) 'if he told me the true reasons why the beneficiaries were receiving this money, he could be imprisoned.'

321 Deskundigenbericht prof. Pieth van 10 oktober 2017 (*Productie RF-D14*), in bijlage MP-139: 'I made a verbal promise and performed my obligation to pay hundreds of millions; that is true.'

322 Deskundigenbericht prof. Van Weeghel van 29 januari 2007, p. 25 en 32-33; Deskundigenbericht prof. Rosenbloom van 1 april 2011, § 38-56; Deskundigenbericht prof. Rosenbloom van 15 augustus 2012, § 165, zoals overgelegd door de Russische Federatie in de Arbitrages bij Respondent's Second Memorial on Jurisdiction (MvA, § 54).

323 Zie voor een korte samenvatting: Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§60-66; Zie o.m. MvA, §§ 547-577; Akte RF 25 juni 2019, §§ 207 e.v. en de aldaar opgenomen verwijzingen naar de stukken in de Arbitrages.

324 HVY wijden in hun zogenaamde 'akte' van 685 pagina's twee regels aan deze kwestie. Zie Akte HVY 26 februari 2019, § 1216.

325 Eerste EHRM-uitspraak (RME-3328), met name §§ 588-606; Tweede EHRM-uitspraak (*Productie RF-04*); Zie ook Dagvaarding, §§ 344-350; CvR, §§ 317-319, met diverse verwijzingen naar beide uitspraken.

326 Zie MvA, §§ 593-596.

327 Zoals uit het bewijsmateriaal blijkt, hebben de Russische Oligarchen HVY bijvoorbeeld rechtstreeks opgedragen hoe er gestemd diende te worden ten aanzien van hun Yukos-aandelen. Zie Akte RF 25 juni 2019, § 133(v).

328 Zie bijv. inzake het vernietigen van bewijs de getuigenverklaring van Gololobov (*Productie RF-G2*), § 75; de getuigenverklaring van Kurtzin (RME-416), p. 2-3; Zie ook een e-mail van de boekhouding van 15 maart 2002 (*Productie RF-484*); Zie MvA §§ 604-605; Akte RF 25 juni 2019, §§ 241-243; RF Counter-Memorial on the Merits (*Productie RF-03.1.B-3*), § 681; RF Rejoinder on the Merits (*Productie RF-03.1.B-3*), § 723.

329 Zie voor de vennootschappelijke structuur de 'Appendix' bij de Interim Award.

330 Zie Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 82 e.v. onder verwijzing naar stukken over 'impotent directors' en verschillende andere stukken waaruit blijkt dat [naam 3] intern nog altijd de touwtjes in handen had.

onbevoegdheid van een scheidsgerecht leidt als het toepasselijke investeringsverdrag een expliciete legaliteitsis bevat (rov. 5.1.11.3). Nu de ECT een dergelijke eis niet bevat, staat dat illegaal handelen niet aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht in de weg, aldus het hof in m.n. rov. 5.1.11.4 en 5.1.11.5.

153. Het oordeel van het hof is onjuist omdat het gebaseerd is op een onjuiste verdragsuitleg (artikel 31 WVV, artikel 26 lid 6 ECT). Het begrip 'investering' moet op grond van artikel 31 lid 1 WVV te goeder trouw worden uitgelegd. Het begrip heeft een intrinsieke betekenis (zie § 108 hiervoor). Hoe ruim de *gewone betekenis* van de term investering ook moge zijn, zij omvat niet de opbrengsten van diefstal, helling, fraude, corruptie of witwassen.³³¹

154. De bescherming van illegaal verkregen en aangehouden investeringen zou ook niet in overeenstemming zijn met de *context, het doel en het voorwerp* van het Verdrag (artikel 31 lid 1 WVV). De introductietekst is helder '[t]he fundamental aim of the Energy Charter Treaty is to strengthen the rule of law (...)'³³² Het Verdrag beoogt blijkens de preambule economische groei te bevorderen. Het strekt ter verbetering van 'de samenwerking op lange termijn op energiegebied, op basis van wederzijds voordeel en complementariteit en overeenkomstig de doelstellingen en beginselen van het Handvest' (artikel 2 ECT). Fraude en corruptie zijn niet te verenigen met de *rule of law*. Zulke illegale handelingen schaden bovendien de samenwerking op energiegebied en het behalen van wederzijdse voordelen.

155. Bovendien geldt naar internationaal recht het algemeen aanvaarde beginsel dat illegale investeringen niet worden beschermd en niet vallen onder de reikwijdte van arbitragebepalingen (artikel 31 lid 3 WVV). Het hof oordeelt dan ook ten onrechte — op basis van slechts enkele arbitrale uitspraken — dat geen internationaal erkende rechtsregel bestaat dat illegaal handelen gevolgen heeft of kan hebben voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Talrijke scheidsgerichten hebben evenwel bevestigd dat dit vanzelfsprekend en impliciet volgt

uit investeringsverdragen.³³³ Dit geldt ook voor uitspraken die zien op de uitleg van de ECT.³³⁴ Zelfs het Scheidsgerecht heeft dit onderkend:

'An investor who has obtained an investment in the host State only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host state, has brought it-self within the scope of application of the ECT

333 Zie MvA, §§ 719–723 en Akte RF, §§ 316–319 en de daaraan aangehaalde bronnen. Zie bijv. *Mamidoll Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v. Republic of Albania*, ICSID, zaaknr. ARB/11/24, 30 maart 2015, vonnis (Productie RF-370), § 359: 'investments are protected (...) only when they are made in accordance with the legislation of the host State. States accept arbitration and accept to waive part of their immunity from jurisdiction to encourage and protect investments in international conventions. In doing so, they cannot be expected to have agreed to extend that mechanism to investments that violate their laws; likewise, it cannot be expected that States would want illegal investments by their nationals to be protected under those international conventions.'; *Gustav FW Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID, zaaknr. ARB/07/24, 18 juni 2010, vonnis (Productie RF-368), §§ 123–124: 'An investment will not be protected if it has been created (...) by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; (...) It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law (...). These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty.'; *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID, zaaknr. ARB/04/4, 6 juni 2012, Beslissing inzake bevoegdheid en aansprakelijkheid (RME-4186), § 308: 'La condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout APRI, car en tout état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, a agit [sic] à l'encontre du droit.'; *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID, zaaknr. ARB(AF)/10/1, 16 mei 2014, vonnis (Productie RF-363), §§ 131–132 ('The BIT in this case does not (...) explicitly require the investment to be made in accordance with the host State's law. Nonetheless, it is now generally accepted that investments made on the basis of fraudulent conduct cannot benefit from BIT protection (...). There may be circumstances where fraud is so manifest (...) as to warrant a dismissal of claims in limine for want of jurisdiction.'): *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID, zaaknr. ARB/03/26, 2 augustus 2006, vonnis (RME-1083), §§ 230–244 waarin fraude wordt behandeld als een zaak die zowel op bevoegdheid als ontvankelijkheid ziet; *Alasdair Ross Anderson v. Republic of Costa Rica*, ICSID, zaaknr. ARB(AF)/07/319 mei 2010, vonnis (RME-4204), § 55; *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID, zaaknr. ARB/12/11, 1 februari 2016, Beslissing inzake bevoegdheid; *Oxus Gold plc v. The Republic of Uzbekistan*, UNCTRAL, 17 december 2015, vonnis (Productie RF-364), §§ 706–707; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID, zaaknr. ARB/11/12, 10 december 2014, vonnis (Productie RF-147), §§ 332, 355–357, 467.

334 *Blusun S.A. et al. v. Italian Republic*, ICSID, zaaknr. ARB/14/3, 27 december 2016, vonnis (Productie RF-371), § 264, waarin wordt bevestigd dat de ECT 'does not cover investments which are actually unlawful under the law of the host state at the time they were made because protection of such investments would be contrary to the international public order'; Zie ook *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID, zaaknr. ARB/03/24, 27 augustus 2008, vonnis (C-994), §§ 138–139: 'Unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the investment with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law. (...) [T]he ECT should be interpreted in a manner consistent with the aim of encouraging respect for the rule of law. (...)'; in deze zaak was in een tussenarrest bevoegdheid aangenomen, waarna het Scheidsgerecht in dit geval op basis van het illegaal handelen de vordering afgeweest.

331 Het Hof Den Haag heeft in de zaak *Chevron/Ecuador* geoordeeld dat kwesties met betrekking tot de reikwijdte van bescherming van het verdrag (d.w.z. het bestaan van een 'investering') ook volledig moeten worden getoetst om te kunnen beoordelen of sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst. Met andere woorden: het gaat om bevoegdheid (Gerechtshof Den Haag 18 juni 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:1940).

332 Het ECT Secretariaat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation*, 2004, (C-0002), p. 14.

through wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit from the Treaty.³³⁵

156. Het hof heeft aldus de in de ECT besloten liggende legaliteits eis miskend. Zijn onjuiste oordeel staat haaks op de uitleg van de Europese Commissie en de EU-lidstaten dat een investering moet worden gedaan in overeenstemming 'with the applicable law and the domestic law of the host country' (zie §§ 119 en 120 hiervoor).

4.3. Illegaal handelen moet in aanmerking worden genomen (rov. 5.1.11, 9.8)

4.3.1. Fraude en corruptie houdt verband met verkrijging van aandelen (categorie 1)

157. Het hof oordeelt met name in rov. 5.1.11.7–5.1.11.9 en rov. 9.8.5–9.8.10 over fraude en corruptie bij de verkrijging van een meerderheidsbelang in Yukos. Volgens het hof is die fraude en corruptie niet relevant voor de vraag of de investering beschermd wordt. Het hof volgt het oordeel van het Scheidsgerecht dat het niet gaat om illegaal handelen van HVY zelf maar van de Russische Oligarchen in 1995/1996. Dat zou onvoldoende verband houden met de verkrijging van de aandelen door HVY. Volgens het hof is dat niet anders doordat YUL zelf de steekpenningen betaalde.

158. Dit oordeel van het hof is gebaseerd op onjuiste rechtsopvatting over de reikwijdte van de ECT. Een rechter dient zich bij de beantwoording van de vraag of een investering legaal is verkregen niet te beperken tot een beoordeling van de allerlaatste transactie in een lange keten van transacties. Het gaat dus niet alleen om de transactie waardoor HVY de Yukosaandelen verkregen. Het oordeel van het hof zou tot het absurde gevolg leiden dat eenieder die zijn bezittingen illegaal heeft verkregen deze eenvoudig zou kunnen 'legaliseren' door ze over te dragen aan een nadien nieuw opgerichte en volledig gecontroleerde vennootschap. Deze opvatting is zowel onjuist als onwenselijk, zoals treffend en bindend³³⁶ door het Scheidsgerecht is samengevat en vastgesteld in de Final Awards:

'1368. Respondent replies that (...) the process of the acquisition of the Yukos shares by Claimants should not be seen in isolation (...) Respondent's argument was most convincingly put by Dr. Claudia Annacker (...):

'Contrary to Claimants' position, the serious illegalities that infect the entire process of the acquisition of the Yukos shares by Claimants cannot simply be ignored because the transfer of the shares to the Claimants (...) viewed in isolation, is asserted to be legal. These illegalities cannot somehow be cured through multiple transfers within this network of the oligarchs' offshore companies from one shell company to another. (...) Now, this conclusion applies a fortiori where a claimant is not unrelated to the persons or entities that committed these illegalities, but is an investment vehicle owned and controlled by the same persons who committed the illegalities

(...) Otherwise, investment treaty protection could be achieved simply by shifting investments through layers of ownership and control to launder illegal investments (...)'

1369. *The Tribunal agrees with Respondent that an examination of the legality of an investment should not be limited to verifying whether the last in a series of transactions leading up to the investment was in conformity with the law. The making of the investment will often consist of several consecutive acts and all of these must be legal and bona fide.'*

159. Degeenen die verantwoordelijk zijn voor illegaal handelen kunnen niet aan hun verantwoordelijkheid 'ontsnappen' – zoals het Europese Hof het oordeelde in verband met een inbreuk op Europese mededingingsregels – 'door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten dan wel andere juridische of organisatorische wijzigingen.'³³⁷

160. In ieder geval is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd in het licht van de essentiële stellingen als weergegeven in §§ 101, 144–151. Zoals daar toegelicht waren HVY niets meer dan schijnvennootschappen die vanaf 1995/1996 onderbroken gecontroleerd werden en nog steeds gecontroleerd worden door de Russische Oligarchen. Zij hebben de door fraude en corruptie verkregen Yukosaandelen van de ene naar de andere schijnvennootschap verplaatst om de illegale verkrijging ervan te verhullen. HVY maakte deel uit van deze constructie en werkte daaraan mee. Volgens prof. Mark Pieth, een erkende corruptie-expert van de universiteit van Basel, waren HVY aldus direct betrokken bij witwassen.³³⁸ De Russische Oligarch [naam 2] tekende bovendien namens YUL (en niet uitsluitend namens GML, zoals het hof suggereert) voor de betaling van de steekpenningen. Op instructie van de Oligarch [naam 3] heeft YUL deze steekpenningen uiteindelijk ook voldaan. De Russische Oligarchen [naam 2] en [naam 3] handelden louter in het belang van henzelf en dat van hun mede-Oligarchen. Deze steekpenningen ter hoogte van USD 613,5 miljoen waren zelfs vele malen hoger dan het bedrag van hoogstens USD 170 miljoen dat in 1995/1996 werd betaald voor het meerderheidsbelang in Yukos.

161. Zonder de betaling van de steekpenningen zou noch de Russische Oligarchen noch HVY de Yukosaandelen hebben verkregen. Onder omstandigheden waarin een illegale handeling 'made it possible (...) to make the investment that generated the present dispute', hebben scheidsgerechten geconcludeerd dat de bevoerde investering niet wordt beschermd.³³⁹ Het hof

³³⁷ HvJ EU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy*), § 46.

³³⁸ MvA, §§ 19, 34, 513, 553, 557, 576; Deskundigenbericht prof. Pieth van 10 oktober 2017 (*Productie RF-D14*), § 63: '*[m]oney laundering includes (...) the ex post concealment of the proceeds of corruption (...)* [I]t was also a crime for the Oligarchs to arrange a subsequent series of concealed transactions (...) Accordingly, not only YUL, but also HEL and VPL are directly implicated by the illegal activity in this case.'

³³⁹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID, zaaknr. ARB/03/26, 2 augustus 2006, vonnis, § 237.

³³⁵ Final Awards, § 1352.

³³⁶ Zie ook subonderdeel 2.3 hiervoor.

oordeelde daarom ten onrechte dat de betaling van de steekpenningen in een te ver verwijderd verband staat tot de transactie waarmee HVY de Yukosaandelen hebben verworven. Het oordeel ontbeert althans een begrijpelijke motivering in het licht van de in § 101 samengevat weergegeven stellingen van de Russische Federatie.

4.3.2. Belastingontduiking en andere illegale handelingen die verband houden met de verkrijging en exploitatie van de Yukosaandelen (categorieën 2–4)

162. Het hof oordeelt in rov. 5.1.11.2 dat het illegale handelen van de categorieën 2–4 evenmin relevant zou zijn. Volgens het hof kan alleen illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering – dat wil zeggen: de transactie waarbij HVY de Yukosaandelen (alleen op papier) verkregen – leiden tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht.³⁴⁰

163. Dit oordeel is onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Het litigieuze illegale handelen van de categorieën 2, 3 en 4 is relevant omdat het verband houdt met de illegale verkrijging en de exploitatie van de Yukosaandelen. Zoals blijkt uit de (minst genomen veronderstellenderwijs) vaststaande feiten (zie §§ 101, 144–151) zijn Hulley en VPL (de H en V van HVY) zijn opgericht op Cyprus. De voornaamste reden waarom zij zijn opgericht en waarom de aandelen aan hen zijn overgedragen was kort gezegd belastingontduiking. Reeds bij hun oprichting en bij de verkrijging van de aandelen bestond het oogmerk om nadien het Russisch-Cypriotische belastingverdrag te misbruiken. Kortom: het illegale handelen van categorie 2 houdt direct verband met de verkrijging van de Yukosaandelen door HVY. HVY zijn opgericht om de illegaal verkregen winsten van Yukos weg te sluisen. Deze winsten waren immers door middel van grootschalige belastingontduiking verkregen (categorie 3; zie ook onderdeel 7 hierna). De Russische Oligarchen hebben bewijsmateriaal van al dit illegale handelen vernietigd. Doordat dividenden van vele miljarden dollars aan HVY werden uitgekeerd, werd de latere inning van belastingsschulden gefrustreerd (categorie 4). Kortom: ook het illegale handelen in categorieën 3 en 4 houdt verband met de verkrijging en exploitatie van de Yukosaandelen.

164. Overigens kan ook illegaal handelen bij de uitvoering of exploitatie van een 'investering' in de weg staan aan de bescherming van de ECT. Zo heeft het scheidsgerecht in de zaak *Al-Warraq v Republic of Indonesia* bijvoorbeeld illegaal handelen in aanmerking genomen, waarbij het niet ging om het doen van de investering, maar om de latere exploi-

tatie ervan.³⁴¹ Ook als de initiële investering legaal is, wil dat niet zeggen dat alle daarop volgende ondernemingsactiviteiten legaal zijn.³⁴²

165. Het oordeel van het hof berust daarom op een te restrictieve, dus onjuiste wettelijke norm, op grond waarvan zelfs illegaal handelen dat duidelijk verband houdt met het doen van een investering buiten beschouwing wordt gelaten. Noch de gewone betekenis van de formulering, noch de context, noch voorwerp en doel, noch de statenpraktijk, noch de *travaux préparatoires* bieden enige ondersteuning voor 's hofs oordeel.

4.4. Openbare orde verzet zich tegen erkenning en beloning van illegaal handelen (rov. 9.8)

4.4.1. Inleiding

166. Fraude, bedrog, corruptie en ander illegaal handelen zijn in strijd met zowel de nationale, Europese als de internationale openbare orde. Zoals het HvJ EU heeft geoordeeld: '*Jo'vereenvoeging een beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend (...) mag een justitiabele niet profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen.*'³⁴³ Dit is bevestigd door

³⁴⁰ Arrest, rov. 5.1.11.5, 5.1.11.6 (met verwijzing naar § 1370 van de Final Awards en de daar relevant geachte 'final transaction') en 5.1.11.8.

³⁴¹ Zie bijv. *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia*, UNCITRAL, vonnis inzake bevoegdheid d.d. 21 juni 2012, §§ 634–647, waarin eiseres bescherming onder het investeringsverdrag werd ontzegd wegens onwettigheden die zich voordeden tijdens uitvoering of exploitatie van de investering, op grond van het feit dat dergelijke onwettigheden binnen de reikwijdte van de 'clean-handsdoctrine' vielen.

³⁴² Zo kan een vennootschap rechtsgeldig worden opgericht en van kapitaal worden voorzien, maar zij kan daarmee activiteiten ontwikkelen die in strijd zijn met mededingingsregels, milieuregels, importbeperkingen, belastingwetten enz.

³⁴³ HvJ EU 20 september 2001, zaaknr. C-453/99 (*Courage & Crehan*); Zie bijvoorbeeld H.J. van Kooten, 'De beginselen nemo auditur en fraus omnia corrumpit in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *WPNR* 2011/6901, nr. 19 (slot): '*Het nemo auditur-beginsel maakt deel uit van het Unierecht. Het pleegt door het Hof en de advocaten-generaal te worden opgevat als het beginsel dat niemand mag profiteren van zijn eigen onrechtmatig of onoorbaar gedrag.*'

vele scheidsgerichten³⁴⁴ en nationale rechtbanken.³⁴⁵ In *Kyrgyz Republic v. Belokon*, bijvoorbeeld, heeft de *Cour d'appel* van Parijs een arbitraal vonnis in een investeringsarbitrage vernietigd wegens strijd met de openbare orde omdat de vermeende investeerder zich schuldig had gemaakt aan witwassen. De *Cour d'appel* oordeelde dat 'de erkenning of tenuitvoerlegging van het vonnis, dat tot gevolg zou hebben dat [de investeerder] zou kunnen profiteren van de vruchten van criminele activiteiten, de internationale openbare orde op een manijefeste, effectieve en specifieke manier zou schenden'.³⁴⁶

167. Nederland, de Russische Federatie en de Europese Unie zijn allemaal partij bij verschillende verdragen tegen corruptie en witwassen. Een voorbeeld hiervan is het Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie (2003). Dat verdrag verplicht Staten om maatregelen te treffen om de gevolgen van corruptie en witwassen aan te pakken. Artikel 14, lid 1 sub a, artikel 34 en artikel 52, in samenhang beschouwd, leiden tot de conclusie dat door corruptie verkregen goederen of rechten niet worden beschermd, tenzij de zij zijn verworven door een derde te goeder trouw.³⁴⁷

344 Zie MvA, § 1202, waarin wordt verwezen naar *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID, zaaknr. Arb/00/7, 4 oktober 2006, vonnis, § 157, waarin het gerecht oordeelde dat omkoping 'in strijd is met de internationale openbare orde van de meeste, zo niet alle, staten of, om een andere formulering te gebruiken, met de transnationale openbare orde' ('contrary to international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy') en dat 'vorderingen op grond van corrupte contracten of door corruptie verkregen contracten niet kunnen worden gehandhaafd.' 'claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld.'; *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID, zaaknr. ARB/03/24, 27 augustus 2008, vonnis (C-994), § 143: 'investment[s] (...) obtained by deceitful conduct, would be contrary to the basic notion of international public policy.'; *Inceysa Vallisolestana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID, zaaknr. ARB/03/26, 2 augustus 2006, vonnis, § 240-244 'The conduct mentioned above constitutes an obvious violation of the principle of good faith that must prevail in any legal relationship. This Tribunal considers that these transgressions of this principle committed by Inceysa represent violations of the fundamental rules of the bid that made it possible for Inceysa to make the investment that generated the present dispute. It is clear to this Tribunal that, had it known the aforementioned violations of Inceysa, the host State, in this case El Salvador, would not have allowed it to make its investment'; *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID zaaknr. ARB/03/24, 27 augustus 2008, vonnis (C-994), §§ 141-143.

345 G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, pp. 3318, 3321 en 3324, 2325 en 3335 ('It is reasonably clear that fraud is a ground for annulling an award under virtually all national arbitration regimes'), met verwijzingen naar o.a. de hoogste Duitse en Zwitserse gerichten. Zie ook: *Cour d'appel de Paris*, 30 september 1993 (EGT/Westman): 'In application of the general principle of law according to which fraud is an exception to all rules (fraus omnia corrumpit), these dispositions are contrary to French international public policy and must therefore be annulled.'

346 *Cour d'appel de Paris, République du Kirghizistan c. M. Valery Belokon*, 21 februari 2017, § 15: 'reconnaissance ou l'exécution de la sentence entreprise, qui aurait pour effet de faire bénéficier M. BELOKON du produit d'activités délictueuses, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international'.

347 Het witwassen van geld en corruptie worden in artikel 83 lid 1 VWEU gedefinieerd als vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie, ten aanzien waarvan de EU bevoegd is op te treden.

168. Er is geen verschil van mening over deze norm. Sterker nog, de heer Gaillard – *lead counsel* voor HVY – heeft onlangs een wetenschappelijk artikel geschreven waarin hij bevestigt dat corruptie in strijd is met de internationale openbare orde en waarin hij de beslissing van het *Cour d'appel* van Parijs in de zaak *Kyrgyz Republic v. Belokon* toejuicht.³⁴⁸

169. De Russische Federatie heeft gesteld dat het – in dit geval – evenzeer onaanvaardbaar zou zijn als een vonnis dat fraude, omkoping, belastingontduiking en witwassen legitimeert en belooft, zou worden gehandhaafd. De Yukos Awards stellen de Russische Oligarchen in staat om via HVY de vruchten van hun eigen corrupte en frauduleuze transacties te plukken: USD 50 miljard in hoofdsom. Bijgevolg schenden de Yukos Awards de basisbeginselen van de openbare orde en de goede zeden en dienen deze te worden vernietigd op grond van artikel 1065, lid 1, sub e Rv.³⁴⁹

170. Het hof heeft het illegale handelen van de Russische Oligarchen als niet relevant ter zijde geschoven omdat het (i) plaatsvond nadat HVY aandeelhouder zijn geworden, dan wel (ii) gepleegd werd door anderen voordat HVY aandeelhouder zijn geworden en dat (iii) het illegale handelen onvoldoende verband houdt met hun verkrijging van de Yukosaandelen (zie rov. 5.1.11.7–5.1.11.9 en 9.8.5–9.8.10). Het hof heeft aldus honderden pagina's van de processtukken, grote delen van het mondelinge pleidooi, getuigenverklaringen en honderden bewijsstukken als irrelevant buiten beschouwing gelaten.³⁵⁰ Het oordeel van het hof is rechts onjuist en/of onvoldoende gemotiveerd en/of onbegrijpelijk, zoals hierna zal worden toegelicht.

4.4.2. Klachten over schending van de openbare orde

171. De beslissing van het hof in rov. 9.8.5–9.8.10 is niet in overeenstemming met de in § 4.4.1 beschreven internationale norm dat geen bescherming toekomt aan goederen of rechten die door ille-

348 E. Gaillard, 'The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration', *Arbitration International* 2019/35, p. 1-19.

349 Zie MvA, §§ 1201-1206; Akte RF 25 juni 2019, §§ 323-325; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 127-138.

350 Zie MvA, hoofdstuk IV.C; CvR, hoofdstuk III. D; Appelpleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, 12 – 74. Het hof is van oordeel dat overtredingen van mededingingsregels in ieder geval geen vernietiging op grond van schendingen van de openbare orde zouden rechtvaardigen. Bovendien is het hof van mening dat het anti-monopoliecomité HEL toestemming zou hebben gegeven om aandelen te verwerven; arrest, rov. 9.8.10.

gaal handelen zijn verkregen of voor illegale doeleinden wordt geëxploiteerd.³⁵¹

172. Het hof heeft bovendien miskend dat het in strijd is met de nationale en internationale openbare orde (waaronder die van de EU) dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van een illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investering voor bescherming in aanmerking zouden kunnen komen. Illegaal handelen ter voorbereiding van de investering en tijdens de periode dat de investering wordt aangehouden moet daarom ook in aanmerking worden genomen.³⁵² In diverse normen en beleidsdocumenten over het anticorruptiebeleid wordt veel belang gehecht aan de centrale rol die 'shell companies' spelen bij het faciliteren van omkoping en het witwassen van geld.³⁵³ De steun van het hof voor de pogingen van de Russische Oligarchen zich te verschuilen achter de lege vennootschappen is regelrecht in strijd met deze normen en beleidsdocumenten. Het hof diende minst genomen nader te motiveren waarom het al het litigieuze illegale handelen zoals hiervoor besproken buiten aanmerking kon laten voor de beoordeling van de vraag of erkenning van de Yukos Awards in strijd zou komen met de openbare orde.

351 Zie subonderdeel 4.4; Zie ook Gerechtshof Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2677 (Bariven), rov. 5.2: '5.2 (...) Van strijd met de openbare orde kan slechts sprake zijn als de inhoud of uitvoering van een arbitraal vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd (De Hoge Raad 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA 4945). De eisen van de rechtsstaat verzetten zich ertegen dat rechtsgevolgen worden verbonden aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen. Dat is een fundamenteel beginsel van de Nederlandse rechtsorde dat gelijk moet worden gesteld met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. Een arbitraal vonnis dat rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst die door corruptie tot stand is gekomen, moet dus kunnen worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde.'

352 Zie middelonderdeel 4.3.

353 Europese Raad, het Programma van Stockholm, (2010/C 115/01), 4 mei 2010, beschikbaar op: <https://eurlex.europa.eu/>; de Europese Raad heeft de noodzaak erkend 'om de werkelijke eigenaars van activa gemakkelijker te kunnen identificeren en de transparantie van rechtspersonen en juridische constructies te vergroten'; Het Europees Parlement en de Raad, Resolutie over het 'tweede verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de Witwasrichtlijn', PB C 175/39, 21 juni 1999; in een besluit over witwassen heeft het Europees Parlement de lidstaten, de Raad en de EG opgeroepen tot het treffen van 'the necessary measures in order to prevent the use of shell companies established in accordance with the law of a Member State or of a third country for the purpose of money laundering wherever such activity has a sufficiently close relationship to the EU'; Europese Raad, Conclusies van het Voorzitterschap van de bijeenkomst van de Europese Raad van 15 en 16 oktober 1999, nr. 57; in haar conclusies van de bijeenkomst in Tampere in 1999 over de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid in de Europese Unie, heeft de Europese Raad de noodzaak erkend 'om te voorkomen dat (...) ondernemingen en lichamen gebruikt worden om opbrengsten van misdrijven te verbergen en geld wit te wassen', waaronder in 'off-shorecentra van derde landen (...) overeenkomstig de desbetreffende aanbevelingen van de Financiële Actiegroep'.

4.4.3. Klachten over het oordeel HVY dat 'losstaan' van de Russische Oligarchen

173. In rov. 9.8.8 bespreekt het hof § 1370 van de Final Awards, door te oordelen dat het Scheidsgerecht niet meer heeft beslist dan dat Bank Menatep en de Russische Oligarchen andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Volgens het hof is dit oordeel van het Scheidsgerecht 'juist en is door de Russische Federatie niet, dan wel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd bestreden.'

174. Dit (gecursiveerde) oordeel is onbegrijpelijk, aangezien de Russische Federatie heeft betoogd, kort gezegd, dat HVY schijnvennootschappen zijn en dat de Russische Oligarchen vanaf 1995/1996 steeds de eigendom van en controle over de Yukos-aandelen hebben gehad, zoals is uitgezocht en uitvoerig is beschreven door prof. Kothari (zie §§ 101, 144–151).³⁵⁴ Zij heeft het in § 173 weergegeven oordeel van het Scheidsgerecht dus wel degelijk gemotiveerd betwist, onder overlegging van talrijke producties en het aanbieden van (getuigen)bewijs van haar stellingen (artikel 166 Rv).³⁵⁵

175. Het hof oordeelt in rov. 9.8.8, dat 'aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden' (mede) omdat dit 'onvoldoende gemotiveerd' zou zijn bestreden. Dit oordeel is onjuist omdat rechters actief onderzoek moeten doen in het geval van een mogelijke schending van de openbare orde.³⁵⁶ Zo concludeerde advocaat-generaal Wathelet in *Genentech* dat 'de bevoegdheid van een rechterlijke instantie van een lidstaat om een internationaal arbitraal vonnis te toetsen op strijd met de regels van Europese openbare orde, niet afhangen van de vraag of deze kwestie al dan niet tijdens de arbitrageprocedure aan de orde is gesteld en voorwerp van debat is geweest, noch worden beperkt door het volgens het nationale recht geldende verbod om een dergelijk vonnis inhoudelijk te toetsen'.³⁵⁷ Mede in het licht van de in §§ 101, 144–151 samengevat weergegeven stellingen van de Russische Federatie, valt zonder nadere motivering althans niet in te zien waarom het hof een (ambtshalve) onderzoek naar de gestelde schending van de openbare orde heeft nagelaten.

176. Het oordeel in rov. 9.8.8 en 9.8.9, ziet op de beoordeling van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht heeft het illegale handelen van de Russische Oligarchen volgens het hof buiten beschouwing gelaten, omdat het zou zijn verricht door anderen dan

354 MvA, §§ 511, 641, 664–665, 726–732, 1205.

355 MvA, §§ 1246 f en 1247; zie ook MvA, §§ 641–648.

356 Zie HR 12 februari 1993, NJ 1993/524, § 3.3 (M/Staat); HR 3 december 2004, NJ 2005/118, § 3.6 (Vreugdenhil/CBF); HR 13 september 2013, JBPR 2014/2 (Heesakkers/Voets), en HR 26 februari 2016, NJ 2017/214 (Ebecel/Trudo); HR 8 november 2019, RCR 2020/14, (Intermaris/X), § 2.5.2.

357 De conclusie van A-G Wathelet voor HvJ EU 7 juli 2016, zaaknr. C-567/14 (*Genentech*), nr. 71.

HVY en omdat HVY en de Russische Oligarchen verschillende juridische entiteiten zouden zijn. Nochtans oordeelde het Scheidsgerecht elders in het Final Awards dat de Russische Oligarchen [naam 1] en [naam 2] geen rekening ermee hoefden te houden dat 'hun investeringen' zouden verdampen.³⁵⁸ Daarmee merkt het Scheidsgerecht de door HVY gehouden Yukosaandelen in wezen, en met voorbijgaan aan HVY, aan als aandelen van de Russische Oligarchen zelf. Volgens het hof zijn deze uiteenlopende en tegenstrijdige beoordelingen in verschillende delen van de Final Awards echter niet onverenigbaar.

177. Dit oordeel is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Met dit oordeel is namelijk niet verklaard waarom het Scheidsgerecht enerzijds wel de 'handelingen' van de Russische Federatie gericht tegen Russische Oligarchen in aanmerking neemt voor zijn oordeel dat HVY zijn onteigend, maar anderzijds niet het illegale gedrag in aanmerking neemt van diezelfde Russische Oligarchen tegen de Russische Federatie, zoals zij dat via en met gebruikmaking van hun *alter ego's* HVY hebben uitgevoerd.

4.5. Onjuiste verdragsuitleg en oordeel openbare orde moeten worden voorgelegd aan HvJ EU

178. De uitleg van het hof van artikel 1, lid 6, en artikel 26 ECT is in strijd met het EU-recht. De Europese Commissie en de lidstaten zijn van mening dat alleen vermogensbestanddelen die zijn verkregen in overeenstemming 'with the applicable law and the domestic law of the host country' als investeringen kunnen worden aangemerkt (zie §§ 120 en 122 hiervoor). Onrechtmatig verkregen goederen of rechten worden dus niet beschermd door artikel 26 ECT. De uitleg van het hof is ook onverenigbaar met de beginselen en regels die voortvloeien uit jurisprudentie van het HvJ EU en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen Corruptie. Nationale rechtbanken kunnen niet toestaan dat vermeende investeerders profiteren van fraude, corruptie, belastingontduiking en het witwassen van geld. De Final Awards is daarom in strijd met zowel de nationale, Europese als de internationale openbare orde.

179. De standpunten van de Commissie, de EU-lidstaten en de Russische Federatie zijn duidelijk. Daaruit volgt dat het oordeel van het hof onjuist is. Zoals hiervoor in § 158 is toegelicht wijkt het oordeel van het hof ook af van dat van het Scheidsgerecht. Gezien deze uiteenlopende interpretaties en het feit dat het HvJ EU deze bepalingen tot nu toe niet heeft uitgelegd, zijn de uitzonderingen op de verwijzingsverplichting op grond van artikel 267 VWEU – *acte clair of éclairé* – niet van toepassing. *Gemengde verdragen* waarbij de lidstaten en de EU partij zijn, moeten immers op een uniforme wijze

worden uitgelegd en toegepast in de EU.³⁵⁹ Indien de Hoge Raad al zou twijfelen of het op de hierboven aangevoerde gronden de hier bestreden oordelen van het hof moet vernietigen, dient hij met het oog op een uniforme uitleg van het unierechtelijke openbareordebegrip in elk geval op grond van artikel 267 VWEU prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU over de uitleg van artikelen 1, lid 6 en 7 en 26 ECT. In het bijzonder zou de Hoge Raad moeten vragen of voor een investering in de zin van de ECT een legaliteitseis geldt (subonderdeel 4.2), of daarbij slechts illegaal handelen in aanmerking moet worden genomen ter zake van de transactie waarbij de aandelen worden verkregen waarvoor de bescherming van de ECT wordt ingeroepen, dan wel of ook illegaal handelen (zoals corruptie, omkoping en witwassen) in aanmerking moet worden genomen dat de verkrijging van de aandelen mogelijk heeft gemaakt en illegaal handelen gedurende de periode dat de aandelen worden geëxploiteerd (subonderdeel 4.3) en of een arbitraal vonnis in een investeringsarbitrage vernietigd moet worden wegens strijd met de openbare orde omdat de vermeende investeerder zich schuldig had gemaakt aan dergelijk illegaal handelen (subonderdeel 4.4).

5. *Scheidsgerecht schond opdracht door geen advies te vragen aan belastingautoriteiten conform artikel 21(5) ECT (rov. 6.3)*

5.1. Inleiding

180. Dit onderdeel klaagt over het goedkeuren door het hof in rov. 6.3 van de opzettelijke weigering van het Scheidsgerecht om de omstreden belastingkwesties voor voorafgaand advies aan de drie betrokken belastingautoriteiten voor te leggen, zoals dit dwingend is voorgeschreven in artikel 21(5)(b)(i) ECT. Dit opzettelijke en ongeoorloofde verzuim van het Scheidsgerecht (Final Awards §§ 1417 e.v.), ondanks de herhaalde en gemotiveerde verzoeken om zo'n verwijzing van de Russische Federatie, vormde de grondslag voor de vernietigingsgrond 2 sub 1 van de Russische Federatie, namelijk schending van de opdracht van het Scheidsgerecht, zulks aangevuld met een klacht over schending van de openbare orde.

5.1.1. De dwingende verwijzingsregel van artikel 21(5)(b)(i) ECT

181. De Russische Federatie heeft tegen de uitdrukkelijke en opzettelijke weigering van het Scheidsgerecht om de dwingende verwijzingsregel van artikel 21(5)(b)(i) ECT toe te passen, de vernietigingsgronden van schending van opdracht en

³⁵⁸ Final Awards, § 1578: 'They could not have been expected to anticipate that they risked the evisceration of their investments (...)'; Zie o.m. MvA, § 1205 sub d, Pleitnota 9 februari 2016, § 45.

³⁵⁹ Zie voetnoot 196.

schending van openbare orde aangevoerd (artikel 1065 lid 1 sub (c) en (e) Rv.³⁶⁰

182. Artikel 21(5)(b)(i) ECT bepaalt (voor zover voor dit onderdeel van belang; cursivering toegevoegd):

(b) *whenever* an issue arises under Article 13, to the extent it pertains whether a tax constitutes an expropriation or whether a tax alleged to constitute an expropriation is discriminatory, the following provisions *shall* apply: [...] bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)(c) [...] *shall* make a referral to the relevant Competent Tax Authorities.'

5.1.2. De motivering van het Scheidsgerecht voor het schenden van zijn verplichting onder artikel 21(5) ECT

183. De Russische Federatie heeft herhaaldelijk erop aangedrongen³⁶¹ dat, in het licht van de dwingende aard van deze ECT-regel, het Scheidsgerecht het advies moest vragen van de betrokken belastingautoriteiten van de Russische Federatie, het Verenigd Koninkrijk (YUL is gevestigd op het Ilse of Man) en Cyprus (Hulley en VPL zijn gevestigd in Nicosia). Het Scheidsgerecht heeft echter expliciet geweigerd om deze dwingende ECT-regel in acht te nemen.³⁶² De motivering van het Scheidsgerecht voor deze schending van de ECT kan als volgt worden samengevat (Final Awards, §§ 1421, 1428 en 1435): een dergelijke verwijzing zou 'an *exercise in futility*' zijn omdat (i) het dossier in de Arbitrage zo enorm groot is dat het ondenkbaar is dat deze belastingautoriteiten in staat zouden zijn om een tijdig en duidelijk advies te verstrekken en (ii) de conclusies van het Scheidsgerecht uiteindelijk gebaseerd zijn op de totaliteit van het bewijsmateriaal en niet op louter belastingtechnische overwegingen. Op grond van wat het Scheidsgerecht zelf een 'uitleg te goeder trouw' van deze ECT-bepaling noemt, is een kennelijk zinledige verwijzing niet vereist. Voorts volgt, aldus het Scheidsgerecht, uit artikel 21(5)(b)(iii) ECT dat de adviezen van de belastingautoriteiten voor het Scheidsgerecht niet verbindend zijn. Bovendien, aldus het Scheidsgerecht, strekt de deskundigheid van deze belastingautoriteiten zich niet uit tot de onderliggende motieven van de tegen Yukos getroffen belastingmaatregelen, en heeft de opvatting van de Russische belastingautoriteiten weinig waarde nu die zelf verantwoordelijk waren voor de tegen Yukos getroffen maatregelen.

5.1.3. De motivering van het hof om de schending door het Scheidsgerecht van deze dwingende ECT-regel goed te praten

184. De motivering van het hof in rov. 6.3 voor zijn verwerping van de twee door de Russische Federatie in dit kader ingeroepen vernietigingsgronden, kunnen als volgt worden samengevat:

'(rov. 6.3.2) Hoewel de verwijzingsplichting van artikel 21(5)(b)(i) ECT inderdaad dwingend is en de ECT inderdaad geen nutteloosheid-uitzondering kent, rechtvaardigt — aldus het hof — de verwijzingsweigerings van het Scheidsgerecht niet de vernietiging van de Final Awards omdat in de opvatting van het hof (i) het met duidelijk is dat deze weigering enig nadelig gevolg voor de Russische Federatie heeft gehad en (n) de Russische Federatie gedurende de Arbitrage zelf alle informatie kon verschaffen die de Russische belastingautoriteiten, *indien* door het Scheidsgerecht om advies gevraagd, aan het Scheidsgerecht zouden hebben kunnen geven.

(rov. 6.3.3) De Russische Federatie heeft in het kader van deze vernietigingsgronden gewezen op twee ernstige 'blunders' van het Scheidsgerecht als gevolg van zijn weigering om advies te vragen. Echter, volgens het hof is het verwijt inzake de eerste vermeende 'blunder' (met betrekking tot het toerekenen van de winsten van de door haar gecontroleerde schijnvennootschappen aan Yukos) volledig in het Final Awards behandeld, zulks inclusief het verweer ter zake van de Russische Federatie (Final Awards § 610, 618 en 625). Hetzelfde geldt, aldus het hof, voor de tweede vermeende 'blunder' (met betrekking tot het naheffen van btw bij Yukos over de verkopen van diezelfde schijnvennootschappen) nu uit de Final Awards blijkt dat het Scheidsgerecht de betreffende argumenten van de Russische Federatie heeft behandeld (Final Awards § 679 e.v.).³⁶³ In de opvatting van het hof over deze argumenten van de Russische Federatie, zou het Scheidsgerecht, indien het advies van de Russische belastingautoriteiten zou zijn gevraagd, van hen ook dezelfde soort verdediging hebben ontvangen als die van de Russische Federatie zelf, namelijk dat de tegen Yukos getroffen belastingmaatregelen legitiem en proportioneel waren. Daarom, aldus het hof, heeft de weigering van het Scheidsgerecht om advies te vragen geen

360 Dagvaarding, §§ 368–385; CvR, §§ 328–366; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 66–75; MvA, §§ 844–872; Appelleitnota (Artikel 21 ECT), 24 september 2019, §§ 9–28. Deze verwijzingen omvatten de in die paragrafen genoemde producties. Al deze verwijzingen betreffen het herhaalde verwijzingsverzoek van de Russische Federatie gedurende de Arbitrage. Alle in deze verwijzingen opgenomen argumenten ondersteunen dit middelonderdeel.

361 MvA, § 854 vermeldt deze vele gemotiveerde verzoeken van de Russische Federatie (2005, 2006, 2007, 2011 en 2012).

362 Deze bepaling is de enige, bovendien dwingende, procedurele regel in de ECT.

363 Er zij aan herinnerd, zoals de Russische Federatie zowel in de Arbitrage als in de vernietigingsprocedures heeft aangevoerd, dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waaronder de Grote Kamer, in twee afzonderlijke zaken (2011 en 2013) heeft geoordeeld dat de belastingmaatregelen door de Russische Federatie tegen Yukos legitiem en niet discriminerend waren. Zie EHRM 20 september 2011, zaaknr. 14902/04 (*Yukos v. Rusland*) (RME-3328), § 591 en EHRM 25 juli 2013, zaaknr. 11082/06, 13772/05 (*[naam 1] en [naam 2] v. Rusland*), § 786 (*Productie RF-4*). Zie voor het beroep van de Russische Federatie ter zake o.a. Dagvaarding, §§ 2, 56 en 344 e.v.; CvR, §§ 835 e.v.; MvA, §§ 831 e.v.; Appelleitnota (jurisdictie grond 2), 24 september 2019, §§ 69 e.v.

ernstige gevolgen gehad. Bovendien, aldus het hof, heeft de Russische Federatie nagelaten om aan te geven welke *toegevoegde* informatie het Scheidsgerecht zou hebben ontvangen van de Russische belastingautoriteiten indien die om advies waren gevraagd, welke tot een ander voor de Russische Federatie gunstiger vonnis zou hebben geleid. Daarom, aldus het hof, kan men niet concluderen dat de Russische Federatie een relevant nadeel heeft geleden door de verwijzingsweigering van het Scheidsgerecht.

(rov. 6.3.4) De stelling van de Russische Federatie dat de fiscale geschilpunten ook voor advies hadden moeten worden voorgelegd aan de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk, faalt, aldus het hof. Artikel 21(5)(b)(i) ECT vereist alleen het advies van de 'relevant competent tax authority'.³⁶⁴ Nu HVY niet hebben geklaagd over belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk, waren volgens het hof de opvattingen van hun belastingautoriteiten sowieso niet van belang voor deze zaak.

(rov. 6.3.5)³⁶⁵ De stelling van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht het 'prognoseverbod' heeft geschonden, faalt volgens het hof. Zelfs indien dat Nederlandse verbod voor rechters om te anticiperen op de uitkomst van een getuigenverhoor ook arbiters zou verbinden, geldt volgens het hof dat dat verbod in deze zaak niet is geschonden. De aard van artikel 21(5)(b)(i) ECT is namelijk volgens het hof geheel verschillend van de verplichting om niet van een getuigenverhoor af te zien op basis van een prognose over de verwachte verklaringen van die getuigen. Een getuigenverhoor, aldus het hof, is gericht op het vaststellen van feiten, terwijl deze adviesverplichting van de ECT is gericht op het verkrijgen van een deskundige opinie over belastingvragen. Dit verschil is volgens het hof ook van toepassing op het argument van de Russische Federatie met betrekking tot schending van het hoor en wederhoor-beginsel. Er ontbreekt hier, aldus het hof, eenvoudigweg een parallel tussen dat fundamentele procedurele beginsel en deze verwijzingsverplichting van het Scheidsgerecht, zulks in het licht van de discretionaire bevoegdheid van het Scheidsgerecht om al dan niet de adviezen van deze belastingautoriteiten over te nemen.'

5.2. De klachten van de Russische Federatie over rov. 6.3

5.2.1. Algemene klacht tegen rov. 6.3

185. Anders dan het Scheidsgerecht, gaat het hof terecht uit van zowel het dwingende karakter van, als het ontbreken van een nutteloosheidsuitzondering op, artikel 21(5)(b)(i) ECT. Echter, door

niettemin de verwijzingsweigering van het Scheidsgerecht goed te praten, heeft het hof ernstige rechts- en motiveringsfouten gemaakt. Het heeft aldus *de facto* het dwingende karakter van de door deze bepaling ondubbelzinnig voorgeschreven verwijzingsverplichting ontkend en/of *de facto* een niet bestaande (en hier overigens ook niet gerechtvaardigde) nutteloosheidsuitzondering toegepast.

186. Artikel 21(5)(b)(i) ECT bepaalt dwingend de procedure die gevolgd moet worden wanneer een scheidsgerecht moet beslissen over gestelde onteigening en discriminatoire belastingheffing. En dat was ook de kern van de onderbouwing van de vorderingen van HVY in de Arbitrage.³⁶⁶ Aangezien de bevoegdheid van het Scheidsgerecht zowel gebaseerd is op als beperkt is door de ECT, heeft het hof een onjuiste en/of ontoereikend gemotiveerde beslissing gegeven, door goed te praten dat het Scheidsgerecht opzettelijk en bewust heeft beslist deze dwingende regel niet toe te passen hoewel er geen nutteloosheids- of andere uitzondering op deze regel van toepassing is.

187. De verwijzingsweigering van het Scheidsgerecht is bovendien een *ernstige*, vernietiging van de Final Awards rechtvaardigende, schending van zijn opdracht en van (het procedurele aspect van) de openbare orde. Dit blijkt uit de volgende vijf omstandigheden die, zeker indien in hun onderlinge samenhang beschouwd, bovendien de zogenaamde 'goede trouw'-uitleg van artikel 21(5)(b)(i) ECT door het Scheidsgerecht weerleggen.

a. Het voortdurende en gemotiveerde aandringen door de Russische Federatie³⁶⁷ dat het Scheidsgerecht de dwingende verwijzingsregel van artikel 21(5)(b)(i) ECT volledig zou nakomen.³⁶⁸

b. Het louter speculatieve karakter van de overwegingen van het Scheidsgerecht over de tijd- en inhoud-problemen waarmee de belastingautoriteiten mogelijk te maken zouden hebben gehad na een adviesaanvraag van het Scheidsgerecht, hoewel zij nu juist per definitie deskundig zijn op belastingterrein.³⁶⁹

c. Het relatieve gemak waarmee en de overvloedig beschikbare tijd waarbinnen het Scheidsgerecht op juiste wijze aan zijn dwingende ECT-verplichting

³⁶⁶ In Final Awards § 1579 merkt ook het Scheidsgerecht zelf deze twee belastingmaatregelen als beslissend aan.

³⁶⁷ MvA, § 854 bevat een overzicht van het voortdurende aandringen door de Russische Federatie om artikel 21(5)(b)(i) ECT toe te passen in 2005, 2006, 2007, 2011 en 2012. Zie ook bijv. Appelleitnota (artikel 21 ECT), 24 september 2019, § 14.

³⁶⁸ Opnieuw zij bijv. verwezen naar het overzicht in MvA, § 854.

³⁶⁹ Aangezien het Scheidsgerecht niet eens de moeite heeft genomen om de *Tax Authorities tijdens* de negen jaar durende Arbitrage te vragen of zij een dergelijke verwijzing tijdig en behoorlijk zouden kunnen behandelen, was deze grond voor het weigeren van de verwijzing – afgezien van het feit dat deze onrechtmatig was – louter speculatief. Bovendien waren de werkelijke belastingrechtelijke kwesties niet te omvangrijk of te complex voor de deskundigen die binnen deze *Tax Authorities* werkzaam zijn.

³⁶⁴ De enkelvoudige vorm uit 's hots citaat wijkt op onverklaarbare maar essentiële wijze af van de meervoudsvorm – 'Authorities' – in de authentieke ECT-teksten.

³⁶⁵ Zie ook arrest, § 9.3.2.

had kunnen voldoen.³⁷⁰ Uiteraard behoefde het Scheidsgerecht geen advies te vragen over bijzondere motieven van de Russische belastingdienst en -rechters;

d. Het in belastingverdragen en in investeringsverdragen zeer frequente gebruik van vergelijkbare verwijzingsprocedures voor het consulteren van en het advies vragen aan de betrokken belastingautoriteiten;³⁷¹

e. Het duidelijke doel van deze regel, zoals ook uitdrukkelijk erkend in de travaux préparatoires van de ECT, namelijk het geven van de noodzakelijke deskundige bijstand aan arbiters die, zoals de arbiters van dit Scheidsgerecht, geen specifieke kennis hebben van de relevante buitenlandse belastingregels en -praktijk;³⁷² en

f. Het duidelijke doel van de onderhandelaars van de ECT, zoals tot uiting komende in de verdragstekst en de travaux préparatoires, om enerzijds alle scheidsgerechten strikt te binden aan de verplichting om eerst de dwingende verwijzingsprocedure te volgen teneinde de beschikbaarheid te garanderen van het voor de arbiters noodzakelijke deskundige advies van alle betrokken belastingautoriteiten en anderzijds de arbiters vervolgens de discretionaire bevoegdheid te geven om deze officiële expertadviezen al dan niet, geheel of gedeeltelijk te volgen.³⁷³

188. Het hof heeft door de verwijzingsweigerings van het Scheidsgerecht goed te keuren, ook zelf

ten onrechte of onbegrijpelijkerwijs (i) de hierboven onder a t/m f genoemde argumenten veronachtzaamd, (ii) verzuimd om de uitleg regels van artikel 31 en 32 WVV naar behoren toe te passen, zulks in het licht van de duidelijke verplichtende bewoordingen van artikel 21(5)(b)(i) ECT en het duidelijke doel en de context van deze bepaling, en (iii) aan de Russische Federatie haar recht op een eerlijk proces onthouden.

5.2.2. Specifieke klacht tegen rov. 6.3.2:

speculatieve en onjuiste motivering

189. Het hof voert ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, tegen deze beide vernietigingsgronden van de Russische Federatie aan (i) dat niet aangenomen kan worden dat de Russische Federatie enig relevant nadeel heeft geleden door de verwijzingsweigerings van het Scheidsgerecht, en (ii) dat de Russische Federatie zelf alle relevante informatie aan het Scheidsgerecht had kunnen verstrekken die, indien daarom door het Scheidsgerecht gevraagd, haar 'eigen' belastingautoriteiten aan het Scheidsgerecht zouden hebben kunnen geven.

190. Nog afgezien van de rechtsfout, welke in subonderdeel 5.2.4 hieronder afzonderlijk zal worden behandeld, namelijk dat het hof heeft gemeend dat de twee andere betrokken belastingautoriteiten sowieso niet door het Scheidsgerecht gehoord hadden moeten worden, is deze motivering van het hof zowel speculatief als onjuist en ontoereikend gemotiveerd omdat:

(ad i) Indien HVY zou worden toegestaan om de Final Awards te executeren, zou de Russische Federatie een gigantisch verlies (van meer dan USD 50 miljard met rente) kunnen lijden als gevolg van de opzettelijke weigerings van het Scheidsgerecht om de dwingende ECT-regel inzake de verwijzing naar behoren na te komen. Immers, daardoor kreeg het Scheidsgerecht niet de beschikking over de vermoedelijk voor de Russische Federatie gunstige adviezen van de betrokken belastingautoriteiten. Bovendien zou de bewijslast voor de (speculatieve) stelling dat de verwijzingsweigerings van het Scheidsgerecht geen nadeel aan de Russische Federatie kan hebben toegebracht, op HVY gelegd moeten zijn. Dit volgt uit het dwingende karakter van deze verwijzingsregel en uit het verweer van de Russische Federatie dat het advies van de belastingautoriteiten, indien dit was gevraagd door het Scheidsgerecht, volledig de argumenten van haar voor de omstreden belastingmaatregelen zou hebben gesteund (en dus niet die tegenovergestelde argumenten van HVY), zoals dat ook het geval is geweest bij de twee op dit punt unanieme uitspraken van het EHRM in 2011 en 2013.³⁷⁴

(ad ii) Juist volgens de tekst en strekking van artikel 21(5)(b)(i) ECT had het Scheidsgerecht — en dus ook het hof — niet van de Russische Federatie mogen verwachten dat zij als verweerder in de Arbitra-

³⁷⁰ Opnieuw zij verwezen naar het feit dat de Russische Federatie al op verwijzing aandrang in 2005, 2006, 2007, 2011 en 2012. Het argument van het Scheidsgerecht dat deze belastingexperts geen verstand hebben van de mogelijke juiste motieven om het Yukos moeilijk te maken, doet niet ter zake. Advies had gevraagd moeten worden over de belastingtechnische kwesties, niet over vermeende motieven (Final Awards, §§ 1423, 1435).

³⁷¹ Dagvaarding, § 374; CvR, § 340; Pleitnota 9 februari 2016, § 68 sub i; MvA, § 849. Zie 2010 OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Art. 25 (RME-1017). Veel staten, waaronder de Russische Federatie, het Verenigd Koninkrijk en Cyprus zijn partij bij bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting die zijn gebaseerd op de OECD Model Tax Convention. Deze verdragen voorzien erin dat geschillen over belastingmaatregelen moeten worden opgelost in overleg tussen de bevoegde belastingautoriteiten (*Mutual Agreement Procedure*).

³⁷² Brief van de Zweedse vertegenwoordiging bij Conference Secretariat of the European Energy Charter, oktober 15, 1992, p. 2: 'Finally, on Swedish side we demand that 'bodies called upon to settle disputes pursuant to articles 23 and 24', should be people with tax experience and appointed by the OECD Committee on Fiscal Affairs. The obvious reason for this is that we think tax people would be the most fitted people for solving tax questions. Hence, bearing in mind the complexity of tax questions our opinion is that such a solution is of utmost importance in order to ensure an efficient settlement of the tax issues.' Zie ook voetnoot 381 hierna, met verwijzing naar de brieven van de Canadese en Noorse vertegenwoordiging bij de ECT's Conference Secretariat, van maart 16 en 19, 1993, waarin ook wordt benadrukt dat het belangrijk is dat de deskundigen van de belastingautoriteiten van alle bij het geschil betrokken staten — ergo: van de 'host State' en van de States(s) of the investor(s) — door het scheidsgerecht moeten worden gehoord.

³⁷³ Dagvaarding, §§ 371–385; CvR, §§ 328–366; MvA, §§ 844–872; Appelleitnota (artikel 21 ECT), 24 september 2019, §§ 6–28.

³⁷⁴ Zie voetnoot 363. Zie ook de citaten uit het EHRM-arrest van 2011, opgenomen in § 227 hierna.

ge (of als eiser in de vernietigingsprocedure) als *plaatsvervangende* belastingautoriteit zou optreden en in die hoedanigheid aan het Scheidsgerecht zou voorleggen wat de werkelijke belastingautoriteiten veronderstellenderwijs aan het Scheidsgerecht zouden hebben geadviseerd indien het Scheidsgerecht hen naar behoren – in overeenstemming met deze dwingende regel – in staat zou hebben gesteld hun adviezen over te leggen. Immers, artikel 21(5)(b)(i) ECT stelt een algemene regel voor alle gevallen van beweerde discriminatoire, ontegenende belastingen. Deze regel veronderstelt derhalve, zoals volgt uit haar duidelijke bevestigingen en ook uit de context van die regel, haar onderwerp en doel zoals mede tot uitdrukking gebracht in de *travaux préparatoires*, dat er, naast het door het gastland als verweerder in dit soort arbitrages te voeren verweer, plaats moet zijn voor een afzonderlijke adviestaak van de belastingautoriteiten van o.a. het gastland om hun onmisbare deskundige advies te geven aan de desbetreffende scheidsrechters. Het hof heeft derhalve ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, tegen de Russische Federatie aangevoerd dat het spontaan de rol van de Russische belastingautoriteiten had moeten overnemen in plaats van te blijven benadrukken, zoals zij voortdurend heeft gedaan, dat het Scheidsgerecht deze dwingende regel naar behoren moest toepassen.

191. Aan de hierboven staande klachten tegen de twee hoofdargumenten van het hof komt uiteraard nog meer gewicht toe in het licht van de klacht van subonderdeel 5.2.4 hierna, namelijk dat ook het advies van de bevoegde belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk had moeten zijn gevraagd en verdisconteerd door het Scheidsgerecht.

5.2.3. Specifieke klacht tegen rov. 6.3.3: onjuiste en/of onbegrijpelijke verwerping ‘bij voorbaat’ van de klachten over de ‘blunders’ van het Scheidsgerecht

192. Onjuist, onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is de verwerping door het hof van de twee door de Russische Federatie ingeroepen voorbeelden van de ‘blunders’ van het Scheidsgerecht. Daarmee heeft zij onmiskenbaar de nadelige gevolgen willen aantonen van de onjuiste verwijzingsweigering door het Scheidsgerecht.

193. Het hof heeft de verwijzingsweigering van het Scheidsgerecht (mede) goedgepraat op de grond dat het Scheidsgerecht zeer waarschijnlijk dezelfde conclusies zou hebben getrokken over de beweerdelijk onrechtmatige (motieven voor) belastingmaatregelen van de Russische Federatie tegen Yukos, ook indien het Scheidsgerecht wel om de dwingend vereiste adviezen van de belastingautoriteiten had gevraagd en het deze had ontvangen.

194. Deze grondslag van het oordeel van het hof is onjuist en/of onbegrijpelijk dan wel ontoereikend gemotiveerd want onaanvaardbaar speculatief in het licht van de stelling van de Russische Federatie

dat de belastingautoriteiten juist haar standpunt zouden hebben ondersteund. Dat gold immers ook voor het EHRM dat tot tweemaal toe, in een verschillende samenstelling, unaniem oordeelde dat zowel de toerekening aan Yukos van de winsten van de sham companies als het heffen van btw van Yukos over de verkoopbrengrsten van deze sham companies geheel in overeenstemming waren met zowel het toepasselijke Russische belastingrecht als de internationale belastingregels en standaarden.³⁷⁵ 195. Hoewel artikel 21(5)(b)(i) ECT inderdaad niet van een scheidsgerecht vereist dat het de inhoud van de adviezen van de belastingautoriteiten moet volgen, berust deze beslissing van het hof niettemin op een rechtens onjuiste, bevooroordeelde en/of onbegrijpelijke speculatie over hoe het Scheidsgerecht zou hebben beslist als het zo'n dwingend voorgeschreven advies van hen zou hebben ontvangen. Immers, nu moet althans mag veronderstellenderwijs worden aangenomen dat die adviezen inderdaad een volledige ondersteuning zouden hebben ingehouden van het standpunt van de Russische Federatie. Men kan dan ook slechts met de hier bestreden speculatie van het hof instemmen, indien men de opvatting huldigt dat het Scheidsgerecht ondanks de hypothetische beschikbaarheid van geheel ten gunste van de Russische Federatie luidende adviezen, toch *in elk geval* zijn discretionaire bevoegdheid zou hebben gebruikt om het advies niet op te volgen, zulks in het nadeel van de Russische Federatie en ten gunste van HVV.³⁷⁶ Het ondersteunen van een dergelijke partijdigheid en tunnelvisie zou echter tegelijk in strijd zijn met het minimumniveau van de arbiters en rechters rustende plicht om de door hen te beslissen geschillen op een redelijke en eerlijke wijze te onderzoeken en te beoordelen. Dat wordt vereist door o.a. artikel 6 EVRM en mocht ook verwacht worden van zowel het Scheidsgerecht als het hof.³⁷⁷

³⁷⁵ Het EHRM heeft zowel in 2011 als in 2013 de beschuldigingen van onwettige, onredelijke en/of discriminerende belastingheffing bij Yukos door de Russische Federatie met betrekking tot winstbelasting en btw verworpen.

³⁷⁶ 's Hof's goedpraten van de twee 'blunders' van het Scheidsgerecht (zie rov. 6.3.3, hierboven samengevat in § 184) gaat voorbij aan het feit dat het EHRM de rechtstreekse toewijzing van de ontrokken winstbelasting aan Yukos rechtvaardigde omdat de schijnvennootschappen feitelijk volledig gecontroleerd en bestuurd werden door Yukos-personeel vanuit de kantoren van Yukos in Moskou, en dat de btw-heffing bij Yukos over de zogenaamde export door deze schijnvennootschappen een gevolg was van het opzettelijke verzuim van Yukos om tijdig en op correcte, wettelijk voorgeschreven wijze btw-vrijstellingen aan te vragen. Yukos vroeg niet zelf expliciet om zo'n vrijstelling, omdat het niet wilde erkennen dat zijzelf steeds de volledige controle over deze schijnvennootschappen heeft gehad.

³⁷⁷ CvR, §§ 357 e.v. Verwezen wordt naar twee EHRM uitspraken die beide op basis van artikel 6 EVRM vereisen dat de deskundigen door de rechter gehoord hadden moeten worden. EHRM 24 januari 1997, nr. 19983/92, *De Haas c.s./Belgium*, § 58; en 8 januari 2009, nr. 29002/06, *Schlumpff/Switzerland*, § 57: 'The Convention protects not theoretical or illusionary, but concrete and effective rights.'

5.2.4. Specifieke klacht tegen rov. 6.3.4: ook de inwinning van het advies van de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk was dwingend voorgeschreven

196. De beslissing van het hof dat het advies van de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk in elk geval niet vereist zou zijn, is rechs- tens onjuist. Bovendien is dat oordeel onbegrijpelijk en in strijd met artikel 19 en 24 Rv, zulks gelet op het feit dat noch het Scheidsgerecht,³⁷⁸ noch HVY³⁷⁹ een dergelijk standpunt hebben ingenomen. De Russische Federatie heeft steeds duidelijk en gemotiveerd gesteld dat het advies van niet alleen de Russische belastingautoriteiten maar ook dat van de Cypriotische en Engelse belastingautoriteiten had moeten worden ingewonnen.³⁸⁰

197. Het hof citeert niet alleen de tekst van artikel 21 (5)(b)(i) ECT (bewust?) onjuist, door ten onrechte in het enkelvoud te verwijzen naar 'the relevant competent tax authority'. Uit (i) de tekst van artikel 21 (7)(c) ECT, (ii) de *travaux préparatoires*,³⁸¹ (iii) de doctrine³⁸² en (iv) de rechtspraak³⁸³ volgt bovendien onloochenbaar dat dit dwingend vereiste advies volgens deze ECT-bepaling door alle scheids- gerechten gevraagd moet worden niet alleen van belastingautoriteiten van het gastland maar ook van belastingautoriteiten van de staten waar de eiser(s) zijn (hun) zetel hebben; zie ook weer § 186 onder d t/m f hierboven.

378 Integendeel: zie bijv. Final Awards, § 1421. De voorzitter van het Scheidsgerecht merkte bovendien tijdens dag 21 van de Hearing on the Merits het volgende op: '(...) if we would decide to proceed with this referral, then we would receive conclusions from the three tax authorities – we've taken your point about the word being used in the plural – we would receive their conclusions (...)'; zie Transcript Hearing on the Merits 9 november 2012, Day 21, p. 193:10–18 (*Productie RF-03.1.G*).

379 HVY hebben in deze civiele procedures alleen hun twijfels geuit over de vraag of de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk in staat zouden zijn om relevante informatie van meningen te geven inzake Russische belasting- wetgeving. HVY hebben nooit aangevoerd dat het horen van deze twee andere belastingautoriteiten van artikel 21(5)(b)(i) ECT zou afwijken.

380 Zie bijv. Dagvaarding, §§ 381 en 383; CvR, § 364; MvA, §§ 849 en 855.

381 Note of the Canadian representation to the Conference Secretariat of the European Energy Charter, March 18, 1993, p. 4 (RME-1010); Fax from the Norwegian representation to the Conference Secretariat of the European Energy Charter, March 19, 1993, p. 2: 'There was agreement in the tax-group that issues of allegedly discriminatory taxes must first be referred to the competent tax authorities of the countries involved in the dispute. By-passing this procedure would therefore seem inappropriate.'

382 W.W. Park, 'Arbitrability and Tax', Boston University School of Law, Public Law Research Paper, No. 17–32, p. 131 (RME-3410); S. Nappert, 'The Yukos Awards – A comment', *Journal of Damages in International Arbitration*, Vol. 2, 2015, No. 2, p. 35 (*Productie RF-208*); zie ook S. Nappert, 'Square Pegs and Round Holes: The Taxation Provision of the Energy Charter Treaty and the Yukos Awards', in: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 January 2015, no. 1 (*Productie RF-209*).

383 E.g. *Eiser Infrastructure v. Spain*, 4 mei 2017, ICSID zaaknr. ARB/13/36, §§ 281–282 (incl. vn. 328) en §§ 291–294 (*Productie RF-508*).

198. De Russische Federatie heeft zowel in de Arbitrage³⁸⁴ als in deze vernietigingsprocedure ge- steld en ook toegelicht wat de herkomst en ratio is van een dergelijk meervoudig advies.³⁸⁵ Bepalingen als die van artikel 21(5) ECT maken deel uit van de meeste verdragen met betrekking tot het voorko- men van dubbele belastingen en met betrekking tot internationale investeringen. Deze bepalingen strekken ertoe het tekort aan kennis van buiten- landse belastingregels en de toepassing ervan bij ar- biters te compenseren, en om de samenwerking tussen alle betrokken belastingautoriteiten ter zake te bevorderen.³⁸⁶ De tekst van deze ECT-bepaling is het resultaat van een na een serieus debat in onder- handelingen bereikt compromis. Dit gegeven be- wijst zowel het belang als het dwingende karakter van de verplichting van scheidsgerechten (indien de eiser dit niet al voorafgaand aan de arbitrage heeft gedaan) om het advies te vragen van de belasting- autoriteiten van zowel het gastland als de thuissta- ten van de investeerders.³⁸⁷ Zie opnieuw § 186 onder d t/m f hierboven.

384 Zie bijvoorbeeld Respondent's Short Submission on Bifurca- tion of Liability and Quantum, and on Referral under Article 21 ECT, 29 april 2011 (*Productie RF-03.1.B-2*); Russian Federation's Statement of Defence YUL, 15 oktober 2005, § 55 (*Productie RF-03.1.A-2.2*); Respondent's First Memorial on Juris- diction Hulley, 28 februari 2006, §§ 132, 134 (*Productie RF-03.1.A-3.1*); Respondent's Second Memorial on Jurisdiction and Admissibility – YUL, 31 januari 2007, § 2 (*Productie RF-03.1.A-5.2*); Respondent's Rejoinder on the Merits, 16 augustus 2012, §§ 293, 329–333 (*Productie RF-03.1.B-5*); Respon- dent's Merits Skeleton Argument, 1 oktober 2012, § 73; Transcript Hearing on Merits, Day 20, p. 190–193 (*Productie RF-03*).

385 Dagvaarding, §§ 371–385; CvR, §§ 328–366; MvA, §§ 844–872; Appelleitnota (Article 21 ECT), 24 september 2019, §§ 6–28.

386 Brief van de Zweedse vertegenwoordiging bij Conference Se- cretariat of the European Energy Charter, 15 oktober 1992, p. 2: 'Finally, on Swedish side we demand that 'bodies called upon to settle disputes pursuant to articles 23 and 24, should be people with tax experience and appointed by the OECD Committee on Fiscal Affairs. The obvious reason for this is that we think tax people would be the most fitted people for solving tax questions. Hence, bearing in mind the complexity of tax questions our opinion is that such a solution is of utmost importance in order to ensure an efficient settlement of the tax issues.'

387 Dagvaarding, §§ 371–373, 376, 381, 383; CvR, §§ 332, 337, 339; 364; MvA, §§ 849–852, 868; Note of the Canadian repre- sentation to the Conference Secretariat of the European Energy Charter, March 18, 1993, p. 4 (RME-1010); Fax from the Norwegian representation to the Conference Secretariat of the European Energy Charter, March 19, 1993, p. 2: 'There was agreement in the tax-group that issues of allegedly discriminatory taxes must first be referred to the competent tax au- thorities of the countries involved in the dispute. By-passing this procedure would therefore seem inappropriate.'; W.W. Park, 'Arbitrability and Tax', Boston University School of Law, Public Law Research Paper, No. 17–32, p. 131 (RME-3410); S. Nappert, 'The Yukos Awards – A comment', *Journal of Damages in International Arbitration*, Vol. 2, 2015, No. 2, p. 35 (*Productie RF-208*); S. Nappert, 'Square Pegs and Round Holes: The Taxation Provision of the Energy Charter Treaty and the Yukos Awards', in: *Cahiers de l'arbitrage*, 1 January 2015, no. 1 (*Productie RF-209*); *Eiser Infrastructure v. Spain*, 4 mei 2017, ICSID zaaknr. ARB/13/36, §§ 281–282 en voetnoot 328 (*Productie RF-508*).

199. Het vormt geen rechtvaardiging voor de opzettelijke verwijzingsweigering van een scheidsgerecht dat de inhoud van het advies van de betrokken belastingautoriteiten niet verbindend is voor dat scheidsgerecht. Daarom is dan ook onjuist de redenering van het hof – en hetzelfde geldt voor de onjuiste gedachte van het Scheidsgerecht, zoals goedgepraat door het hof – dat het achterwege laten van een verzoek om het verplicht voorgeschreven advies van o.a. de belastingautoriteiten van het gastland zou kunnen worden gerechtvaardigd althans getolereerd op de gronden (i) dat deze autoriteiten toch waarschijnlijk wel het standpunt van het gastland in de Arbitrage zouden ‘verdedigen’ en/of (ii) het gastland als verweerder in de arbitrage zelf gemakkelijk het advies van haar eigen belastingautoriteiten aan het Scheidsgerecht zou kunnen geven of dat advies zou kunnen vervangen door haar eigen verweer. Beide ‘gronden’ zien o.a. over het hoofd dat artikel 21(5)(b)(i) ECT scheidsgerecht verplicht om *steeds* advies te vragen van de belastingautoriteiten van *zowel* het gastland *als* van de vestigingssta(a)t(en) van de investeerder(s), zulks om de hierboven al genoemde redenen.

5.2.5. Specifieke klacht tegen rov. 6.3.5: onjuiste en/of onbegrijpelijke verwerping van de analogie met het ‘prognoseverbod’

200. Het hof heeft het beroep van de Russische Federatie verworpen op een analogie met de fundamentele regel dat een scheidsgerecht, net als een rechter, eerst het dwingend voorgeschreven bewijs moet horen/lezen voordat het zijn discretionaire bevoegdheid mag gebruiken om te beslissen dat het de inhoud van dat bewijs niet zal volgen.³⁸⁸ Deze beslissing van het hof is dan ook rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk.

201. Er is geen grond, althans niet zonder nadere motivering die ter zake in ‘s hofs arrest ontbreekt, om een rechtens dwingend aanbod van getuigenbewijs op een meer beschermde en geprivilegieerde wijze te behandelen dan de eigen wettelijke of verdragsrechtelijke verplichting van een scheidsgerecht om, voordat het zijn beslissing ter zake neemt, het specifiek en dwingend voorgeschreven advies van autoriteiten in te winnen. Dit klemt te meer indien die autoriteiten over een grotere kennis en ervaring beschikken van het terrein waartoe de te beslissen geschilpunten behoren, dan de arbiters zelf.³⁸⁹

202. Anders dan het hof heeft overwogen, maakt het hierbij geen relevant verschil dat artikel 21(5)(b)(i) ECT de uiteindelijke vrijheid van een scheidsgerecht respecteert om al dan niet overtuigd te zijn van de juistheid van de inhoud van zo’n dwingend voorgeschreven advies. Immers, zo’n zelfde discretionaire vrijheid bestaat ten aanzien

van de waardering van – het niettemin eerst verplicht te horen – getuigenbewijs.

