ECLI:NL:GHDHA:2021:180

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	16-02-2021
Datum publicatie	10-06-2021
Zaaknummer	200.259.875/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2018:15532, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Republiek India vordert vernietiging arbitraal vonnis m.b.t. onteigening van investeringen in telecomnetwerk in India. Vordering afgewezen omdat niet voldaan is aan gronden voor vernietiging o.g.v. artikel 1065 Rv.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.259.875/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/529140 / HA ZA 17-315

arrest van 16 februari 2021

inzake

De Republiek India,
zetelend te New Delhi, India,
appellant,
hierna: de Republiek India,
advocaat: mr. T.L. Claassens te Rotterdam,

tegen

1 CC/Devas (Mauritius) Ltd.,

2. Devas Employees Mauritius Private Limited,

3. Telcom Devas Mauritius Limited,

alle gevestigd te Port Louis, Mauritius,

geïntimeerden,

hierna: Devas c.s.,

advocaat: mr. G.J. Meijer te Amsterdam.

1 De procedure in hoger beroep

1.1 Bij dagvaarding van 12 februari 2019 heeft de Republiek India hoger beroep ingesteld tegen een door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 14 november 2018. Bij memorie van grieven met producties heeft de Republiek India negen grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft Devas c.s. de grieven bestreden.

1.2 Vervolgens hebben partijen op 3 december 2020 de zaak laten bepleiten, de Republiek India door haar advocaat en Devas c.s. door haar advocaat en mr. Van der Plas-Hoebeke, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van overgelegde pleitnotities. De Republiek India heeft daarbij nog een aantal aanvullende producties overgelegd. Een van deze producties (productie 163, een brief van de Additional Solicitor General of India van 30 november 2020) is geweigerd omdat zij niet tijdig vóór de zitting aan het hof en de wederpartij was toegezonden. Ten slotte heeft het hof een datum voor arrest bepaald.

2 Feiten

2.1 De door de rechtbank in het vonnis van 14 november 2018 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.2 Op 20 juni 2000 is een bilateraal investeringsverdrag (hierna: het Verdrag) tussen de Republiek India en de Republiek Mauritius (hierna ook: de Verdragsluitende staten) in werking getreden. Het Verdrag heeft als doel investeringen van Mauritiaanse investeerders in India en investeringen van Indiase investeerders in Mauritius te bevorderen. Artikel 8 van het Verdrag voorziet in een arbitrale procedure voor de beslechting van geschillen tussen een investeerder uit een van de Verdragsluitende staten en de andere Verdragsluitende staat.

2.3 In artikel 1, eerste lid onder a van het Verdrag is het begrip 'investering' als volgt omschreven:

"investment" means every kind of asset established or acquired under the relevant laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, and in particular, though not exclusively, includes:

(i) *movable and immovable property as well as other rights* in rem *such as mortgages, liens or pledges;*

(ii) *shares, debentures and any other form of participation in a company;*

(iii) *claims to money, or to any performance under contract having an economic value;*

(iv) *intellectual property rights, goodwill, technical processes, know-how, copyrights, trade-marks, trade-names and patents in accordance with the relevant laws of the respective Contracting Parties;*

(v) *business concessions conferred by law or under contract, including any concession to search for, extract or exploit natural resources;"*

2.4 In artikel 11, derde lid van het Verdrag is ten aanzien van "*essential security interests*" het volgende bepaald:

"*The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind*

or take any other action which is directed to the protection of its essential

security interests (...)."

2.5 Devas c.s. zijn de (indirecte) aandeelhouders van de Indiase vennootschap Devas Multimedia Private Limited (hierna: Devas Multimedia). Devas c.s. zijn in Mauritius gevestigde vennootschappen. Antrix Corporation Limited (hierna: Antrix) is een commerciële entiteit van de Indiase ruimtevaartorganisatie (*Indian Space Research Organisation*, hierna: ISRO) en houdt zich bezig met de commerciële exploitatie van Indiase satellieten. De investeringen van Devas c.s. in Devas Multimedia zijn goedgekeurd door de Indiase *Foreign Investment Promotion Board*.

2.6 Op 28 januari 2005 heeft Devas Multimedia een overeenkomst gesloten met Antrix met betrekking tot de lease van 70 MHz capaciteit van de S-band voor een periode van twaalf jaar met de mogelijkheid van verlenging (hierna: het Devas Contract). Hiervoor zouden transponders worden geplaatst op twee nog te ontwikkelen satellieten. Devas Multimedia wilde de satellieten en het bijbehorende spectrum, samen met een door haar te ontwikkelen netwerk van zendmasten, gebruiken voor het aanbieden van draadloze audiovisuele uitzendingen en breedbandtoegang aan haar klanten in India (hierna: de Devas Diensten).

2.7 In de periode 2005-2010 heeft Devas Multimedia in samenwerking met onder andere Antrix en ISRO gewerkt aan de voorbereidingen van deze diensten. In dat kader heeft Devas Multimedia betalingen gedaan van ongeveer USD 13 miljoen voor de reservering van capaciteit op de twee satellieten. Deze betalingen werden gefinancierd met kapitaalstortingen van Devas c.s. in Devas Multimedia van ongeveer USD 32 miljoen. Daarnaast heeft Deutsche Telekom Asia (hierna: DT Azië) een bedrag van ongeveer USD 75 miljoen in Devas Multimedia geïnvesteerd, waarvoor zij een belang van 20% in Devas Multimedia heeft verkregen.

2.8 Op 17 februari 2011 heeft het *Cabinet Committee on Security*, bestaande uit de premier en de ministers van Defensie, Binnenlandse Zaken, Buitenlandse Zaken en Financiën van de Republiek India (hierna: CCS), besloten het Devas Contract te beëindigen. Voorafgaand aan dit besluit hebben diverse overheidsinstanties en commissies geadviseerd. Het persbericht van dezelfde datum over het door het CCS genomen besluit luidt als volgt:

CCS Decides to Annul Antrix-Devas Deal

Cabinet Committee on Security (CCS) has decided to annul the Antrix-Devas deal. Following is the statement made by the Law Minister (. ..) on the decision taken by the CCS which met in New Delhi today:

"Taking note of the fact that Government policies with regard to allocation of spectrum have undergone a change in the last few years and there has been an increased demand for allocation of spectrum for

national needs, including for the needs of defence, para-military forces, railways and other public utility services as well as for societal needs, and having regard to the needs of the country's strategic requirements, the Government will not be able to provide orbit slot in S band to Antrix for commercial activities, including for those which are the subject matter of existing contractual obligations for S band.

In light of this policy of not providing orbit slot in S Band to Antrix for commercial activities, the [Devas Contract, toevoeging hof] *shall be annulled forthwith.*"

2.9 Op 25 februari 2011 heeft Antrix Devas Multimedia formeel op de hoogte gebracht van de beëindiging van het Devas Contract.

2.10 Op 3 juli 2012 heeft Devas c.s. op grond van artikel 8 van het Verdrag een arbitrale procedure tegen India aanhangig gemaakt (hierna: de Arbitrale Procedure). De plaats van arbitrage was Den Haag.