203. Eveneens anders dan het hof heeft overwogen, maakt het geen relevant verschil uit dat getuigen naar de aard van dit bewijsmiddel gehoord worden over omstrede feiten en dat de belastingautoriteiten in gevallen als het onderhavige moeten worden geraadpleegd over hun kennis inzake omstrede kwesties van uitleg en toepassing van belastingregels.³⁹⁰ Voorts mag hiertoe opnieuw verwezen worden naar de in voetnoot 377 hierboven aangehaalde twee arresten van het EHRM uit 1997 en 2009. In beide zaken besliste het EHRM dat in de specifieke omstandigheden van die zaken de weigering van de nationale gerechten om gebruik te maken van deskundigenrapporten, een schending oplevert van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

204. Bovendien, anders dan het hof heeft overwogen (zie ook rov. 9.3.2), is er wel degelijk een dwingende grond om het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor ook toe te passen op een verplicht te vragen advies zoals hier aan de orde. Immers, door opzettelijk te weigeren het dwingend voorgeschreven advies van de – in dit geval drie – betrokken belastingautoriteiten te vragen, heeft het Scheidsgerecht aan de Russische Federatie ook het vanzelfsprekende procedurele recht ontnomen om commentaar te geven op het advies van die autoriteiten, indien dat eenmaal ontvangen zou zijn, en om het belang van die adviezen voor haar eigen verweer toe te lichten.³⁹¹

205. Ten slotte zijn de hierboven al bestreden overwegingen en beslissingen van het hof in strijd met het fundamentele recht op een eerlijk proces (zie de zojuist genoemde verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM), met inbegrip van het recht om gehoord te worden over verplicht op te vragen bewijs, en derhalve ook in strijd met artikel 1039 lid 1 en artikel 1065 lid 1 onder e Rv.

5.2.6. Slotklacht tegen rov. 6.3: prejudiciële vragen aan het HvJ EU

206. Zoals hierboven al gesteld en onderbouwd, volgt het uit de duidelijke bewoordingen (artikel 31 WVV) alsmede uit de *travaux préparatoires*, de internationale rechtspraak en de internationale doctrine, dat artikel 21(5)(b)(i) ECT de verplichting oplegt aan scheidsgerichten die optreden uit hoofde van artikel 26 ECT, om het advies te vragen van alle betrokken bevoegde belastingautoriteiten, niet alleen van die van het gastland maar ook van die van de vestigingsstaten van de investeerders.

207. Hoewel het hof het ‘futility’-argument van het Scheidsgerecht niet geheel heeft gevolgd en zelfs ‘lippendienst’ heeft bewezen aan het verplichtende karakter van deze verdragsbepaling, levert het goedpraten van de naar haar effect tegenovergestelde conclusie van het Scheidsgerecht, een schen-

388 CvR, §§ 341–347, MvA, §§ 866–867.

389 Zie bijv. CvR, §§ 341 e.v.

390 CvR, § 347.

391 CvR, §§ 350–358; MvA, §§ 867 en 1185.

ding op van het Europese recht. Het is rechtens vereist dat de gerechten van alle lidstaten van de Europese Unie gemengde verdragen waarbij de lidstaten en de EU partij zijn, zoals de ECT, op een uniforme wijze uitleggen en toepassen.³⁹² Derhalve moet de Hoge Raad, indien hij al zou twijfelen of het op de hierboven aangevoerde gronden de hier bestreden oordelen van het hof moet vernietigen, in elk geval op grond van artikel 267 VWEU ter zake een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie stellen over de juiste uitleg van artikel 21(5)(b)(i) ECT. Daarbij is met name te denken aan de vraag of die plicht ook ziet op het raadplegen van de belastingautoriteiten uit het vestigingsland van de investeerder.

6. *Scheidsgerecht schond opdracht en was onregelmatig samengesteld door delegatie aan assistent (rov. 6.6)*

6.1. Inleiding

208. Dit onderdeel is gericht tegen rov. 6.6 van het hof. Het hof heeft daar twee door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden verworpen. Die gronden maakten bezwaar tegen het door een assistent van het Scheidsgerecht concipiëren van inhoudelijke delen van de Final Awards. Aangezien het Scheidsgerecht vooraf geen enkele transparantie hierover had betracht, vormt deze delegatie van een wezenlijk onderdeel van de hoogstpersoonlijke verplichtingen van arbiters, zonder voorafgaande toestemming van partijen, een ernstige schending van de opdracht van het Scheidsgerecht. Tegelijkertijd leidt die delegatie tot de feitelijk onregelmatige samenstelling van het Scheidsgerecht.

6.1.1. Achtergrond van de bezwaren tegen een ‘vierde arbiter’

209. De Russische Federatie heeft aangevoerd dat de Final Awards vernietigd moet worden op de grond dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden en/of onregelmatig was samengesteld (artikel 1065 lid 1 onder c en/of b Rv). Deze gronden zijn ingeroepen als gevolg van de feitelijke, ongeautoriseerde delegatie aan een ‘assistent’ van een kerntaak van het Scheidsgerecht zoals bepaald door Rechtsvordering en de vaste beginselen van Nederlands en internationaal arbitragerecht. Het is de dwingende verplichting van elk lid van een scheidsgerecht om – persoonlijk en als college, *intuitu personae* en met uitsluiting van derden – zelf de kerntaken (tegelijk privileges) uit te voeren bestaande uit (i) het bestuderen, bespreken en beslissen van alle voorgelegde geschilpunten en (ii) het (her-)formuleren en uiteindelijk gemotiveerd vastleggen van alle beslissingen.

210. Het is breed geaccepteerd dat op praktische en economische gronden een formeel als zodanig benoemde secretaris van een scheidsgerecht (i)

niet-inhoudelijke delen van het vonnis mag ontwerpen (met name overzichten van de processuele geschiedenis en van de niet omstreden feiten) en (ii) het Scheidsgerecht mag bijstaan bij (a) het beheer van de processtukken en de communicatie met partijen, (b) het verzamelen van relevante juridische bronnen en (c) het maken van samenvattingen van de stellingen van partijen over bepaalde geschilpunten alsmede van het getuigen- en deskundigenbewijs.³⁹³ Echter, zoals de Russische Federatie heeft aangevoerd en onderbouwd, een scheidsgerecht mag niet, althans niet zonder de voorafgaande toestemming ter zake van partijen, aan zijn formeel benoemde secretaris, laat staan aan een derde (ongeacht of die ‘assistent’ of anders wordt genoemd),³⁹⁴ zijn hoogstpersoonlijke en collegiale kernverplichting (en privilege) delegeren ten aanzien van enig aspect van het beslissingsproces, zoals kort hierboven (§ 209) beschreven.

211. Voor de uitvoerig gedocumenteerde argumenten van de Russische Federatie voor deze twee door haar aangevoerde vernietigingsgronden inzake het feitelijk functioneren van de assistent van het Scheidsgerecht, verwijst zij allereerst naar haar eerdere processtukken.³⁹⁵ Deze verwijzing heeft tevens betrekking op alle bewijsstukken, de regels en richtlijnen van arbitrage-instituten, doctrine en rechtspraak zoals in die processtukken aangehaald. Ter ondersteuning van dit middelonderdeel beroept de Russische Federatie zich op al haar eerdere argumenten en verwijzingen.

6.1.2. Geen enkele transparantie over het verrichten van inhoudelijke taken door de ‘assistent’

212. Aan deze door de Russische Federatie ingeroepen vernietigingsgronden liggende volgende basale feiten ten grondslag.

a. Dhr. [naam 23] is uitsluitend aan de partijen voorgesteld als een ‘assistent’ bij een eenzijdige aankondiging door de voorzitter van het Scheidsgerecht in de eerste arbitragezitting: ‘(...) *I have asked one of my colleagues in my office in Montreal to assist me in the conduct of this arbitration. Because, like all of us, I travel a lot. If at any time I am unreachable, you could always contact him (...)*’.³⁹⁶ Op geen enkel moment gedurende de verdere loop van de Arbitrage heeft het Scheidsgerecht een mondelinge of schriftelijke mededeling gedaan inzake enige wijziging in de positie of taak van de heer [naam 23] (kort gezegd: een

³⁹³ Niettegenstaande deze brede aanvaarding, is normaal gesproken voor dergelijke activiteiten de toestemming van partijen vereist, ook volgens de regels van de meeste arbitrage-instituten (MvA, § 1017).

³⁹⁴ Enkel voor formeel benoemde ‘secretarissen’ voorziet artikel 1035a Rv in regels voor openheid en wraking.

³⁹⁵ Dagvaarding, §§ 468–509, CvR, §§ 477–625, Pleitnota 9 februari 2016, §§ 94–114, MvA, §§ 966–1074, Akte RF 25 juni 2019, §§ 366–368 en Appelleitnota (verboden delegatie), 24 september 2019.

³⁹⁶ Transcript of the Procedural Hearing of 31 October 2005, 92:19–93:6.

³⁹² Zie de rechtsbronnen aangehaald in subonderdeel 2.7, voetnoot 196.

verschuiving van alleen 'communicatie' naar tevens 'inhoudelijk delen van vonnis concipiëren').

b. Gedurende diezelfde eerste zitting werden de Terms of Appointment geaccordeerd door het Scheidsgerecht en de partijen.³⁹⁷ Artikel 7 sub c van deze Terms bepaalt: *'The Tribunal may appoint a member of the Registry to act as Administrative Secretary. The Administrative Secretary and other members of the International Bureau [of the PCA]³⁹⁸ shall carry out administrative tasks on behalf of the Tribunal.'* Dienovereenkomstig zijn de Deputy Secretary-General, tegelijkertijd Principal Legal Counsel van het PCA en een van zijn medewerkers benoemd tot Secretaris resp. Assistent-Secretaris van het Scheidsgerecht. Noch de Terms of Appointment, noch enige andere op deze Arbitrage toepasselijke regel (ECT, UNCITRAL, Arbitration Rules en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) bevat, afgezien van de (formele) 'secretaris', enige verwijzing naar de functie van 'assistent of the Tribunal'.

c. De Russische Federatie heeft pas nadat zij de Final Awards kon bestuderen – tot haar verontwaardiging – de volgende feiten ontdekt. De 'assistent' ([naam 23]) had in Fase II van de Arbitrage, ter voorbereiding van de Final Awards, 2.625 uren besteed. De 'gemiddelde Arbitrer' heeft in diezelfde Fase II slechts 1.661 uren besteed. De PCA-Secretarissen hebben aan hun administratieve en organisatorische werk in totaal 5.232 uren besteed.³⁹⁹ Ergo: [naam 23] heeft 60% meer tijd (± 1.000 uren) besteed in Fase II dan de 'gemiddelde Arbitrer'. Dit surplus staat gelijk aan 25 werkweken van elk vijf dagen met acht werkuren.⁴⁰⁰

d. Het PCA-Secretariaat heeft, op instructie van het Scheidsgerecht, de verzoeken van de Russische Federatie verworpen om een globale beschrijving te mogen ontvangen van de aard van deze 2.625 door de assistent bestede uren. De motivering van het Scheidsgerecht voor deze weigering was: *'assuring the confidentiality of the Tribunal's deliberations.'*⁴⁰¹ De letterlijke vertaling en daarmee logische verklaring van deze weigeringsgrond is dat de verzochte beschrijving zou uitwijzen dat [naam 23] heeft deelgenomen aan de *deliberations* (oordeelsvorming) van het Scheidsgerecht.

e. Twee gerenommeerde linguïstische experts (Dr. Chaski van o.a. George Washington University en prof. Daelemans van de Universiteit van Antwerpen) hebben – onafhankelijk van elkaar – onderzoek gedaan naar drie belangrijke 'juridische'

hoofdstukken van de Final Awards (IX: Preliminary Objections, X: Liability en XII: Quantification of Claimants' damages). Door middel van gecomputeriseerd en statistische, dus objectief, stylometrisch onderzoek hebben deze deskundigen vastgesteld o.a. dat [naam 23] 60% (36 van de 58 subsecties) van hoofdstuk XII van de Final Awards heeft geschreven.⁴⁰² De bestrijding door HVV van deze stylometrische onderzoeken, heeft het hof terecht niet belet als hypothetisch feit te aanvaarden (rov. 6.6.5, 3^e volzin) aanvaard *'dat [naam 23] inderdaad grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept)teksten heeft aangeleverd die de Arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt.'*

f. De Nederlandse doctrine (o.a. S.L. Buruma,⁴⁰³ P. Sanders,⁴⁰⁴ F.D. van Hombracht-Brinkman⁴⁰⁵ en F.J.M. De Ly⁴⁰⁶) en de artikelen 1026 (lid 1) 1027 (lid 1), 1029, 1033 en 1035 Rv⁴⁰⁷ geven aan dat scheidsgerechten geen secretaris (laat staan een ongereguleerde 'assistent') mogen inschakelen om inhoudelijke onderdelen van hun vonnissen te concipiëren. Dit is slechts anders voor scheidsgerechten die zijn samengesteld uit niet-juridisch opgeleide arbiters zoals technici of professionals, en zulks alleen indien de partijen daarmee hebben ingestemd.⁴⁰⁸ Deze uitzondering is uiteraard niet van toepassing op het uit drie juridisch hoog geschoolde en ervaren arbiters samengestelde Scheidsgerecht. Gezien de contractuele basis van de meeste arbitrale procedures mag alleen een meer inhoudelijke taak aan een 'secretaris' worden gegeven, nadat daarover door het Scheidsgerecht volledige transparantie is betracht en bewuste toestemming door partijen is gegeven.

g. Arbiters worden, *anders dan rechters*, individueel geselecteerd door partijen zelf, zulks op basis van hun specifieke professionele deskundigheid en ervaring alsmede op basis van de tijd die zij beschik-

402 Appelleitnota, Sectie I, bevat ook verdere verwijzingen naar de resultaten van hun respectieve onderzoeken. Deze rapporten zijn als (*Producties RF-189, RF-215 en RF D-20*) (Chaski) en (*Producties RF-D21 en RF-D22*) (Daelemans) door de Russische Federatie overgelegd. De conclusies en het belang van deze onderzoeken zijn besproken in CvR, §§ 521–549; Pleitnota 9 februari 2016, §§ 94–114; MvA, §§ 986 e.v. en 1051 e.v.; Appelleitnota (verboden delegatie), 24 september 2019, §§ 47–63.

403 Productie RF-196.

404 P. Sanders, 'De Secretaris van het scheidsgerecht', *TvA* 2007/29, § 2.

405 F.D. van Hombracht-Brinkman, 'Er zijn secretarissen en secretarissen! Reactie op het artikel van prof. mr. Sanders. De secretaris van het scheidsgerecht', *TvA* 2008/17.

406 F.J.M. De Ly, 'Kroniek internationale arbitrage', *TvA* 2012/84.

407 Zie voor het internationale nieuws over dit onderwerp van secretarissen die als 'vierde arbitrer' optreden, subpara. 212.h hieronder.

408 CvR, §§ 486–487; Akte RF 25 juni 2019, §§ 370–371; Appelleitnota (verboden delegatie), 24 september 2019, §§ 26–27. De institutionele regels voor deze technische en professionele tribunaal voorzien in ondersteuning van juridische secretarissen, wat toestemming van partijen impliceert voor een inhoudelijke – juridische – rol van deze secretarissen.

397 Transcript of the Procedural Hearing of 31 October 2005, 93:23–10:5.

398 Permanent Court of Arbitration, in Den Haag.

399 De heer [naam 23] heeft geen tijd besteed aan administratieve of organisatorische taken, aangezien deze volledig werden verzorgd door de formele secretarissen van de PCA.

400 De exacte cijfers zijn weergegeven in de overzichten in CvR, § 508 en in Appelleitnota (verboden delegatie), 24 september 2019, § 7. Deze assistent heeft zelfs 1033 uur meer besteed in Fase II dan Tribunaalvoorzitter Fortier.

401 PCA brief aan partijen d.d. 14 oktober 2014, naar aanleiding van het verzoek van de Russische Federatie op 9 september en 7 oktober 2014. Zie ook CvR, § 511 en MvA, §§ 979–982.

baar hebben om een doelmatig en spoedig verloop van de procedure te waarborgen.⁴⁰⁹ Een (formele) secretaris van een scheidsgerecht mag alleen administratieve, organisatorische en algemeen juridische ondersteuning bieden. De hierboven genoemde rechtsvorderingsbepalingen geven aan dat secretarissen niet als 'assistent-arbiters' mogen optreden. Daarom mag een secretaris niet de meningsvorming binnen het Scheidsgerecht over het geschil beïnvloeden. Hetzelfde geldt *a fortiori* voor 'assistenten'. Secretarissen zijn, net als assistenten, niet voor een dergelijke functie geselecteerd en benoemd door partijen. Het wakken tegen misbruik is dan ook wenselijk omdat een eventuele heimelijke, ongeautoriseerde bijdrage van een secretaris of assistent aan het beslissingsproces van een scheidsgerecht door partijen gedurende de arbitrageprocedure niet kan worden verifieerd, laat staan geblokkeerd. Slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals in deze zaak, komt de waarheid achteraf naar boven.

h. Ook de Nederlandse en internationale literatuur en rechtspraak ondersteunt het standpunt van de Russische Federatie: zonder voorafgaande toestemming van partijen gebaseerd op door het scheidsgerecht betrachtte transparantie, mag een secretaris, laat staan een assistent niet – net zomin als enige andere 'derde'⁴¹⁰ – op enigerlei inhoudelijke wijze het besluitvormingsproces van een scheidsgerecht beïnvloeden. Daarom mag een secretaris, laat staan een assistent, geen concept maken voor inhoudelijke gedeelten van een arbitraal vonnis. Nederlandse gerechten moeten, wanneer zij te maken hebben met procedurele aspecten van de opdracht van een scheidsgerecht (artikel 1065 lid 1 onder c Rv), de internationale gebruiken ter zake in acht nemen.⁴¹¹ Dit ziet ook op het verbod om aan secretarissen, laat staan aan assistenten, de *voorbereiding* van inhoudelijke beslissingen te delegeren.

213. Ter nadere onderbouwing van haar standpunt verwijst de Russische Federatie hieronder (kort en indirect) naar de bronnen waarop zij zich al in de feitelijke instanties meer uitvoerig heeft beroepen.

a. Voor de rechtspraak van buitenlandse gerechten wordt verwezen naar o.a. memorie van antwoord §§ 1043 e.v.⁴¹² Alle vier daar vermelde rechterlijke uitspraken zijn in overeenstemming met het standpunt van de Russische Federatie. Zo oordeelde bijv. het Italiaanse Hof van Cassatie dat delegatie door arbiters aan een derde persoon van onderdelen van het besluitvormingsproces verboden is. Het Duitse BGH en het Zwitserse Bundesgericht besloten in de

zelfde zin, met een uitzondering voor de regels van institutionele arbitrage door branchegenoten resp. vanwege voorafgaande instemming van partijen die een architect als enige arbiter hadden aangewezen, welke zich door een advocaat wilde laten bijstaan.

b. De regels en aanbevelingen van internationaal werkzame arbitrage-instituten bevestigen alle het standpunt van de Russische Federatie; hiervoor wordt verwezen naar memorie van antwoord § 1017, met citaten uit de regels en aanbevelingen van ICC, UNCITRAL, JAMS, Young ICCA, ACICA (Australië), LCIA (VK), FCC (Finland), HKIA (Hong Kong), CEPANI (België) en de New York City Bar Association. The UNCITRAL Notes benadrukken dat het van belang is om te verzekeren dat de secretaris geen besluitvormende functie vervult.⁴¹³

c. Voor de opvatting van geleerde en ervaren juridische auteurs, die allen het standpunt van de Russische Federatie ondersteunen, wordt verwezen naar – in alfabetische volgorde – Berger,⁴¹⁴ Born,⁴¹⁵ Clay,⁴¹⁶ Douglas,⁴¹⁷ Gerbay & Richman,⁴¹⁸ Giovannini,⁴¹⁹ Lalive,⁴²⁰ Keutgen & Dal,⁴²¹ De Ly,⁴²² Partasides,⁴²³ Polkinghorn & Rosenberg,⁴²⁴ Redfern & Hunter,⁴²⁵ Schwarz & Konrad⁴²⁶ en Waincymmer.⁴²⁷ Zie ook het verslag van het recente NAI-CEPANI colloquium door Ten Brink.⁴²⁸

N.B. Het hof verwijst in § 6.6.14.1 (voetnoot 178) naar een citaat van Gary Born (dat eerder door HVY was aangehaald) dat suggereert dat deze ervaren auteur aan scheidsgerechten de discretionaire bevoegdheid wil laten om te beslissen over de taken die zij aan hun secretarissen willen geven. Echter, zoals de Russische Federatie meermalen heeft benadrukt, is juist het tegendeel waar ter zake van delegatie aan secretarissen van inhoudelijke concepten. Zie de citaten van Born, uit dezelfde bron als waarnaar HVY resp. het hof verwees (Productie RF-90), in de repliek §§ 597–598 en memorie van antwoord p. 533.⁴²⁹

413 *Productie RF-91*. De arbiters waren onderworpen aan de UNCITRAL Arbitration Rules (1976); zie Interim Award van 30 november 2009, § 4.

414 *Productie RF-404*.

415 *Productie RF-90*.

416 *Productie RF-397*.

417 *Productie RF-403*.

418 *Productie RF-405*.

419 *Productie RF-396*.

420 *Productie RF-224*.

421 *Productie RF-399*.

422 F.J.M. De Ly, 'Kroniek internationale arbitrage', *TvA* 2012/84.

423 *Productie RF-88*.

424 M.P. Polkinghorne & C.B. Rosenberg, 'The Role of Tribunal Secretary in International Arbitration: A call for a Uniform Standard', *Dispute Resolution* 2014, Vol. 8, No. 2, p. 107 e.v., p. 114–117.

425 *Productie RF-95*.

426 *Productie RF-400*.

427 *Productie RF-87*.

428 *Productie RF-512*.

429 Bijv.: 'a central premise of the role of the secretary [is] that he or she may not (...) influence the Tribunal's decision and [it] is widely agreed that the secretary must not assume the Tribunal's function of (...) preparing a reasoned award.' (cursivering toegevoegd).

409 Dit selectie-, benoemings- en betalingsproces, gestuurd door partijen, zorgt voor een fundamenteel verschil met een procedure bij de overheidsrechter. Gerechten hebben vaak vaste 'griffiers' in dienst die rechters bijstaan bij het concipiëren van hun uitspraken.

410 Noch een bevriende hoogleraar of een rechten studerend kind noch de buurman-advocaat van een arbiter mogen zijn eigen concipiërende taken geheel of gedeeltelijk overnemen.

411 HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384, § 3.3 (*IMS/Modsaf*).

412 De 4 geanalyseerde arresten (uit Italië, Duitsland, Engeland en Zwitserland) zijn overgelegd als productie HVY-121–124.

d. De resultaten van de enquêtes onder bij de internationale arbitrage betrokken praktici, bevestigen alle, met een meerderheid van 85% of meer, het door de Russische Federatie ingeroepen verbod van delegatie door arbiters van inhoudelijk werk aan secretarissen. Zie hiertoe de rapporten van Queen Mary College/White & Case, BLP en Young ICCA, zoals besproken in memorie van antwoord §§ 1006 e.v.⁴³⁰

6.1.3. Samenvatting van de motivering van het hof voor de verwerping van deze vernietigingsgronden

214. De motivering van het hof voor de verwerping van de twee hier centraal staande vernietigingsgronden kan als volgt worden samengevat:⁴³¹

(rov. 6.6.5) Het getuigenbewijsaanbod van de Russische Federatie⁴³² ten aanzien van de bijdrage van [naam 23] aan het besluitvormingsproces van het Scheidsgerecht wordt verworpen omdat het geen betrekking heeft op voldoende onderbouwde feitelijke stellingen zoals hierna (in het arrest) zal worden toegelicht.⁴³³

(rov. 6.6.6) Uit de linguïstische rapporten van Chaski en Daelemans kan niet worden afgeleid dat [naam 23] heeft deelgenomen aan het besluitvormingsproces of taken heeft vervuld die binnen het domein van arbiters vallen. Niet is vastgesteld dat [naam 23] het Scheidsgerecht heeft geadviseerd over het gelijk of ongelijk van partijen, of dat arbiters (enkele) beslissingen aan [naam 23] hebben gedelegeerd, aangezien arbiters dat soort bijdragen konden accepteren of verwerpen, of dat de concepten van [naam 23] de beslissing van arbiters hebben beïnvloed (aangezien zij die beslissingen reeds genomen kunnen hebben voordat [naam 23] zijn concepten heeft ingeleverd).⁴³⁴

(rov. 6.6.7) Uit de door het PCA opgegeven redenen voor het afwijzen van het verzoek van de Russische Federatie om een globale specificatie van [naam 23]'s activiteiten – *“assuring the confidentiality of the Tribunal’s deliberations”* – kan niet

worden afgeleid dat [naam 23] daadwerkelijk aan deze deliberations heeft deelgenomen.⁴³⁵

(rov. 6.6.8) Het hof verwerpt de stelling van de Russische Federatie dat het ordenen en samenvatten van de stellingen van partijen en van de relevante juridische bronnen in dit bijzonder grote dossier onvergelijkbaar veel meer tijd zou vergen dan het besluitvormingsproces, waarbij niet van belang is dat de partijen dergelijke samenvattingen reeds hadden verstrekt.⁴³⁶

(rov. 6.6.9) Het hof verwerpt het standpunt van de Russische Federatie dat een helder en wezenlijk onderscheid kan worden gemaakt tussen het opstellen van memo's met samenvattingen en het opstellen van beslissende onderdelen van een arbitraal vonnis. Het is volgens het hof goed denkbaar dat dergelijke – op zichzelf toelaatbare – memo's van [naam 23] de basis hebben gevormd voor bepaalde onderdelen van de Yukos Awards.⁴³⁷

(rov. 6.6.10) Het gebruik door het Scheidsgerecht van concepten door [naam 23] kan niet worden gelijkgesteld met het regelrecht schrappen van het *intuitu personae*-verbod resp. het delegatieverbod van arbiters. Uiteindelijk hebben arbiters immers besloten de concepten van [naam 23] geheel of gedeeltelijk en al dan niet geamendeerd voor hun rekening te nemen.⁴³⁸

(rov. 6.6.13) Het feit dat [naam 23] delen van de Awards heeft geschreven, kan ook niet tot de conclusie leiden dat het Scheidsgerecht onregelmatig was samengesteld. Het volgt uit de ondertekening van de Awards door alleen de drie Arbiters, dat deze uitsluitend zijn gewezen door deze drie benoemde Arbiters. Daarom faalt het beroep van de Russische Federatie op artikel 1065 lid 1 sub b Rv.⁴³⁹

(rov. 6.6.14.1) Hoewel [naam 23]'s concepten ongetwijfeld inhoudelijke activiteiten inhielden, betekent dit niet dat arbiters in strijd met hun opdracht hebben gehandeld, althans niet op zo-

430 *Producties RF-93, RF-94, RF-217 en RF-395*. In deze enquêtes wordt geen melding gemaakt van 'assistenten', blijkbaar omdat niemand er ooit aan gedacht had om dergelijke extra 'hulpmiddelen' te gebruiken.

431 Gekozen is voor deze 'royale' weergave, omdat hieruit volgens de Russische Federatie de gebrekbaarheid en kunstmatigheid van 's hofs beoordeling blijkt, hetgeen hierna in korte voetnoten met kritiek per overweging wordt geïllustreerd.

432 Dagvaarding, §§ 506–507, CvR, § 514; MvA, § 1062.

433 Wat voor meer feitelijke onderbouwing voor de toelating tot getuigenbewijs is nodig dan dat [naam 23] ≥ 60% van belangrijke FA-hoofdstukken heeft geschreven, 60% méér uren resp. een half jaar langer aan Fase II heeft gewerkt dan de gemiddelde arbitrer, en dat nadere informatie hierover door het Scheidsgerecht geweigerd wordt ter bescherming van de 'vertrouwelijkheid van het besluitvormingsproces'?

434 Als grote delen van zijn inhoudelijke concept (vrijwel) ongewijzigd in de Final Awards zijn overgenomen, dan moet aangenomen worden dat [naam 23] de arbitrale besluitvorming heeft beïnvloed, tenzij op grond van andere feiten (niet: speculaties) het tegendeel aannemelijk is geworden.

435 Raadselachtig is waarom deze logische gevolgtrekking niet – geheel conform de letterlijke tekst ervan – uit de PCA-verklaring zou kunnen worden afgeleid.

436 Aangezien – als het goed gaat – arbiters ook zelf het gehele dossier moeten lezen, daarover elk individueel moeten nadenken en met elkaar moeten overleggen, tot tentatieve beslissingen over alle geschilpunten moeten komen en die ook vaak moeten (her)toetsen en (her)formuleren, is het onbegrijpelijk dat het hof meent dat dit niet zeer veel meer tijd moet kosten dan het door één jurist in zijn eigen tijd ordenen en samenvatten van (reeds samengevatte onderdelen van) het dossier.

437 Onbegrijpelijk is dat het hof geen scherp onderscheid ziet tussen het samenvatten van de afzonderlijke standpunten van partijen over bepaalde strijdpunten enerzijds en het beslissen van alle strijdpunten anderzijds. Weliswaar mogen samenvattingen mede aan de basis van de arbitrale besluitvorming liggen, maar dit geldt niet voor (immers ongeoorloofde) oordelen van een 'assistent' over het (on)gelijk van een partijstandpunt.

438 Zie nader de afzonderlijke klachten in subonderdeel 6.2 hierna.

439 Zie nader de afzonderlijke klachten in subonderdeel 6.2 hierna.

danige wijze dat dit moet leiden tot de vernietiging van de Awards, aangezien de toepasselijke reglementen geen specifieke voorziening in dit opzicht bevatten. Er is geen ongeschreven regel die meebrengt dat de secretaris of assistent geen delen van de Award mag schrijven. Zolang hierover geen concrete partijafspraken zijn gemaakt en de inhoudelijke beslissingen door de arbiters zelf worden genomen zonder invloed van derden, geldt dat het aan de discretie van het Scheidsrecht is overgelaten in hoeverre het voor het concipiëren van het vonnis gebruik wil maken van een assistent of secretaris. Het hof is van oordeel dat de terughoudende toetsing bij artikel 1065 lid 1 onder c Rv ook hier van toepassing is. Er kan in dit verband steeds sprake zijn van schending van opdracht indien het nemen van de inhoudelijke beslissingen aan [naam 23] zou zijn gedelegeerd of hij de eindverantwoordelijkheid hiervoor zou hebben gehad. Dat dit het geval zou zijn geweest heeft de Russische Federatie onvoldoende onderbouwd.⁴⁴⁰ (rov. 6.6.14.2) Het hof is mede in het licht van het bovenstaande van oordeel dat de Awards niet vernietigd moeten worden louter omdat het Scheidsrecht de partijen niet geheel vooraf heeft geïnformeerd over de rol die [naam 23] zou hebben bij de totstandkoming van de Awards. Dit vormt niet een zodanig ernstig schending van de opdracht dat het moet leiden tot zo'n vernietiging.⁴⁴¹

6.2. De klachten van de Russische Federatie tegen rov. 6.6

6.2.1. Aanbod van getuigenbewijs

215. De verwerping in rov. 6.6.5 van het aanbod van getuigenbewijs van de Russische Federatie ten aanzien van de bijdrage van [naam 23] aan het besluitvormingsproces van het Scheidsrecht is onjuist en/of onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd. Volgens artikel 166 Rv was het hof verplicht om dit aanbod te accepteren, aangezien het op tijd was gedaan,⁴⁴² relevant was voor de beslissing over de betreffende vernietigingsgronden en voldoende gespecificeerd met betrekking tot de bewijzen feiten en de te horen getuigen.

216. Alle overwegingen van het hof ten aanzien van de (vermeende) ontoereikendheid van het al aanwezige bewijsmateriaal, zoals verwoord in rov. 6.6.5–6.6.10 en 6.6.14, kunnen er niet aan afdoen dat er een ten minste voldoende nauwkeurige feitelijke basis bestond voor de *mogelijkheid* dat [naam 23] inderdaad de *beslissingen* van het Scheidsrecht met zijn ontwerpstukken heeft *beïnvloed*. Uit het (minst genomen hypothetisch vaststaande) feit van rov. 6.6.5, 3^e volzin, moet immers redelijkerwijs afgeleid worden dat de ontwerpen van [naam 23]

voor inhoudelijk belangrijke gedeelten van de inhoudelijk belangrijke FA-hoofdstukken IX, X en XII geheel of gedeeltelijk ook in deze uiteindelijke FA-hoofdstukken terecht zijn gekomen. De overwegingen van het hof dat het Scheidsrecht de ontwerpen van [naam 23] achteraf 'moet' hebben gecontroleerd en hem ook vooraf 'kan' hebben geïnstrueerd over de gewenste strekking van de door hem te maken ontwerpen, en voorts uiteindelijk heeft 'beslist' welke delen van [naam 23]'s ontwerpen wel en niet overgenomen zouden worden, zijn slechts zuiver normatieve dan wel speculatieve of tautologische suggesties die geenszins uitsluiten dat [naam 23] inderdaad een relevante invloed heeft gehad op het besluitvormingsproces van het Scheidsrecht.

217. De Russische Federatie verwijst in dit verband naar onder meer de vele geleerde en ervaren auteurs die het onloochenbare feit benadrukken dat het geven van instructies voor concepten aan een derde en het naderhand controleren van die concepten niet op één lijn kan worden gesteld met het proces van het door arbiters zelf concipiëren, zoals de partijen dat mogen verwachten van hun selectie, benoeming en betaling van arbiters.⁴⁴³

6.2.2. Artikel 1065 lid 1 sub (b) en (c), en 1026 lid 1 Rv bieden (tevens) materiële rechtsbescherming

218. Het hof verwerpt in rov. 6.6.13 het beroep van de Russische Federatie op artikel 1065 lid 1 onder b en 1026 lid 1 Rv omdat de Final Awards slechts door de drie formeel correct benoemde arbiters is ondertekend. Dit oordeel is rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd. Deze twee wetsbepalingen bieden immers meer dan zo'n louter formele component; zij zijn tevens erop gericht veilig te stellen dat niet een vierde persoon die niet als arbiter is benoemd, *de facto* – op verzoek van de formele arbiters, om hun taak te verlichten – bepaalde bevoegdheden (taken en privileges) uitoefent die onmiskenbaar exclusief zijn voorbehouden aan de arbiters zelf.⁴⁴⁴

219. Indien aangenomen moet worden dat een vierde persoon dergelijke aan de formele arbiters voorbehouden bevoegdheden heeft uitgeoefend en aldus invloed heeft gehad op het besluitvormingsproces van de arbiters, vormt dit een ernstige schending van niet alleen artikel 1065 lid 1 onder c, maar ook van artikel 1065 lid 1 onder b en artikel 1026 lid 1 Rv. Het hof heeft derhalve in rov. 6.6.13 een rechtens onjuiste, althans in het licht van de uiteenzetting in sectie 6.1 hierboven, een ontoereikend gemotiveerde beslissing gegeven.

443 Zie MvA, § 1018 met – onder meer – citaten van Clay (*Productie RF-397*), Born (*Productie RF-90*), Douglas (*Productie RF-403*) en Berger (*Productie RF-404*; §§ 17–19). Zie ook het citaat van A-G Timmerman in MvA, § 1000.

444 Er wordt verwezen naar artikel 6 EVRM en het arrest van het EHRM van 4 maart 2003, nr. 63486/00, (*Posokhov/Rusland*), § 39.

440 Zie nader de afzonderlijke klachten in subonderdeel 6.2 hierna.

441 Zie nader de afzonderlijke klachten in subonderdeel 6.2 hierna.

442 Dagvaarding, §§ 506–507; CVR, § 514; MvA, § 1062.

- 6.2.3. Transparantie en toestemming vooraf voor het delegeren van inhoudelijk concipieerwerk aan een assistent, is een fundamentele voorwaarde voor geoorloofde delegatie
220. Het niet vervuld zijn van het transparantie- en toestemmingsvereiste voor het delegeren van het concipiëren van inhoudelijke beslissingen, rechtvaardigt de vernietiging van een arbitraal vonnis wegens schending van opdracht.
- a. De verwerping door het hof in rov. 6.6.14.1 en 6.6.14.2 van de argumenten van de Russische Federatie (i) dat er een (ongeschreven) regel is die inhoudt dat een secretaris, laat staan een geheel ongeregelde assistent, niet inhoudelijke delen van een vonnis mag schrijven en (ii) dat het gebruik van een secretaris en, a fortiori van een geheel ongeregelde assistent, voor dit doel alleen is toegestaan na 'informed consent' van de partijen (dus na transparantie vooraf van het Scheidsgerecht)⁴⁴⁵ is rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd.⁴⁴⁶
- b. Rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk althans, in het licht van sectie 6.1 hierboven, onvoldoende gemotiveerd is de beslissing van het hof in rov. 6.6.14.2 dat het Scheidsgerecht door partijen niet 'geheel' te informeren over de concipieertaak die het aan [naam 23] zou geven, niet een zodanig ernstige schending van zijn opdracht inhoudt dat dit de vernietiging van de aldus geschreven vonnissen rechtvaardigt.⁴⁴⁷ Immers een dergelijke delegatie brengt verandering in de verplichtende concipieer-verbintenis en het exclusieve privilege ter zake, waarvoor de arbiters *zelf* zijn gekozen, benoemd en betaald.
- c. Rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk althans, in het licht van sectie 6.1 hierboven, onvoldoende gemotiveerd — en bovendien moeilijk te rijmen met rov. 6.6.14.2 — is de beslissing van het hof in rov. 6.6.14.1 dat alleen een specifieke bepaling in de toepasselijke regelingen die het delegeren door arbiters van inhoudelijk concipieerwerk aan een assistent verbiedt, de eigen discretionaire bevoegdheid van arbiters kan beperken om te beslissen of, en zo ja, in welke mate zij gebruik willen maken van een assistent om inhoudelijke delen van hun vonnis te concipiëren.⁴⁴⁸
- d. Rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk althans, in het licht van sectie 6.1 hierboven, onvoldoende gemotiveerd is de beslissing van het hof in rov. 6.6.14.1 (slot) dat — in deze situatie zonder toestemming van partijen — er slechts sprake kan zijn van een voldoende ernstige, vernietiging van het vonnis rechtvaardigende schending van de opdracht, indien het nemen van relevante inhoudelijke beslissingen (geheel) aan een assistent zou zijn gedelegeerd en/of

zo'n assistent de eindverantwoordelijkheid (voor gedeelten van) het vonnis zou hebben gehad.

e. De rechtens onjuiste en onaanvaardbare consequentie van het oordeel van het hof is dat, tenzij de partijen uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen (bij hun (nadere) overeenkomst of door hun akkoord met reglementen of een concreet voorstel van arbiters) het aan arbiters geheel vrij zou staan om een of meer derden in te huren — naar hun eigen voorkeur en zonder transparantie naar partijen — om hun vonnis te concipiëren, mits maar de betreffende arbiters uiteindelijk zelf de verantwoordelijkheid voor de door hun 'assistent' geconcipeerde beslissingen ook zelf nemen door formeel deze beslissingen te 'aanvaarden', hetgeen dan al mag blijken uit het door hen ondertekenen van het vonnis. Het *intuitu personae*-beginsel zou dan namelijk ten onrechte aldus tot vrijwel nihil kunnen worden gereduceerd.

7. *Ontbreken steekhoudende motivering over Yukos' misbruik van schijnvennootschappen (rov. 8.4)*

7.1. Inleiding

221. Dit onderdeel is *primair* gericht tegen rov. 8.4.13 en *subsidiair* tegen rov. 8.4.16. Het Scheidsgerecht heeft in Final Awards § 639 overwogen dat het geen enkel bewijs had gevonden dat de trading companies van Yukos in de lagebelastingregio Mordovië 'shams' (*schijnvennootschappen*) waren. Daarmee heeft het Scheidsgerecht het verweer van de Russische Federatie verworpen voor wat betreft het leeuwendeel van de naheffingen (78%) ter zake van de door Yukos verschuldigde winstbelasting. Gezien de overvloedig in het arbitrage-dossier aanwezige bewijzen inzake Yukos' ontduiking van de winstbelasting door misbruik van Mordovische shams, heeft de Russische Federatie tegen Final Awards § 639 de vernietigingsgrond van artikel 1065 onder d Rv — gebrek aan steekhoudende motivering voor een wezenlijke beslissing — in stelling gebracht.

222. Het hof heeft deze vernietigingsgrond *primair* verworpen omdat 'deze klacht berust op een onjuiste lezing van de Final Awards' (Final Awards §§ 639 en 648). Volgens het primaire oordeel van het hof heeft het Scheidsgerecht met de woorden '*not any evidence in the massive record*' verwezen naar het originele *belastingdossier* en niet, zoals de vernietigingsgrond van de Russische Federatie veronderstelt, naar het *arbitrage-dossier* (rov. 8.4.13). *Subsidiair* heeft het hof in rov. 8.4.16 beslist dat ook indien het Scheidsgerecht wel het arbitrage-dossier bedoelde, zijn door de Russische Federatie aangevallen beslissing van Final Awards § 639 niet dragend was voor zijn verwerping van het verweer van de Russische Federatie inzake Yukos' Mordovische belastingontduiking. In deze subsidiaire benadering van het hof werd deze verwerping door het Scheidsgerecht gedragen door zijn vaststelling in Final Awards § 648 dat — kort gezegd — Yukos geen *fair trial* had gekregen.

445 Hier is afgezien van een in de betreffende arbitragereglementen of de arbitrageovereenkomst vervatte delegatiemogelijkheid.

446 Voor de onderbouwing van dit middelonderdeel wordt verwezen naar §§ 212.a-212.h hierboven.

447 Zie de vorige voetnoot.

448 Verwezen wordt naar de vorige twee voetnoten.

7.1.1. De hier besteden beslissingen van Scheidsgerecht en hof

223. In Final Awards § 639 overwoog het Scheidsgerecht (...) that nearly all of the evidence on this point [massive abuse by Yukos of sham companies in lower tax regions for tax evasion purposes] relates to the entities in Lesnoy and Trekhgorny. *The Tribunal has not found any evidence in the massive record that would support [the Russian Federation's] submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were 'shams',*⁴⁴⁹ Deze vaststelling droeg onmiskenbaar wel degelijk de verwerping door het Scheidsgerecht van het verweer van de Russische Federatie dat haar naheffingen voor winstbelastingen bij Yukos waren gebaseerd op duidelijk en overtuigend bewijs van Yukos' grootschalige belastingontduiking, mede door misbruik van Mordovische sham companies.

224. Volgens rov. 8.4.13 van het hof: '(ziet de Russische Federatie eraan voorbij dat 'het omvangrijke dossier' ('the massive record') niet slaat op het arbitrage-dossier, maar op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. Het gaat om het ontbreken van bewijs in dat dossier. De talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd zijn dus niet relevant. Dit zou slechts anders zijn indien de desbetreffende stukken ook zouden zijn overgelegd in de procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. De Russische Federatie heeft niet aangevoerd dat dit het geval is.'⁴⁵⁰

225. De uitleg van het hof in rov. 8.4.13 en 8.4.16 van Final Awards § 639 resp. § 648⁴⁵¹ is evident in strijd met artikel 24 Rv en artikel 6 EVRM. Bovendien is deze uitleg van het hof ook onbegrijpelijk. Alvorens deze deelklachten tegen (in de eerste plaats) rov. 8.4.13 en (vervolgens) rov. 8.4.16 nader te onderbouwen, volgt nu eerst een uitleg over het misbruik door Yukos van de sham companies in de lagebelastingregio's en over het belang van Final Awards § 639 voor de verdere uitkomst van de Arbitrage.

7.1.2. Het EHRM heeft Yukos' misbruik van – o.a. Mordovische – sham companies voor haar belastingontduiking bevestigd

226. De aan Yukos opgelegde naheffingen waarover HVY de Arbitrage zijn begonnen, zijn ook onderwerp geweest van twee van elkaar onafhankelijke arresten van het EHRM in 2011 en 2013. In deze arresten heeft het EHRM, afgezien van enkele min of meer ondergeschikte details, unaniem diezelfde soort klachten van (eerst) Yukos en (vervolgens) de Oligarchen [naam 1] en [naam 2] verworpen. Beide EHRM-arresten waren gebaseerd op het bewijs dat de Russische belastingautoriteiten hadden verza-

meld tegen Yukos en dat opnieuw was overgelegd in deze EHRM-procedures. Beide arresten zijn bevestigd door de Grote Kamer van het EHRM, waarbij de beroepen van Yukos en [naam 1] en [naam 2] zijn verworpen.⁴⁵²

227. Uit het eerste EHRM-arrest worden de citaten vermeld, die het Scheidsgerecht en ook het hof zouden hebben moeten leiden:⁴⁵³

'(§ 590) [...] the Court has little doubt that the factual conclusion of the domestic courts in the Tax Assessment proceedings 2000–2003 were sound. The factual issues in all of these proceedings were substantially similar and the relevant case files contained abundant witness statements and documentary evidence to support the connections between [Yukos] and its trading companies and to prove the sham nature of the latter entities (...). [Yukos] itself did not give any plausible alternative interpretation of this rather unambiguous evidence, as examined and accepted by the domestic courts.

(§ 591) [...] the Court notes that [Yukos'] 'tax optimisation techniques' applied with slight variations throughout 2000 – 2003 consisted of switching the tax burden from [Yukos] and its production and service units to letter-box companies in domestic tax havens in Russia. These companies, with no assets, employees or operations of their own, were nominally owned and managed by third parties, although in reality they were set up and run by [Yukos] itself. In essence, [Yukos'] oil producing subsidiaries sold the extracted oil to the letter-box companies at a fraction of the market price. The letter-box companies, acting in cascade, then sold the oil either abroad, this time at market price, or to [Yukos'] refineries and subsequently rebought it at the reduced price and resold it at the market price. Thus the letter-box companies accumulated most of [Yukos'] profits. Since they were registered in domestic low-tax areas, they enabled [Yukos] to pay substantially lower taxes in respect of these profits. Subsequently, the letter-box companies transferred the accumulated profits unilaterally to [Yukos] as gifts. [...]

(§ 592) The domestic courts found that such an arrangement was at face value clearly unlawful domestically, as it involved the fraudulent registration of trading entities by [Yukos] in the name of third persons and its corresponding failure to declare to the tax authorities its true relation to

⁴⁵² Zie de eerste EHRM-uitspraak van september 2011, zaaknr. 14902/04 (*Yukos v. Rusland*) (RME-3328), § 591 en de tweede EHRM-uitspraak van 25 juli 2013, zaaknrs. 11082/06, 13772/05 (*[naam 1] en [naam 2] v. Rusland*), § 786 (*Productie RF-4*).

⁴⁵³ Het Hof Amsterdam heeft in zijn arrest van 9 mei 2017 (§§ 4.25–4.27; *NJF* 2017/266; *Promneftstroy vs. Godfrey*) de motivering van het EHRM volledig aanvaard met betrekking tot Yukos' ontduiking van de winstbelasting door het gebruik van (ook) de Mordovische schijnvennootschappen. Yukos' verweer, dat HVY in de Arbitrage en in de vernietigingsprocedures hebben overgenomen, werd dus verworpen.

⁴⁴⁹ Cursivering in citaat is toegevoegd.

⁴⁵⁰ Cursivering in citaat is toegevoegd.

⁴⁵¹ De specifieke cassatieklacht tegen 's hofs alternatieve uitleg van Final Awards, § 648 in rov. 8.4.16 wordt behandeld in § 7.2.4 hierna.

these companies [...]. The tax authorities may have had access to scattered pieces of information about the functioning of separate parts of the arrangement, located across the country, but, given the scale and fraudulent character of the arrangement, they certainly could not have been aware of the arrangement in its entirety [...].

(§ 593) The arrangement was obviously aimed at evading the general requirements of the tax code [...] and by its nature involved certain operations such as unilateral gifts between the trading companies and [Yukos] through its subsidiaries, which were incompatible with the rules governing the relations between independent legal entities. [...] In this connection, the Court finds relevant the warning given by [Yukos'] auditor about the implications of the use of the company's special fund.

(§ 599) [...] the Court finds that there existed a sufficiently clear legal basis for finding [Yukos] liable in the Tax Assessments 2000–2003. [...]

(§ 605) Overall the Court finds that [...] the Tax Assessments 2000–2003 complied with the requirement of lawfulness of Article 1 of Protocol No. 1.

(§ 606) The Court is satisfied that [...] each of the Tax Assessments 2000–2003 pursued a legitimate aim of securing payment of taxes and constituted a proportionate measure of pursuance of this aim. [...]

(§ 616) The court concludes that, insofar that the complaint about discriminatory treatment is concerned, there has been no violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

(§ 665) [...] the Court finds no indication of any further issues or defects in the proceedings against [Yukos] which would enable it to conclude that there has been a breach of Article 18 of the Convention on account of [Yukos'] claim that the State has misused those proceedings with a view to destroying the company and taking control of its assets.⁴⁵⁴

228. Het EHRM heeft in dit arrest een aantal specifieke sham companies van Yukos genoemd die (formeel) gevestigd waren in Mordovië, maar in feite geheel werden geleid door Yukos-personeel vanuit de Yukos-kantoren in Moskou. Dit betrof o.a. 'Ratmir', 'Alta-Trade' en 'Fargoil'.⁴⁵⁵ Het in de Russische belastingprocedures en in de Arbitrage (en opnieuw in deze vernietigingsprocedure) overgelegde bewijsmateriaal inzake Yukos' grootschalige belastingontduiking had betrekking op onder meer het door Yukos gemaakte misbruik van deze volledge door haar gecontroleerde Mordovische schijnvennootschappen.

7.1.3. Het bewijs voor Yukos-misbruik en ontduiking via Mordovië komt uit de belastingprocedures en is opnieuw overgelegd in de Arbitrage

229. Het bewijsmateriaal dat bij het EHRM is gebruikt, is opnieuw gebruikt in de Arbitrage en ook in de twee feitelijke instanties van deze vernietigingsprocedure. De Russische Federatie verwijst hiertoe naar haar counter-memorial (productie RF-03.1.B-3), met name §§ 225–277, en naar haar Rejoinder (productie RF-03.1.B-5), in het bijzonder §§ 578–627, een en ander gelezen in samenhang met de daarin genoemde bewijsstukken, welke alle ook in de arbitrageprocedure zijn overgelegd. Tot deze bewijsstukken behoren o.a. de 'Tax Audits Reports', de 'Decisions of the Tax Ministry of the Russian Federation' (to Hold The Tax Payer Fiscally Liable For A Tax Offence), en de uiteindelijke uitspraken in de diverse instanties van de Russische belastinggerechten voor de hier relevante jaren.

Deze bewijsstukken bevatten o.a. de tabellen die de belastingautoriteiten hebben gemaakt ter rechtvaardiging van de naheffingen, zoals die vervolgens in de Russische belastingprocedures zijn gebruikt. Deze bewijsstukken tonen onder meer aan dat ook de Mordovische sham companies (zoals Ratmir, Alta-Trade en Fargoil)⁴⁵⁶ intensief werden gebruikt bij Yukos' belastingontduiking. Deze shams maakten namelijk winsten van vele miljarden dollars, welke in Mordovië nauwelijks belast werden.⁴⁵⁷

230. Deze bewijsstukken bevatten onder meer ook de getuigenverklaringen van vele zogenaamde CEO's en oprichters van de Mordovische sham companies. Deze verklaringen zijn over de gehele linie goed vergelijkbaar met de verklaringen van de zogenaamde CEO's en oprichters van de sham companies in de andere lagebelastingregio's zoals bijvoorbeeld Lesnoy en Trekhgorniy. Om een sprekend voorbeeld te noemen, één enkele Yukos-employee uit Moskou fungeerde bijvoorbeeld als CEO of CFO van sham companies die waren gevestigd in alle drie lagebelastingregio's.⁴⁵⁸ Voorts blijkt uit deze getuigenverhoren dat deze sham-'CEO's' zelfs geen kennis hadden van hun functie als directeur, zelf nooit enige transactie hadden gesloten voor 'hun' sham companies en zelfs de 'vestigingen' ervan nimmer hadden bezocht. Deze getuigenverklarin-

454 In de tweede EHRM-uitspraak uit 2013 (§§ 786 e.v., 808 en 811) heeft het EHRM zijn eerdere uitspraak uit 2011 bevestigd en geoordeeld dat [naam 1] en [naam 2] terecht strafrechtelijk aansprakelijk waren voor het illegale en ondoorzichtige systeem van Yukos' belastingontduiking door het opzettelijke misbruik van schijnvennootschappen in lagebelastingregio's (Productie RF-04).

455 EHRM-uitspraak van september 2011, zaaknr. 14902/04 (Yukos v. Rusland) (RME-3328), §§ 191 en 212.

456 Ratmir en Pluton XXVI, en Alta-Trade en Mercury XXIII zijn, net als Energotrade en Mars XXII, door Yukos opgericht en vervolgens van naam gewijzigde Mordovische shams. De naamswijzigingen van deze drie 'handelsvennootschappen' hadden geen commerciële achtergrond maar dienden slechts om de opsporing van hun identiteit en daarmee hun schijnkarakter voor de fiscus te verbergen.

457 Zie Productie RME-2096 en RME-2087; MvA, §§ 1125 e.v. inclusief de daarin opgenomen verwijzingen.

458 MvA, § 1119 sub a; RME-1545 en RME-3338.

gen van de sham-CEO's en oprichters waren, zoals onmiskenbaar uit deze bewijsstukken blijkt, het resultaat van interviews met hen die zijn afgenomen door de officiële onderzoekers van de Russische belastingautoriteiten.

231. Al deze getuigen getuigenverklaringen bieden hetzelfde beeld: de zogenaamde oprichters en bestuurders van deze sham companies hebben nooit iets te maken gehad met de 'handel' van deze vennootschappen, hebben nooit in/bij/voor die vennootschappen gewerkt, kregen van Yukos-employees geringe beloningen voor het ter beschikking stellen van hun paspoorten en het tekenen van documenten, terwijl alle contracten en alle betalingen voor de sham-olietransacties in werkelijkheid werden afgehandeld door Yukos-officials in de Yukos-kantoren in Moskou, die daarbij gebruik maakten van bankrekeningen die ook door Yukos werden gecontroleerd. Deze Yukos-officials stempelden ook de belastingformulieren⁴⁵⁹ die vervolgens werden ingediend, vaak per post vanuit Moskou, aan de belastingautoriteiten in Mordovië, Lesnoy, Trekhgorny enz.

232. In deze vernietigingsprocedure, net zoals in de arbitrageprocedure en de EHRM-procedure, heeft de Russische Federatie zeer gedetailleerd en met vele concrete voorbeelden beschreven hoe Yukos opzettelijk misbruik maakte van deze sham companies, zowel in Mordovië als elders, om daarmee belasting te ontduiken. Talloze voorbeelden van de enorme hoeveelheid authentieke Audits, Besluiten en Uitspraken, met inbegrip van het daarin behandelde bewijsmateriaal, over dit misbruik en deze belastingontduiking zijn in de Arbitrage gebruikt, net zoals in de Russische belastingzaken.

233. De Russische Federatie zal, gelet op de gigantische hoeveelheid van deze bewijsstukken, in deze procesinleiding korthedshalve verwijzen naar deze stukken en de bijhorende bewijsmiddelen. In schril contrast met zowel de aangevallen overwegingen van het Scheidsgerecht in Final Awards § 639 ('not found any evidence') en de aangevallen beslissing van het hof van rov. 8.4.13 ('de Russische belastingstukken zijn niet overgelegd in de Arbitrage'), was derhalve het essentiële bewijsmateriaal van de Russische belastingprocedure onderdeel van de door de Russische Federatie in de arbitrageprocedure overgelegde stukken, net zoals dat het geval is geweest in de EHRM-procedures en in deze vernietigingsprocedures.

234. Deze kwestie van het 'Mordovische misbruik en ontduiking' is aangevoerd in de dagvaarding (§§ 51–57, §§ 316–324 (m.n. § 319) en §§ 526 e.v.) en nader toegelicht en uitgewerkt in de repliek, §§ 663–697 en 704. Een uitgebreide en goed gedocumenteerde samenvatting van dit misbruik en deze ontduiking maakt deel uit van de memorie van

antwoord, §§ 1115–1136. Annex 1 van deze memorie bevat een samenvatting van 17 getuigenverklaringen van sham-CEO's en -oprichters, zoals vermeld door de Russische belastingautoriteiten bij hun onderzoek van Yukos' belastingontduiking via de lagebelastingregio's, inclusief Mordovië. De voetnoten die bij deze uittreksels van de getuigenverklaringen staan, verwijzen expliciet naar de documenten waaruit die citaten afkomstig zijn, welke weer deel uitmaakten van de Russische belastingprocedures.

235. De Russische Federatie heeft in haar akte van 25 juni 2019 (§§ 215 e.v.) 'niets' overgelaten van het laatste ontwijkende verweer ter zake van HVY. In § 222 beschrijft de Russische Federatie, onder verwijzing naar haar stellingen in eerdere processtukken, hoe de sham company *Fargoil* – hoewel formeel gevestigd in Mordovië en verantwoordelijk voor een winst van USD 4,3 miljard⁴⁶⁰ in de jaren 2001–2003 – was opgericht door een naïeve 'marionet'. Daarna werden 'zijn' aandelen overgedragen aan een vennootschap op Cyprus (Nassaubridge) die werd gecontroleerd door een BVI-vennootschap (Moon Stone) die weer werd gecontroleerd door een andere BVI-vennootschap (Brill). Net als Nassaubridge en Moon Stone, werd ook Brill volledig gecontroleerd door de Russische Oligarchen. De aandelen van Brill werden gehouden door een neptrust die ook weer geheel door de Russische Oligarchen werd gecontroleerd.⁴⁶¹

236. Dit voorbeeld bewijst de malafide inspanningen van de Russische Oligarchen om hun volledige controle over Yukos en deze sham companies en hun gebruik ervan voor grootschalige en voortdurende belastingontduiking voor eenieder te verbergen. Toen Yukos in 2004 haar klachten indiende bij het EHRM, heeft zij het zelfs gedurfd om ronduit te ontkennen dat zij enige directe band had met deze 'handelsvennootschappen' in de lagebelastingregio's. Zij had beweerd slechts 'at arm's length' in- en verkoopcontracten voor hen bemiddeld. Yukos beweerde toen ook dat zij geen verdere informatie over de zaken en belastingen van deze vennootschappen had.⁴⁶² In werkelijkheid had zij al deze shams zelf laten oprichten en van naam laten wisselen, zelf al 'hun' contracten gesloten en zelf al 'hun' betalingen, ontvangsten en belastingaangiften geregeld, dit alles vanuit de Yukos burelen in Moskou. Voor elk van deze shamvennootschappen, in

⁴⁶⁰ Fargoil's winst van USD 4.3 miljard blijkt uit de belastingrapporten, die overgelegd zijn in de belastingprocedure, vervolgens in de EHRM-procedure en in de Arbitrage, en uiteindelijk in deze vernietigingsprocedure: Productie RME-345 (p. 92), 346 (p. 130) en 260 (p. 101).

⁴⁶¹ Voor de schijnvertoning van deze trusts – de trustee zijn marionetten die volledig worden gecontroleerd door de Russische Oligarchen – wordt verwezen naar middelonderdelen 3 en 4 hierboven. De BVI was een favoriete plek voor wtwasinstellingen, aangezien haar bedrijfsregistratieregels geen enkele transparantie bieden.

⁴⁶² Productie RF-485, § 54. Zie ook §§ 590–593 EHRM uitspraak uit 2011 inzake *Yukos* (RME-3328), zoals geciteerd in § 227 hiervoor.

⁴⁵⁹ In Rusland moet elk officieel stuk dat van een vennootschap uitgaat, worden voorzien van het officiële stempel van de betreffende rechtspersoon met – daardoorheen – de handtekening van de bestuurder van die vennootschap.

Mordovië, Lesnoy, Trekhgorny en elders, heeft de Russische Federatie hetzelfde type fraude en misbruik door Yukos bewezen, zowel in de Russische belastingprocedures als in de procedures bij het EHRM. Echter in de Arbitrage en in deze vernietigingsprocedure is dit bewijs voor het aandeel in Mordovië – onbegrijpelijkwijs – door de arbiters en raadsheer geheel genegeerd.

237. Op dit punt verdient ook memorie van antwoord § 1119 in combinatie met § 1129, met name onder f en g bijzondere aandacht. Dit betreft een e-mail van Yukos-medewerker Kartashov – schijn-CEO en -CFO van diverse schijnvennootschappen in Mordovië, Lesnoy en Trekhgorny – van 23 november 2001 (productie RME-3338) aan mw. Golub, toenmalig hoofd boekhouding van Yukos. Deze e-mail bevat een overzicht van de juridische risico's voortvloeiend uit het gebruik door Yukos van deze schijnvennootschappen (naheffing en strafrechtelijke vervolging). Hoewel deze e-mail met dit overzicht uitvoerig is besproken in de 'Arbitration Hearing on the Merits', verwees het Scheidsgerecht alleen naar het daarin genoemde overzicht van de schijnvennootschappen in Lesnoy en Trekhgorny. Over de Mordovische shams die in die e-mail gelijkelijk waren behandeld met de andere shams, zweeg het Scheidsgerecht. Het hof volgt – stilzwijgend – dit voorbeeld van onbegrijpelijke 'onoplettendheid'.

238. De Russische Federatie vraagt ook de aandacht voor twee e-mails van Yukos' accountant [accountant] van 17 en 24 juni 2004 (producties RME-2096 en 2097). Ook de daarin opgenomen schema's van Yukos' concernstructuur bieden een weergave van onderling afgestemde betrekkingen met alle schijnvennootschappen in *alle* lagebelastingregio's, inclusief *al* hun omzetten. Ook [accountant] heeft aldus, net als sommige Yukos-managers en -belastingadviseurs, de Yukos-top herhaaldelijk en uitdrukkelijk gewaarschuwd, dat het voortzetten van dit misbruik in *alle* lagebelastingregio's, inclusief Mordovië, het Yukos-concern en de Oligarchen zelf voor grote risico's plaatste. Uit (de voetnoten bij) deze paragrafen van de memorie van antwoord⁴⁶³ blijkt dat al dit bewijsmateriaal zijn bron had in de Russische belastingprocedures en opnieuw – gemakkelijk als zodanig herkenbaar – was overgelegd bij het EHRM, in de Arbitrage en in deze vernietigingsprocedures. De Mordovische shams die in de overzichten van dhr. Kartashov en van [accountant] staan vermeld, zijn dezelfde Mordovische schijnvennootschappen die met naam en toenaam in het arrest van het EHRM uit 2011 (§ 191 en 212) werden genoemd. Zie ook weer de producties RME-2096 en 3338.

239. De memorie van antwoord bevat in § 1130 nog eens zeven heldere schema's met uitdrukkelijke verwijzingen (in de voetnoten) naar dit uit de Russische belastingprocedures afkomstige bewijs-

materiaal. Deze schema's laten goed vergelijkbare voorbeelden van het sham-misbruik en de belastingontduiking zien, enerzijds in Mordovië en anderzijds in Lesnoy en Trekhgorny. Op liefst 22 plaatsen in de memorie van antwoord wordt verwezen naar deze schema's van productie RME-257. Het is een omvattend bewijsoverzicht van de Russische belastingonderzoekers, dat de officiële stempels van de Russische belastingdienst draagt en gebruikt is in zowel de Russische belastingprocedures als, de Arbitrage en deze vernietigingsprocedure. Het Scheidsgerecht en het hof noemen echter geen enkele maal dit cruciale bewijsstuk.

7.1.4. Final Awards § 639 is even wezenlijk als onbegrijpelijk

240. Het belang van alle hierboven vermelde verwijzingen is natuurlijk dat het Scheidsgerecht in Final Awards § 639 overweegt: *'that nearly all of the evidence on this point relates to the entities in Lesnoy and Trekhgorny. The Tribunal has not found any evidence in the massive record that would support Respondent's submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example were 'shams.'* Deze werkelijk onbegrijpelijke overweging van het Scheidsgerecht was de aanleiding voor vernietigingsgrond 4, sub 2, van de Russische Federatie, namelijk dat het vonnis *geen steekhoudende motivering* bevat voor deze majeure, voor de Russische Federatie uiterst negatieve beslissing van het Scheidsgerecht.

241. Deze 'vaststelling' was wezenlijk voor de beslissingen van het Scheidsgerecht inzake zowel de 'aansprakelijkheid' van de Russische Federatie als de 'eigen schuld' van HVY. In Final Awards § 500 overwoog het Scheidsgerecht terecht dat 78% van alle naheffingen betrekking had op de 'handelsvennootschappen' in Mordovië en dat slechts 3% zag op die in Lesnoy en Trekhgorny. Het Scheidsgerecht achtte de belastingontduiking door misbruik van shams in Lesnoy en Trekhgorny voldoende bewezen. Dit bewijs droeg bij tot het verlagen van de schadevergoeding voor HVY met 25% wegens 'eigen schuld'. Echter, voor de belastingontduiking door het misbruiken van shams in Mordovië (N.B. 26x hoger dan in Lesnoy en Trekhgorny) vond het Scheidsgerecht 'geen enkel bewijs'. Als het Scheidsgerecht ook maar enige aandacht zou hebben besteed aan het overvloedig aanwezige 'Mordovische' zou er, gezien het verschil tussen 78% en 3%, geen (relevante) schadevergoeding aan HVY zijn toegekend.

242. De onbegrijpelijke vaststelling van het Scheidsgerecht in Final Awards § 639 is derhalve van groot belang, zoals ook al uitdrukkelijk vermeld in memorie van antwoord § 1122: *'Het oordeel van het Scheidsgerecht dat er geen bewijs zou zijn voor de fraude in Mordovië is cruciaal voor de volgende vervolgbeslissingen van het Scheidsgerecht welke ook zijn eindoordeel dragen':*

a. de Russische Federatie had niet de intentie om belasting te innen, maar om het faillissement van

⁴⁶³ Hetzelfde geldt overigens al voor de overeenkomstige paragrafen en voetnoten in de CvR.

Yukos te bewerkstelligen (Final Awards §§ 756–757);

b. de belastingmaatregelen van de Russische Federatie leveren een schending op van artikel 13 ECT (onteigening, Final Awards §§ 1579–1585);

c. de ‘*carve-out*’ voor belastingen en invorderingsmaatregelen van artikel 21 lid 1 ECT is niet van toepassing omdat de naheffingsaanslagen niet te goeder trouw waren (Final Awards §§ 1430–1445).

243. Deze enorme invloed van de ‘onoplettendheid’ van het Scheidsgerecht ten aanzien van het overvloedig gepresenteerde bewijsmateriaal inzake de Mordovische shams en de daarmee gepleegde belastingontduiking, blijkt ook uit de – door het hof ten onrechte als subsidiaire verwerpinggrond gehanteerde – Final Awards § 648: ‘To conclude, it thus appears to the Tribunal that the Tax Ministry, in its assessment against Yukos, *painted all of the Yukos entities in the low tax regions with the same brush*, even though it marshalled little, if any, documented evidence that all, and not only some, of the trading entities were abusing the low tax regime (...)’.⁴⁶⁴

7.1.5. De vernietigingsgrond (artikel 1065 lid 1 sub d Rv) tegen Final Awards § 639

244. Bij de door haar tegen Final Awards § 639 aangevoerde vernietigingsgrond (ontbrekende steekhoudende motivering) heeft de Russische Federatie uiteraard grote nadruk gelegd op de hieronder weer onderstreepte woorden ervan: ‘The Tribunal has *not found any evidence* in the massive record that would support Respondent’s submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were shams’. Volgens de Russische Federatie kunnen de woorden ‘*not found any evidence*’ slechts begrepen kunnen worden in de zin dat er volgens het Scheidsgerecht geen snipper bewijs was voor misbruik door Yukos van Mordovische schijnvennootschappen. Het gaat hier dus niet om ‘bewijswaardering’, waarover in cassatie, laat staan in een vernietigingszaak, niet zinnig te klagen valt.

245. Het Scheidsgerecht heeft immers niet overwogen dat het het feitelijk door de Russische Federatie overgelegde bewijs ter zake onvoldoende overtuigend vond. Het belang van dit onderscheid is vanzelfsprekend in het licht van o.a. het huidige artikel 1039 lid 1 Rv.⁴⁶⁵ Het is daarom irrelevant of de overweging van het Scheidsgerecht ‘*has not found any evidence*’ het gevolg is van een onschuldige onoplettendheid of van een bevooroordeelde houding van het Scheidsgerecht. Immers, deze ‘vaststelling’ van het Scheidsgerecht is in het licht van al het daadwerkelijk door de Russische Federatie ter zake

overgelegde bewijsmateriaal, dermate onbegrijpelijk dat hiermee het criterium van artikel 1065 lid 1 onder d Rv is vervuld: het geheel ontbreken van enige motivering voor een bepaalde belangrijke beslissing, of het equivalent hiervan, namelijk een motivering die elke steekhoudendheid mist.⁴⁶⁶

246. HVY hebben terecht nooit het standpunt verdedigd dat de Russische Federatie zou hebben nagelaten om bewijs over te leggen ten aanzien van het misbruik door Yukos van schijnvennootschappen in Mordovië. HVY hebben juist gesteld, zij het verhuuld in een wolk van woorden, dat het Scheidsgerecht ‘kennelijk’ het *daadwerkelijk* door de Russische Federatie overgelegde bewijs ‘onvoldoende overtuigend’ vond.⁴⁶⁷

247. In het licht van deze klacht over rov. 8.4.13 van het hof is buitengewoon sprekend het volgende citaat uit de conclusie van antwoord § 11.641 van HVY (cursivering toegevoegd): ‘Kortom, het is duidelijk dat het Scheidsgerecht *het door de Russische Federatie overgelegde bewijs* met betrekking tot de Mordovische handelsmaatschappijen van Yukos (wat daar ook van moge zijn) niet ‘over het hoofd [heeft] gezien’ en ook niet ‘zonder enige kenbare redenen [heeft] gepasseerd’. Het Scheidsgerecht heeft dat bewijs wel degelijk in overweging genomen maar daarvan geconstateerd dat het niet overtuigend was.’ Ook in hun dupliek bleven HVY bewust verwarring scheppen tussen enerzijds ‘ontbreken van elk bewijs’ en ‘bewijs dat niet voldoende overtuigend is’. Zie bijvoorbeeld dupliek § 409 (cursivering toegevoegd): ‘Zoals eerder opgemerkt, heeft het Scheidsgerecht *al het aangeboden bewijs van beide partijen* met betrekking tot deze handelsmaatschappijen in overweging genomen bij zijn beslissingen. Het staat het Scheidsgerecht uiteraard vrij om het bewijs dat het overtuigend achtten, zoals de getuigenverklaring van dhr. [naam 4],⁴⁶⁸ ten grondslag te leggen aan zijn oordeel dat de handelsmaatschappijen in Mordovië geen schijnvennootschappen zijn.’

248. In hun dupliek § 399 geven HVY bovendien een kennelijk onjuiste uitleg aan het criterium van de Hoge Raad in ‘*Nannini/SFTB*’ en ‘*Kers/Rijpma*’. Volgens HVY zou de Russische Federatie ten onrechte dit criterium toepassen op een *enkele* overweging of beslissing van de Final Awards, zonder daarbij aan te tonen dat de Final Awards in zijn geheel niet zou zijn gemotiveerd. Echter, voor elke voor de uitkomst van een arbitrage belangrijke beslissing waarin feitelijke argumenten en gegevens worden beoordeeld, geldt dat dit oordeel ten minste op het mini-

⁴⁶⁴ Cursivering in citaat toegevoegd.

⁴⁶⁵ (...) *De bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmidelen, de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs staan ter vrije bepaling van het scheidsgerecht*’ Men kan bij de vernietigingsrechter dus niet klagen over de bewijswaardering, maar men kan wel klagen dat een scheidsgerecht een enorme hoeveelheid duidelijk bewijs volledig over heeft hoofd heeft gezien.

⁴⁶⁶ HR 9 januari 2004, NJ 2005/190 (*Nannini/SFT Bank*) en HR 22 december 2006, NJ 2008/4 (*Kers/Rijpma*), beide geannoteerd door Prof. H.J. Snijders.

⁴⁶⁷ HVY’s CvA I. 187–196 en II.638–641; Dupliek, §§ 399–409.

⁴⁶⁸ Zie Final Awards, §§ 486 en 639. Dhr. [naam 4] was een Russische Oligarch, lid van Yukos’ hoogste bestuur en een van haar grootaandeelhouders, lid van de Doema en erg ‘close’ met de Mordovische overheid. Het beroep van het Scheidsgerecht op de getuigenis van dhr. [naam 4] ging duidelijk voorbij aan de weerlegging ervan in Dagvaarding, (§§ 322–324) en CvR (§ 691, incl. voetnoot 952).

male niveau moet zijn gemotiveerd zoals dit in de twee genoemde arresten is bepaald. In deze zaak is de wezenlijke verdediging van de Russische Federatie met betrekking tot de door haar aan Yukos opgelegde naheffingen voor haar belastingontduiking in Mordovië door het Scheidsgerecht verworpen op de uitdrukkelijke grond dat er 'geen enkel bewijs was aangetroffen' voor Yukos' belastingontduiking via shams in Mordovië. Deze grond — en daarmee alle hiervan afgeleide beslissingen — kan geen standhouden als het onloochenbaar duidelijk is, en ook door HVY als wederpartijen niet wordt betwist, dat er een overvloed aan bewijsmateriaal ten zake door de Russische Federatie aan het Scheidsgerecht was overgelegd.

249. Tot besluit van deze inleiding verdient het nog vermelding dat HVY na hun conclusies van antwoord en dupliek geen enkele aandacht meer hebben besteed aan de vernietigingsgrond van artikel 1065 lid 1 sub d Rv met betrekking tot Final Awards § 639; hierover is niets te vinden in hun pleitnota voor de rechtbank, in hun memorie van grieven en in hun pleitmoties voor het hof. Kennelijk hebben HVY er de voorkeur aan gegeven om deze kwestie te negeren in plaats van de beslissing van het Scheidsgerecht met een onhoudbare verdraaiing ervan te verdedigen.

7.2. De klachten van de Russische Federatie tegen rov. 8.4

7.2.1. Rov. 8.4.13 schendt artikel 24 jo. artikel 19 Rv

250. Het hof heeft de vernietigingsgrond 4 sub 2 (schending van artikel 1065 lid 1 sub d Rv) tegen Final Awards § 639 ('has not found any evidence in the massive record [re] Mordovian 'sham' companies') verworpen op de grond dat het Scheidsgerecht met zijn verwijzing naar 'the massive record', anders dan de Russische Federatie in deze vernietigingsgrond veronderstelde, niet verwees naar het arbitrage-dossier maar naar het Russische belastingdossier. Zoals hierboven al is uitgelegd (onder § 7.1.3) is die uitleg van het hof volstrekt onbegrijpelijk in het licht van de dossiers die daadwerkelijk ter tafel van het Scheidsgerecht en het hof lagen. Beide dossiers bevatten een overeenstemmende overvloed van officiële bewijsstukken die afkomstig waren uit de door Yukos in Rusland gevoerde belastingprocedures. Dit bleek simpelweg uit de benamingen, auteurs, hoofdstukken, stempels, data enz. enz. van die stukken.

251. Door het aldus verwerpen van vernietigingsgrond 4 sub 2 van de Russische Federatie heeft het hof bovendien artikel 24 Rv geschonden. Zowel HVY als de Russische Federatie hebben Final Awards § 639 uitgelegd in de zin dat daarin met de verwijzing naar 'the massive record' werd verwezen naar het arbitrage-dossier. HVY hebben dit uitdrukkelijk gesteld in hun conclusie van antwoord § 11.641 en hun dupliek § 409 (zie de citaten in § 247 hierboven). Dat HVY, net als de Russische Federatie, deze 'record'-verwijzing van het Scheidsgerecht begreep

als uitsluitend te zijn gericht op het arbitrage-dossier, volgt ook uit hun herhaalde aanhaling van de getuigenverklaring van dhr. [naam 4]⁴⁶⁹ waaraan ook het Scheidsgerecht zelf vaker heeft gerefereerd.⁴⁷⁰ Die getuige is alleen opgetreden in de arbitrageprocedure en niet in de Russische belastingprocedures.

252. Artikel 24 Rv staat de rechter niet toe om (i) de grondslag van een vordering of verweer uit te breiden buiten hetgeen de eiser resp. de verweerder zelf ter zake heeft aangevoerd, noch ook (ii) om zijn beslissing te baseren op een grondslag voor een vordering of verweer die, hoewel mogelijk afleidbaar uit de feiten en omstandigheden zoals die uit het dossier blijken, niet is ingeroepen door de eiser of de verweerder voor zijn vordering resp. verweer, noch ook (iii) om zijn beslissing te baseren op een grond die de partijen, gelet op hun debat in de procedure, niet behoefden te verwachten en waarover zij zich niet hebben kunnen uitlaten in de procedure.⁴⁷¹

253. Deze fundamentele regels zijn ten nauwste verbonden met de fundamentele 'fair trial'-regel van zowel artikel 19 Rv als artikel 6 EVRM ('audi et alteram partem'). Bovendien zijn deze regels thans gecodificeerd in artikel 1036 lid 2 (voorheen artikel 1039 lid 1) Rv voor de procedure bij scheidsgerechten. Kort samengevat: de rechter mag geen feitelijke argumenten ten behoeve van de ene en tegen de andere partij bedenken, moet voorts iedere partij in de gelegenheid stellen om op de stellingen en bewijsmiddelen van de ander partij te reageren, terwijl hij zelf moet afzien van verrassingsbeslissingen. De paar uitzonderingen die op deze regels bestaan, zijn in deze zaak niet van toepassing.

7.2.2. Rov. 8.4.13 is onjuist en onbegrijpelijk (1) 254. In de laatste twee volzinnen van rov. 8.4.13 suggereert het hof dat het wél 'de talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat ze in de arbitrageprocedure heeft overgelegd' in zijn overwegingen zou hebben betrokken 'indien de desbetreffende stukken ook zouden zijn overgelegd in de procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd'. Het hof vervolgt dan: 'De Russische Federatie heeft niet aangevoerd dat dat het geval is.'

255. Deze beslissing is rechtens onjuist op de gronden zoals vermeld onder § 7.2.1 hierboven. Bovendien is deze beslissing onbegrijpelijk. De Russische Federatie had immers geen enkele reden om spontaan en expliciet te stellen dat bijna alle bewijsmateriaal dat zij had overgelegd in de arbitrageprocedure, ook al had overgelegd in de Russische belastingprocedures. Immers, dit evidente feit was om voor zichzelf sprekende redenen niet eens door HVY betwist.

469 HVY CvA § II.641; HVY Dupliek, §§ 404 en 409. Zie voor dhr. [naam 4] voetnoot 468 hierboven.

470 Final Awards, o.a. §§ 118–134 en 486–487.

471 HR 10 oktober 2004, NJ 2005/92 (Poort/Stoppels); HR 31 maart 2006, NJ 2006/233 (E.ON/Motion Fors); HR 24 november 2006, NJ 2007/539 (MSM/Kostelijk); HR 30 maart 2007, NJ 2007/293 (LBF/St. Jan Rebel).

256. Een bijkomende reden waarom de Russische Federatie dit feit niet uitdrukkelijk behoefde aan te voeren, is dat talrijke bewijsstukken onmiskenbaar afkomstig waren uit de eerdere belastingprocedures. Dit bleek duidelijk uit de titels, kopjes, en auteurs van die documenten alsmede uit de erop afgedrukte stempels. Zo waren er o.a. verschillende versies van bijv. een 'Tax Audit Report' en een 'Decision to hold the taxpayer fiscally liable for a tax offence', namelijk voor de verschillende betrokken belastingjaren (2000 e.v.). Daarnaast waren er vele uitspraken overgelegd van de Russische (belasting-)rechtshouders die in verschillende instanties hebben geoordeeld over Yukos' klachten tegen de haar opgelegde naheffingen. En die al deze uitspraken verwijzen weer naar deze 'Reports' en 'Decisions', alsmede naar de cijfers en getuigenverklaringen die daarvan deel uitmaken.

257. De memorie van antwoord⁴⁷² §§ 1115 e.v. genoemde bewijsstukken verwijzen expliciet naar hun oorsprong in de Russische belastingprocedures. Zie bijvoorbeeld ook voetnoten 1788–1789, met een verwijzing naar o.a. de 'Explanation of the Interregional Tax Inspectorate of the Russian Federal Tax Service for Major Taxpayers No. 1, in response to Yukos' cassation Appeal of 4 May 2005 (RME-1545)'. Zie bijv. ook Annex 1 bij de memorie van antwoord en productie RME-257, die verwijst naar de hierboven weer genoemde verhoren door de officiële belastingdienstonderzoekers met de CEO's e.d. van de schijnvennootschappen uit o.a. Mordovië.⁴⁷³ Reeds een enkele verplichte blik van het hof op deze stukken had eenvoudig de pijnlijke uitliggers van zijn rov. 8.4.13 voorkomen. Het verzuim (of de onwil) van het hof om de aard en oorsprong van deze documenten te herkennen, is onbegrijpelijk (zo niet laakbaar).

7.2.3. Rov. 8.4.13 is onjuist en/of onbegrijpelijk (2)

258. Het Scheidsgerecht heeft in de door de Russische Federatie met vernietigingsgrond 4 sub 2 bestreden Final Awards § 639, uitdrukkelijk onderscheiden tussen het – aanvaarde – bewijs van bedrijflijke belastingontduiking door Yukos middels het misbruik van schijnvennootschappen in Lesnoy in Trekhgorny enerzijds en anderzijds het (beveerdelijk) niet bestaande bewijs in hetzelfde 'massive record' voor dergelijk misbruik in Mordovië.⁴⁷⁴

259. Zoals volgt uit Final Awards hoofdstuk VIII.B, waarin het Scheidsgerecht de naheffingen en daarop betrekking hebbende Decisions behandelt (allemaal overgelegd als producties in de arbitrageprocedure, net als de daaropvolgende belasting-

uitspraken van de Russische rechtshouders), bespreken deze Rapporten, Besluiten en Uitspraken op gelijke wijze de in Lesnoy, Trekhgorny en, andere lagebelastingregio's, waaronder Mordovië operationele trading companies. Het Scheidsgerecht heeft de bewijskracht van die in de arbitrageprocedure overgelegde Russische 'Audit Reports' en 'Decisions' onmiskenbaar als zodanig aanvaard. Immers, daarop berustte de vaststelling van het Scheidsgerecht inzake Yukos' misbruik van haar schijnvennootschappen in Lesnoy en Trekhgorny, en de daarmee verbonden aanzienlijke matiging wegens 'eigen schuld' van de toegekende schadevergoeding. Hieruit blijkt dat het scheidsgerecht er geen belang aan toekende dat het zelf niet de beschikking had over (kopieën van) de volledige Russische belastingdossier. Het onderscheid zoals door het hof in rov. 8.4.13 gemaakt tussen enerzijds relevant bewijsmateriaal uit het belastingdossier en anderzijds niet relevant bewijsmateriaal uit de arbitrageprocedure, is dus geheel misplaatst voor een goed begrip van de Final Awards, met inbegrip van § 639 daarvan.

260. Bovendien, aangezien het Scheidsgerecht geen (kopieën van de) Russische belastingdossiers als zodanig had, kon het ook niet eens geprobeerd hebben om in die – in de Russische taal gestelde – belastingdossiers wat voor bewijs dan ook te vinden over misbruik door Yukos van de schijnvennootschappen in ofwel Lesnoy en Trekhgorny, ofwel – 26x zo groot – in Mordovië. Het oprichten en misbruiken van al deze schijnvennootschappen, louter voor het doel van belastingontduiking, was bovendien, zoals uit de hierboven weer genoemde stukken blijkt, volledig vergelijkbaar in al deze drie – en andere – lagebelastingregio's. Derhalve mist ook op deze grond de beslissing van het hof in rov. 8.4.13 goede zin.

261. Dezelfde conclusie volgt ook uit een zorgvuldige lezing van Final Awards § 639 zelf. Het Scheidsgerecht schrijft in enkelvoud over 'the massive record', hetgeen eenvoudigweg geen betrekking kan hebben op een verwijzing naar (kopieën van) de Russische belastingdossiers. Immers, er is niet 'één' 'record' of één belastingdossier. Er zijn vele afzonderlijke belastingdossiers gelet op het aantal jaren dat in de belastingprocedures ter beoordeling voorlag en de verschillende beroepsinstanties die door Yukos zijn benaderd voor de beoordeling van de naheffingsaanslagen over al deze jaren. Zo blijkt bijvoorbeeld ook uit o.a. productie RME-257 (waaraan hierboven al gerefereerd is in § 239 en § 257) dat de dossiers in die verschillende belastingprocedures meer dan 340 delen bevatten. Het Scheidsgerecht wist en aanvaarde dat al die complete dossiers geen onderdeel uitmaakten van de arbitrageprocedure. Het hof zou dat hebben moeten begrijpen.

7.2.4. Rov. 8.4.16 is rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk

262. Het hof heeft in rov. 8.4.16, net als in veel andere beslissingen, een geheel op zichzelf staande subsidiaire motivering gebruikt, zulks (vermoede-

⁴⁷² Deze verwijzing naar de MvA is simpelweg een gemakkelijk voorbeeld. Dezelfde conclusie volgt ook al uit de overeenkomstige stellingen en bijhorende producties in de Dagvaarding en Replik.

⁴⁷³ Zie over deze productie ook § 239 hiervoor.

⁴⁷⁴ Zie ook bijv. Hoofdstuk X 'Liability', sub E 'contributory fault', §§ 1610–1615.

lijk) om zijn verwerping van de vernietigingsgronden (hier: grond 4 sub 2) in cassatietechnisch opzicht te versterken.

263. Het hof heeft 6 volle pagina's van zijn arrest aan vernietigingsgrond 4 sub 2 gewijd. In slechts 2 volzinnen (11 regels) schuift het hof eerst – hypothetisch – zijn hierboven bestreden (§§ 7.2.1–7.2.3) motivering voor de verwerping ervan terzijde, en biedt vervolgens subsidiair een daarvan onafhankelijke motivering voor de verwerping van vernietigingsgrond 4 sub 2.

264. Het hof suggereert in rov. 8.4.16 dat het Scheidsrecht in Final Awards § 648 de werkelijke, dragende en onafhankelijke grondslag heeft geformuleerd voor zijn verwerping van de rechtvaardiging van de Russische Federatie voor de aan Yukos opgelegde naheffingsaanslagen. Voor de jaren 2000 e.v. Die subsidiaire grondslag houdt volgens het hof in dat de Russische Federatie in de belastingprocedures het recht op een eerlijk proces van Yukos zou hebben geschonden.

265. Deze subsidiaire benadering van het hof ziet over het hoofd dat ook de kern van Final Awards § 648 andermaal is het beweerdelijk ontbreken van bewijs voor misbruik van shams in Mordovië. In § 648 concludeert het Scheidsrecht immers dat de Russische Federatie, hoewel zij de bewijslast droeg, *'painted all of the Yukos entities in the low tax regions with the same brush, even though it marshalled little, if any, documented evidence that all, and not only some of the trading entities were abusing the low tax regime (...)*. Het scheidsrecht werpt de Russische Federatie vervolgens ook tegen dat zij de voeging van de Mordovische overheid en handelsvennootschappen in de belastingprocedures heeft belet.⁴⁷⁵ De door het hof veronderstelde 'kern' van Final Awards § 648 kan dus niet op zichzelf staan. Die 'kern' is immers gebaseerd op de ongegronde en onbegrijpelijke vaststelling van het Scheidsrecht in Final Awards § 639 dat de Russische Federatie geheel achterwege zou hebben gelaten om *'any evidence (...)* that the entities in Mordovia were shams' over te leggen.

266. Het Scheidsrecht was kennelijk totaal onbekend met de overvloed aan uit de belastingprocedures afkomstige bewijsstukken die de Russische Federatie ook in de arbitrageprocedure had overgelegd ten aanzien van de langdurige en enorme belastingontduiking van Yukos via de Mordovische schijnvennootschappen. In het licht van de te-

gen die 'totale onbekendheid'⁴⁷⁶ gerichte vernietigingsgrond 4 sub 2, had het hof ook de arbitrale bevindingen in Final Awards § 648 (hierboven geciteerd) niet mogen laten bijdragen aan zijn eigen beroep op een vermeende, zelfstandig dragende 'kern'-overweging van het Scheidsrecht dat Yukos geen eerlijk (belasting)proces zou hebben gehad.⁴⁷⁷

267. De Russische Federatie verwijst naar de inleiding op dit onderdeel in § 241 hierboven. Zoals daar gesteld, in navolging van de memorie van antwoord § 1122, vormt de verwerping door het Scheidsrecht in Final Awards § 639 van 'het misbruik in Mordovië' de basis voor zijn cruciale vervolgbeslissingen in Final Awards § 756–757, 1430–1445 en 1579–1585. Indien men, naar behoren, Final Awards § 639 verder buiten beschouwing laat vanwege het totale gebrek aan motivering op een wezenlijk onderdeel – zelfs erger: het algehele gebrek aan serieus kennismaken van het overvloedig aanwezige bewijsmateriaal – dan moet dit leiden tot het wegvallen van de basis voor de conclusies van het Scheidsrecht dat – kort gezegd – de Russische Federatie niet de bedoeling zou hebben gehad om belasting te heffen maar te kwader trouw beoogde Yukos te onteigenen.

268. Hier past een herinnering aan de feitelijke vaststelling door het Scheidsrecht in Final Awards § 500 – gebaseerd op de bewijsstukken die waren overgelegd in de arbitrageprocedures en afkomstig waren uit de eerdere belastingprocedures – dat *'Mordovia (...) represents approximately 78% of the 2000–2004 tax reassessments against Yukos'*. Als het Scheidsrecht het overvloedige bewijs over de grote schaal waarop Yukos (ook) in Mordovië misbruik heeft gemaakt van schijnvennootschappen, niet over het hoofd had gezien, dan had zijn 'conclusie' in Final Awards § 648 het tegenovergestelde moeten, althans kunnen, inhouden van wat er nu staat. Ook dit ontnemt de grondslag aan de subsidiaire motivering van het hof voor de verwerping van vernietigingsgrond 4 sub 2.

269. De *conclusie* bij onderdeel 7 luidt dat het hof – door *enerzijds* het onbegrijpelijk oordeel van het Scheidsrecht goed te praten inzake het beweerdelijk ontbreken van enig bewijs van 'misbruik in Mordovië', en door *anderzijds* de gigantische invloed van dat oordeel op de Arbitrale beoordeling van de fiscale en procedurele bejegening van Yukos

⁴⁷⁵ Het Scheidsrecht zag hierbij, net als het hof, kennelijk over het hoofd dat, net zoals o.a. in Nederland, de belastingplichtige (hier: Yukos) zelf een beroepsprocedure aanspant tegen de belastingdienst en dat het deze 'klager' geheel vrij staat om daarbij verklaringen van getuigen over te leggen. In een 'belastingberoep' wordt ook in Rusland niet 'gevoegd', laat staan door (rechts)personen die geen eigen belang bij de handhaving of vernietiging van de naheffingen hebben.

⁴⁷⁶ Deze 'totale onbekendheid' van het Scheidsrecht met Mordovische sham-misbruik liet zich slechts verklaren uit de bewuste nalatigheid van arbiters om zelf door de Russische Federatie ter zake overgelegde bewijsstukken te bekijken. Een mogelijke verklaring voor dat verzuim is dat de arbiters de samenvatting van het bewijs aan hun assistent [naam 23] hadden gedelegeerd, maar vervolgens hebben verzuimd om te controleren of die samenvatting wel deugdelijk was.

⁴⁷⁷ Dit ontkracht (andermaal) het 'verwijt' van het Scheidsrecht dat de Russische Federatie had moeten meewerken aan het voegen in de belastingprocedure door (vertegenwoordigers van de) Mordovische 'shams'. Dit zouden immers slechts de eigen werknemers van Yukos of de door hen misbruikte marionetten kunnen zijn geweest.

te negeren – een onjuiste althans onbegrijpelijke beslissing heeft genomen. Deze uitkomst wijst, net als die van de Arbitrage, duidelijk in de richting van een ongeoorloofd vooroordeel tegen de Russische Federatie.

8. *Veegklacht gericht tegen de instandhouding van de aan HVY toegekende schadevergoeding*

270. De Russische Federatie heeft met verschillende vernietigingsgronden geklaagd over de schadevergoeding van meer dan USD 50 miljard (exclusief proceskosten en rente) die door het Scheidsgerecht aan HVY is toegekend.⁴⁷⁸ Het hof heeft deze klachten verworpen in rov. 6.4, 8.3 en 9.3.

271. Als de Hoge Raad een of meer van de bovenstaande onderdelen 1 t/m 7 laat slagen, kan ook de door het hof gesauveerde schadevergoeding niet in stand blijven en moet dus ook die beslissing vernietigd worden. Dit is het logische en dwingende gevolg van het feit dat die beslissing van het hof voortbouwt op, en derhalve afhankelijk is van, zijn overwegingen en beslissingen die hierboven zijn bestreden.⁴⁷⁹

272. Met het oog op o.a. mogelijke executieprocedures van HVY, heeft de Russische Federatie er een evident en redelijk belang bij dat de Hoge Raad expliciteert dat de sauvering door het hof van de door het Scheidsgerecht toegekende schadevergoeding niet in stand kan blijven en dus vernietigd moet worden, indien een of meer van de eerdere zeven onderdelen slagen.

273. Die vernietiging behoeft nauwelijks toelichting indien *onderdeel 2 en/of 3* slaagt. Immers, als het Scheidsgerecht onbevoegd was, zoals deze twee onderdelen betogen, dan mocht het niet inhoudelijk over de claims van HVY beslissen. De Russische Federatie zal in de volgende paragrafen aantonen dat ook het succes van een van de onderdelen 1, 4, 5, 6 en 7 moet resulteren in de vernietiging van de instandhouding door het hof van de door het Scheidsgerecht toegewezen schadevergoeding.

274. *Onderdeel 1* bestrijdt – kort gezegd – de beslissing van het hof om überhaupt niet te onderzoeken hetgeen de Russische Federatie – berekend en gedocumenteerd – heeft gesteld over het door HVY in de Arbitrage gepleegde meervoudige bedrog. Als dit onderdeel, dat gericht is tegen de door het hof veronderstelde exclusiviteit van artikel 1068 Rv slaagt, kan ook de sauvering door het hof van de door het Scheidsgerecht toegekende schadevergoeding niet in stand blijven. Immers, dat oordeel zou dan gebaseerd zijn op de – uiteindelijk 'ontmaskerde' – bedrieglijke stellingen van HVY over cruciale strijdpunten in de Arbitrage (o.a. de

frauduleuze verkrijging van de Yukos shares, de effectieve controle van de Russische Oligarchen over HVY en de omkoping van de Red Directors en Dr. [naam 10] enz.)

275. Dit moet onvermijdelijk leiden tot ook de ongeldigheid van de, toekenning van schadevergoeding aan HVY. Indien geoordeeld zou worden dat dit bedrog van HVY en de hen controlerende Oligarchen nog nader feitenonderzoek zou vergen aan een verwijzing door de Hoge Raad, dan mag in elk geval deze schadevergoeding niet langer als uitvoerbaar bij voorraad worden aangemerkt. Derhalve moet minst genomen de uitvoerbaarbijvoorraadverklaring van het hof, het vierde gedeelte van zijn dictum op pagina 134 van het arrest, vernietigd worden.

276. *Onderdeel 4* bestrijdt – kort gezegd – de beslissing van het hof in rov. 5.1.11 en 9.8.5–9.8.10, namelijk dat de ECT geen 'legality'-vereiste zou bevatten ten aanzien van beschermde investeringen en dat het illegale gedrag van de Russische Oligarchen niet kan worden toegerekend aan HVY. Het hof heeft om deze redenen beslist dat de vier categorieën van (kort gezegd) de 'unclean hands' van HVY en de Russische Oligarchen niet kunnen leiden tot vernietiging van de Yukos Awards. Indien dit onderdeel slaagt, ofwel omdat het Scheidsgerecht bevoegdheid miste, ofwel op grond van schending van de openbare orde, kan deze beslissing van het hof niet in stand blijven. In het verlenge hiervan moet dan ook de instandhouding door het hof van de schadevergoedingstoekenning door het Scheidsgerecht – als voortbouwend – op die eerdere, onjuiste beslissing – worden vernietigd.

277. *Onderdeel 5* bestrijdt – kort gezegd – de verschillende gronden van de beslissing van het hof in rov. 6.3 om de opzettelijke weigering van het Scheidsgerecht om de dwingende verwijzingsregel van artikel 21 lid 5 ECT (in dit geval naar de Russische, Cypriotische en VK-belastingdiensten) toe te passen goed te praten. Als dit onderdeel slaagt, impliceert dat tevens de vernietiging van de instandhouding door het hof van de schadevergoedingstoekenning door het Scheidsgerecht. Immers, deze beslissingen zijn dan gebaseerd op het onherstelbare verzuim om in de Arbitrage het verplicht voorgeschreven deskundigenadvies te vragen van de drie betrokken belastingautoriteiten ter zake van het al dan niet rechtmatige karakter van de door de Russische Federatie tegen Yukos getroffen belastingmaatregelen. Het inhoudelijke verweer ter zake van de Russische Federatie, zoals reeds tweemaal unaniem aanvaard door het EHRM, had minst genomen aan alle drie belastingautoriteiten door het Scheidsgerecht voor deskundigadvies moeten worden voorgelegd.

278. *Onderdeel 6* bestrijdt – kort gezegd – de verwerping door het hof in rov. 6.6 van de vernietigingsgronden van de Russische Federatie, gericht tegen de delegatie door het Scheidsgerecht van zijn hoogstpersoonlijke taak (het concipiëren van inhoudelijke onderdelen van zijn vonnis) aan een ongereguleerde en ongeautoriseerde assistent, zonder

478 Dagvaarding, §§ 366–476 en 524–525; CvR, §§ 367–467 + Annex 1, 645–662 en 825; MvA, §§ 873–965 en 1075–1114, zoals gedeeltelijk samengevat in Appelpleitnota (schadeberekening), 24 september 2019.

479 Voor de algemene doctrine inzake 'veegklachten' en het effect daarvan zoals in deze paragraaf besproken, zij verwezen naar Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/104.

voorgaande goedkeuring door partijen. Het is een (op zijn minst hypothetisch) vaststaand feit dat de assistent belangrijke onderdelen van o.a. de cruciale Final Award-hoofdstukken X ('Liability') en XII ('Quantification of the Claimants' damages') heeft geschreven. Als dit onderdeel slaagt, volgt hieruit dat deze delegatie ongeoorloofd was en/of dat het Scheidsgerecht daardoor onregelmatig (nl. met een 'vierde arbiter') was samengesteld. Daarom kan ook de sauvering door het hof van de schadevergoedingstoekenning door het Scheidsgerecht niet langer in stand blijven en moet die dus ook vernietigd worden.

279. *Onderdeel 7* bestrijdt – kort gezegd – de verwerping door het hof in rov. 8.4 van de vernietigingsgrond van de Russische Federatie tegen de ongemotiveerde en onjuiste beslissing van het Scheidsgerecht dat er '*not any evidence in the massive record*' was over Yukos' misbruik van schijnvennootschappen in Mordovië om zo belasting te ontduiken. Indien dit onderdeel slaagt, kan ook de sauvering door het hof van de schadevergoedingstoekenning door het Scheidsgerecht niet in stand blijven. Immers, deze schadevergoeding was gebaseerd, zowel voor het aspect van aansprakelijkheid als voor de berekening ervan, op de dan niet langer houdbare aanname dat er niets mis was met Yukos' Mordovische transacties, die 78% uitmaakten van alle de transacties, waarvoor de Russische naheffingen aan Yukos zijn opgelegd.

Voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen die op straffe van nietigheid in acht moeten worden genomen, doordat het gerechtshof Den Haag recht heeft gedaan op de wijze als in het dictum van de Arresten is omschreven en op de gronden die in het lichaam van de Arresten zijn vermeld, dit om de volgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen.

Onderdeel 1 (de 'alles of niets' benadering van het scheidsgerecht is ook juist (rov. 4.5.8 t/m 4.5.48 van het eindarrest))

Dit onderdeel is voorgesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van onderdeel 2 van het cassatiemiddel van de Russische Federatie, dat is gericht tegen rov. 4 van het Eindarrest, slaagt.

Inleiding

HVY hebben ten aanzien van de uitleg van de Limitation Clause¹ van art. 45 lid 1 ECT een primair en een subsidiair standpunt ingenomen. Het *primaire standpunt* komt overeen met de uitleg van het Scheidsgerecht.² Dit standpunt houdt in dat een Ondertekenende Partij zich op grond van art. 45 lid 1 ECT heeft verplicht de ECT in zijn geheel voorlopig toe te passen, indien *de voorlopige toepassing van het*

Verdrag als geheel niet in strijd is met het nationale recht van die Ondertekenende Partij. De toets uit hoofde van de Limitation Clause is derhalve of het algemene beginsel van voorlopige toepassing niet in strijd is met nationaal recht. Dit standpunt wordt ook wel als de 'alles of niets' benadering aangeduid. Het *subsidiaire standpunt* van HVY houdt in dat het bij de Limitation Clause gaat om de vraag of de *voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT* onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, doordat de wetgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag in beginsel wel toestaat, maar bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit. Zoals het hof terecht overweegt in rov. 4.4.6, ligt dit subsidiaire standpunt in het verlengde van de 'alles of niets' benadering. Zowel het primaire standpunt, als het subsidiaire standpunt van HVY houdt in dat het erom gaat of *voorlopige toepassing* van primair de ECT als geheel, althans subsidiair van enige bepaling van de ECT, onverenigbaar is met nationaal recht. In de (verworpen) benadering van de Russische Federatie gaat het er daarentegen om of een of meer *verdragsbepalingen* in strijd zijn met nationaal recht.

Het hof oordeelt in rov. 4.5.8 t/m 4.5.48 van het Eindarrest dat het *subsidiaire standpunt* van HVY over de uitleg van de Limitation Clause juist is. Het hof verwerpt de door de rechtbank aanvaarde interpretatie van de Russische Federatie. De bewoordingen van de Limitation Clause zoals deze luidt, wijzen er onmiskenbaar op dat het erom gaat of '*such provisional application*' onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat (en niet of een verdragsverplichting onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat).

Het hof oordeelt in rov. 4.5.22 t/m 4.5.27 van het Eindarrest terecht dat zowel het primaire als het subsidiaire standpunt van HVY meer in overeenstemming zijn met het voorwerp en doel van de ECT in de zin van art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag ('WVV') dan de door de rechtbank en de Russische Federatie aangenomen benadering, dat van elk van de bepalingen van de ECT beoordeeld zou moeten worden of deze al dan niet in strijd komt met het nationale recht van een Ondertekenende Partij. Dit strookt naar het oordeel van het hof niet met de transparante investeringscondities die met het Verdrag worden nagestreefd (rov. 4.5.26). De primaire en de subsidiaire stelling van HVY hebben dat nadeel niet, omdat mag worden aangenomen dat een potentiële investeerder zich met behulp van deskundig juridisch advies relatief eenvoudig ervan kan vergewissen wat de nationale regels omtrent voorlopige toepassing van verdragen zijn in het land waarin hij overweegt te investeren (rov. 4.5.27).

Het hof heeft de 'alles of niets' benadering in rov. 4.5.8 t/m 4.5.48 van het Eindarrest desalniettemin verworpen, waartegen dit onderdeel zich richt.

¹ Zoals gedefinieerd in rov. 4.5.2 van het Eindarrest.

² Zoals gedefinieerd in rov. 2.4 van het Eindarrest.

Klachten

Het hof heeft terecht geoordeeld dat het er bij de Limitation Clause om gaat of voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het nationale recht. Het hof miskent echter dat, als alternatief voor deze juiste uitleg van de Limitation Clause, ook een juiste uitleg is dat het er bij de Limitation Clause om gaat of de voorlopige toepassing van het Verdrag als geheel onverenigbaar is met het nationale recht van de desbetreffende Ondertekenende Partij. Het hof miskent daarmee dat HVV's primaire standpunt met betrekking tot de uitleg van de Limitation Clause ook juist is en heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze algemene klacht wordt hierna nader toegelicht en uitgewerkt.

a. In rov. 4.5.10 van het Eindarrest overweegt het hof dat de 'alles of niets' benadering geen steun vindt in de gewone betekenis van de bewoordingen van de Limitation Clause. Het hof overweegt kort samengevat dat in de 'alles-of-niets' interpretatie de woorden 'to the extent' niet hun gewone betekenis hebben, omdat die woorden erop duiden dat er gradaties mogelijk zijn in de mate waarin de voorlopige toepassing van de ECT buiten toepassing moet worden gelaten wegens onverenigbaarheid met nationaal recht. Het hof miskent aldus dat de gewone betekenis van de woorden 'voor zover' ('to the extent') niet alleen is: 'de mate waarin' ('to the degree that'), maar ook: 'alleen als' ('if'), terwijl die laatste betekenis meebrengt dat ook de 'alles of niets' benadering steun vindt in de gewone betekenis van de termen van de Limitation Clause in de zin van art. 31 lid 1 WVV.

b. Het hof oordeelt in rov. 4.5.16 t/m 4.5.18 van het Eindarrest dat de 'alles of niets' benadering niet voor de hand ligt in het licht van de context (zoals bedoeld in art. 31 WVV) van de Limitation Clause, omdat art. 45 lid 1 ECT in de 'alles of niets' benadering nauwelijks zelfstandige betekenis heeft ten opzichte van de mogelijkheid om een *opt out*-verklaring af te leggen zoals neergelegd in art. 45 lid 2(a) ECT. Volgens het hof zou dit slechts anders kunnen zijn indien het afleggen van een *opt out*-verklaring een voorwaarde zou zijn voor een geslaagd beroep op de Limitation Clause, welke uitleg door het hof wordt verworpen. Het hof miskent aldus (ten onrechte) dat art. 45 lid 1 ECT in de 'alles of niets' benadering (voldoende) zelfstandige betekenis heeft (ook wanneer, zoals het hof aanneemt, het afleggen van een *opt out*-verklaring geen voorwaarde is voor een geslaagd beroep op de Limitation Clause). Een uitleg van art. 45 lid 2(a) ECT conform art. 31 en 32 WVV brengt mee dat ook indien een Ondertekenende Partij geen *opt out*-verklaring heeft afgelegd, zij beroep zal kunnen doen op de Limitation Clause, zoals het hof onderkent in rov. 4.5.17. Anders dan het hof in rov. 4.5.17 overweegt, is dat geen theoretische mogelijkheid. Art. 45 lid 1 ECT heeft (dus) wel degelijk zelfstandige betekenis. Art. 26 WVV brengt ook niet mee dat een Ondertekende Partij, wier nationale recht voorlopige toepassing

van het ECT niet toelaat, verplicht is een verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2(a) ECT af te leggen, alleen al omdat de duidelijke bewoordingen van dat artikel daartoe geen aanleiding geven. Omgekeerd is een beroep op art. 45 lid 2(a) ECT mogelijk indien de desbetreffende Ondertekenende Partij een *opt out*-verklaring heeft afgelegd, *ongeacht* of aan de voorwaarden van art. 45 lid 1 ECT is voldaan.

c. Het hof overweegt in rov. 4.5.19 van het Eindarrest dat tegen de 'alles of niets' benadering pleit dat in art. 45 lid 2(c) ECT vrijwel dezelfde bewoordingen zijn opgenomen als in de Limitation Clause, terwijl art. 45 lid 2(c) ECT niet het oog kan hebben gehad op het beginsel van voorlopige toepassing. Het hof miskent aldus dat in art. 45 lid 2(c) ECT op een relevant punt nu juist *niet* dezelfde bewoordingen zijn gebruikt als in art. 45 lid 1 ECT. Art. 45 lid 2(c) ECT ziet, zoals blijkt uit de duidelijke bewoordingen van deze bepaling, op de voorlopige toepassing van Deel VII ECT. Art. 45 lid 1 ECT ziet daarentegen, blijkens de duidelijke bewoordingen van deze bepaling, op de voorlopige toepassing van 'dit Verdrag' ('this Treaty'). In het licht van dit duidelijke verschil in reikwijdte van enerzijds art. 45 lid 2(c) ECT en anderzijds art. 45 lid 1 ECT, leidt het enkele gegeven dat in art. 45 lid 1 ECT respectievelijk art. 45 lid 2(c) ECT, na de komma, aan het slot van deze bepalingen, dezelfde bewoordingen zijn gebruikt, niet tot de conclusie dat de bewoordingen van art. 45 lid 2(c) ECT afbreuk doen aan de 'alles of niets' benadering.

Onderdeel 2: Scheidsgerecht was niet verplicht om het geschil voor te leggen aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten (rov. 6.3.2 van het Eindarrest)

Dit onderdeel is voorgesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van onderdeel 5 van het cassatiemiddel van de Russische Federatie, dat is gericht tegen rov. 6.3 van het Eindarrest, slaagt.

Inleiding

In rov. 6.3 van het Eindarrest verwerpt het hof het betoog van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht in deze zaak zijn opdracht heeft geschonden door het geschil niet aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen, zoals bedoeld in art. 21 lid 5(b) ECT. Het hof oordeelt in rov. 6.3.2 van het Eindarrest desalniettemin dat het Scheidsgerecht op grond van art. 21 lid 5(b) ECT in principe wel gehouden was het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen voor te leggen aan de Russische belastingautoriteiten en refereert in rov. 6.3.2 en 6.3.3 aan een 'verzuim' van het Scheidsgerecht om dat te doen. Deze verplichting is naar het oordeel van het hof dwingend neergelegd in art. 21 lid 5 ECT, terwijl daarin geen 'futility'-uitzondering is opgenomen.

Klachten

a. Het oordeel van het hof in rov. 6.3.2 van het Eindarrest dat het Scheidsgerecht in principe was gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen voor te leggen aan de Russische belastingautoriteiten op grond van art. 21 lid 5(b) ECT, is rehtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd want onbegrijpelijk. Het hof oordeelt in rov. 5.2.7 van het Eindarrest terecht dat art. 21 leden 2 t/m 5 ECT een uitzondering vormen op de uitzondering opgenomen in art. 21 lid 1 ECT. Het hof oordeelt voorts in rov. 5.2.13–5.2.20 van het Eindarrest terecht dat art. 21 lid 1 ECT hier geen toepassing vindt, omdat de belastingmaatregelen niet *'bona fide'* waren. Het hof miskent echter vervolgens in rov. 6.3.2 van het Eindarrest dat, omdat art. 21 lid 1 ECT hier geen toepassing vindt, ook de verplichting om het geschil voor te leggen aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten, zoals bedoeld in art. 21 lid 5(b) ECT, hier geen toepassing vindt. Dit volgt uit een te goeder trouwe uitleg daarvan conform art. 31 en 32 WVV.³ Art. 21 lid 5 ECT bevat immers een *'claw-back'* die een uitzondering vormt op de *'carve-out'* van art. 21 lid 1 ECT, zoals het hof op zich terecht onderkent in rov. 5.2.7 van het Eindarrest.

b. Het hof oordeelt in rov. 6.3.2 van het Eindarrest voorts ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, dat het Scheidsgerecht in principe was gehouden het geschil voor te leggen aan de Russische belastingautoriteiten op grond van art. 21 lid 5 ECT, omdat deze verplichting dwingend in art. 21 lid 5 ECT is neergelegd en *in die bepaling geen 'futility-uitzondering' is opgenomen*. Het hof miskent dat als uit art. 21 lid 5 (b) ECT al een verplichting zou voortvloeien om een geschil voor te leggen aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten (hetgeen hier niet zo is, zie subonderdeel a), die verplichting in ieder geval niet zo ver gaat dat een scheidsgerecht ook gehouden is om aan deze verplichting te voldoen indien op voorhand duidelijk is dat het (eventuele) antwoord van de desbetreffende belastingautoriteiten niet dienstig kan zijn aan de beoordeling van de vraag of sprake is van een schending van art. 13 ECT (dus een *'futility-uitzondering'*).⁴ Dit volgt uit een te goeder trouwe uitleg van deze verplichting conform art. 31 WVV. Het doel van de verplichting van art. 21 lid 5(b) ECT is immers scheidsgerechten te assisteren bij het maken van een onderscheid tussen normale en onrechtmatige belastingen (die neerkomen op een onteigening in de zin van art. 13

ECT). Daarnaast volgt dit uit het gegeven dat het een ter zake dienende regel van volkenrecht is, zoals bedoeld in art. 31 lid 3(c) WVV, dat procedurele voorschriften in een verdrag – zoals die van art. 21 lid 5(b) ECT – niet hoeven te worden nageleefd indien deze naleving zinloos zou zijn.

c. In ieder geval miskent het hof dat de terughoudendheid die de vernietigingsrechter moet betrachten bij de beoordeling van de vraag of procedureregels, zoals art. 21 lid 5(b) ECT, zijn nageleefd, ook meebrengt dat de vernietigingsrechter de *uitleg* en *toepassing* die een scheidsgerecht aan zulke regels geeft, terughoudend moet toetsen. Het Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat uitleg te goeder trouw van art. 21 lid 5(b) ECT ertoe leidt dat geen verplichting tot verwijzing bestaat, indien verwijzing *'futile'* zou zijn in de omstandigheden van het desbetreffende geval.⁵ Het Scheidsgerecht heeft toegelicht, onder verwijzing naar diverse uitspraken van arbitrale tribunaal, dat in de internationale praktijk wordt erkend dat bepaalde formele vereisten niet gevolgd hoeven te worden indien dat *'futile'* zou zijn.⁶ Het Scheidsgerecht heeft voorts gemotiveerd geoordeeld dat een verwijzing naar de Russische belastingautoriteiten in dit geval *'an exercise in futility'* zou zijn geweest.⁷

Het hof stelt in rov. 6.1.1 van het Eindarrest met juistheid voorop dat de vernietigingsrechter terughoudend moet toetsen of het Scheidsgerecht procedureregels heeft nageleefd, maar past die regel ten onrechte niet toe in rov. 6.3.2 en 6.3.3 van het Eindarrest bij zijn beoordeling van de uitleg en toepassing die het Scheidsgerecht aan artikel 21 lid 5(b) ECT heeft gegeven. Het hof geeft er in ieder geval geen blijk van die uitleg en toepassing terughoudend te toetsen. Voor zover het hof art. 21 lid 5(b) ECT niet aanmerkt als een procedureregel ten aanzien waarvan een terughoudende beoordelingsmaatstaf geldt, geeft het hof eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De uitleg en toepassing door het Scheidsgerecht van art. 21 lid 5(b) ECT behelst wel degelijk uitleg en toepassing van een procedureregel die door de vernietigingsrechter met terughoudendheid moet worden beoordeeld.

d. In ieder geval is het oordeel van het hof in rov. 6.3.2–6.3.3 van het Eindarrest onvoldoende gemotiveerd. HVY hebben onderbouwd aangevoerd dat het oordeel van het Scheidsgerecht dat er geen verplichting bestond tot verwijzing naar de Russische belastingautoriteiten juist en begrijpelijk is en dat in ieder geval geen sprake is van ernstige interpretatie- of toepassingsfouten.⁸ Het hof heeft niet kenbaar op deze essentiële stellingname gerespondeerd. Het hof overweegt dat de verplichting te verwijzen naar

3 Conclusie van Antwoord, nr. I.137; nr. II.464; Conclusie van Dupliek, nrs. 214 en 251–252; Pleitaantekeningen HVY in eerste aanleg, nrs. 96 en 101; Memorie van Grieven, nrs. 743 en 763; Akte van HVY van 26 februari 2019, nrs. 516–522; Pleitaantekeningen HVY Deel III van 24 september 2019, nrs. 82–88; Pleitaantekeningen HVY Replik van 30 september 2019, nrs. 123, 127–129.

4 Conclusie van Antwoord, nrs. II.474–478; Conclusie van Dupliek, nrs. 253 en 267; Memorie van Grieven, nr. 764; Pleitaantekeningen HVY Deel III van 24 september 2019, nr. 94 en Pleitaantekeningen HVY Replik van 30 september 2019, nr. 134.

5 Arbitrale Eindvonnissen, nr. 1424.

6 Arbitrale Eindvonnissen, nr. 1425.

7 Arbitrale Eindvonnissen, nrs. 1421, 1423, 1426 en 1427.

8 Conclusie van Antwoord, nr. I.141; nrs. II.474–483; Conclusie van Dupliek, nr. 253 en 267; Memorie van Grieven, nr. 764; Pleitaantekeningen HVY Deel III van 24 september 2019, nr. 94 en Pleitaantekeningen HVY Replik van 30 september 2019, nr. 132–134.

de relevante bevoegde belastingautoriteiten dwingend is neergelegd in art. 21 lid 5(b) ECT en dat daarin geen 'futility'-uitzondering is opgenomen. Deze overweging behelst niet meer dan een weergave van de tekst van art. 21 lid 5(b) ECT. Het hof gaat niet kenbaar in op de redenen die het Scheidsgerecht heeft gegeven voor zijn oordeel, namelijk de uitleg te goeder trouwe van art. 21 lid 5(b) ECT in het licht van de internationale praktijk en de vaststelling dat een verwijzing naar de Russische belastingautoriteiten in dit geval '*an exercise in futility*' zou zijn geweest (zie hierboven subonderdeel c). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt — mede in het licht van de gemotiveerde stellingname van HVY — niet te begrijpen dat het hof met in achtneming van de vereiste terughoudendheid, tot het oordeel is gekomen dat het Scheidsgerecht in principe verplicht was het geschil naar de Russische belastingautoriteiten te verwijzen, en dat nalaten (in principe) een 'verzuim' oplevert.

Onderdeel 3: 'Unclean hands' en art. 1064 lid 5 Rv (rovv. 4.3.4–4.3.5, 4.3.7, 6.5, 6.7 en 6.8 van het tussenarrest van 25 september 2018)

Dit onderdeel is voorgesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van onderdelen 3 en/of 4 van het cassatiemiddel van de Russische Federatie slaagt.

Inleiding

Zoals het hof in rov. 4.2.2 van het Tussenarrest van 25 september 2018 terecht overweegt, heeft het Scheidsgerecht in de Final Award⁹ het '*unclean hands*'-argument¹⁰ van de Russische federatie behandeld als een argument dat tot één of meer van de volgende beslissingen zou kunnen leiden: '(a) *the Tribunal does not have jurisdiction over Claimants' claims*; (b) *Claimants' claims are inadmissible*; and/or *Claimants should be deprived of the substantive protections of the ECT*' (Arbitrale Eindvonnissen, nr. 1273; 1280; 1313; 1349; en 1373). Het Scheidsgerecht was van oordeel dat het niet hoefde te beslissen welk rechtsgevolg honorering van het '*unclean hands*'-argument zou hebben (Arbitrale Eindvonnissen, nr. 1353), waar het Scheidsgerecht in het dictum van de Arbitrale Eindvonnissen heeft beslist:

'(b) DISMISSES the objections to jurisdiction and/or admissibility, pertaining to Respondent's contentions concerning 'unclean hands' and 'illegal and bad faith conduct'.'

Daarmee heeft het Scheidsgerecht het '*unclean hands*'-argument mede verworpen voor zover het is aangevoerd als grond voor onbevoegdheid van het Scheidsgerecht.

Het hof overweegt in rov. 4.3.2 van het Tussenarrest van 25 september 2018 terecht dat de Russische Federatie in de inleidende dagvaarding in de vernietigingsprocedure wel als vernietigingsgrond heeft aangevoerd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1(a) (oud) Rv), maar in dat verband geen beroep heeft gedaan op het '*unclean hands*'-argument. De Russische Federatie had immers uitdrukkelijk gesteld:

'...dat de juridische gebreken rond de oprichting van Yukos niet een van de gronden vormt waarop de Russische Federatie vernietiging van de Yukos Awards vordert'¹¹

(cursivering toegevoegd, advocaten).

Het hof oordeelt echter dat het nadien (namelijk bij Conclusie van Replik, pleidooi in eerste aanleg en Memorie van Antwoord) aanvoeren van het '*unclean hands*'-argument, in het kader van het beroep op de vernietigingsgrond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, niet in strijd is met het bepaalde in art. 1064 lid 5 (oud) Rv. Het hof overweegt daartoe in rov. 4.3.4 van het Tussenarrest van 25 september 2018, dat het de Russische Federatie in beginsel is toegestaan het '*unclean hands*'-argument later dan in de dagvaarding aan te voeren ter onderbouwing van haar beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, mits dit niet in strijd komt met de goede procesorde of het bepaalde in art. 1052 lid 2 jo. art. 1065 lid 2 (oud) Rv.

Het hof overweegt in rov. 4.3.5 van het Tussenarrest dat het niet is vereist dat de partij, die vordert dat een arbitraal vonnis wordt vernietigd, in de inleidende dagvaarding ook (of in plaats daarvan) de specifieke beslissingen van het Scheidsgerecht in het vonnis noemt die hij met de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 (oud) Rv wil bestrijden. Naar het oordeel van het hof doet hieraan niet af dat de Hoge Raad in HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8099 ([*naam 3*]/[*naam 4*]) heeft beslist, dat indien een specifieke beslissing van het Scheidsgerecht in de dagvaarding met een bepaalde vernietigingsgrond is bestreden, het niet is toegestaan die beslissing in een later stadium van het geding tevens met een andere vernietigingsgrond te bestrijden, ook al werd die andere vernietigingsgrond in de dagvaarding wel ter bestrijding van een andere beslissing aangevoerd. Het hof overweegt dat die specifieke situatie zich in het onderhavige geval niet voordoet.

In rov. 4.3.5 van het Tussenarrest verwerpt het hof voorts het standpunt van HVY dat uit het [*naam 3*]/[*naam 4*]-arrest als algemene regel kan worden afgeleid dat, waar tegen een specifieke arbitrale beslissing bij dagvaarding niet met zoveel woorden een vernietigingsgrond is voorgedragen, tegen die beslissing in de loop van het geding in het geheel geen vernietigingsgronden meer kunnen worden aangevoerd. De Russische Federatie heeft in de dagvaarding de bevoegdheid van het Scheidsgerecht bestreden met de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1(a)

9 Zoals gedefinieerd in rov. 2.8 jo. 2.4 van het Tussenarrest van 25 september 2018.

10 In dit verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep wordt, in navolging van het hof, kort weg gesproken van het '*unclean hands*'-argument. De stellingen waar dat argument op berust, zijn door het hof samengevat in rov. 4 van het Tussenarrest.

11 Tussenarrest van 25 september 2018, rov. 4.3.2 en Dagvaarding, nr. 27.

(oud) Rv. Naar het oordeel van het hof volgt uit het arrest HR 27 maart 2009, *ECLI:NL:HR:2009:BG4003* ([naam 1]/[naam 2]) dat die vernietigingsgrond, binnen de grenzen van de goede procesorde of het bepaalde in art. 1052 lid 2 jo. art. 1065 lid 2 (oud) Rv, in een later stadium van het geding nader mag worden onderbouwd met nieuwe feitelijke of juridische argumenten, zoals met het 'unclean hands'-argument.

Klachten

De overwegingen van het hof in rov. 4.3.4–4.3.5 (en de daarop voortbouwende overwegingen in rov. 4.3.7, 6.5 en 6.7–6.8) van het Tussenarrest van 25 september 2018 geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Deze algemene klacht wordt hierna uitgewerkt.

a. Het hof miskent dat de omstandigheid dat de Russische Federatie in de Dagvaarding in de vernietigingsprocedure heeft vermeld dat zij de beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen, dat het Scheidsgerecht de beschuldigingen gebaseerd op het 'unclean hands'-argument verwerpt, niet bestrijdt met een vernietigingsgrond,¹² meebrengt dat de Russische Federatie deze beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen niet later in het geding alsnog met een vernietigingsgrond kan bestrijden. Het was de Russische Federatie ook niet toegestaan om deze beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen later in het geding alsnog te bestrijden met een vernietigingsgrond die in de dagvaarding wél was aangevoerd tegen andere beslissingen. Het was de Russische Federatie dus (ook) niet toegestaan om de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1(a) (oud) Rv, inhoudende dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, alsnog aan te voeren tegen de beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen dat het Scheidsgerecht het 'unclean hands'-argument verwerpt mede voor zover het is aangevoerd als grond voor onbevoegdheid van het Scheidsgerecht. Door dat te doen voerde de Russische Federatie deze vernietigingsgrond immers alsnog aan tegen deze beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen, die in de Dagvaarding niet met deze vernietigingsgrond was bestreden. Hetzelfde geldt voor de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1(e) (oud) Rv, strijd met de openbare orde, die in de dagvaarding evenmin was aangevoerd tegen de beslissing in de Arbitrale Eindvonnissen dat het Scheidsgerecht het 'unclean hands'-argument verwerpt. Dit volgt uit de ratio van art. 1064 lid 5 (oud) Rv en uit het arrest HR 22 maart 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BY8099* ([naam 3]/[naam 4]). Het hof miskent dat de mogelijkheid, dat een partij een door haar in de dagvaarding voorgedragen vernietigingsgrond in de loop van het geding van een nadere juridische of feitelijke onderbouwing voorziet, niet alleen wordt beperkt door de eisen van de goede procesorde en het bepaalde in art. 1052 lid 2 jo. art. 1065 lid 2 (oud) Rv, maar ook door het bepaalde in art. 1064 lid 5 (oud) Rv.

b. Aders dan het hof in rov. 4.3.5 van het Tussenarrest van 25 september 2018 overweegt, is het op

grond van art. 1064 lid 5 (oud) Rv wel degelijk vereist dat de partij, die vordert dat een arbitraal vonnis wordt vernietigd, in de dagvaarding aangeeft, welke specifieke beslissingen hij met de in de dagvaarding ingeroepen vernietigingsgrond(en) van art. 1065 lid 1 (oud) Rv wil bestrijden. Deze verplichting bestaat in ieder geval in zoverre dat indien de eiser in de vernietigingsprocedure in de dagvaarding aangeeft een bepaalde beslissing niet met een vernietigingsgrond te bestrijden, hij tegen die beslissing in de loop van het geding in het geheel geen vernietigingsgronden meer kan aanvoeren.

Conclusie A-G mr. P. Vlas:

1 Inleiding

1.1 De Russische Federatie is in een arbitrale procedure veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan HVY wegens schending van haar verplichtingen uit het Verdrag inzake het Energiehandvest (*Energy Charter Treaty*, hierna: ECT).² De Russische Federatie heeft bij de Nederlandse rechter een vordering tot vernietiging van de desbetreffende arbitrale vonnissen (hierna ook de 'Yukos Awards') aanhangig gemaakt. De rechtbank heeft de vordering toegewezen op grond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de Russische Federatie alsnog afgewezen. De Russische Federatie heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

1.2 Deze zaak wordt nog door het oude arbitragerecht beheerst, dat wil zeggen door het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals dit gold tot aan de invoering van de Wet Modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015.³ In deze conclusie wordt, tenzij anders vermeld, telkens verwezen naar het oude recht. Voor een inleiding op de vernietigingsprocedure van art. 1064 e.v. Rv verwijs ik naar mijn conclusie inzake het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging dat de Russische Federatie heeft ingediend.⁴ In zijn beschikking van 4 december 2020 heeft de Hoge Raad dit verzoek afgewezen.⁵

1.3 De klachten hebben voor een groot deel betrekking op de interpretatie van bepalingen uit de ECT. De Russische Federatie betoogt in cassatie dat het hof zijn conclusie dat het geschil tussen HVY en de Russische Federatie door de ECT wordt bestreken, heeft gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de relevante verdragsbepalingen, zodat zijn oordeel dat een geldige basis voor arbitrage bestaat on-

² Verdrag inzake het Energiehandvest, met Bijlagen, *Trb.* 1995, 108 (Engelse en Franse teksten, met correcties in *Trb.* 1995, 250) en *Trb.* 1995, 250 (Nederlandse vertaling).

³ Wet van 2 juni 2014, *Stb.* 2014, 200, in werking getreden op 1 januari 2015 (*Stb.* 2014, 254). Het overgangsrecht is geregeld in art. IV lid 4 in verbinding met art. IV lid 2 van die wet.

⁴ Zaaknr. 20/01892, *ECLI:NL:PHR:2020:1082*, nrs. 3.10-3.18.

⁵ *ECLI:NL:HR:2020:1952*, *RvdW* 2021/2; *JOR* 2021/79, m.nt. M.A. Broeders.

¹² Dagvaarding, nr. 27.

juist is. Het gaat dan met name om de interpretatie van de begrippen 'investeerder' en 'investering' uit de ECT, en om de reikwijdte van art. 45 lid 1 ECT, dat voorziet in de voorlopige toepassing van de ECT door een staat die de ECT wel heeft ondertekend, maar waarvoor dit verdrag nog niet in werking is getreden. In deze inleiding ga ik kort in op het doel en de totstandkoming van de ECT en op de mogelijkheden die de ECT biedt tot beslechting van investeringsgeschillen. Bij de bespreking van de verschillende onderdelen van het principale cassatiemiddel zal vervolgens nader worden ingegaan op de uitleg van specifieke bepalingen van de ECT.

1.4 De ECT is op 17 december 1994 te Lissabon gesloten met als doel samenwerking in de energie-sector te bewerkstelligen, met name tussen de lidstaten van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap (EEG, thans de Europese Unie) en staten in Centraal- en Oost-Europa, waaronder de huidige Russische Federatie.⁶ Deze politieke wens was reeds eerder geuit in het niet-bindende Europees Energiehandvest uit 1991. In de ECT zijn de afspraken uit het Energiehandvest neergelegd in een bindend instrument. De ECT is op 16 april 1998 in werking getreden, nadat het door dertig staten, waaronder Nederland, is geratificeerd (zie art. 44 lid 1 ECT). Thans is de ECT geratificeerd door 51 staten alsmede door de Europese Unie.⁷ De Russische Federatie heeft de ECT op 17 december 1994 ondertekend, maar niet geratificeerd.⁸ Op 20 augustus 2009 heeft de Russische Federatie de depositaris van de ECT (Portugal) bericht niet langer voornemens te zijn de ECT te ratificeren. Sindsdien is de Russische Federatie niet langer gehouden de ECT voorlopig toe te passen, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op investeringsbescherming en geschillenbeslechting, voor zover het gaat om reeds gedane investeringen (art. 45 lid 3, onder a en b, ECT).

1.5 Inhoudelijk zijn in deze zaak de bepalingen uit Deel III van de ECT, die zien op 'Bevordering, bescherming en behouding van investeringen', het

meest relevant. Deze bepalingen bieden bescherming aan investeerders die in één van de verdragsstaten een investering in de energiesector hebben gedaan. Zij omvatten het recht op eerlijke behandeling en non-discriminatie (art. 10 ECT) evenals bescherming tegen onteigening (art. 13 ECT).⁹

1.6 De ECT voorziet verder in een mechanisme waarmee investeerders de naleving van deze rechten kunnen afdwingen.¹⁰ Art. 26 ECT bepaalt dat investeerders een geschil over een vermeende schending van een van de bepalingen uit Deel III van de ECT door een verdragsstaat aan (onder meer) een arbitragetribunaal kunnen voorleggen. Art. 26 lid 4 ECT noemt drie mogelijkheden van geschillenbeslechting:

a) arbitrage bij het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) in Washington, op basis van het ICSID-verdrag,¹¹ mits beide betrokken ECT-staten partij zijn bij het ICSID-verdrag (of, als één van de betrokken staten partij is bij het ICSID-verdrag, op basis van de 'Additional Facility Rules' bij dat verdrag);

b) arbitrage door één arbiter of bij een *ad hoc*-tribunaal, opgericht volgens de *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), zoals in de onderhavige zaak is gebeurd;

c) arbitrage bij het arbitrageinstituut van de Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

1.7 Geschillen over rechten uit de ECT kunnen dus bij verschillende arbitragepanelen aanhangig worden gemaakt. In deze conclusie komen verschillende uitspraken van deze panelen aan de orde. De vraag rijst welke betekenis aan die uitspraken moet worden gehecht, waarover ik in deze inleiding het volgende opmerk.

1.8 Volgens het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna *WVW*)¹² is arbitrale rechtspraak geen bron van interpretatie van verdragen. Wel kan deze rechtspraak inzicht geven in de wijze waarop een verdrag in de praktijk wordt toegepast.¹³ Arbitrale rechtspraak kan worden gebruikt om het bestaan van een beginsel van internationaal gewoonterecht aan te tonen, dat op grond van art. 31 lid 3 *WVW* bij de interpretatie van een verdrag in acht moet worden genomen. Daarbij geldt uiteraard dat sprake moet zijn van een algemene statenpraktijk die omvangrijk en vrijwel uniform moet zijn, waarbij de rechtsovertuiging geldt dat deze praktijk door het internationaal recht wordt vereist.¹⁴

6 Zie hierover Thomas W. Wälde, *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors with Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries*, in: Thomas W. Wälde (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague: Kluwer International 1996, p. 251 e.v.; Thomas Roe & Matthew Happold, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 7-13 (deze schrijvers vermelden abusievelijk dat de ECT op 17 december 1995 voor ondertekening is opengesteld); Crina Baltag, *The Energy Charter Treaty. The notion of investor*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 6-13; Kaj Hobér, *The Energy Charter Treaty. A Commentary*, Oxford: OUP 2020, p. 13-24.

7 Zie overheid.nl/verdragenbank, alsmede de website van het Secretariaat van de ECT (<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers>).

8 De Russische Federatie heeft de ECT ondertekend zonder de verklaring van art. 45 lid 2 ECT af te leggen. Andere staten (Australië, Noorwegen en IJsland) hebben ten tijde van hun ondertekening wel verklaard de ECT niet voorlopig te zullen toepassen.

9 Zie hierover Hobér, a.w., p. 6; Roe & Happold, a.w., p. 13-18; Wälde, a.w., p. 286 e.v.

10 Zie Laurent Gouffès, *The Dispute Settlement Mechanisms of the Energy Charter Treaty*, in: Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, New York: *JurisNet* 2006, p. 22-29.

11 *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Washington, 18 maart 1965, *Trb.* 1981, 191.

12 *Verdrag van 23 mei 1969*, *Trb.* 1985, 79.

13 *Onder meer Baltag, a.w., p. 24.*

14 André Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Bju 2019, p. 127-134.

1.9 Arbitragetribunalen zijn niet gebonden aan elkaars uitspraken, omdat het beginsel van de binding aan precedenten (*stare decisis*) ontbreekt.¹⁵ Uitspraken kunnen daarom onderling afwijken (wat uiteraard ook verklaard kan worden door de feiten en de wijze waarop is geprocedeerd). Er moet voor worden gewaakt conclusies te trekken op basis van slechts één uitspraak of enkele uitspraken. Verder geldt dat aan unanieme uitspraken meer gewicht toekomt dan aan uitspraken waarin *dissenting opinions* zijn geschreven.¹⁶

1.10 Het ICSID-verdrag voorziet in een procesueel kader voor het beslechten van internationale investeringsgeschillen tussen staten en investeerders¹⁷ en heeft geen betrekking op geschillen tussen staten en hun eigen onderdanen.¹⁸ Het ICSID-verdrag bepaalt niet wanneer sprake is van een internationale investering, maar laat dit over aan de ICSID-arbitragetribunalen, die het oordeel daarover mede zullen baseren op het investeringsverdrag (veelal een *bilateral investment treaty* (BIT)) dat aan het geschil ten grondslag ligt. De benadering van een arbitragetribunaal in een zaak onder het ICSID-verdrag is dus afhankelijk van het onderliggende investeringsverdrag. ICSID-tribunalen zullen slechts rechtsmacht aannemen als de investering ook valt binnen het beschermingsbereik van het ICSID-verdrag.¹⁹ In de praktijk stellen ICSID-tribunalen daarom soms strengere eisen dan de onderliggende investeringsverdragen zelf, in het bijzonder waar het gaat om het begrip 'investering'.²⁰ Ook kunnen deze eisen strenger zijn dan die van andere (commerciële) arbitragetribunalen, die hun rechtsmacht niet baseren op het ICSID-verdrag.²¹

1.11 Het voorgaande is van belang, omdat het cassatiemiddel op een aantal plaatsen verwijst naar ICSID-uitspraken ter onderbouwing van de stelling dat daarin een algemeen geaccepteerd beginsel van internationaal investeringsrecht is weergegeven (zie onderdeel 3 van het principale middel). Bij de beoordeling van deze stelling moet in aanmerking worden genomen dat het ICSID-verdrag op sommige punten eigen eisen stelt, die strenger kunnen zijn dan de eisen die in investeringsverdragen worden gesteld. Ook geldt voor alle arbitrale rechtspraak dat steeds zal moeten worden gezien of de daarin gevolgde benadering algemene gelding heeft of is gebaseerd op de specifieke bewoordingen van het daaraan ten grondslag liggende investeringsverdrag.

1.12 Na deze inleiding ga ik over tot een weergave van de feiten en het procesverloop en de bespreking van het principale cassatiemiddel.

2 Feiten en procesverloop

2.1 Het gaat in deze zaak, kort samengevat, om het volgende.²² HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij, die op 1 augustus 2006 failliet is verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister werd geschrapt.

2.2 HVY hebben in 2004 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op de voet van art. 26 ECT. Zij hebben gesteld dat de Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos heeft onteigend en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen. HVY hebben gevorderd dat de Russische Federatie veroordeeld wordt schadevergoeding te betalen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

2.3 Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde scheidsgerecht (hierna: het Scheidsgerecht) heeft in drie afzonderlijke *Interim Awards on Jurisdiction and Admissibility* van 30 november 2009 (hierna: de *Interim Awards*) geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. In de *Interim Awards* heeft het Scheidsgerecht bepaalde bevoegdeheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase ('the merits phase') van het geding.

15 Hober, a.w., p. 39 e.v.; Baltag, a.w., p. 24 e.v.

16 Hober, a.w., p. 40.

17 Zie Roe & Happold, a.w., p. 4; Anna Turinov, "Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction, *Journal of International Arbitration* 2009, p. 4.

18 Zie o.a. art. 25 lid 1 ICSID-verdrag: 'The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (...) and a national of another Contracting State' (mijn curs., A-G).

19 Zie bijvoorbeeld *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria* (Award on Jurisdiction), UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 juli 2013, para. 408: 'It is settled jurisprudence that a national investment cannot give rise to an ICSID arbitration, which is reserved to international investments' (mijn curs., A-G). Zie ook Stephen Jagusch & Anthony Sinclair, *The Limits of Protection for Investments under the Energy Charter Treaty*, in: Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, New York: Jurisnet, 2006, p. 75-77; Turinov, a.w., p. 6; Roe & Happold, a.w., p. 49; Baltag, a.w., p. 106-107.

20 Deze benadering is als volgt onder woorden gebracht in *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 april 2009, para. 96: 'At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition. (...)'

21 Turinov, a.w., p. 6.

22 De weergave van de feiten is ontleend aan rov. 2.2-2.6 van het in cassatie bestreden eindarrest van het hof Den Haag van 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Zie ook mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1082) onder 2.1-2.31 vóór de beschikking van de Hoge Raad van 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, *RvdW* 2021/2.

2.4 In drie afzonderlijke *Final Awards* van 18 juli 2014²³ heeft het Scheidsgerecht de nog resterende bevoegdheids- en/of ontvankelijkheidsverwerpen van de Russische Federatie verworpen, geoordeeld dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder art. 13 lid 1 ECT heeft geschonden en de Russische Federatie veroordeeld aan HVY schadevergoeding te betalen van respectievelijk \$ 8.203.032.751 (aan VPL), \$ 1.846.000.687 (aan YUL) en \$ 39.971.834.360 (aan Hulley), vermeerderd met rente en kosten. Het Scheidsgerecht heeft, kort gezegd, geoordeeld dat de Russische Federatie door het nemen van een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos, heeft aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van de heer Mikhail Khodorkovsky, de chairman van Yukos en één van haar aandeelhouders, als potentiële politieke tegenstander van president Poetin en het verwerven van de activa van Yukos.

2.5 De Russische Federatie heeft bij afzonderlijke dagvaardingen van 10 november 2014 Hulley, VPL en YUL voor de rechtbank Den Haag gedaagd en gevorderd dat de rechtbank de door het Scheidsgerecht in ieder van hun zaken gewezen *Interim Awards* en *Final Awards* vernietigt. Deze drie zaken zijn op vordering van de Russische Federatie door de rechtbank gevoegd.

2.6 Op 20 april 2016 heeft de rechtbank in één vonnis, gewezen in de drie gevoegde zaken, de *Interim Awards* en de *Final Awards* vernietigd wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.²⁴ HVY hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het hof Den Haag.

2.7 Bij tussenarrest van 11 oktober 2016 heeft het hof een comparitie van partijen gelast, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2017.

2.8 Bij tussenarrest van 25 september 2018 heeft het hof een aantal preliminaire bezwaren van HVY tegen de behandeling van bepaalde stellingen van de Russische Federatie beoordeeld.²⁵ Het gaat onder meer (voor zover thans nog van belang) om de stelling van de Russische Federatie dat HVY in de arbitrageprocedure fraude zouden hebben gepleegd door het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten (rov. 5.1-5.2). HVY hebben hiertegen bezwaar gemaakt, onder meer op de grond dat het bedrog aan de orde had moeten worden gesteld in een aparte procedure tot herroeping op de voet van art. 1068 Rv (rov. 5.3 onder (b)).

2.9 Het hof heeft het bezwaar van HVY gehonoreerd. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, overwogen dat het beweerdelijke bedrog alleen in een herroepingsprocedure op de voet van art. 1068

Rv aan de orde kan worden gesteld, en niet (alsnog) in een procedure tot vernietiging op grond van art. 1065 Rv. Beide procedures resulteren weliswaar in vernietiging van het arbitrale vonnis, maar zij kennen verschillende termijnen en verschillende bevoegde rechterlijke instanties. Een herroepingsprocedure kan binnen drie maanden na ontdekking van het bedrog aanhangig worden gemaakt, ook als reeds meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen. De herroepingsprocedure kent verder slechts één feitelijke instantie (het gerechtshof). Zowel de geldende termijnen als deze exclusieve bevoegdheid van het gerechtshof zouden worden omzeild indien gesteld bedrog (door middel van een eisvermeerdering) alsnog in de vernietigingsprocedure zou kunnen worden voorgelegd. Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar (rov. 5.7).

2.10 Bij tussenarrest van 18 december 2018 heeft het hof enkele beslissingen genomen over het verdere verloop van de procedure.²⁶

2.11 Bij eindarrest van 18 februari 2020 heeft het hof de zaak inhoudelijk beoordeeld.²⁷

2.12 HVY hebben onder meer grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het Scheidsgerecht onbevoegd was, omdat art. 26 ECT – dat arbitrage mogelijk maakt – in strijd is met het Russische recht. Het hof heeft deze grieven in rov. 4.4 e.v. beoordeeld.

Uitleg van de Limitation Clause

2.13 Het hof heeft beoordeeld of tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen (art. 1065 lid 1, onder a, Rv) en overwogen dat dit afhangt van de uitleg van art. 26 en 45 ECT in het licht van het recht van de Russische Federatie (rov. 3.1.2). Het standpunt van de Russische Federatie komt er, kort gezegd, op neer dat zij de ECT wel heeft ondertekend, maar nooit heeft bekrachtigd. Art. 45 lid 1 ECT staat weliswaar toe dat iedere partij die de ECT heeft ondertekend dit 'voorlopig' toepast, maar enkel 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' (hierna: de *Limitation Clause*). Volgens de Russische Federatie is de arbitragebepaling van art. 26 ECT in strijd met de Russische Grondwet en met meerdere wettelijke bepalingen die inhouden dat geschillen van publiekrechtelijke aard niet arbitabel zijn.

2.14 HVY hebben zich primair op het standpunt gesteld dat het bij de uitleg van art. 26 ECT erom gaat of het *beginsel* van voorlopige verdragstoepassing in strijd is met Russisch recht. In hoger beroep hebben HVY, subsidiair, betoogd dat het erom gaat of *voorlopige toepassing* van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een

23 *Hulley Enterprises Limited (Cyprus)/The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, Final Award; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus)/The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-05/AA228, Final Award; *Yukos Universal Limited (Isle of Man)/The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award.

24 ECLI:NL:RBDHA:2016:4229.

25 ECLI:NL:GHDHA:2018:2476, JBPr 2019/9, m.nt. C.L. Schleijsen.

26 ECLI:NL:GHDHA:2018:3437.

27 ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Het arrest is ook gepubliceerd in NJ 2020/360 bij HR 25 september 2020.

ECLI:NL:HR:2020:1511 en in TvA 2020/31, JOR 2020/164, m.nt. N. Peters.

verdragsstaat, en niet om de vraag of een specifieke bepaling van de ECT met dat recht in strijd is (rov. 3.3.2 en 4.2.2).

2.15 Het hof heeft in rov. 4.4.3-4.4.7 overwogen dat het zijn oordeel mag baseren op dit subsidiaire standpunt van HVY over de uitleg van art. 26 ECT, ondanks dat dit in de arbitrageprocedure niet naar voren is gebracht, en het Scheidsgerecht zijn bevoegdheid dus niet daarop heeft gebaseerd. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het Scheidsgerecht op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen, terwijl de overheidsrechter van oordeel is dat het Scheidsgerecht op andere gronden wel bevoegd was. Dit is in strijd met het beginsel dat de overheidsrechter op dit punt het laatste woord heeft.

2.16 Vervolgens heeft het hof het subsidiaire standpunt van HVY beoordeeld (rov. 4.5.8-4.5.48). In rov. 4.5.48 is het hof tot de slotsom gekomen dat de *Limitation Clause* aldus moet worden uitgelegd, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht, in die zin dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Volgens het hof is niet gebleken dat voorlopige toepassing van art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht (rov. 4.6.1). Het hof heeft ten overvloede onderzocht of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan de *Limitation Clause* geeft, art. 26 ECT met bepalingen van Russisch recht in conflict komt (art. 4.6.2-4.7.65). Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord.

2.17 Volgens het hof zijn de grieven van HVY dus deels gegrond en kan de door de rechtbank gegeven motivering haar oordeel dat geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, niet dragen (rov. 4.9.1). Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep heeft het hof beoordeeld of de andere stellingen gegrond zijn die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat het Scheidsgerecht onbevoegd is. Het betreft de stellingen die betrekking hebben op (i) de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT²⁸ (de begrippen 'investering' en 'investeerder'), (ii) de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen), (iii) de door de Russische Federatie genomen belastingmaatregelen die een legitieme uitoefening van de bevoegdheid van de Russische Federatie zijn en die vallen onder het bereik van art. 21 lid 1 ECT.

- (i) Uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (investering en investeerder)

2.18 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan het vereiste van art. 26 ECT dat sprake is van een 'investment' (investering) in de zin van art. 1 lid 6 ECT en dat HVY geen 'investors' (investeerders) zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT, omdat zij slechts schijnvennootschappen zijn die economisch eigendom zijn en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers. Ook is geen buitenlands, maar Russisch kapitaal geïnvesteerd (rov. 3.3.2 en 5.1.3).

2.19 Het hof is in rov. 5.1.7.3 tot het oordeel gekomen dat van een investering in de zin van art. 26 ECT sprake is wanneer een rechtspersoon die volgens het recht van de ene verdragsluitende staat is opgericht een investering doet in een andere verdragsluitende staat. Om de nationaliteit van een investeerder te bepalen is in de ECT gekozen voor 'het recht van het land volgens de wetten waarvan de investeerder is georganiseerd'. De opstellers van de ECT hebben geen nadere eisen willen stellen aan het internationale karakter van de investeringen. De ECT vereist dus niet dat de investeerder een daadwerkelijke band heeft met het land volgens de wetten waarvan zij is georganiseerd (rov. 5.7.1.2). Voorts volgt uit art. 17 ECT niet dat investeringen als door HVY gedaan buiten de bescherming van de ECT vallen, omdat zij zgn. 'U-bochtinvesteringen' zouden zijn (rov. 5.1.8.1 e.v.).

- (ii) Uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen)

2.20 Het hof heeft het standpunt van de Russische Federatie beoordeeld dat de ECT geen bescherming biedt aan investeringen die in strijd met het recht van het gastland zijn gedaan (rov. 3.2.3 en 5.1.11.1). Volgens het hof is in art. 1 lid 6 ECT geen expliciete legaliteits eis opgenomen. Het is niet uitdrukkelijk vereist dat een investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen (rov. 5.1.11.5). Het hof heeft overwogen dat het beroep van de Russische Federatie op art. 1 leden 6 en 7 ECT faalt.

- (iii) Belastingmaatregelen (art. 21 ECT)

2.21 Het hof heeft overwogen dat art. 21 ECT geen verwijzingen bevat naar de bevoegdheid van arbiters, maar enkel bepaalt dat de ECT geen rechten verleent of verplichtingen oplegt met betrekking tot belastingmaatregelen. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht wordt uitsluitend bepaald door art. 26 ECT. Volgens het hof is aan de voorwaarden van art. 26 ECT voldaan, zodat het bepaalde in art. 21 lid 1 ECT niet tot de conclusie kan leiden dat het Scheidsgerecht onbevoegd zou zijn indien zich een situatie voordoet die door art. 21 lid 1 ECT wordt bestreken (rov. 5.2.5). Het hof heeft verder overwogen dat art. 21 lid 1 ECT uitsluitend ziet op *bona fide* belastingmaatregelen. Het Scheidsgerecht heeft ge-

28 Strikt genomen heeft art. 1 geen leden, maar onderdelen ('punten'). In deze conclusie volg ik echter de terminologie ('leden') die door het hof en de procesinleiding is gebruikt.

concludeerd dat van een *bona fide* belastingheffing geen sprake was, omdat de door de Russische Federatie genomen maatregelen niet uitsluitend bedoeld waren om belasting te innen, maar veeleer om het faillissement van Yukos uit te lokken en Khodorovsky uit de politieke arena te verwijderen (rov. 5.2.15 en 5.2.16).