2.11 Bij arbitraal deelvonnis van 25 juli 2016 (hierna: Arbitraal Deelvonnis) heeft het scheidsgerecht als volgt beslist:

- i) *Unanimously, that the Claimants' claims relate to an "investment" protected under the Treaty;*
- ii) *Unanimously, that the notice of termination of the Devas Agreement sent by Antrix to Devas constituted an act of State attributable to the Respondent.*
- iii) *By majority, that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimants' claims insofar as the Respondent's decision to annul the Devas Agreement was in part directed to the protection of the Respondent's essential security interests;*
- iv) *By majority, that the Respondent has expropriated the Claimants' investment insofar as the Respondent's decision to annul the Devas Agreement was in part motivated by considerations other than the protection of the Respondent's essential security interests;*
- v) *By majority, that the protection of essential security interests accounts for 60% of the Respondent's decision to annul the Devas Agreement, and that the compensation owed by the Respondent to the Claimants for the expropriation of their investment shall therefore be limited to 40% of the value of that investment;*
- vi) *Unanimously, that the Respondent has breached its obligation to accord fair and equitable treatment to the Claimants between July 2, 2010 and February 17, 2011;*
- vii) *Unanimously, that the Claimants' other claims shall be dismissed;*
- viii) *Unanimously, that any decision regarding the quantification of compensation or damages, as well as any decision regarding the allocation of the costs of arbitration, shall be reserved for a later stage of the proceedings.*"

De Arbitrale Procedure is daarna ten aanzien van de omvang van de schade voortgezet.

2.12 Op 28 juli 2016 is het Arbitrale Deelvonnis gedeponeerd bij de rechtbank Den Haag.

2.13 Op 11 augustus 2016 heeft het Indiase *Central Bureau of Investigation* (hierna: CBI) een zogenaamde *charge sheet* ingediend bij de rechter, met het oog op de opening van een strafrechtelijke procedure tegen voormalige Indiase ambtenaren die het Devas Contract hebben goedgekeurd alsmede tegen Devas Multimedia en enkele van haar voormalige en huidige bestuurders. Op 8 januari 2019 is een *supplementary charge sheet* ingediend. (De *charge sheet* en de *supplementary charge sheet* zullen hierna samen worden aangeduid als: de Strafklacht).

2.14 Op 13 oktober 2020 heeft het scheidsgerecht een eindvonnis gewezen, waarbij het de waarde van Devas Multimedia op 17 februari 2011 heeft bepaald op USD 740 miljoen, en de Republiek India heeft veroordeeld schadevergoeding te betalen aan ieder van Devas c.s. gelijk aan 40% van USD 740 miljoen vermenigvuldigd met het percentage van het belang van ieder van Devas c.s. in Devas Multimedia.

3 Procedure in eerste aanleg

3.1 In eerste aanleg heeft de Republiek India vernietiging gevorderd van het Arbitrale Deelvonnis op grond van artikel 1065 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), met veroordeling van Devas c.s. in de proceskosten. Devas c.s. heeft verweer gevoerd. In het vonnis van 14 november 2018 heeft de rechtbank de vordering van de Republiek India afgewezen en de Republiek India veroordeeld in de proceskosten. De belangrijkste overwegingen van het vonnis kunnen als volgt worden samengevat.

3.2 De Republiek India heeft in eerste aanleg gesteld dat het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard om van de vorderingen van Devas c.s. kennis te nemen (artikel 1065, eerste lid onder a Rv), omdat Devas c.s. geen 'investering' in de zin van het Verdrag heeft verricht, en omdat de beslissing om het Devas Contract te vernietigen, gerechtvaardigd was op grond van "*essential security interests*". Met betrekking tot de vraag of sprake was van een 'investering' in de zin van het Verdrag heeft de Republiek India betoogd dat de activiteiten van Devas c.s. uitsluitend bestonden uit voorbereidende maatregelen ("*pre-investments*"), mede gezien het feit dat Devas Multimedia niet beschikte over een vergunning voor het aanbieden van telecommunicatiediensten van de *Wireless Planning and Coordination Wing* van het Indiase *Department of Telecommunications* (hierna: WPC-vergunning). Dit verweer heeft de rechtbank niet gevolgd. Naar het oordeel van de rechtbank vertegenwoordigde het recht van Devas Multimedia op een deel van de S-band reeds een significante waarde. Daarnaast heeft Devas Multimedia vooruitbetalingen van USD 13 miljoen gedaan voor de reservering van capaciteit op de satellieten en heeft Devas c.s. toestemming gekregen van de Indiase autoriteiten voor zijn investering in Devas Multimedia. Ook zonder een WPC-vergunning is volgens de rechtbank dus sprake van een 'investering' in de zin van het Verdrag.

3.3 De Republiek India heeft verder betoogd dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (artikel 1065, eerste lid onder c Rv), zijn vonnis niet (voldoende) heeft gemotiveerd (artikel 1065, eerste lid onder d Rv) en/of het fundamentele recht van de Republiek India op hoor en wederhoor heeft geschonden (artikel 1065, eerste lid onder e Rv), door een aantal essentiële stellingen en verweren van de Republiek India ten aanzien van het ontbreken van een 'investering' niet te bespreken, althans de verwerping daarvan niet (voldoende) te motiveren. Ook dat standpunt heeft de rechtbank verworpen. Volgens de rechtbank heeft het scheidsgerecht wel degelijk gemotiveerd beslist op de essentiële stellingen en verweren van de Republiek India. Naar het oordeel van de rechtbank staat het haar in het kader van artikel 1065 Rv niet vrij om deze motivering inhoudelijk te toetsen.

3.4 Daarnaast heeft de Republiek India in eerste aanleg betoogd dat het Verdrag niet toelaat dat het scheidsgerecht zich gedeeltelijk bevoegd verklaart (artikel 1065, eerste lid onder a Rv). Deze stelling heeft de rechtbank verworpen op grond van de overweging dat het bestaan van "*essential security interests*" niet leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht, maar kan betekenen dat Devas c.s. zich niet op grond van het Verdrag kan verzetten tegen de beëindiging van het Devas Contract. De rechtbank heeft de Republiek India evenmin gevolgd in haar stelling dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (artikel 1065, eerste lid onder c Rv) door het beroep op "*essential security interests*" voor 60% van het S-bandspectrum te honoreren. Volgens de rechtbank heeft het scheidsgerecht daarmee niet meer toegewezen dan gevorderd. Ook de stellingen van de Republiek India dat het scheidsgerecht zijn beslissing om het beroep op "*essential security interests*" voor 60% van het S-bandspectrum te honoreren niet (voldoende) heeft gemotiveerd (artikel 1065, eerste lid onder d Rv), en partijen in dit opzicht ten onrechte met

een verrassingsbeslissing heeft geconfronteerd (artikel 1065, eerste lid onder e Rv), heeft de rechtbank verworpen. Volgens de rechtbank bevat het Arbitrale Deelvonnis een motivering, die zij niet inhoudelijk kan toetsen, en was het scheidsgerecht niet gehouden om partijen te horen over zijn voornemen dit verweer niet voor de volle 100% van het S-bandspectrum te honoreren.

3.5 De Republiek India heeft haar vordering tot vernietiging van het Arbitrale Deelvonnis in eerste aanleg voorts gebaseerd op de Strafklacht. Zij heeft de rechtbank verzocht de procedure aan te houden totdat door een Indiase strafrechter over de Strafklacht is beslist. Dit verzoek heeft de rechtbank afgewezen omdat niet duidelijk was op welke termijn een dergelijke beslissing viel te verwachten, en de goede procesorde zich in die omstandigheden tegen aanhouding verzette. De Republiek India heeft verder gesteld dat het Devas Contract als gevolg van de gestelde strafbare gedragingen nietig is, en er dus geen sprake is van een rechtmatige 'investering' (artikel 1065, eerste lid onder a Rv). Volgens de rechtbank heeft de Strafklacht echter geen rechtsgevolg zolang deze niet heeft geleid tot een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling, en kan zolang dus ook geen nietigheid van het Devas Contract worden aangenomen in verband met de gestelde strafbare feiten. De rechtbank heeft de Republiek India evenmin gevolgd in haar stelling dat het Arbitrale Deelvonnis een motiveringsgebrek vertoont, omdat het scheidsgerecht niet is ingegaan op de stelling van de Republiek India dat Devas Multimedia ten onrechte heeft doen voorkomen dat zij over de vereiste intellectuele eigendomsrechten beschikte ten tijde van Devas contract. Deze stelling kwam slechts voor in een voetnoot in de processtukken van de Republiek India in de arbitrale procedure, en kan dus niet als een essentieel verweer worden beschouwd waarop het scheidsgerecht diende in te gaan, aldus de rechtbank. Ten slotte heeft de rechtbank de stelling van de Republiek India verworpen dat het Arbitrale Deelvonnis in strijd is met de openbare orde en de goede zeden, omdat het scheidsgerecht is uitgegaan van de geldigheid van het Devas Contract, terwijl bij de totstandkoming daarvan strafbaar is gehandeld. Volgens de rechtbank staat dat niet vast en heeft de Republiek India de gestelde strafbare feiten onvoldoende onderbouwd.

4 De vordering in hoger beroep

4.1 In hoger beroep vordert de Republiek India vernietiging van het vonnis van de rechtbank en toewijzing van haar vordering in eerste aanleg, met veroordeling van Devas c.s. in de proceskosten, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente. Daartoe heeft de Republiek India negen grieven tegen het vonnis van de rechtbank aangevoerd, die als volgt kunnen worden samengevat.

4.2 Grieven 1 en 2 zijn gericht tegen de overwegingen van de rechtbank die betrekking hebben op de vraag of sprake is van een 'investering' die valt binnen de reikwijdte van het Verdrag. Volgens de Republiek India hebben het scheidsgerecht en de rechtbank ten onrechte het Devas Contract in plaats van het gehele project van Devas Multimedia als onderwerp van de arbitrale procedure aangemerkt. Het project van Devas Multimedia kon niet worden uitgevoerd zonder de vereiste vergunningen en omdat die niet waren verleend, kan niet van een 'investering' in de zin van het Verdrag worden gesproken. Daarbij hebben het scheidsgerecht en de rechtbank volgens de Republiek India een veel te ruime definitie van het begrip 'investering' gehanteerd, en hebben zij verschillende fouten gemaakt bij de toepassing van dit begrip (artikel 1065, eerste lid onder a Rv). Verder heeft de rechtbank volgens de Republiek India miskend dat het scheidsgerecht zijn opdracht en zijn motiveringsplicht heeft geschonden, door niet (gemotiveerd) in te gaan op acht essentiële verweren van de Republiek India met betrekking tot het begrip 'investering'(artikel 1065, eerste lid onder c en d Rv).

4.3 Met grieven 3, 4 en 5 komt de Republiek India op tegen de overwegingen van de rechtbank ten

aanzien van de vraag of de beëindiging van het Devas Contract kon worden gerechtvaardigd op grond van "*essential security interests*". De Republiek India stelt in hoger beroep niet langer dat vanwege het bestaan van "*essential security interests*" het scheidsgerecht niet bevoegd was om over de vorderingen van Devas c.s. te oordelen. Wel betoogt zij dat (de rechtbank heeft miskend dat) het scheidsgerecht zich in meerdere opzichten niet aan zijn opdracht heeft gehouden (artikel 1065, eerste lid onder c Rv). Het scheidsgerecht had moeten onderzoeken of de beslissing van de Republiek India tot beëindiging van het Devas Contract kon worden gerechtvaardigd op grond van "*essential security interests*", in plaats van als uitgangspunt te nemen in hoeverre het S-bandspectrum voor "*essential security interests*" zou worden gebruikt. Daarbij heeft het scheidsgerecht het dichotome karakter van de uitzondering voor "*essential security interests*" miskend en het beroep op deze uitzondering ten onrechte vol getoetst. Ook heeft het scheidsgerecht een niet door partijen aangedragen beslissingsmaatstaf gehanteerd door *ex aequo et bono* te bepalen welk deel van het S-bandspectrum was bestemd voor de bescherming van *"essential security interests"*, en heeft het scheidsgerecht zelf de feiten aangevuld. Daarnaast betoogt de Republiek India dat (de rechtbank heeft miskend dat) het scheidsgerecht zijn beslissing om het beroep op "*essential security interests*" voor 60% van het S-bandspectrum te honoreren niet (voldoende) heeft gemotiveerd, en dat dit een ontoelaatbare verrassingsbeslissing was (artikel 1065, eerste lid onder d en e Rv).

4.4 Grieven 6 tot en met 9 hebben betrekking op de Strafklacht en de stelling van de Republiek India dat Devas Multimedia ten onrechte heeft verklaard dat zij over intellectuele eigendomsrechten beschikte. De Republiek India betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat (de feiten die ten grondslag liggen aan) de Strafklacht pas rechtsgevolgen kan (kunnen) hebben voor de geldigheid van het Devas Contract op het moment dat sprake is van een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling. Volgens de Republiek India is het Devas Contract nietig als gevolg van de gepleegde strafbare feiten, en is als gevolg daarvan geen sprake van een 'investering' in de zin van het Verdrag waarop het scheidsgerecht bevoegdheid kan baseren (artikel 1065, eerste lid onder a Rv). Verder is het Arbitrale Deelvonnis volgens de Republiek India niet (voldoende) gemotiveerd, omdat het scheidsgerecht niet is ingegaan op de gestelde onjuistheid van de garanties van Devas Multimedia met betrekking tot de intellectuele eigendomsrechten (artikel 1065, eerste lid onder d Rv). De rechtbank is ten onrechte aan deze vernietigingsgrond voorbijgegaan op grond van de overweging dat het hier kennelijk niet ging om een essentieel verweer, nu de Republiek India in de arbitrale procedure slechts in een voetnoot een beroep op de onjuistheid van deze garanties heeft gedaan. Ten slotte is het Arbitrale Deelvonnis volgens de Republiek India in strijd met de openbare orde en goede zeden, omdat het scheidsgerecht ondanks de gepleegde strafbare feiten heeft aangenomen dat het Devas Contract geldig was (artikel 1065, eerste lid onder e Rv). De Republiek India verwijt de rechtbank dat zij aan deze strafbare feiten voorbij is gegaan op grond van de overweging dat niet is komen vast te staan dat bestuurders en functionarissen van Devas c.s. zich daaraan schuldig hebben gemaakt. De Republiek India verzoekt de behandeling van de zaak voor zover het betreft de vernietigingsgronden gebaseerd op de Strafklacht aan te houden tot een onherroepelijke uitspraak van de Indiase rechter over de gestelde strafbare feiten. Volgens de Republiek India zou eind 2019 een strafprocedure aanvangen tegen de in staat van beschuldiging gestelde personen.

4.5 Devas c.s. voert verweer, dat hierna voor zover nodig aan de orde zal komen, en concludeert tot afwijzing van de vorderingen en veroordeling van de Republiek India in de proceskosten, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

5 Beoordeling

Opmerkingen vooraf

5.1 Aangezien de arbitrageprocedure vóór 1 januari 2015 is gestart, zijn de bepalingen van het Vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zoals deze golden tot 1 januari 2015. Verwijzingen naar artikelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in dit arrest hebben op deze bepalingen betrekking.

5.2 De plaats van arbitrage is Den Haag, zodat de rechtbank en in hoger beroep het hof op grond van artikel 1064 Rv bevoegd is van de vordering van de Republiek India kennis te nemen. Op grond van artikel 1073, eerste lid Rv zijn de bepalingen van Titel 1 van het Vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op de vordering tot vernietiging van toepassing.

5.3 Op grond van artikel 1065, eerste lid Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis onder meer plaatsvinden op een van de navolgende gronden:

a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
b. (…)
c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
d. het vonnis is (…) niet met redenen omkleed;
e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, is in strijd met

de openbare orde of de goede zeden.