2.22 Het hof heeft geconcludeerd dat alle gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt die gevolgtrekking niet kunnen dragen, zodat er geen aanleiding bestaat de *Yukos Awards* te vernietigen op de voet van art. 1065 lid 1, onder a, Rv (rov. 5.3.1).

2.23 Het hof heeft vervolgens in rov. 6.1 e.v. de stellingen besproken die de Russische Federatie heeft aangevoerd in verband met de vernietigingsgrond van schending van de opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv): (a) niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT, (b) vaststelling van de schadevergoeding door het Scheidsgerecht, (c) het Scheidsgerecht heeft beslist door te gissen en buiten de rechtsstrijd te treden, (d) de rol van de assistent in het Scheidsgerecht, en (e) het ontbreken van motivering.

(a) Schending van opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv) door niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT (rov. 6.3)

2.24 In rov. 6.1 e.v. heeft het hof de stelling besproken dat het Scheidsgerecht in strijd met art. 21 lid 5 ECT heeft nagelaten om het geschil aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen. Volgens het hof is dit verzuim niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, omdat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie daarvan enig nadeel heeft ondervonden (rov. 6.3.2). Volgens het hof moet worden aangenomen dat de Russische Federatie tijdens de uitvoerige behandeling van het geschil door het Scheidsgerecht alle relevante informatie naar voren heeft gebracht of heeft kunnen brengen die het Scheidsgerecht ook zou hebben kunnen verkrijgen door de Russische belastingautoriteiten om advies te vragen. Niet goed valt in te zien welke aanvullende informatie het Scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander oordeel over de 'toerekening van inkomsten van de lege handelsmaatschappijen (...) aan Yukos' had kunnen leiden (rov. 6.3.3).

2.25 De Russische Federatie heeft nog aangevoerd dat het geschil ook aan de belastingautoriteiten van Cyprus en van het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd. Volgens het hof gaat deze stelling niet op, omdat art. 21 lid 5 ECT slechts voorschrijft dat advies aan de 'relevant competent tax authority' moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag 'whether a tax constitutes an expropriation'. HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of van het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden (rov. 6.3.4). Voorts heeft het hof overwogen dat de han-

delwijze van het Scheidsgerecht niet in strijd is met het prognoseverbod, zoals betoogd door de Russische Federatie (rov. 6.3.5).

(b) Vaststelling schadevergoeding

2.26 Het hof heeft in rov. 6.4.1-6.4.27 uitvoerig aandacht besteed aan de stelling van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door een schadevergoeding toe te kennen op basis van een eigen nieuwe en uiterst gebrekkige berekeningsmethode, die afweek van het partijdebat en waarover partijen niet zijn gehoord, zodat sprake is van een verrassingsbeslissing. Het hof heeft geconcludeerd dat van een verrassingsbeslissing geen sprake is (rov. 6.4.23) en dat de wijze waarop het Scheidsgerecht de schadevergoeding heeft bepaald, geen schending van de opdracht van het Scheidsgerecht vormt.

(c) Beslissen door te gissen en te treden buiten de rechtsstrijd

2.27 Het hof heeft in rov. 6.5.1-6.5.15 de stelling van de Russische Federatie beoordeeld dat het Scheidsgerecht zich voor zijn beslissing heeft gebaseerd op eigen speculaties over wat de Russische Federatie in een fictief scenario mogelijk zou hebben gedaan in plaats van op wat zij daadwerkelijk heeft gedaan. Het hof is tot de slotsom gekomen dat de argumenten van de Russische Federatie geen hout snijden en dat het Scheidsgerecht in dit opzicht zijn opdracht niet heeft geschonden noch heeft verzuimd een steekhoudende motivering voor zijn oordeel te geven. Ook is geen sprake van schending van de openbare orde (rov. 6.5.15).

(d) De rol van de assistent in het Scheidsgerecht

2.28 In rov. 6.6.1-6.6.15 heeft het hof het betoog van de Russische Federatie besproken dat de *Yukos Awards* moeten worden vernietigd wegens de onevenredig grote betrokkenheid van de assistent van het scheidsgerecht Martin Valasek bij het concipiëren daarvan (rov. 6.6.1). Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, onder d, Rv).

2.29 Het hof heeft dit betoog verworpen. Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Valasek grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van delen van de tekst (rov. 6.6.5), maar dit betekent niet dat hij zelfstandig beslissingen heeft genomen die tot de wezenlijke taak van de arbiters behoren (rov. 6.6.10). Uit het feit dat de *Final Awards* door de drie arbiters zijn ondertekend, volgt dat zij die hebben gewezen, zodat geen sprake is van een even aantal arbiters (rov. 6.6.13). Als veronderstel-

lenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de Russische Federatie dat Valasek enkel als assistent en contactpersoon is geïntroduceerd, kan worden geconstateerd dat het Scheidsrecht heeft verzuimd partijen op dit punt volledig in te lichten over de aard van de werkzaamheden van Valasek. Dit levert in de gegeven omstandigheden echter geen zodanige ernstige schending van de opdracht op dat dit moet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen (rov. 6.6.14.2).

(e) Het ontbreken van motivering

2.30 Het hof heeft in rov. 8.4.1-8.4.17 het betoog van de Russische Federatie besproken dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd (art. 1065 lid 1, onder d, Rv) waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren. Het Scheidsrecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden, waarbij het gaat om het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. Volgens het hof gaat het om het ontbreken van bewijs in dat dossier en zijn de talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd dus niet relevant (rov. 8.4.13). Het hof heeft geconcludeerd dat de klacht over de motivering van het oordeel dat geen bewijs is geleverd dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen zijn, faalt (rov. 8.4.17).

2.31 Het hof is tot de slotsom gekomen dat de grieven van HVY in ieder geval deels slagen, en het Scheidsrecht bevoegd was om van de vorderingen van HVY kennis te nemen en daarop te beslissen. De overige door de Russische Federatie aangedragen vernietigingsgronden kunnen niet tot vernietiging van de *Yukos Awards* leiden (rov. 10.1). Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen (rov. 10.3 en dictum).

2.32 De Russische Federatie heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 25 september 2018 en het eindarrest van 18 februari 2020, hierna verder aan te duiden als het tussenarrest onderscheidenlijk het eindarrest. HVY hebben verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen hebben schriftelijke toelichtingen ingediend en hun standpunten mondeling bepleit op 5 februari 2021, gevolgd door schriftelijke re- en dupliek.

2.33 De Russische Federatie heeft in het kader van haar cassatieberoep een verzoekschrift ingediend tot (onder meer) schorsing van de tenuitvoerlegging van de *Yukos Awards* en tot het bevelen van zekerheidsstelling door HVY. Bij beschikking van 25 september 2020 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hij bevoegd is van dit verzoek kennis te nemen.²⁹ Bij beschikking van 4 december 2020 heeft de Hoge

Raad het verzoek van de Russische Federatie afgewezen.³⁰

3 *Bespreking van het principaal cassatiemiddel*

3.1 Het principaal cassatiemiddel bestaat uit acht onderdelen, die in diverse subonderdelen uiteenvallen.

Onderdeel 1: schending procedurele openbare orde/exclusiviteit art. 1068 Rv

3.2 *Onderdeel 1* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.6-5.8 van het tussenarrest en rov. 9.7 van het eindarrest. Daarin heeft het hof, kort gezegd, overwogen dat de bezwaren van de Russische Federatie over het beweerdelijk bedrog door HVY in de arbitrageprocedure alleen door middel van een vordering tot herroeping op grond van art. 1068 Rv aan de orde kunnen worden gesteld. De klachten houden in dat het hof hiermee heeft miskend dat dergelijk bedrog ook zou moeten kunnen leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde).

3.3 Bij de bespreking van dit onderdeel stel ik het volgende voorop. Het lijdt geen twijfel dat wanneer een arbitraal vonnis tot stand is gekomen als gevolg van fraude of bedrog door een van de procespartijen, deze wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde. Er heeft in dat geval immers geen eerlijk proces plaatsgevonden.³¹ Sanders schrijft dan ook terecht dat de gronden voor herroeping van art. 1068 lid 1 Rv 'evenzovele gevallen van strijd met de openbare orde' opleveren.³²

3.4 Hoewel de wetgever heeft voorzien in een afzonderlijke herroepingsprocedure waarin bedrog aan de orde kan worden gesteld, betekent dit niet dat deze procedure exclusief zou moeten worden gevolgd. Uit de wetgeschiedenis volgt geenszins dat de wetgever door het inrichten van die afzonderlijke procedure de mogelijkheden om bedrog aan de orde te stellen heeft willen beperken. De herroepingsvordering komt immers voort uit het algemene burgerlijk procesrecht,³³ en kan ook daarin overlappen met de gewone rechtsmiddelen zoals hoger beroep. Herroeping van een rechterlijke uitspraak (art. 382 Rv) is een buitengewoon rechtsmiddel, waarmee een verwijtbare gedraging van de we-

³⁰ ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2; JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders.

³¹ Zie in het kader van arbitrage bijvoorbeeld Dirk Otto & Omaia Elwan, in: Herbert Kronke e.a., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 374. Zie in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging van civiele vonnissen o.a. Monique Hazelhorst, Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial, Den Haag: TMC Asser Press 2017, p. 299-300.

³² P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht - nationaal en internationaal, Deventer: Kluwer 2001, p. 199.

³³ Zie A.J. van den Berg e.a., Nederlands Arbitragerecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 136-138; Sanders, a.w., p. 203-210; *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 31.

²⁹ ECLI:NL:HR:2020:1511, NJ 2020/360.

derpartij, zoals bedrog, aan de orde kan worden gesteld.³⁴ In het geval dat nog een gewoon rechtsmiddel open staat, heeft het gewone rechtsmiddel voorrang. De herroepingsvordering kan namelijk pas worden ingesteld indien de desbetreffende uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, en wel binnen drie maanden nadat het bedrog is ontdekt (art. 383 lid 1 Rv).³⁵ Voor de gewone civiele procedure geldt dus dat bedrog niet exclusief door middel van een herroepingsvordering aan de orde behoeft te worden gesteld. De toegevoegde waarde van de herroepingsprocedure is dat daarin de benadeelde partij de mogelijkheid heeft om het bedrog na afloop van de gewone rechtsmiddelstermijn nog aan de rechter voor te leggen. Herroeping vormt op die manier een aanvulling op de bestaande gewone rechtsmiddelen.

3.5 Er zijn geen aanwijzingen dat de wetgever de herroepingsprocedure in het arbitragerecht (art. 1068 Rv) als de exclusieve remedie voor bedrog in de procedure heeft willen zien.³⁶ Dit kan niet worden afgeleid uit het feit dat de wetgever daarvoor een aparte procedure heeft ingericht, omdat ook in het gewone civiele procesrecht de herroepingsvordering naast andere rechtsmiddelen bestaat. Het feit dat de herroepingsprocedure slechts één instantie kent, wijst er evenmin op dat die procedure exclusief zou moeten worden gevolgd. De wetsgeschiedenis geeft daarvoor geen aanknopingspunten. Met recht kan worden betoogd dat de partij die ervoor kiest het bedrog in de vernietigingsprocedure aan de rechter voor te leggen, hiermee een extra instantie 'verkrijgt'.³⁷ Daar staat tegenover dat deze partij het bedrog meteen in de vernietigingsdagvaarding als grond naar voren moet brengen (art. 1064 lid 5 Rv), binnen de daarvoor geldende termijn van drie maanden na neder-

legging van het arbitrale vonnis ter griffie (art. 1064 lid 3 Rv). Deze partij zal dus niet kunnen profiteren van de 'extra' termijn van drie maanden na ontdekking van het bedrog zoals is bepaald in art. 1068 lid 2 Rv.³⁸ Dit betekent dat het door het hof gesignaleerde risico dat bedrog langer dan drie maanden nadat het is ontdekt alsnog bij eiswijziging in de vernietigingsprocedure wordt voorgelegd, niet reëel is. De regel van art. 1064 lid 5 Rv verzet zich immers daartegen.³⁹

3.6 Hiermee kom ik toe aan de bespreking van de klachten. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte althans zonder toereikende motivering beslist dat feitelijke stellingen die een beroep op herroeping in de zin van art. 1068 Rv zouden hebben kunnen rechtvaardigen, niet de stelling kunnen rechtvaardigen dat een arbitraal vonnis dat is verkregen met behulp van een bedrieglijke verklaring, omgekochte getuigen en het achterhouden van wettelijke stukken, moet worden vernietigd wegens schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). Het hof heeft ten onrechte de Russische Federatie de haar toekomende mogelijkheid van een vrije keuze ontnomen tussen een vordering op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv en een vordering op de voet van art. 1068 Rv, aldus het onderdeel.

3.7 Het hof heeft in rov. 5.7 overwogen dat bedrog uitsluitend in een herroepingsprocedure van art. 1068 Rv aan de orde kan worden gesteld, omdat anders onder meer de daarin gegeven termijn zou kunnen worden omzeild. Uit het voorgaande volgt dat dit uitgangspunt in zijn algemeenheid onjuist is. Dit brengt echter niet mee dat het uiteindelijke oordeel van het hof ook onjuist is. Volgens de Russische Federatie is het beweerdelijke bedrog namelijk ná het vonnis van de rechtbank (van 20 april 2016) ontdekt.⁴⁰ Vast staat dat daarop eerst bij memorie van antwoord in appel een beroep is gedaan.⁴¹ De regel van art. 1064 lid 5 Rv dat alle gronden tot vernietiging op straffe van verval van het recht daartoe in de

34 *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 3 (P.J.M. van Schmidt auf Altenstadt).

35 *Zie Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 7 (P.J.M. van Schmidt auf Altenstadt); Th. B. ten Kate en E.M. Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 1.1.4. Uit deze eis volgt dat de herroepingsvordering alleen in beeld komt wanneer het bedrog pas na de uitspraak is ontdekt, en redelijkerwijze niet eerder had kunnen worden ontdekt (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:727, NJ 2018/250, rov. 3.5). In het uitzonderlijke geval dat het bedrog na de uitspraak maar tijdens de lopende rechtsmiddelstermijn wordt ontdekt, heeft de benadeelde partij de vrije keuze (*Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 382 Rv, aant. 8.2 (P.J.M. van Schmidt auf Altenstadt)).

36 Over de redenen voor invoering van de herroepingsprocedure in de Arbitragewet is in de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 31) slechts opgemerkt: 'Het laatste artikel van de vijfde afdeling over de vernietiging van het arbitrale vonnis introduceert het request-civiel op de enigszins aangepaste gronden genoemd in artikel 382 onder 1°, 7° en 8C. In het huidige arbitragerecht zijn deze gronden, eveneens aangepast, te vinden in artikel 649 nrs. 8-10. Hoewel niet vaak voorkomend en dan meest op de onder a van dit artikel genoemde grond, kan dit sluitstuk op de aantasting van het arbitrale vonnis niet worden gemist'.

37 Althans onder het hier toepasselijke oude recht, want inmiddels is de vernietigingsprocedure beperkt tot één feitelijke instantie (art. 1064a (nieuw) Rv).

38 Dit betekent ook dat bedrog slechts in uitzonderlijke gevallen in een vernietigingsprocedure aan de orde kan worden gesteld, namelijk als het na de uitspraak, maar binnen de lopende termijn voor een vernietigingsvordering wordt ontdekt. Wanneer bedrog tijdens de procedure is ontdekt of bij redelijkerwijs van de bedrogene te verwachten onderzoek had kunnen worden ontdekt, dan moet dit tijdens de arbitrageprocedure aan het scheidsrecht worden voorgelegd (vgl. over een vordering tot herroeping HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders).

39 Door Sanders is verdedigd dat deze eis niet zou moeten worden gesteld wanneer een vernietigingsvordering wordt gebaseerd op strijd met de openbare orde (a.w., p. 189-190). Dit is echter, ook volgens Sanders zelf, in strijd met het wettelijk systeem. Zie ook de tegenwerping van H.J. Snijders (*Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064 Rv, aant. 2): 'Meer in het algemeen zal (...) een arbitraal vonnis dat in strijd is met de openbare orde – men denke bijvoorbeeld aan gevallen van schending van het beginsel van hoor en wederhoor – toch binnen een zekere termijn, in casu de wettelijke termijn voor vernietiging, aangevallen dienen te worden: rechtszekerheid is een groot goed en 'lites finiri oportet'.

40 Procesinleiding, nr. 2.

41 Zie rov. 5.1 van het tussenarrest, onbestreden in cassatie.

dagvaarding moeten worden voorgedragen, brengt mee dat het beweerdelijke bedrog niet langer in de reeds lopende vernietigingsprocedure kon worden voorgelegd. Dat had immers, op straffe van verval van het recht daartoe, in de inleidende dagvaarding moeten gebeuren. Om die reden kon het hier gestelde bedrog inderdaad, zoals het hof heeft overwogen, nog slechts in een herroepingsprocedure aan de orde worden gesteld, en niet bij memorie van antwoord in de vernietigingsprocedure worden voorgelegd.

3.8 Het voorgaande leidt ertoe dat onderdeel 1 faalt.

Onderdeel 2: uitleg van art. 45 lid 1 ECT

3.9 *Onderdeel 2* is gericht tegen de uitleg van het hof van art. 45 lid 1 ECT. Deze uitleg is verval in rov. 4.5.1 t/m 4.5.48 van het eindarrest. Het onderdeel valt uiteen in acht subonderdelen.

3.10 *Onderdeel 2* betoogt in de kern dat in dit geval geen sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, zoals art. 1065 lid 1, onder a, Rv vereist. Volgens het onderdeel bepaalt art. 26 ECT weliswaar dat geschillen over rechten die voortvloeien uit de ECT aan arbitrage kunnen worden onderworpen, maar de Russische Federatie is aan deze bepaling niet gebonden. De Russische Federatie heeft de ECT wel ondertekend, maar nooit geratificeerd. Art. 45 lid 1 ECT voorziet in voorlopige toepassing van de ECT door staten die het verdrag hebben ondertekend, maar slechts voor zover die voorlopige toepassing niet strijdig is met hun interne rechtsorde. Volgens de Russische Federatie heeft het hof op dit punt een verkeerde maatstaf toegepast door te oordelen dat het niet erom gaat of art. 26 ECT als zodanig in strijd is met het Russische recht, maar of voorlopige toepassing van art. 26 ECT daarmee in strijd is.

Inleidende opmerkingen

3.11 Voordat ik de klachten van onderdeel 2 bespreek, maak ik enige opmerkingen over de voorlopige toepassing van verdragen in het algemeen en over de voorlopige toepassing van de ECT in het bijzonder. Voorlopige toepassing van een verdrag houdt in dat het verdrag wordt toegepast voordat het door ratificatie in werking treedt. Art. 25 lid 1 WVV staat toe dat een verdrag voorlopig wordt toegepast, indien het verdrag zulks bepaalt, of indien de staten die hebben deelgenomen aan de onderhandelingen op een andere wijze aldus zijn overeengekomen. Volgens art. 25 lid 2 WVV houdt, tenzij het verdrag anders bepaalt of de staten die aan de onderhandelingen hebben deelgenomen anders zijn overeengekomen, de voorlopige toepassing van een verdrag of een deel van een verdrag voor een staat op, als deze staat de andere staten waartussen het verdrag voorlopig wordt toegepast, in kennis stelt van zijn voornemen geen partij te worden bij het verdrag. Met voorlopige toepassing kan worden bereikt dat de wenselijke effecten van het verdrag intreden zonder dat eerst (vaak langdurige) natio-

nale ratificatieprocedures zijn doorlopen.⁴² Voorlopige toepassing wordt ook wel bekritiseerd, omdat deze kan conflicteren met de nationale ratificatieprocedures en daarmee met de scheiding der machten.⁴³

3.12 Zoals gezegd, voorziet art. 45 ECT in de voorlopige toepassing van de ECT.⁴⁴ Deze bepaling luidt in de authentieke Engelse tekst (*Trb.* 1995, 108) en in de Nederlandse vertaling (*Trb.* 1995, 250) als volgt:

Article 45 Provisional application

1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

2. a) Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depositary a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depositary.

b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph a nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph 1.

c) Notwithstanding subparagraph a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph a shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.

3. a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depositary of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory's written notification is received by the Depositary.

b) In the event that a signatory terminates provisional application under subparagraph a, the obligation of the signatory under paragraph 1 to apply Parts III and V with respect to any Invest-

⁴² Zie Heike Krieger, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Berlin/Heidelberg: Springer 2018, p. 441-446; Denise Mathy, in: Olivier Corten, Pierre Klein (eds.), The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Volume I, Oxford: OUP 2011, p. 640-654.

⁴³ Zie hierover Krieger, a.w., p. 445.

⁴⁴ Zie hierover Baltag, a.w., p. 31-55; Roe & Happold, a.w., p. 67-77; Hübner, a.w., p. 513-530; Antonio Morelli, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), Commentary on the Energy Charter Treaty, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 477-481; W. Michael Reisman, The provisional application of the Energy Charter Treaty, in: Graham Coop & Clarisse Ribeiro (eds.), Investment Protection and the Energy Charter Treaty, New York: JurisNet 2008, p. 47-61.

ments made in its Area during such provisional application by Investors of other signatories shall nevertheless remain in effect with respect to those Investments for twenty years following the effective date of termination, except as otherwise provided in subparagraph c).

c) Subparagraph b) shall not apply to any signatory listed in Annex PA. A signatory shall be removed from the list in Annex PA effective upon delivery to the Depositary of its request therefor.

4. Pending the entry into force of this Treaty the signatories shall meet periodically in the provisional Charter Conference, the first meeting of which shall be convened by the provisional Secretariat referred to in paragraph 5 not later than 180 days after the opening date for signature of the Treaty as specified in Article 38.

5. The functions of the Secretariat shall be carried out on an interim basis by a provisional Secretariat until the entry into force of this Treaty pursuant to Article 44 and the establishment of a Secretariat.

6. The signatories shall, in accordance with and subject to the provisions of paragraph 1 or subparagraph 2c) as appropriate, contribute to the costs of the provisional Secretariat as if the signatories were Contracting Parties under Article 37(3). Any modifications made to Annex B by the signatories shall terminate upon the entry into force of this Treaty.

7. A state or Regional Economic Integration Organization which, prior to this Treaty's entry into force, accedes to the Treaty in accordance with Article 41 shall, pending the Treaty's entry into force, have the rights and assume the obligations of a signatory under this Article.

Artikel 45 Voorlopige toepassing

1. Elke Ondertekenende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekenende Partij krachtens artikel 44, voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften.

2. a. Ongeacht het eerste lid kan een Ondertekenende Partij op het tijdstip van ondertekening bij de Depositaris een verklaring indienen dat zij niet kan instemmen met voorlopige toepassing. De in het eerste lid vermelde verplichting geldt niet voor een Ondertekenende Partij die een dergelijke verklaring aflegt. Die Ondertekenende Partij kan te allen tijde haar verklaring intrekken door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de Depositaris.

b. Een Ondertekenende Partij die een verklaring aflegt als bedoeld in het tweede lid, letter a, en investeerders van die Ondertekenende Partij kunnen geen aanspraak maken op de voordelen van voorlopige toepassing krachtens het eerste lid.

c. Ongeacht het tweede lid, letter a, moet een Ondertekenende Partij die een verklaring aflegt als bedoeld in het tweede lid, letter a, Deel VII

voorlopig toepassen in afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag voor de Ondertekenende Partij overeenkomstig artikel 44, voor zover die voorlopige toepassing niet strijdig is met haar wetten of voorschriften.

3. a. Een Ondertekenende Partij kan de voorlopige toepassing van dit Verdrag beëindigen door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de Depositaris van haar voornemen geen partij bij het Verdrag te worden. De beëindiging van de voorlopige toepassing wordt voor een Ondertekenende Partij van kracht na het verstrijken van zestig dagen na de datum waarop de schriftelijke kennisgeving van die Ondertekenende Partij door de Depositaris is ontvangen.

b. Ingeval een Ondertekenende Partij de voorlopige toepassing van dit Verdrag beëindigt overeenkomstig het derde lid, letter a, blijft de krachtens het eerste lid op die Ondertekenende Partij rustende verplichting om Deel III en Deel V toe te passen ten aanzien van investeringen die tijdens die voorlopige toepassing op haar grondgebied zijn gedaan door investeerders van andere Ondertekenende Partijen, evenwel van toepassing voor die investeringen gedurende twintig jaar na de datum van beëindiging, tenzij anders bepaald in het derde lid, letter c.

c. Het bepaalde in het derde lid, letter b, geldt niet voor de in bijlage PA vermelde Ondertekenende Partijen. Een Ondertekenende Partij wordt van de lijst in bijlage PA geschrapt zodra zij bij de Depositaris een verzoek daartoe indient.

4. In afwachting van de inwerkingtreding van dit Verdrag komen de Ondertekenende Partijen op geregelde tijdstippen bijeen in het kader van de voorlopige Conferentie van het Handvest, waarvan de eerste vergadering uiterlijk 180 dagen na de in artikel 38 vermelde datum van openstelling voor ondertekening van dit Verdrag door het in het vijfde lid bedoelde voorlopige Secretariaat wordt bijeengeroepen.

5. Tot de inwerkingtreding van dit Verdrag overeenkomstig artikel 44 en de oprichting van een Secretariaat worden de taken van het Secretariaat op tijdelijke basis verricht door een voorlopig Secretariaat.

6. In overeenstemming met dan wel onder voorbehoud van de bepalingen van het eerste lid of het tweede lid, letter c, al naar gelang het geval, dragen de Ondertekenende Partijen bij in de kosten van het voorlopige Secretariaat alsof zij Verdragsluitende Partijen in de zin van artikel 37, derde lid, waren. Eventuele door de Ondertekenende Partijen in bijlage B aangebrachte wijzigingen vervallen bij de inwerkingtreding van dit Verdrag.

7. Een Staat of regionale organisatie voor economische integratie die, vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag, overeenkomstig artikel 41 tot het Verdrag toetreedt, heeft in afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag de rechten

en verplichtingen van een Ondertekenende Partij krachtens dit artikel."

3.13 Uit de ECT volgt niet welk doel met voorlopige toepassing wordt nagestreefd. In de literatuur wordt genoemd dat in voorlopige toepassing is voorzien om het institutionele kader van de ECT reeds te kunnen inrichten, en momentum te creëren voor de samenwerking op energiegebied waarvoor de ECT is bedoeld.⁴⁵

3.14 In de zaak die in cassatie aan de orde is, rijst de vraag hoe de zinsnede 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' uit art. 45 lid 1 ECT moet worden uitgelegd. In deze procedure zijn drie verschillende interpretaties van art. 45 lid 1 ECT overwogen.⁴⁶

3.15 De eerste opvatting komt erop neer dat art. 45 lid 1 ECT inhoudt dat voor voorlopige toepassing van de ECT geen plaats is als *het beginsel van voorlopige toepassing van een verdrag* als zodanig in strijd is met h et recht van de Ondertekenende Partij (in dit geval met Russisch recht). Deze opvatting is in eerste aanleg primair door HVY verdedigd (zie rov. 4.5.4 eindarrest). Deze uitleg wordt, ook door het hof, aangeduid als de 'alles of niets'-benadering (rov. 4.5.10 eindarrest). Deze opvatting is vooral gebaseerd op het gebruik van het woord 'such', dat terugverwijst naar de eerste helft van de zin: 'Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally'.⁴⁷ Daarnaast spreekt art. 45 lid 1 ECT van voorlopige toepassing van 'this Treaty' en niet slechts van een deel daarvan.⁴⁸ Deze opvatting is gevolgd door het Scheidsgerecht.⁴⁹

3.16 In de tweede opvatting, die door de Russische Federatie wordt verdedigd, wordt art. 45 lid 1 ECT aldus uitgelegd dat het erom gaat of een *afzonderlijke bepaling* van de ECT in strijd is met het recht van de Ondertekenende Partij. In deze visie is art. 26 ECT in strijd met Russisch recht (rov. 4.5.3 eindarrest). Voor de tweede opvatting pleit vooral dat in de 'alles of niets'-uitleg de woorden 'to the extent' uit art. 45 lid 1 ECT in feite betekenisloos worden gemaakt.⁵⁰ Die woorden duiden erop dat variatie mogelijk is in de mate waarin staten de ECT voorlopig toepassen.⁵¹ De tweede opvatting brengt daarentegen mee dat steeds moet worden onderzocht of eni-

ge bepaling uit het recht van een Ondertekenende Partij in strijd is met de ECT,⁵² terwijl er geen aanwijzingen zijn dat de verdragsopstellers dit hebben bedoeld.⁵³ Mede op basis van dit argument heeft het Scheidsgerecht zich in de *Interim Awards* aangesloten bij de eerste opvatting. Daarnaast heeft het Scheidsgerecht gewezen op het beginsel van internationaal recht (neergelegd in art. 27 WVV) dat staten zich niet op hun nationale recht mogen beroepen om te rechtvaardigen dat zij een verdrag niet ten uitvoer leggen.⁵⁴ De rechtbank heeft in het vernietigingsgeding deze tweede opvatting gevolgd (zie rov. 5.23 van het vonnis van 20 april 2016).

3.17 De derde opvatting houdt in dat art. 45 lid 1 ECT aldus moet worden uitgelegd dat de ECT door de Ondertekenende Partij voorlopig moet worden toegepast, tenzij voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met nationaal recht.⁵⁵ In deze opvatting gaat het dus niet om de vraag of een bepaling van de ECT in strijd is met nationaal recht, maar om de vraag of de voorlopige toepassing van een concrete bepaling in strijd is met het nationale recht van de Ondertekenende Partij. HVY hebben zich (subsidiar) in het hoger beroep van het vernietigingsgeding op dit standpunt gesteld (rov. 4.5.4 eindarrest). Deze opvatting is door het hof gevolgd (rov. 4.5.14, 4.5.33 en 4.5.48 eindarrest). Volgens het hof doet deze uitleg zowel recht aan de woorden 'to the extent' als 'such provisional application', en dus aan de bezwaren die tegen de andere twee interpretaties zijn ingebracht.

3.18 Na deze uiteenzetting keer ik terug naar de verschillende klachten van het onderdeel.

3.19 *Onderdeel 2.1* bevat slechts een inleiding en geen klacht.

Onderdeel 2.2: art. 26 ECT

3.20 *Onderdeel 2.2* is gericht tegen rov. 4.3 (in het bijzonder rov. 4.3.4) van het eindarrest. Daarin heeft het hof geoordeeld dat de Russische Federatie on dubbelzinnig met arbitrage heeft ingestemd. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist is. Art. 26 ECT bepaalt dat 'each Contracting Party', oftewel iedere verdragsluitende staat, ondubbelzinnig met arbitrage instemt. De Russische Federatie is echter nimmer een verdragsluitende partij geworden, omdat zij de ECT slechts heeft ondertekend en niet geratificeerd. Nu niet duidelijk is of art. 26 ECT ook betrekking heeft op staten die het verdrag slechts hebben ondertekend ('Ondertekenende Partijen'), kan van duidelijke en ondubbelzinnige instemming geen sprake zijn, aldus het onderdeel.

⁴⁵ Dit is ook gesignaleerd door Hóber, a.w., p. 520.

⁵³ Baltag, a.w., p. 41-42.

⁵⁴ *Interim Awards*, para. 312-315.

⁵⁵ Thomas Wälde, 'Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation', *Arbitration International* 1996, p. 462 e.v., meent dat het doel van de *Limitation Clause* is te voorkomen dat staten door de enkele ondertekening gebonden worden aan bepalingen die kunnen conflicteren met hun nationale recht en die wetswijzigingen vereisen om in werking te kunnen treden.

⁴⁵ Hóber, a.w., p. 515; Baltag, a.w., p. 35.

⁴⁶ Zie over de verschillende opvattingen ook: Hóber, a.w., p. 520 e.v.; Baltag, a.w., p. 39 e.v.; Reisman, a.w., p. 56 betoogt dat 'the inability in Article 45(2)(a) refers to an inability arising from an inconsistency between the provisional application regime and "its constitution, laws or regulations"'. Niet duidelijk is of deze auteur meent dat het moet gaan om inconsistentie tussen het beginsel van voorlopige toepassing en de interne rechtsorde, of om inconsistentie tussen de voorlopig toe te passen bepalingen met de interne rechtsorde.

⁴⁷ Zie ook de *Interim Awards*, para. 304; Baltag, a.w., p. 41.

⁴⁸ Zie ook de beslissing in ICSID-arbitrage: *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, para. 210; *Interim Awards*, para. 307 e.v.

⁴⁹ Zie ook de *Interim Awards*, para. 311 e.v.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het standpunt van de Russische Federatie zoals weergegeven in para. 294 van de *Interim Awards*.

⁵¹ Roe & Hapold, p. 72-76; anders: Baltag, p. 46-48.

3.21 Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof niet miskend dat een arbitrageclausule on-dubbelzinnig moet zijn overeengekomen. Het hof heeft in rov. 4.3.4 immers kenbaar aan die maatstaf getoetst. Verder heeft het hof, anders dan het onderdeel betoogt, niet miskend dat art. 26 ECT uitsluitend verplichtingen creëert voor verdragsluitende staten en niet ook voor Ondertekenende Partijen. Ook heeft het hof deze begrippen niet met elkaar verward. Dat art. 26 ECT ook verplichtingen creëert voor Ondertekenende Partijen leidt het hof immers af uit art. 45 lid 1 ECT, dat bepaalt dat Ondertekenende Partijen gehouden zijn de bepalingen van de ECT voorlopig toe te passen. Of die uitleg van art. 45 lid 1 ECT juist is, wordt nader aan de orde gesteld door de onderdelen 2.4 e.v. De overweging van het hof, dat 'verschil van inzicht mogelijk is over de strekking van de Limitation Clause en de toepassing daarvan in het licht van het recht van de Russische Federatie', moet niet zo worden opgevat dat het volgens het hof dus onduidelijk is in hoeverre een Ondertekenende Partij is gebonden aan art. 26 ECT. Het hof komt immers, op grond van een analyse van art. 45 lid 1 ECT, tot het oordeel dat Ondertekenende Partijen gehouden zijn art. 26 ECT voorlopig toe te passen (rov. 4.5.48).

3.22 Uit het bovenstaande volgt dat onderdeel 2.2 vergeefs is voorgesteld.

Onderdeel 2.3: bevoegdheid van het Scheidsgerecht

3.23 *Onderdeel 2.3* is gericht tegen rov. 4.4.3-4.4.6 van het eindarrest. De kern van die overwegingen is dat geen aanleiding bestaat voor de vernietiging van een arbitraal vonnis, indien het scheidsgerecht weliswaar op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen, maar de overheidsrechter op andere gronden tot het oordeel komt dat dat bevoegdheidsoordeel juist was. Volgens het hof is het onaanvaardbaar dat de overheidsrechter alsnog tot beoordeling van het geschil zou moeten overgaan, terwijl er een geldige arbitrageovereenkomst is, enkel omdat het scheidsgerecht, dat in dit opzicht juist niet het laatste woord heeft, een onjuiste motivering heeft gebruikt voor zijn bevoegdheidsoordeel (rov. 4.4.3, slot). Het onderdeel klaagt dat het wettelijk systeem van de vernietigingsprocedure dit niet toestaat. Het stond HVY niet vrij om in de vernietigingsprocedure nieuwe bevoegdheidsgronden aan te dragen, althans niet pas in hoger beroep, aldus het onderdeel.

3.24 Uitgangspunt is dat de overheidsrechter op het punt van de bevoegdheid van het scheidsgerecht, anders dan bij andere vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv,⁵⁶ geen terughoudendheid

moet betrachten. De reden daarvoor is dat partijen door arbitrage overeen te komen afstand doen van het fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter (art. 6 EVRM).⁵⁷ Daarom is de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, uiteindelijk aan de overheidsrechter opgedragen. Niet het scheidsgerecht, maar de rechter heeft in dit verband het laatste woord.⁵⁸ Het gaat immers om de vraag of het scheidsgerecht bevoegd is en niet om de vraag of welke grondslag het scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd.⁵⁹

3.25 Het is dus uiteindelijk de overheidsrechter die definitief beslist of het scheidsgerecht bevoegd was of niet.⁶⁰ De overheidsrechter kan tot het oordeel komen dat het scheidsgerecht weliswaar bevoegd was, maar op andere gronden dan het scheidsgerecht zelf aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd. Het onderdeel verdedigt in feite de opvatting dat de rechter slechts zou mogen toetsen of het scheidsgerecht zich op de juiste gronden bevoegd heeft verklaard en het arbitrale vonnis zou moeten vernietigen als dat niet zo is,⁶¹ terwijl duidelijk is dat het scheidsgerecht op andere gronden bevoegd was. Die rechtsopvatting is onjuist en in strijd met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, waaruit volgt dat de overheidsrechter de bevoegdheid van het scheidsgerecht mag onderzoeken. Daarmee wordt ook recht gedaan aan de bedoeling van partijen om hun geschil aan arbitrage te onderwerpen en wordt voorkomen dat partijen alsnog bij de overheidsrechter moeten gaan procederen terwijl zij dat niet hebben gewild.⁶²

3.26 De rechter mag de gronden voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht dus aanvullen,⁶³ maar heeft daarbij uiteraard de regels over de aanvulling van rechtsgronden in acht te nemen. In dat verband heeft de Russische Federatie aangevoerd dat het hof geen acht mocht slaan op de door HVY

⁵⁷ Snijders, a.w., 2018, nr. 1.1.3.

⁵⁸ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

⁵⁹ Zie onder 2.36 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2009:BG4003) vóór HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2010/170.

⁶⁰ HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4130, NJ 1981/203, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie Sanders, a.w., p. 23 en 33; Snijders, a.w., 2018, nr. 6.4.1; G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage - bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv, Deventer: Kluwer 2011, p. 860; N. Peters, IPR, Proces & Arbitrage. Over grondslagen en rechtspraak, Apeldoorn: Maklu 2015, p. 274.

⁶¹ Het onderdeel verwijst naar een in hoger beroep overgelegde opinie van prof. H.J. Snijders (productie RF-D9), waarin wordt verdedigd dat het aanvullen van bevoegdheidsgronden door de overheidsrechter in strijd is met de finaliteit en effectiviteit van de arbitrageprocedure. Ook noemt Snijders het als een bezwaar dat bij het scheidsgerecht geen debat heeft kunnen plaatsvinden over de bevoegdheidsgrond die door de overheidsrechter is toegepast.

⁶² Zie ook rov. 4.4.4 van het eindarrest van het hof in deze zaak.

⁶³ In gelijke zin Peters, a.w., p. 274 en onder 7 van zijn noot in JOR 2020/164 bij het eindarrest van het hof.

⁵⁶ HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2, onder verwijzing naar HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders. Zie Sanders, a.w., p. 186-188; H.J. Snijders, Arbitragerecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 9.3.1.2 (= *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 1.2); Van den Berg e.a., a.w., p. 132.

voorgestelde grondslag voor bevoegdheid van het Scheidsgerecht, omdat HVY deze grondslag voor het eerst in hoger beroep hebben aangedragen.⁶⁴ Daarmee miskent de Russische Federatie dat het hof gehouwen was om, binnen de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied, zo nodig ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv).⁶⁵ Niet bestreden is dat de grieven van HVY zich richten tegen de wijze waarop de rechtbank art. 45 lid 1 ECT heeft uitgelegd. Het stond het hof daarom vrij om te onderzoeken hoe deze bepaling moet worden uitgelegd en daarbij nieuwe juridische argumenten in acht te nemen.⁶⁶ Ik wijs erop dat het hof de door HVY naar voren gebrachte uitleg in rov. 4.4.6 van het eindarrest als zuiver juridisch argument heeft gekwalificeerd.⁶⁷ Die kwalificatie is in cassatie niet bestreden. Anders dan het onderdeel aanvoert, mocht het hof dus acht slaan op deze door HVY voor het eerst in hoger beroep aangevoerde rechtsgrond.

3.27 Voorts is niet in te zien dat de leden 4 en 5 van art. 1052 Rv aan deze aanvulling van bevoegdheidsgronden in de weg staan.⁶⁸ Art. 1052 lid 4 Rv bepaalt dat het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen van art. 1064 lid 1 Rv kan worden bestreden. Art. 1052 lid 5 Rv betreft het geval dat het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard, waarna de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Uit art. 1052 lid 5 Rv vloeit voort dat het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, een definitief oordeel is dat niet bij de overheidsrechter kan worden aangevochten.⁶⁹ De Hoge Raad heeft overwogen dat het samenstel van art. 1052 en 1065 Rv ertoe strekt

"te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot ar-

bitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is."⁷⁰

Of in de vernietigingsprocedure nieuwe feitelijke of juridische stellingen mogen worden aangevoerd, zal in ieder concreet geval moeten worden beoordeeld, mede gelet op de eisen van een goede procesorde.⁷¹

3.28 Terzijde wijs ik erop dat in de toelichting bij art. 1065a (nieuw) Rv, voor zover relevant, niet is te lezen dat de rechter een onjuist bevoegdheidsoordeel niet kan corrigeren (in die zin dat het de zaak op die grond naar het scheidsgerecht kan terugwijzen). Het gaat erom dat de rechter de zaak niet zal terugwijzen (*remission*) als hij tot het oordeel komt dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt.⁷² In dat geval heeft terugwijzing immers geen zin.

3.29 Het onderdeel (nr. 28) betoogt nog dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rov. 4.4.6 van het eindarrest, dat HVY haar nieuwe standpunt tijdens de arbitrageprocedure, althans in eerste aanleg naar voren hadden moeten brengen. Uit het voorafgaande volgt dat deze klacht faalt.

3.30 De slotsom luidt dat onderdeel 2.3 in zijn geheel faalt.

Onderdeel 2.4: Limitation Clause

3.31 *Onderdeel 2.4* klaagt dat de uitleg die het hof heeft gegeven aan de *Limitation Clause* van art. 45 lid 1 ECT, rechtens onjuist is. Het onderdeel (onder 2.4.1) vat deze door het hof gehanteerde uitleg samen en formuleert (onder 2.4.2) een aantal klachten.

3.32 In rov. 4.2.1 e.v. van het eindarrest heeft het hof een – in cassatie niet bestreden – vooropstelling gegeven over de wijze van uitleg van verdragen. Ik vat deze kort samen. Art. 31 en 32 WVV geven richtsnoeren voor de uitleg van verdragsbepalingen. Uitleg van een verdrag is steeds gericht op het achterhalen van de intentie van de verdragspartijen. Daarbij is de tekst van de desbetreffende verdragsbepaling leidend (rov. 4.2.2).⁷³ De tekst moet worden beschouwd in zijn context, alsmede in het licht van voorwerp en doel ('object and purpose') van het verdrag. Deze uitleg moet krachtens art. 31 lid 1 WVV te goeder trouw plaatsvinden (rov. 4.2.3). Volgens art. 31 lid 3, onder b, WVV moet, naast de context, ook rekening worden gehouden met ieder later gebruik ('subsequent practice') in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming over de uitleg van het verdrag is ontstaan (rov. 4.2.4). Tot slot kan volgens art. 32 WVV worden gekeken naar de voorbereidende werkzaamheden van het verdrag

64 Procesinleiding, randnummer 27 onder c.

65 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/171.

66 Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders, waarin is overwogen dat ook de partij die zich op vernietiging beroept de daartoe aangevoerde gronden in hoger beroep van een nadere feitelijke of juridische onderbouwing mag voorzien, mits de strekking van art. 1064 lid 5 Rv wordt geëerbiedigd. Zie ook nr. 2.16 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór dit arrest (ECLI:NL:PHR:2009:BG4003).

67 Zie instemmend Peters onder 8 van zijn reeds genoemde noot in JOR 2020/164.

68 Zie procesinleiding, nr. 27 onder a.

69 Zie *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 22; Meijer, a.w., 2011, p. 860; Van den Berg e.a., a.w., p. 99.

70 Zie HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1.

71 Zie rov. 3.4.2 van het in de vorige noot aangehaalde arrest van de Hoge Raad.

72 C.J. Meijer e.a., Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/l.773.

73 Zie IGH *Territorial Dispute (Libya v Chad)*, 3 februari 1994, para. 41, waar het Internationaal Gerechtshof opmerkt: 'Interpretation must be based above all upon the text a the treaty'; zie Oliver Dörr, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Berlin/Heidelberg: Springer 2018, p. 580.

(*'travaux préparatoires'*). Dit is echter een aanvullend hulpmiddel, waaraan slechts wordt toegekomen om de uitleg volgens art. 31 WVV te bevestigen of als de uitleg leidt tot een onduidelijke of onredelijke uitkomst (rov. 4.2.5).

3.33 Het onderdeel (nr. 34) klaagt dat de uitleg van het hof in strijd is met de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT. Volgens het hof moet worden gezien of het recht van een Ondertekenende Partij voorlopige toepassing van (een bepaalde categorie van) bepaalde verdragsbepalingen uitsluit. Volgens de klacht is er niets in de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT dat hierop duidt.

3.34 Uit rov. 4.5.10 blijkt dat het hof deze uitleg heeft gebaseerd op de gewone betekenis van de woorden 'voor zover' ('to the extent') in de tekst van art. 45 lid 1 ECT. Zoals het hof heeft overwogen, hebben HVY in eerste aanleg verdedigd dat op grond van art. 45 lid 1 ECT moet worden getoetst of het beginsel van voorlopige toepassing van een verdrag als zodanig in strijd is met het recht van de Ondertekenende Partij. In rov. 4.5.10 e.v. heeft het hof overwogen dat die uitleg geen recht doet aan de gewone betekenis van de woorden 'voor zover' uit die bepaling. Die woorden geven namelijk aan, aldus het hof, dat gradaties mogelijk zijn in de mate waarin de voorlopige toepassing van de ECT buiten toepassing moet worden gelaten wegens onvereenigbaarheid met het nationale recht. Anders dan de klacht betoogt, ondersteunt de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT de uitleg van het hof. De klacht maakt niet duidelijk waarom de door het hof vastgestelde gewone betekenis van deze bewoordingen onjuist zou zijn, zodat de klacht faalt.

3.35 Ook klaagt het onderdeel (nr. 35) dat de uitleg in strijd is met de context waarin de bewoordingen 'voor zover' worden gebruikt. Het onderdeel wijst erop dat art. 45 lid 2, onder c, ECT dezelfde bewoordingen gebruikt, die in dat verband echter verwijzen naar specifieke delen van de ECT, hetgeen het hof in rov. 4.5.19 ook zou onderschrijven. De uitleg van art. 45 lid 1 ECT zou daarmee niet consistent zijn, aldus de klacht.

3.36 Anders dan de klacht aanvoert, is geen sprake van inconsistentie. Het hof heeft in rov. 4.5.19 het oordeel van de rechtbank onderschreven dat de bewoordingen 'voor zover' van art. 45 lid 1 en art. 45 lid 2, onder c, ECT pleiten tegen de 'alles of niets'-benadering die HVY primair hebben verdedigd. Het hof heeft de beide bepalingen dus consistent uitgelegd. Voor zover de klacht bedoelt aan te voeren dat de woorden 'voor zover' in art. 45 lid 2, onder c, ECT zo zouden moeten worden uitgelegd dat zij verwijzen naar specifieke delen van de ECT, en dat het hof dit zou hebben onderschreven, berust de klacht op een onjuiste lezing van de bestreden overweging.

3.37 Het onderdeel (nr. 36-37) klaagt verder dat het hof de ratio om de reikwijdte van voorlopige toepassing te beperken, heeft miskend. Volgens het onderdeel is de ratio van de voorlopige toepassing gelegen in het bieden van 'een voorziening voor regeringsfunctionarissen die internationale samen-

werking vorm willen geven en tegelijkertijd de interne bekrachtigingsprocedures willen respecteren'. Hiermee past art. 45 ECT binnen het doel van de ECT om internationale samenwerking op grond van de ECT zo snel mogelijk vorm te geven en anderzijds (te zijner tijd) een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag voor die samenwerking te vestigen, waarbij het onderdeel verwijst naar een passage uit de Preambule van de ECT.

3.38 Deze klacht ziet op de wijze waarop het hof art. 45 lid 1 ECT heeft uitgelegd in het licht van voorwerp en doel van de ECT. In rov. 4.5.22 e.v. heeft het hof daarover het volgende overwogen. Het doel van de ECT is om investeringen aan te trekken door een stabiel en veilig investeringsklimaat en door het bevorderen van transparantie, rechtszekerheid en investeringsbescherming. De voorlopige toepassing van de ECT heeft als doel ervoor te zorgen dat de verplichting om de gewenste investeringscondities in het leven te roepen terstond na ondertekening zou ontstaan (rov. 4.5.26). Volgens het hof verdraagt de uitleg die de Russische Federatie heeft verdedigd zich minder goed met dit doel, omdat een investeerder steeds ermee rekening zou moeten houden dat aan de bepalingen van de ECT afbreuk wordt gedaan door nationale wet- en regelgeving (rov. 4.5.26). De primair en subsidiair voorgestelde uitleg van HVY van art. 45 lid 1 ECT kennen dat nadeel van onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid niet, aldus het hof (rov. 4.5.27).

3.39 De klacht bestrijdt deze weergave van voorwerp en doel van de ECT op zichzelf niet, maar betoogt in feite dat ook het doel van voorlopige toepassing van de ECT had moeten worden meegewogen, namelijk om regeringsfunctionarissen in staat te stellen de ECT te ondertekenen en tevens de nationale ratificatieprocedures te respecteren. De door de klacht aangehaalde passage uit de Preambule (4e alinea) van de ECT luidt (in de Nederlandse vertaling) als volgt:

"Eran herinnerend dat alle ondertekenaars van het Slotdocument van de Conferentie van 's-Gravenhage zich ertoe verbonden hebben zich in te zetten voor de doelstellingen en beginselen van het Europees Energiehandvest en hun samenwerking zo snel mogelijk vorm te geven en uit te breiden door te goeder trouw te onderhandelen over een Verdrag inzake een Energiehandvest, met protocollen, en geleid door de wens de in dat Handvest neergelegde verplichtingen op een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag te vestigen."

3.40 Op zichzelf is het juist dat de Preambule van een verdrag relevant is voor het vaststellen van voorwerp en doel van dat verdrag.⁷⁴ Om vast te stellen welk doel in de Preambule tot uitdrukking wordt gebracht, moet de Preambule worden uitgelegd volgens de regels van art. 31 e.v. WVV. Kennelijk gaat de klacht er vanuit dat met de aangehaalde passage van de Preambule wordt uitgedrukt dat het een doel van

⁷⁴ Dörr, a.w., p. 585.

de ECT zou zijn om regeringen de tijd te geven (door ratificatie) een bindende rechtsgrondslag in hun eigen rechtsorde te creëren. Deze opvatting kan niet worden aanvaard. De slotzinsnede van de vierde alinea van de Preamble heeft betrekking op de wens de in de ECT neergelegde verplichtingen 'op een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag te vestigen' (mijn curs., A-G). Die woorden doelen op de ECT zelf en niet op de ratificatie daarvan door de ondertekenende staten. Dat wordt bevestigd door de context waarin deze woorden staan: de ECT vormt immers de bindende rechtsgrondslag voor verplichtingen die reeds in het niet-bindende Europees Energiehandvest waren opgenomen.⁷⁵ Noch uit de Preamble noch uit de bepalingen van de ECT volgt dat een onderdeel van voorwerp en doel van de ECT zou zijn dat regeringsfunctionarissen de tijd wordt gegeven een bindende interne rechtsgrondslag te creëren. Zelfs wanneer de Preamble wel op de wijze moet worden uitgelegd zoals door de klacht wordt verdedigd, geldt nog dat het hof daarmee in rov. 4.5.34 e.v. rekening heeft gehouden. In die rechtsoverwegingen heeft het hof immers ten overvloede, op grond van de *travaux préparatoires*, overwogen dat art. 45 lid 1 ECT als doel heeft te voorkomen dat ondertekenende staten door voorlopige toepassing worden gebonden aan verplichtingen waarvoor volgens hun nationale recht ratificatie noodzakelijk is. Op basis daarvan is het hof tot het oordeel gekomen dat art. 45 lid 1 ECT voorlopige toepassing slechts uitsluit, indien die toepassing voor bepaalde (categorieën van) bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het nationale recht. Aldus heeft het hof ermee rekening gehouden dat de ECT, althans art. 45 lid 1, tot doel heeft Ondertekenende Partijen de ruimte te bieden de ECT voorlopig toe te passen, met uitzondering van die bepalingen die de Ondertekenende Partijen volgens hun nationale recht pas na ratificatie kunnen verbinden. Op het voorgaande stuit de klacht af.

3.41 Het onderdeel (nr. 37) klaagt dat het hof ten onrechte 'transparantie' als één van de doelen van de ECT heeft genoemd. Volgens de klacht zegt art. 45 lid 1 ECT niets over transparantie en zijn stellingen van HVY met die strekking reeds verworpen.⁷⁶

3.42 De klacht miskent dat rov. 4.5.22-4.5.27 geen betrekking hebben op het doel van art. 45 lid 1 ECT, maar op het doel van de ECT als geheel. In rov. 4.5.23 heeft het hof met verwijzingen naar de verdragstekst onderbouwd dat transparantie van de

ECT één van de doelen is. Nu art. 45 lid 1 ECT in het licht van het doel van de ECT moet worden uitgelegd,⁷⁷ valt niet in te zien waarom het onjuist zou zijn dat het hof het doel van transparantie heeft betrokken bij de uitleg van die bepaling.

3.43 Het onderdeel (nr. 38-42) klaagt over het oordeel van het hof dat onvoldoende is gebleken van een (gevestigde) statenpraktijk waaruit een andere uitleg dan de zijne zou volgen (rov. 4.5.28-4.5.33). De klacht wijst op verschillende verklaringen, die door het hof zijn miskend, waaruit een dergelijke statenpraktijk zou volgen.

3.44 Art. 31 lid 3, onder b, WVV bepaalt dat behalve met de context ook rekening dient te worden gehouden met 'ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan' ('any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'). Daarvoor is noodzakelijk dat alle verdragsluitende partijen die praktijk in de toepassing van het desbetreffende verdrag, uitdrukkelijk dan wel impliciet, hebben geaccepteerd.⁷⁸ Verder is de statenpraktijk van belang, wanneer deze zich heeft ontwikkeld na het sluiten van het verdrag ('subsequent practice').

3.45 De klacht wijst op verschillende verklaringen waaruit een statenpraktijk zou volgen die onverenigbaar is met de door het hof voorgestane uitleg van art. 45 lid 1 ECT. Zo wordt gewezen op een verklaring van de Europese Raad, de Europese Commissie en de toenmalige lidstaten uit 1994 (de '1994 EU Joint Statement'), waarin is verklaard dat art. 45 ECT '(...) does not create any commitment beyond what is compatible with the existing order of the Signatories'. Het hof heeft deze verklaring in rov. 4.5.29 besproken en overwogen dat die niet onverenigbaar is met de subsidiaire uitleg van HVY. Het onderdeel klaagt dat deze uitleg van het hof onjuist is en dat art. 45 lid 1 ECT zo moet worden uitgelegd dat de interpretatie van de Russische Federatie de juiste is.

3.46 Anders dan de Russische Federatie betoogt, kan de Joint Statement aldus worden gelezen dat art. 45 lid 1 ECT geen verplichting schept die onverenigbaar is met de interne rechtsorde van Ondertekenende Partijen, in die zin dat voorlopige toepassing van bepalingen van de ECT die met die interne rechtsorde onverenigbaar zijn, is uitgesloten. Zelfs in het geval dat de Joint Statement wel zou moeten worden geïnterpreteerd zoals door de Russische Federatie wordt voorgestaan, geldt dat het slechts gaat om een verklaring van de toenmalige EG-lidstaten. Daaruit blijkt niet dat alle (toenmalige, laat staan huidige) verdragsluitende staten van de ECT deze interpretatie onderschrijven. Ik wijs er nog op dat strikt genomen de Joint Statement is afgelegd vóór de datum van de totstandkoming van de ECT, zodat

⁷⁵ Zie Rafael Leal-Arcas, Introduction, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), *Commentary on the Energy Charter Treaty*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 1 en 9.

⁷⁶ Het oordeel van de rechtbank in rov. 5.28 van haar vonnis, waarnaar de klacht in nr. 37 verwijst, staat overigens in een andere sleutel. De rechtbank heeft op die plaats het standpunt van HVY verworpen dat art. 45 lid 1 ECT transparantie zou eisen in die zin dat het de eis zou stellen dat Ondertekenende Partijen door middel van een voorafgaande verklaring of kennisgeving duidelijk moeten maken welke verdragsbepalingen volgens hun nationale recht niet voorlopig kunnen worden toegepast.

⁷⁷ Aldus art. 31 lid 1 en 2 WVW, en de (terecht onbestreden) weergave en bespreking daarvan door het hof in rov. 4.2.1 e.v.

⁷⁸ Nollkaemper, a.w., nr. 243; Dörr, a.w., p. 598-599.

reeds om die reden niet kan worden gesproken van 'subsequent practice'. De klacht faalt dus.

3.47 Het onderdeel (nr. 41) klaagt nog dat het hof in rov. 4.5.31 en 4.5.32 ten onrechte en/of zonder begrijpelijke motivering heeft overwogen dat — kort gezegd — uitlatingen van Nederlandse ambtenaren, van de Finse regering en van de Minister van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk, verenigbaar zouden zijn met de door het hof gehanteerde uitleg van art. 45 ECT.

3.48 Ook deze klacht snijdt geen hout. De overweging van het hof over de verklaring van de Finse regering is juist in het licht van de reeds genoemde regel dat een statenpraktijk slechts relevant is wanneer die door alle verdragsstaten wordt onderschreven. Hetzelfde geldt voor hetgeen het hof heeft overwogen over opmerkingen van Nederlandse ambtenaren. Anders dan de klacht aanvoert,⁷⁹ heeft het hof niet geoordeeld dat deze verklaringen verenigbaar zouden zijn met de uitleg van art. 45 lid 1 ECT die de Russische Federatie onderschrijft, maar (terecht) geoordeeld dat zij niet duiden op een statenpraktijk als bedoeld in art. 31 lid 3, onder b, WVV. Het hof heeft terecht overwogen dat deze verklaringen (waaronder ook die van de Minister van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk) niet onder de statenpraktijk vallen, maar onder de *travaux préparatoires*, waarmee in die context rekening is gehouden.

3.49 Het onderdeel (nr. 42) voert nog aan dat de uitleg die het hof heeft aanvaard, erop neerkomt dat sommige EG-lidstaten de ECT in zijn geheel voorlopig moeten toepassen. Volgens die uitleg, aldus het onderdeel, zouden vertegenwoordigers van die staten dus hun interne bevoegdheden hebben overschreden.

3.50 Het onderdeel betoogt in feite dat de door het hof aanvaarde uitleg van art. 45 lid 1 ECT in bepaalde verdragsstaten consequenties zou hebben die onverenigbaar zijn met het interne recht van die staten. Dit betoog kan niet worden aanvaard. In rov. 4.5.9-4.5.33 heeft het hof art. 45 lid 1 ECT uitgelegd aan de hand van de maatstaf van art. 31 WVV. Het hof heeft die bepaling, uitgaande van de gewone betekenis van de tekst, beschouwd in haar context en in het licht van voorwerp en doel van de ECT. De vraag of de met toepassing van art. 31 WVV bereikte uitleg onverenigbaar is met de interne rechtsorde van verdragsstaten, maakt geen deel uit van de uitlegregel van art. 31 WVV. Wel is het op grond van art. 32, onder b, WVV mogelijk dat een verdragsbepaling aan de hand van de *travaux préparatoires* wordt uitgelegd in het geval dat de toepassing van art. 31 WVV tot een duidelijk ongerijmd of onredelijk resultaat leidt. Voor zover het onderdeel zo zou moeten worden gelezen dat de uitleg van het hof ongerijmd of onredelijk is, geldt dat het hof zijn uitleg in rov. 4.5.34 e.v. met verwijzingen naar de *travaux préparatoires* heeft onderbouwd.

3.51 Het onderdeel (nr. 43-49) klaagt over rov. 4.5.34-4.5.40, waarin het hof aandacht heeft besteed aan de *travaux préparatoires* bij de ECT.

3.52 In rov. 4.5.35 heeft het hof ten overvloede overwogen dat de *travaux préparatoires* zijn oordeel over de uitleg van art. 45 lid 1 ECT bevestigen. Volgens art. 32 WVV wordt aan de *travaux préparatoires* pas toegekomen, wanneer de uitleg die op grond van art. 31 WVV is bereikt, duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Daarvan is volgens het hof geen sprake. Nu de klachten over de toepassing van art. 31 WVV falen, behoeft de uitleg niet toe te komen aan onderzoek naar de *travaux préparatoires*, zodat het oordeel daarover in rov. 4.5.35 ten overvloede is gegeven. Dat betekent dat de daartegen gerichte klachten belang missen.

3.53 De slotsom is dat alle klachten van onderdeel 2.4 falen.

Onderdeel 2.5: 'not inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT

3.54 *Onderdeel 2.5* ziet op de uitleg van de woorden 'not inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT. Het onderdeel voert aan dat het hof, naast zijn eigen verdragsuitleg, een alternatieve uitleg zou hebben ontwikkeld in rov. 4.5.41-4.5.47 en 4.7 van het eindarrest. Die alternatieve uitleg houdt volgens het onderdeel in dat (anders dan het hof in rov. 4.5.1-4.5.40 heeft overwogen) in het kader van art. 45 lid 1 ECT zou moeten worden getoetst of bepalingen uit de ECT in strijd zijn met de interne rechtsorde van de Ondertekenende Partij, waarbij de ECT reeds als onderdeel van die rechtsorde moet worden gezien. Die uitleg is volgens het onderdeel onjuist, omdat het hof er ten onrechte vanuit is gegaan dat art. 26 ECT van toepassing is in de Russische rechtsorde. Als voorbeeld wordt gewezen op rov. 4.7.49, waarin het hof heeft overwogen dat de vraag of het Scheidsrecht bevoegd is, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 26 ECT en niet aan de hand van het Russische recht. Het hof zou daarmee hebben aangenomen dat arbitrage op art. 26 ECT kan worden gebaseerd en die bepaling dus van toepassing is in de Russische rechtsorde, hetgeen echter nog bewezen moet worden.

3.55 Het hof heeft in rov. 4.5.41 het volgende overwogen:

"De betekenis van de woorden 'not inconsistent' volgt uit de uitleg die het hof geeft aan de Limitation Clause. Het gaat er in die interpretatie om of er nationale wet- of regelgeving is die voorlopige toepassing voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Is dat laatste het geval, dan is voorlopige toepassing van die (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen 'inconsistent' met nationaal recht."

3.56 Het hof heeft in rov. 4.5.42 e.v. ten overvloede aandacht besteed aan het debat dat partijen hebben gevoerd over de vraag hoe '(not) inconsistent' moet worden uitgelegd, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan art. 45 lid 1 ECT heeft gegeven, waarbij moet worden onderzocht of

⁷⁹ Zie nr. 41 van de procesinleiding, voetnoot 92.

een bepaling van de ECT in strijd is met het recht van een Ondertekenende Partij. Het hof is in rov. 4.5.48 tot de conclusie gekomen dat art. 45 lid 1 ECT aldus moet worden uitgelegd dat een ondertekenende staat die niet de verklaring van art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht, in die zin dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Op grond van deze uitleg heeft het hof geoordeeld dat de voorlopige toepassing van art. 26 ECT niet in strijd is met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie (rov. 4.6.1). Uit rov. 4.6.2 blijkt dat het hof ten overvloede in rov. 4.7 heeft onderzocht of in het geval dat wordt uitgegaan van de uitleg die de Russische Federatie aan de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT heeft gegeven, art. 26 ECT in strijd is met het recht van de Russische Federatie.

3.57 Het hof heeft rov. 4.5.42-4.5.47 ten overvloede gegeven, omdat zij slechts zijn opgenomen ten behoeve van de – eveneens ten overvloede opgenomen – rov. 4.7. e.v. Daarmee falen de klachten van onderdeel 2.5 bij gebrek aan belang.

Onderdeel 2.6: art. 26 ECT in strijd met Russisch recht?

3.58 *Onderdeel 2.6* is gericht tegen rov. 4.7, waarin het hof de vraag behandelt of art. 26 ECT in strijd is met het recht van de Russische Federatie.

3.59 Bij de bespreking van onderdeel 2.5 heb ik reeds opgemerkt dat rov. 4.7 ten overvloede is opgenomen, wat blijkt uit rov. 4.6.2. De klachten van het onderdeel missen daarom belang en behoeven geen bespreking. Overigens hebben de klachten mede betrekking op de uitleg en toepassing van het Russische recht en stuiten zij af op het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO, evenals de motiveringsklachten die zich niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof over de inhoud en uitleg van Russisch recht te betrekken.⁸⁰

Onderdeel 2.7: prejudiciële vragen aan HvJEU?

3.60 *Onderdeel 2.7* bevat geen zelfstandige klacht, maar voert aan dat de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJEU moet stellen over de uitleg van art. 45 lid 1 ECT en art. 26 ECT. Volgens het onderdeel had het hof moeten concluderen dat duidelijke en onduidelijke instemming van de Russische Federatie met arbitrage ontbreekt, waarvoor wordt verwezen naar de onderdelen 2.2, 2.4, 2.5 en 2.6. Ook acht het onderdeel het in strijd met het EU-recht, indien een rechterlijke instantie van een lidstaat een interpretatie van een gemengd verdrag

(zoals de ECT) aanvaardt die niet strookt met de gezamenlijke interpretatie van de Commissie, de Raad en de lidstaten. Nu verschillende interpretaties van art. 45 lid 1 ECT mogelijk zijn, is geen sprake van een 'acte clair' of een 'acte éclairé', aldus het onderdeel.

3.61 Een gemengde overeenkomst ('mixed agreement') is een verdrag dat krachtens een gedeelde bevoegdheid (zie art. 4 VWEU) door zowel de EU als de lidstaten is gesloten. Bij de ECT zijn zowel de EU als de afzonderlijke EU-lidstaten partij, omdat de in de ECT geregelde onderwerpen voor een deel behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten.⁸¹ Het is vaste rechtspraak dat een internationale overeenkomst die door de EU is gesloten een handeling van een van de instellingen van de EU vormt in de zin van art. 267, eerste alinea, onder b, VWEU, zodat het HvJEU bevoegd is om uitspraak te doen over de uitleg van een dergelijke overeenkomst. De bepalingen van zo'n overeenkomst maken integrerend deel uit van de rechtsorde van de Unie.⁸²

3.62 De vraag rijst of het HvJEU bevoegd is een gemengde overeenkomst in zijn geheel uit te leggen of dat de bevoegdheid is beperkt tot bepaalde onderwerpen van die overeenkomst, en zo ja, wat dan het afbakeningscriterium is. Uit de rechtspraak van het HvJEU kan worden afgeleid dat een prejudiciële vraag die over een gemengde overeenkomst is gesteld, betrekking moet hebben op een onderwerp waarover de EU in voldoende mate haar bevoegdheden op intern vlak heeft uitgeoefend. In het navolgende licht ik dit nader toe.

3.63 Het HvJEU heeft zich in verschillende uitspraken bevoegd geacht om gemengde overeenkomsten te interpreteren. Niet steeds was echter duidelijk in welke gevallen betrokkenheid van het Hof noodzakelijk is. Daarover heeft het Hof duidelijkheid gegeven in de zaak *Merck Genéricos* door te overwegen dat de prejudiciële bevoegdheid van het Hof ten aanzien van gemengde overeenkomsten alleen de gebieden betreft waarop de EU in voldoende mate haar bevoegdheden op intern vlak heeft uitgeoefend.⁸³

81 Zie ook 'Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty', *PbEG* L 69/115.

82 Zie HvJEG 30 april 1974, zaak C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, *Jur.* 1974, p. 00449 (*Haegeman*), punten 3-6; HvJEG 11 september 2007, zaak C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, *Jur.* 2007, p. I-07001 (*Merck Genéricos*), punt 31; HvJEU 8 maart 2011, zaak C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, *Jur.* 2011, p. I-01255 (*Lesoochranárske Vlk*), punt 30; HvJEU 16 mei 2017, advies 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (*Vrijhandelsovereenkomst EU-Singapore*), punt 29; HvJEU 7 juni 2018, zaak C-83/17, ECLI:EU:C:2018:408 (*KP*), punt 24). Zie ook K. Lenaerts, P. van Nuffel, *Europese Recht*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 492; G. de Baere en J. Meeusen, *Grondbeginselen van het recht van de Europese Unie*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 345 e.v.

83 HvJEG 11 september 2007, zaak C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, *Jur.* 2007, p. I-07001 (*Merck Genéricos*), punt 46. Dit arrest bouwt voort op de eerdere arresten HvJEG 16 juni 1998, zaak C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292, *Jur.* 1998, p. I-03603 (*Hermès*); HvJEG 14 december 2000, gevoegde zaken C-300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688, *Jur.* 2000, p. I-11307 (*Dior en Asso*).

80 Vgl. HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, *RvdW* 2021/2, rov. 3.7.2.

3.64 Het HvJEU heeft in zijn arrest inzake *Lesoochranárske VLK* op deze rechtspraak voortgebouwd.⁸⁴ In deze zaak ging het om de vraag of een bepaling uit het Verdrag van Aarhus⁸⁵ rechtstreekse werking had, waardoor de vraag is gerezen of het Hof wel bevoegd was een prejudiciële beslissing over de desbetreffende bepaling te geven. Het Hof heeft als volgt overwogen:

"30. Het Verdrag van Aarhus is door de Gemeenschap ondertekend en vervolgens bij besluit 2005/370 goedgekeurd. Daarmee vormen de bepalingen van dat verdrag volgens vaste rechtspraak thans een bestanddeel van de rechtsorde van de Unie (zie naar analogie onder meer arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA, C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 36, en 30 mei 2006, Commissie/Ierland, C-459/03, Jurispr. blz. I-4635, punt 82). Bijgevolg is het Hof in het kader van die rechtsorde bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging ervan (zie onder meer arresten van 30 april 1974, Haegeman, 181/73, Jurispr. blz. 449, punten 4-6, en 30 september 1987, Demirel, 12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 7).

31. Daar het Verdrag van Aarhus door de Gemeenschap en al haar lidstaten is gesloten op grond van een gedeelde bevoegdheid, vloeit daaruit voort dat het Hof, wanneer het overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag, inzonderheid artikel 234 EG, wordt geadieerd, *bevoegd is om een scheidslijn aan te brengen tussen de verplichtingen die de Unie op zich neemt en die ten laste van de lidstaten en om de bepalingen van het Verdrag van Aarhus uit te leggen* (zie naar analogie arresten van 14 december 2000, Dior e.a., C-300/98 en C-392/98, Jurispr. blz. I-11307, punt 33, en 11 september 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, C-431/05, Jurispr. blz. I-7001, punt 33).

32. *Bijgevolg moet worden vastgesteld of de Unie op het gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld ter uitvoering van de verplichtingen die daaruit voortvloeien. Mocht dit niet het geval zijn, dan zijn de verplichtingen die uit artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus voortvloeien nog steeds onderworpen aan het nationale recht van de lidstaten.* In dat geval staat het aan de rechterlijke instanties van die staten om naar nationaal recht vast te stellen of particulieren zich rechtstreeks op de voorschriften van deze internationale overeenkomst op dit gebied kunnen beroepen en of deze rechterlijke instanties deze ambtshalve moeten toepassen. Het recht van de Unie verlangt immers niet, maar sluit evenmin uit, dat de

rechtsorde van een lidstaat particulieren het recht toekent om zich rechtstreeks op dit voorschrift te beroepen, of de rechter verplicht deze bepaling ambtshalve toe te passen (zie naar analogie de reeds aangehaalde arresten Dior e.a., punt 48, en *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, punt 34).

33. Indien daarentegen wordt vastgesteld dat de Unie haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld op het gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, is het recht van de Unie van toepassing en staat het aan het Hof, te bepalen of de betrokken bepaling van de internationale overeenkomst rechtstreekse werking heeft.

34. *Bijgevolg moet worden onderzocht of de Unie op het specifieke gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld ter uitvoering van de daaruit voortvloeiende verplichtingen* (zie naar analogie arrest *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, reeds aangehaald, punt 39).

35. Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat de Unie krachtens artikel 175 EG juncto artikel 174, lid 2, EG op milieugebied een uitdrukkelijke externe bevoegdheid heeft (zie arrest *Commissie/Ierland*, reeds aangehaald, punten 94 en 95).

36. Daarnaast heeft het Hof overwogen dat *een specifiek vraagstuk waarover nog geen regelgeving van de Unie bestaat, onder het recht van de Unie valt wanneer dit vraagstuk wordt geregeld in overeenkomsten die door de Unie en haar lidstaten zijn gesloten en het een materie betreft die in ruime mate daaronder valt* (zie naar analogie arrest van 7 oktober 2004, *Commissie/Frankrijk*, C239/03, Jurispr. blz. I9325, punten 2931)." (mijn curs., A-G)

3.65 Uit deze rechtspraak volgt dat, indien de EU bepalingen heeft vastgesteld ter implementatie van een gemengde overeenkomst, het HvJEU bevoegd is om de overeenkomst uit te leggen.⁸⁶ In een dergelijk geval bestaat immers behoefte aan uniforme uitleg van het desbetreffende EU-recht, en aan duidelijkheid over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten. Buiten kijf staat dat het HvJEU bevoegd is zich uit te laten over zijn eigen bevoegdheid.

3.66 Voor de zaak die in cassatie aan de orde is, is van belang in hoeverre EU-wetgeving bestaat die de ECT of specifieke bepalingen daarvan implementeert. Er bestaat weliswaar omvangrijke EU-wetgeving op het energiegebied die met name voorziet in ordening van de interne markt voor gas en elektriciteit, netwerken en andere infrastructuur, energie-efficiëntie en duurzame energie, maar er is geen

⁸⁴ HvJEU 8 maart 2011, zaak C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, *Jur.* 2011, p. I-01255 (*Lesoochranárske VLK*). Zie hierover o.a. De Baere en Meeusen, a.w., p. 347.

⁸⁵ Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, gesloten te Aarhus op 25 juni 1998.

⁸⁶ Zie ook de conclusie van A-G Tanchev van 2 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:512, punten 130 e.v., vóór HvJEU 8 september 2020, zaak C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677 (*Recorded Artists Actors Performers*).

EU-wetgeving die investeringsbescherming beoogt te bieden aan bedrijven in de energiesector, met inbegrip van oliemaatschappijen.⁸⁷ Bij mijn weten is naar aanleiding van de ECT slechts één instrument vastgesteld, namelijk de inmiddels vervallen Verordening (EG) nr. 701/97 van de Raad van 14 april 1997 tot vaststelling van een programma ter bevordering van de internationale samenwerking in de energiesector ('Synergy-programma').⁸⁸ Deze Verordening had als doel de internationale samenwerking van de EG met derde landen op het terrein van energie te stroomlijnen. De Verordening hield geen aanwijzingen in dat daarmee materiële bepalingen uit de ECT voor (thans) de EU werden geïmplementeerd.

3.67 Het HvJEU heeft in zijn arrest van 6 maart 2018 (*Slowakije/Achmea*) geoordeeld dat art. 8 (de arbitragebepaling) van het bilaterale investeringsverdrag tussen Nederland en Slowakije in strijd is met art. 267 en 344 VWEU.⁸⁹ Het Hof heeft daartoe overwogen dat in arbitrale procedures op grond van het BIT ook vragen van uitlegging of toepassing van EU-recht kunnen spelen. Aangezien het EU-recht deel uitmaakt van het in de lidstaten geldende recht, zal een op de voet van art. 8 BIT ingesteld scheidsgerecht EU-recht moeten toepassen. Volgens het Hof is er sprake van strijd met art. 267 en 344 VWEU, wanneer dergelijke scheidsgerichten geen prejudiciële vragen aan het Hof zouden kunnen stellen, omdat zij geen deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van de lidstaten. Het arrest *Slowakije/Achmea* heeft uitsluitend betrekking op investeringsarbitrages waarbij een lidstaat verweerder is. De uitkomst van het arrest is dat lidstaten niet langer op grond van een BIT op voorhand mogen instemmen met arbitrage en daarmee dus afstand doen van de bevoegdheid van de eigen overheidsrechtshouders. Door het arrest *Slowakije/Achmea* is de grondslag voor intra-EU-investeringsarbitrage komen te vervallen.⁹⁰

3.68 Op 15 januari 2019 hebben 22 lidstaten van de EU een verklaring uitgebracht over de betekenis van het *Achmea*-arrest voor arbitrage op grond van de ECT.⁹¹ Daarin hebben zij onder meer uitgesproken dat arbitrage tussen een EU-lidstaat en een investeerder uit een andere EU-lidstaat als gevolg van

dit arrest in strijd is met het EU-recht.⁹² In het kader van de lopende onderhandelingen over de modernisering van de ECT heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor wijziging van art. 26 en 27 ECT. Naar aanleiding daarvan heeft België het HvJEU op de voet van art. 218 lid 11 VWEU om advies gevraagd of arbitrage tussen lidstaten op de voet van art. 26 ECT verenigbaar is met het Unierecht.⁹³ Zowel de verklaring van januari 2019 als de adviesaanvraag van België hebben betrekking op de voorstellen voor een nieuwe, gemoderniseerde ECT. Voor de onderhavige zaak geldt de ECT zoals vastgesteld in december 1994, zodat noch de verklaring van januari 2019 noch de adviesaanvraag van december 2020 thans van belang zijn.

3.69 Vermeldenswaardig is nog dat de Cour d'appel van Parijs in 2017 het voornemen had vragen aan het HvJEU voor te leggen over de interpretatie van (onder meer art. 1 lid 6 van) de ECT in een zaak die verband houdt met de onderhavige arbitrage.⁹⁴ Over de bevoegdheid van het HvJEU heeft de Cour d'appel in zijn uitspraak slechts volstaan met de overweging dat gemengde verdragen deel uitmaken van de Europese rechtsorde.⁹⁵ Deze procedure bij de Cour d'appel is echter ingetrokken.⁹⁶

3.70 Bij verwijzingsbeschikking van 24 september 2019 heeft de Cour d'appel van Parijs in een ander geding (*Republiek Moldavië/Komstroy*) vragen aan het HvJEU gesteld over de uitleg van art. 1 lid 6 en art. 26 lid 1 ECT.⁹⁷ Deze vragen zijn gerezen in het kader van de vraag of een krachtens art. 26 lid 3 ECT opgericht ad-hoc-scheidsgerecht bevoegd is om een financieel geschil te beslechten over de betaling van een vordering in verband met een overeenkomst inzake de verkoop van elektriciteit. De feiten van deze zaak zijn, kort weergegeven, de volgende. In 1999 heeft een Oekraïense elektriciteitsproducent (Ukrenergo) elektriciteit verkocht aan de vennootschap Energoalians, een Oekraïense distributeur van elektriciteit, die de elektriciteit vervolgens heeft doorverkocht aan De-

87 Zie Leigh Hancher, *European Energy Law - From Market to Union?*, in: Pieter Jan Kuijper e.a. (eds.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, p. 1097 e.v.

88 Zie PbEG 1997, nr. L 104/1.

89 HvJEU 6 maart 2018, zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije/Achmea*), NJ 2019/353, m.nt. H.J. Snijders; AA 2018, p. 527, m.nt. P.J. Slot; AA 2018, p. 732, m.nt. A.S. Hartkamp.

90 Zie hierover ook: B.J. Drijber, *Nous d'abord: investeringsarbitrage na 'Achmea'*, NJB 2019/473, p. 588-595.

91 Declaration of the representatives of the governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, te vinden op https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

92 Zie de genoemde verklaring, p. 2.

93 Advies 1/20, ingekomen bij het HvJEU op 2 december 2020. Zie ook het persbericht 'Belgium requests an opinion on the intra-European application of the arbitration provisions of the future modernised Energy Charter Treaty', 3 december 2020, https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_application_arbitration_provisions: 'By submitting this question, Belgium is seeking legal clarification from the Court on the compatibility under Union law of the dispute settlement mechanism provided for in the draft modernised Energy Charter Treaty, in view of the fact that this mechanism could be interpreted as allowing its application intra-European Union, i.e. between an investor who is a national of EU Member States only and an EU Member State'.

94 Cour d'appel Parijs 17 juni 2017, Russische Federatie/Hulley Enterprises Limited, te raadplegen op https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9023_0.pdf.

95 'Considérant que les accords mixtes conclus par l'Union et les Etats membres avec des tiers sont au nombre des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (CJCE 30 sept. 1987, aff. 12/86 Demirel; CJUE 18 juil. 2013, aff. C 414/11 Sanofi-Aventis Deutschland) (...)'

96 Procesinleiding, nr. 91.

97 De zaak is bij het HvJEU geregistreerd onder nr. C-741/19.

rimen, een vennootschap gevestigd op de Britse Maagdeneilanden. Derimen heeft de elektriciteit op haar beurt weer doorverkocht aan Moldtranelectro, een Moldavisch overheidsbedrijf. De te leveren elektriciteitsvolumes werden maandelijks vastgesteld tussen Moldtranelectro en Ukrenergó en levering geschiedde tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens. Energoalians moest voor de geleverde elektriciteit worden betaald door Derimen, die zelf weer een betaling moest ontvangen van Moldtranelectro. De schuld van Moldtranelectro aan Derimen bedroeg op 1 januari 2000 ruim 18 miljoen USD. Moldtranelectro heeft slechts gedeeltelijk aan haar betalingsverplichting jegens Derimen voldaan, zodat nog een schuld resteerde van ruim 16 miljoen USD. Derimen heeft haar vordering op Moldtranelectro overgedragen aan Energoalians, die heeft getracht de vordering op Moldtranelectro te innen en daartoe procedures heeft ingeleid bij de Moldavische rechter en later bij de Oekraïense rechter. Energoalians heeft zich op het standpunt gesteld dat Moldavië bepaalde verplichtingen van de ECT heeft geschonden en heeft daartoe een arbitrageprocedure gestart op de voet van art. 26 lid 3 ECT. De vennootschap Komstroy is de rechtsoopvolger van Energoalians. Het ad-hoc-scheidsgerecht in Parijs heeft geoordeeld dat Moldavië haar verplichtingen uit de ECT niet is nagekomen en haar tot betaling van een bepaald bedrag veroordeeld. Vervolgens heeft Moldavië bij de Franse rechter een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis ingesteld wegens schending van de openbare orde, namelijk de bevoegdheid van het ad-hoc-scheidsgerecht. Uiteindelijk heeft de Cour d'appel⁹⁸ de volgende vragen aan het HvJEU gesteld:

"Moet artikel 1, punt 6, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit en die geen bijdrage van de investeerder in de staat van ontvangst inhoudt, een 'investering' in de zin van dit artikel kan vormen?

Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat de verwerving door een investeerder van een verdragsluitende partij, van een vordering van een marktdeelnemer die niet afkomstig is uit een van de staten die partij zijn bij dat verdrag, een investering vormt?

Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit die aan de grens van de staat van ontvangst wordt geleverd, een investering kan vormen die op het grondgebied van een andere

verdragsluitende partij wordt gedaan, wanneer de investeerder op het grondgebied van die andere verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend?"

3.71 In deze zaak heeft A-G Szpunar op 3 maart 2021 conclusie genomen.⁹⁹ De A-G is in de eerste plaats ingegaan op de bevoegdheid van het HvJEU en heeft opgemerkt dat daarover 'zou kunnen worden gediscussieerd, aangezien het gaat om de uitlegging van een internationaal verdrag in het kader van een geschil dat in elk geval op het eerste gezicht alle kenmerken heeft van een situatie die kan worden aangeduid als "louter extern". A-G Szpunar heeft geconcludeerd dat het HvJEU bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden, omdat de bepalingen van de ECT waarvan uitlegging wordt verzocht, ook van toepassing kunnen zijn in situaties die binnen de rechtsorde van de Unie vallen en de Unie om die reden belang heeft bij uniforme uitlegging van de desbetreffende bepalingen.¹⁰⁰ Overigens geeft A-G Szpunar aan dat hij deze vaststelling 'meteen weer (moet) afzwakken' (punt 46) en geeft hij het Hof in overweging duidelijkheid te scheppen over de gevolgen van het *Achmea*-arrest voor de toepasselijkheid van art. 26 ECT (punt 48). Hij oordeelt dat het geen uitgemaakte zaak is dat art. 26 ECT als gevolg van het *Achmea*-arrest nooit binnen de EU kan worden toegepast, omdat vragen naar de verenigbaarheid van bepalingen van de ECT met het Unierecht zich ook in nationale rechterlijke procedures kunnen voordoen (punt 90). A-G Szpunar komt over de bevoegdheid van het Hof tot de conclusie dat art. 26 ECT niet verenigbaar is met het Unierecht voor zover deze bepaling voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, zodat een dergelijk stelsel voor geschillenbeslechting niet kan worden toegepast binnen de rechtsorde van de Unie (punt 98). De A-G meent dat niet kan worden uitgesloten dat de materiële bepalingen van de ECT, waaronder art. 1 lid 6 ECT (het begrip 'investering'), en art. 26 ECT van toepassing kunnen zijn binnen de rechtsorde van de Unie (punt 99). Het is overigens opvallend dat A-G Szpunar geen aandacht heeft besteed aan de rechtspraak van het HvJEU, waarin is beslist dat het Hof bevoegd is een gemengde overeenkomst uit te leggen, indien de EU bepalingen heeft vastgesteld ter implementatie.

3.72 In het vervolg van zijn conclusie heeft A-G Szpunar zich geconcentreerd op de vraag of een vordering uit een overeenkomst tot levering van elektriciteit kan worden aangemerkt als investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT, nu die bepaling daaraan nadere voorwaarden stelt. De A-G is tot de conclusie gekomen dat daarvan in de zaak *Moldavië/Komstroy* geen sprake is.¹⁰¹ Een overeenkomst tot levering van elektriciteit is een eenvoudige handelstransactie die niet valt onder het begrip 'investering' in de zin van

⁹⁸ Bij arrest van 12 april 2016 heeft de Cour d'appel het arbitrale vonnis vernietigd, welk arrest door de Cour de cassation op 28 maart 2018 is vernietigd. Na vernietiging heeft de Cour de cassation de zaak weer teruggewezen naar de Cour d'appel, die vervolgens bij de genoemde beslissing van 24 september 2019 de prejudiciële vragen aan het HvJEU heeft gesteld.

⁹⁹ ECLI:EU:C:2021:164.

¹⁰⁰ Conclusie A-G Szpunar, punt 37-45.

¹⁰¹ Conclusie A-G Szpunar, punt 101 e.v.

art. 1 lid 6 ECT en niet voortvloeit uit een overeenkomst die verband houdt met een investering.¹⁰²

3.73 Aangenomen dat het HvJEU de conclusie van A-G Szpunar volgt en oordeelt dat het bevoegd is om kennis te nemen van vragen van uitleg van de ECT – en ik herhaal dat het aan het HvJEU is om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen –, dan geldt nog steeds onverkort dat het stellen van prejudiciële vragen ook noodzakelijk moet zijn voor de afdoening van de klachten. Voor de huidige zaak ben ik van mening dat het stellen van prejudiciële vragen voor de afdoening van de klachten van onderdeel 2 niet noodzakelijk is. Ik licht dit als volgt toe. Onderdelen 2.2 en 2.3 hebben betrekking op vragen van Nederlands arbitragerecht en burgerlijk procesrecht. De onderdelen 2.5 en 2.6 zijn gericht tegen overwegingen van het hof in het eindarrest, die ten overvloede zijn gegeven en reeds om die reden falen. Onderdeel 2.4 heeft betrekking op de uitleg van art. 45 lid 1 ECT. Het onderdeel bevat klachten die weliswaar zijn geformuleerd als rechtsklachten maar in feite motiveringsklachten zijn over de wijze waarop het hof met bepaalde argumenten is omgegaan. Zoals ik in deze conclusie heb besproken falen deze klachten, omdat zij uitgaan van een onjuiste interpretatie van het bestreden arrest (zie de bespreking van onderdeel 2.4.2). Ook heb ik aangetoond dat de klachten van het onderdeel die betrekking hebben op het miskennen van de statenpraktijk falen, omdat van een dergelijke statenpraktijk niet is gebleken. Ook zijn klachten (zie nr. 42 e.v. van de procesinleiding) gericht tegen een overweging ten overvloede. Uit dit alles volgt dat voor de uitkomst van het oordeel over onderdeel 2.4 het stellen van prejudiciële vragen niet noodzakelijk is. Ik voeg hieraan nog toe dat in het internationaal recht een bepaling over voorlopige toepassing van een verdrag (zoals art. 45 ECT) een regelmatig voorkomende bepaling is, waarover in het algemeen ook geen EU-wetgeving bestaat. Het onderhavige geschil gaat ook niet over de voorlopige toepassing van de ECT in (een lidstaat van) de EU, maar in de Russische Federatie.

3.74 De slotsom is dat het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU niet noodzakelijk is voor de afdoening van de klachten van de Russische Federatie in cassatie.

3.75 *Onderdeel 2.8* herhaalt het standpunt dat duidelijke en onduidelijke instemming van de Russische Federatie met arbitrage ontbreekt. Het onderdeel bevat geen afzonderlijke klacht en bouwt voort op de voorafgaande onderdelen, zodat afzonderlijke bespreking achterwege kan blijven.

Onderdeel 3: uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (investering en investeerder)

3.76 *Onderdeel 3* is gericht tegen rov. 5.1 van het eindarrest, waarin het hof de begrippen 'investering' en 'investeerder' in de zin van art. 1 leden 6 en 7 ECT heeft uitgelegd. Volgens het onderdeel is deze uitleg

onjuist. Volgens de Russische Federatie zijn HVY niet werkelijk buitenlandse investeerders en gelden hun investeringen niet als buitenlandse investeringen, maar gaat het om zogenoemde 'U-bochtconstructies': investeringen gedaan door investeerders die in feite onder zeggenschap staan van staatsburgers van het gastland, in dit geval de Russische Federatie. Het onderdeel richt een groot aantal klachten tegen de afwijzing door het hof van het standpunt van de Russische Federatie.

Inleidende opmerkingen

3.77 Voorafgaand aan de bespreking van de klachten van dit onderdeel maak ik enkele inleidende opmerkingen. Voor zover relevant, luidt art. 1 leden 6 en 7 ECT in de authentieke Engelse tekst als volgt:

"Article 1 Definitions

As used in this Treaty:

(...)

6. 'Investment' means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- d) Intellectual Property;
- e) Returns;
- f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

(...)

7. 'Investor' means:

- a) with respect to a Contracting Party:
 - (i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;
 - (ii) company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;
- b) with respect to a 'third state', a natural person, company or other organization which fulfils, mutatis mutandis, the conditions specified in subparagraph a) for a Contracting Party;"

In de Nederlandse vertaling:

"Artikel 1 Definities

In dit Verdrag wordt verstaan onder:

(...)

6. 'investering': elke vorm van activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van:

¹⁰² Conclusie A-G Szpunar, punt 110, 118.

- a. lichamelijke en onlichamelijke en roerende en onroerende zaken alsook andere rechten, zoals huur-, hypotheek-, retentie- en pandrechten;
- b. een vennootschap of onderneming, of aandelen of andere vormen van vermogensdeelneming in, en obligaties en andere schuldbewijzen van een vennootschap of onderneming;
- c. aanspraken op geld en aanspraken op prestaties volgens een contract met een economische waarde en in verband met een investering;
- d. intellectuele eigendom;
- e. opbrengsten;
- f. een bij wet of contract of uit hoofde van overeenkomstig de wet verleende licenties en vergunningen verleend recht een economische activiteit in de energiesector te ondernemen.

(...)

7. 'investeerders':

- a. van een Verdragsluitende Partij,
 - i. natuurlijke personen die het staatsburgerschap of de nationaliteit bezitten van of permanent verblijven op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij conform haar toepasselijke wetgeving;
 - ii. vennootschappen of andere organisaties opgericht conform op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij toepasselijke wetgeving;
- b. uit een derde land, natuurlijke personen, vennootschappen of andere organisaties die mutatis mutandis voldoen aan de onder a. aan Verdragsluitende Partijen gestelde voorwaarden;"

3.78 Art. 1 lid 6 ECT bevat strikt genomen geen definitie van het begrip investering, maar bepaalt dat 'every kind of asset' ('elke vorm van activa') als investering kan gelden en geeft een niet uitputtende lijst van vermogensbestanddelen die in ieder geval als investering worden aangemerkt.¹⁰³ De definitie van 'investeerder' in art. 1 lid 7 ECT is gekoppeld aan die van 'investering':¹⁰⁴ een investeerder is een (rechts)persoon die een dergelijke investering bezit of daarover zeggenschap heeft.¹⁰⁵ Wanneer de investeerder een rechtspersoon is, is vereist dat die rechtspersoon volgens het recht van een verdragsluitende staat is opgericht.¹⁰⁶ Deze toets wordt wel

aangeduid als 'the incorporation test' ('de incorporatieleer'), en wordt onderscheiden van andere aanknopingspunten voor de 'nationaliteit' van een rechtspersoon, zoals de plaats waar het bestuur van de rechtspersoon gevestigd is, of de nationaliteit van de aandeelhouders.¹⁰⁷ Art. 1 lid 6 ECT bestempelt aandelen als investering, zodat ook aandeelhouders door de ECT worden beschermd, ook als de vennootschap waarin zij hebben geïnvesteerd zelf niet als investeerder wordt aangemerkt.¹⁰⁸

3.79 Art. 26 ECT bouwt voort op de begrippen investering en investeerder.¹⁰⁹ Dit artikel bepaalt dat arbitrage open staat in 'disputes between a Contracting Party and an Investor in another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former (...)' ('Geschillen tussen een Verdragsluitende Partij en een investeerder van een andere Verdragsluitende Partij over een investering van deze laatste op het grondgebied van eerstgenoemde Partij (...)'). Art. 26 ECT vereist dus in de eerste plaats dat sprake is van een investering, in de tweede plaats dat die is verricht door een investeerder die in een verdragsstaat is gevestigd, en in de derde plaats dat die investering is gedaan op het grondgebied van een andere verdragsstaat dan die waar de investeerder is gevestigd.

3.80 De vraag die onderdeel 3 in de kern aan de orde stelt is of in de ECT nog meer vereisten besloten liggen ten aanzien van investeringen of van het grensoverschrijdende karakter daarvan dan uit art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT blijkt. Zo betoogt het onderdeel (onder 3.2.3) onder meer dat de ECT uitsluitend internationale investeringen beschermt en dus geen 'U-bochtconstructies', en evenmin investeringen gedaan door investeerders die geen wezenlijke band hebben met de staat waar zij gevestigd zijn ('brievenbusvennootschappen'). Verder zou niet alleen getoetst moeten worden waar de investeerder is gevestigd, maar ook door wie zij wordt gecontroleerd ('piercing the corporate veil', onderdeel 3.4). Van een investering zou slechts kunnen worden gesproken indien de investeerder daadwerkelijk een economische bijdrage heeft geleverd in het gastland (onderdeel 3.3).

3.81 De benadering van het hof kan als volgt worden samengevat. Volgens het hof is niet in geschil dat HVY vennootschappen zijn die zijn 'organised in accordance with the law applicable in that Contracting Party'. Daarmee is tekstueel gezien voldaan aan de eisen die art. 1 lid 7 ECT stelt aan een investeerder in de zin van de ECT (rov. 5.1.6). De aandelen in Yukos, die HVY in eigendom hebben, kwalificeren als 'investment' in de zin van de ECT. Onder 'investering' wordt namelijk verstaan 'every

¹⁰³ Zie Dylan Geraets & Leonie Reins, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), *Commentary on the Energy Charter Treaty*, 2018, p. 25-29; Hóber, a.w., p. 73-78; Baltag, a.w., p. 167-183; Roe & Happold, a.w., p. 48-64; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 74-87; Juliet Blanch, Andy Moody & Nicholas Lawn, 'Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty', in: Coop & Ribeiro (eds.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, New York: JurisNet 2008, p. 5; Emmanuel Gaillard, 'Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty', in: Clarisse Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, p. 58-66.

¹⁰⁴ Zie Baltag, a.w., p. 18.

¹⁰⁵ Zie Hóber, a.w., p. 78-84; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 3-4.

¹⁰⁶ Hóber, a.w., p. 116-119; Baltag, a.w., p. 103-107; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Jagusch & Sinclair, p. 89-93; Blanch, Moody & Lawn, t.a.p.; Gaillard, a.w., p. 67-73.

¹⁰⁷ Onder meer Hóber, t.a.p. Zie ook *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/1, alsmede P. Vlas, *Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR*, deel 9, Maklu: Apeldoorn-Antwerpen, 2017, nr. 126, met een overzicht van investeringsverdragen en de daarin opgenomen omschrijving voor rechtspersonen die onder de bescherming van het desbetreffende investeringsverdrag vallen.

¹⁰⁸ Hóber, a.w., p. 129-132.

¹⁰⁹ Zie Hóber, a.w., p. 78-84, 417-420; Roe & Happold, p. 45-67.

kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor', terwijl aandelen ('shares') deel uitmaken van de niet limitatieve opsomming van 'assets' in art. 1 lid 6 ECT. Het hof heeft verder overwogen dat, tekstueel gezien, is voldaan aan de eis van art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en investeerders uit 'another Contracting Party' (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en de Isle of Man) 'relating to an Investment of the latter in the Area of the Former' (rov. 5.1.6). Volgens het hof is er geen aanleiding om deze bepalingen zo uit te leggen, dat nadere eisen zouden moeten worden gesteld aan het internationale karakter van de investeringen. Voorwerp en doel van de ECT leiden niet tot een ander oordeel, aldus het hof (rov. 5.1.7.3).

3.82 Na deze inleidende opmerkingen keer ik terug naar de bespreking van het onderdeel en de daarin opgenomen klachten.

3.83 *Onderdeel 3.1* is een inleiding en bevat geen klachten.

Onderdeel 3.2: 'U-bochtconstructie'

3.84 *Onderdeel 3.2* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.1.5-5.1.8 en betoogt dat de ECT geen binnenlandse investeringen beschermt, ook niet als deze investeringen door schijnvennootschappen (via een 'U-bochtconstructie') hebben plaatsgevonden. Dit onderdeel valt in vier subonderdelen (3.2.1-3.2.4) uiteen.

3.85 *Onderdeel 3.2.1* is een samenvatting van de beoordeling van het hof en bevat geen klacht.

3.86 *Onderdeel 3.2.2* klaagt dat het hof zijn uitleg van de begrippen 'investment' en 'investor' ten onrechte heeft gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van slechts een gedeelte van de desbetreffende tekst van het ECT, namelijk alleen op de definities van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Volgens het onderdeel is een dergelijke uitleg in strijd met art. 31 lid 1 WVV.

3.87 Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft zijn uitleg van de begrippen 'investor' en 'investment' niet gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Het hof heeft in rov. 5.1.6 overwogen dat de tekst van deze bepalingen, in de gewone betekenis daarvan, tot uitgangspunt dient bij de interpretatie. Het hof heeft hiermee overeenkomstig art. 31 lid 1 WVV de juiste maatstaf gehanteerd. In rov. 5.1.7.1-5.1.7.4 heeft het hof vervolgens argumenten van de Russische Federatie behandeld over de context waarin art. 1 leden 6 en 7 ECT moet worden beschouwd, en over voorwerp en doel van de ECT. Daarmee heeft het hof eveneens overeenkomstig art. 31 WVV de juiste maatstaf gehanteerd. Dat het hof de elementen van context, voorwerp en doel van de ECT heeft gehanteerd aan de hand van de argumenten die de Russische Federatie heeft aangedragen, is logisch en wijst er niet op dat het hof deze elementen niet als gelijkwaardig aan de tekstuele uitleg heeft gezien.

3.88 Het onderdeel klaagt ook dat het hof in rov. 5.1.8.11 weinig gewicht heeft toegekend aan de latere statenpraktijk, die inhoudt dat een groot aantal

partijen bij de ECT in latere investeringsverdragen investeringen via de U-bochtconstructie van de werkingsfeer heeft uitgesloten.

3.89 Het oordeel van het hof is juist, omdat (zoals het hof ook heeft overwogen) het hier niet gaat om een statenpraktijk ten aanzien van de uitvoering of de interpretatie van de ECT, maar om keuzes die staten hebben gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen. Daarop heeft art. 31 WVV niet het oog.¹¹⁰ Ook deze klacht faalt dus.

3.90 *Onderdeel 3.2.3* richt een aantal klachten tegen de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' door het hof.

3.91 Het onderdeel (nr. 111-112) betoogt dat het hof door betekenis toe te kennen aan de definitie van het begrip 'investering' in art. 1 lid 6 ECT, de gewone betekenis van dat begrip (en daarmee van het begrip 'investeerder') heeft miskend. Volgens die gewone betekenis is van een investering slechts sprake als een partij gedurende een bepaalde tijd een economische bijdrage levert (in het zakenland, in dit geval de Russische Federatie) en een zeker risico loopt. Daarvan was in dit geval geen sprake, aldus het onderdeel. Het hof heeft dit standpunt verworpen in rov. 5.1.9.1-5.1.9.5. Daartegen is ook onderdeel 3.3 gericht (zie hierna).

3.92 De klacht miskent dat de definitie van een begrip in een verdrag volgens art. 31 lid 4 WVV bijzondere betekenis toekomt bij de uitleg van dat begrip. Dat artikellid bepaalt:

Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat, dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.

Een begrip uit een verdrag kan dus in een bijzondere (dat wil zeggen een andere dan de gewone) betekenis worden verstaan, indien vaststaat dat de verdragspartijen die bijzondere betekenis aan dat begrip hebben willen geven. Het meest voor de hand liggende bewijs van een degelijke bedoeling is het opnemen van een definitie.¹¹¹ Het kan dus voor-

¹¹⁰ Het moet immers gaan om handelen binnen de context van het desbetreffende verdrag. Oliver Dörr, Vienna Convention on the Law of Treaties, a.w., p. 598, schrijft: "Practice of the parties is only relevant under lit b if it occurs 'in the application' of the treaty, which plainly indicates that, just as for the development of international customary law, a subjective link is required under lit b: the parties whose practice is under consideration must regard their conduct to fall within the scope of application of the treaty concerned and in principle to be required under that treaty. They must act the way they do for the purpose of fulfilling their treaty obligations, i.e. their subsequent conduct must be motivated by the treaty obligation". Uit de bronnen die in voetnoot 255 van de procesinleiding worden genoemd blijkt evenmin dat de keuzes die verdragspartijen bij andere, latere verdragen hebben gemaakt meewegen voor de uitleg van een eerder verdrag. Ook deze bronnen zien steeds op de statenpraktijk in de uitvoering van het desbetreffende verdrag. Zie bijvoorbeeld de geciteerde uitspraak in *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Decision on Jurisdiction, para. 158: "such an approach has clearly been rejected by all three NAFTA Parties in their practice subsequent to the adoption of NAFTA".

¹¹¹ Dörr, a.w., p. 614; Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford: OUP 2008, p. 164.

komen dat een verdrag een definitie geeft van een bepaald begrip dat afwijkt van de gewone betekenis daarvan. In dat geval moet van die definitie en niet van de gewone betekenis worden uitgegaan, zo blijkt uit art. 31 lid 4 WVV. Het hof is in deze zaak dan ook terecht uitgegaan van de definitie van het begrip 'investering' in art. 1 lid 6 ECT. De door het onderdeel genoemde jurisprudentie is niet relevant, omdat deze geen betrekking heeft op de ECT, maar op andere investeringsverdragen en op het ICSID-verdrag.¹¹² Voor zover al uit die rechtspraak een gewone betekenis van het begrip 'investering' zou kunnen worden afgeleid, geldt die betekenis niet voor de ECT, nu dat verdrag een eigen definitie van het begrip 'investering' kent. Daarop stuiten de klachten af.

3.93 Het onderdeel (nr. 113-115) klaagt verder dat het hof bij de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' het voorwerp en doel van de ECT heeft miskend. Het onderdeel wijst erop dat het voorwerp en doel van de ECT zijn gelegen in het stimuleren van internationale investeringen. Het hof zou in rov. 5.1.7.3 ten onrechte hebben geoordeeld dat hieruit niet kan worden afgeleid dat de ECT nadere eisen stelt aan het buitenlandse karakter van een investering.

3.94 In rov. 5.1.7.3 heeft het hof overwogen dat het doel van de ECT inderdaad (mede) omvat de bevordering van de internationale samenwerking op het terrein van energie en de bescherming van internationale investeringen. Dit betekent volgens het hof echter niet dat nadere eisen moeten worden gesteld aan het buitenlandse karakter van een investering, welke eisen niet uit de bewoordingen van art. 26 ECT en art. 1 leden 6 en 7 ECT voortvloeien. De bewoordingen van die bepalingen zijn volgens het hof op zichzelf duidelijk genoeg: volgens die bewoordingen valt een investering binnen de reikwijdte van art. 26 ECT indien de rechtspersoon die de investering doet, is opgericht volgens het

recht van de ene verdragsluitende staat¹¹³ en de investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT plaatsvindt in een andere verdragsluitende staat. Met dit oordeel heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Bij de uitleg van een verdragsbepaling moet immers rekening worden gehouden met voorwerp en doel van dat verdrag, maar dat betekent niet dat op basis van voorwerp en doel een uitleg kan worden bereikt die niet door de bewoordingen van de verdragsbepaling wordt ondersteund. Voorwerp en doel dienen als middel om de betekenis van de bewoordingen van een bepaling (die leidend zijn) vast te stellen, maar zijn niet belangrijker dan die bewoordingen; zij kunnen die bewoordingen niet teniet doen.¹¹⁴ Dat betekent dat het hof kon oordelen dat, hoewel het doel van de ECT mede is om internationale investeringen te beschermen, de bewoordingen van de relevante bepalingen geen steun bieden voor de opvatting dat daarom ook extra eisen worden gesteld aan het internationale karakter van de investeringen of aan de nationaliteit van een investeerder. Daarop stuit deze klacht van het onderdeel af.

3.95 Het onderdeel (nr. 114) klaagt dat het hof de context van artikel 1 leden 6 en 7 ECT heeft miskend. Volgens het onderdeel blijkt uit art. 10, 13, 17 en 26 ECT alsmede uit de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT, dat brievenbusvennootschappen zonder wezenlijke activiteiten (in de staat waar zij gevestigd zijn) geen bescherming onder de ECT toekomt in het geval dat deze brievenbusvennootschappen onder zeggenschap staan van buitenlandse investeerders uit een derde staat. Volgens de klacht dienen ook a fortiori investeringen van de eigen onderdanen van een gastland buiten de reikwijdte van de ECT te vallen.

3.96 Ter ondersteuning van het betoog wijst de klacht op art. 10 lid 3 ECT. Art. 10 lid 3 ECT maakt een duidelijk onderscheid tussen de buitenlandse investeerders en de 'eigen investeerders' van een verdragsluitende partij, aldus het onderdeel. Ik citeer art. 10 lid 3 ECT, en voor een goed begrip daarvan ook lid 2 van dat artikel, in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling:

"Article 10 Promotion, protection and treatment of investments

2. Each Contracting Party shall endeavour to accord to Investors of other Contracting Parties, as

112 *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, para. 107 e.v. (BIT Nederland-Turkije); *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, para. 161 e.v. (BIT Nederland-Kazachstan); *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, para. 189 (BIT Montenegro-Nederland); *Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius*, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction, para. 111 e.v. (BIT Frankrijk-Mauritius); *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, para. 173 e.v. (BIT Zwitserland-Oezbekistan); *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, para. 137 e.v. (BIT Duitsland-Oekraïne).

113 In de literatuur is veelvuldig onderschreven dat op grond van art. 1 lid 7 ECT voor het vaststellen van de nationaliteit van een rechtspersoon, en daarmee voor de vraag of deze als investeerder kan worden aangemerkt, uitsluitend deze formele test geldt. Zie Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 4 ('In including within the definition of an investor "companies or other organizations organized in accordance with applicable law", it would appear to be clear that the "nationality" test for companies is a purely formalistic one that looks to the company or other organisation's place of incorporation'); Baltag, a.w., p. 16-17, 106; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Hobér, a.w., p. 116; Geraets & Reins, 'Definitions', in: Leal-Arcas (ed.), a.w., p. 39; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 89 e.v.

114 Gardiner, a.w., p. 190; Dörr, a.w., p. 586-587.

regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph 3.

3. For the purposes of this Article, 'Treatment' means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.

Artikel 10 Bevordering, bescherming en behandeling van investeringen

2. Elke Verdragsluitende Partij streeft ernaar investeerders van andere Verdragsluitende Partijen wat betreft het doen van investeringen op haar grondgebied de in het derde lid omschreven behandeling toe te kennen.

3. In dit artikel wordt onder 'behandeling' verstaan een behandeling toegekend door een Verdragsluitende Partij die niet minder gunstig is dan die welke zij toekent aan haar eigen investeerders of aan de investeerders van een andere Verdragsluitende Partij of een derde staat, al naar gelang welke behandeling het gunstigst is."

Zoals het onderdeel betoogt, maakt dit artikel inderdaad een onderscheid tussen de eigen investeerders van een Verdragsluitende Partij, en investeerders van andere Verdragsluitende Partijen of van derde landen. In die zin beschermt deze bepaling uitsluitend grensoverschrijdende investeringen. Uit deze bepaling blijkt echter niet dat daarom andere eisen zouden moeten worden gesteld aan het internationale karakter van een investering of de nationaliteit van een investeerder dan de eisen die voortvloeien uit art. 1 leden 6 en 7 ECT. Het onderdeel licht dat ook niet nader toe.

3.97 Ook wijst de klacht op art. 13 ECT ter onderbouwing van de stelling dat uitsluitend grensoverschrijdende investeringen door de ECT worden beschermd. Art. 13 ECT beschermt investeringen tegen onteigening, behalve in specifieke gevallen waarin onteigening gerechtvaardigd is. Art. 13 lid 1 ECT bepaalt, evenals art. 10 ECT, dat deze bescherming geldt voor 'Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party'. De bepaling maakt dus duidelijk dat het doel is grensoverschrijdende investeringen te beschermen, maar bevat evenmin aanwijzingen dat daarom aanvullende eisen aan het internationale karakter van een investering of een investeerder zouden moeten worden gesteld.

3.98 De klacht wijst nog op de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT.¹¹⁵ Deze luidt als volgt:

¹¹⁵ Zie <https://www.energychartertreaty.org/provisions/part-i-definitions-and-purpose/article-1-definitions/>. Deze 'Understandings' zijn teksten die tijdens de onderhandelingen over de ECT zijn opgesteld en waarover de onderhandelaars overeenstemming hebben bereikt, maar maken geen deel uit van de tekst van de ECT. Zij kunnen daarom gebruikt worden om de verdragstekst te interpreteren, aldus het Secretariaat van de ECT (Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty - A Reader's Guide, 2002, p. 61-62). In gelijke zin Roe & Hapgood, a.w., p. 20. De Understandings kunnen de tekst van de ECT niet uitbreiden of veranderen, omdat zij geen deel uitmaken van de verdragstekst, aldus Geraets & Reins, a.w., p. 17.

"For greater clarity as to whether an Investment made in the Area of one Contracting Party is controlled, directly or indirectly, by an Investor of any other Contracting Party, control of an Investment means control in fact, determined after an examination of the actual circumstances in each situation. In any such examination, all relevant factors should be considered, including the Investor's

(a) financial interest, including equity interest, in the Investment;

(b) ability to exercise substantial influence over the management and operation of the Investment; and

(c) ability to exercise substantial influence over the selection of members of the board of directors or any other managing body.

Where there is doubt as to whether an Investor controls, directly or indirectly, an Investment, an Investor claiming such control has the burden of proof that such control exists."

Deze *Understanding* bouwt voort op art. 1 lid 6 ECT, dat een investering definieert als 'every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor'. De *Understanding* biedt de toepassing van de ECT dus nadere handvatten om na te gaan wie zeggenschap ('control') heeft over een bepaalde investering. De *Understanding* speelt geen rol wanneer duidelijk is dat een *asset* eigendom is van ('owned by') een investeerder. Zoals het hof in rov. 5.1.7.4 heeft overwogen staat in dit geval vast dat de aandelen Yukos eigendom zijn van HVY. Er was dus geen aanleiding om aan de hand van de *Understanding* verder te onderzoeken wie zeggenschap over de aandelen heeft.

3.99 Art. 17 ECT, waarnaar eveneens in de klacht wordt verwezen, is de zogenoemde *denial of benefits clause*. De bepaling voorziet onder bepaalde omstandigheden in de niet-toepassing van Deel III van de ECT (inzake de bevordering van de bescherming en de behandeling van investeringen). Art. 17 luidt, voor zover relevant, in de authentieke Engelse tekst als volgt:

"Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

1. a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; (...)."

In de Nederlandse vertaling:

Elke Verdragsluitende Partij behoudt zich het recht voor de voordelen van dit Deel te ontzeggen aan:

1. een rechtspersoon, indien staatsburgers of onderdanen van een derde staat eigenaar zijn van of zeggenschap hebben over een dergelijke rechtspersoon en indien die rechtspersoon geen wezenlijke zakelijke activiteiten heeft op het grondgebied van de Verdragsluitende Partij waar hij is opgericht, (...).

Zoals het hof in rov. 5.1.8.4 heeft overwogen, geeft art. 17 ECT verdragsstaten het recht om aan een nauwkeurig omschreven categorie van investeerders de bescherming van een groot deel van de ECT te ontzeggen, te weten aan investeerders die op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat.¹¹⁶ Anders dan de klacht betoogt, bepaalt art. 17 ECT niet dat de bescherming van de ECT aan dergelijke investeerders moet worden ontzegd, maar houdt de bepaling in dat die investeerders in beginsel door de ECT worden beschermd, *tenzij* een verdragsstaat anders beslist.¹¹⁷ Art. 17 ECT bevat dus niet een regel die inhoudt dat investeringen die niet werkelijk, maar slechts formeel gezien internationaal zijn, geen bescherming onder de ECT toekomen.

3.100 Het onderdeel (nr. 115-117) klaagt ook dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de statenpraktijk waarop de Russische Federatie een beroep heeft gedaan 'weinig gewicht' toekomt, omdat die statenpraktijk niet de uitleg en toepassing van de ECT betreft, maar de keuzes die nadien bij het sluiten van nieuwe verdragen zijn gemaakt. De klacht betoogt dat dit oordeel om verschillende redenen onjuist is: (i) het hof is uitgegaan van een onjuiste, slechts grammaticale uitleg van de ECT, (ii) aan het sluiten van verdragen die zijn gesloten ná de ondertekening van de ECT kan wel degelijk betekenis toekomen, en (iii) het hof is voorbijgegaan aan de wens van de verdragsstaten om de ECT te verduidelijken.

3.101 Het hof heeft het beroep van de Russische Federatie op de statenpraktijk afgewezen, omdat de betekenis van art. 1 leden 6 en 7 ECT reeds duidelijk is en U-bochtinvesteringen daarin niet worden uitgesloten. Dit oordeel kan de conclusie van het hof zelfstandig dragen. Volgens de uitlegmaatstaf van het WVV komt de statenpraktijk pas aan de orde in het geval dat de verdragstekst en de context tot een onduidelijke uitkomst leiden. Daarvan is in dit geval geen sprake, zodat het hof niet aan de statenpraktijk behoefde toe te komen. Ik merk op dat de bronnen die het onderdeel (nr. 116) ter adstructie van de statenpraktijk noemt, geen voorbeelden daarvan zijn, omdat het gaat om arbitrale rechtspraak, een onderzoeksrapport en een motie van de Tweede Kamer over het uitsluiten van brievenbusvennootschappen van handelsakkoorden.¹¹⁸ Uit deze stukken blijkt niet dat de verdragsstaten de ECT structureel zodanig uitleggen dat U-bochtconstructies niet worden beschermd. Voor het overige bouwt de klacht voort op eerdere klachten. De klacht faalt derhalve.

3.102 Het onderdeel (nr. 117-120) doet ook een beroep op recente voorstellen van het ECT-secretariaat en van de Europese Commissie om art. 1 leden 6

en 7 ECT te verduidelijken. Deze voorstellen zijn relevant voor de interpretatie van die bepalingen, aldus het onderdeel, omdat het gaat om een verduidelijking daarvan en niet om een wijziging. Het onderdeel herhaalt dat brievenbusvennootschappen zonder wezenlijke activiteiten in het land waar zij gevestigd zijn niet onder de definitie van 'investering' vallen.

3.103 Zoals reeds opgemerkt, kan een statenpraktijk alleen meewegen bij de interpretatie van een verdrag als het gaat om een praktijk die in het kader van het desbetreffende verdrag is ontwikkeld.¹¹⁹ De voorstellen waarop het onderdeel een beroep doet, zien op een mogelijk nieuw verdrag, en zijn daarom in beginsel niet relevant.¹²⁰ Verder vereist art. 31 WVV dat een statenpraktijk door alle verdragsstaten in elk geval impliciet is aanvaard. Ook daarvan is hier geen sprake, nu het gaat om voorstellen van de Europese Commissie en de Europese Raad, die slechts een deel van de partijen bij de ECT vertegenwoordigen. Tegen die achtergrond kunnen de opmerkingen in de door het onderdeel genoemde documenten niet worden beschouwd als een aanwijzing dat de begrippen 'investering' en 'investeerder' op dit moment reeds op die (voorgestelde) wijze worden uitgelegd, zodat het slechts zou gaan om een codificatie van die uitleg.¹²¹ Uit de documenten blijkt eerder dat de Europese Commissie en de Europese Raad van mening zijn dat de huidige ECT niet langer voldoet en modernisering verdient om aan te sluiten bij veranderde uitgangspunten van investeringsbescherming. Zo stelt de Europese Commissie in zijn Aanbeveling:

"Since the 1990s (most of) the ECT provisions have not been revised. This became particularly problematic in the context of the ECT provisions on the protection of investment, which do not correspond to modern standards as reflected in the EU's reformed approach on investment protection. Those outdated provisions are no longer sustainable or adequate for the current challenges; yet it is today the most litigated investment agreement in the world."¹²²

In de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad valt onder meer het volgende te lezen:

"The negotiations should bring the ECT provisions on investment protection in line with the modern standards of recently concluded agreements by the EU and its Member States and adjust the ECT to new political and economic global changes (including in the energy sector).

The Investment Protection standards under the Modernised ECT should continue to aim at a

119 Dörr, a.w., p. 598.

120 Dörr, a.w., p. 598-599.

121 Het gaat dan met name om de opmerking aan het slot van het hierna geciteerde gedeelte van de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad.

122 Recommendation for a Council Decision authorising the entering into negotiations on the modernisation of the Energy Charter Treaty, COM(2019) 231 final, te raadplegen op http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157884.pdf.

116 Zie over deze definitie: Hobér, a.w., p. 325-345; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 17-20; Baltag, a.w., p. 147-149; Apurva Mudliar, in: Leal-Arcas, a.w., p. 249 e.v.

117 Baltag, a.w., p. 153 e.v.

118 Zie voetnoten 270, 271 en 272 van de procesinleiding (p. 63-64).

high level of investment protection, with provisions affording legal certainty for investors and investments of Parties in each other's market. The modernised ECT should provide clear definitions of covered investments and investors. The definition of investor should explicitly exclude investors and businesses that are lacking substantive business activities in their country of origin, in order to clarify that mailbox companies cannot bring disputes under the ECT.¹²³

In een Werkdocument van 20 april 2020 is het volgende voorstel voor aanpassing van art. 1 lid 7 ECT opgenomen:

"(7) 'Investor' means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law [Footnote 1];

(ii) a company or other organisation organised in accordance with the law applicable in that Contracting Party and engaged in substantive business activities [Footnote 2] in the territory of that Contracting Party;

[Footnote 1: (...)]

[Footnote 2: In line with its notification of the Treaty establishing the European Community to the WTO (WT/REG39/1), the European Union understands that the concept of 'effective and continuous link' with the economy of a Member State of the European Union enshrined in Article 54 of the TFEU is equivalent to the concept of 'substantive business activities'.¹²⁴

3.104 Deze documenten wijzen niet op een gevestigde statenpraktijk die inhoudt dat aanvullende eisen worden gesteld aan 'investeerdere' en 'investeringen' in de zin van de ECT. Zij wijzen eerder in de richting dat dergelijke eisen op dit moment nog niet gelden, maar volgens de EU-lidstaten in de toekomst wel gesteld zouden moeten worden.

3.105 Het onderdeel (nr. 121) klaagt dat het hof duidelijke regels en fundamentele beginselen van internationaal recht heeft miskend. Volgens het onderdeel gaat het om een beginsel van investeringsrecht, dat inhoudt dat internationale investeringsverdragen bedoeld zijn om (i) internationale investeringen te beschermen en (ii) daadwerkelijke investeerders bescherming te bieden en niet aan diegenen die slechts 'op papier' investeerder zijn. Daarvan is sprake als de werkelijke, economische investeerder onderdaan van een gastland is, zodat in wezen sprake is van een binnenlandse investering. De Russische Federatie heeft het bestaan van dit beginsel onderbouwd met verwijzingen naar arbitrale

rechtspraak. In rov. 5.1.8.6-5.1.8.10 heeft het hof de arbitrale vonnissen waarop de Russische Federatie zich heeft beroepen, besproken en geoordeeld dat daaruit geen beginsel van investeringsrecht is af te leiden, zoals door het onderdeel (nr. 122) wordt verdedigd.

3.106 Het is juist dat beginselen van internationaal recht op grond van art. 31 lid 3, onder c, WVV een rol kunnen spelen bij verdragsinterpretatie. Doel van deze bepaling is om het verdrag te kunnen interpreteren tegen de achtergrond van het systeem van internationaal recht waarvan het deel uitmaakt.¹²⁵ Het kan daarbij gaan om regels uit andere verdragen of van internationaal gewoonterecht.¹²⁶ Uiteraard moet de regel relevant zijn voor de interpretatie van het desbetreffende verdrag. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de in aanmerking te nemen regel afkomstig is uit een verdrag waarbij alle staten partij zijn die ook partij zijn bij het te interpreteren verdrag of als die regel als internationaal gewoonterecht is aan te merken.¹²⁷ Ook kunnen algemene rechtsbeginselen ('general principles of law recognized by civilized nations') als bedoeld in art. 38 lid 1, onder c, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof van belang zijn. Te denken valt aan het beginsel van goede trouw (*good faith*).¹²⁸ De gebruikte bewoordingen kunnen een betekenis hebben die in het internationaal gewoonterecht of volgens algemene rechtsbeginselen is aanvaard.¹²⁹

3.107 Het standpunt dat het hof het internationaal recht heeft miskend, heeft de Russische Federatie onderbouwd door zich te beroepen op een beginsel van internationaal investeringsrecht, waarvan het bestaan zou blijken uit de eerder genoemde arbitrale rechtspraak. Dit beginsel zou inhouden dat slechts werkelijk internationale investeringen bescherming verdienen, zodat onvoldoende is dat de investeerder formeel in een ander land is gevestigd dan het land waar de investering is gedaan (het gastland), maar moet worden vastgesteld of de 'werkelijke, economische investeerder' onderdaan van dat gastland is (in dat geval is sprake van een U-bochtinvestering). Hieruit vloeit voort dat dit be-

¹²⁵ Dörr, a.w., p. 603-604.

¹²⁶ Dörr, a.w., p. 605-609; Gardiner, a.w., p. 266-267.

¹²⁷ Zie International Law Commission (ILC), Yearbook of the International Law Commission, Vol. II: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-eighth session (Document A/61/10), 2006, p. 180 (onder nr. 21): 'Article 31, paragraph (3)(c) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term'.

¹²⁸ Dörr, a.w., p. 609.

¹²⁹ ILC, a.w., pr. 180 (onder nr. 20): 'Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31, paragraph 3 (c), especially where (...) the terms used in the treaty have a recognized meaning under customary international law or under general principles of law (...)'.

¹²³ Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty, doc. 10745/19, p.3, zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>.

¹²⁴ Working Document van de Europese Raad met als onderwerp 'ECT Modernisation: Revised Draft EU proposal' (WK 3937/2020 UNIT), zie <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>.

ginsel (voor zover dat bestaat) slechts relevant kan zijn als het gaat om een beginsel van internationaal gewoonterecht of om een regel van verdragsrecht die relevant is voor de interpretatie van de ECT. Naar mijn mening is van geen van beide sprake. In het navolgende werk ik dit uit.

3.108 Zoals het hof heeft overwogen, is een deel van de arbitrale rechtspraak gewezen op grond van het ICSID-verdrag. Zoals ik in mijn inleiding (nr. 1.10) heb geschreven, kent het ICSID-verdrag een eigen toepassingsbereik. Het ICSID-verdrag heeft uitdrukkelijk betrekking op internationale investeringen, waarbij het aan de ICSID-tribunalen is overgelaten dit begrip nader in te vullen. In de praktijk stellen ICSID-tribunalen soms strengere eisen dan de onderliggende investeringsverdragen zelf, in het bijzonder waar het gaat om het begrip 'investering' (zie de bespreking van onderdeel 3.3).¹³⁰ Ook kunnen deze eisen strenger zijn dan die van andere (commerciële) arbitragetribunalen, die hun rechtsmacht niet baseren op het ICSID-verdrag.¹³¹ Dit alles betekent dat voor zover ICSID-tribunalen in bepaalde gevallen strengere eisen hebben gesteld aan het internationale karakter van een investering dan de ECT, dit niet meebrengt dat de ECT daarom ook strenger zou moeten worden uitgelegd. Die strengere eisen komen immers voort uit het ICSID-verdrag en/of uit het onderliggende bilaterale investeringsverdrag. Uit het feit dat al deze verdragen verschillende eisen stellen aan het internationale karakter van een investering,¹³² vloeit ook voort dat niet van een regel van internationaal gewoonterecht kan worden gesproken.¹³³ Evenmin is daarom duidelijk dat de ECT overeenkomstig de regels uit het ICSID-verdrag of uit andere investeringsverdragen zou moeten worden geïnterpreteerd. Integendeel, de verschillende verdragen kennen hun eigen definities, wat in de praktijk ook aanleiding kan geven tot verschillende uitkomsten. Overigens oordeelde het ICSID-tribunaal in het op grond van de ECT gewezen vonnis inzake *Plama/Bulgarije* in lijn met art. 1 lid 7 ECT (zie nr. 3.110, hierna).

3.109 Voor zover dus al uit de verschillende arbitrale uitspraken strengere eisen ten aanzien van het internationale karakter van een investering kunnen worden afgeleid (het hof heeft dat argument steeds verworpen), geldt dat die eisen niet relevant zijn voor de ECT, omdat de desbetreffende recht-

spraak op andere verdragen betrekking heeft. Dat is met de meeste door het onderdeel genoemde uitspraken het geval. Zo ziet de uitspraak inzake *Loewen/United States of America* op het NAFTA-verdrag¹³⁴ en de zaken *Phoenix/Tsjechië*,¹³⁵ *Occidental/Ecuador*,¹³⁶ *TSA Spectrum de Argentina S.A./Argentinië*¹³⁷ en *ST-AD GmbH/Bulgarije*¹³⁸ op het ICSID-verdrag en verschillende bilaterale investeringsverdragen. De zaak *Lemire/Oekraïne* heeft betrekking op het BIT tussen de Verenigde Staten en Oekraïne.¹³⁹ Deze arbitrale beslissingen zijn niet van belang voor de uitleg van de ECT.

3.110 Overigens heeft het hof in rov. 5.1.8.10 acht geslagen op (door HVY aangedragen) arbitrale rechtspraak die wél is gewezen op grond van de ECT. In de zaak *Plama/Bulgarije* heeft het ICSID-tribunaal geoordeeld dat het overeenkomstig de definitie van art. 1 lid 7 ECT irrelevant is wie de eigenaar van de investerende vennootschap is en/of door wie deze wordt gecontroleerd. Volgens het tribunaal was uitsluitend relevant dat de investerende vennootschap (Plama Consortium) was opgericht overeenkomstig het recht van Cyprus.¹⁴⁰ Volgens het hof zijn daarmee de arbitrale vonnissen inzake *Charanne/Spanje*¹⁴¹ en *Isolux/Spanje*¹⁴² in lijn (zie rov. 5.1.8.8 en 5.1.8.10). Het vonnis in de zaak *Alapli/Turkije* wijst er volgens het hof weliswaar op dat U-bochtconstructies geen bescherming verdienen, maar geeft gezien de verdeeldheid van de arbiters op dit punt geen blijk van een algemeen geaccepteerd beginsel van die strekking.¹⁴³ Deze lezing van de verschillende arbitrale vonnissen wordt door het middel niet bestreden.

134 *The Loewen Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 26 juni 2003, para. 223 e.v.

135 *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, reeds aangehaald, met name para. 135 e.v.

136 *Occidental Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador* (Decision on Annulment), ICSID Case No. ARB/06/11, 2 november 2015, para. 259 e.v.

137 *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, 19 december 2008; *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, 3 april 2014, para 136. Zie ook rov. 5.1.8.9 van het eindarrest, onbestreden in cassatie.

138 *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria* (Award on Jurisdiction), UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 juli 2013, para. 408 e.v.

139 *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, 28 maart 2011, para. 55 e.v.

140 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/03/24, 8 februari 2005, para. 128, waar het tribunaal overwoog: "(...) it remains the case that the Claimant [Plama Consortium, A-G] was an 'Investor' under Article 1(7) ECT; it is here irrelevant who owns or controls the Claimant at any material time. The definition of 'Investment' under Article 1(6) refers to the Investor's investment, in other words it is again here irrelevant who owns or controls the Claimant at any material time; (...)" Zie ook Turinov, a.w., p. 16.

141 *Charanne B. V. v. The Kingdom of Spain* (Final Award), Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Arbitration No. 062/2012, 21 januari 2016.

142 *SCC Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, Arbitration Case No. V2013/153, 12 juli 2016.

143 *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, 16 juli 2012.

130 Deze benadering is als volgt onder woorden gebracht in *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 april 2009, para. 96: 'At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition. (...)'

131 Turinov, a.w., p. 6.

132 Zie voor een overzicht van de eisen: Turinov, a.w., p. 12-13; Jägersch & Sinclair, a.w., 2006, p. 90-93.

133 Zie Nollkaemper, a.w., p. 127-134.

3.111 Uit het voorgaande volgt dat de klacht faalt dat het hof het internationaal recht heeft miskend. Ik merk ten overvloede nog op dat ook in de door mij geraadpleegde literatuur over de ECT geen steun valt te vinden voor de opvatting van de Russische Federatie dat extra eisen aan het internationale karakter van de investeringen moeten worden gesteld.¹⁴⁴ Ook het ICSID-tribunaal heeft in de reeds genoemde uitspraak *Plama/Bulgarije* geoordeeld dat dergelijke nadere eisen niet worden gesteld. In de literatuur is erop gewezen dat de consequentie van die uitspraak weliswaar is dat brievenbusvennootschappen aanspraak kunnen maken op bescherming onder de ECT, maar dat hiertegenover staat dat verdragsstaten die bescherming op grond van art. 17 ECT (de *denial of benefits clause*) kunnen beperken tot investeerders die een substantiële band hebben met het land waar zij gevestigd zijn en zo brievenbusvennootschappen van die bescherming kunnen uitsluiten.¹⁴⁵ Zolang verdragsstaten van die mogelijkheid geen gebruik hebben gemaakt, vallen ook brievenbusvennootschappen onder de reikwijdte van de ECT.¹⁴⁶

3.112 *Onderdeel 3.2.4* klaagt over rov. 5.1.8.8, waarin het hof heeft overwogen dat onvoldoende is toegelicht waarom Khodorkovsky c.s. zijn te beschouwen als 'beneficial owners' van de Yukosaandelen en waarom HVY de aandelen slechts houden ten behoeve van Khodorkovsky c.s. Het onderdeel betoogt dat dit oordeel gelet op art. 149 en 154 Rv onjuist is, althans onbegrijpelijk, omdat partijen het hierover eens zouden zijn.

3.113 De klacht faalt bij gebrek aan belang. De bestreden rechtsoverweging ziet immers niet uitsluitend op de vraag of Khodorkovsky c.s. de 'beneficial owners' zijn van de Yukosaandelen en van HVY, maar heeft primair betrekking op de vraag of dit relevant is voor de toepassing van de ECT. Het hof heeft

in deze overweging de stelling van de Russische Federatie verworpen dat de ECT een onderscheid maakt tussen de formele en de materiële eigenaar, in die zin dat alleen de laatste procesbevoegdheid heeft (zie rov. 5.1.8.7). Het hof heeft geconcludeerd dat een dergelijke regel niet bestaat, en die conclusie onderbouwd met een verwijzing naar de zaak *Charanne/ Spanje*. Het onderdeel bestrijdt die conclusie overigens niet.

3.114 Ik kom tot de slotsom dat alle klachten van onderdeel 3.2 falen.

Onderdeel 3.3: daadwerkelijke economische bijdrage aan economie gastland

3.115 *Onderdeel 3.3* is gericht tegen rov. 5.1.9.1-5.1.9.5 en klaagt dat het hof ten onrechte het standpunt van de Russische Federatie heeft verworpen dat de aandelen van HVY in Yukos niet als 'investering' onder de ECT kunnen worden aangemerkt, omdat HVY geen daadwerkelijke economische bijdrage hebben geleverd aan de Russische Federatie. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de Russische Federatie het bestaan van een dergelijk internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht niet heeft aangetoond (nr. 126) en dat het hof ten onrechte is uitgegaan van een louter grammaticale uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' uit de ECT (nr. 127). Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte overwogen dat het vereiste van de economische bijdrage slechts geldt voor een investering als bedoeld in het ICSID-verdrag en niet voor de ECT (nr. 129).

3.116 Voor zover de klachten voortbouwen op eerdere onderdelen, delen zij het lot daarvan. Wat de klacht in nr. 129 betreft, herhaal ik dat het ICSID-verdrag een eigen toepassingsbereik kent, hetgeen ertoe heeft geleid dat het ICSID-tribunaal in de uitspraak inzake *Salini Costruttori Spa/Marokko*¹⁴⁷ criteria heeft geformuleerd om vast te stellen of sprake is van een investering. Deze *Salini*-criteria zijn strenger dan die van de ECT.¹⁴⁸ Een van die criteria is dat met de investering een bijdrage wordt geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland (zie rov. 5.1.9.2 e.v. van het eindarrest). Gelet op het bestaan van de verschillen tussen de *Salini*-criteria en de criteria van de ECT, dienen investeerders die menen dat hun rechten onder de ECT zijn geschonden, zorgvuldig af te wegen of zij hun claim aan het ICSID willen voorleggen, omdat het risico bestaat dat het

¹⁴⁴ Geraadpleegd zijn, naast de in de volgende voetnoten genoemde bijdragen: Turinov, a.w., p. 12-13; Hóber, a.w., p. 116; Baltag, a.w., p. 141-146; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 93; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 3-4; Engela C. Schlemmer, 'Investment, Investor, Nationality, and Shareholders', in: Peter T. Muchlinski e.a. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: OUP 2015, p. 77-78.

¹⁴⁵ Zie Wälde, a.w., p. 274, die stelt dat 'incorporating just for the sake of Treaty protection' niet voldoet, waarbij verwezen wordt naar art. 17 ECT.

¹⁴⁶ Anthony C. Sinclair, 'The substance of nationality requirements in investment treaty arbitration', ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 2005, p. 378 e.v. (in gelijke zin dezelfde auteur in "Investment Protection for 'Mailbox Companies' under the 1994 Energy Charter Treaty", *Transnational Dispute Management* 2005). In *Plama/Bulgarije* (reeds aangehaald, para. 147 e.v.) oordeelde het ICSID-tribunaal dat verdragsstaten investeerders van tevoren zullen moeten informeren van een besluit op grond van art. 17 ECT, en dat staten hierop niet pas tijdens een arbitrale procedure beroep kunnen doen om zo de niet-ontvankelijkheid van de claim van de investeerder te bewerkstelligen. Zie ook Sinclair, a.w., ICSID Review 2005, p. 387: "The decision in *Plama* on the right-to-deny-benefits provision has practical consequences. It follows that ECT Article 17 can offer a good defence for host States to claims brought by 'mailbox' companies, but a State must exercise its right prior to the time the investment is made".

¹⁴⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juli 2001, *International Legal Materials* 2003, p. 609-624.

¹⁴⁸ Zie hierover Baltag, a.w., p. 211-219; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 75 e.v.; Turinov, a.w., p.5 e.v.; Roe & Happold, a.w., p. 57-63; Hóber, a.w., p. 69-73.

ICSID rechtsmacht afwijst.¹⁴⁹ Het is dus duidelijk en in de praktijk geaccepteerd, dat het ICSID-verdrag anders wordt uitgelegd dan de ECT. Er zijn in de tekst van de ECT ook geen aanwijzingen dat de definitie van 'investeerder' (of van andere begrippen) uit de ECT conform die van het ICSID-verdrag zou moeten worden uitgelegd.

3.117 Zoals ik reeds heb opgemerkt, biedt de ECT geen echte definitie van het begrip 'investering', maar in plaats daarvan een niet uitputtende lijst van vermogensbestanddelen die als zodanig worden aangemerkt. Dit roept de vraag op hoe moet worden beoordeeld of vermogensbestanddelen die niet op de lijst van art. 1 lid 6 ECT staan, als investering moeten worden aangemerkt. In dit verband is in de literatuur opgemerkt dat opvattingen van het begrip 'investering' die buiten de ECT zijn ontwikkeld, zoals in het kader van het ICSID-verdrag, van dienst zouden kunnen zijn.¹⁵⁰ Ook zijn er enkele uitspraken in ECT-zaken waarin voor de definitie van 'investeerder' werd aangesloten bij de *Salini*-rechtspraak onder het ICSID-verdrag.¹⁵¹ Zo oordeelde de meerderheid van de arbiters in de zaak *Alapli/Turkije*, dat de ECT 'a meaningful contribution' door de investeerder in de gaststaat vereist. Daarvan was volgens hen geen sprake, omdat de eiser geen eigen geld had geïnvesteerd, maar slechts als 'doorgeefluik' had gefungeerd.¹⁵² Door een van de andere arbiters werd deze opvatting in een *dissenting opinion* bestreden op de grond dat een dergelijk criterium in de ECT niet te vinden is.¹⁵³ In andere rechtspraak werd uitdrukkelijk geoordeeld dat de *Salini*-criteria geen rol kunnen spelen in het kader van de ECT. In *Anatolie Stati e.a./Kazachstan* overwoog het tribunaal dat de ECT een 'extremely broad definition' van het begrip 'investering' kent en dat wanneer een vermogensbestanddeel door art. 1 lid 6 ECT wordt bestreken, geen betekenis meer toekomt aan criteria die in het kader van een ander verdrag zijn ontwikkeld:

"806. (...) Guidelines and tests of criteria developed in this jurisprudence on the ICSID Convention and similar treaties, therefore, cannot be used as long as any right or activity is clearly covered by the wording of the above definition in ECT cases. Therefore, the so-called *Salini* test, controversial and much discussed both by the Parties in this case and otherwise in ICSID and si-

milar arbitrations, even if applied as a flexible guideline rather than as a strict jurisdictional requirement, cannot be used for the definition of investment under the ECT or, likewise, in the present case. The Tribunal, thus, sees no need to examine the various criteria discussed for the *Salini* test."¹⁵⁴

3.118 De conclusie luidt dat de ICSID-rechtspraak, in het bijzonder inzake *Salini*, niet duidt op het bestaan van een beginsel van internationaal investeringsrecht dat ook bij interpretatie van de ECT in acht zou moeten worden genomen. Daarvoor loopt de arbitrale rechtspraak teveel uiteen. Bovendien zijn er slechts enkele uitspraken (waarvan één niet-unanieme) waarin dit standpunt is ingenomen, zodat daaraan geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend. Ik verwijs verder naar hetgeen ik onder 1.8 van deze conclusie heb opgemerkt over de betekenis van arbitrale rechtspraak in het kader van de uitleg van verdragen.

3.119 Ik kom tot de slotsom dat de klachten van onderdeel 3.3 falen.

Onderdeel 3.4: piercing the corporate veil

3.120 *Onderdeel 3.4* is gericht tegen rov. 5.1.8-5.1.11 en klaagt dat het hof en het Scheidsgerecht 'door de louter formele vennootschappelijke structuur' van HVY heen hadden moeten kijken, omdat deze vennootschappen slechts zijn opgericht om illegale handelingen, waaronder belastingontduiking, te kunnen plegen en te verhullen. Het is een beginsel van internationaal recht dat waar vennootschappen op dergelijke wijze zijn misbruikt, door de vennootschappelijke structuur heen moet worden gekeken (*piercing/lifting the corporate veil*). In dit geval heeft dit tot consequentie dat HVY niet als investeerder in de zin van de ECT kunnen gelden, omdat zij niet kunnen worden beschouwd als te zijn opgericht conform het recht van Cyprus respectievelijk het Isle of Man, zoals art. 1 lid 7 ECT vereist, aldus het onderdeel.

3.121 Het hof heeft dit betoog van de Russische Federatie verworpen op een drietal gronden. Ten eerste is volgens het hof van een dergelijk beginsel niet gebleken (rov. 5.1.10.1-5.1.10.2). Ten tweede zijn er geen aanwijzingen dat art. 1 lid 7 ECT een grondslag biedt voor toepassing van dit leerstuk in de door de Russische Federatie bepleite zin. Ten derde ziet het leerstuk van *piercing the corporate veil* op

149 Baltag, a.w., p. 219: 'A diligent Investor will have to take into consideration all relevant criteria, including the chances for an ECT dispute to be dismissed by an ICSID tribunal because of failure to fulfil the investment requirement under Article 25(1) of the ICSID Convention'; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 87; Turinov, a.w., p. 19-22; Roe & Happold, a.w., p. 49. De laatste wijzen erop dat het algemeen aanvaard is dat de *Salini*-criteria 'are not jurisdictional hurdles which must each be surmounted but, rather, typical characteristics of investments' (p. 57).

150 Roe & Happold, a.w., p. 57 e.v.

151 Zie de reeds vermelde uitspraken *Alapli/Turkije* en *Isolux/ Spanje*; Hobér, p. 73-78 (i.h.b. p. 75).

152 *Alapli/Turkije*, reeds aangehaald, para. 337-350. Zie Geraets & Reins, a.w., p. 35-36.

153 *Alapli/Turkije*, *Dissenting Opinion* of Marc Lalonde, para. 9.

154 *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC* (Stockholm Chamber of Commerce) Case No. V 116/2010, 19 december 2013, para. 806. In gelijke zin *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, para. 157: 'The definition of investment must be interpreted according to article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and not in accordance with tests, criteria or guidelines beyond the terms, the context or the object and purpose of the ECT. There is no test, set of criteria or guidelines that can or should be relied upon in international law to restrict or replace the definition that exists in the ECT'.

het vaststellen van aansprakelijkheid en kan het niet worden gebruikt om de bevoegdheid van het Scheidsgerecht aan te vechten (rov. 5.1.10.4).

3.122 De klachten nemen tot feitelijk uitgangspunt dat HVY uitsluitend zijn opgericht om illegale activiteiten te verhullen. Dit is niet komen vast te staan.¹⁵⁵ In cassatie zal daarom, bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag, als uitgangspunt worden genomen dat HVY inderdaad zijn opgericht om genoemde illegale activiteiten te verhullen.

3.123 De klachten van het onderdeel zijn geënt op het leerstuk van *piercing/lifting the corporate veil*. Deze term heeft inderdaad, zoals het hof overweegt, primair betekenis in de context van aansprakelijkheid van rechtspersonen. *Piercing the corporate veil* betekent dat door de rechtspersoonlijkheid 'heen moet worden gekeken' zodat de aandeelhouders aansprakelijk kunnen worden gesteld in plaats van uitsluitend de rechtspersoon zelf.¹⁵⁶ De term krijgt soms een bredere betekenis en wordt gebruikt om andere situaties aan te duiden waarin de rechtspersoon wordt weggedacht en in plaats daarvan wordt bezien wie daarover zeggenschap hebben.¹⁵⁷ Zo kent de ECT het beginsel *piercing the corporate veil* in deze brede betekenis: art. 26 lid 7 ECT maakt het mogelijk de rechtsbescherming van art. 26 ECT uit te breiden tot investeerders die gevestigd zijn in het land waar de investering is gedaan, mits zij onder zeggenschap staan van investeerders uit een andere verdragsstaat. In dat geval is dus niet beslissend wie de investeerder is en waar deze is gevestigd, maar onder wiens zeggenschap de investeerder feitelijk staat.¹⁵⁸ Op die manier wordt door de investeerder/vennootschap heen gekeken, maar ditmaal – anders dan in de zojuist beschreven opvatting – ten gunste van degenen die daarover zeggenschap hebben.

3.124 Het onderdeel doet een beroep op een invulling van het begrip *piercing the corporate veil* in het internationale recht, die zou inhouden dat rechters en scheidsgerechten door vennootschappelijke entiteiten heen moeten kijken die zijn misbruikt voor illegaal handelen. Daarom zou aan die entiteiten bescherming onder (investerings)verdragen moeten worden ontzegd. Strikt genomen is er in dat geval geen sprake van *piercing the corporate veil*,

omdat in die opvatting niet door de vennootschap wordt heen gekeken naar de aandeelhouders, maar de vennootschap wordt geacht in het geheel niet te bestaan zonder dat verder relevant is wie daarover zeggenschap heeft. Het onderdeel beroept zich echter op een beginsel van internationaal recht van die strekking.

3.125 Het onderdeel verwijst ter onderbouwing van het bestaan van een dergelijk beginsel naar de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) inzake *Barcelona Traction*.¹⁵⁹ In die zaak was aan de orde of België bij het IGH een procedure aanhangig kon maken tegen Spanje, ten behoeve van Belgische aandeelhouders van *Barcelona Traction*, een Canadese vennootschap. Het IGH moest daarom onder meer beoordelen of aandeelhouders van een vennootschap kunnen procederen op grond van tweedelijkelijk onrechtmatig handelen jegens de vennootschap. Het IGH nam de zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van haar aandeelhouders tot uitgangspunt, maar overwoog ook dat hierop onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen kunnen worden gemaakt, met name in het geval dat de vennootschap niet in staat is gebleken de belangen van degenen die hun financiële middelen aan de vennootschap hebben toevertrouwd, te beschermen.¹⁶⁰ In dergelijke situaties, aldus het IGH, wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van onafhankelijkheid van de vennootschap:

"56. (...) Here, then, as elsewhere, the law, confronted with economic realities, has had to provide protective measures and remedies in the interests of those within the corporate entity as well as of those outside who have dealings with it: the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute. It is in this context that the process of 'lifting the corporate veil' or 'disregarding the legal entity' has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations."

Het IGH heeft overwogen dat een dergelijke uitzondering ook een rol kan spelen in het internationaal recht. Wel benadrukte het IGH het uitzonderlijke karakter van het proces van *lifting the veil*:

"58. In accordance with the principle expounded above, the process of lifting the veil, being an exceptional one admitted by municipal law in respect of an institution of its own making, is equally admissible to play a similar role in international

¹⁵⁵ Het hof heeft in rov. 5.1.11.6, op basis van uitspraak van het Scheidsgerecht, de stelling verworpen dat sprake was van illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering door HVY (dat wil zeggen, de verwerving van aandelen in Yukos door HVY). Onderdeel 3.4 ziet op andere vermeende illegale activiteiten, die later hebben plaatsgevonden, waaronder het ontduiken van dividendbelasting, het betalen van steekpenningen, witwaspraktijken en het wegsluizen van vermogen van Yukos uit Rusland (nr. 131).

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Karen Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 1 en 11; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II^o 2009, nr. 834 e.v., met verdere verwijzingen.

¹⁵⁷ Baltag, a.w., p. 115. Zie ook over de verschillende verschijningsvormen: R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*. Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 22, Deventer: Kluwer, 1995.

¹⁵⁸ Baltag, t.a.p.

¹⁵⁹ IGH, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Belgium v. Spain)*, 5 februari 1970.

¹⁶⁰ IGH *Barcelona Traction*, para. 37 e.v.

law. It follows that on the international plane also there may in principle be special circumstances which justify the lifting of the veil in the interest of shareholders."

3.126 Het IGH heeft in het internationaal recht het bestaan van de mogelijkheid van *piercing the corporate veil* erkend, onder meer 'to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance', maar tevens overwogen dat hiervoor slechts in uitzonderlijke omstandigheden ruimte is. Het IGH is dus niet zo ver gegaan als het onderdeel (nr. 132) betoogt, want in de uitspraak is niet te lezen dat rechters en scheidsrechters 'verplicht' zijn om door vennootschappen heen te kijken die zijn misbruikt voor 'fraud or malfeasance'. Bovendien blijkt uit de uitspraak niet dat een vennootschap ook in het geheel zou kunnen worden weggedacht, zoals door het onderdeel wordt betoogd.