5.4 Op grond van artikel 1057, vierde lid onder e Rv dient het scheidsgerecht de gronden van zijn beslissing te vermelden. Als een motivering ontbreekt, kan een arbitraal vonnis worden vernietigd op grond van artikel 1065, eerste lid onder d Rv. Met het ontbreken van een motivering wordt op één lijn gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar daarin enige steekhoudende verklaring voor de beslissing niet valt te onderkennen.

5.5 Als uitgangspunt bij de toepassing van artikel 1065 Rv geldt dat de overheidsrechter zijn bevoegdheid tot vernietiging van een arbitraal vonnis met terughoudendheid moet hanteren. De vereiste terughoudendheid hangt onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van artikel 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, vanwege het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging. Dit is anders voor zover het betreft de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrage-overeenkomst is gesloten (artikel 1065, eerste lid onder a Rv) en de vraag of het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde en goede zeden (artikel 1065, eerste lid onder e Rv), wat onder meer het geval is indien bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor. Voor de beantwoording van deze vragen moet het arbitrale vonnis vol worden getoetst. Het hof volgt niet het standpunt van Devas c.s. dat een volle toetsing van de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet aan de orde is in het geval dat een staat zich op onbevoegdheid van het scheidsgerecht beroept. Dit standpunt gaat uit van de onjuiste gedachte dat een staat zich niet zou kunnen beroepen op het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter. Ook ten opzichte van staten heeft dit recht een fundamenteel karakter. Dit fundamentele karakter brengt mee dat de bevoegdheid van het scheidsgerecht vol moet worden getoetst (vgl. Hoge Raad 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837).

5.6 Het hof zal hierna eerst de grieven behandelen die verband houden met het begrip 'investering' in het Verdrag (grieven 1 en 2), vervolgens de grieven die verband houden met de bescherming van "*essential security interests*" (grieven 3, 4 en 5) en ten slotte de grieven die zien op de Strafklacht en de (gestelde) onjuiste verklaringen van Devas c.s. ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten (grieven 6, 7, 8 en 9).

'Investering' in de zin van het Verdrag; bevoegdheid van het scheidsgerecht

5.7 De grieven van de Republiek India die verband houden met het begrip 'investering' zien op de

bevoegdheid van het scheidsgerecht en de beoordeling van in de optiek van de Republiek India aangevoerde essentiële verweren.

5.8 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat het scheidsgerecht op juiste gronden heeft aangenomen dat sprake is van een 'investering' in de zin van het Verdrag, zodat het bevoegd was om over de vorderingen van Devas c.s. te oordelen. Devas c.s. heeft aandelen verkregen in de Indiase vennootschap Devas Multimedia. Daarmee is sprake van "*shares, debentures and any other form of participation in a company*" als bedoeld onder (ii) van de definitie van "*investment*" in artikel 1 van het Verdrag. Tegenover de uitgegeven aandelen staan kapitaalstortingen van Devas c.s. van ongeveer USD 32 miljoen, waarvoor de Indiase *Foreign Investment Promotion Board* toestemming heeft verleend. De investeringen van Devas c.s. zijn dus verricht met inachtneming van de "*relevant laws and regulations*" van de Republiek India, zoals vereist onder (a) van de definitie van "*investment*". Als aandeelhouder in Devas Multimedia is Devas c.s. indirect eigenaar van een aantal "*assets*" die eveneens als "*investment*" in de zin van het Verdrag kunnen worden beschouwd, zoals de rechten onder het Devas Contract met Antrix. Onder dit contract heeft Devas Multimedia voor een periode van 12 jaar capaciteit geleased op twee satellieten, waarvoor het vooruitbetalingen van USD 13 miljoen per satelliet heeft gedaan. In het Verdrag worden onder meer "*claims to (…) any performance under contract having an economic value*" en "*business concessions conferred (…) under contract*" als voorbeelden van "*investments*" genoemd. De investeringen van Devas c.s. vertegenwoordig(d)en een aanzienlijke waarde, zoals blijkt uit het feit dat DT Azië in maart 2008 voor een belang van 20% in Devas Multimedia ongeveer USD 75 miljoen heeft betaald. Het betoog van de Republiek India dat het scheidsgerecht niet alleen naar het Devas Contract had moeten kijken, maar naar het Devas project mist in het licht hiervan relevantie. De annulering van het Devas Contract had zonder meer implicaties voor het Devas project, maar dat doet niet af aan het hiervoor vastgestelde karakter van de investeringen. Haar betoog dat slechts sprake is van een *pre-investment* stuit ook hierop af. Van een *pre-investment* was geen sprake aangezien door Devas c.s. daadwerkelijke investeringen zijn gedaan in de zin van het Verdrag.

5.9 De Republiek India betoogt dat het scheidsgerecht een veel te ruime definitie van het begrip 'investering' heeft gehanteerd. Volgens de Republiek India moet behalve aan de definitie van "*investment*" in het Verdrag, ook zijn voldaan aan vijf kenmerken van het autonome concept 'investering', die zij ontleent aan arbitrale uitspraken op grond van het ICSID-Verdrag: (i) een bijdrage in het gastland in termen van (financiële) middelen, (ii) een zekere duur van uitvoering van de betrokken activiteit in het gastland, (iii) een aanvaarding van risico's door de investeerder, (iv) de verwachting van winst of opbrengsten, en (v) indien vermeld in de preambule van het betrokken verdrag, een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland. Het kan in het midden blijven of het scheidsgerecht verplicht was dit autonome concept toe te passen, omdat – zoals Devas c.s. terecht heeft betoogd – reeds met de kapitaalstortingen van Devas c.s. en de aanwending daarvan door Devas Multimedia aan de vijf door de Republiek India genoemde kenmerken is voldaan: de kapitaalstortingen en de vooruitbetalingen voor de reservering van capaciteit op de satellieten vormen een bijdrage in het gastland, de lease van capaciteit op de satellieten heeft een duur van minstens 12 jaar, aan de investeringen zijn risico's verbonden en de investeringen kunnen een aanzienlijk rendement opleveren, gezien het bedrag dat DT Azië bereid was voor een belang van 20% in Devas Multimedia te betalen. In de preambule van het Verdrag wordt erkend dat investeringen kunnen bijdragen aan de economische ontwikkeling van het gastland, maar wordt een dergelijke bijdrage niet als voorwaarde gesteld ("*RECOGNISING that the promotion and protection of such investments will lend greater stimulation (…)*"). Hoe dan ook valt aan te nemen dat investeringen van deze omvang in telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van de Republiek India kunnen bijdragen. Daarmee is ook aan het vijfde kenmerk voldaan. Hoewel de wijze waarop de rechtbank toepassing heeft gegeven aan het Weens Verdragenverdrag juist is, kan de discussie die de Republiek India daarover in dit verband wil voeren reeds hierom onbesproken blijven. Ten overvloede overweegt het hof dat India onvoldoende steekhoudende argumenten heeft aangevoerd waarom het scheidsgerecht in afwijking van de duidelijke bewoordingen van artikel 1 van het Verdrag een binnen de kaders van

het ICSID-Verdrag ontwikkeld begrip had moeten toepassen.

5.10 Het hof volgt de Republiek India evenmin in haar stelling dat eerst na verlening van alle vergunningen, vereist voor de uitvoering van de Devas Diensten van een 'investering', in de zin van het Verdrag kan worden gesproken. Voor die eis bestaat geen enkele grond. Mogelijke onzekerheid over de verlening van een WPC-vergunning, of andere noodzakelijke operationele en servicevergunningen, kan hoogstens betekenen dat aan de investering van Devas c.s. bepaalde risico's waren verbonden. Dat kan, zoals het scheidsgerecht terecht heeft aangenomen, een effect hebben op de waarde van de investering die de Republiek India eventueel zou moeten vergoeden, maar het kan niet betekenen dat in het geheel niet van een investering sprake is. Dat zou anders kunnen zijn indien voor het project van Devas c.s. noodzakelijke vergunningen zouden zijn geweigerd, of op voorhand vast zou staan dat de noodzakelijke vergunningen niet zouden kunnen worden verkregen. Op het moment dat de Republiek India het Devas Contract vernietigde waren er echter geen noodzakelijke vergunningen geweigerd, en de Republiek India heeft onvoldoende gesteld om er vanuit te gaan dat zulke vergunningen zouden worden geweigerd. Zij heeft slechts aangevoerd dat met name de verkrijging van een WPC-vergunning een "extensief proces" zou zijn geweest (memorie van grieven, 214).