3.127 Uit de arbitrale ICSID-uitspraken waarnaar door het onderdeel (en het hof) wordt verwezen (in de zaken *Cementownia/Turkije*,¹⁶¹ *Phoenix/Tsjechië* en *Alapli/Turkije*) blijkt evenmin van een regel dat scheidsrechters verplicht zijn om door vennootschappen heen te kijken in het geval dat deze zijn misbruikt voor illegale activiteiten. Deze uitspraken hebben een beperktere betekenis. Zij houden in dat onder omstandigheden bescherming onder de ECT kan worden ontzegd aan eisers die aandelen in vennootschappen hebben verworven met als enig doel toegang te verkrijgen tot de arbitrageprocedure. In dat geval wordt niet de eisende vennootschap 'weggedacht', omdat die niet conform het recht van een verdragsstaat zou zijn opgericht, maar is er geen sprake van een investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT.¹⁶² Daarnaast heeft het ICSID-tribunaal in deze zaken weliswaar overwogen dat het verwerven van aandelen in een buitenlandse vennootschap teneinde toegang tot investeringsarbitrage te verkrijgen onaanvaardbaar kan zijn, maar ook overwogen dat een onderscheid moet worden gemaakt met *bona fide* transacties, en dat dit sterk van de omstandigheden van het geval afhangt.¹⁶³ Deze ICSID-rechtspraak erkent dus, tot op zekere hoogte, het leerstuk van *piercing the corporate veil*, maar heeft dit tot op heden slechts toegepast in een specifieke situatie,

die zich niet voordoet in de zaak die in cassatie aan de orde is.¹⁶⁴

3.128 Zoals het hof terecht heeft overwogen, biedt art. 1 lid 7 ECT geen grondslag om vennootschappen 'weg te denken' op de door het onderdeel verdedigde wijze. Ik herhaal dat art. 1 lid 7 ECT slechts de formele eis stelt dat een vennootschap is opgericht volgens het recht van een verdragsstaat. Deze bewoordingen bieden geen grondslag om een vennootschap die volgens het recht van een verdragsstaat is opgericht 'weg te denken' door deze niet als investeerder aan te merken (omdat deze voor illegale doeleinden is opgericht, of om een andere reden).¹⁶⁵ Het onderdeel (nr. 137) voert nog aan dat art. 1 lid 7 ECT een expliciete grondslag biedt voor de toepassing van het leerstuk van *piercing the corporate veil* dat bestaat in het recht van Cyprus en het Isle of Man (waar HVV gevestigd zijn), maar stelt niet dat dit leerstuk volgens het recht van die staten op de door het onderdeel verdedigde wijze wordt ingevuld. Voor zover het onderdeel bedoelt te klagen dat het hof het vreemde recht op dit punt verkeerd zou hebben toegepast, faalt de klacht op grond van het bepaalde in art. 79 lid 1, onder b, RO, dan wel bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat deze vraag in feitelijke instanties kennelijk niet aan de orde is geweest (het onderdeel verwijst niet naar vindplaatsen in de processtukken waar hierover stellingen zouden zijn ingenomen).

3.129 De slotsom luidt dat de klachten van onderdeel 3.4 falen.

Onderdeel 3.5: prejudiciële vragen over art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT?

3.130 *Onderdeel 3.5* betoogt dat de uitleg van het hof onverenigbaar is met het EU-recht. Volgens het onderdeel had het hof over de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT prejudiciële vragen aan het HvJEU moeten stellen en in dit verband alle kwesties moeten betrekken die in deze zaak aan de orde zijn gesteld.

3.131 Ik verwijs naar hetgeen ik heb opgemerkt bij de bespreking van onderdeel 2.7. Voor het stellen van prejudiciële vragen bestaat geen aanleiding, indien het antwoord op die vragen niet noodzakelijk is voor de beoordeling van het geschil. Ook daarvan is ten aanzien van onderdeel 3 sprake. De verschillende klachten van dit onderdeel falen om uiteenlopende redenen: deels wegens gebrek aan feitelijke grondslag, deels omdat zij een beroep doen op bronnen die volgens de uitleg van het WVV

161 *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)06/2, 17 september 2009.

162 Zie *Phoenix/Tsjechië*, para. 143: 'Although, at first sight, the operation by Phoenix looks like an investment, numerous factors converge to demonstrate that the apparent investment is not a protected investment. (...) It is the conclusion of the Tribunal that the whole "investment" was an artificial transaction to gain access to ICSID', en *Alapli/Turkije*, para. 404: 'All the elements of the file and the particular circumstances of the case prove the investment was manipulated to appear as a foreign investment'.

163 *Alapli/Turkije*, para. 401 e.v.; *Phoenix/Tsjechië*, para. 142-143; *Cementownia/Turkije*, para. 154-156, met verwijzing naar *Tokios Tokelés/Oekraïne*, ICSID Case No. ARB/02/18 (Decision on Jurisdiction), para. 53-56.

164 Dit geldt ook voor de andere in hoger beroep genoemde uitspraken (zie memorie van antwoord, nr. 712). Deze uitspraken erkennen het bestaan van het leerstuk van *piercing the corporate veil*, maar plaatsen dit in de context van aansprakelijkheid. Zij bieden geen aanwijzing dat het leerstuk moet worden toegepast zoals door het onderdeel wordt verdedigd. Zie *ADC Affiliate Ltd./Hongarije*, ICSID Case No. ARB/03/16, 6 oktober 2006, para. 358; *Rumeli Telekom AS c.s./Kazachstan*, ICSID Case No. ARB/05/1, 29 juli 2008, para. 328; *Saluka Investments/Tsjechië*, Partial Award, UNCITRAL, 17 maart 2006, para. 230.

165 Zie uitdrukkelijk Baltag, a.w., p. 141-146.

niet relevant zijn voor de uitleg van de ECT, en deels omdat de klachten motiveringsklachten zijn die falen.

Onderdeel 4: uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen)

3.132 *Onderdeel 4* ziet eveneens op de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' van art. 1 leden 6 en 7 ECT en beoogt dat illegale investeringen daar niet onder vallen, zodat het Scheidsgerecht niet bevoegd was om van de claims van HVY kennis te nemen. Daarnaast beoogt het onderdeel dat het oordeel van het Scheidsgerecht strijdig is met de openbare orde, omdat het ervoor zorgt dat HVY kunnen profiteren van onrechtmatig handelen. Het onderdeel valt in vier subonderdelen uiteen.

3.133 *Onderdeel 4.1* bevat geen klachten, maar geeft een overzicht van de illegale handelingen waaraan HVY zich schuldig zouden hebben gemaakt. De Russische Federatie heeft op dat punt het volgende gesteld:

"1) HVY hebben de aandelen in Yukos op illegale wijze verkregen, namelijk door manipulatie van veilingen en het betalen van steekpenningen (onderdeel 4.1.2);

2) Hulley en VPL zijn opgericht om dividendbelasting te ontduiken, waaraan ook YUL heeft meegewerkt (onderdeel 4.1.3);

3) Yukos heeft in de Russische Federatie belasting ontdoken door middel van het gebruik van schijnvennootschappen in vrije belastingregio's (onderdeel 4.1.4);

4) HVY hebben de rechtsgang naar aanleiding van dit illegale handelen belemmerd door bewijs te vernietigen en gelden weg te sluisen naar het buitenland (onderdeel 4.1.5)."

3.134 De Russische Federatie heeft beoogd dat het Scheidsgerecht zich, vanwege de illegaliteit van de investeringen van HVY, onbevoegd had moeten verklaren. In investeringsarbitrages wordt, aldus de Russische Federatie, algemeen aanvaard dat de verdragsbescherming zich niet uitstrekt tot investeringen die in strijd met het recht van de gaststaat zijn gedaan, ook al bevat het desbetreffende verdrag geen bepaling die dergelijke investeringen uitdrukkelijk uitsluit van de werkingssfeer van de ECT.¹⁶⁶

3.135 Het hof heeft, samengevat, overwogen dat inderdaad een beginsel van internationaal investeringsrecht bestaat, dat inhoudt dat investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland niet beschermd worden. Het moet dan wel gaan om gevallen waarin illegaal is gehandeld bij het doen van de investering, niet daarna (rov. 5.1.11.2). In het geval dat dit komt vast te staan, moet volgens het hof voor de gevolgen een onderscheid worden gemaakt tussen (a) investeringsverdragen met in de definitie van de term 'investering' een zinsnede die inhoudt dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law' of woorden van soortgelijke

strekking, en (b) investeringsverdragen waarin dat niet het geval is. Bij de eerstgenoemde categorie van verdragen valt een illegale investering in het geheel buiten de reikwijdte van het verdrag: er is dan geen sprake van een investering. De ECT bevat niet een zodanige uitdrukkelijke legaliteitseis. Voor dergelijke verdragen bestaat geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich in het geval van een illegale investering onbevoegd zou moeten verklaren (rov. 5.1.11.4-5.1.11.5). Volgens het hof zijn de bewoordingen van art. 1 lid 6 en art. 26 ECT doorslaggevend. Nu daarin geen expliciete legaliteitseis te lezen is, kan niet worden geoordeeld dat wanneer blijkt van een illegale investering, dit leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Wel kan mogelijk worden geoordeeld dat de investering niet kan profiteren van de materiële bescherming van de ECT, maar dat is iets anders. Ten overvloede heeft het hof gewezen op het oordeel van het Scheidsgerecht, dat inhoudt dat het illegale handelen bij de privatisering van Yukos en de acquisitie van de aandelen in Yukos door HVY in een te ver verwijderd verband staan. Er is dus volgens het hof niet komen vast te staan dat van een illegale investering sprake is.

Onderdeel 4.2: bestaan van legaliteitsvereiste

3.136 *Onderdeel 4.2* klaagt dat het hof heeft miskend, dat in (de definitie van investering in) de ECT een legaliteitseis besloten ligt, omdat de ECT geen investeringen beschermt die illegaal verkregen en behouden zijn. Het onderdeel doet een beroep op de gewone betekenis van het begrip 'investering', alsmede op context, voorwerp en doel van de ECT en op arbitrale rechtspraak.

3.137 Het hof heeft in rov. 5.1.11.5 overwogen dat in de ECT geen uitdrukkelijk legaliteitsvereiste is opgenomen, zoals een zinsnede inhoudend dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law', of woorden van soortgelijke strekking. Het onderdeel beoogt niet dat dergelijke woorden wel in de ECT zouden zijn opgenomen,¹⁶⁷ maar verdedigt het standpunt dat een en ander in de ECT besloten ligt en verwijst (in nr. 154) onder meer naar een introductie bij de ECT van het ECT-Secretariaat.¹⁶⁸ Het hof heeft in rov. 5.1.11.2 overwogen dat een beginsel van internationaal investeringsrecht bestaat dat inhoudt dat illegale investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland geen bescherming verdienen. Het hof heeft in rov. 5.1.11.3 (in samenhang met rov. 5.1.11.5) geoordeeld dat in de ECT in de definitie van 'investering' geen zinsnede is opgenomen dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law'. Volgens het hof heeft dit

¹⁶⁷ Zie o.a. Hobér, a.w., p. 99: '(...) the ECT does not have any provision requiring that an investment be in conformity with a particular law, neither municipal law nor international law'.

¹⁶⁸ Baltag, a.w., p. 197-198, schrijft dat deze introductie geen rol kan spelen bij de interpretatie van de ECT, onder meer omdat deze niet valt onder de bronnen die volgens art. 31 en 32 WVV relevant zijn.

¹⁶⁶ Deze beschrijving van het standpunt van de Russische Federatie is ontleend aan rov. 5.1.11.1 van het eindarrest.

geen gevolgen voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om kennis te nemen van claims op grond van de ECT vanwege het eerder gemaakte onderscheid tussen verdragen die wel en die niet een uitdrukkelijke legaliteitseis bevatten. Het onderdeel bestrijdt niet dat een dergelijk onderscheid moet worden gemaakt, zodat het onderdeel in zoverre faalt.

3.138 Ook uit de arbitrale rechtspraak blijkt niet dat het oordeel van het hof onjuist is. Uit de arbitrale rechtspraak kan worden afgeleid dat de ECT een impliciete legaliteitseis bevat, maar niet dat die zou moeten leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht.¹⁶⁹ Relevant in dit kader zijn onder meer de uitspraken van het ICSID-tribunaal in de reeds genoemde zaak *Plama/Bulgarije*, die het hof in rov. 5.1.11.4 heeft besproken. In die procedure heeft Bulgarije gesteld dat niet kon worden gesproken van een investering in de zin van de ECT, omdat de investeerder verborgen had gehouden onder wiens zeggenschap zij stond. Het tribunaal heeft dit argument verworpen in het kader van de beoordeling van zijn bevoegdheid en geoordeeld dat aan de definitie van art. 1 lid 6 ECT is voldaan wanneer sprake is van een eigendomsrecht of een contractuele aanspraak, ook als dit recht of die aanspraak aanvechtbaar ('defeasible') is.¹⁷⁰ Vervolgens heeft het tribunaal dit argument alsnog behandeld bij de beoordeling van de claim ten gronde. Het tribunaal heeft daarin onder meer overwogen dat de ECT geen investeringen beschermt die zijn gedaan in strijd met de wet. De vordering is vervolgens afgewezen.¹⁷¹ Ook in de beslissing van het scheidsgerecht in de zaak *Blusun/Italië*, die eveneens op de ECT betrekking heeft, is deze benadering gevolgd (zie rov. 5.1.11.4), evenals in de beslissing van het scheidsgerecht in de zaak *Anatolie Stati e.a./Kazachstan*.¹⁷²

3.139 Er zijn ook arbitrale beslissingen waarin een andere benadering is gevolgd, maar die zaken hebben geen betrekking op de ECT. Bovendien zien sommige van die beslissingen op verdragen die een uitdrukkelijke legaliteitseis bevatten.¹⁷³ Daarom is uit deze rechtspraak geen algemene regel af te lei-

den die inhoudt dat een scheidsgerecht zich steeds onbevoegd zou moeten verklaren in het geval van een illegale investering, ook wanneer het desbetreffende verdrag geen uitdrukkelijke legaliteitseis bevat. Het is juist dat in sommige arbitrale uitspraken zonder meer is overwogen dat illegaliteit onbevoegdheid van het scheidsgerecht meebrengt,¹⁷⁴ maar dan is vereist dat illegaal is gehandeld bij het doen van de investering, bijvoorbeeld omdat gefraudeerd is bij het inschrijven voor een aanbesteding.¹⁷⁵ Volgens het scheidsgerecht in de zaak *Phoenix/Tsjechië* leidt echter alleen evidente illegaliteit tot onbevoegdheid.¹⁷⁶ In de zaak *Mamidoil Jetoil/Albania* heeft het scheidsgerecht overwogen dat staten in beginsel geen rechtsmacht van een arbitraal tribunaal behoeven te accepteren wanneer het gaat om illegale investeringen, maar dat dit anders is wanneer deze staat zich bereid heeft getoond de investeringen te legaliseren.¹⁷⁷ In *SAUR International/Argentinië* is eveneens overwogen dat illegale investeringen niet beschermd worden, maar is daaraan niet de consequentie van onbevoegdheid verbonden.¹⁷⁸

3.140 Uit het voorgaande volgt dat in de arbitrale rechtspraak de vraag of de illegaliteit van een investering tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht moet leiden (in de gevallen waarin geen legaliteitseis in het relevante verdrag is opgenomen), verschillend wordt beantwoord. Sommige scheidsgerichten beantwoorden deze vraag bevestigend, andere arbitrale tribunaal volgen een meer genuanceerde benadering. Doorslaggevend is echter dat er geen uitspraken zijn waarin de ECT aldus is uitgelegd dat illegaliteit van een investering tot onbevoegdheid leidt. Ook in de literatuur is benadrukt dat de ECT geen legaliteitseis kent, die gevolgen zou kunnen hebben voor de bevoegdheid van een scheidsgerecht om claims op grond van de ECT te

169 Zie over deze rechtspraak ook Hobér, a.w., p. 99-105.

170 *Plama/Bulgarije* (Jurisdiction), para. 128: "The definition of 'investment' under Article 1(6) refers to the Investor's investment, in other words it is again here irrelevant who owns or controls the Claimant at any material time; and as already noted above, the definition is broad, extending to 'any right conferred by law or contract'. That definition would be satisfied by a contractual or property right even if it were defeasible". Zie ook *Plama/Bulgarije* (Award), 27 augustus 2008, para. 112.

171 *Plama/Bulgarije* (Award), para. 139.

172 *Anatolie Stati/Kazachstan*, reeds aangehaald, para. 812.

173 Zie de volgende zaken: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, 10 december 2014, para. 322 e.v. (BIT Duitsland-Filippijnen); *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 augustus 2006, para. 195 e.v. (BIT El Salvador-Spanje); *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 juni 2010, para. 126 (BIT Duitsland-Ghana); *Phoenix/Tsjechië*, reeds aangehaald, para. 56 en 101 (BIT Tsjechië-Israël).

174 *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 februari 2016 (Decision on Jurisdiction), para. 301 e.v. Zie ook *Alasdair Ross Anderson v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3 19 mei 2010, para. 55 e.v.; UNCTRAL, *Oxus Gold plc v. The Republic of Uzbekistan*, 17 december 2015 (Award), para. 706 e.v.

175 Zoals bijvoorbeeld in de zaak *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, reeds aangehaald, met name para. 235-237.

176 *Phoenix/Tsjechië*, para. 102-104. In gelijke zin: *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, 16 mei 2014, para. 131-132.

177 *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, 30 maart 2015, para. 492-495.

178 *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, 6 juni 2012, para. 308.

beoordelen.¹⁷⁹ Naar mijn mening kan daarom niet worden gesproken van een algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich onbevoegd moet verklaren in het geval van een illegale investering. In het kader van de ECT is steeds overwogen dat illegaliteit van een investering hooguit een rol kan spelen bij de beoordeling van de zaak ten gronde.

3.141 Uit het bovenstaande volgt dat onderdeel 4.2 faalt.

Onderdeel 4.3: illegaal handelen

3.142 *Onderdeel 4.3* valt in twee onderdelen uiteen en verdedigt dat illegaal handelen in aanmerking moet worden genomen.

3.143 *Onderdeel 4.3.1* is gericht tegen rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 en rov. 9.8.5-9.8.10, waarin het hof heeft geoordeeld over fraude en corruptie bij de verkrijging van een meerderheidsbelang in Yukos. Het onderdeel klaagt, kort gezegd, dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, waar het alleen heeft gekeken naar de transacties waarmee HVY de aandelen in Yukos hebben verkregen. Volgens het onderdeel had het hof zich bij de beantwoording van de vraag of een investering legaal is verkregen niet moeten beperken tot een beoordeling van de laatste transactie in een keten van transacties, maar had het hof ook acht moeten slaan op hetgeen aan de verkrijging van de aandelen door HVY vooraf is gegaan. Van belang is onder meer dat steekpenningen zijn betaald aan de bestuurders van Yukos voordat zij werd geprivatiseerd (de zogenoemde *Red Directors*), en dat de op illegale wijze verkregen Yukosaandelen van de ene naar de andere (schijn)vennootschap zijn verplaatst om de illegale verkrijging ervan te verhullen, aldus het onderdeel.

3.144 Het onderdeel mist belang, omdat uit rov. 5.1.11.6 blijkt dat rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 ten overvloede zijn gegeven. Ook overigens faalt de klacht, omdat de omstandigheid dat een investering in strijd met de wet van het gastland is gedaan, alleen relevant is indien die strijdigheid verband houdt met het doen

van de investering.¹⁸⁰ Het hof heeft dit dan ook terecht in rov. 5.1.11.2 tot uitgangspunt genomen. Het is dus juist dat het hof heeft beoordeeld of gebleken is van illegaal handelen door HVY ten tijde van hun investering (rov. 5.1.11.8) en niet ook het handelen bij de verwerving van de aandelen in Yukos door anderen in 1995/1996. Het oordeel van het hof is bovendien niet onbegrijpelijk. Voor de goede orde merk ik nog op dat het hof de stelling dat YUL betrokken was bij het betalen van steekpenningen aan de *Red Directors* heeft beoordeeld en als irrelevant heeft verworpen. In het oordeel van het hof dat uitsluitend moet worden gekeken naar de acquisitie van de aandelen in Yukos door HVY, en niet naar eerdere transacties, ligt een verwerping besloten van de stelling dat HVY de eerdere illegale verwerving van die aandelen hebben helpen verhullen. Het onderdeel faalt dus.

3.145 *Onderdeel 4.3.2* is gericht tegen het oordeel van het hof dat illegaal handelen door HVY na het doen van de investering niet relevant is voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

3.146 Ook dit onderdeel faalt, omdat het uitgangspunt van het hof juist is dat alleen illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht leidt. De arbitrale uitspraak in de zaak *Hesham Talaat M. Al-Warraq/Indonesië* waarnaar het onderdeel (nr. 164 en voetnoot 341) verwijst, leidt niet tot een andere conclusie. Die uitspraak heeft namelijk betrekking op een investeringsverdrag dat, anders dan de meeste investeringsverdragen, een expliciete bepaling bevat die investeerders gebiedt de wetten van het gastland te respecteren.¹⁸¹ Hieruit kan dus geen algemene regel worden afgeleid, die inhoudt dat ook illegaal handelen ná het doen van de investering tot onbevoegdheid van een scheidsgerecht leidt.

Onderdeel 4.4: strijd met de openbare orde

3.147 *Onderdeel 4.4* is gericht tegen rov. 9.8.5-9.8.10, waarin het hof het betoog van de Russische Federatie heeft verworpen dat de Final Awards strijdig zijn met de openbare orde, omdat het resultaat daarvan is dat de hiervoor genoemde illegale handelingen worden beschermd. Na een inleiding (onder

¹⁷⁹ Zie onder meer *Oxus Gold plc/Uzbekistan*, reeds aangehaald, para. 707 (met verwijzingen naar *Gustav FW Hamester/Ghana* en *Inceysa Vallisoleta/El Salvador*, reeds aangehaald). De in het onderdeel (nr. 159, voetnoot 337) genoemde uitspraak van het HvJEU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*), punt 46, is in dit verband niet relevant, omdat deze uitspraak staat in de specifieke context van aansprakelijkheid van ondernemingen voor het schenden van de Europese mededingingsregels.

¹⁸¹ *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, 15 December 2014 (Final Award), para. 631 e.v. Het onderdeel verwijst abusievelijk naar het vonnis inzake bevoegdheid van 21 juni 2012 in deze zaak, paragrafen 634-637, maar dat vonnis bevat geen paragrafen 634-637, zodat vermoedelijk bedoeld zal zijn te verwijzen naar de Final Award van 15 december 2014.

¹⁷⁹ Baltag, a.w., p. 196-199; Roe & Happold, p. 87-88; Gaillard, in: Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, a.w., p. 62, die nog op het volgende wijst: 'In line with the existing case law and the clear language of the ECT, it is fair to assume that (...) there would be no jurisdictional restriction with respect to a contract or license terminated on the basis of an alleged non-compliance: the termination of a contract or a license, the validity of which is challenged by the host State and thus constitutes precisely the issue to be decided on the merits by the arbitral tribunal, cannot provide sufficient ground for a host State to deny the benefit of access to dispute resolution to an otherwise covered investment'; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 5.

4.4.1) klaagt het onderdeel (onder 4.4.2) dat het hof heeft miskend dat het in strijd is met de nationale en internationale openbare orde dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van een illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investering voor bescherming in aanmerking zouden komen, althans dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd.

3.148 Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv slechts mogelijk, indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.¹⁸² Het onderdeel betoogt in de kern dat met de *Final Award* een fundamentele regel van dwingend recht is geschonden, die inhoudt dat geen bescherming toekomt aan goederen of rechten die door illegaal handelen zijn verkregen. Dit argument heeft de Russische Federatie in de arbitrale procedure aangedragen onder de noemer 'unclean hands'. Het onderdeel verwijst ter onderbouwing naar (arbitrale) rechtspraak, waaronder de uitspraak van de *Cour d'appel* van Parijs in de zaak *Kirgizië/Belokon*, waarin tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis is geweigerd omdat de vermeende investeerder zich schuldig had gemaakt aan witwassen.¹⁸³ Ook verwijst het onderdeel naar verschillende verdragen tegen corruptie en witwassen, en naar literatuur waarin is betoogd dat corruptie in strijd is met de internationale openbare orde.¹⁸⁴

3.149 Het onderdeel gaat voorbij aan de kern van het oordeel van het hof in rov. 9.8.5 e.v. en eveneens aan de door het hof samengevatte kern van het oordeel van het Scheidsgerecht.¹⁸⁵ Het hof heeft niet miskend dat het beschermen van goederen of rechten, die door illegaal handelen (zoals corruptie) zijn verkregen, strijd met de internationale openbare orde kan opleveren. De kern van het oordeel van het hof is dat, voor zover dergelijke illegale handelingen hebben plaatsgevonden, deze niet aan HVY kunnen worden verweten, althans niet in verband staan met hun investeringen. De illegale handelingen hebben immers deels plaatsgevonden nadat de investering door HVY was gedaan en zijn deels door anderen gepleegd voordat HVY aandeelhouder in Yukos werden. Ook overigens is niet gebleken van een verband tussen het illegale handelen en de investering van HVY, aldus het Scheidsgerecht en het hof. Volgens dit oordeel is dus geen sprake van illegaal handelen, zoals corruptie of witwassen, door HVY zelf

bij de totstandkoming van de investering. Uit de door het onderdeel genoemde bronnen kan niet worden afgeleid dat ook illegaal handelen relevant is waarbij de investeerder niet betrokken of niet begaan is bij het doen van de investering. Zo heeft de door het onderdeel (nr. 166) genoemde uitspraak in de zaak *World Duty Free/Kenia* betrekking op omkoping van de Keniaanse president door de *chief executive officer* van de investeerder,¹⁸⁶ en de uitspraak inzake *Kirgizië/Belokon* op vermeende witwaspraktijken door de investeerder. De klachten van het onderdeel stuiten op het voorgaande af.

3.150 *Onderdeel 4.4.3* is gericht tegen rov. 9.8.8, waarin het hof paragraaf 1370 *Final Awards* heeft besproken. Het hof heeft overwogen dat het Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen zich heeft voorgedaan voordat HVY aandeelhouder werden en dat deze dientengevolge zijn verricht door anderen, zoals Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. Volgens het hof heeft het Scheidsgerecht dus niet méér beslist dan dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden toegeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Dit oordeel is volgens het hof juist en is door de Russische Federatie niet, althans onvoldoende gemotiveerd, bestreden. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat de Russische Federatie het oordeel van het Scheidsgerecht wel degelijk gemotiveerd heeft betwist. Het onderdeel voert verder aan dat het hof deze kwestie ambtshalve had moeten onderzoeken, omdat het gaat om een mogelijke schending van de internationale openbare orde.

3.151 Bij de bespreking van deze klacht merk ik op dat het hof in rov. 9.8.8 geen eigen oordeel heeft gegeven, maar heeft vastgesteld wat het Scheidsgerecht heeft overwogen. Het hof heeft daarmee gereageerd op een klacht van de Russische Federatie over het oordeel van het Scheidsgerecht. Volgens het hof mist die klacht feitelijke grondslag omdat het oordeel van het Scheidsgerecht anders moet worden begrepen. De overweging van het hof dat het oordeel van het Scheidsgerecht juist is en niet is bestreden, is daarom ten overvloede gegeven, hetgeen het hof ook heeft overwogen ('voor zover het in dit vernietigingsgeding al aan de orde zou kunnen komen'). Hierop stuit het onderdeel reeds geheel af. Voor het overige merk ik op dat de klachten ook inhoudelijk falen. Het oordeel van het Scheidsgerecht waarbij het hof zich aansluit, houdt (in de niet bestreden weergave van het hof) slechts in dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen zich heeft voorgedaan voordat HVY aandeelhouder werden en dat deze gedragingen dientengevolge zijn verricht door anderen, zoals Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. De door het onderdeel genoemde stellingen komen erop neer dat HVY door Khodor-

¹⁸² HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

¹⁸³ Cour d'appel de Paris, *République du Kirghizistan c. M. Valeriy Belokon*, 21 februari 2017.

¹⁸⁴ Emmanuel Gaillard, *The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration*, *Arbitration International* 2019/35, p. 1-19.

¹⁸⁵ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus)/The Russian Federation, Final Award*, para. 1370 (gelijkluidend in de andere *Final Awards*).

¹⁸⁶ *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, 4 oktober 2006.

kovsky c.s. werden gecontroleerd. Deze stellingen doen op zichzelf niet af aan de feitelijke vaststelling van het Scheidsgerecht. Het hof kon dus oordelen dat de Russische Federatie het oordeel niet, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft bestreden. Het onderdeel (nr. 177 en 178) wijst nog op enige vermeende inconsistenties in de *Final Awards*. Het Scheidsgerecht zou op verschillende plaatsen in aanmerking hebben genomen dat Khodorkovsky c.s. de aandelen in Yukos indirect bezaten. Het hof heeft hiervoor in rov. 9.8.9 een verklaring gegeven, die inhoudt dat dit niet onverenigbaar is met de vaststelling dat HVY en Khodorkovsky c.s. aparte juridische entiteiten zijn. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, omdat het hof hiermee tot uitdrukking heeft gebracht dat HVY als vennootschappen moeten worden onderscheiden van degenen onder wiens zeggenschap zij staan.

Onderdeel 4.5: prejudiciële vragen over art. 1 lid 6 en art. 26 ECT?

3.152 *Onderdeel 4.5* betoogt dat de uitleg van het hof van art. 1 lid 6 en art. 26 ECT in strijd is met het EU-recht en dat de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJEU moet stellen over de in de onderdelen 4.2, 4.3 en 4.4 opgeworpen kwesties.

3.153 Onder verwijzing naar hetgeen ik heb opgemerkt ten aanzien van onderdeel 2.7, ben ik ook ten aanzien van onderdeel 4 van oordeel dat het stellen van prejudiciële vragen niet noodzakelijk is voor de uitkomst van het geding in cassatie. Onderdeel 4.2 faalt immers omdat het in wezen het oordeel van het hof niet bestrijdt en omdat het een beroep doet op een algemeen aanvaard rechtsbeginsel waarvan het bestaan niet is gebleken. Onderdeel 4.3 bevat slechts motiveringsklachten. Onderdeel 4.4 heeft betrekking op het Nederlandse arbitragerecht, namelijk op art. 1065 lid 1, onder e, Rv, en gaat bovendien uit van een onjuiste lezing van het oordeel van het hof.

3.154 De slotsom is dat onderdeel 4 in zijn geheel faalt.

Onderdeel 5: art. 21 lid 5 ECT

3.155 *Onderdeel 5* valt in vier subonderdelen uiteen en klaagt over rov. 6.3 van het eindarrest, waarin het hof heeft overwogen dat het geen gevolg verbindt aan het feit dat het Scheidsgerecht de relevante (Russische) belastingautoriteiten niet heeft geraadpleegd. Volgens het onderdeel was het Scheidsgerecht hiertoe op grond van art. 21 lid 5 ECT verplicht. Door de belastingautoriteiten niet te raadplegen heeft het Scheidsgerecht zijn opdracht geschonden, zodat de arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1, onder c, Rv moeten worden vernietigd. Ook zijn hierdoor de arbitrale vonnissen in strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv), aldus het onderdeel.

3.156 Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat verwijzing van de zaak naar de Russische belastingautoriteiten 'an exercise in futility' zou zijn, omdat partijen reeds zeer uitgebreid de gelegenheid had-

den gekregen hun standpunten over de vraag of de belastingmaatregelen een onteigening inhielden, aan het Scheidsgerecht voor te leggen.¹⁸⁷ Het hof heeft in rov. 6.3 overwogen dat art. 21 lid 5 ECT in beginsel dwingend voorschrijft dat de belastingautoriteiten moeten worden geraadpleegd, maar dat het verzuim van het Scheidsgerecht onvoldoende ernstig is om de *Final Awards* te vernietigen, omdat de Russische Federatie hierdoor geen nadeel heeft geleden, nu zij alle relevante informatie uitvoerig naar voren heeft kunnen brengen.

Inleidende opmerkingen

3.157 HVY hebben in hun schriftelijke toelichting aangevoerd dat de klachten van onderdeel 5 belang missen. Zij hebben erop gewezen, dat het hof in rov. 5.2.11 e.v. onbestreden heeft geoordeeld dat art. 21 ECT in het geheel niet van toepassing is op de maatregelen die HVY in de arbitrageprocedure aan de orde hebben gesteld. De belastingmaatregelen kunnen, aldus het hof in rov. 5.2.16 e.v., namelijk niet als *bona fide* worden aangemerkt, terwijl art. 21 lid 1 ECT uitsluitend het oog heeft op *bona fide* maatregelen. Nu de regel van art. 21 lid 1 (de 'carve-out' voor belastingmaatregelen) niet van toepassing is, is de uitzondering daarop van art. 21 lid 5 ECT (de 'claw-back') evenmin relevant, zo stellen HVY.¹⁸⁸ Hoewel HVY terecht wijzen op het oordeel van het hof over art. 21 lid 1 ECT, kan niet gezegd worden dat de klachten over de uitleg van art. 21 lid 5 ECT zonder belang zijn. De overwegingen over de toepasselijkheid van art. 21 lid 1 ECT liggen namelijk niet ten grondslag aan het oordeel over de vraag of het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door niet te voldoen aan de verplichting van art. 21 lid 5 ECT. De overwegingen over art. 21 lid 1 ECT staan in een andere context, namelijk die van de vraag of art. 21 lid 1 ECT gevolgen heeft voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht (welke vraag het hof in rov. 5.2.4. e.v. ontkenkend heeft beantwoord). Daarom wordt toegekomen aan bespreking van de klachten van onderdeel 5.

3.158 Op grond van art. 1065 lid 1, onder c, Rv kan van een schending van de opdracht onder meer sprake zijn als het Scheidsgerecht in strijd met de overeengekomen procesregels of wettelijke arbitrageregels heeft gehandeld.¹⁸⁹ De schending van de opdracht zal ernstig genoeg moeten zijn om vernietiging te kunnen rechtvaardigen, hetgeen volgt uit de in het algemeen in acht te nemen terughoudendheid.¹⁹⁰ Bepalend is of de beslissing anders zou zijn uitgevallen als de arbiters zich aan hun opdracht

¹⁸⁷ *Final Awards*, para. 1421-1422.

¹⁸⁸ Schriftelijke toelichting HVY, nrs. 690 e.v.

¹⁸⁹ Snijders, a.w., 2018, nr. 9.3.4.2.4 en 9.3.4.2.7 (= *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4.2.4 en 4.2.7). Zie ook HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders.

¹⁹⁰ Dit is thans vastgelegd in art. 1065 lid 4 Rv (zie *Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/1.76.3*) maar gold reeds voor het oude recht: zie Van den Berg e.a., a.w., p. 134 en Snijders, a.w., nr. 9.3.4.3 (= *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4.3).

hadden gehouden.¹⁹¹ Bij de beoordeling of de schending van de opdracht ernstig genoeg is om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, komt de rechter beoordelingsvrijheid toe.

3.159 Ten aanzien van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde) geldt het volgende.¹⁹² De openbare orde heeft een materiële en een processuele kant. Van strijd met de materiële openbare orde is sprake, wanneer de inhoud van het arbitraal vonnis in strijd is met dwingend recht dat van een zodanig fundamenteel karakter is dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.¹⁹³ Uit deze maatstaf blijkt reeds dat deze vernietigingsgrond terughoudend moet worden toegepast. Van strijd met de processuele openbare orde is sprake indien de wijze waarop het vonnis tot stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht, bijvoorbeeld in het geval dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden,¹⁹⁴ of als blijkt dat (een van) de arbiters niet onpartijdig of onafhankelijk (is) zijn geweest.¹⁹⁵ Ook op dit punt heeft de rechter noodzakelijkerwijs beoordelingsvrijheid.

3.160 De *onderdelen 5.1. en 5.1.1* bevatten een inleiding en geen klacht.

Onderdeel 5.2: dwingend karakter art.

21 lid 5 ECT

3.161 *Onderdeel 5.2* voert diverse klachten aan tegen rov. 6.3 en valt in zes onderdelen uiteen (onderdelen 5.2.1-5.2.6).

3.162 *Onderdeel 5.2.1* klaagt dat het hof in rov. 6.3 ten onrechte voorbij is gegaan aan het dwingende karakter van de verwijzingsverplichting uit art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT dan wel heeft miskend dat daarvoor geen 'nutteloosheidsuitzondering' geldt. Hiermee heeft het hof onder meer verzuimd de uitlegeregels van art. 31 en 32 WVV naar behoren toe te passen.

3.163 Over dit onderdeel merk ik het volgende op. Art. 21 ECT heeft betrekking op belastingmaatregelen.¹⁹⁶ Art. 21 ECT luidt in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling als volgt:

"Article 21 Taxation

1. Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Mea-

asures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.

2. Article 73 shall apply to Taxation Measures other than those on income or on capital, except that such provision shall not apply to:

a) an advantage accorded by a Contracting Party pursuant to the tax provisions of any convention, agreement or arrangement described in subparagraph 7a(ii); or

b) any Taxation Measure aimed at ensuring the effective collection of taxes, except where the measure of a Contracting Party arbitrarily discriminates against Energy Materials and Products originating in, or destined for the Area of another Contracting Party or arbitrarily restricts benefits accorded under Article 73.

3. Article 102 and 7 shall apply to Taxation Measures of the Contracting Parties other than those on income or on capital, except that such provisions shall not apply to:

a) impose most favoured nation obligations with respect to advantages accorded by a Contracting Party pursuant to the tax provisions of any convention, agreement or arrangement described in subparagraph 7a(ii) or resulting from membership of any Regional Economic Integration Organization; or

b) any Taxation Measure aimed at ensuring the effective collection of taxes, except where the measure arbitrarily discriminates against an Investor of another Contracting Party or arbitrarily restricts benefits accorded under the Investment provisions of this Treaty.

4. Article 292 to 6 shall apply to Taxation Measures other than those on income or on capital.

5. a) Article 13 shall apply to taxes.

b) Whenever an issue arises under Article 13, to the extent it pertains to whether a tax constitutes an expropriation or whether a tax alleged to constitute an expropriation is discriminatory, the following provisions shall apply:

(i) The Investor or the Contracting Party alleging expropriation shall refer the issue of whether the tax is an expropriation or whether the tax is discriminatory to the relevant Competent Tax Authority. Failing such referral by the Investor or the Contracting Party, bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)-c) or 27(2) shall make a referral to the relevant Competent Tax Authorities;

(ii) The Competent Tax Authorities shall, within a period of six months of such referral, strive to resolve the issues so referred. Where non-discrimination issues are concerned, the Competent Tax Authorities shall apply the non-discrimination provisions of the relevant tax convention or, if there is no non-discrimination provision in the relevant tax convention applicable to the tax or no such tax convention is in force between the Contracting Parties con-

191 *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 4 (G.J. Meijer); Snijders, a.w., nr. 9.3.1.2 (= *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065 Rv, aant. 1.2).

192 Zie ook nr. 3.18 van mijn conclusie vóór HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2.

193 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

194 Bijvoorbeeld HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1003, NJ 1994/449, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

195 Onder meer HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.8.

196 Zie over deze bepaling Hóber, a.w., p. 354 e.v.; Gloria Alvarez, Article 21. Taxation, in Leal-Arcas (ed.), a.w., p. 288-298; William W. Park, Tax arbitration and investor protection, in Coop & Ribeiro (eds.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, a.w., p. 115-145.

cerned, they shall apply the non-discrimination principles under the Model Tax Convention on Income and Capital of the Organisation for Economic Cooperation and Development;

(iii) Bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)c) or 27(2) may take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is an expropriation. Such bodies shall take into account any conclusions arrived at within the six-month period prescribed in subparagraph b)(ii) by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is discriminatory. Such bodies may also take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities after the expiry of the six-month period;

(iv) Under no circumstances shall involvement of the Competent Tax Authorities, beyond the end of the six-month period referred to in subparagraph b)(ii), lead to a delay of proceedings under Articles 26 and 27.

6. For the avoidance of doubt, Article 14 shall not limit the right of a Contracting Party to impose or collect a tax by withholding or other means.

7. For the purposes of this Article:

a) The term 'Taxation Measure' includes:
(i) any provision relating to taxes of the domestic law of the Contracting Party or of a political subdivision thereof or a local authority therein; and
(ii) any provision relating to taxes of any convention for the avoidance of double taxation or of any other international agreement or arrangement by which the Contracting Party is bound.

b) There shall be regarded as taxes on income or on capital all taxes imposed on total income, on total capital or on elements of income or of capital, including taxes on gains from the alienation of property, taxes on estates, inheritances and gifts, or substantially similar taxes, taxes on the total amounts of wages or salaries paid by enterprises, as well as taxes on capital appreciation.

c) A 'Competent Tax Authority' means the competent authority pursuant to a double taxation agreement in force between the Contracting Parties or, when no such agreement is in force, the minister or ministry responsible for taxes or their authorized representatives.

d) For the avoidance of doubt, the terms 'tax provisions' and 'taxes' do not include customs duties."

In de Nederlandse vertaling:

"Artikel 21 Belastingen

1. Behalve als bepaald in dit artikel worden door geen enkele bepaling van dit Verdrag rechten verleend of verplichtingen opgelegd met betrekking tot belastingmaatregelen van de Verdragsluitende Partijen. In geval van onverenigbaarheid van dit artikel met andere bepalingen van

dit Verdrag heeft dit artikel, wat de onverenigbaarheid betreft, de voorrang.

2. Artikel 7, derde lid, is van toepassing op andere belastingmaatregelen dan belastingen op inkomen of kapitaal, met dien verstande dat de bepalingen van die artikelen niet van toepassing zijn op:

a. een voordeel dat een Verdragsluitende Partij heeft toegekend overeenkomstig de belastingbepalingen van een verdrag, overeenkomst of regeling als bedoeld in het zesde lid, letter a), onder ii), van dit artikel; of

b. een belastingmaatregel die ten doel heeft de doeltreffende inning van belastingen te waarborgen, behalve indien die maatregel van een Verdragsluitende Partij een willekeurige discriminatie tussen energiegroestoffen en energieproducten van een andere Verdragsluitende Partij of een willekeurige beperking van de krachtens de betreffende bepalingen van artikel 7, derde lid, toegekende voordelen inhoudt.

3. Artikel 10, tweede en zevende lid, zijn van toepassing op andere belastingmaatregelen van de Verdragsluitende Partijen dan belastingen op inkomen of kapitaal, met dien verstande dat geen van deze bepalingen:

a. ertoe strekt dat verplichtingen tot toepassing van het meestbegunstigingsbeginsel worden opgelegd met betrekking tot voordelen die een Verdragsluitende Partij heeft toegekend overeenkomstig de belastingbepalingen van een verdrag, overeenkomst of regeling als bedoeld in het zevende lid, letter a), onder ii), van dit artikel of als uitvloeisel van het lidmaatschap van een regionale organisatie voor economische integratie; of

b. van toepassing is op een belastingmaatregel die ten doel heeft de doeltreffende inning van belastingen te waarborgen, behalve indien de maatregel een willekeurige discriminatie tussen investeerders van de Verdragsluitende Partijen of een willekeurige beperking van de krachtens de investeringsbepalingen van dit Verdrag toegekende voordelen inhoudt.

4. Artikel 29, tweede tot en met zesde lid, is van toepassing op andere belastingmaatregelen dan belastingen op inkomen of kapitaal.

5. a. Artikel 13 is van toepassing op belastingen.

b. Wanneer in het kader van artikel 13 een geschil rijst, voor zover het betrekking heeft op de vraag of een belasting een onteigening vormt, dan wel of een belasting waarvan wordt beweerd dat deze een onteigening vormt, discriminerend is, geldt het volgende:

i. De investeerder of de Verdragsluitende Partij die aanvoert dat er sprake is van onteigening legt het geschil over de vraag of de maatregel een onteigening dan wel discriminerend is, voor aan de bevoegde belastingautoriteiten. Laat de investeerder of de Verdragsluitende Partij dit na, dan leggen de instanties die worden verzocht geschillen te beslechten overeenkomstig artikel

26, tweede lid, letter c), of artikel 27, tweede lid, het geschil voor aan de bevoegde belastingautoriteiten.

ii. De bevoegde belastingautoriteiten streven ernaar om het aldus voorgelegde geschil binnen een periode van zes maanden te regelen. Indien het gaat om een geschil inzake non-discriminatie, passen de bevoegde belastingautoriteiten de bepalingen inzake non-discriminatie van het relevante belastingverdrag toe, of passen zij, indien er geen non-discriminatiebepaling voorkomt in het op de belasting van toepassing zijnde relevante belastingverdrag of indien er geen belastingverdrag tussen de betrokken Verdragsluitende Partijen van kracht is, de non-discriminatiebeginselen overeenkomstig het modelverdrag van de OESO betreffende belastingen op inkomen en kapitaal toe.

iii. De instanties die worden verzocht geschillen te regelen overeenkomstig artikel 26, tweede lid, letter c), of artikel 27, tweede lid, kunnen rekening houden met eventuele conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten over de vraag of de belasting een onteigening is. Die instanties houden rekening met eventuele binnen de bij letter b), onder ii), voorgeschreven termijn van zes maanden door de bevoegde belastingautoriteiten getrokken conclusies over de vraag of de belasting discriminerend is. Deze instanties kunnen ook rekening houden met eventuele na het verstrijken van de voorgeschreven periode van zes maanden door de bevoegde belastingautoriteiten getrokken conclusies.

iv. In geen geval mag de betrokkenheid van de bevoegde belastingautoriteiten na het einde van de bij letter b), onder ii), bedoelde periode van zes maanden leiden tot een vertraging van de procedures ingevolge de artikelen 26 en 27.

6. Voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat artikel 14 het recht van een Verdragsluitende Partij om een belasting op te leggen of te innen via bronheffing of andere middelen niet beperkt.

7. Voor de toepassing van dit artikel:

a. omvat de term 'belastingmaatregel':

i de bepalingen betreffende belastingen van de interne wetgeving van de Verdragsluitende Partij of van een staatsrechtelijke onderverdeling of een plaatselijke autoriteit ervan; en

ii de bepalingen betreffende belastingen van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en van internationale overeenkomsten of regelingen waaraan de Verdragsluitende Partij gebonden is.

b. worden als belastingen op het inkomen en het vermogen beschouwd alle belastingen die worden geheven op het gehele inkomen, op het gehele vermogen of op bestanddelen van het inkomen of vermogen, met inbegrip van belastingen op winsten uit de vervreemding van eigendom, onroerend-zaakbelasting, successie-

rechten, belastingen op schenkingen of in wezen soortgelijke belastingen, belastingen op het totaalbedrag van de door ondernemingen betaalde lonen of salarissen, alsmede belastingen op de waardevermeerdering van vermogen.

c. wordt onder 'bevoegde belastingautoriteit' verstaan de bevoegde autoriteit overeenkomstig een overeenkomst inzake dubbele belasting tussen de Verdragsluitende Partijen, of, bij ontstentenis van een van kracht zijnde overeenkomst de/het voor belastingen bevoegde minister of ministerie of hun gemachtigde vertegenwoordigers.

d. voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat de termen 'belastingbepalingen' en 'belastingen' geen betrekking hebben op douanerechten."

3.164 Art. 21 lid 1 ECT bepaalt dat de ECT de bevoegdheden van de verdragsluitende staten om belastingmaatregelen te treffen, niet beïnvloedt. Dergelijke maatregelen vallen dus in beginsel buiten de materiële reikwijdte van de ECT (daarom wordt ook wel gesproken van een 'carve-out'). Op deze regel bestaan echter uitzonderingen (zogenoemde 'clawbacks'). Eén daarvan, neergelegd in art. 21 lid 5 ECT, houdt in dat belastingmaatregelen geen onteigening mogen inhouden die in strijd is met de voorwaarden uit art. 13 ECT. In dat geval kan een belastingmaatregel wél een schending van de ECT opleveren.¹⁹⁷ Art. 13 ECT heeft betrekking op onteigeningen en luidt in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling als volgt:

"Article 13 Expropriation

1. Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as 'Expropriation') except where such Expropriation is:

- a) for a purpose which is in the public interest;
- b) not discriminatory;
- c) carried out under due process of law; and
- d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the 'Valuation Date').

Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market

¹⁹⁷ Zie over het voorgaande Hobér, a.w., p. 357.

basis from the date of Expropriation until the date of payment.

2. The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph 1.

3. For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its Area in which an Investor of any other Contracting Party has an Investment, including through the ownership of shares."

In de Nederlandse vertaling:

"Artikel 13 Onteigening

1. Investerings van investeerders van een Verdragsluitende Partij op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Partij mogen niet worden genationaliseerd, onteigend of onderworpen aan maatregelen met een soortgelijk effect als nationalisatie of onteigening (hierna te noemen 'ontteigening'), behalve wanneer de onteigening:

- a. geschiedt in het algemeen belang;
- b. niet discriminerend is;
- c. geschiedt met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang; en
- d. gepaard gaat met de betaling van prompte, adequate en doeltreffende compensatie.

Die compensatie is gelijk aan de billijke marktwaarde van de onteigende investering op het tijdstip vlak voordat de onteigening of op handen zijnde onteigening zodanig bekend werd dat de investeringswaarde werd beïnvloed (hierna te noemen: de 'datum van de waardebepaling').

Deze billijke marktwaarde wordt op verzoek van de investeerder berekend in een vrij inwisselbare valuta volgens de voor die valuta op de datum van de waardebepaling geldende marktwisselkoers. De compensatie omvat tevens rente over de periode tussen de onteigenings- en de betalingsdatum, welke berekend wordt tegen een commercieel, op marktbasis vastgesteld tarief.

2. De betrokken investeerder heeft recht op overwijdde toetsing, krachtens het recht van de Verdragsluitende Partij die de onteigening verricht, van zijn zaak, de waardebepaling van zijn investeringen en de betaling van compensatie overeenkomstig de beginselen neergelegd in het eerste lid, door een gerechtelijke of andere onafhankelijke bevoegde instantie van die Partij.

3. Voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat onteigening ook de gevallen omvat waarin een Verdragsluitende Partij de activa onteigent van een vennootschap of onderneming op haar grondgebied waarin een investeerder van een andere Verdragsluitende Partij een investering, ook indien via aandelenbezit, heeft."

3.165 Art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT kent de belastingautoriteiten van de betrokken verdragsstaat ('the relevant Competent Tax Authority') een rol toe bij de beoordeling van de vraag of de getroffen belastingmaatregelen een verboden onteigening in de zin van art. 13 ECT opleveren. De betrokken investeerder of de verdragsstaat dienen de relevante belastingautoriteiten te raadplegen. Laten zij dat na, dan moet de instantie die is verzocht het geschil te beslechten (zoals, in dit geval, het Scheidsgerecht) de kwestie of sprake is van een verboden onteigening in de zin van art. 13 ECT verwijzen naar de relevante belastingautoriteiten. De tekst van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT spreekt van 'shall make a referral', hetgeen duidt op een verplichting van de aangezochte instantie.¹⁹⁸ Uit deze bewoordingen blijkt niet dat de instantie hierin keuzevrijheid heeft.¹⁹⁹ Aan een weigering om de belastingautoriteiten te raadplegen, verbindt art. 21 lid 5 ECT echter geen consequenties.²⁰⁰

3.166 Wel is in art. 25 lid 1 ECT duidelijk bepaald dat de instantie die het geschil beslecht niet gebonden is aan de conclusies van de belastingautoriteiten. Volgens art. 25 lid 1, onder b, punt (iii) kan de instantie de conclusies van de belastingautoriteiten over de vraag of de maatregelen een onteigening inhouden, in overweging nemen ('may take into account'). Waar het gaat om de vraag of maatregelen discriminerend zijn, geldt dat de instantie de bevindingen van de belastingautoriteiten in aanmerking moet nemen bij het vormen van zijn oordeel ('shall take into account'), maar wordt niet de eis gesteld dat deze bevindingen moeten worden overgenomen. De uiteindelijke beoordeling of de belastingmaatregel een onteigening inhoudt dan wel discriminerend is, is aan de instantie die voor de beslechting van het geschil is aangezocht.²⁰¹ Ook bepaalt art. 21 lid 5, onder b, punt (iv), ECT dat het advies van de belastingautoriteiten niet hoeft te worden afgewacht in het geval dat dit na zes maanden nog niet is ontvangen. Het raadplegen van de belastingautoriteiten mag onder geen beding leiden tot vertraging van de geschilbeslechting, aldus deze bepaling. In de literatuur is erop gewezen dat dit alles erop duidt dat de rol van de belastingautoriteiten is gelegen in het faciliteren van de besluitvorming van de aangezochte instantie en dat de woorden 'shall make a referral' van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT tot doel hebben de betrokken belastingautoriteiten in de gelegenheid te stellen hun zienswijze te geven, maar niet om extra bevoegdheids- of ontvankelijkheidsdrempels op te werpen.²⁰² Een nalaten om de belastingautoriteiten te raadplegen kan

¹⁹⁸ Vgl. de (eveneens authentieke) Franse tekst van art. 21 lid 5, onder b, punt (i): '(...) les organes appelés à trancher le différend (...) renvoient l'affaire aux autorités fiscales compétentes'.

¹⁹⁹ Zie Hobér, a.w., p. 371.

²⁰⁰ Zie Hobér, a.w., p. 373.

²⁰¹ Zie Roe & Happold, a.w., p. 193.

²⁰² Daarover is in de arbitrale rechtspraak wisselend geoordeeld, zie Hobér, a.w., p. 369 e.v.

niet leiden tot het beëindigen of onderbreken van de geschilbeslechting.²⁰³

3.167 Duidelijk is dat het Scheidsgerecht in deze zaak, ook als het de relevante belastingautoriteiten had geraadpleegd, niet aan de bevindingen van die autoriteiten gebonden zou zijn geweest. Uit de tekst van art. 21 lid 5, onder b, punten (iii) en (iv), ECT volgt dat een scheidsgerecht het advies van de belastingautoriteiten niet behoeft af te wachten wanneer dit tot vertraging van de procedure leidt. Het is dus niet aanneemelijk dat het raadplegen van de belastingautoriteiten tot een ander oordeel van het Scheidsgerecht zou hebben geleid. Een beroep op vernietiging wegens schending van opdracht kan daarom niet slagen. De verplichting tot het raadplegen van de belastingautoriteiten is niet zo zwaarwegend of dwingend dat arbiters een ernstige schending van hun opdracht begaan wanneer zij hieraan niet voldoen, wanneer zij zich (zoals in dit geval) reeds voldoende voorgelicht achten. De vraag of art. 21 lid 5 ECT een 'nutteloosheidsuitzondering'²⁰⁴ kent, behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.

3.168 Op het voorgaande stuit onderdeel 5.2.1 geheel af.

3.169 *Onderdeel 5.2.2* is gericht tegen rov. 6.3.2 van het eindarrest. Daarin heeft het hof overwogen dat de Russische Federatie geen nadeel heeft ondervonden van de weigering van het Scheidsgerecht om de zaak naar de belastingautoriteiten te verwijzen. Het onderdeel klaagt dat deze motivering speculatief en onjuist is.

3.170 Het hof heeft in rov. 6.3.2 overwogen dat de Russische Federatie er op zichzelf terecht op heeft gewezen dat voor het Scheidsgerecht de verwijzingsverplichting van art. 21 lid 5 ECT dwingend is. Zoals uit de bespreking van onderdeel 5.2.1 volgt, is die verplichting niet zo dwingend dat een weigering om daaraan te voldoen zonder meer een ernstige schending van de opdracht oplevert. De kwestie of de Russische Federatie nadeel heeft ondervonden van de weigering van het Scheidsgerecht om de kwestie aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen, behoeft daarom geen bespreking. De in dit verband aangedragen klachten nemen bovendien tot uitgangspunt dat raadpleging van de belastingautoriteiten tot een andere beslissing van het Scheidsgerecht hadden kunnen of moeten leiden. Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, zou het Scheidsgerecht echter niet gebonden zijn geweest aan de bevindingen van de belastingautoriteiten en niet verplicht om de conclusies over de vraag of sprake is van een onteigening in overweging te nemen. *Onderdeel 5.2.2* faalt dus.

3.171 *Onderdeel 5.2.3* is gericht tegen rov. 6.3.3, waarin het hof onder meer heeft overwogen dat de informatie die het Scheidsgerecht door middel van een verwijzing naar de Russische belastingautoritei-

ten had kunnen verkrijgen, vermoedelijk niet tot een ander oordeel had geleid. Volgens het onderdeel is dit oordeel ontoelaatbaar speculatief, mede in het licht van het standpunt van de Russische Federatie dat de belastingautoriteiten haar visie zouden hebben ondersteund.

3.172 De klacht miskent dat, zoals ik reeds uiteen heb gezet, art. 21 lid 5 ECT niet vereist dat een scheidsgerecht de van de belastingautoriteiten verkregen bevindingen volgt. Bovendien kan het hof niet met recht verweten worden een 'speculatief' oordeel te hebben gegeven. Het hof moest in het kader van de beoordeling van art. 1065 lid 1, onder c, Rv immers beoordelen of het Scheidsgerecht tot een ander oordeel zou zijn gekomen. Dat oordeel kan niet anders worden gevormd dan door te speculeren over de vraag wat het Scheidsgerecht zou hebben beslist als het meer of andere informatie had gehad. Ook daarom faalt het onderdeel.

3.173 *Onderdeel 5.2.4* klaagt over rov. 6.3.4, waarin het hof heeft geoordeeld dat er geen aanleiding was het geschil ook voor te leggen aan de belastingautoriteiten in Cyprus en het Verenigd Koninkrijk (waar HVY gevestigd zijn). Volgens het hof is niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden, terwijl art. 21 lid 5 ECT slechts voor die gevallen voorschrijft dat de betrokken belastingautoriteiten moeten worden geraadpleegd. Het hof is met dit oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden en heeft bovendien in strijd met art. 21 ECT geoordeeld, aldus het onderdeel.

3.174 Uit art. 21 ECT volgt niet dat steeds de belastingautoriteiten van alle betrokken landen moeten worden aangezocht. Art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT bepaalt immers dat de 'relevant Competent Tax Authority' resp. 'relevant Competent Tax Authorities' moeten worden geraadpleegd. Welke autoriteiten 'relevant' zijn, wordt niet nader gedefinieerd. Gelet op de context waarin het begrip wordt gebruikt, ligt het voor de hand om, zoals het hof in rov. 6.4.3 heeft overwogen, 'relevant' te interpreteren als 'in staat om informatie te geven over de vraag of sprake is van een (discriminerende) onteigening'. Bovendien ligt het voor de hand dat het aan een scheidsgerecht is om in een concreet geval te beoordelen welke belastingautoriteiten relevant zijn. De verwijzing naar 'Competent Tax Authorities' (meervoud) in art. 21 lid 5, onder b, punten (ii) en (iv) heeft als achtergrond dat bij de definitie van 'Competent Tax Authority' in art. 21 lid 7 ECT wordt verwezen naar 'a double taxation agreement', dat wil zeggen naar verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In dergelijke gevallen ligt het voor de hand dat zowel de autoriteiten uit het vestigingsland van de investeerder, als die van het gastland worden geraadpleegd (met als doel tussen deze autoriteiten een oplossing van de belastingproblemen te bereiken). Uit art. 21 lid 5 ECT volgt dus niet dat steeds de belastingautoriteiten van alle betrokken staten zouden moeten worden geraadpleegd, ook wanneer die in een concreet geval niet 'relevant'

²⁰³ Hobér, a.w., p. 373.

²⁰⁴ Het onderdeel verwijst naar de overweging van het Scheidsgerecht in para. 1421 van de *Final Awards* dat het raadplegen van de belastingautoriteiten een zinloze exercitie ('an exercise in futility') zou zijn.

worden geacht. Door art. 21 lid 5 ECT ambtshalve uit te leggen en toe te passen, is het hof niet buiten de grenzen van de rechtstrijd getreden. Voor het overige bouwt het onderdeel voort op eerdere klachten en deelt het onderdeel het lot daarvan. Onderdeel 5.2.4 faalt dus.

3.175 *Onderdeel 5.2.5* klaagt dat het hof het beroep van de Russische Federatie heeft verworpen op (een analogie met) het uit het Nederlandse burgerlijk procesrecht afkomstige prognoseverbod. Volgens het onderdeel zou het Scheidsgerecht dit prognoseverbod hebben geschonden door bij voorbaat te oordelen dat het raadplegen van de Russische belastingautoriteiten zinloos zou zijn.

3.176 Niet is komen vast te staan dat het Scheidsgerecht aan een dergelijk prognoseverbod was gebonden. Het onderdeel geeft voor de binding aan het prognoseverbod geen andere onderbouwing dan een verwijzing naar de verplichting van art. 21 lid 5 ECT, maar uit die bepaling is niet af te leiden dat daarin een prognoseverbod besloten ligt. Het onderdeel licht dat ook niet nader toe. Daarop stuit de klacht van het onderdeel af.

3.177 *Onderdeel 5.2.6* beoogt dat de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het HvJEU moet stellen over de juiste uitleg van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT.

3.178 Onder verwijzing naar hetgeen ik ten aanzien van onderdeel 2.7 heb opgemerkt, acht ik ook ten aanzien van onderdeel 5 het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJEU over de uitleg van art. 21 ECT niet noodzakelijk voor de uitkomst van het geding in cassatie. Het hof heeft in het bestreden arrest immers in lijn met het betoog van de Russische Federatie geoordeeld dat het Scheidsgerecht in strijd met art. 21 lid 5 ECT heeft gehandeld. Het hof heeft echter deze schending van de opdracht niet voldoende ernstig gevonden dat tot vernietiging van de *Yukos Awards* moet worden overgegaan. Het al dan niet slagen van de cassatieklachten over dat oordeel hangt daarmee niet af van de uitleg van art. 21 lid 5 ECT, maar van de vraag of de overwegingen van het hof in het kader van art. 1065 lid 1, onder c, Rv begrijpelijk zijn. Voor het stellen van prejudiciële vragen bestaat daarom geen noodzaak.

3.179 De slotsom is dat onderdeel 5 faalt.

Onderdeel 6: de rol van de secretaris van het Scheidsgerecht

3.180 *Onderdeel 6* valt uiteen in twee subonderdelen en ziet, kort gezegd, op de betrokkenheid van de assistent (secretaris) van het Scheidsgerecht, Valasek, bij het concipiëren van de arbitrale vonnissen. Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, on-

der d, Rv). Het hof heeft dit betoog in rov. 6.6.1-6.6.15 verworpen.

3.181 *Onderdeel 6.1* bevat geen klachten, maar beschrijft de achtergrond van de klachten en vat het bestreden oordeel van het hof samen.

Onderdeel 6.2: delegatie aan secretaris van het Scheidsgerecht

3.182 *Onderdeel 6.2* bevat drie klachten: (i) een klacht (onder 6.2.1) over de afwijzing door het hof van het aanbod van de Russische Federatie om de bijdrage van Valasek aan het besluitvormingsproces te bewijzen door middel van het horen van getuigen, (ii) een klacht (onder 6.2.2) dat het oordeel van het hof in strijd is met art. 1065 lid 1, onder b, Rv jo. art. 1026 lid 1 Rv, die bepalen dat een arbitraal vonnis niet door een even aantal arbiters mag worden gewezen, en (iii) een klacht (onder 6.2.3) dat het hof bij zijn oordeel verschillende (ongeschreven) procedureregels heeft miskend.

Inleidende opmerkingen

3.183 Het onderdeel stelt de vraag aan de orde in hoeverre arbiters (delen van) hun werkzaamheden kunnen delegeren aan een secretaris of assistent, zonder dat daarbij het uitgangspunt dat zij hun taken persoonlijk moeten vervullen,²⁰⁵ geweld wordt aangedaan en zonder dat de secretaris in feite als een 'vierde arbiter' gaat optreden. Concreet rijst de vraag in hoeverre een secretaris de beslissende of dragende delen van het vonnis mag concipiëren.

3.184 Over deze kwestie bestaan verschillende opvattingen.²⁰⁶ Sommige auteurs hebben erop gewezen dat het risico bestaat dat de secretaris op ontoelaatbare wijze wordt betrokken bij de besluitvorming door het scheidsgerecht, indien hierop niet zorgvuldig toezicht wordt gehouden.²⁰⁷ Niettemin concludeert Born:

'the better view is that there is no per se prohibition on secretaries or junior lawyers performing such tasks, provided that the members of the tri-

²⁰⁵ Zie Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, 2018, nr. 4.14.2; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. Vol. II: *International Arbitral Procedures*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 1999; M.P.J. Smakman, *De rol van de secretaris van het scheidsgerecht belicht*, *TvA* 2007/2, onder 4; Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration*, *Arbitration International* 2002, p. 147-163.

²⁰⁶ Naast de hierna te noemen literatuur verwijst de procesinleiding (nr. 212, p. 109) naar de bijdrage van F.J.M. de Ly, *Kroniek internationale arbitrage*, *TvA* 2012/84. Daarin lees ik, anders dan het onderdeel, niet dat De Ly van mening is dat secretarissen geen vonnissen mogen schrijven. Weliswaar schrijft De Ly: 'Nog steeds mogen beslissingen of andere wezenlijke taken van arbiters niet aan een secretaris gedelegeerd worden en mogen notities van secretarissen er niet toe leiden dat arbiters de zaak niet persoonlijk bekijken en geen vonnissen schrijven', maar dit is een beschrijving van de praktijk onder de (nieuwe) ICC-notitie van 1 augustus 2012 die wordt gevolgd ten aanzien van de benoeming, de taken en de bezoldiging van administratieve secretarissen in het kader van ICC arbitrage.

²⁰⁷ Born, a.w., p. 2000; Partasides, a.w., p. 148 e.v.

bunal carefully review and make appropriate use of any preparatory work.²⁰⁸

Peters sluit zich hierbij aan en meent dat het geen probleem is als secretarissen (delen van) een arbitraal vonnis schrijven, mits dat gebeurt naar instructies en onder verantwoordelijkheid van het scheidsgerecht en dit de teksten niet klakkeloos overneemt.²⁰⁹ Smakman heeft een soortgelijk standpunt ingenomen.²¹⁰ Sanders meent dat 'de motivering aan het vonnis of onderdelen ervan (...) uitsluitend de taak (is) van het scheidsgerecht dat dit in eigen bewoording zal doen'.²¹¹ Von Hombracht-Brinkman maakt een onderscheid tussen gevallen waarin het scheidsgerecht (deels) uit juristen bestaat, en gevallen waarin dit niet zo is, en acht het schrijven van een vonnis door een secretaris enkel in het laatste geval acceptabel.²¹² Partasides acht het onwenselijk (maar niet per definitie onacceptabel) dat het schrijven van een concept van de beslissing aan een secretaris wordt overgelaten, maar schrijft ook dat dit sterk van de omstandigheden afhangt. Het is bovendien aan de arbiter om hierover beslissingen te nemen.²¹³ Polkinghorne en Rosenberg zijn uitgesproken: volgens hen is het niet toelaatbaar dat de secretaris inhoudelijke onderdelen van het vonnis schrijft.²¹⁴

3.185 Er is geen sprake van een algemeen aanvaarde regel of praktijk die inhoudt dat het in alle gevallen onacceptabel is als het concipiëren van inhoudelijke delen van een arbitraal vonnis aan een secretaris wordt opgedragen.²¹⁵ Daarvoor zal ook moeten komen vast te staan dat hierbij grenzen zijn overschreden die voortvloeien uit het beginsel van behoorlijke taakvervulling door arbiters. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als blijkt dat het scheidsgerecht de door de secretaris geschreven teksten zonder meer heeft overgenomen, of als de secretaris op ongeoorloofde wijze bij de besluitvorming is betrokken. De bewijslast ten aanzien van dergelijke

feiten ligt, zoals geldt voor ieder beroep op één van de vernietigingsgronden van art. 1065 Rv, bij degene die zich op de vermeende schending van de opdracht door de arbiters beroept.²¹⁶ Het bewijzen van dergelijke feiten zal niet eenvoudig zijn, maar dit wordt gerechtvaardigd doordat de arbiters een zwaar verwijt wordt gemaakt (het veronachtzamen van hun persoonlijke taak), en door de terughoudendheid die in het algemeen bij een beroep op art. 1065 lid 1, onder c, Rv in acht moet worden genomen.

3.186 Het ontbreken van een algemeen aanvaarde regel over deze kwestie verklaart dat daarover in sommige arbitragereglementen specifieke regels zijn opgenomen. Het hof heeft – in cassatie onbestreden – overwogen dat het in deze zaak toepasselijke UNCITRAL-reglement op dit punt geen regels bevat (rov. 6.6.14.1), zodat het aan de discretie van arbiters is overgelaten in hoeverre zij bepaalde taken aan hun secretaris delegeren, waarbij zij het uitgangspunt van persoonlijke vervulling van hun taken moeten eerbiedigen. Volgens het hof is niet gebleken dat arbiters dit uitgangspunt hebben geschonden en dat ook in het geval dat Valasek conceptteksten heeft aangeleverd voor de dragende delen van het vonnis, dit nog niet betekent dat hij ook zelf beslissingen heeft genomen (rov. 6.6.14.1, slot). Volgens het hof is niet gebleken dat het nemen van voor de arbitrale vonnissen relevante inhoudelijke beslissingen aan Valasek zou zijn gedelegeerd, of dat Valasek de eindverantwoordelijkheid voor (bepaalde onderdelen van) de vonnissen zou hebben gehad. Daarom kan volgens het hof niet van een schending van opdracht in de zin van art. 1065 lid 1, onder c, Rv worden gesproken.

3.187 Na deze uiteenzetting bespreek ik de drie klachten van het onderdeel.

Onderdelen 6.2.1: afwijzing bewijsaanbod Russische Federatie

3.188 *Onderdeel 6.2.1* klaagt over rov. 6.6.5, waarin het hof het bewijsaanbod van de Russische Federatie heeft afgewezen. De Russische Federatie heeft aangeboden Valasek te laten horen over 'de door hem gedeclareerde uren en zijn bijdragen aan het 'decision-making process' van het Scheidsgerecht', en verder om twee getuigen-deskundigen te laten horen.²¹⁷

3.189 Het hof heeft dit bewijsaanbod afgewezen, omdat het veronderstellenderwijs heeft aangenomen dat Valasek 'grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de Hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept)-teksten heeft aangeleverd die arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt'. Daardoor was bewijslevering niet langer aan de orde. De klacht wil kennelijk betogen dat het hof desondanks alsnog bewijslevering had moeten toe-

208 Born, a.w., p. 2000. In gelijke zin Peters, a.w., onder 13.

209 Zie de noot van Peters bij het eindarrest van het hof, *JOR* 2020/16, onder punt 13.

210 Smakman, a.w., onder 4.

211 P. Sanders, De secretaris van het scheidsgerecht, *TvA* 2007/29, onder 2.

212 F.D. von Hombracht-Brinkman, Er zijn secretarissen en secretarissen! Reactie op het artikel van prof. mr. P. Sanders, 'De secretaris van het scheidsgerecht', *TvA* 2008/17.

213 Partasides, a.w., p. 158.

214 Michael Polkinghorne & Charles B. Rosenberg, The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard, *Dispute Resolution International*, Vol. 8, 2014, p. 107-128. Deze auteurs besteden in hun bijdrage aandacht aan de rol van de secretaris in verschillende arbitragereglementen en doen een aantal aanbevelingen ('standards'). Eén van die 'standards' is dat de secretaris 'substantive portions of awards' niet mag voorbereiden en geen 'decision-making functions' mag hebben (p. 127).

215 De procesinleiding verwijst voorts nog naar een aantal als producties overgelegde artikelen, waaruit naar mijn mening evenmin een algemeen geaccepteerde opvatting is af te leiden. Sommige bijdragen (producties RF-396 en RF-405) bespreken een specifiek arbitragereglement, terwijl auteurs van andere bijdragen een eigen opvatting verdedigen maar ook laten zien dat uiteenlopende opvattingen bestaan (producties RF-400, RF-403, RF-404).

216 HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8097, *NJ* 2011/475, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.3.

217 Memorie van antwoord, nr. 991.

staan, omdat de mogelijkheid bestaat dat Valasek door het aanleveren van bedoelde teksten ook de uiteindelijke beslissingen van het Scheidsgerecht heeft beïnvloed. In feite klaagt het onderdeel dat het hof het bewijsaanbod van de Russische Federatie te beperkt heeft opgevat. Een dergelijke klacht moet echter falen, nu de uitleg van de gedingstukken aan het hof is voorbehouden.²¹⁸

Onderdeel 6.2.2: even aantal arbiters?

3.190 *Onderdeel 6.2.2* klaagt dat het hof in rov. 6.6.13 het beroep op art. 1065 lid 1, onder b, Rv jo. art. 1026 lid 1 Rv heeft verworpen. Dat beroep houdt in dat de Yukos Awards door de betrokkenheid van Valasek in feite niet door drie, maar door vier arbiters zouden zijn geweest, hetgeen strijd oplevert met de genoemde bepalingen. Het hof heeft overwogen dat de Yukos Awards door de drie aangestelde arbiters zijn ondertekend, zodat aan de eisen van deze bepalingen is voldaan. Het hof heeft daarmee een te beperkte uitleg gegeven aan die bepalingen, omdat deze er ook op zien te voorkomen dat niet een vierde persoon feitelijk als arbiter optreedt, aldus het onderdeel.

3.191 Art. 1026 lid 1 Rv bepaalt dat het scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters moet bestaan. Art. 1065 lid 1, onder b, Rv bepaalt vervolgens dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd als het scheidsgerecht niet geldig is samengesteld. Het onderdeel betoogt dat art. 1026 lid 1 Rv niet enkel de formele eis stelt dat het scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters moet bestaan, maar ook beoogt te voorkomen dat een vierde persoon bij de besluitvorming betrokken is. Er zijn geen aanwijzingen in de literatuur en wetsgeschiedenis dat deze bepaling inderdaad op deze wijze moet worden verstaan.²¹⁹ In beginsel kan worden aangenomen dat uit de ondertekening van een arbitraal vonnis kan worden afgeleid welke arbiters het vonnis hebben gewezen, zoals ook bij overheidsrechtspraak uit de ondertekening van de rechterlijke beslissing blijkt welke rechters deze beslissing hebben gewezen.²²⁰ Als uit de ondertekening blijkt dat het vonnis door een oneven aantal arbiters is gewezen, is daarmee voldaan aan de eis van art. 1026 lid 1 Rv. Dat alles neemt uiteraard niet weg dat het onwenselijk is dat een vierde persoon in feite als arbiter optreedt door invloed uit te oefenen op de beslissing in de arbitrageprocedure. Het hof heeft dit niet miskend, maar in rov. 6.6.14 e.v. kenbaar onderzocht of de arbiters een deel van hun persoonlijke opdracht aan Valasek hebben gedelegeerd. Op het voorgaande stuit de klacht af.

Onderdeel 6.2.3: rol secretaris

3.192 *Onderdeel 6.2.3* voert vijf klachten aan (aangeduid met de letters a tot en met e). Ik bespreek deze klachten kort.