5.11 De doctrine van de "*general unity of an investment operation*" waarop de Republiek India in dit verband een beroep heeft gedaan, leidt niet tot een ander oordeel. Die doctrine komt erop neer dat een transactie die op zichzelf niet als een 'investering' in de zin van het toepasselijke investeringsverdrag kwalificeert, toch als zodanig kan worden beschouwd als zij onderdeel uitmaakt van een operatie die in zijn geheel als investering kwalificeert (vgl. de uitspraak in de zaak *CSOB v. Slovakia* van 24 maart 1999, die in het artikel van Schreuer en Kriebaum, *At What Time Must Legitimate Expectations Exist?*, Liber Amicorum Thomas Wilde, p. 271 (productie G-59 van Devas c.s.) als standaard uitspraak op dit gebied wordt aangehaald). Het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de kapitaalstortingen van Devas c.s. en de vooruitbetalingen voor de reservering van capaciteit op de satellieten op zichzelf zijn te beschouwen als 'investeringen' in de zin van het Verdrag. Een beroep op de doctrine van de "*general unity of an investment operation*" is in dat geval niet nodig om deze investeringen als zodanig aan te merken. De Republiek India ontleent aan deze doctrine ten onrechte een argument dat eerst van een 'investering' in de zin van het Verdrag kan worden gesproken als de volledige investeringsoperatie is afgerond en alle benodigde vergunningen voor het realiseren van het doel van die investering zijn verkregen.

5.12 Op het voorgaande stuiten de grieven af die betrekking hebben op de bevoegdheid van het scheidsgerecht.

Essentiële verweren ten aanzien van het begrip 'investering'

5.13 De Republiek India stelt verder dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (artikel 1065, eerste lid onder c Rv) en zijn motiveringsplicht heeft geschonden (artikel 1065, eerste lid onder d Rv) door niet gemotiveerd in te gaan, dan wel niet gemotiveerd te beslissen op acht essentiële verweren met betrekking tot het begrip 'investering' (onderverdeeld in twee groepen van drie en vijf essentiële verweren). Een beroep op deze vernietigingsgronden moet het hof met terughoudendheid beoordelen. Alleen indien het scheidsgerecht heeft nagelaten te beslissen op een essentieel verweer, of indien iedere motivering voor de beslissing van het scheidsgerecht ontbreekt, kan het hof het Arbitrale Deelvonnis op een van deze gronden vernietigen.

- Eerste groep van drie essentiële verweren

5.14 Volgens de Republiek India is het scheidsgerecht niet ingegaan op haar verweer dat alleen het project van Devas c.s. in zijn geheel, en niet het aandelenbelang van Devas c.s., of activa zoals het Devas Contract, als 'investering' in de zin van het Verdrag kunnen kwalificeren. De rechtbank heeft deze stelling verworpen onder verwijzing naar punten 199 tot en met 210 van het Arbitraal

Deelvonnis. Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat het scheidsgerecht in deze punten op dit verweer is ingegaan. In punten 199 tot en met 210 van het Arbitraal Deelvonnis heeft het scheidsgerecht overwogen dat het belang van Devas c.s. in Devas Multimedia en de indirecte eigendom van Devas c.s. van het Devas Contract, als 'investeringen' in de zin van het Verdrag konden worden beschouwd. In dat verband heeft het scheidsgerecht onder meer overwogen: "*(…) the Tribunal finds deficient the Respondent's argument that the Claimant's activities were "only pre-investment activities" because their investment was the alleged right to proceed with the Devas project pursuant to the Devas Agreement and because said project could not proceed without the WPC License, which Devas had no right to receive under the Devas Agreement*". Deze overweging is in de daaropvolgende overwegingen toegelicht. Het scheidsgerecht heeft dit verweer van de Republiek India dus wel degelijk geadresseerd. De inhoudelijke beoordeling van het scheidsgerecht kan door de rechter in een vernietigingsprocedure niet worden getoetst. De rechter kan slechts nagaan of het scheidsgerecht op een essentieel verweer is ingegaan. Dat heeft het scheidsgerecht in dit geval gedaan. De motivering van het scheidsgerecht is niet zo onbegrijpelijk dat gezegd kan worden dat in feite iedere motivering ontbreekt.

5.15 Het tweede essentiële verweer dat het scheidsgerecht niet zou hebben geadresseerd, betreft (arbitrale) uitspraken aangehaald door de Republiek India. Volgens de Republiek India heeft de rechtbank haar standpunt verkeerd uitgelegd. Het gaat de Republiek India niet om deze uitspraken als zodanig, maar om het met die rechtspraak ondersteunde verweer dat alleen het project van Devas in zijn geheel kan kwalificeren als 'investering'. In dat geval richt het bezwaar van de Republiek India zich op de behandeling van hetzelfde essentiële verweer als hiervoor besproken in 5.14, zodat het hof kan volstaan met te verwijzen naar die overweging. Overigens onderschrijft het hof het oordeel van de rechtbank dat het scheidsgerecht niet gehouden was om de door de Republiek India aangehaalde uitspraken inhoudelijk te bespreken.

5.16 Het scheidsgerecht zou ook onvoldoende aandacht hebben besteed aan het verweer van de Republiek India dat Devas Multimedia zonder WPC-vergunning geen *satellite-only* diensten zou hebben kunnen uitrollen. Volgens de Republiek India heeft het scheidsgerecht dit verweer verworpen zonder enige motivering. Dat is niet juist. Het scheidsgerecht heeft overwogen: "*[o]n the basis of the evidence received by the Tribunal, it is satisfied that, even without a WPC license, Devas could have rolled out satellite-only services*" (punt 209 van het Arbitraal Deelvonnis). Het bewijs dat in de arbitrale procedure is ingebracht, is door het scheidsgerecht genoemd in punt 181 van het Arbitraal Deelvonnis. Het scheidsgerecht heeft ook nota genomen van de stukken die partijen ten aanzien van deze kwestie na de zitting hebben overgelegd (zie punten 46 tot en met 54 van het Arbitraal Deelvonnis). Het scheidsgerecht heeft blijkens de aangehaalde overweging zijn beslissing mede op dit bewijsmateriaal gebaseerd. De waardering van het bewijsmateriaal door het scheidsgerecht onttrekt zich aan de toetsing door de rechter op grond van artikel 1065 Rv. Daarbij komt dat de vraag of Devas Multimedia *satellite-only* diensten zou hebben kunnen uitrollen zonder vergunning, niet dragend is voor het oordeel van het scheidsgerecht dat sprake is van een 'investering' in de zin van het Verdrag.

- *Tweede groep van vijf essentiële verweren*

5.17 Volgens de Republiek India is het scheidsgerecht niet ingegaan op het essentiële verweer dat het aandelenbelang van Devas c.s. en de indirecte eigendom van de activa van Devas Multimedia niet door de Republiek India zijn onteigend, en Devas c.s. daarom met betrekking tot deze "*assets*" geen beroep op het Verdrag kan doen. Dit bezwaar is ongegrond. Het scheidsgerecht concludeert in punt 411 van het Arbitraal Deelvonnis dat sprake is van een onteigening van eigendommen van Devas c.s. in de zin van artikel 6, eerste lid van het Verdrag. Daarbij verwijst het scheidsgerecht naar zijn conclusie in punt 210, die steunt op de overwegingen in punten 199 tot en met 209. Het scheidsgerecht heeft kennelijk geoordeeld dat de beslissing van de Republiek India om het Devas Contract te vernietigen, als gevolg waarvan Devas Multimedia haar rechten op het spectrum op de beide satellieten heeft verloren, gelijk kan worden gesteld aan een onteigening van de investeringen van Devas c.s. in Devas Multimedia. Dat oordeel, waarmee is

ingegaan op dit verweer, is niet zodanig onbegrijpelijk dat het met het ontbreken van een motivering moet worden gelijkgesteld.

5.18 Verder stelt de Republiek India dat het scheidsgerecht niet is ingegaan op haar essentiële verweren dat het Devas Contract als zodanig geen kwalificerende 'investering' vormde en dat de omvang van de investeringen van Devas c.s. de aard ervan niet kon veranderen, waarbij de Republiek India opnieuw verwijst naar door haar aangehaalde (arbitrale) uitspraken. Dit komt neer op een herhaling van de stellingen van de Republiek India die hiervoor in 5.14 en 5.15 zijn verworpen.

5.19 De laatste twee essentiële verweren die het scheidsgerecht volgens de Republiek India niet heeft behandeld, hebben betrekking op (het ontbreken van) de WPC-vergunning. De Republiek India verwijt het scheidsgerecht dat het geen toelichting heeft gegeven bij zijn oordeel dat het ontbreken van een recht op een WPC-vergunning van belang kon zijn voor de waarde van de investering, maar niet voor de vraag of van een investering als zodanig sprake was. Dat verwijt is niet terecht, omdat het scheidsgerecht dit oordeel heeft gebaseerd op de overweging dat voor *satellite only* diensten geen WPC-vergunning nodig was en dat reeds het recht op het spectrum als zodanig een waarde vertegenwoordigde, aangezien daarmee het gebruik van dat spectrum door anderen uitgesloten was (zie punt 209 van het Arbitraal Deelvonnis). Ten slotte verwijt de Republiek India het scheidsgerecht dat het zijn oordeel dat Devas Multimedia zonder WPC-vergunning *satellite only* diensten zou kunnen uitrollen, niet heeft gemotiveerd. Dat verwijt is reeds hierboven in 5.16 besproken en verworpen.

5.20 Het voorgaande betekent dat de grieven die betrekking hebben op de vraag of sprake is van een 'investering' in de zin van het Verdrag (grieven 1 en 2 van de Republiek India), falen.

"*Essential security interests*"

5.21 Artikel 11, derde lid van het Verdrag bepaalt dat het Verdrag een Verdragsluitende staat (in dit geval de Republiek India) niet kan beperken in het treffen van maatregelen die zijn gericht op de bescherming van zijn "*essential security interests*". In de arbitrale procedure heeft de Republiek India niet de onbevoegdheid van het scheidsgerecht ingeroepen op grond van deze bepaling. Het scheidsgerecht heeft het beroep op deze bepaling ook niet als zodanig opgevat in de overwegingen van het Arbitraal Deelvonnis (vgl. punten 293 e.v. van het Arbitraal Deelvonnis). Slechts in het dictum van het Arbitraal Deelvonnis heeft het scheidsgerecht gesteld: "(…) *that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimants' claims insofar as the Respondent's decision to annul the Devas agreement was in part directed to the protection of the Respondent's essential security interests*." Anders dan de rechtbank leidt het hof hier niet uit af dat het scheidsgerecht de stellingen van de Republiek India met betrekking tot "*essential security interests*" heeft opgevat als een bevoegdheidsverweer. Het dictum van het Arbitraal Deelvonnis moet immers worden uitgelegd in het licht van de overwegingen, en in die overwegingen heeft het scheidsgerecht dit niet als een bevoegdheidsverweer behandeld. In ieder geval is tussen partijen in hoger beroep niet langer in geschil dat artikel 11, derde lid van het Verdrag niet de bevoegdheid van het scheidsgerecht betreft, maar dat het hier gaat om een uitzondering op de bepalingen van het Verdrag voor maatregelen die zijn gericht op de bescherming van "*essential security interests*".

5.22 De grieven van de Republiek India in verband met de bescherming van "*essential security interests*", hebben dan ook geen betrekking op de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Volgens de Republiek India heeft de rechtbank miskend dat het scheidsgerecht zich bij zijn beoordeling van het beroep op deze uitzondering niet heeft gehouden aan zijn opdracht (artikel 1065, eerste lid onder c Rv), dat het scheidsgerecht zijn oordeel niet heeft gemotiveerd (artikel 1065, eerste lid onder d Rv) en dat het oordeel van het scheidsgerecht een schending inhoudt van de openbare orde en goede zeden (artikel 1065, eerste lid onder e Rv). Zoals hiervoor overwogen, moet de rechter zijn bevoegdheid tot vernietiging op de eerste twee gronden met terughoudendheid hanteren. Alleen in geval van een schending van de openbare orde en goede zeden kan de

rechter het oordeel van het scheidsgerecht vol toetsen.

- *Opdracht van het scheidsgerecht*

5.23 Volgens de Republiek India heeft het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht gehouden door de "*essential security interests*"-bepaling toe te passen op het S-bandspectrum in plaats van de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract. In deze stelling kan het hof de Republiek India niet volgen. Na een analyse van de behoefte van het gebruik van het S-bandspectrum voor strategische/militaire doeleinden overwoog het scheidsgerecht het volgende, in punt 351 van het Arbitraal Deelvonnis: "*But this is not the end of the matter. While the events related above provide helpful information concerning the administrative process followed both before and after the CCS decision, what is the determinant factor for the Tribunal is that decision itself and whether it was directed to the protection of the Respondents essential security interests*". Het scheidsgerecht heeft dus wel degelijk de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract tot uitgangspunt genomen.

5.24 De Republiek India betoogt verder dat het scheidsgerecht het dichotome karakter van de "*essential security interests*"-bepaling heeft miskend. Met het dichotome karakter van de bepaling bedoelt de Republiek India dat "*essential security interests*" of wél, of níet aan de orde zijn. Ook dit betoog kan het hof niet volgen. Het staat vast dat verschillende delen van het S-bandspectrum voor verschillende doeleinden kunnen worden gebruikt. De rechtbank heeft overwogen dat deze mogelijkheid reeds volgt uit het Devas Contract, waarin Devas Multimedia en Antrix zijn overeengekomen dat 90% van het spectrum kon worden gebruikt voor civiele/commerciële doeleinden en de overige 10% voor strategische/militaire doeleinden (overweging 4.50 van het vonnis van de rechtbank). Dit is door de Republiek India in hoger beroep niet bestreden. De "*essential security interests*"-bepaling sluit mogelijk uit dat eenzelfde deel van het S-bandspectrum zowel voor de bescherming van "*essential security interests*" als voor andere doeleinden wordt ingezet. In zoverre kan deze bepaling als dichotoom worden gezien. Maar de inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van "*essential security interests*" sluit niet uit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. In ieder geval heeft het scheidsgerecht op grond van het dossier die conclusie kunnen trekken.

5.25 Volgens de Republiek India is het scheidsgerecht eveneens buiten de rechtsstrijd getreden door het beroep op "*essential security interests*" niet terughoudend maar vol te toetsen. Dit bezwaar is ongegrond, aangezien het scheidsgerecht wel degelijk een terughoudende toetsingsmaatstaf heeft gehanteerd. Dat blijkt onder meer uit de volgende overwegingen van het scheidsgerecht:

"*243. While, in the present case, the Respondent does not have to demonstrate necessity in the sense that the measure adopted was the only one it could resort to in the circumstances, it still has to establish that the measure related to its essential security interests; it cannot therefore be any security interest but it has to be an essential one (…)*

244. In performing this analysis, however, the Tribunal has also no difficulty in recognizing the "wide measure of deference" mentioned by the Respondent."