3.193 De eerste klacht (*onder a*) is gericht tegen de verwerping door het hof van het betoog van de Russische Federatie dat er een (ongeschreven) regel bestaat die meebrengt dat een secretaris geen inhoudelijke delen van een arbitraal vonnis mag schrijven. Volgens de klacht heeft het hof miskend dat een dergelijke delegatie van inhoudelijke taken aan een secretaris alleen na uitdrukkelijke toestemming van partijen mag gebeuren. De tweede klacht (*onder b*) is gericht tegen de beslissing van het hof in rov. 6.6.14.2 dat door partijen niet 'geheel' te informeren over de concipieertaak van Valasek, het Scheidsgerecht zijn opdracht niet ernstig heeft geschonden.

3.194 De beide klachten kunnen gezamenlijk worden besproken. Zoals ik reeds heb vermeld, is geen sprake van een ongeschreven regel. Voor zover de beide klachten betogen dat het hof het belang van transparantie door het Scheidsgerecht bij het delegeren van inhoudelijke taken heeft miskend, geldt dat het hof in rov. 6.6.14.2 heeft erkend dat het Scheidsgerecht partijen op dit punt volledig had moeten inlichten, maar heeft geoordeeld dat deze schending van de opdracht niet ernstig genoeg is om vernietiging van de arbitrale vonnissen te rechtvaardigen. Hierop stuiten de beide klachten af. Het oordeel van het hof is voor het overige niet onbegrijpelijk.

3.195 De derde klacht (*onder c*) voert aan dat het hof in rov. 6.6.14.1 ten onrechte heeft beslist dat alleen een specifieke bepaling in het toepasselijke arbitragereglement in de weg kan staan aan het delegeren van inhoudelijke taken door arbiters aan een assistent.

3.196 Deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van rov. 6.6.14.1. Het hof heeft immers niet overwogen dat de bevoegdheid van arbiters om taken te delegeren enkel door het arbitragereglement wordt beperkt. Volgens het hof is het, bij gebreke van concrete partijafspraken en zolang de inhoudelijke beslissingen door de arbiters zelf worden genomen, aan de discretie van het Scheidsgerecht overgelaten in hoeverre voor het concipiëren van het arbitrale vonnis gebruik wordt gemaakt van een assistent of secretaris. De arbiters moeten dus steeds het uitgangspunt van persoonlijke taakvervulling eerbiedigen. Het hof heeft kenbaar onderzocht of de gang van zaken daarmee in conflict komt, en heeft die vraag ontkennend beantwoord. De klacht faalt derhalve.

3.197 De vierde klacht (*onder d*) is gericht tegen rov. 6.6.14.1 en klaagt over het oordeel dat van een (voldoende ernstige) schending van de opdracht slechts sprake kan zijn indien arbiters het nemen van inhoudelijke beslissingen of de eindverantwoordelijkheid over het vonnis in het geheel aan hun assistent hebben overgelaten.

218 Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/157; A.E.H. van der Voort Maarschalk, De toetsing in cassatie, in B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 68.

219 Zie Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, a.w., p. 60; Van den Berg e.a., *Arbitragerecht*, a.w., p. 46; Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, a.w., nrs. 4.4.1 en 9.3.3; G.J. Meijer e.a., *Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/III.8.3*.

220 Vgl. bijvoorbeeld HR 18 november 2016, NJ 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilffgaarde (*Meavita*), rov. 3.2.5.

3.198 Het oordeel van het hof is in het licht van de hiervoor beschreven standpunten in de literatuur niet onjuist en evenmin onbegrijpelijk, zodat de klacht faalt.

3.199 De vijfde klacht (*onder e*) houdt in dat het beginsel van persoonlijke taakvervulling tot nihil zou worden gereduceerd als arbiters het schrijven van hun vonnissen in het geheel aan een secretaris zouden kunnen delegeren, waarbij het bewijs dat zij hun taak zelf hebben verricht slechts kan bestaan uit het feit dat zij het vonnis hebben ondertekend.

3.200 De klacht bouwt voort op de voorgaande klachten. Dat de arbiters het vonnis hebben ondertekend kan bewijs opleveren dat het scheidsgerecht op de juiste wijze was samengesteld, maar bewijst niet zonder meer dat het beginsel van persoonlijke taakvervulling is geëerbiedigd. Dat uitgangspunt blijft onverkort gelden, met dien verstande dat moet komen vast te staan dat daaraan in een concreet geval niet is voldaan. Zoals uit mijn bespreking van dit onderdeel volgt, is van schending van het beginsel van persoonlijke taakvervulling niet reeds sprake in het geval dat inhoudelijke delen van het arbitraal vonnis door een secretaris zijn geschreven. Hierop stuiten alle klachten van onderdeel 6.2.3 af.

3.201 De slotsom is dat onderdeel 6 faalt.

Onderdeel 7: ontbreken van motivering?

3.202 Onderdeel 7 valt uiteen in twee onderdelen en is gericht tegen rov. 8.4.13 en 8.4.16 van het eindarrest. Deze overwegingen zien op het betoog dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen ('shams') waren. Het Scheidsgerecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden. Volgens het hof heeft het Scheidsgerecht daarmee bedoeld op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd (rov. 8.4.13). Volgens het onderdeel is deze 'reparatiepoging' in strijd met art. 19 en 24 Rv, en bovendien onbegrijpelijk.

Inleidende opmerkingen

3.203 Voorafgaand aan de bespreking van de klachten merk ik het volgende op (zie ook de onbestreden vooropstelling van het hof in rov. 8.1.2). De Russische Federatie heeft een beroep gedaan op de vernietigingsgrond uit art. 1065 lid 1, onder d, Rv. Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering, aldus de Hoge Raad.²²¹ Het controleren van de deugdelijkheid van de motivering van het arbitrale vonnis kan immers neerkomen op een inhoudelijke herbeoordeling van dat vonnis, waartoe de rechter niet bevoegd is. Wel kunnen zich gevallen voordoen waarin weliswaar een motivering is gegeven, maar daarin enige steek-

houdende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen.²²² Vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv is dan gerechtvaardigd, ook al moet de rechter van deze bevoegdheid terughoudend gebruik maken, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.²²³ Voor vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv geldt dus een hoge drempel.

3.204 De context van de klachten van onderdeel 7 is, kort gezegd, de volgende (zie voor een uitgebreidere weergave rov. 8.4.2 e.v. van het eindarrest). In de arbitrageprocedure hebben HVY aangevoerd dat de belastingnaheffing die aan Yukos is opgelegd gefabriceerd was en neerkwam op een onteigening. De Russische Federatie heeft betoogd dat HVY hadden kunnen weten dat de wijze waarop Yukos gebruik maakte van belastingvrijstelling in lage-belastingregio's (waaronder Mordovië) in strijd was met de geldende 'bad faith taxpayer doctrine'. Het Scheidsgerecht heeft beoordeeld of het bewijs is geleverd dat sprake was van kwade trouw. Het Scheidsgerecht heeft vervolgens geoordeeld dat 'the massive record' geen bewijs bevat van deze stelling dat Yukos' Mordovische vennootschappen 'shams' (schijnvennootschappen) waren (paragraaf 639 *Final Awards*). In de vernietigingsprocedure heeft de Russische Federatie aangevoerd dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd, omdat in de arbitrageprocedure wel degelijk bewijsmateriaal is overgelegd. Het hof heeft dit betoog verworpen, omdat volgens het hof duidelijk is dat het Scheidsgerecht met 'the massive record' (het omvangrijke dossier) duidt op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd (rov. 8.4.13). Het hof heeft dit in rov. 8.4.1.4-8.4.16 nader onderbouwd door erop te wijzen dat het oordeel van het Scheidsgerecht in het teken staat van de vraag of in de Russische belastingprocedure sprake was van 'due process'.

3.205 *Onderdeel 7.1* bevat een inleiding en geen klachten. *Onderdeel 7.2* valt uiteen in vier subonderdelen met klachten.

Onderdeel 7.2.1: onverenigbaarheid met art. 19 en 24 Rv?

3.206 Volgens *onderdeel 7.2.1* is het oordeel van het hof onverenigbaar met art. 24 en 19 Rv, omdat de uitleg van het hof dat 'the massive record' verwijst naar het belastingdossier en niet naar het arbitrage-dossier, door geen van beide partijen is verdeeld.

²²² HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2. Zie ook de conclusie van A-G Bakels vóór het in de vorige voetnoot genoemde arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2000, waarin hij pleit dat onder het ontbreken van een motivering ook zou moeten worden verstaan 'een motivering die zó gebrekkig is, dat zij naar informatie gehalte en overtuigingskracht, met een geheel ontbrekende motivering op één lijn is te stellen'.

²²³ HR 22 december 2006, ECLI:NL:2006:AZ1593, NJ 2008/4, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

²²¹ HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4947, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

3.207 Deze klacht faalt. Bij het hof lag immers de vraag voor hoe het desbetreffende oordeel van het Scheidsgerecht moest worden begrepen. Daarom had het hof ook de vrijheid dit oordeel anders uit te leggen dan door partijen verdedigd. Die verdedigde uitleg is als zodanig geen feit, maar vormt juist de kwestie waarover een uitspraak van het hof wordt gevraagd. Er is dan ook geen sprake van verboden aanvulling van de feitelijke grondslag (art. 24 Rv) of van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv).

Onderdeel 7.2.2: bewijsmateriaal in fiscale procedure

3.208 *Onderdeel 7.2.2* klaagt over de overweging van het hof aan het slot van rov. 8.4.13, dat de Russische Federatie niet heeft aangevoerd dat het bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd ook reeds in de belastingprocedure was overgelegd. Volgens het onderdeel was er voor de Russische Federatie geen reden om dit aan te voeren, omdat dit een 'evident feit' is. Verder was, aldus het onderdeel, duidelijk dat verschillende in de arbitrageprocedure overgelegde bewijsstukken afkomstig waren uit de belastingprocedure.

3.209 De door het onderdeel bestreden overwegingen bouwen voort op de verwerping door het hof van het betoog van de Russische Federatie, dat in de arbitrageprocedure bewijs is geleverd van kwade trouw bij Yukos/HVY. Het hof heeft in lijn hiermee geoordeeld dat bedoelde bewijsstukken niet relevant zijn, nu het erom ging of zij in de belastingprocedure waren ingediend, wat de Russische Federatie niet heeft gesteld. Het hof behoefde niet zonder daarop gerichte stellingen van de Russische Federatie, zelfstandig te onderzoeken of bepaalde bewijsstukken ook in de belastingprocedure waren ingediend. Zou het hof dat wel hebben gedaan, dan had het hof de grenzen van de rechtsstrijd overschreden en bovendien de feitelijke grondslag aangevuld door zelf feiten vast te stellen en deze in aanmerking te nemen. De klacht stuit hierop af.

Onderdeel 7.2.3: betekenis belastingdossier

3.210 *Onderdeel 7.2.3* voert aan dat het Scheidsgerecht zich op andere punten dan de Mordovische schijnvennootschappen (namelijk het gebruik van schijnvennootschappen in Lesnoy en Trekghorny) heeft aangesloten bij 'Audit Reports' en 'Decisions' van de Russische belastingautoriteiten en geen betekenis heeft gehecht aan het belastingdossier als zodanig. Volgens het onderdeel beschikte het Scheidsgerecht ook niet over de Russische belastingdossiers. Er bestaan bovendien meerdere belastingdossiers, zodat geen sprake is van één 'massive record' (enkelvoud). Daarom zou de uitleg van dit oordeel door het hof onbegrijpelijk zijn, aldus de klacht.

3.211 Ook na herhaalde lezing van het onderdeel is mij niet duidelijk geworden wat het onderdeel wil betogen. Voor zover het onderdeel bedoelt te beto-

gen dat het hof heeft miskend dat het oordeel van het Scheidsgerecht niet begrijpelijk is en daarom niet voldoet aan de eisen van art. 1065 lid 1, onder d, Rv, faalt de klacht, omdat dit betoog in feitelijke instanties niet is gevoerd (toen werd immers aangevoerd dat het motiveringsgebrek erin was gelegen dat in de arbitrageprocedure wel degelijk bewijs was geleverd). Voor zover het onderdeel bedoelt te betogen dat de lezing van het hof in rov. 8.4.13 onlogisch is, omdat het Scheidsgerecht met 'the massive record' niet op het belastingdossier kon doelen, faalt ook deze klacht, omdat deze redenen in feitelijke instanties niet zijn aangedragen (toen werd immers een ander betoog gevoerd). Verder geldt dat het hof zijn lezing in rov. 8.4.14-8.4.16 uitvoerig met argumenten heeft onderbouwd. Deze overwegingen worden niet bestreden.

3.212 *Onderdeel 7.2.4*, ten slotte, is gericht tegen rov. 8.4.16. Dit onderdeel gaat er vanuit dat het hof in die overweging een 'subsidiare' motivering voor zijn afwijzing van het beroep op art. 1065 lid 1, onder e, Rv heeft gegeven, daarbij zijn eerdere afwijzing (rov. 8.4.13 e.v.) 'terzijde schuivend'.

3.213 Het onderdeel miskent dat het hof in de bestreden overweging geen 'subsidiare' motivering geeft, maar ten overvloede overweegt dat ook als de door de Russische Federatie verdedigde lezing van paragraaf 639 van de *Final Awards* juist is, dit de uiteindelijke conclusie van het Scheidsgerecht onverlet laat. Dat het gaat om een overweging ten overvloede blijkt eruit dat het hof in rov. 8.4.13 uitdrukkelijk van een andere lezing van het oordeel van het Scheidsgerecht is uitgegaan. Hierop stuiten de klachten af.

3.214 Uit het voorgaande volgt dat de klachten van onderdeel 7 vergeefs zijn voorgesteld.

Onderdeel 8: veegklacht

3.215 *Onderdeel 8* van het middel bevat een veegklacht die voortbouwt op de onderdelen 1 t/m 7. Het onderdeel betoogt dat bij het slagen van een of meer onderdelen 1 t/m 7 de door het hof gesauveerde schadevergoeding die het Scheidsgerecht aan HVY heeft toegekend, niet in stand kan blijven.

3.216 Nu de onderdelen 1 t/m 7 falen, behoeft deze veegklacht geen bespreking.

Slotsom principaal beroep

3.217 De slotsom is dat het principale beroep dient te worden verworpen.

4 Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

4.1 HVY hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen zowel het tussenarrest als het eindarrest. Het incidentele cassatiemiddel bevat drie onderdelen, die alle zijn ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van het principale cassatiemiddel van de Russische Federatie slaagt. Nu het principale cassatieberoep niet slaagt, behoeft het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep geen bespreking.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaken C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 en C/09/481619 / HA ZA 15-112 van de rechtbank Den Haag van 11 maart 2015, 8 juli 2015 en 20 april 2016;

b. de arresten in de zaak 200.197.079/01 van het gerechtshof Den Haag van 11 oktober 2016, 25 september 2018, 18 december 2018 en 18 februari 2020.

De Russische Federatie heeft tegen de arresten van het hof van 25 september 2018 en 18 februari 2020 beroep in cassatie ingesteld.

HVY hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

Partijen hebben schriftelijke toelichtingen ingediend en hun standpunten mondeling bepleit.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Inleiding en wijze van behandeling

(a) Inleiding

2.1 De Russische Federatie is in arbitrale procedures veroordeeld schadevergoeding te betalen aan drie (voormalige) aandeelhouders van Yukos Oil Company wegens schending van haar verplichtingen uit het Verdrag inzake het Energiehandvest (*The Energy Charter Treaty*, hierna: ECT).¹ Deze zaak gaat over de vraag of de in die procedures gewezen vonnissen moeten worden vernietigd.

(b) Wijze van behandeling

2.2 De Hoge Raad zal eerst (onder 3) enkele uitgangspunten voor de beoordeling van de zaak weergeven. Dat betreft (a) de feiten, (b) het toepasselijke recht en (c) de vordering van de Russische Federatie en de beslissingen van de rechtbank en het hof daarover. Ook zullen daar onder (d) de voor de beoordeling in cassatie meest relevante oordelen van het hof in grote lijnen worden weergegeven.

2.3 Vervolgens zal (onder 4) een samenvatting worden gegeven van de cassatieklachten van de Russische Federatie en van HVY.

2.4 De Hoge Raad zal (onder 5) het principale beroep van de Russische Federatie per onderdeel behandelen.

Daarbij zullen telkens eerst worden weergegeven de overwegingen van het hof voor zover die voor de beoordeling van het onderdeel van belang zijn. Daarna zullen bij de behandeling van de onderdelen 1, 2, 3 en 5 de relevante wets- en verdragsbepalingen worden weergegeven; de verdragsbepalingen in de authentieke Engelstalige versie. Vervolgens zullen de klachten van het onderdeel worden beoordeeld. Bij de onderdelen 6, 7 en 8 zullen de overwegingen van het hof waartegen de klachten zich richten niet worden weergegeven, omdat de onderdelen 6 en 7 geheel met een verkorte motivering op de voet van art. 81 lid 1 RO zullen worden afgedaan en onderdeel 8 geen afzonderlijke behandeling behoeft.

2.5 Vervolgens zal de Hoge Raad (onder 6) beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden waaronder HVY het incidentele beroep hebben ingesteld.

2.6 De Hoge Raad zal (onder 7) de slotsom formuleren.

2.7 Tot slot volgt (onder 8) de beslissing.

3 *Uitgangspunten en feiten*

(a) Feiten

3.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

(i) HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij. Yukos is op 1 augustus 2006 failliet verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister geschrapt.

(ii) HVY hebben in 2004 op de voet van art. 26 ECT een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie (hierna: de arbitrageprocedure). HVY vorderden in de arbitrageprocedure dat de Russische Federatie veroordeeld zou worden om aan hen schadevergoeding te betalen. Zij legden daaraan ten grondslag dat de Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos had onteigend en had nagelaten deze investeringen te beschermen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

(iii) Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde scheidsgerecht (hierna: het scheidsgerecht) heeft in drie afzonderlijke *interim awards*² (hierna: de *interim awards*) geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het scheidsgerecht. In de *interim awards* heeft het scheidsgerecht bepaalde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase (*the merits phase*) van het geding.

¹ Verdrag inzake het Energiehandvest, Lissabon, 17 december 1994, *Trb.* 1995, 108.

² *Hulley Enterprises v. The Russian Federation*, PCA Case No. 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009; *Yukos Universal v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009; *Veteran Petroleum v. The Russian Federation*, PCA Case No. 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009.

(iv) In drie afzonderlijke *final awards*³ (hierna: de *final awards*) heeft het scheidsgerecht de nog resterende bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverwerpen van de Russische Federatie verworpen, geoordeeld dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder art. 13 lid 1 ECT heeft geschonden en de Russische Federatie veroordeeld aan HVY schadevergoeding te betalen ten bedrage van \$8.203.032.751 (aan VPL), \$1.846.000.687 (aan YUL) en \$39.971.834.360 (aan Hulley). Kort gezegd oordeelde het scheidsgerecht dat de Russische Federatie met een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos had aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van M. Khodorkovsky (de *chairman* van Yukos en een van haar aandeelhouders) als potentiële politieke tegenstander van president Poetin, en het verwerven van de activa van Yukos.

(v) De Russische Federatie heeft de ECT onderkend, maar nooit bekrachtigd.

(b) Toepasselijk recht

3.2 Op deze procedure tot vernietiging van arbitrale vonnissen is van toepassing het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat gold tot 1 januari 2015.⁴ Daarnaast zal hierna telkens worden verwezen naar bepalingen die gelijkkluidend zijn aan bepalingen met hetzelfde nummer in de thans geldende tekst van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

(c) Vordering van de Russische Federatie en de beslissingen van de rechtbank en het hof

3.3.1 In deze procedure vordert de Russische Federatie vernietiging van de door het scheidsgerecht gewezen *interim awards* en *final awards* (zie hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv), hierna ook gezamenlijk: de arbitrale vonnissen).

De Russische Federatie heeft daartoe een beroep gedaan op de volgende vernietigingsgronden (zoals vermeld in art. 1065 lid 1 (oud) Rv):

(a) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, in verband waarmee het scheidsgerecht niet bevoegd was tot kennisneming en beslissing op de vorderingen van de HVY;

(b) het scheidsgerecht was onregelmatig samengesteld, in het bijzonder doordat de assistent van het scheidsgerecht klaarblijkelijk een inhoudelijke rol van betekenis heeft vervuld bij het beoordelen van

het bewijs, bij de beraadslaging van het scheidsgerecht en bij de voorbereiding van de *final awards*;

(c) het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;

(d) de arbitrale vonnissen zijn ten aanzien van diverse cruciale aspecten niet met redenen omkleed;

(e) de arbitrale vonnissen zijn strijdig met de Nederlandse openbare orde en de goede zeden.

3.3.2 De rechtbank⁵ heeft de vordering van de Russische Federatie toegewezen wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

HVY hebben tegen het vonnis van de rechtbank hoger beroep ingesteld.

3.3.3 In de procedure in hoger beroep hebben HVY bezwaar gemaakt tegen bepaalde eisenwijzigingen die besloten zouden liggen in de memorie van antwoord van de Russische Federatie. Het hof heeft in een tussenarrest⁶ (hierna: het tussenarrest) geoordeeld dat dit bezwaar gegrond is voor zover het betrekking heeft op door de Russische Federatie aangevoerde stellingen met betrekking tot beweerdelijk door HVY gepleegd bedrog in de arbitrageprocedure.

3.3.4 Het hof heeft bij eindarrest⁷ (hierna: het eindarrest) het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de Russische Federatie afgewezen.

(d) Samenvatting van de oordelen van het hof

3.4 In grote lijnen en voor zover in cassatie van belang komen de oordelen van het hof op het volgende neer.

In het tussenarrest

(i) De Russische Federatie heeft in de memorie van antwoord stellingen aangevoerd die, kort gezegd, inhouden dat HVY in de arbitrageprocedure op frauduleuze wijze hebben verhuld wie de daadwerkelijke eigendom van en zeggenschap over HVY hebben. Deze stellingen, indien juist, zouden gronden kunnen opleveren om op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv herroeping van de arbitrale vonnissen te vorderen. Daarom kunnen deze verwijten niet in een vernietigingsprocedure als het onderhavige aan de orde worden gesteld. (rov. 5.1-5.7).

In het eindarrest

Bevoegdheid; uitleg van de 'limitation clause' in art. 45 lid 1 ECT

(ii) Art. 45 lid 1 ECT bepaalt dat iedere staat die de ECT heeft ondertekend, het verdrag voorlopig zal toepassen, maar dat dit alleen geldt "to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations" (hierna ook: de *limitation clause*). HVY mogen in de vernie-

3 Hulley Enterprises v. The Russian Federation, PCA Case No. 226, Final Award, 18 juli 2014; Yukos Universal v. The Russian Federation, PCA Case No. 227, Final Award, 18 juli 2014; Veteran Petroleum v. The Russian Federation, PCA Case No. 228, Final Award, 18 juli 2014.

4 Art. IV lid 4 in verbinding met art. IV lid 2 van de Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (Stb. 2014, 200), in werking getreden op 1 januari 2015 (Stb. 2014, 254).

5 Rechtbank Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229.

6 Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2476.

7 Gerechtshof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234.

tigingsprocedure — en voor het eerst in hoger beroep — een subsidiaire uitleg van de *limitation clause* verdedigen die zij niet al in de arbitrageprocedure hadden verdedigd. (rov. 4.4-4.5)

(iii) De *limitation clause* moet zo worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van de ECT voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. De *limitation clause* kan dus niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. (rov. 4.5)

(iv) Uitgaande van deze uitleg van de *limitation clause*, is de voorlopige toepassing van art. 26 ECT (dat geschilbeslechting tussen een verdragsluitende staat en een investeerder van een andere verdragsluitende staat door middel van arbitrage mogelijk maakt) niet strijdig met de “constitution, laws or regulations” van de Russische Federatie. Niet is gesteld of gebleken dat het Russische recht een regel kent die uitsluit dat art. 26 ECT voorlopig wordt toegepast. Dit betekent dat de Russische Federatie gehouden was art. 26 ECT voorlopig toe te passen en dat de rechtbank ten onrechte anders heeft beslist. (rov. 4.6)

(v) In de uitleg die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, gaat het erom of enige bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met het nationale recht. Ook als van die uitleg wordt uitgegaan, is art. 26 ECT niet in strijd met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. (rov. 4.7)

Bevoegdheid; uitleg van ‘Investering’ en ‘Investeerder’ in art. 1 leden 6 en 7 ECT

(vi) Uit de bewoordingen van de ECT volgt dat een investeringsgeschil onder het bereik van art. 26 ECT valt indien de rechtspersoon die de investering doet, is opgericht volgens het recht van de ene (verdragsluitende) staat en de investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT plaatsvindt in een andere (verdragsluitende) staat. Noch uit de context van art. 1 ECT en art. 26 ECT, noch uit het doel van de ECT volgt dat de verdragsopstellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het buitenlandse karakter van de investering of investeerder, of het internationale karakter van het geschil. (rov. 5.1.7)

(vii) Uit de tekst van art. 17 ECT (*denial of benefits-clause*) volgt niet dat investeringen via de U-bochtconstructie (waaronder volgens de Russische Federatie de investeringen van HVY vallen) buiten de bescherming van de ECT vallen. Ook bestaat geen regel van internationaal gewoonterecht of algemeen rechtsbeginsel op grond waarvan in een geval als dit geen aanspraak bestaat op bescherming. (rov. 5.1.8)

(viii) De Russische Federatie heeft niet aangevoerd dat een rechtsbeginsel van investeringsrecht

bestaat dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term investering bevat. (rov. 5.1.9)

(ix) De Russische Federatie heeft tevergeefs aangevoerd dat Russische zakenlieden die betrokken waren bij de privatisering van Yukos (hierna: Khodorkovsky c.s.) zich op grond van beginselen van doorbraak van aansprakelijkheid niet kunnen verschuilen achter de vennootschapsstructuur van HVY die zij zelf hebben misbruikt om fraude, omkoping, en andere misdaden te plegen. Art. 1 lid 7 ECT biedt geen grondslag voor toepassing van regels van nationaal recht ter zake van doorbraak van aansprakelijkheid. (rov. 5.1.10)

(x) De ECT vereist niet dat een investering is gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen. Dit leidt ertoe dat het scheidsgerecht niet onbevoegd is indien zou worden aangetoond dat sprake is van illegaal handelen ten tijde van of bij het doen van de investering. (rov. 5.1.11)

(xi) De conclusie luidt dat de gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, die gevolgtrekking niet kunnen dragen. (rov. 5.3)

Schending opdracht en samenstelling scheidsgerecht

(xii) Het scheidsgerecht was in beginsel gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen in ieder geval aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen. Het nalaten daarvan is evenwel niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, omdat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie door dit nalaten nadeel heeft ondervonden. (rov. 6.3)

(xiii) Ook als ervan wordt uitgegaan dat de assistent van het scheidsgerecht onderdelen van de arbitrale vonnissen heeft geschreven, kan dat niet tot de conclusie leiden dat bij de samenstelling van het scheidsgerecht wettelijke of tussen partijen overeengekomen regels zijn veronachtzaamd. Dat de assistent inhoudelijke werkzaamheden heeft verricht, wil nog niet zeggen dat de arbiters op zodanige wijze in strijd met hun opdracht hebben gehandeld dat dit zou moeten leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen. (rov. 6.6)

Motivering

(xiv) De klacht dat het scheidsgerecht, ten aanzien van de stelling dat Yukos gebruik heeft gemaakt van schijnvennootschappen in lagebelasting-regio's, een onbegrijpelijk en niet steekhoudend oordeel heeft gegeven dat op één lijn te stellen is met een geheel ongemotiveerd oordeel, berust op een onjuiste lezing van de *final awards*. (rov. 8.4)

Openbare orde

(xv) De door de Russische Federatie gestelde frauduleuze, corrupte en illegale activiteiten van Khodorkovsky c.s. leiden niet tot de conclusie dat de arbitrale vonnissen of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen in strijd zijn met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. (rov. 9.8)

4 De cassatieklachten van de Russische Federatie en van HVY

Het principale beroep van de Russische Federatie

4.1.1 Het middel in het principale beroep van de Russische Federatie bestaat uit acht onderdelen, die wat betreft de onderdelen 1 tot en met 7 ieder een inleiding en verschillende klachten bevatten. De onderdelen stellen, samengevat, het volgende aan de orde.

4.1.2 Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (i)) dat de door de Russische Federatie in hoger beroep aangevoerde stellingen dat HVY in de arbitrageprocedure frauduleus hebben gehandeld, niet in deze vernietigingsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld.

4.1.3 Onderdeel 2 voert aan dat de Russische Federatie niet gebonden was aan de in art. 26 ECT opgenomen arbitrageclausule, omdat de Russische Federatie de ECT alleen heeft ondertekend en nooit heeft bekrachtigd. De Russische Federatie is het niet eens met de uitleg die het hof aan de *limitation clause* heeft gegeven en met het daarop gebaseerde oordeel van het hof dat de Russische Federatie gehouden was om art. 26 ECT voorlopig toe te passen (zie hiervoor in 3.4 onder (ii)-(v)).

4.1.4 De onderdelen 3 en 4 richten zich tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (vi)-(x)) dat HVY een beroep kunnen doen op de bepalingen van de ECT. Volgens de Russische Federatie kunnen HVY niet worden aangemerkt als buitenlandse investeerders en gelden hun investeringen niet als buitenlandse investeringen als bedoeld in de ECT. Daarbij voert de Russische Federatie ook aan dat sprake is van illegale investeringen door HVY, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd was om van de vorderingen van HVY kennis te nemen. Verder betoogt de Russische Federatie dat het oordeel van het scheidsgerecht strijdig is met de openbare orde (zie hiervoor in 3.4 onder (xv)).

4.1.5 Volgens onderdeel 5 heeft het hof ten onrechte niet geoordeeld (zie hiervoor in 3.4 onder (xii)) dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door geen advies te vragen aan de belastingautoriteiten, zoals art. 21 lid 5 ECT voorschrijft.

4.1.6 Onderdeel 6 maakt bezwaar tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (xiii)) over de rol die de assistent van het scheidsgerecht heeft vervuld bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen. De assistent heeft volgens de Russische Federatie ook inhoudelijke werkzaamheden verricht en het scheidsgerecht is daarover niet transparant geweest. Daarom had het hof moeten oordelen

dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden en onregelmatig was samengesteld, aldus de Russische Federatie.

4.1.7 Onderdeel 7 richt zich tegen de verwerping door het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (xiv)) van de door de Russische Federatie opgeworpen vernietigingsgrond dat het scheidsgerecht geen steekhoudende motivering heeft gegeven voor het oordeel dat het geen enkel bewijs had gevonden dat de *trading companies* van Yukos in de lagebelastingregio Mordovië schijnvennootschappen waren.

4.1.8 Onderdeel 8 bouwt voort op de onderdelen 1 tot en met 7.

Het voorwaardelijk incidentele beroep van HVY

4.2.1 Het middel in het incidentele beroep van HVY bestaat uit drie onderdelen. Onderdeel 1 richt zich tegen de verwerping door het hof van het primaire standpunt van HVY over de uitleg van de *limitation clause*. Onderdeel 2 klaagt over het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht in beginsel gehouden was om het geschil voor te leggen aan de Russische belastingautoriteiten. Onderdeel 3 klaagt dat het hof heeft miskend dat de Russische Federatie de beslissing van het scheidsgerecht om de beschuldigingen gebaseerd op het *unclean hands*-argument te verwerpen, niet later dan in de dagvaarding met een vernietigingsgrond mocht bestrijden.

4.2.2 De onderdelen zijn alle voorwaardelijk voorgesteld. Onderdeel 1 is voorgesteld onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 2 van het middel in het principale beroep slagen, onderdeel 2 onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 5 van het middel in het principale beroep slagen, en onderdeel 3 onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 3 of 4 van het middel in het principale beroep slagen.

5 Beoordeling van het middel in het principale beroep

Onderdeel 1

Kan bedrog in de arbitrageprocedure alleen in een herroepingsprocedure aan de orde worden gesteld?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.1.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, het volgende overwogen.

(i) HVY maken bezwaar tegen onder meer de stellingen van de Russische Federatie dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde wegens door HVY tijdens de arbitrage gepleegde fraude, bestaande uit het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten, en dat HVY in de arbitrage hebben nagelaten diverse documenten en correspondentie over te leggen. (rov. 5.1 onder (i) en (iii) van het tussenarrest)

(ii) Het bezwaar van HVY tegen deze stellingen van de Russische Federatie bestaat erin dat de Russische Federatie de herroepingsprocedure van art. 1068 (oud) Rv had moeten instellen, althans haar eisenwijziging had moeten indienen binnen drie maanden nadat de feiten die zij ten grondslag legt aan haar stelling dat bedrog is gepleegd dan wel stukken zijn achtergehouden, aan haar bekend waren geworden of bekend behoorden te zijn. Ook is volgens HVY de eisenwijziging in strijd met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv). (rov. 5.3 onder (b) en (c) van het tussenarrest)

(iii) In de memorie van antwoord heeft de Russische Federatie geen nieuwe gevallen van fraude aangevoerd, maar slechts verwezen naar “nieuwe documenten” die volgens haar door HVY in de arbitrage hadden moeten worden overgelegd. Het gaat dus om de stellingen omtrent bedrog en het achterhouden van stukken in de arbitrage. (rov. 5.5 van het tussenarrest)

(iv) Deze stellingen, indien juist, zouden gronden kunnen opleveren om op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv herroeping van een arbitraal vonnis te vorderen. Het verwijt dat HVY heeft nagelaten bepaalde stukken in het geding te brengen die voor de beslissing van het scheidsgerecht van belang waren geweest, valt onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, onder c, (oud) Rv. De verwijten dat HVY (opzettelijk) valse en/of onjuiste verklaringen hebben afgelegd, de werkelijke stand van zaken hebben verzwegen dan wel een getuige op onoorbare wijze hebben beïnvloed, vallen onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, onder a, (oud) Rv. (rov. 5.6 van het tussenarrest)

(v) HVY voeren terecht aan dat deze verwijten alleen in een herroepingsprocedure op grond van art. 1068 (oud) Rv aan de orde kunnen worden gesteld en niet in een vernietigingsprocedure als de onderhavige. Het rechtsgevolg van vernietiging wegens een van de gronden van art. 1065 lid 1 (oud) Rv en wegens herroeping is in beide gevallen hetzelfde: de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (vgl. art. 1068 lid 3 (oud) Rv). Er zijn echter verschillen ten aanzien van de termijn waarbinnen de rechtsmiddelen moeten worden ingesteld en ten aanzien van de bevoegde rechterlijke instantie. Indien meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen, kan herroeping nog worden gevorderd binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen. Een dergelijke extra termijn ontbreekt voor de vernietigingsprocedure. De vordering tot herroeping wordt bovendien aangebracht bij het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging bedoeld in art. 1064 (oud) Rv, terwijl de vernietigingsprocedure (in dit geval, waarop het oude recht van toepassing is) wordt ingesteld bij de rechtbank. De herroepingsprocedure kent dus maar één feitelijke instantie. Indien het mogelijk zou zijn vernietig-

ing van het arbitrale vonnis te vorderen wegens een of meer van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 (oud) Rv op grond van de stelling dat de wederpartij tijdens de arbitrage bedrog heeft gepleegd of stukken heeft achtergehouden, zou hetzelfde resultaat kunnen worden bereikt als met een vordering tot herroeping, maar zou zowel de genoemde termijn van drie maanden als de exclusieve bevoegdheid van het hof als enige feitelijke instantie langs een omweg kunnen worden ontgaan, bijvoorbeeld door in een bij de rechtbank aanhangige vernietigingsprocedure meer dan drie maanden na de ontdekking van het bedrog door een eisvermeerdering, bedrog aan te voeren als nieuw argument voor een reeds in de dagvaarding gedaan beroep op art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Dat is niet aanvaardbaar. (rov. 5.7 van het tussenarrest)

(vi) HVY's bezwaar dat de Russische Federatie haar stellingen over door HVY in de arbitrages gepleegde fraude niet in deze vernietigingsprocedure kan aanvoeren, is dus gegrond. Aan het bezwaar van HVY dat de eisenwijziging in strijd is met de eisen van een goede procesorde, wordt niet toegekomen. (rov. 5.8 van het tussenarrest)

(vii) Gelet op de rov. 5.1-5.8 van het tussenarrest, behoeft niet te worden beslist op de door de Russische Federatie aangevoerde stellingen dat HVY fraude in de arbitrages hebben gepleegd. (rov. 9.7.1-9.7.2 van het eindarrest).

(b) Relevante wetbepalingen

5.1.2

“1. Tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep, of tegen een geheel of gedeeltelijk eindvonnis, gewezen in arbitraal hoger beroep, staan slechts de rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping op de voet van deze afdeling open.

2. De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij de rechtbank ter griffie waarvan het origineel van het vonnis volgens artikel 1058, eerste lid, moet worden nedergelegd.

3. Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Wordt echter het vonnis, voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij betekend, dan kan die partij, ongeacht het verstreken zijn van de termijn van drie maanden, genoemd in de vorige zin, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen.

4. (...)

5. Alle gronden tot vernietiging moeten, op straffe van verval van het recht daartoe in de dagvaarding worden voorgedragen.”

Art. 1065 lid 1 (oud) Rv luidt als volgt:

“1. Vernietiging kan slechts plaatsvinden op een of meer van de navolgende gronden:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden.”

Art. 1067 (oud) Rv luidt als volgt:

“Zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.”

Art. 1068 (oud) Rv luidt als volgt:

“1. Herroeping kan slechts plaats vinden op een of meer van de navolgende gronden:

- a. het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
 - b. het vonnis berust geheel of ten dele op stukken die na de uitspraak blijken vals te zijn;
 - c. een partij heeft na de uitspraak stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.
2. De vordering tot herroeping wordt met overeenkomstige toepassing van artikel 1064, derde lid, of, indien dit een later tijdstip zal opleveren, binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen, aangebracht voor het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging, bedoeld in artikel 1064. (...)
3. Indien de rechter de voor herroeping aangevoerde grond of gronden juist bevindt, vernietigt hij het vonnis geheel of gedeeltelijk. Artikel 1067 is van overeenkomstige toepassing.”

(c) Beoordeling van de klachten

5.1.3 Onderdeel 1.2 betoogt onder meer dat het hof ten onrechte heeft beslist dat feitelijke stellingen die een beroep op herroeping in de zin van art. 1068 (oud) Rv zouden hebben kunnen rechtvaardigen, niet tevens tot vernietiging van een arbitraal vonnis kunnen leiden op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv wegens schending van de openbare orde. Het hof heeft ten onrechte de Russische Federatie een vrije keuze tussen de rechtsmiddelen vernietiging en herroeping onthouden, aldus het onderdeel.

5.1.4 De Russische Federatie heeft in haar inleidende dagvaarding als grond voor vernietiging van de arbitrale vonnissen onder meer aangevoerd dat de arbitrale vonnissen in strijd met de openbare orde tot stand zijn gekomen. Zij heeft in haar me-

more van antwoord in hoger beroep gesteld dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde omdat HVY in de arbitrageprocedure frauduleus hebben gehandeld, onder meer door valse verklaringen in te dienen, door documenten achter te houden die relevant zijn voor cruciale geschilpunten in de arbitrage en door geheime betalingen te doen aan een van HVY's voornaamste getuigen.

5.1.5 Tegen een arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep, staan alleen de rechtsmiddelen vernietiging (hierna: de vernietigingsprocedure) en herroeping (hierna: de herroepingsprocedure) open (art. 1064 (oud) Rv).

5.1.6 Vernietiging kan slechts plaatsvinden op de gronden genoemd in art. 1065 lid 1, onder a tot en met e, (oud) Rv. Een van die gronden is dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde.

Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Indien het vonnis voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging aan de wederpartij wordt betekend, dan kan die partij alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen (art. 1064 lid 3 (oud) Rv).

5.1.7 Herroeping kan ingevolge art. 1068 lid 1 (oud) Rv slechts plaatsvinden op de gronden (a) dat het vonnis geheel of ten dele berust op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd, (b) dat het vonnis geheel of ten dele berust op stukken die na de uitspraak vals blijken te zijn, of (c) dat een partij na de uitspraak stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen heeft gekregen. Deze gronden worden hierna gezamenlijk aangeduid als: bedrog.

De herroepingsvordering wordt aangebracht binnen de termijn van art. 1064 lid 3 (oud) Rv of, indien dit een later tijdstip oplevert, binnen drie maanden nadat het bedrog bekend is geworden (art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv).

5.1.8 Indien een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, kan dat grond opleveren voor het oordeel dat het vonnis, of de wijze waarop het vonnis tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Een partij kan in een vernietigingsprocedure dus op deze grond vernietiging van een arbitraal vonnis vorderen.

5.1.9 Aan hetgeen hiervoor in 5.1.8 is overwogen doet niet af dat bedrog door een van de procespartijen tevens een grond voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv kan opleveren. Noch uit de wettekst, noch uit de wetgeschiedenis volgt dat de wetgever heeft beoogd dat, indien de aangevoerde stellingen zowel een vernietigingsgrond in de zin van art. 1065 lid 1 (oud) Rv als een herroepingsgrond

in de zin van art. 1068 lid 1 (oud) Rv opleveren, en partij deze stellingen uitsluitend in een herroepingsprocedure aan haar vordering ten grondslag kan leggen. De wijze waarop beide procedures door de wetgever zijn vormgegeven en de verschillen tussen beide procedures, geven evenmin grond om de wettelijke regeling van de art. 1064 tot en met 1068 (oud) Rv op die wijze uit te leggen. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende.

5.1.10 Evenals de vernietigingsprocedure, leidt de herroepingsprocedure in het geval van een toewijzende beslissing tot vernietiging van het arbitrale vonnis (art. 1068 lid 3 (oud) Rv). Er is dus niet een verschil in rechtsgevolg dat zou rechtvaardigen dat de herroepingsprocedure, met uitsluiting van de vernietigingsprocedure, de enige rechtsgang is waarin aan de orde kan worden gesteld dat een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog.

De regeling van art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv heeft tot gevolg dat een herroepingsvordering nog kan worden aangebracht als de termijn voor het instellen van een vernietigingsvordering al is verstreken of de vernietigingsprocedure is afgerond zonder dat deze tot vernietiging heeft geleid. Het bepaalde in art. 1068 lid 2 (oud) Rv strekt ertoe de mogelijkheid om een arbitraal vonnis aan te tasten, te verruimen door de partij die zich op bedrog wil beroepen een aanvullende termijn te geven voor het aanbrengen van de herroepingsvordering. Met die strekking zou niet stroken dat de stelling dat het arbitrale vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, uitsluitend ten grondslag kan worden gelegd aan een herroepingsvordering en niet aan een – tijdig ingestelde – vordering tot vernietiging.

Ook uit de wettelijke regeling inzake herroeping van gerechtelijke uitspraken (art. 382 e.v. Rv) volgt niet dat gronden die tot herroeping kunnen leiden, uitsluitend in een herroepingsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld. Vernietiging van gerechtelijke uitspraken dient juist zo veel mogelijk door aanwending van een gewone rechtsmiddel te worden bereikt.⁸ Pas als de gewone rechtsmiddelen tegen een gerechtelijke uitspraak zijn uitgeput of de termijnen daarvoor ongebruikt zijn verstreken, staat het buitengewone rechtsmiddel van herroeping open (art. 383 lid 1 Rv).

5.1.11 Ingevolge art. 1064 lid 2 (oud) Rv moet de vernietigingsvordering worden ingesteld bij de rechtbank, met de mogelijkheid van hoger beroep,⁹ terwijl ingevolge art. 1068 lid 2 (oud) Rv de herroepingsvordering, bij wijze van prorogatie,¹⁰ moet worden aangebracht voor het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging. De reden voor dit verschil is in de wetsgeschiedenis niet toegelicht. Het verschil is, mede in het licht van het feit dat het onder het huidige recht niet meer bestaat (zie art. 1064a

lid 1 Rv), van onvoldoende gewicht om aan te nemen dat met de herroepingsprocedure een exclusieve rechtsgang voor bedrog is beoogd, en staat dus niet eraan in de weg dat de stelling dat het arbitrale vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, ook ten grondslag kan worden gelegd aan een tijdig ingestelde vordering tot vernietiging.

5.1.12 Het oordeel van het hof dat de Russische Federatie de in rov. 5.5 van het tussenarrest genoemde stellingen alleen in een herroepingsprocedure aan de orde kon stellen en deze dus niet ten grondslag kon leggen aan de in deze procedure aan de orde zijnde vernietigingsvordering, is dus onjuist. De daartegen gerichte klacht slaagt. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.

5.1.13 Het volgende verdient nog opmerking.

5.1.14 Ingevolge art. 1064 lid 5 (oud) Rv moeten de gronden die eiser aan de vordering tot vernietiging ten grondslag wil leggen, op straffe van verval van het recht daartoe in de inleidende dagvaarding worden opgenomen. In het arrest *Breeders/Burshan*¹¹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 1064 lid 5 (oud) Rv zich op zichzelf niet ertegen verzet dat, naar aanleiding van het gevoerde verweer in het verdere verloop van het geding, of naar aanleiding van de beslissing van de eerste rechter, in hoger beroep een nadere uitwerking wordt gegeven van de bij inleidende dagvaarding aangevoerde gronden, en zo nodig een omissie wordt hersteld. De mogelijkheid om reeds bij dagvaarding aangevoerde gronden in hoger beroep nader uit te werken, of nieuwe feitelijke stellingen aan te voeren, is evenwel niet onbeperkt. Deze mogelijkheid wordt onder meer begrensd door de gewone regels geldend voor het hoger beroep, zoals art. 130 Rv. Daarnaast wordt die mogelijkheid begrensd door specifieke bepalingen die voorschrijven wanneer een bepaalde vernietigingsgrond (voor het eerst) moet worden ingeroepen, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen. Indien een dergelijke bepaling aan de orde is, zal telkens in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een in de loop van de vernietigingsprocedure aangevoerde nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, met de strekking van een dergelijke bepaling in strijd komt.¹²

5.1.15 Uit hetgeen hiervoor in 5.1.7-5.1.10 is overwogen, volgt dat de herroepingsprocedure aan de gene die meent dat het arbitrale vonnis op bedrog berust, een extra mogelijkheid geeft op die grond het vonnis in rechte aan te tasten, hetgeen in het bijzonder van belang is als de andere rechtsmiddelen, zoals de vordering tot vernietiging, reeds zijn uitgeput of de termijnen voor het instellen daarvan ongebruikt zijn verstreken op het moment dat het bedrog wordt ontdekt.

⁸ Vgl. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26855, nr. 3, p. 170.

⁹ *Kamerstukken II 1985/86*, 18464, nr. 6, p. 37.

¹⁰ *Kamerstukken II 1983/84*, 18464, nr. 3, p. 31.

¹¹ HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003 (*NJ 2010/169*, m.nt. H.J. Sniijders; *red.*).

¹² Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, rov. 4.3.3-4.3.4 (*NJ 2010/169*, m.nt. H.J. Sniijders; *red.*).

Dat die mogelijkheid in de tijd wordt beperkt door de termijn van drie maanden nadat het bedrog bekend is geworden (art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv), strekt ertoe dat de wederpartij na het ongebruikt verstrijken van die termijn ervan mag uitgaan dat het arbitrale vonnis niet langer blootstaat aan vernietiging als gevolg van herroeping. Deze termijn dient dus de rechtszekerheid. Indien evenwel reeds een vernietigingsprocedure aanhangig is waarin in de dagvaarding is betoogd dat het vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde, kan de wederpartij rekening houden met de mogelijkheid dat het arbitrale vonnis op die grond niet in stand zal blijven, en wordt het belang van de rechtszekerheid niet geschaad wanneer het beroep op de openbare orde in de loop van de vernietigingsprocedure nader wordt uitgewerkt met een beroep op bedrog.

De strekking van art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv brengt dan ook niet mee dat ook in een vernietigingsprocedure een beroep op bedrog binnen de in die bepaling genoemde termijn moet zijn gedaan, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen. Of in een vernietigingsprocedure in een later stadium alsnog een beroep op bedrog gedaan kan worden, moet voor het overige beoordeeld worden aan de hand van de hiervoor in 5.1.14 weergegeven regels.

5.1.16 Ten aanzien van de toepassing van art. 130 lid 1 Rv geldt dat telkens in een concreet geval beoordeeld moet worden of het aanvoeren van een nieuwe stelling ter onderbouwing van een reeds bij dagvaarding aangevoerde vernietigingsgrond, in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Daarbij kan onder meer van belang zijn wat de redenen is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stelling.

Van de in art. 130 lid 1 Rv bedoelde strijd met de eisen van een goede procesorde kan onder meer sprake zijn indien in een geval als het onderhavige, waarin wordt gesteld dat het arbitrale vonnis onder invloed van bedrog tot stand is gekomen, de hiervoor bedoelde nadere uitwerking later wordt gegeven dan in de eerstvolgende conclusie of akte nadat het bedrog bekend is geworden.

5.1.17 Hetgeen hiervoor is overwogen over de verhouding tussen de herroepingsprocedure en de vernietigingsprocedure, geldt ook onder het huidige recht.

5.1.18 In dit geval heeft de Russische Federatie gesteld dat zij na de datum van het vonnis van de rechtbank bedrog aan de zijde van HVY heeft ontdekt, en heeft zij daarop een beroep gedaan in de eerstvolgende conclusie van haar zijde in het hoger beroep (de memorie van antwoord). De vraag of deze door de Russische Federatie in de memorie van antwoord gegeven nadere uitwerking van de reeds bij inleidende dagvaarding ingeroepen vernietigingsgrond in strijd is met de eisen van een goede procesorde zoals bedoeld in art. 130 lid 1 Rv, heeft het hof niet behandeld.

- (d) Conclusie
5.1.19 De conclusie is dat onderdeel 1 slaagt.

Onderdeel 2

Is de Russische Federatie op grond van art. 45 ECT gebonden aan voorlopige toepassing van art. 26 ECT?

- (a) Weergave van de overwegingen van het hof
5.2.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

Nieuwe bevoegdheidsgronden en bevoegdheidsargumenten in de vernietigingsprocedure

- (i) Het scheidsgerecht heeft twee interpretaties van de *limitation clause* onder ogen gezien: beoordeeld dient te worden of het *beginsel* van voorlopige toepassing in strijd is met Russisch recht (standpunt HVY), dan wel of een *afzonderlijke bepaling* van de ECT (in dit geval art. 26) in strijd is met Russisch recht (standpunt Russische Federatie). Het scheidsgerecht heeft het standpunt van HVY als het juiste aanvaard. (rov. 4.4.1)

- (ii) HVY hebben in deze vernietigingsprocedure, voor het eerst in hoger beroep, als subsidiair standpunt verdedigd dat het bij de *limitation clause* gaat om de vraag of de *voorlopige toepassing* van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, doordat de wetgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag in beginsel wel toestaat, maar bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit. (rov. 4.4.2)

- (iii) Met het wettelijk systeem is niet verenigbaar dat de vernietigingsrechter slechts zou mogen toetsen of het scheidsgerecht zich op de juiste gronden bevoegd heeft verklaard en niet die bevoegdheid zou mogen aannemen op gronden die het scheidsgerecht (naar het oordeel van de rechter: ten onrechte) om welke reden dan ook niet heeft behandeld. Het zou in strijd zijn met een effectieve arbitrale rechtspleging indien een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het scheidsgerecht een verkeerd argument voor het aannemen van zijn bevoegdheid heeft gebruikt, terwijl die bevoegdheid in feite wel aanwezig is. (rov. 4.4.3–4.4.4)

- (iv) Het voorgaande betekent ook dat er in beginsel geen bezwaar tegen bestaat indien de gedaagde in de vernietigingsprocedure nieuwe argumenten aanvoert die het oordeel van het scheidsgerecht dat het bevoegd is, kunnen ondersteunen. Het subsidiaire standpunt van HVY ten aanzien van de uitleg van de *limitation clause* zal in aanmerking worden genomen bij het oordeel of een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt in de zin van art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv. (rov. 4.4.5–4.4.7)

De uitleg van art. 45 lid 1 ECT, meer in het bijzonder van de limitation clause, en de uitleg van art. 45 lid 2, onder a, ECT

(v) Het subsidiaire standpunt van HVY is het meest in overeenstemming met de gewone betekenis van de bewoordingen van de *limitation clause* en met de context en het voorwerp en doel van de ECT. Van een gevestigde statenpraktijk in de zin van art. 31 lid 3 van het Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV)¹³ is onvoldoende gebleken, maar voor zover daarvan sprake zou zijn, verzet zij zich niet tegen het subsidiaire standpunt van HVY. Dit betekent dat de *limitation clause* zo moet worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van de ECT voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. De *limitation clause* kan dus niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. (rov. 4.5.9–4.5.33)

(vi) Deze uitleg laat de betekenis van art. 45 lid 1 ECT respectievelijk van de *limitation clause* niet dubbelzinnig of duister en deze interpretatie leidt niet tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Voor toepassing van de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WVV is in zoverre dan ook geen aanleiding. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de *travaux préparatoires* deze uitleg van art. 45 lid 1 ECT bevestigen. (rov. 4.5.34–4.5.40)

(vii) De betekenis van de woorden 'not inconsistent' volgt uit de uitleg door het hof van de *limitation clause*. Het gaat in die interpretatie erom of er nationale wet- of regelgeving is die voorlopige toepassing voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Is dat laatste het geval, dan is voorlopige toepassing van die (soorten of categorieën) verdragsbepalingen 'inconsistent' met nationaal recht. (rov. 4.5.41)

(viii) Tekst en context van art. 26 ECT geven geen aanknopingspunt voor een uitleg waarin voorlopige toepassing van art. 26 ECT (geschilbeslechting door arbitrage) 'inconsistent' is met Russisch recht indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft in Russisch recht, of dat recht zelf niet voorziet in die mogelijkheid. Het andersluidende oordeel van de rechtbank komt erop neer dat de bepalingen van de ECT alleen dan voorlopig kunnen worden toegepast, indien daarvoor reeds een wettelijke grondslag in het nationale recht aanwezig is. Dat zou de voorlopige toepassing als bedoeld in art. 45 lid 1 ECT van veel van zijn praktische betekenis beroven en niet in overeenstemming zijn met de in die bepaling tot uitdruk-

king gebrachte wens van de verdragspartijen om de ECT zoveel mogelijk voorlopig toe te passen. (rov. 4.5.47)

(ix) De conclusie is dat de *limitation clause* aldus wordt uitgelegd, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit.

Uitgaande van de interpretatie die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, is van 'strijdigheid' in de zin van art. 45 lid 1 ECT in ieder geval sprake indien een verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden omdat toepassing van de ene regel schending van de andere regel meebrengt. Of daarnaast sprake is van 'strijdigheid' hangt af van de specifieke context van de in het geding zijnde regelgeving. Van 'strijdigheid' is in ieder geval niet reeds sprake indien het nationale recht geen grondslag biedt voor, of niet voorziet in, de desbetreffende bepaling van de ECT. (rov. 4.5.48)

Toepassing limitation clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die het hof aan die bepaling geeft)

(x) De voorlopige toepassing van art. 26 ECT is niet strijdig met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie. Niet is gesteld of gebleken dat het Russische recht een regel kent die uitsluit dat art. 26 ECT voorlopig wordt toegepast. Dit betekent dat de Russische Federatie gehouden was art. 26 ECT voorlopig toe te passen en dat de rechtbank ten onrechte anders heeft beslist. (rov. 4.6.1)

Toepassing limitation clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan die bepaling geeft)

(xi) Desalniettemin wordt, ten overvloede, onderzocht of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie en de rechtbank aan de *limitation clause* geven, art. 26 ECT in strijd is met enige bepaling van het recht van de Russische Federatie. (rov. 4.6.2)

(xii) De Russische Federatie heeft drie zelfstandig dragende gronden aangevoerd waaruit naar haar mening volgt dat arbitrage over de vorderingen van HVY strijdig is met Russisch recht: (a) het is in strijd met het Russische (grond)wettelijk verankerde beginsel van de scheiding der machten; (b) naar Russisch recht zijn geschillen over publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals belasting- en onteigeningsgeschillen, niet arbitabel; (c) naar Russisch recht komt aan aandeelhouders geen vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen wegens aan de vennootschap toegebrachte schade. (rov. 4.7.1)

¹³ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51 en 1985, 79.

(a) De scheiding der machten

(xiii) De Russische *Laws on Foreign Investment* van 1991 en 1999 (hierna: LFI 1991 en LFI 1999) maken internationale arbitrage over investeringsgeschillen met zoveel woorden mogelijk. (rov. 4.7.5)

(xiv) Het Russische recht kent niet de regel dat voorlopige toepassing geen betrekking kan hebben op verdragen die moeten worden bekrachtigd omdat daarin bepalingen voorkomen die afwijken van federale wetgeving of deze aanvullen. Art. 23 lid 2 van de *Federal Law on International Treaties* (hierna: FLIT) maakt het mogelijk dat verdragsbepalingen die afwijken van federale wetten of deze aanvullen, voorlopig worden toegepast. Nu naar Russisch recht de voorlopige toepassing doorloopt tot het moment waarop de Russische Federatie aan de overige verdragspartijen heeft laten weten dat zij niet voornemens is partij bij het desbetreffende verdrag te worden, hetgeen in dit geval in augustus 2009 is gebeurd, kan dat niet anders betekenen dan dat voorlopige toepassing van de ECT vóór dat tijdstip niet 'inconsistent' is met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. (rov. 4.7.9-4.7.21 en 4.7.30)

(xv) Het Constitutionele Hof van de Russische Federatie acht het toelaatbaar dat de regering de Russische Federatie verplicht verdragsbepalingen voorlopig toe te passen in afwachting van bekrachtiging, ook indien deze verdragsbepalingen afwijken van federale wetgeving. (rov. 4.7.29)

(xvi) Hoewel de ECT niet binnen de in art. 23 lid 2 FLIT bedoelde termijn van zes maanden aan de Doema is voorgelegd, heeft dat geen gevolgen voor de voorlopige toepassing van de ECT. Dit betekent dat de voorlopige toepassing van de ECT niet wordt beperkt door de werking van de *limitation clause* van art. 45 lid 1 ECT in combinatie met art. 23 lid 2 FLIT. Het beroep van de Russische Federatie op de scheiding der machten gaat niet op. (rov. 4.7.30-4.7.32)

(b) Zijn geschillen omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden arbitrabel?

(xvii) Een geschil tussen een buitenlandse investeerder en het gastland is niet publiekrechtelijk van aard. Ook echter indien ervan uitgegaan wordt dat naar Russisch recht arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen is opengesteld en dat het onderhavige geschil niet een dergelijk civielrechtelijk geschil is, is internationale arbitrage op de voet van art. 26 ECT niet 'inconsistent' met Russisch recht. Een op grond van art. 26 ECT benoemd scheidsgerecht moet een aan hem voorgelegd geschil beslissen "in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law". Het valt niet in te zien dat een dergelijke vorm van internationale arbitrage niet zou kunnen bestaan naast de door de Russische Federatie aangehaalde wettelijke bepalingen. Dat Russisch recht voor nationale situaties de mogelijkheid van arbitrage slechts openstelt voor civielrechtelijke geschillen, is niet in strijd met de omstandigheid dat de ECT internationale arbitrage openstelt voor de daarin geregelde gevallen, in aan-

vulling op de bestaande mogelijkheden naar nationaal Russisch recht. Ook uit de verdragspraktijk van de Russische Federatie blijkt geen terughoudendheid ten aanzien van internationale arbitrage van geschillen over investeringsverdragen. (rov. 4.7.35-4.7.37)

(xviii) Ook uit de *Explanatory Note* die de regering op 26 augustus 1996 als toelichting bij het wetsvoorstel tot ratificatie van de ECT bij de Doema heeft ingediend, en waarin op grond van art. 16 lid 4 FLIT moest zijn opgenomen "a report on its conformity with the legislation of the Russian Federation", blijkt niet van enig probleem met de arbitrageclausule van art. 26 ECT of met voorlopige toepassing van die bepaling. (rov. 4.7.38)

(xix) Reeds op grond van het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht in de zin van de *limitation clause*, ook niet als wordt uitgegaan van de uitleg die de Russische Federatie daaraan geeft. (rov. 4.7.39)

(xx) Ook de art. 25 en 27 van het Russische Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering laten geen andere conclusie toe dan dat verdragen regels kunnen inhouden die tot gevolg hebben dat andere dan civielrechtelijke geschillen aan arbitrage kunnen worden onderworpen. Dat geldt ook voor art. 1 lid 5 van de Wet over Internationale Handelsarbitrage en de art. 21 en 23 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Handelszaken. (rov. 4.7.40-4.7.42)

(xxi) Zowel de LFI 1991 als de LFI 1999 laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat een geschil tussen een buitenlandse investeerder en de Russische Federatie op een andere wijze wordt beslecht dan door een Russisch gerecht. Art. 9 LFI 1991 wijst op de mogelijkheid van "international means for settling disputes" en art. 10 LFI 1999 op "international arbitration (arbitration tribunal)". Arbitrage op de voet van art. 26 ECT valt onder beide omschrijvingen. Art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 gaan uit van een ruime opvatting van wat als een investeringsgeschil onder deze wetten kan worden beschouwd en beperken die mogelijkheid niet tot privaatrechtelijke geschillen. (rov. 4.7.47-5.7.52)

(xxii) Ook de Grondbeginselenwet bepaalt dat een internationaal verdrag kan voorschrijven dat investeringsgeschillen tussen een investeerder en de toenmalige USSR langs andere weg kunnen worden opgelost dan door de Russische rechter. Enige beperking tot privaatrechtelijke geschillen is hierin niet te lezen. (rov. 4.7.54)

(xxiii) Ook indien de LFI 1991 en de LFI 1999 geen grondslag zouden bieden om in een verdrag een geschil als dat van HVY en de Russische Federatie aan internationale investeringsarbitrage te onderwerpen, valt uit deze wetten toch in ieder geval niet af te leiden dat een dergelijke vorm van arbitrage 'inconsistent' is met Russisch recht. Dat volgt ook niet uit andere bronnen van Russisch recht. Van een algemeen in de Russische Federatie levende rechtsovertuiging dat internationale arbitrage van inter-

nationale investeringsgeschillen ongeoorloofd is, is evenmin gebleken. (rov. 4.7.57)
(xxiv) De conclusie luidt dat art. 26 ECT niet in strijd is met Russisch recht in de zin van de *limitation clause*. (rov. 4.7.58)

- (c) Komt naar Russisch recht aan aandeelhouders een vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen?
- (xxv) De stelling dat HVY als (voormalige) aandeelhouders van Yukos naar Russisch recht geen rechtsvordering kunnen instellen in verband met schade toegebracht aan de vennootschap, is niet van belang voor de vraag of het scheidsgerecht op grond van art. 26 ECT bevoegd was om over het geschil tussen partijen te oordelen. (rov. 4.7.62)
- (xxvi) Het scheidsgerecht heeft de vordering van HVY zo begrepen dat zij aanvoeren dat de Russische Federatie hun aandelen (niet expliciet maar wel *de facto*) heeft onteigend. Het scheidsgerecht heeft de vorderingen van HVY op deze grond toegewezen. Het hof onderschrijft deze lezing van de stellingen van HVY. Daarvan uitgaande heeft het scheidsgerecht terecht beslist dat HVY geen rechtsvordering hebben ingesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap (Yukos). (rov. 4.7.63)
- (xxvii) Voor zover al zou moeten worden geoordeeld dat de ECT vorderingen van aandeelhouders mogelijk maakt die aandeelhouders naar Russisch recht niet kunnen instellen, volgt daaruit nog niet dat de ECT op dit punt strijdig (in de zin van de *limitation clause*) is met Russisch recht. (rov. 4.7.64)

(b) Relevante verdragsbepalingen
5.2.2 Art. 26 ECT (“Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party”) luidt, voor zover van belang, als volgt:

“1. Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

2. If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph 1 within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

- a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;
- b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or
- c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

3. a) Subject only to subparagraphs b) and c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

- b)(...)
- c)(...)

4. In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph 2 c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

- a) (...)
- b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or
- c) (...)

5. (...)
6. A tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

- 7. (...)
- 8. (...).”

Van art. 45 ECT (“Provisional application”) luiden de leden 1 en 2 als volgt:

“1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

2. a) Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depositary a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depositary.

b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph a) nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph 1.

c) Notwithstanding subparagraph a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph a) shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.”

- (c) Beoordeling van de klachten
Heeft de Russische Federatie ondubbelzinnig en vrijwillig ingestemd met arbitrage?

5.2.3 De onderdelen 2.2 en 2.8 betogen dat voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet voldoende is dat art. 26 ECT een arbitrageclausule bevat. Het scheidsgerecht zou slechts dan bevoegd kunnen zijn indien de Russische Federatie duidelijk, ondubbelzinnig en vrijwillig met arbitrage heeft ingestemd. De onderdelen klagen dat in het onderhavige geval niet aan dit vereiste is voldaan.

5.2.4 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om ant-

woord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Mocht het hof nieuwe bevoegdheidsargumenten in aanmerking nemen?

5.2.5 Onderdeel 2.3 richt diverse klachten tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 5.2.1 onder (i)-(iv)) dat het op grond van door HVY voor het eerst in de vernietigingsprocedure aangedragen argumenten mag oordelen dat het scheidsgerecht bevoegd was van de vorderingen van HVY kennis te nemen, hoewel het scheidsgerecht zelf zijn bevoegdheid daarop niet heeft gebaseerd.

5.2.6 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden reeds omdat daarbij geen belang bestaat. Het oordeel van het hof over de bevoegdheid van het scheidsgerecht is immers niet alleen gebaseerd op het door HVY voor het eerst in de vernietigingsprocedure aangedragen bevoegdheidsargument en de daarbij behorende uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.5.8-4.6.2 van het eindarrest), maar ook – ten overvloede – op het door de rechtbank gevolgde standpunt van de Russische Federatie over de uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.7.1-4.7.58 van het eindarrest). Hierna in 5.2.11-5.2.20 zal blijken dat de klachten tegen dat ten overvloede gegeven oordeel niet slagen.

5.2.7 Inhoudelijk treffen de klachten evenmin doel. Daartoe wordt als volgt overwogen.

Op grond van art. 1052 lid 1 (oud) Rv mag het scheidsgerecht zelf over zijn bevoegdheid oordelen. Indien het scheidsgerecht zich bevoegd acht, is dat oordeel evenwel niet definitief. Het laatste woord over de bevoegdheid van de arbiters komt aan de rechter toe.¹⁴ Dat hangt samen met het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter.¹⁵

Indien op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv wordt gevorderd dat het arbitrale vonnis wordt vernietigd omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dient de rechter te beoordelen of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Die beoordeling dient zonder terughoudendheid plaats te vinden,¹⁶ en is niet beperkt tot de vraag of de arbiters hun bevoegdheid op de juiste gronden hebben aangenomen. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de rechter de arbitrale beslissing niet vernietigt op de enkele grond dat het scheidsgerecht de beslissing dat het bevoegd is van het geschil kennis te nemen, onjuist heeft gemotiveerd. Het staat de rechter dan ook vrij om op andere dan de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden te oordelen dat het zich terecht bevoegd heeft geacht om van het geschil kennis te nemen.

Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat de rechter die oordeelt dat de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden ontoereikend zijn voor de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid, maar constateert dat het scheidsgerecht wel op andere gronden bevoegd is, het arbitrale vonnis desalniettemin zou moeten vernietigen. Het gevolg daarvan zou zijn dat, hoewel er een geldige overeenkomst tot arbitrage is, het geschil door de gewone rechter moet worden beslist, tenzij de partijen anders overeenkomen (art. 1067 (oud) Rv). Dat strookt niet met de gebleken bedoeling van de partijen om hun geschil niet aan overheidsrechtspraak maar aan arbitrage te onderwerpen.

Uitleg van de limitation clause

5.2.8 Onderdeel 2.4 richt zich tegen de door het hof gegeven uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.5.8-4.6.1 van het eindarrest, hiervoor in 5.2.1 onder (v)-(x) kort weergegeven). De onderdelen 2.5 en 2.6 richten zich tegen de door het hof ten overvloede gegeven oordelen op basis van de door de Russische federatie bepleite en door de rechtbank onderschreven uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.7.1-4.7.58 van het eindarrest, hiervoor in 5.2.1 onder (xii)-(xxiv) kort weergegeven).

Volgens de onderdelen 2.4 en 2.5 gaat het in de *limitation clause* erom of de voorlopige toepassing van afzonderlijke verdragsbepalingen in een specifiek geval strijdig is met nationale wet- en regelgeving. De onderdelen verenigen zich met de door rechtbank aan de *limitation clause* gegeven uitleg, die inhoudt (zie rov. 5.33 van het vonnis van de rechtbank) dat voorlopige toepassing van de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT niet alleen onverenigbaar is met Russisch recht indien hetgeen uit die bepaling volgt in het nationale recht wordt verboden, maar ook indien arbitrage in een geschil als het onderhavige geen wettelijke grondslag heeft of niet past in het wettelijk systeem, of niet verenigbaar is met de uitgangspunten die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving. De rechtbank heeft volgens de onderdelen terecht overwogen dat van strijdigheid met Russisch recht ook sprake kan zijn indien dat recht zelf niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. Het hof had volgens de onderdelen dus niet moeten beoordelen of art. 26 ECT en het Russische recht in dit geval tegelijkertijd toepassing kunnen vinden, maar – zoals de rechtbank heeft gedaan – of dit geschil op grond van het Russische recht door arbitrage kon worden beslecht.

5.2.9 De uitleg van de bepalingen van de ECT dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 WVV. Op grond van art. 31 lid 1 WVV moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, WVV volgt dat behalve met de context rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het ver-

14 *Kamerstukken II* 1983/84, 18464, nr. 3, p. 21. Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, rov. 3.4.1 (NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders; red.).

15 Vgl. HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2 (NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders; red.).

16 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2 (NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders; red.).

drag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van dat verdrag vormt (hierna: de statenpraktijk).¹⁷ Op aanvullende middelen van uitleg kan een beroep worden gedaan om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van art. 31 WVV te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitleg, geschied overeenkomstig art. 31 WVV, de betekenis dubbelzinnig of duister laat, of leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is (art. 32 WVV). Met inachtneming van het bepaalde in art. 32 WVV kan voor de uitleg van een verdrag een beroep worden gedaan op de voorbereidende werkzaamheden (*travaux préparatoires*) van dat verdrag.¹⁸

5.2.10 De door het hof aan de *limitation clause* gegeven uitleg (rov. 4.5.48, eerste zin, van het eindarrest, zie hiervoor in 5.2.1 onder (ix)) komt de Hoge Raad voorshands juist voor, op grond van de door het hof daartoe in rov. 4.5.9-4.5.47 gebezigde argumenten (zie hiervoor in 5.2.1 onder (v)-(viii)). Echter, mede gelet op de uiteenlopende interpretaties die het scheidsgerecht, de rechtbank en het hof in deze zaak aan de *limitation clause* hebben gegeven, kan niet worden aangenomen dat deze uitleg in alle opzichten een *acte clair* is. Zo nodig zou de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moeten voorleggen hoe de *limitation clause* moet worden uitgelegd. Er bestaat in deze zaak, anders dan onderdeel 2.7 betoogt, evenwel geen noodzaak om dit te doen, omdat het antwoord op de vraag of de door het hof aanvaarde uitleg juist is, niet bepalend is voor de beslissing in cassatie. De klachten kunnen namelijk op andere gronden al niet tot cassatie leiden. Daartoe overweegt de Hoge Raad het volgende.

5.2.11 Het hof heeft in rov. 4.7.5-4.7.32 van het eindarrest (zie hiervoor in 5.2.1 onder (xiii)-(xvi)) overwogen dat het Russische constitutionele recht en de federale wetgeving zich niet verzetten tegen voorlopige toepassing van verdragen. In rov. 4.7.5 en 4.7.47-4.7.52 van het eindarrest (zie hiervoor in 5.2.1 onder (xiii) en (xxi)) heeft het hof overwogen dat het Russische recht in art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 internationale arbitrage over investeringsgeschillen met zoveel woorden mogelijk maakt en dat beide wetten bevestigen dat een geschil als het onderhavige arbitabel is. Het hof heeft dus niet alleen – overeenkomstig zijn uitleg van de *limitation clause* – beoordeeld of voorlopige toepassing van art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht en of art. 26 ECT en het Russische recht tegelijkertijd toepassing kunnen vinden, maar ook – ten overvloede, overeenkomstig de door de Russische Federatie voorgestane

uitleg van de *limitation clause* – of het Russische recht zelf een grondslag biedt voor een vorm van geschilbeslechting zoals in art. 26 ECT is voorzien en zoals in dit geval aan de orde is.

5.2.12 Onderdeel 2.5 klaagt onder meer dat het hof “een rechtens onjuiste *petitio principii*” heeft gehanteerd doordat het zijn oordeel dat het Russische recht voorziet in de mogelijkheid van internationale arbitrage in een geschil als hier aan de orde, via art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 heeft gegrond op art. 26 ECT zelf, terwijl het erom gaat of de bestaande interne rechtsorde – de Hoge Raad begrijpt: de ECT buiten beschouwing latend – voorziet in dergelijke arbitrage. Deze klacht faalt omdat zij gegrond is op een uitleg van de *limitation clause* die in zoverre in elk geval niet juist kan zijn. Hiertoe is het volgende redengevend.

5.2.13 De hiervoor in 5.2.12 weergegeven, door de Russische Federatie voorgestane uitleg van de woorden “not inconsistent with its constitution, laws or regulations” in de *limitation clause* is niet in overeenstemming met de bewoordingen daarvan. De tekst van de *limitation clause* geeft geen aanknopingspunten voor de uitleg die inhoudt dat voor voorlopige toepassing van art. 26 ECT geen plaats is indien het Russische recht niet zelf voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. De gebruikte bewoordingen “not inconsistent with” duiden erop dat geen sprake mag zijn van strijdigheid tussen de desbetreffende bepaling van de ECT en het nationale recht, en niet dat de bepaling van de ECT in overeenstemming moet zijn met een gelijksoortige bepaling in het nationale recht.

5.2.14 De door de Russische Federatie voorgestane uitleg vloeit evenmin voort uit de context van de *limitation clause* en strookt niet met voorwerp en doel van de ECT.

In de preambule van de ECT is onder meer opgenomen:

“Wishing to implement the basic concept of the European Energy Charter initiative which is to catalyse economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy.”

Art. 2 ECT (“Purpose of the Treaty”) luidt als volgt:

“This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.”