5.26 De Republiek India stelt dat het scheidsgerecht zich in zijn beoordeling niet aan deze terughoudende toetsingsmaatstaf heeft gehouden, doordat het uiteindelijk zelf heeft beslist dat voor de bescherming van "*essential security interests*" van de Republiek India niet het volledige S-bandspectrum nodig was. Dit oordeel berust volgens de Republiek India bovendien op een onjuiste verdeling van de bewijslast, waarbij de Republiek India de validiteit van haar beroep op "*essential security interests*" moest bewijzen.

5.27 Ook dit bezwaar is ongegrond. Het scheidsgerecht heeft zijn oordeel dat voor de bescherming van "*essential security interests*" niet het volledige S-bandspectrum nodig was, gebaseerd op de beslissing van het CCS. Daarbij is het scheidsgerecht uitgegaan van het persbericht van 17

februari 2011 waarbij deze beslissing is medegedeeld. In dat persbericht is de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract gerechtvaardigd met een verwijzing naar een "*increased demand for allocation of spectrum for national needs, including the needs of defence, para-military forces, railways and other public utility services as well as for societal needs*". Op grond van dat persbericht, waar het scheidsgerecht vanuit moest gaan nu het de enige mededeling is van de beslissing van het CCS, heeft het scheidsgerecht kunnen vaststellen dat de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract niet uitsluitend de bescherming van "*essential security interests*" tot doel had.

5.28 In het kader van een terughoudende toetsing van het Arbitraal Deelvonnis op grond van artikel 1065, eerste lid onder c Rv is er geen ruimte voor een inhoudelijke beoordeling van de verdeling van de bewijslast door het scheidsgerecht. Overigens acht het hof het oordeel van het scheidsgerecht dat de Republiek India diende te onderbouwen ("*establish*") dat de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract verband hield met "*essential security interests",* begrijpelijk (vgl. punt 242 van het Arbitraal Vonnis). De Republiek India deed immers een beroep op een bepaling waarbij een uitzondering werd gemaakt op de bescherming van investeringen ingevolge het Verdrag. Daarbij heeft het scheidsgerecht rekening gehouden met de discretionaire bevoegdheid ("*wide measure of deference*") van de Republiek India, door zware eisen te stellen aan het verweer van Devas c.s. (vgl. punt 245 van het Arbitraal Vonnis).

5.29 Verder stelt de Republiek India dat het scheidsgerecht zich niet heeft gehouden aan zijn opdracht om volgens de 'regelen des rechts' te beslissen, door het deel van het spectrum, bestemd voor de bescherming van "*essential security interests"*, *ex aequo et bono* te bepalen op maximaal 60%. Dit bezwaar mist feitelijke grondslag. Gezien de motivering van zijn beslissing heeft het scheidsgerecht geoordeeld naar de 'regelen des rechts'. Uit de desbetreffende overweging (punt 373 van het Arbitraal Deelvonnis) blijkt niet dat het scheidsgerecht bij de vaststelling van het deel van het spectrum dat bestemd is voor de bescherming van "*essential security interests"* een andere (*ex aequo et bono*) beslissingsmaatstaf heeft gehanteerd dan uit het Verdrag voortvloeide. Het enkele feit dat het scheidsgerecht in deze overweging spreekt over een "*reasonable allocation of spectrum*" is daarvoor onvoldoende. Ook bij een beoordeling naar de 'regelen des rechts' speelt de redelijkheid immers een rol.

5.30 Ten slotte verwerpt het hof het betoog van de Republiek India dat het scheidsgerecht de feiten heeft aangevuld door zijn oordeel dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van "*essential security interests*", te baseren op de overweging (punt 370 van het Arbitraal Deelvonnis): "*(…) All around the world, governments are faced every year with very large demands for funds for various projects from their military establishment and, just as regularly, governments grant only a percentage of such requests*." Dit betoog is gebaseerd op een verkeerde lezing van het Arbitraal Deelvonnis. Zoals vermeld in de openingszin van punt 373 van het Arbitraal Deelvonnis, heeft het scheidsgerecht zijn oordeel dat maximaal 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van "*essential security interests*" gebaseerd op het aan haar voorgelegde bewijs en het gegeven dat de Republiek India reeds in het Devas Contract 10% van het beschikbare spectrum voor zichzelf had gereserveerd ("*[o]n the basis of the evidence submitted to it as described above and bearing in mind that the Respondent had already reserved to itself 10% of the spectrum in question (…)*". Het oordeel van het scheidsgerecht berust dus niet, of in ieder geval niet uitsluitend, op de door de Republiek India aangehaalde overweging.

- *Motivering*

5.31 Volgens de Republiek India heeft het scheidsgerecht zijn beslissing dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van "*essential security interests*" niet gemotiveerd. Deze stelling is onjuist. Zoals hiervoor overwogen, heeft het scheidsgerecht de verdeling van het S-bandspectrum blijkens punt 373 van het Arbitraal Vonnis gebaseerd op het aan haar voorgelegde bewijs en het gegeven dat de Republiek India reeds in het Devas Contract 10% van het beschikbare spectrum voor zichzelf had gereserveerd ("*[o]n the basis of the evidence*

submitted to it as described above and bearing in mind that the Respondent had already reserved to itself 10% of the spectrum in question (…)". Of deze motivering inhoudelijk juist is, onttrekt zich aan de beoordeling door het hof op grond van artikel 1065, eerste lid onder c Rv. Dat geldt ook voor de door de Republiek India aangevoerde additionele motiveringsgebreken (memorie van grieven, 457 e.v.). Of inmiddels 100% van het S-bandspectrum voor militaire en paramilitaire doeleinden wordt gebruikt kan in het midden blijven. Het hof hoeft immers geen inhoudelijke beslissing te geven over de toepassing van het *essential security interests*-verweer, maar slechts te toetsen of het arbitraal vonnis vernietigd moet worden. Het bewijsaanbod van de Republiek India ten aanzien van het huidige gebruik van het S-bandspectrum is daarom niet ter zake doende en zal worden gepasseerd.

- *Verrassingsbeslissing*

5.32 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de beslissing van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van "*essential security interests*" niet als een verrassingsbeslissing kan worden gezien. De Republiek India heeft in de arbitrale procedure (ruimschoots) de gelegenheid gekregen om haar standpunt te onderbouwen dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van "*essential security interests*". Het valt niet in te zien waarom het scheidsgerecht de Republiek India separaat had moeten horen over haar voornemen om het beroep van de Republiek India op de "*essential security interests*"-bepaling voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren. De Republiek India geeft niet aan welke argumenten zij tegen dat voornemen had kunnen aanvoeren, die zij niet heeft kunnen aanvoeren om het gebruik van het S-bandspectrum voor de bescherming van "*essential security interests*" voor 100% te rechtvaardigen. Dit zou anders kunnen zijn als het scheidsgerecht rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat een gebruik van verschillende delen van het S-bandspectrum voor verschillende doeleinden tot problemen zou leiden. Daarmee hoefde het scheidsgerecht echter geen rekening te houden, nu reeds in het Devas Contract was vastgelegd dat 90% van het spectrum zou worden gebruikt voor civiele/commerciële doeleinden en de overige 10% voor strategische/militaire doeleinden.

5.33 Op het voorgaande stuiten de grieven af die verband houden met het beroep op de "*essential security interests*"-bepaling (grieven 3, 4 en 5).

Strafklacht en misleiding ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten

5.34 Als eerste vernietigingsgrond in dit verband heeft de Republiek India, onder verwijzing naar de Strafklacht, gesteld dat het Devas Contract tot stand is gekomen onder invloed van strafbare feiten, met als gevolg dat geen geldige 'investering' heeft plaatsgevonden en het scheidsgerecht niet bevoegd was om over de vorderingen van Devas c.s. te oordelen (artikel 1065, eerste lid onder a Rv). Volgens de Republiek India had de rechtbank niet aan de feiten vermeld in de Strafklacht voorbij mogen gaan op grond van de overweging dat zij nog niet tot een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling hebben geleid.

5.35 Het hof stelt voorop dat de beide onderdelen van de Strafklacht (de *charge sheet* en de *supplementary charge sheet*) naar Indiaas recht nog geen officiële tenlastelegging inhouden. De *charge sheets* worden bij de rechter ingediend en eerst wanneer de rechter vaststelt dat de daarin opgenomen klachten *prima facie* gegrond zijn, kunnen de klachten in een officiële tenlastelegging worden opgenomen. De *charge sheets* zijn geruime tijd geleden bij de Indiase rechter ingediend (de *charge sheet* dateert van 11 augustus 2016 en de *supplementary charge sheet* van 8 januari 2019). De advocaten van Devas c.s. hebben tijdens de pleidooien in hoger beroep gesteld dat de rechter het verzoek om de zaak in behandeling te nemen, inmiddels heeft afgewezen. Devas c.s. heeft echter geen kopie overgelegd van de beslissing of een ander stuk waaruit blijkt dat de rechter aldus heeft beslist. De advocaat van de Republiek India heeft desgevraagd niet kunnen bevestigen dat een beslissing op de Strafklacht is genomen.

5.36 Ook als de Strafklacht nog aanhangig is, kan op grond daarvan niet aangenomen worden dat het Devas Contract onder invloed van strafbare feiten tot stand is gekomen. Het kan in het midden blijven of daar een (onherroepelijke) rechterlijke uitspraak voor nodig is, zoals de rechtbank heeft aangenomen. Zolang de Indiase rechter geen toestemming heeft verleend om de in de Strafklacht vermelde klachten op te nemen in een officiële tenlastelegging, kan er zelfs niet van worden uitgegaan dat deze klachten *prima facie* gegrond zijn. Afgezien van haar beroep op de Strafklacht heeft de Republiek India slechts zeer globaal vermeld waaruit de gestelde strafbare feiten bestaan (memorie van grieven, 505). Daarmee heeft de Republiek India haar stelling dat het Devas Contract onder invloed van strafbare feiten tot stand is gekomen, onvoldoende onderbouwd.

5.37 De Republiek India heeft in de memorie van grieven nog verwezen naar een onderzoek naar Devas Multimedia onder de *Prevention of Money Laundering Act 2002* en een onderzoek onder de *Foreign Exchange Management Act*, dat heeft geleid tot het opleggen van boetes aan Devas Multimedia, haar bestuurders en functionarissen en DT Azië. De Republiek India heeft deze onderzoeken echter alleen "voor de volledigheid" vermeld (memorie van grieven, 508), en niet ten grondslag gelegd aan haar vordering tot vernietiging, zodat het hof deze onderzoeken buiten beschouwing zal laten.

5.38 Verder stelt de Republiek India dat het Arbitraal Deelvonnis moet worden vernietigd wegens het ontbreken van een motivering, omdat het scheidsgerecht niet is ingegaan op het argument van de Republiek India dat Devas Multimedia het ten tijde van de totstandkoming van het Devas Contract ten onrechte heeft doen voorkomen dat zij beschikte over bepaalde intellectuele eigendomsrechten (artikel 1065, eerste lid onder d Rv). De rechtbank heeft het beroep op deze vernietigingsgrond afgewezen omdat dit argument in de arbitrale procedure slechts in een voetnoot van een processtuk is opgenomen, zodat het scheidsgerecht het niet als een essentieel verweer hoefde te behandelen. De Republiek India brengt daar tegenin dat zij in de "*document production phase*" van de arbitrale procedure om stukken met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten heeft gevraagd, en dat het scheidsgerecht Devas c.s. heeft gelast deze stukken te verstrekken. Devas c.s. heeft deze stukken niet overgelegd, naar haar zeggen omdat zij niet over deze stukken beschikte. Dat kan de Republiek India echter niet hebben belet om dit argument verder uit te werken, en het belang hiervan voor haar verweer te onderbouwen. Dat heeft de Republiek India niet gedaan. Devas c.s. heeft onweersproken gesteld dat de Republiek India dit argument behalve in de bewuste voetnoot niet naar voren heeft gebracht in de arbitrale procedure; niet in enig ander processtuk, niet tijdens de zitting en niet in het verhoor van verschillende getuigen aan de zijde van Devas c.s. Gezien die opstelling heeft het scheidsgerecht niet hoeven te begrijpen dat dit een essentieel verweer van de Republiek India was waarop het expliciet diende te beslissen. Het hof onderschrijft daarmee het oordeel van de rechtbank ten aanzien van deze vernietigingsgrond.

5.39 Ten slotte stelt de Republiek India dat het scheidsgerecht de strafrechtelijke gedragingen van Devas Multimedia heeft "geheeld" in het Arbitraal Deelvonnis, door in weerwil van deze gedragingen het Devas Contract als een geldig en bindend contract aan te merken. Daarom is het Arbitraal Deelvonnis in strijd met de openbare orde en goede zeden en vernietigbaar op grond van artikel 1065, eerste lid onder e Rv, aldus de Republiek India. Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat het beroep op deze vernietigingsgrond faalt omdat niet in rechte vast is komen te staan dat bij de totstandkoming van het Devas Contract sprake is geweest van strafbaar handelen (overweging 4.74 van het rechtbankvonnis).

5.40 Het verzoek van de Republiek India om aanhouding van deze procedure in afwachting van de uitkomst van de strafrechtelijke procedures in India wijst het hof af. In de memorie van grieven heeft de Republiek India in het vooruitzicht gesteld dat eind 2019 een strafrechtelijke procedure zou aanvangen tegen de in de Strafklacht genoemde personen. Er is echter nog steeds geen strafrechtelijke procedure aanhangig in India. De desbetreffende personen zijn nog niet eens

officieel in staat van beschuldiging gesteld, en het is op zijn minst onzeker of dat nog zal gebeuren (vgl. hierboven onder 5.35). Evenals de rechtbank is het hof daarom van oordeel dat de goede procesorde zich tegen toewijzing van dit verzoek verzet.

5.41 Het voorgaande betekent dat ook grieven 6 tot en met 9 worden verworpen.

Bewijsaanbod

5.42 Het bewijsaanbod dat de Republiek India aan het eind van haar memorie van grieven heeft geformuleerd, wordt gepasseerd. Voor zover het bewijsaanbod betrekking heeft op de stellingen van de Republiek India ten aanzien van de relevante vergunningen, volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat die stellingen niet van een voldoende onderbouwing zijn voorzien of niet doorslaggevend zijn voor de beoordeling van de vordering in deze vernietigingsprocedure. Voor zover het bewijsaanbod betrekking heeft op het huidige gebruik van de GSAT-6 satelliet is het niet ter zake dienend (zie hiervoor, 5.31). Voor zover het betrekking heeft op het overleggen van stukken heeft te gelden dat de Republiek India stukken waarop zij zich nog wenst te beroepen zelfstandig in het geding had moeten brengen.

Conclusie en proceskostenveroordeling

5.43 Nu alle grieven falen, zal het vonnis van de rechtbank worden bekrachtigd. De Republiek India zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

6 Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank van 14 november 2018;

- veroordeelt de Republiek India in de proceskosten in hoger beroep, aan de zijde van Devas c.s. begroot op € 741,- aan griffierecht en € 3.342,- aan salaris voor de advocaat, en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- verklaart dit arrest voor zover het betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, J.J. van der Helm en D. Aarts en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 16 februari 2021 in aanwezigheid van de griffier.