In de European Energy Charter 1991, waarnaar de preambule en art. 2 ECT verwijzen, is onder 4. (“Promotion and protection of investments”) bepaald:

“In order to promote the international flow of investments, the signatories will at national level provide for a stable, transparent legal framework for foreign investments, in conformity with the relevant international laws and rules on investment and trade.

They affirm that it is important for the signatory States to negotiate and ratify legally binding agreements on promotion and protection of in-

¹⁷ Vgl. HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, rov. 3.7 (NJ 1992/106, m.nt. J.C. Schultsz; red.); HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:956, rov. 3.1.3 (NJ 2020/280, m.nt. L. Strikwerda; red.).

¹⁸ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:956, rov. 3.1.3 (NJ 2020/280, m.nt. L. Strikwerda; red.).

vestments which ensure a high level of legal security and enable the use of investment risk guarantee schemes.”

Art. 10 lid 1 ECT luidt als volgt:

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to Make Investments in its Area. (...)”

In de ECT, in het bijzonder in deel III van de ECT (“Investment Promotion and Protection”), zijn voorts diverse bepalingen opgenomen die beogen buitenlandse investeringen te stimuleren en de investeerders en hun investeringen te beschermen. Uit dit alles blijkt dat een belangrijk doel van de ECT is het bevorderen van investeringen in de energie-sector, onder meer door het aanmoedigen en creëren van stabiele, billijke, gunstige en transparante investeringscondities voor investeerders uit andere verdragsluitende staten. Ook art. 26 ECT, dat voorziet in een mechanisme waarmee investeerders de naleving van de uit de ECT voortvloeiende rechten kunnen afdwingen, moet in dat licht worden bezien.

Voorlopige toepassing van de ECT heeft de kenmerkende strekking om deze gunstige investeringscondities zo veel mogelijk te laten intreden vanaf de ondertekening van de ECT. Daarmee verdraagt zich niet een uitleg van de *limitation clause* op grond waarvan een investeerder geen beroep zou kunnen doen op de in de ECT voorziene bescherming indien het recht van de ondertekenende staat niet ook zelf daarin voorziet. Daarmee zou de in art. 45 lid 1 ECT voorziene voorlopige toepassing van bepalingen van de ECT immers geen praktische betekenis hebben.

5.2.15 De hiervoor in 5.2.12 weergegeven, door de Russische Federatie bepleite uitleg van de *limitation clause* vindt ook geen steun in de statenpraktijk. Om te kunnen vaststellen dat sprake is van een later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen over deze uitleg is ontstaan, is nodig dat alle verdragsluitende staten die uitleg in de toepassing van het desbetreffende verdrag, al dan niet uitdrukkelijk, hebben aanvaard.

De Russische Federatie heeft zich beroepen op verklaringen van partijen bij, dan wel ondertekenaars van de ECT. Zij heeft zich onder meer beroepen op de *1994 EU Joint Statement*¹⁹ en op een verklaring van de Europese Commissie van 21 september 1994²⁰ (zie rov. 4.5.29 van het eindar-

rest). Niet is gebleken dat de andere verdragsluitende staten de volgens de Russische Federatie uit de *1994 EU Joint Statement* blijkende interpretatie van de *limitation clause* ondersteunen. Bovendien zijn deze *Joint Statement* en de genoemde verklaring van de Europese Commissie afgelegd voorafgaand aan de totstandkoming van de ECT, zodat daaruit niet een later gebruik kan worden afgeleid.

Ook van de door de Russische Federatie aangehaalde verklaring van de Europese Raad van 13 juli 1998²¹ is, hoe deze ook moet worden begrepen, niet gebleken dat alle verdragsluitende staten die verklaring ondersteunen.

De verklaringen omtrent de voorbereiding en goedkeuring van de authentieke Russische tekst van de ECT kunnen evenmin worden aangemerkt als een later gebruik in de zin van art. 31 lid 3, onder b, WvV. Hetzelfde geldt voor de opmerkingen die tijdens of na het onderhandelingsproces door (functionarissen van) enkele andere landen, zoals Nederland, Finland en het Verenigd Koninkrijk, zijn gemaakt.

Ook overigens is niet gebleken van een later gebruik in de toepassing van de ECT waardoor overeenstemming van de verdragspartijen over de door de Russische Federatie verdedigde uitleg is ontstaan.

5.2.16 De conclusie is dat de uitleg die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, voor zover die uitleg inhoudt dat het nationale recht van een ondertekenende staat zélf moet voorzien in de verdragsregeling waarvan de voorlopige toepassing aan de orde is, niet in overeenstemming is met de bewoordingen daarvan, niet voortvloeit uit de context, niet strookt met voorwerp en doel van de ECT en evenmin steun vindt in de statenpraktijk. Dat aan de *limitation clause* in elk geval in zoverre niet de door de Russische Federatie voorgestane uitleg kan worden gegeven, is niet dubbelzinnig of duister en leidt niet tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Er is daarom geen aanleiding de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WvV toe te passen, waaronder raadpleging van de *travaux préparatoires*.

Over het oordeel dat de door de Russische Federatie voorgestane uitleg van de *limitation clause* in elk geval in zoverre niet juist is, kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen redelijkerwijs geen twijfel bestaan. Voor het stellen van prejudiciële vragen op de voet van art. 267 lid 3 VWEU, zoals onderdeel 2.7 bepleit, bestaat daarom geen aanleiding.

5.2.17 Het oordeel van het hof dat het Russische recht arbitrage in een geschil als het onderhavige uitdrukkelijk mogelijk maakt, berust voor het overige op zijn uitleg van Russisch recht. Over de juist-

19 Council of the European Union, ‘Statement by the Council, the Commission, and the Member States on Article 45 of the European Energy Charter Treaty’, ‘A’ Item Note, Brussels, 14 December 1994, Document 12165/94, Annex I.

20 Bijlage (“Samenvatting van de inhoud van het ‘Verdrag inzake het Europees Energiehandvest’”) bij Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de ondertekening en de voorlopige toepassing door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Europees Energiehandvest, 21 september 1994, COM(94) 405 def., 94/0214 (CNS).

21 Besluit van de Raad van 13 juli 1998 tot goedkeuring van de wijziging van de met de handel verband houdende bepalingen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en de voorlopige toepassing ervan, zoals overeengekomen door de conferentie over het Energiehandvest en de internationale conferentie van de ondertekenende partijen van het Verdrag inzake het Energiehandvest, 98/537/EG, L 252/21.

heid van dat oordeel kan ingevolge het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO in cassatie niet worden geklaagd.

5.2.18 Voor zover onderdeel 2.6 zich met motiveringsklachten keert tegen de overwegingen van het hof over de vraag of het Russische recht een grondslag biedt voor een vorm van geschilbeslechting zoals in art. 26 ECT is voorzien, laten deze klachten zich niet beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van dat recht te betrekken. Dit brengt mee dat deze motiveringsklachten eveneens afstuiten op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO.

5.2.19 De klacht van onderdeel 2.6.5 dat het hof geen acht had mogen slaan op verweren van HVY over het toepassingsbereik van de LFI 1991 en de LFI 1999 die eerst na de memoriewisseling in hoger beroep zijn aangevoerd, faalt. Het hof dient buitenlands recht immers ambtshalve toe te passen, en was bij zijn oordeel dienaangaande niet gebonden aan hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd. Bovendien stond het HVY vrij om hun reeds eerder ingenomen standpunt ten aanzien van de toepasselijkheid en uitleg van deze wetten bij akte nader uit te werken en te preciseren.

5.2.20 Nu de klachten van de onderdelen 2.5 en 2.6 tegen de ten overvloede gegeven oordelen van het hof op basis van de door de Russische Federatie bepleite uitleg van de *limitation clause* niet tot cassatie kunnen leiden, bestaat geen belang bij onderdeel 2.4. Deze oordelen kunnen immers het oordeel van het hof dat de Russische Federatie gebonden is aan de in art. 26 ECT opgenomen arbitrageclausule, zelfstandig dragen.

Dit betekent dat ook onderdeel 2.4 niet tot cassatie kan leiden.

(d) Conclusie

5.2.21 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 2 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 3

Hebben HVY een Investering gedaan en zijn zij Investeerder in de zin van art. 1 en 26 ECT?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.3.1 Het hof heeft, kort gezegd en voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

De bij de uitleg van de ECT in acht te nemen normen

(i) De bepalingen van de ECT moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaven van de art. 31 en 32 WVV. (rov. 4.2.1-4.2.5)

Investering/Investeerder, art. 1 leden 6 en 7 ECT

(a) Inleiding

(ii) Art. 1 leden 6 en 7 ECT geven een definitie van de begrippen 'Investment' (hierna ook: Investe-

ring) en 'Investor' (hierna ook: Investeerder). Volgens de Russische Federatie heeft het scheidsgerecht een onjuiste uitleg aan deze termen gegeven met als gevolg dat het zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van de voordeeling van HVY. (rov. 5.1.1)

(b) (...)

(c) Standpunt Russische Federatie en vooropstellingen van het hof

(iii) Het standpunt van de Russische Federatie in deze vernietigingsprocedure luidt dat het scheidsgerecht niet bevoegd was omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen, zodat de arbitrale vonnissen moeten worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv. HVY zijn, aldus de Russische Federatie, nep buitenlandse investeerders met een nep buitenlandse investering. (rov. 5.1.3)

(iv) Het uitgangspunt voor de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT vormt de tekst van deze bepalingen en de gewone betekenis die aan de bewoordingen toekomt. Niet in geschil is dat HVY vennootschappen zijn die zijn "organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party". Daarmee is – tekstueel gezien – voldaan aan de eisen die art. 1 lid 7 ECT stelt aan een Investeerder. Ook is – tekstueel gezien – voldaan aan de definitie van Investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT. Het artikelid geeft een niet-limitatieve opsomming van 'assets', waartoe ook aandelen ('shares'; art. 1 lid 6, onder b, ECT) behoren. De aandelen Yukos, die HVY houden, zijn derhalve aan te merken als Investering in de zin van de ECT. Tot slot is – tekstueel gezien – voldaan aan de eis als bedoeld in art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en investeerders uit 'another Contracting Party' (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en Isle of Man) "relating to an investment of the latter in the Area of the Former". (rov. 5.1.6)

(d) Buitenlandse investering, buitenlandse investeerder

(v) In de ECT is gekozen voor "het recht van het land volgens de wetten waarvan de Investeerder is georganiseerd" om de nationaliteit van een Investeerder te bepalen. De opstellers van de ECT hadden ervoor kunnen kiezen aanvullende voorwaarden in art. 1 lid 7 ECT op te nemen (zoals in andere investeringsverdragen is gedaan), aan de hand waarvan had kunnen worden vastgesteld of HVY een werkelijke band met Cyprus respectievelijk Isle of Man hebben. Dit hebben zij niet gedaan. (rov. 5.1.7.2)

(vi) De ECT bepaalt precies wanneer sprake is van een Investeerder en een Investering en wanneer een investeringsgeschil een internationaal karakter heeft dat valt onder het bereik van art. 26 ECT. Noch uit de context van de art. 1 en 26 ECT, noch uit het doel van de ECT volgt dat de verdragsopstellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het

buitenlandse karakter van de Investering of Investeerder, of het internationale karakter van het geschil. (rov. 5.1.7.3)

(vii) Art. 1 lid 6 ECT bepaalt dat onder Investering wordt verstaan iedere vorm van activa die eigendom is van of wordt gecontroleerd door een Investeerder. Vaststaat dat de aandelen Yukos worden gehouden door HVY. Er hoeft dus niet te worden vastgesteld wie de zeggenschap over de aandelen heeft. De *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT, waarin nader is bepaald hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een Investering in de ene verdragsluitende staat die direct of indirect onder zeggenschap staat van (is 'controlled by') een Investeerder uit een andere verdragsluitende staat, is hier dan ook niet relevant. (rov. 5.1.7.4)

(e) Zeggenschap over de investerende vennootschap (U-bocht)

(viii) Uit de tekst van art. 17 ECT (*denial of benefits clause*) volgt niet dat investeringen via de U-bochtconstructie (zoals de investeringen van HVY volgens de Russische Federatie moeten worden aangemerkt) buiten de bescherming van de ECT vallen. Art. 17 ECT geeft verdragsstaten het recht aan een nauwkeurig omschreven categorie investeerders de bescherming van een deel van het verdrag te ontzeggen, te weten aan investeerders die enkel op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat. Deze omstandigheid brengt niet mee dat art. 1 ECT aldus moet worden begrepen dat daarin een uitzondering moet worden gelezen voor een andere categorie investeerders, te weten schijnvennootschappen en/of investeerders die worden gecontroleerd door onderdanen van de verdragsstaat waarin zij investeringen doen. (rov. 5.1.8.4)

(ix) De arbitrale vonnissen die (tot op zekere hoogte) bevestigen dat U-bochtconstructies geen bescherming verdienen, bieden onvoldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat er een internationaal rechtsbeginsel bestaat inhoudend dat investeringsverdragen U-bochtconstructies niet (behoren te) beschermen. (rov. 5.1.8.9)

(x) Uit de door HVY aangehaalde arbitrale rechtspraak kan worden afgeleid dat er geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat investeringsverdragen geen bescherming verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland. (rov. 5.1.8.10)

(xi) Aan de door de Russische Federatie bedoelde statenpraktijk komt weinig gewicht toe, nu de juiste uitleg van de ECT niet inhoudt dat U-bochtinvesteringen worden uitgesloten. Daar komt nog bij dat de omstandigheden waaraan de Russische Federatie refereert, niet voldoen aan het bepaalde in art. 31 lid 3, onder b, WVV, omdat zij niet zien op de statenpraktijk in de toepassing van de ECT, maar op keuzes die de staten hebben gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen. (rov. 5.1.8.11)

(f) Economische bijdrage aan gastland

(xii) Er bestaat wellicht een regel van ongeschreven recht dat van een investering in de zin van het ICSID-verdrag²² slechts sprake kan zijn indien de investeerder een economische bijdrage aan het gastland levert. Dat impliceert niet het bestaan van een internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term investering bevat. De Russische Federatie heeft weliswaar verwezen naar een arbitrale uitspraak waarin het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel is aangenomen, maar dat is niet voldoende om het bestaan van een rechtsbeginsel in de door haar bedoelde zin aannemelijk te maken. De Russische Federatie stelt verder dat er arbitrale rechtspraak en recente verdragen bestaan waarin aan de hand van objectieve criteria wordt vastgesteld of sprake is van een internationale investering. Zij heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat dergelijke criteria ook gelden voor een Investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT. (rov. 5.1.9.4)

(xiii) De verdragsopstellers hadden in art. 1 lid 6 ECT de term 'Investering' beperkter kunnen definiëren dan zij hebben gedaan. Uit de bewoordingen van de ECT blijkt echter dat enkel aan de hand van een 'asset based'-definitie, dat wil zeggen aan de hand van een niet-limitatieve lijst van activa, wordt bepaald of sprake is van een Investering in de zin van de ECT. Tegen deze achtergrond biedt de omstandigheid dat in art. 1 lid 6 ECT wordt gesproken van een Investeerder die een Investering "doet" en (in de *Understanding*) van een Investering die "wordt gedaan", onvoldoende houvast om in dit artikelid de eis te lezen dat de buitenlandse investeerder een economische bijdrage moet leveren aan het gastland. (rov. 5.1.9.5)

(b) Relevante verdragsbepalingen

5.3.2 Art. 1 leden 6 en 7 ECT luiden als volgt:

"6. 'Investment' means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

d) Intellectual Property;

e) Returns;

²² Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten, Washington, 18 maart 1965, *Trb.* 1981, 191.

f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term 'Investment' includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the 'Effective Date') provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

'Investment' refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as 'Charter efficiency projects' and so notified to the Secretariat.

7. 'Investor' means:

a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

b) with respect to a 'third state', a natural person, company or other organization which fulfils, *mutatis mutandis*, the conditions specified in subparagraph a) for a Contracting Party."

- (c) Beoordeling van de klachten
Dienen aan het zijn van Investering en Investeerder in de zin van de ECT nadere eisen te worden gesteld?

5.3.3 Volgens onderdeel 3.2.2 is de uitleg die het hof in rov. 5.1.5-5.1.8 van het eindarrest heeft gegeven aan de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' in strijd met art. 31 lid 1 WvV. Het hof zou zijn uitleg ten onrechte hebben gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van slechts een gedeelte van de tekst van de ECT, namelijk de definities van art. 1 leden 6 en 7 ECT, en weinig gewicht hebben toegekend aan de op grond van art. 31 lid 3, onder b, WvV in aanmerking te nemen latere statenpraktijk. Het hof heeft derhalve ten onrechte de vier door art. 31 lid 1 WvV genoemde uitlegcriteria niet als gelijkwaardig en in hun onderlinge samenhang toegepast, aldus het onderdeel.

Onderdeel 3.2.3 betoogt in de kern dat het hof bij de uitleg van de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' heeft miskend dat voor de beoordeling of een vennootschap als Investeerder wordt beschermd onder de ECT, niet voldoende is dat zij is opgericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het gastland en dat zij de formele rechthebbende is van aandelen in een vennoot-

schap in dat gastland. Indien de eigendom en zeggenschap (art. 1 lid 6 ECT heeft het over "owned or controlled") in werkelijkheid liggen bij onderdanen van het gastland, is die vennootschap niet een buitenlandse investeerder en valt die vennootschap derhalve niet onder de bescherming van de ECT, aldus het onderdeel. Volgens het onderdeel heeft het hof de gewone betekenis van de termen in de ECT miskend. Die gewone betekenis houdt volgens het onderdeel in dat een partij gedurende een bepaalde tijd een economische bijdrage levert en een zeker risico loopt.

Onderdeel 3.2.3 vervolgt dat het hof ten onrechte geen of onvoldoende betekenis heeft toegekend aan voorwerp en doel van de ECT, namelijk het bevorderen en beschermen van buitenlandse investeringen.

Bovendien heeft het hof de context van art. 1 leden 6 en 7 ECT miskend, aldus het onderdeel. De samenhang van deze bepalingen met de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT en de art. 10 lid 1 en 3, 13, 17 en 26 ECT, maakt volgens de klacht duidelijk dat de ECT slechts van toepassing is als een investeerder van een verdragsluitende partij investeert op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij.

Ook klaagt het onderdeel dat het hof ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, heeft geoordeeld dat weinig gewicht toekomt aan de statenpraktijk waarop de Russische Federatie een beroep heeft gedaan. Onjuist is ook het oordeel van het hof dat deze statenpraktijk niet ziet op de (uitleg en) toepassing van de ECT, omdat die gaat over keuzes die nadien zijn gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen.

Ten slotte klaagt het onderdeel dat het hof duidelijke regels en fundamentele beginselen van internationaal recht heeft miskend en daarmee in strijd heeft gehandeld met art. 31 lid 3, onder c, WvV. In dit verband wijst het onderdeel op de beginselen dat internationale investeringsverdragen slechts internationale – en dus geen binnenlandse – investeringen beschermen en bescherming bieden aan daadwerkelijke investeerders en dus niet aan hen die slechts 'op papier' investeerder zijn.

Onderdeel 3.3, dat zich richt tegen rov. 5.1.9.1-5.1.9.5 van het eindarrest, klaagt dat het hof ten onrechte het standpunt van de Russische Federatie heeft verworpen dat de aandelen van HVY in Yukos niet als Investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT kunnen worden aangemerkt, omdat HVY geen daadwerkelijke economische bijdrage hebben geleverd aan de Russische Federatie. Geklaagd wordt dat het hof ten onrechte is uitgegaan van een louter grammaticale uitleg en dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de Russische Federatie het bestaan van een dergelijk internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht niet heeft aangetoond, omdat het hof het bestaan van een rechtsbeginsel moet vaststellen in het kader van zijn verplichting een verdrag (zo nodig ambtshalve) uit te leggen. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte

overwogen dat het vereiste van de economische bijdrage slechts geldt voor een investering als bedoeld in het ICSID-verdrag. Het onderdeel verwijst in dat verband onder meer naar de vereisten die zijn gesteld in de zaak *Salini Costruttori SpA/Marokko*²³ (hierna: *Salini*).

5.3.4 De onderdelen, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, werpen een vraag op van uitleg van bepalingen van de ECT. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 WVV, zoals hiervoor in 5.2.9 uiteengezet. Daarbij geldt dat ingevolge art. 31 lid 4 WVV aan een term in de ECT bijzondere betekenis moet worden toegekend indien wordt vastgesteld dat dit de bedoeling van partijen is geweest.²⁴

5.3.5 Art. 1 ECT is getiteld 'Definitions' en bevat in de leden 6 en 7 definities van de begrippen 'Investering' ('Investment') en 'Investeerder' ('Investor'). Uit de tekst van art. 1 leden 6 en 7 ECT volgt dat partijen bij de ECT aan deze begrippen een bijzondere betekenis hebben toegekend.

Art. 1 lid 7 ECT merkt als Investeerder aan vennootschappen of andere organisaties die zijn opgericht volgens de op het grondgebied van een verdragsluitende partij toepasselijke wetgeving ("organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party").²⁵ HVY zijn vennootschappen naar het recht van de verdragsluitende partijen Cyprus en Isle of Man.

Art. 1 lid 6, eerste alinea, ECT bepaalt dat een investering is elke vorm van activa ('asset') die een Investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, waarna onder (a) tot en met (f) een opsomming volgt van vormen van activa. Om als Investering in de zin van deze bepaling te kunnen worden aangemerkt, moet aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: (i) het moet gaan om een vorm van activa die een Investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, en (ii) die activa moeten ten minste een van de onder (a) tot en met (f) van die bepaling bedoelde bestanddelen omvatten.²⁶ HVY houden, althans hielden, aandelen in de in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij Yukos. Aandelen ('shares') in een vennootschap of onderneming zijn opgenomen in art. 1 lid 6, eerste alinea, onder (b), ECT.

5.3.6 Uit hetgeen hiervoor in 5.3.5 is overwogen volgt dat HVY voldoen aan de definitie van Investeerder zoals neergelegd in art. 1 lid 7 ECT, en dat de door hen gehouden aandelen voldoen aan de definitie van Investering zoals neergelegd in de eerste alinea van art. 1 lid 6, onder (b), ECT.

Niet alle investeringen die beantwoorden aan de in de eerste alinea van art. 1 lid 6 ECT gegeven defi-

nitie vallen binnen de werkingssfeer van de ECT. Daarvoor moet de Investering in verband staan met een economische activiteit in de energiesector in de zin van de derde alinea van art. 1 lid 6 ECT.²⁷ De door HVY gehouden aandelen in de oliemaatschappij Yukos houden verband met een economische activiteit in de energiesector. Dit is tussen partijen niet in geschil. Daarom is ook voldaan aan de in art. 1 lid 6, derde alinea, ECT neergelegde voorwaarde.

5.3.7 De bewoordingen van art. 1 leden 6, onder (b), en 7 ECT wijzen erop dat voor de beoordeling of een vennootschap als Investeerder wordt beschermd onder de ECT, voldoende is dat zij is opgericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het gastland en dat zij de formele rechthebbende is van aandelen in een vennootschap in dat gastland. Aan de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' hebben de verdragspartijen in art. 1 leden 6 en 7 ECT een bijzondere betekenis toegekend door de daarin opgenomen omschrijvingen van deze begrippen. Daarom komt in dit geval bij de uitleg van het begrip 'Investering' in art. 1 lid 6, onder (b), ECT geen betekenis toe aan de vereisten die in *Salini* zijn geformuleerd om vast te stellen of sprake is van een investering in de zin van het ICSID-verdrag dat, anders dan de ECT, zelf niet bepaalt wanneer sprake is van een internationale investering.

5.3.8 De hiervoor in 5.3.5-5.3.7 bedoelde uitleg overeenkomstig de bewoordingen van art. 1 leden 6 en 7 ECT strookt met de context van deze bepalingen en het voorwerp en doel van de ECT.

Wat betreft de context is het volgende van belang.

Onderdeel 3.2.3 doet een beroep op de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT zoals opgenomen in de Slotakte van de Conferentie inzake het Europees Energiehandvest.²⁸ Deze *Understanding* heeft betrekking op het criterium 'zeggenschap' ('controlled'). HVY zijn rechthebbende van de aandelen Yukos ('owned'), zodat deze *Understanding* bij de uitleg van art. 1 lid 6 onder (b) ECT geen rol speelt.

Art. 10 lid 3 en art. 13 ECT maken weliswaar een onderscheid tussen de eigen Investeerders van een verdragsluitende partij en Investeerders van andere verdragsluitende partijen of derde staten, maar bevatten geen aanwijzingen dat aanvullende eisen dienen te worden gesteld aan het internationale karakter van een Investering of Investeerder.

Art. 17 ECT (*denial of benefits-clause*) geeft verdragsstaten het recht om de bescherming van deel III van de ECT te ontzeggen aan investeerders die op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat. Deze bepaling staat de verdragsstaten toe het toepassingsbereik van de ECT te beperken en bevestigt daarmee het brede toepassingsbereik van de ECT indien (zoals bij de

23 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juli 2001.

24 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 5.2.

25 Vgl. ook HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Republiek Moldavië/Komstroy*), punt 70.

26 HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Republiek Moldavië/Komstroy*), punt 69.

27 HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (*Republiek Moldavië/Komstroy*), punt 67-68.

28 *Trb.* 1995, 108, p. 209 e.v.

Russische Federatie het geval is) aan art. 17 ECT geen toepassing is gegeven.

Niet alleen de context, maar ook het doel van de ECT – dat (mede) de bevordering van de internationale samenwerking op het terrein van energie en het stimuleren en beschermen van internationale investeringen omvat (zie ook hiervoor in 5.2.14) – wijst erop dat geen andere eisen moeten worden gesteld aan het buitenlandse karakter van een Investering dan de eisen die voortvloeien uit de bewoordingen van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Dit doel is juist gediend met ruime, eenvoudig toepasbare en voorspelbare definities van de begrippen ‘Investering’ en ‘Investeerder’.

5.3.9 Voorts dient rekening te worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan (art. 31 lid 3, onder b, WVV).

Dat een aantal verdragsluitende partijen bij de ECT in latere investeringsverdragen investeringen via een U-bochtconstructie van de werkings sfeer heeft uitgesloten, heeft geen betrekking op de toepassing van de ECT. Daarmee kan op grond van art. 31 lid 3, onder b, WVV dan ook geen rekening worden gehouden. Hetzelfde geldt voor de voorstellen voor de modernisering van de ECT, nu deze voorstellen niet zien op de toepassing van de huidige ECT maar op een mogelijk nieuw, aangepast verdrag. Ook overigens is niet gebleken van een later gebruik in de toepassing van de ECT waardoor overeenstemming van de verdragspartijen is ontstaan over een andere uitleg dan uit tekst, context, voorwerp en doel van de ECT volgt.

5.3.10 Verder dient rekening te worden gehouden met iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast (art. 31 lid 3, onder c, WVV). Ook algemene rechtsbeginselen als bedoeld in art. 38 lid 1, onder c, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof kunnen van belang zijn.

Uit arbitrale rechtspraak met betrekking tot andere verdragen dan de ECT kan geen regel van volkenrecht worden afgeleid die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast. Bovendien is deze rechtspraak niet eenduidig. Reeds daarom behoeft geen rekening te worden gehouden met de stellingen van de Russische Federatie over internationaal erkende rechtsbeginselen van investeringsrecht die volgens haar uit die rechtspraak kunnen worden afgeleid. Niet is gebleken van het bestaan van andere bronnen waaruit blijkt dat internationaal erkende beginselen van internationaal investeringsrecht bestaan, inhoudend dat elk investeringsverdrag – en dus ook de ECT – slechts bescherming zou verlenen aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term ‘investering’ bevat, of dat investeringsverdragen geen bescherming zouden verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland.

5.3.11 De uitleg die het hof heeft gegeven aan art. 1 leden 6, onder (b), en 7 ECT is in het licht van het voorgaande juist. Dit brengt mee dat ook is voldaan aan het vereiste zoals neergelegd in art. 26 ECT dat sprake moet zijn van een geschil tussen een ‘Contracting Party’ (de Russische Federatie) en een Investeerder uit ‘another Contracting Party’ (HVY) “relating to an Investment of the latter in the Area of the Former”.

5.3.12 Ten overvloede wordt in aanmerking genomen dat de *travaux préparatoires* van art. 1 leden 6 en 7 ECT deze uitleg bevestigen. Blijkens deze wordingsgeschiedenis hebben de partijen bij de ECT bewust gekozen voor een ruime betekenis van de begrippen ‘Investeerder’ en ‘Investering’ en hebben zij, ondanks andersluidende voorstellen, ervan afgezien om aanvullende criteria op te nemen.

5.3.13 De klachten van de onderdelen 3.2.2, 3.2.3 en 3.3 stuiten op het voorgaande af.

Is sprake van een ‘acte clair’?

5.3.14 Er bestaat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, redelijkerwijs geen twijfel over de uitleg van de ECT voor zover relevant voor de hiervoor weergegeven beslissingen. De Hoge Raad ziet, anders dan onderdeel 3.5 bepleit, daarom geen noodzaak om prejudiciële vragen te stellen als bedoeld in art. 267 lid 3 VWEU.

Overige klachten

5.3.15 De overige klachten van onderdeel 3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(d) Conclusie

5.3.16 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 3 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 4

Hebben de gestelde illegale handelingen van HVY en Khodorkovsky c.s. gevolgen voor de vernietigbaarheid van de arbitrale vonnissen?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.4.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

(i) Er bestaat een internationaal rechtsbeginsel dat internationale investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland, geen bescherming verdienen. Dit geldt ook indien het desbetreffende investeringsverdrag dit niet met zoveel woorden bepaalt. Om de bescherming van een investeringsverdrag te verliezen, moet het wel gaan om gevallen waarin “the illegality affects the ‘making’, i.e. arises when initiating the investment itself and not just when implementing and/or operating

it". Er moet onderscheid worden gemaakt tussen "(1) legality as at the initiation of the investment ('made') and (2) legality during the performance of the investment". Illegaal handelen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, kan dus niet leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. (rov. 5.1.11.2)

(ii) De ECT valt niet in de categorie investeringsverdragen waarin in de definitie van de term 'investering' een zinsnede is opgenomen dat de investering moet zijn gedaan "in accordance with the law", of woorden van soortgelijke strekking. Ten aanzien van een verdrag dat geen legaliteitseis bevat, is de arbitrale rechtspraak verdeeld over de vraag welk gevolg eraan moet worden verbonden als een investeerder 'illegaal' handelt bij het doen van de investering. (rov. 5.1.11.3-5.1.11.4)

(iii) De Russische Federatie heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich (steeds) onbevoegd dient te verklaren indien sprake is van het doen van een 'illegale' investering. In art. 1 lid 6 ECT is geen legaliteitseis opgenomen. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen. In dit geval prevaleert de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 1 lid 7 ECT. Dit leidt ertoe dat het scheidsgerecht niet onbevoegd is indien zou worden aangetoond dat sprake is van illegaal handelen ten tijde van of bij het doen van de investering. Dat een dergelijk illegaal handelen eventueel wel kan leiden tot ontzegging van de vorderingen, is in het kader van de onderhavige vernietigingsgrond (art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv) niet relevant. (rov. 5.1.11.5)

(iv) Ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering onder de ECT wel leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht, kan dit de Russische Federatie niet baten. Het scheidsgerecht heeft in nr. 1283 van de *final awards* terecht geoordeeld dat de verweten gedragingen van Khodorkovsky c.s. in een te ver verwijderd verband staan tot de transacties waarmee HVY zelf hun aandelen in Yukos hebben verworven. De stelling van de Russische Federatie dat aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staat dat HVY in 1995/1996 direct waren betrokken bij de illegale verwerving van de Yukos aandelen, gaat dus niet op. (rov. 5.1.11.6-5.1.11.7)

(v) Ook indien de aandelen die HVY in 1999-2001 hebben verkregen, in 1995/1996 door andere personen/vennootschappen zijn verworven door illegale handelingen, is daarmee nog niet gegeven dat sprake is van illegaal handelen door HVY zelf ten tijde van hun investering. Er is onvoldoende verband tussen de (gestelde) illegaliteiten in 1995/1996 en het doen van de investering door HVY. Dat wordt niet anders als daarbij acht wordt geslagen op de – mogelijke – betrokkenheid van HVY bij de betaling van steekpenningen. Uit de daarop gerichte stellingen van de Russische Federatie blijkt niet van vol-

doende verband tussen de investering van HVY (meer in het bijzonder van YUL) en de gestelde omkoping. In ieder geval is geen sprake van een zodanig evidente illegaliteit dat deze tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht moet leiden. (rov. 5.1.11.8)

(vi) Mogelijk illegaal handelen door Khodorkovsky c.s. ten tijde van de privatisering van Yukos staat in een te ver verwijderd verband tot de investering door HVY. (rov. 5.1.11.9)

(vii) De Russische Federatie voert onder de noemer 'unclean hands' aan dat de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen zal leiden tot een schending van de openbare orde wat betreft de fraude, corruptie en andere serieuze onwettigheden. (rov. 9.8.1)

(viii) Hetgeen het scheidsgerecht in dat verband heeft overwogen alsmede de daartegen gerichte verwijten van de Russische Federatie, is in rov. 5.1.11.1-5.1.11.9 besproken respectievelijk verworpen. (rov. 9.8.5)

(ix) In aanvulling daarop wordt het volgende overwogen. Het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de gestelde illegaliteiten niet relevant zijn voor de toewijzing van de vorderingen van HVY in de arbitrage omdat (i) alleen een illegaliteit bij het verrichten van de investering relevant is voor de bescherming onder de ECT, (ii) de gestelde illegaliteiten door anderen dan HVY zijn begaan en (iii) HVY de aandelen in Yukos rechtsgeldig hebben verworven. Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat de gestelde illegaliteiten hebben plaatsgevonden en dat zij raken aan de openbare orde, valt niet in te zien waarom dit oordeel van het scheidsgerecht in strijd zou zijn met de openbare orde. (rov. 9.8.7)

(x) De klacht dat het scheidsgerecht ten onrechte zou hebben beslist dat HVY "los te zien" zijn van Khodorkovsky c.s. en dat zij niet "onder zeggenschap" staan van de trustee in Guernsey en Jersey, mist feitelijke grondslag. Het scheidsgerecht heeft in dit verband slechts overwogen dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen heeft plaatsgevonden voordat HVY aandeelhouder werden en dat die gedragingen dientengevolge zijn verricht door "anderen", zoals Bank Menatep of Khodorkovsky c.s. Het scheidsgerecht heeft dus niet méér beslist dan dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Dat oordeel, voor zover het in deze vernietigingsprocedure al ten toets zou kunnen komen, is juist en is door de Russische Federatie niet, dan wel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, bestreden. (rov. 9.8.8)

(xi) Ten tijde van de door het scheidsgerecht als onteigening gekwalificeerde handelingen van de Russische Federatie was Khodorkovsky *chairman* en – al dan niet indirect – aandeelhouder van Yukos en het scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie, door Yukos *de facto* te onteigenen, mede Khodorkovsky beoogde te treffen. Dat oordeel is niet onverenigbaar met het oordeel dat HVY en

Khodorkovsky verschillende juridische entiteiten zijn. Van een onbehoorlijke, onvolledige en oppervlakkige beoordeling van het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal door het scheidsgerecht is dan ook niet gebleken. (rov. 9.8.9)

- (b) Beoordeling van de klachten
Bestaat er voldoende verband tussen het gestelde illegale handelen en de investering door HVY?

5.4.2 Onderdeel 4.3.1 klaagt dat het hof zich bij de beantwoording van de vraag of de aandelen leegaal zijn verkregen, niet had mogen beperken tot een beoordeling van de transacties waardoor HVY de aandelen in Yukos verkregen, maar ook de betrokkenheid van Khodorkovsky c.s. bij de verwerving van de aandelen in 1995/1996 in de beoordeling had moeten betrekken. Het oordeel van het hof berust op een onjuiste rechtsopvatting over de reikwijdte van de ECT en is in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, aldus het onderdeel.

5.4.3 De rechtsklacht van onderdeel 4.3.1 gaat uit van een onjuiste lezing van het oordeel van het hof en kan daarom reeds wegens een gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

Het hof heeft (in rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 van het eindarrest) de transacties in 1995/1996 die aan de verwerving van de aandelen door HVY in 1999-2001 voorafgingen immers in de beoordeling betrokken. Het is daarbij veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat de aandelen in 1995/1996 door andere personen of vennootschappen zijn verworven door illegale handelingen. Het hof heeft zich dus niet beperkt tot een beoordeling van de transacties waardoor HVY de aandelen in Yukos verkregen.

5.4.4 Het hof heeft geconcludeerd dat er onvoldoende verband bestaat tussen het gestelde illegale handelen in 1995/1996 en het doen van de investering door HVY. Dit oordeel berust op een afweging en waardering van de door de Russische Federatie in dit verband aangevoerde, en door het hof veronderstellenderwijs voor juist gehouden, feiten. Die afweging en waardering zijn voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Daarop stuit de motiveringsklacht van het onderdeel af.

5.4.5 Onderdeel 4.3.2 klaagt dat onjuist althans onvoldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof (in rov. 5.1.11.2 van het eindarrest) dat illegale handelingen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, niet kunnen leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht.

5.4.6 Ook dit onderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

De Russische Federatie heeft zich in feitelijke instanties (memorie van antwoord, randnummer 723) op het standpunt gesteld dat onomstreden is de stelling dat de bescherming die de ECT biedt, uitsluitend kan worden onthouden aan investeringen waarvan het doen, en niet de latere uitvoering, onwettig is. Zij heeft niet aangevoerd dat het scheids-

gerecht zich onbevoegd had moeten verklaren wegens illegale handelingen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan. Deze stelling, die mede een beoordeling van feitelijke aard vraagt, kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.

5.4.7 Het met de onderdelen 4.3.1 en 4.3.2 tevergeefs bestreden oordeel van het hof dat het gestelde illegale handelen onvoldoende verband houdt met de verkrijging van de aandelen door HVY, kan zelfstandig het oordeel van het hof dragen dat het gestelde illegale handelen niet aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staat. Dit betekent dat geen belang bestaat bij de behandeling van onderdeel 4.2, dat klaagt over het oordeel van het hof (in rov. 5.1.11.3-5.1.11.5) dat nu de ECT geen uitdrukkelijke legaliteits eis bevat, illegale handelingen ten tijde van HVY's investeringen niet aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staan. Dat onderdeel kan daarom evenmin tot cassatie leiden.

Bestaat er grond voor het oordeel dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop deze tot stand kwamen, in strijd zijn met de openbare orde?

5.4.8 Onderdeel 4.4 richt diverse klachten tegen het oordeel van het hof (in rov. 9.8 van het eindarrest) dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop zij tot stand kwamen, in strijd zijn met de openbare orde.

Onderdeel 4.4.2 klaagt dat deze beslissing niet in overeenstemming is met de internationale norm dat geen bescherming toekomt aan goederen of rechten die door illegaal handelen zijn verkregen of voor illegale doeleinden worden geëxploiteerd, en dat het hof bovendien heeft miskend dat het in strijd is met de nationale en internationale openbare orde dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van een illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investering voor bescherming in aanmerking zouden kunnen komen.

Onderdeel 4.4.3 klaagt dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof (in rov. 9.8.8 van het eindarrest) dat de Russische Federatie niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden dat juist is het oordeel van het scheidsgerecht dat de gedragingen van Khodorkovsky c.s. niet aan HVY kunnen worden tegengeworpen.

Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.4.9 Ingevolge art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis onder meer plaatsvinden op de grond dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde. Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op deze grond slechts mogelijk indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet

door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.²⁹

Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering dient de rechter — behoudens voor zover deze vordering erop is gebaseerd dat een geldige overeenkomst van arbitrage ontbreekt of dat in strijd met hoor en wederhoor is gehandeld — terughoudendheid te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functioneren van de arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.³⁰

De onderdelen klagen — terecht — niet dat het hof de hiervoor weergegeven maatstaf zou hebben miskend.

5.4.10 Het hof heeft in rov. 9.8.7 van het eindarrest verwezen naar hetgeen het in de rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 van het eindarrest heeft overwogen. Het is bij de beoordeling van de gestelde schending van de openbare orde veronderstellenderwijs uitgegaan van de door de Russische Federatie gestelde illegale handelingen van Khodorkovsky c.s. en heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat deze raken aan de openbare orde. In rov. 9.8.8 van het eindarrest is vervolgens het oordeel van het scheidsgerecht weergegeven dat, voor zover thans van belang, erop neerkomt dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden toegewezen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden.

Het oordeel van het hof dat dit oordeel van het scheidsgerecht juist is en door de Russische Federatie niet althans onvoldoende gemotiveerd is bestreden, moet zo worden begrepen dat de Russische Federatie niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden dat de gestelde illegale handelingen zijn verricht door andere (rechts)personen dan HVY en dat zij hebben plaatsgevonden voordat HVY aandeelhouder werden. Het oordeel moet voorts worden gezien in samenhang met het — blijkens hetgeen hiervoor in 5.4.4 is overwogen, tevergeefs — bestreden oordeel van het hof dat ook indien wordt uitgegaan van de juistheid van de feitelijke stellingen van de Russische Federatie, onvoldoende verband bestaat tussen het gestelde illegale handelen van Khodorkovsky c.s. en het doen van de investering door HVY waarover het in deze zaak gaat.

5.4.11 Het oordeel van het hof dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen, niet in strijd zijn met de openbare orde, is gebaseerd op de hiervoor in 5.4.10 genoemde overwegingen en geeft in het licht van de hiervoor in 5.4.9 weergegeven maatstaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het berust op afwegingen en waarderingen die zijn voorbehouden aan het hof als

rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan die beslissing dan ook niet verder op juistheid worden onderzocht. De bestreden beslissing is voldoende gemotiveerd en is in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk. De hiervoor in 5.4.8 weergegeven klachten stuiten daarop af.

Overige klachten

5.4.12 De overige klachten van onderdeel 4 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(c) Conclusie

5.4.13 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 4 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 5

Schond het scheidsgerecht haar opdracht door geen advies te vragen aan de relevante belastingautoriteiten (art. 21 lid 5 ECT)?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.5.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

(i) Art. 21 lid 5 ECT bevat de verplichting voor het scheidsgerecht om, indien zich de vraag voordoet of een belastingmaatregel een onteigening is, de bedoelde vraag aan de desbetreffende belastingautoriteiten voor te leggen. Het scheidsgerecht was daarom in beginsel gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen in ieder geval aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen. Het nalaten daarvan is evenwel niet voldoende ernstig om vernietiging van de arbitrale vonnissen te rechtvaardigen omdat het niet aanneemelijk is geworden dat de Russische Federatie door dit nalaten enig nadeel heeft ondervonden. (rov. 6.3.2)

(ii) Niet goed valt in te zien welke aanvullende informatie het scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander oordeel zou hebben geleid. Er kan dan ook niet worden geconcludeerd dat materiële benadeling voor de Russische Federatie heeft plaatsgevonden door het feit dat het scheidsgerecht de vraag of de in Rusland getroffen belastingmaatregelen een onteigening zijn, niet aan de Russische belastingautoriteiten heeft voorgelegd. (rov. 6.3.3)

(iii) De stelling dat het geschil aan de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd, gaat niet op, nu art. 21 lid 5, onder b, ECT slechts voorschrijft dat advies aan de “relevant competent tax authority” moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag “whether a tax constitutes an expropriation”. HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaat-

29 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, rov. 4.2 (NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders; red.).

30 HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, rov. 3.3.1 (NJ 2020/360; red.).

regelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden. (rov. 6.3.4)

(iv) Het prognoseverbod, waarop de Russische Federatie zich heeft beroepen, is een Nederlands procesrechtelijk begrip dat inhoudt dat de rechter niet vooruit mag lopen op de uitkomst van een eventueel getuigenverhoor. Ook als moet worden aangenomen dat arbiters in een internationale arbitrage aan dit verbod gebonden zijn, heeft te gelden dat van een prognose op een getuigenverklaring geen sprake is geweest. Art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT heeft een geheel ander karakter dan de verplichting om niet op grond van een prognose af te zien van het horen van getuigen. Het beginsel van hoor en wederhoor, waarop de Russische Federatie zich ook heeft beroepen, is een fundamenteel beginsel van procesrecht dat niet op één lijn is te stellen met de plicht van het scheidsgerecht om het geschil aan de bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen en de (discretionaire) bevoegdheid rekening te houden met door de belastingautoriteiten getrokken conclusies. Van een schending van de opdracht die de vernietiging van het arbitraal vonnis rechtvaardigt, is dus geen sprake. (rov. 6.3.5)

(b) Relevante verdragsbepalingen

5.5.2 Art. 21 ("Taxation") leden 1 en 5 ECT luiden als volgt:

"1. Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.

5. a) Article 13 shall apply to taxes.

b) Whenever an issue arises under Article 13, to the extent it pertains to whether a tax constitutes an expropriation or whether a tax alleged to constitute an expropriation is discriminatory, the following provisions shall apply:

(i) The Investor or the Contracting Party alleging expropriation shall refer the issue of whether the tax is an expropriation or whether the tax is discriminatory to the relevant Competent Tax Authority. Failing such referral by the Investor or the Contracting Party, bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)c) or 27(2) shall make a referral to the relevant Competent Tax Authorities;

(ii) The Competent Tax Authorities shall, within a period of six months of such referral, strive to resolve the issues so referred. Where non-discrimination issues are concerned, the Competent Tax Authorities shall apply the non-discrimination provisions of the relevant tax convention or, if there is no non-discrimination provision in the relevant tax convention applicable to the tax or no such tax convention is in force between the Contracting Parties concerned, they shall apply the non-discrimination principles under the Model Tax Convention on

Income and Capital of the Organisation for Economic Cooperation and Development;

(iii) Bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)c) or 27(2) may take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is an expropriation. Such bodies shall take into account any conclusions arrived at within the six-month period prescribed in subparagraph b)(ii) by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is discriminatory. Such bodies may also take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities after the expiry of the six-month period;

(iv) Under no circumstances shall involvement of the Competent Tax Authorities, beyond the end of the six-month period referred to in subparagraph b)(ii), lead to a delay of proceedings under Articles 26 and 27."

(c) Beoordeling van de klachten

Dient het nalaten om een vraag aan de belastingautoriteiten voor te leggen tot vernietiging van de arbitrale vonnissen te leiden?

5.5.3 Onderdeel 5.2.1 klaagt dat het hof, door er geen gevolgen aan te verbinden dat het scheidsgerecht heeft geweigerd het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen aan de belastingautoriteiten voor te leggen, ernstige fouten heeft gemaakt. Het hof heeft daarmee het dwingende karakter van de door art. 21 lid 5, onder b (i), ECT voorgeschreven verwijzingsverplichting ontkend of een niet bestaande nuttelooheidsuitzondering toegepast. De verwijzingsweigerings van het scheidsgerecht is een schending van zijn opdracht en van (het procedurele aspect van) de openbare orde, die vernietiging van de arbitrale vonnissen rechtvaardigt, aldus het onderdeel.

5.5.4 Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden indien het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. Bij de beoordeling van de vraag of het scheidsgerecht de grenzen van zijn opdracht heeft overschreden, moet mede worden betrokken of het geschil is beslecht in overeenstemming met de procedureregels die in het gegeven geval van toepassing zijn. De rechter moet bij zijn onderzoek of het scheidsgerecht de procedureregels heeft nageleefd, terughoudendheid betrachten. Dit hangt onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van art. 1065 (oud) Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en dat het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Is in een dergelijk geval sprake van strijd met de beginselen van een goede procesorde, dan zal het arbitrale vonnis blootstaan aan vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv (strijd

met de openbare orde). Ook die bepaling moet naar haar aard met terughoudendheid worden toegepast.³¹ Daaruit vloeit onder meer voort dat indien de schending van de opdracht niet ernstig is, dit niet tot vernietiging van het arbitrale vonnis leidt. Bij de beantwoording van de vraag of de ernst van de schending van de opdracht vernietiging van het arbitrale vonnis rechtvaardigt, komt de rechter beoordelingsvrijheid toe.

5.5.5 Op grond van art. 21 lid 1 ECT staat de ECT in beginsel niet in de weg aan de bevoegdheid van verdragsluitende staten om belastingmaatregelen te treffen. Art. 21 lid 5 ECT bevat hierop een uitzondering, die erop neerkomt dat belastingmaatregelen geen onteigening in strijd met art. 13 ECT mogen inhouden. Op grond van art. 21 lid 5, onder b (i), ECT dient de Investeerder of de verdragsluitende staat die aanvoert dat een belastingmaatregel in feite een met art. 13 ECT strijdige onteigening is, aan de bevoegde belastingautoriteiten de vraag voor te leggen of dat inderdaad het geval is. Laat de Investeerder of de verdragsluitende staat dat na, dan rust die verplichting op de geschilbeslechtende instantie, in dit geval het scheidsgerecht. Art. 21 lid 5, onder b, ECT ziet zowel op een geschil over de vraag of een belasting een onteigening vormt, als op een geschil over de vraag of een belasting waarvan wordt beweerd dat zij een onteigening vormt, discriminerend is.

5.5.6 Blijkens de eerste zin van rov. 6.3.1 van het eindarrest heeft het hof – in cassatie niet bestreden – vastgesteld dat de klachten van de Russische Federatie over het door het scheidsgerecht niet (juist) toepassen van art. 21 lid 5 ECT betrekking hebben op de vraag of sprake is van een onteigening. Ten aanzien van die vraag wordt in art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT bepaald dat de geschilbeslechtende instantie rekening kan houden (“may take into account”) met eventuele conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten. In zoverre wijkt de verplichting van de geschilbeslechtende instantie af van het geval waarin aan de orde is of een belasting waarvan wordt beweerd dat zij een onteigening vormt, discriminerend is. In het laatstgenoemde geval schrijft art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT voor dat de geschilbeslechtende instantie rekening houdt (“shall take into account”) met – tijdig – verstrekte conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten.

5.5.7 In het licht van de aan het scheidsgerecht toekomende bevoegdheid om, indien aan de belastingautoriteiten de vraag wordt voorgelegd of een belastingmaatregel een onteigening vormt, de door die autoriteiten gegeven conclusies al dan niet in zijn beoordeling te betrekken (“may take into account”), en gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar die bevoegdheid in de *final awards* (nr. 1427) door het scheidsgerecht, is niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat niet valt in te zien dat het scheidsgerecht in geval van voorlegging van die

vraag aan de belastingautoriteiten tot een ander oordeel zou zijn gekomen. Het daarop gegronde oordeel dat het – door het hof aangenomen – nalaten om het geschil aan de belastingautoriteiten voor te leggen niet voldoende ernstig is om vernietiging van de *final awards* te rechtvaardigen geeft, mede gezien de door de rechter te betrachten terughoudendheid (zoals hiervoor in 5.5.4 omschreven), geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Hierop stuiten de klachten van onderdeel 5.2.1 af.

Overige klachten

5.5.8 De overige klachten van onderdeel 5 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(d) Conclusie

5.5.9 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 5 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 6

Vormt de wijze waarop de assistent van het scheidsgerecht betrokken is geweest bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen, grond voor vernietiging van de arbitrale vonnissen?

5.6.1 Onderdeel 6 is gericht tegen rov. 6.6 van het eindarrest. Het hof heeft in die rechtsoverweging de bezwaren van de Russische Federatie verworpen tegen de wijze waarop de assistent van het scheidsgerecht betrokken zou zijn geweest bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen.

5.6.2 De klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Onderdeel 7

Missen de beslissingen van het scheidsgerecht over het gestelde misbruik door Yukos van schijnvennootschappen een steekhoudende motivering?

5.7.1 Onderdeel 7 is gericht tegen de rov. 8.4.13 en 8.4.16 van het eindarrest. Het hof heeft in die rechtsoverwegingen de bezwaren van de Russische Federatie verworpen tegen het oordeel van het scheidsgerecht in nr. 639 van de *final awards*, dat onder meer inhoudt dat “[t]he Tribunal has not found any evidence in the massive record that would support Respondent’s submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were

³¹ Zie voor een en ander HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, rov. 3.3 (NJ 2004/384, m.nt. H.J. Sijnders; red.).

'shams'" en tegen de in nr. 648 van de *final awards* door het scheidsrecht getrokken conclusies die onder meer inhouden dat het *Tax Ministry* te weinig bewijs had aangeleverd om de conclusie te kunnen trekken dat alle in de republiek Mordovië gevestigde dochtervennootschappen van Yukos misbruik maakten van het lagebelastingregime.

5.72 De klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Onderdeel 8

5.8 Onderdeel 8 bouwt voort op de onderdelen 1 tot en met 7 en behoeft geen zelfstandige behandeling.

6 Beoordeling van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep

Het incidentele beroep is voorwaardelijk ingesteld (zie hiervoor in 4.2.2).

Uit de beoordeling van het principale beroep volgt dat aan de voorwaarden niet is voldaan, zodat het voorwaardelijk incidentele beroep geen behandeling behoeft.

7 Slotsom

7.1 De slotsom is dat de onderdelen 2 tot en met 7 van het middel in het principale beroep niet tot cassatie kunnen leiden en dat onderdeel 8 geen zelfstandige behandeling behoeft. Onderdeel 1 slaagt wel. De bestreden arresten van het hof zullen daarom worden vernietigd.

Het voorwaardelijk incidentele beroep behoeft geen behandeling.

7.2 De zaak zal ter verdere behandeling en beslissing worden verwezen naar een ander hof.

8 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt de arresten van het gerechtshof Den Haag van 25 september 2018 en 18 februari 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt HVY in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Russische Federatie begroot op € 7.082,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien HVY deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Noot

C.M.J. Ryngaert:

1. In 2006 werd de Russische Yukos Oil Company failliet verklaard. HVY zijn aandeelhouders in

Yukos. In 2004 maakten zij een internationale arbitrageprocedure aanhangig tegen de Russische Federatie waarin zij stelden dat die laatste hun investeringen in Yukos had onteigend en had nagelaten deze investeringen te beschermen. De procedure werd in Den Haag gevoerd op basis van het Energiehandvestverdrag of *Energy Charter Treaty* (hierna ECT). Het scheidsrecht oordeelde dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder het ECT had geschonden en veroordeelde de Russische Federatie tot het betalen van een schadevergoeding aan HVY (2014).

2. De Russische Federatie vorderde hierop vernietiging van de door het scheidsrecht gewezen beslissingen (*awards*) voor Nederlandse gerechten, op basis van (oud) Rv. De Rechtbank Den Haag wees de vordering toe wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst (2016). Het Hof Den Haag vernietigde evenwel het vonnis van de rechtbank en wees de vordering van de Russische Federatie af (tussenarrest 2018 en eindarrest 2020). De Russische Federatie stelde tegen de arresten van het hof beroep in cassatie in.

3. Het principale cassatieberoep bestaat uit acht onderdelen. In deze annotatie ga ik louter in op het tweede onderdeel. Dit onderdeel heeft betrekking op een algemeen-volkenrechtelijke kwestie, namelijk de voorlopige toepassing van een verdrag, *in casu* het in 1994 gesloten en in 1998 in werking getreden ECT.

4. De Russische Federatie had het ECT ondertekend, maar niet geratificeerd. Zij stelde dat ze dan ook niet gebonden was aan de in artikel 26 ECT voorziene verplichting tot internationale investeringsarbitrage. Nu voorziet de '*limitation clause*' van artikel 45 lid 1 ECT wel in voorlopige toepassing van het verdrag, maar dit geldt slechts voor zover die voorlopige toepassing niet strijdig is met de interne rechtsorde: "Elke Ondertekenende Partij stemt ermee in dit Verdrag voorlopig toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding voor deze Ondertekenende Partij krachtens artikel 44, *voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften*" (eigen cursivering). De Russische Federatie was van oordeel dat artikel 26 ECT strijdig was met het Russische recht. Daarom was volgens haar geen sprake van een geldige arbitrageovereenkomst, en dienden de *awards* van het scheidsrecht vernietigd te worden.

5. De Rechtbank Den Haag volgde het argument van de Russische Federatie. De rechtbank oordeelde dat de arbitrageclausule van artikel 26 ECT geen wettelijke basis in het Russische recht had en daarmee dus strijdig was in de zin van artikel 45 lid 1 ECT. Aan deze bepaling kon dan ook geen voorlopige toepassing worden verleend.

6. Het Hof Den Haag daarentegen volgde de lezing van aandeelhouders HVY. Volgens deze lezing is geen sprake van strijdigheid indien het nationale recht niet voorziet in de mogelijkheid van internationale investeringsarbitrage, maar slechts voor zover 'voorlopige toepassing van een of meer

bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit' (hof, rov. 4.5.48). Dit laatste was volgens het hof niet het geval in het Russische recht. Artikel 26 ECT kon dus voorlopig worden toegepast overeenkomstig artikel 45 lid 1 ECT.

7. A-G Vlas adviseerde tot verwerping van het principale beroep van de Russische Federatie met betrekking tot onderdeel 2 (voorlopige toepassing). Hij volgde daarbij de lijn van het hof.

8. Net als A-G Vlas achtte de HR de door het hof gegeven uitleg aan artikel 45 lid 1 ECT rechtens juist (A-G, rov. 5.2.10). De HR oordeelde dat de uitleg die de Russische Federatie gaf aan deze bepaling onjuist was, omdat zij niet in overeenstemming was met de bewoordingen daarvan, niet voortvloeit uit de context, niet strookt met voorwerp en doel van de ECT en evenmin steun vindt in de statenpraktijk (rov. 5.2.16). Onderdeel 2 kon volgens de HR derhalve niet tot cassatie leiden.

9. Zoals A-G Vlas didactisch uitlegde, zijn er drie verschillende interpretaties van de *limitation clause* van artikel 45 lid 1 ECT mogelijk (A-G, rov. 3.14). Het gaat daarbij niet alleen om de hierboven reeds geschetste interpretaties zoals voorgestaan enerzijds door de Russische Federatie en de Rechtbank Den Haag en anderzijds aandeelhouders HVY en het Hof Den Haag. Er is namelijk nog een derde interpretatie mogelijk, namelijk deze voorgestaan door het scheidsgerecht, waarop HVY zich initieel beriep. In de interpretatie van het scheidsgerecht is de relevante vraag slechts of het *beginsel* van voorlopige toepassing verenigbaar is met het nationale recht van een verdragsstaat, wat betekent dat men louter dient na te gaan of de staat het beginsel van voorlopige toepassing van verdragen *in abstracto* kent (niet uitsluit). De interpretatie van het scheidsgerecht, hoewel op zichzelf uiteraard zeer gezagsvol, is vrij cru. Zoals het hof reeds stelde, gaat het om een alles-of-niets interpretatie, waarbij het verdrag in zijn geheel dan wel helemaal niet voorlopig wordt toegepast. Deze interpretatie houdt onvoldoende rekening met de mogelijkheid dat staten de voorlopige toepassing van bepaalde soorten verdragsbepalingen uitsluiten – waarop ook een aantal experts in de procedure had gewezen (hof, rov. 4.5.10-4.5.12). Het mag dan ook niet verbazen dat de HR, net als het hof, de interpretatie van het scheidsgerecht niet genegen was. In het concrete geval leidde de benadering van de HR evenwel niet tot een andere uitkomst, aangezien er in het Russische recht geen enkele beperking is ten aanzien van de (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen die voorlopig kunnen worden toegepast.

10. Vanuit een verdragsrechtelijk perspectief valt op dat de HR een 'holistische' interpretatie van artikel 45 lid 1 ECT voorstaat. Bij holistische interpretatie, een techniek die ook door het Internationaal Gerechtshof wordt toegepast, past een gerecht meer interpretatieregels en -methodes toe dan

strikt gezien noodzakelijk is om een verdragsclausule te interpreteren. In de literatuur wordt dit 'overbuilding' genoemd (zie met name Popa, L. E. (2018). 'The Holistic Interpretation of Treaties at the International Court of Justice', *Nordic Journal of International Law*, 87(3), 249-343). Het moet echter gezegd dat deze holistische interpretatie, zeker ten dele, haar grondslag vindt in artikel 31(1) van het Weens Verdragenverdrag (WV), dat bepaalt dat een verdrag 'te goeder trouw [moet] worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag'.

11. De HR had de zaak strikt genomen wellicht kunnen afdoen op basis van het beginsel van de tekstuele interpretatie, in die zin dat de tekst zelf van artikel 45 lid 1 ECT geen aanknopingspunten geeft voor de door de Russische Federatie (alsook door het scheidsgerecht) voorgestane uitleg (rov. 5.2.13). De HR graaft evenwel dieper. Hij bestudeert ook de context van de *limitation clause* en het voorwerp en doel van de ECT. Met name leidt hij uit de preambule en een aantal kernbepalingen van het ECT af dat het ECT het bevorderen van investeringen in de energiesector tot doel heeft, en stelt hij dat de door de Russische Federatie voorgestane lezing onvoldoende steun vindt in de staatspraktijk (met toepassing van artikel 31 lid 1 b WV) (rov. 5.2.14-5.2.15). De holistische benadering van de HR kent echter haar grenzen. Anders dan het hof (hof, rov. 4.5.34-4.5.40) onthoudt de HR zich van een analyse van de *travaux préparatoires* van het ECT (een interpretatiecanon die in artikel 33 WV is opgenomen). Anders dan het hof (hof, rov. 4.7) past de HR evenmin de alternatieve uitleg die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft toe op de zaak. Gezien het beginsel van de proceseconomie dat de HR doorgaans toepast, is dit perfect begrijpelijk.

12. Gezien de argumentatieve kwaliteit van het arrest van de HR is in ieder geval te verwachten dat nieuwe edities van commentaren op het ECT bijzondere aandacht aan dit arrest zullen besteden, des te meer omdat er weinig rechtspraak is over de voorlopige toepassing van artikel 45 ECT. Het meest recente commentaar vermeldt met betrekking tot de interpretatie van de *limitation clause* slechts twee *awards* van scheidsgerichten (K. Hobér, *The Energy Charter Treaty*, Oxford University Press: 2020, pp. 520-526).

13. Wat valt vanuit een breder volkenrechtelijk perspectief op te maken uit de onderhavige beslissing van de HR, die ogenschijnlijk slechts betrekking heeft op een toch vrij specifieke verdragsbepaling in het ECT? Ten eerste zet de HR in de verf dat nationale rechtbanken een eigen, oorspronkelijke rol spelen in verdragsinterpretatie en -toepassing; zij hoeven zich ter zake niet blind te laten leiden door een precedent van een internationaal tribunaal. Ten tweede kan de door de HR voorgestane interpretatie van de *limitation clause* van artikel 45 ECT *mutatis mutandis* ook worden toegepast op clausules in andere verdragen die op vergelijkbare wijze zijn geformuleerd (zie bijvoorbeeld de verdragen geciteerd in

R. Lefeber, 'The Provisional Application of Treaties', in J. Klabbers en R. Lefeber (red.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Den Haag, Brill: 1998), p. 89).

A.I.M. van Mierlo:

Inleiding

1. Het onderhavige arrest van 5 november 2021 staat in nauw verband met de beschikking van de Hoge Raad van 4 december 2020, NJ 2022/101, m.nt. A.I.M. van Mierlo. In beide gevallen gaat het om de veroordeling van de Russische Federatie in een drietal arbitrale vonnissen van 18 juli 2014 (de 'Awards') tot het betalen van schadevergoeding aan drie voormalige aandeelhouders van Yukos Oil (hierna tezamen: 'HVV'). De Awards zijn op vordering van de Russische Federatie vernietigd door de Rechtbank Den Haag bij vonnis van 16 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229. In hoger beroep is dit vonnis door het Gerechtshof Den Haag vernietigd bij eindarrest van 18 februari 2020, NJ 2020/360 en JOR 2020/164, m.nt. N. Peters. Hieraan zijn twee tussenarresten voorafgegaan, waarvan thans louter relevant is dat van 25 september 2018, ECLI:NL:GHDA:2018:2476 (JBPr 2019/9, m.nt. C.L. Schleijsen).

De beschikking van 4 december 2020 heeft betrekking op het verzoek van de Russische Federatie tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de Awards. Het onderhavige arrest betreft het cassatieberoep tegen de arresten van het Gerechtshof Den Haag van 25 september 2018 en 18 februari 2020. Het (principale) cassatieberoep van de Russische Federatie bestaat uit acht onderdelen. Het overgrote deel hiervan was ook al naar voren gebracht in de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 4 december 2020, NJ 2022/101.

2. In zowel de schorsingsprocedure als het onderhavige cassatieberoep is het oude arbitragerecht, zoals dat gold tot 1 januari 2015, van toepassing. In het onderhavige arrest gaat het daarbij in het bijzonder om art. 1065 lid 1 (oud) Rv. Deze bepaling is identiek aan het huidige – sinds 1 januari 2015 geldende – art. 1065 lid 1 Rv. Het is om deze reden dat ik in deze annotatie de toevoeging '(oud)' gemakshalve verder achterwege laat.

Het eerste en zesde middelonderdeel

3. Van de door de Russische Federatie aangevoerde klachten heeft co-annotator Ryngaert in zijn annotatie aandacht besteed aan het tweede onderdeel betreffende – kort samengevat – de voorlopige toepassing van het *Energy Charter Treaty* (Verdrag inzake het Energiehandvest, Lissabon 17 december 1994, Trb. 1995, 108). Van de zeven resterende onderdelen besteed ik slechts aandacht aan het eerste en zesde onderdeel, omdat die m.i. vanuit procesrechtelijk oogpunt voor de praktijk het meest interessant zijn. Ik ga daarbij voorbij aan de door A.V.M. Struycken in zijn lezenswaardige bijdrage *Gluren door het hek van het Vredespaleis; mogen Haagse rechters dat wel?* (NJB 2022/356) opgeworpen – en ontkennd beantwoorde – vraag of de Haagse rechters wel be-

voegd zijn te oordelen over de vordering van de Russische Federatie tot vernietiging van de Awards.

Het eerste middelonderdeel betreft de vernietigingsgrond in art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv (strijd openbare orde), meer in het bijzonder de vraag of bedrog in de arbitrageprocedure alleen grond geeft voor herroeping of ook in een vernietigingsprocedure aan de orde kan worden gesteld. Het zesde middelonderdeel is voor de dagelijkse arbitragepraktijk van belang, omdat daarin de rol van de secretaris van het Scheidsgerecht aan de orde komt, overigens niet zózeer in de overwegingen van de Hoge Raad – die de klacht afdoet met een beroep op art. 81 lid 1 RO – als wel in het eindarrest van het gerechtshof.

Bedrog in de arbitrageprocedure; welk rechtsmiddel, herroeping of vernietiging?

4. Bij memorie van antwoord in appel voert de Russische Federatie aan dat de Awards moeten worden vernietigd op grond van schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv), omdat HVV tijdens de arbitrale procedure bedrog heeft gepleegd, bestaande uit het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten die relevant zijn voor cruciale geschilpunten in de arbitrage.

Bedrog is één van de gronden van herroeping van een arbitraal vonnis (art. 1068 Rv). Het kan echter ook grond opleveren voor vernietiging van het arbitraal vonnis omdat dit vonnis of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde (art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv). De vraag is of voor gevallen waarin sprake is van bedrog de herroepingsprocedure de exclusieve remedie is.

In zijn tussenarrest van 25 september 2018 (rov. 5.7) beantwoordt het gerechtshof – na een door HVV opgeworpen incident – deze vraag bevestigend; de verwipen van de Russische Federatie over door HVV gepleegd bedrog in de arbitrale procedure kunnen naar het oordeel van het gerechtshof alleen in een herroepingsprocedure op grond van art. 1068 Rv aan de orde kunnen worden gesteld en niet in een vernietigingsprocedure (rov. 5.7). De hiertegen door de Russische Federatie in het eerste middelonderdeel gericht klacht in cassatie slaagt.

Uit de wettekst noch de wetgeschiedenis volgt, aldus de Hoge Raad (rov. 5.1.9), dat de wetgever heeft beoogd dat, indien de aangevoerde stellingen zowel een vernietigingsgrond in de zin van art. 1065 lid 1 Rv als een herroepingsgrond in de zin van art. 1068 lid 1 Rv opleveren, een partij deze stellingen uitsluitend in een herroepingsprocedure aan haar vordering ten grondslag kan leggen. Tot eenzelfde oordeel komt ook A-G Vlas in zijn conclusie (sub 3.4 en 3.5), hoewel die uiteindelijk (sub 3.7) – om andere, op het eerste gezicht valide, redenen die, zo schat ik in, bij het Gerechtshof Amsterdam in de procedure na verwijzing nog volle aandacht zullen krijgen – tot de conclusie komt dat deze klacht faalt. Het oordeel van de Hoge Raad verbaast niet, indachtig de opmerking van Sanders (*Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 199), waarnaar ook A-G Vlas in zijn conclusie (sub 3.3.) verwijst, dat de gronden voor herroeping van art. 1068

lid 1 Rv 'evenzovele gevallen van strijd met de openbare orde opleveren.' Kortom: de stelling dat het arbitrale vonnis is tot stand gekomen onder invloed van bedrog kan — blijkens rov. 5.1.17 in zowel het tot 1 januari 2015 als sedertdien geldende arbitragerecht (zie voor dit onderscheid mijn noot (nr. 2) onder HR 4 december 2020, NJ 2022/101) — ook ten grondslag worden gelegd aan een tijdig ingestelde vordering tot vernietiging in een vernietigingsprocedure en niet noodzakelijkerwijs (alleen maar) in een herroepingsprocedure.

Louter op deze klacht — de overige zeven onderdelen leiden niet tot cassatie — vernietigt de Hoge Raad (begrijpelijkerwijs in een andere zetel dan die oordeelde over het schorsingsverzoek) de arresten van 25 september 2018 en 18 februari 2020. Het geding wordt verwezen naar het Gerechtshof Amsterdam. Die zal aandacht moeten besteden aan andere verweren die HVY ten overstaan van het Gerechtshof Den Haag heeft gevoerd (zie het tussenarrest van 25 september 2018, rov. 5.3 onder (a) en (c)). Mocht het Gerechtshof Amsterdam, afgezien hiervan, oordelen dat inderdaad sprake is geweest van bedrog van de zijde van HVY (en de Awards, of de wijze waarop die tot stand zijn gekomen, in strijd zijn met de openbare orde), dan leidt dit tot eenzelfde rechtsgevolg als in geval van een herroeping wegens bedrog, te weten: vernietiging van de Awards.

Naar huidig recht leidt vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv blijkens de tweede volzin van art. 1067 Rv niet tot herleving van de bevoegdheid van de gewone rechter. Voor herroeping geldt hetzelfde op grond van de tweede volzin van art. 1068 lid 3 Rv dat art. 1067 Rv van overeenkomstige toepassing verklaart. Naar het in het onderhavige geval van toepassing zijnde art. 1067 (oud) Rv is dat evenwel anders. Dat bepaalt immers in algemene zin: zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, partij partijen anders overeenkomen. Daarmee zou voor de Russische Federatie een nieuwe arbitrageprocedure van de baan zijn en lijkt het niet waarschijnlijk dat HVY nog een procedure voor de bevoegde — mogelijk Russische — rechter entameren.

Bedrog in een arbitrale procedure speelt niet alleen een rol in het kader van vernietiging of herroeping. Het is ook een grond voor weigering van het verlot tot tenuitvoerlegging wegens schending van de openbare orde op grond van art. 1075 Rv jo. art. V lid 2 Verdrag van New York 1958. Zie Hof Amsterdam 14 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2032, JOR 2020/299, m.nt. C.L. Schleijsen (*Ascom c.s./Republiek Kazachstan*), waarin overigens van bedrog niet is gebleken en het verlot tot tenuitvoerlegging is verleend. Eerlijkheid duurt ook in het arbitragerecht het langst!

De secretaris van het Scheidsgerecht

5. In het zesde middelonderdeel gaat het om de vraag of de wijze waarop de assistent van het Scheidsgerecht — het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spreekt van secretaris (art. 1035a Rv) — betrokken is geweest bij de totstandkoming

van de Awards, grond voor vernietiging van de Awards vormt. Dit onderdeel is door de Hoge Raad — voor de advocaten van de Russische Federatie mogelijk pijnlijk — kort afgedaan met een beroep op art. 81 lid 1 RO. (rov. 5.6.2)

De Russische Federatie heeft in appel, blijkens het eindarrest van het gerechtshof (zie rov. 6.6.1), betoogd dat de assistent van het Scheidsgerecht een onevenredig grote rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de Awards. Daarmee heeft het Scheidsgerecht zich, aldus de Russische Federatie, niet aan zijn opdracht gehouden als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv, omdat arbiters hun inhoudelijke taak persoonlijk moeten vervullen. Door deze rol zijn de Awards, aldus de Russische Federatie, bovendien feitelijk door vier (in plaats van drie) arbiters gewezen. Daarmee is sprake van een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder b, Rv, te weten dat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels was samengesteld.

In mijn ogen een tamelijk *long shot* dat het bij het gerechtshof — in mijn ogen begrijpelijk — niet heeft gehaald. De indruk bestaat dat bij het formuleren van de desbetreffende klacht geen enkele rekenschap is gegeven wat in de gangbare arbitragepraktijk, maar ook in de praktijk van de overheidsrechtspraak, de rol van de secretaris is. De besluitvorming dient te geschieden en, zo is mijn indruk, geschiedt in de praktijk ook door degenen die daartoe zijn geroepen, de arbiters en de rechters, en door hen alleen. Dit neemt niet weg dat een secretaris bij het op schrift stellen van de (onderdelen van) de beslissing en het anderszins aanleveren van concepten — vanuit een oogpunt van (kosten)efficiency — een nuttige, zij het louter ondersteunende en faciliterende rol kan spelen. Mocht een partij denken dat het in concreto anders is gegaan, dan zal zij daarvoor goed beslagen ten ijs moeten komen en daarvoor steekhoudende argumenten moeten aandragen. Uit het eindarrest van het Gerechtshof Den Haag (in het bijzonder rov. 6.6.6) laat zich afleiden dat de Russische Federatie daarin niet is geslaagd. Het verbaast mij niet dat de Hoge Raad aan de tegen de overwegingen van het Gerechtshof Den Haag aangevoerde klacht voorbijgaat met een beroep op art. 81 lid 1 RO.

Besluit

6. Als 'verkoopargumenten' voor arbitrage worden vaak genoemd de snelheid van de procedure, de finaliteit van de arbitrale uitspraak en de ruime mogelijkheden voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis vanwege het Verdrag van New York. De onderhavige kwestie laat zien dat het ook anders kan zijn. Voorlopig lijkt het einde van het geschil tussen de Russische Federatie en HVY nog niet in zicht. *Lawyers paradise?*

7. Het arrest is in de drukproeffase van deze annotatie gepubliceerd in JOR 2022/79, m.nt. M. van de Hel-Koedoot.

C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo