ECLI:NL:GHDHA:2021:14

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-01-2021
Datum publicatie	26-01-2021
Zaaknummer	200.280.055/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vordering tot vernietiging arbitraal vonnis waarbij arbiters zich onbevoegd hebben verklaard. Vordering afgewezen. Onbevoegdverklaring van arbiters kan niet worden vernietigd op grond van art. 1065 Rv.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.280.055/01

arrest van 19 januari 2021

inzake

1. [appellant 1],

2. [appellant 2],

3. [appellant 3],

4. [appellant 4],

5. [appellant 5],

6. [appellant 6],

allen wonende te [woonplaats],

7. [appellant 7],

wonende te [woonplaats],

6. De erfgenamen van [erflater], te weten: **[erfgenamen],**

allen wonende te [woonplaats],
eisers,
hierna te noemen: [appellanten],
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

De Bolivariaanse Republiek Venezuela,

zetelend te Venezuela,
gedaagde,
hierna te noemen: Republiek Venezuela,
niet verschenen.

De procedure

1. Bij dagvaarding van 12 maart 2020 hebben [appellanten] op grond van artikel 1064a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bij het hof een vordering ingesteld tot vernietiging van een arbitraal vonnis van 13 december 2019, gewezen tussen [appellanten] en de Republiek Venezuela (hierna te noemen: het Arbitraal Vonnis). De dagvaarding is betekend aan het parket van het Openbaar Ministerie van het hof. Het parket heeft de dagvaarding, vergezeld van een modelformulier en een Spaanse vertaling, op 27 maart 2020 gezonden aan de centrale autoriteit van de Republiek Venezuela, met een aanvraag om de dagvaarding te betekenen aan de Republiek Venezuela. Daarnaast heeft de deurwaarder de dagvaarding, vergezeld van een Spaanse vertaling, bij aangetekende brief van 16 maart 2020 rechtstreeks aan de Republiek Venezuela gezonden, op het adres dat in het Arbitraal Vonnis is vermeld.
2. De Republiek Venezuela is niet verschenen. De Republiek Venezuela is partij bij het Haags Betekeningsverdrag 1965. Er zijn meer dan zes maanden zijn verstreken sinds het tijdstip van toezending van de dagvaarding door de deurwaarder aan de Republiek Venezuela. Daarmee is voldaan aan de voorschriften van artikel 15, tweede lid van het Haags Betekeningsverdrag 1965 in samenhang met artikel 10 van de Uitvoeringswet Betekeningsverdrag 1965, zodat tegen de Republiek Venezuela verstek is verleend.

Feiten

3. Aan de dagvaarding en het Arbitraal Vonnis ontleent het hof het volgende:

a. [appellanten] behoren tot een familie afkomstig van de Canarische eilanden. Een aantal van hen is in de jaren 1950 en 1960 verhuisd naar Venezuela. Daar hebben zij een voedseldistributiebedrijf overgenomen, dat zij in de jaren daarna hebben uitgebouwd. Het familiebedrijf, waar eisers allemaal aandeelhouder van zijn of waren, omvat meerdere vennootschappen en is actief in het

supermarktwezen, horeca en onroerend goed.

[appellanten] hebben zowel de Venezolaanse als de Spaanse nationaliteit. Een aantal van hen is in Venezuela geboren, anderen hebben in de loop der tijd de Venezolaanse nationaliteit aangenomen. Zij hebben echter ook allen de Spaanse nationaliteit behouden.

De Republiek Venezuela heeft de eigendommen van [appellanten] in 2010 onteigend, zonder [appellanten] daarvoor een vergoeding te betalen.

De Republiek Venezuela en het Koninkrijk Spanje hebben in 1995 een bilateraal investeringsverdrag gesloten (in de Engelse vertaling van het Spaanse origineel, waarnaar het hof in dit arrest verwijst, genaamd "*Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of Venezuela on the reciprocal promotion and protection of investments*", hierna te noemen: het Verdrag). Artikel I, eerste lid onder (a) van het Verdrag bevat de volgende definitie van het begrip investeerder ("*investor*"):

"*Any physical person who possesses the nationality of one Contracting Party pursuant to its legislation and makes investments in the territory of the other Contracting Party*."

Artikel XI van het Verdrag bevat de volgende geschillenregeling:

"*1. The details of any dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning the fulfilment by that Party of the obligations established in this Agreement shall be notified in writing by the investor to the Contracting Party receiving the investment. As far as possible, the parties to the dispute shall try to settle their differences by amicable agreement.*

2. If a dispute cannot be settled in this way within a time limit of six months from the date of the written notification referred to in paragraph 1, it shall be submitted, at the investor's choice:

(a) *to the competent courts of the Contracting Party in whose territory the investment was made, or*

(b) *to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (…), provided that both States parties to this Agreement have acceded to the Convention. If either Contracting Party has not acceded to the Convention, recourse shall be had to the Additional Facility for the administration of conciliation, arbitration and fact-finding procedures by the ICSID secretariat.*

3. If for any reason the arbitral bodies referred to in paragraph 2(b) of this article are not available, or if the two parties so agree, the dispute shall be submitted to an ad hoc court of arbitration established in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

[appellanten] hebben op 1 juni 2015 een arbitrage aanhangig gemaakt tegen de Republiek Venezuela op grond van de arbitrageregels van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). De plaats van arbitrage is Den Haag. In de arbitrage vorderen [appellanten] van de Republiek Venezuela een schadevergoeding van circa $ 240.000.000,- wegens onrechtmatige onteigening. De Republiek Venezuela heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen. Daarop heeft het scheidsgerecht besloten eerst de vraag van zijn eigen bevoegdheid te behandelen en de merites van de vorderingen van [appellanten] in een volgend stadium te beoordelen.

In het Arbitraal Vonnis heeft het scheidsgerecht zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de vorderingen van [appellanten]

Arbitraal Vonnis

4. De overwegingen van het scheidsgerecht in het Arbitraal Vonnis kunnen als volgt worden samengevat (waarbij het hof zich heeft gebaseerd op de overgelegde Engelse vertaling). Het scheidsgerecht heeft eerst onderzocht of op grond van internationaal recht (als bedoeld in artikel XI, vierde lid onder b van het Verdrag en artikel 31, derde lid onder c van het Weens Verdragenverdrag) personen met een dubbele nationaliteit zonder beperkingen een van de staten waarvan zij de nationaliteit bezitten, voor internationale fora kunnen dagvaarden. Naar het oordeel van het scheidsgerecht is dat niet het geval. Vervolgens heeft het scheidsgerecht onderzocht of een dergelijke bevoegdheid in het Verdrag is opgenomen. Daarbij heeft het scheidsgerecht de definitie van het begrip investeerder in artikel I, eerste lid onder (a) van het Verdrag als uitgangspunt genomen. Naar het oordeel van het scheidsgerecht sluit deze definitie niet uitdrukkelijk uit dat personen met een dubbele nationaliteit aanspraak kunnen maken op bescherming op grond van het Verdrag, maar voorziet deze definitie daar ook niet uitdrukkelijk in. Onder verwijzing naar artikel 31, eerste lid van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht van 1969 (Weens Verdragenverdrag) heeft het scheidsgerecht overwogen dat de definitie van investeerder moet worden geïnterpreteerd in haar context, waarvan ook de geschillenregeling van artikel XI van het Verdrag deel uitmaakt. Volgens deze geschillenregeling heeft een investeerder een keuze tussen procederen ten overstaan van de overheidsrechter van de staat waar de investering is verricht en het aanhangig maken van een arbitrage. Voor het geval een investeerder kiest voor arbitrage, is naar het oordeel van het scheidsgerecht een zekere hiërarchie in artikel XI aangebracht. Als de beide verdragsluitende staten zijn aangesloten bij het ICSID-Verdrag, of als een beroep kan worden gedaan op de Additionele Faciliteit van het ICSID-Verdrag (gezamenlijk door het scheidsgerecht aangeduid als het ICSID-systeem), dient een investeerder een ICSID-arbitrage aanhangig te maken. Pas als het ICSID-systeem niet beschikbaar ("*available*") is, kan een investeerder een arbitrage beginnen onder de UNCITRAL regels, aldus het scheidsgerecht.

5. Personen met een dubbele nationaliteit zijn uitgesloten van arbitrage volgens het ICSID-systeem. Daaruit leidt het scheidsgerecht af dat personen met een dubbele nationaliteit op grond van het Verdrag ook geen arbitrage volgens de UNCITRAL regels aanhangig kunnen maken, ook al verzetten de UNCITRAL regels zich daar zelf niet tegen. Als onder de UNCITRAL regels wel rechtsbescherming open zou staan voor personen van dubbele nationaliteit, zou het begrip investeerder namelijk een verschillende inhoud krijgen naar gelang het arbitraal forum waar de procedure aanhangig is. Dat is naar het oordeel van het scheidsgerecht onverenigbaar met de structuur van het Verdrag, de hiërarchie tussen de beide arbitrale fora en het principe dat begrippen een zelfde inhoud moeten hebben ongeacht het arbitrale forum waar de procedure aanhangig is. Het scheidsgerecht concludeert dat de Verdragspartijen kennelijk het internationaalrechtelijke 'absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid' hebben gevolgd. Onder dit beginsel verstaat het scheidsgerecht de regel dat een persoon de staat waarvan hij de nationaliteit bezit niet voor een internationaal forum mag dagvaarden.

6. Het scheidsgerecht heeft hier aan toegevoegd dat, ook als het internationaalrechtelijke beginsel van de effectieve nationaliteit zou worden toegepast, het scheidsgerecht niet bevoegd zou zijn. Dit beginsel houdt in dat een persoon met een dubbele nationaliteit niet een vordering kan instellen bij een internationaal forum tegen de staat van zijn effectieve nationaliteit. Naar het oordeel van het scheidsgerecht is de Venezolaanse nationaliteit de effectieve nationaliteit ("*dominant nationality*") van [appellanten] Daartoe overweegt het scheidsgerecht dat [appellanten] zelf niet hebben gesteld dat de Spaanse nationaliteit hun effectieve nationaliteit is, dat [appellanten] lange tijd in Venezuela hebben gewoond, daar hun familiebanden hebben opgebouwd en hun kinderen hebben opgevoed en daar het centrum van hun economische activiteit hebben gehad, en dat enkelen van hen zelfs in Venezuela zijn geboren.

7. Op grond van het voorgaande concludeert het scheidsgerecht dat personen van Spaanse en Venezolaanse nationaliteit, zoals [appellanten], geen beroep kunnen doen op het Verdrag tegenover

Spanje en Venezuela, ongeacht hun effectieve nationaliteit. Maar ook als deze personen wel aanspraak zouden kunnen maken op bescherming uit hoofde van het Verdrag, dan nog zouden zij zulke aanspraken uitsluitend geldend kunnen maken tegenover de staat waarvan zij niet de effectieve nationaliteit bezitten. Omdat de effectieve nationaliteit van [appellanten] de Venezolaanse is, kunnen zij in geen geval een beroep doen op het Verdrag tegenover Venezuela. Het scheidsgerecht heeft zich dus onbevoegd verklaard om van de vorderingen van [appellanten] kennis te nemen.

Vordering [appellanten]

8. [appellanten] vorderen vernietiging van het Arbitraal Vonnis, met veroordeling van de Republiek Venezuela in de proceskosten. [appellanten] voeren twee klachten aan tegen het Arbitraal Vonnis. De eerste klacht houdt in dat het scheidsgerecht essentiële stellingen en verweren van [appellanten] heeft genegeerd, zelf de feiten en argumenten heeft aangevuld en een verrassingsbeslissing heeft gegeven. Dit zou moeten leiden tot vernietiging van het Arbitraal Vonnis op grond van artikel 1065, eerste lid onder c en/of e Rv. De tweede klacht is gericht tegen de inhoud van het Arbitraal Vonnis, dat volgens [appellanten] aan een volledige toetsing moet worden onderworpen aangezien er een fundamenteel recht in het geding is. [appellanten] betogen dat het scheidsgerecht zich op onjuiste gronden onbevoegd heeft verklaard en daarmee het fundamentele recht op toegang tot een onpartijdig en onafhankelijk scheidsgerecht heeft miskend in een geval waarin geen effectieve rechtsbescherming bij de overheidsrechter beschikbaar is. Daarom dient het Arbitraal Vonnis te worden vernietigd op grond van artikel 1065, eerste lid onder e Rv wegens strijd met de openbare orde, en/of op grond van artikel 1065, eerste lid onder a Rv omdat het Scheidsgerecht zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard. Daarnaast stellen [appellanten] dat het Arbitraal Vonnis geen (steekhoudende) motivering bevat en dat het scheidsgerecht in zijn oordeel cruciale elementen uit het Weens Verdragenverdrag en het debat tussen partijen heeft weggelaten. Het Arbitraal Vonnis zou daarom ook op grond van artikel 1065, eerste lid sub c en d Rv moeten worden vernietigd.

Beoordeling

Opmerkingen vooraf

9. De plaats van arbitrage is Den Haag, zodat het hof op grond van artikel 1064a Rv bevoegd is van de vordering van [appellanten] kennis te nemen. Op grond van artikel 1073, eerste lid Rv zijn de bepalingen van Titel 1 van Boek IV Rv op de onderhavige procedure van toepassing.

10. 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.

11. Uit artikel 1065, vierde lid Rv vloeit voort dat de schending van de opdracht bedoeld in artikel 1065, eerste lid onder c ernstig moet zijn, wil zij tot vernietiging van het arbitraal vonnis kunnen leiden. Van een ernstige schending van de opdracht is onder meer sprake als het scheidsgerecht

nalaat op een of meer vorderingen te beslissen of een of meer essentiële verweren te behandelen.

12. 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.

13. Een arbitraal vonnis staat onder meer bloot aan vernietiging wegens strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065, vierde lid onder e Rv, als het scheidsgerecht heeft gehandeld in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor, of als het in strijd is met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.

14. Als uitgangspunt bij de toepassing van artikel 1065 Rv geldt dat de overheidsrechter zijn bevoegdheid tot vernietiging van een arbitraal vonnis met terughoudendheid moet toepassen. 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 bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor (in welk geval het arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065, eerste lid onder e Rv). Voor de beantwoording van deze vragen moet het arbitrale vonnis vol worden getoetst.

Klacht 1

15. Volgens [appellanten] moet het Arbitraal Vonnis worden vernietigd op grond van artikel 1065, eerste lid onder c Rv omdat het scheidsgerecht niet is ingegaan op stellingen van partijen met betrekking tot de interpretatie van de definitie van investeerder in artikel I, eerste lid onder (a) van het Verdrag en de betekenis van de *travaux préparatoires* van het Verdrag voor die interpretatie. Daarmee zou het scheidsgerecht essentiële stellingen van partijen onbesproken hebben gelaten.

16. Het hof volgt [appellanten] niet in dit betoog, dat gebaseerd is op een te ruime toepassing van artikel 1065, eerste lid onder c Rv. Het scheidsgerecht moet een beslissing geven op de vorderingen en essentiële verweren van partijen, maar het hoeft niet alle argumenten (afzonderlijk) te behandelen die partijen ter onderbouwing daarvan hebben aangevoerd. In het onderhavige geval heeft het scheidsgerecht naar aanleiding van het tussen partijen gevoerde debat over de interpretatie van de definitie van investeerder het volgende overwogen (overweging 706 van het Arbitraal Vonnis): "*The Parties differ with respect to the interpretation of the concept of "investor" from Article 1(1)(a) of the Treaty. Although it is true that such definition does not expressly exclude the protection of dual nationals from the two States Parties to the Treaty, neither does it expressly include them*". Daaruit blijkt dat het scheidsgerecht zich rekenschap heeft gegeven van de stellingen van partijen ten aanzien van de interpretatie van de definitie van investeerder, en dat het zich een oordeel heeft gevormd over de vraag of aan de hand van die definitie kan worden vastgesteld of personen met een dubbele nationaliteit een beroep op de bescherming van het Verdrag kunnen doen. Uit overweging 706 volgt dat het scheidsgerecht, anders dan [appellanten] hadden aangevoerd, van oordeel is dat de gewone betekenis van artikel 1, eerste lid onder a van het Verdrag niet duidelijk is. Daarmee voldoet het Arbitraal Vonnis aan de eisen die daar op grond van artikel 1065, eerste lid onder c Rv kunnen worden gesteld. Het staat het hof in het kader van deze bepaling niet vrij om inhoudelijk te toetsen of de interpretatie van het scheidsgerecht van de definitie van investeerder juist is.

17. Ook het betoog van [appellanten] dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door

onvoldoende aandacht te besteden aan de *travaux préparatoires* van het Verdrag, is ongegrond. In de weergave van de stellingen van partijen in hoofdstuk VI van het arbitraal vonnis heeft het scheidsgerecht vermeld wat partijen ten aanzien van de *travaux préparatoires* hebben gesteld, en in overweging 642 van het Arbitraal Vonnis heeft het scheidsgerecht benoemd dat de *travaux préparatoires* op grond van artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag als aanvullende interpretatiebron kunnen worden gebruikt. Vervolgens heeft het scheidsgerecht in overweging 706 van het Arbitraal Vonnis overwogen dat de definitie van investeerder personen met een dubbele nationaliteit niet uitdrukkelijk insluit, maar ook niet uitdrukkelijk uitsluit (vgl. het citaat hierboven). Deze overweging staat onder het opschrift "*5. Interpretation of the terms of the Treaty in accordance with the VCLT*". Kennelijk heeft het scheidsgerecht geconcludeerd dat het in dit geval niet nodig of zinvol was om de *travaux préparatoires* expliciet te betrekken bij de interpretatie van artikel 1, eerste lid onder a van het Verdrag. Of die conclusie juist is kan het hof niet inhoudelijk toetsen.

18. [appellanten] stellen verder dat het scheidsgerecht buiten de rechtsstrijd is getreden (en aldus zijn opdracht heeft geschonden) door zijn beslissing mede te baseren op een onderdeel van de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag en het 'absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid', waarop geen van beide partijen een beroep zou hebben gedaan. Aldus zou het scheidsgerecht op ongeoorloofde wijze de stellingen van partijen hebben aangevuld. Ook hierin volgt het hof [appellanten] niet. Het stond het scheidsgerecht vrij om bij de bespreking van de vraag of er naar internationaal recht sprake is van een 'absoluut beginsel van niet-aansprakelijkheid' ook acht te slaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag, en om dat beginsel vervolgens bij zijn oordeel in aanmerking te nemen. Het gaat hierbij om rechtsgronden die het scheidsgerecht zelfstandig bij zijn oordeel heeft kunnen betrekken. Uit het beginsel van hoor en wederhoor volgt geen verplichting voor het scheidsgerecht om partijen in staat te stellen zich vooraf over voorgenomen rechtsoverwegingen uit te laten. Overigens heeft de Republiek Venezuela in de arbitrage wel degelijk een beroep gedaan op de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag (vgl. de opinie van prof. A. Pellet die door de Republiek Venezuela in de arbitrage is ingebracht; prof. Pellet gaat hier uitgebreid op in onder punt 6 e.v. van zijn opinie). Prof. Pellet verwijst in zijn opinie ook naar het 'absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid', dan wel de codificatie daarvan in artikel 4 van de *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (zie punten 43 en 50 van zijn opinie). Zowel de *travaux préparatoires* van het ICSID-Verdrag als het 'absolute beginsel van niet-aansprakelijkheid' zijn dus in de arbitrage aan de orde geweest. Ook daarom kan niet van een verrassingsbeslissing worden gesproken.

19. Op grond van het voorgaande faalt klacht 1.

Klacht 2

20. Op grond van artikel 1065, eerste lid onder a Rv kan een arbitraal vonnis worden vernietigd als een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. In deze bepaling ligt besloten dat de (overheids)rechter uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen. De beantwoording van deze vraag behoort tot het domein van de rechter vanwege het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter. De rechter kan een arbitraal vonnis vernietigen als een scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard. Daarentegen voorziet de wet niet in een bevoegdheid van de rechter tot vernietiging van een arbitraal vonnis waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Als een scheidsgerecht zich op die grond onbevoegd heeft verklaard, is de rechter bevoegd van de zaak kennis te nemen op grond van artikel 1052, vijfde lid Rv. Het recht op toegang tot de rechter is hier niet in het geding. Toetsing door de rechter van een arbitraal vonnis waarbij een scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard, verdraagt zich ook niet met het in artikel 1052, eerste lid Rv vastgelegde beginsel dat het scheidsgerecht gerechtigd is over zijn eigen bevoegdheid te oordelen.

21. [appellanten] stellen dat in de context van de bescherming van investeerders onder internationale investeringsverdragen zoals het Verdrag, niet het recht op toegang tot de rechter het uitgangspunt moet zijn, maar het recht op toegang tot een (onpartijdig en onafhankelijk) scheidsgerecht. In die context is arbitrage volgens [appellanten] "*niet een nuttig alternatief, maar een noodzakelijke vervanging*" voor overheidsrechtspraak, die investeerders geen effectieve rechtsgang biedt om hun rechten tegenover de verdragsluitende staten geldend te maken. Dat zou in het bijzonder het geval zijn in Venezuela, waar de rechtsstaat niet functioneert. Daarnaast brengt het zogenaamde "*fork in the road*" beginsel volgens [appellanten] mede dat als een investeerder eenmaal voor arbitrage heeft gekozen, hij geen toegang meer heeft tot de Venezolaanse rechter. Dit beginsel zou volgen uit artikel XI, tweede lid van het Verdrag, waarin de investeerder een keuze heeft tussen de Venezolaanse rechter en arbitrage; als hij eenmaal gekozen heeft voor arbitrage, is de weg naar de Venezolaanse rechter afgesneden, ook als het scheidsgerecht zich vervolgens onbevoegd verklaart. Het gevolg van het Arbitraal Vonnis is dus dat [appellanten] zowel feitelijk als juridisch geen mogelijkheid meer hebben om hun vorderingen tegenover de Republiek Venezuela geldend te maken. Dit heeft het scheidsgerecht miskend door zich onbevoegd te verklaren, aldus [appellanten]

22. Het hof verwerpt dit betoog, dat zich niet verdraagt met artikel 1065, eerste lid onder a in samenhang met artikel 1052 Rv. Zoals hiervoor aangegeven in overweging 20, is het uitgangspunt van deze artikelen dat het scheidsgerecht oordeelt over zijn eigen bevoegdheid en dat de rechter kan nagaan of een scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd op een geldige arbitrageovereenkomst. Daarmee valt niet te verenigen dat de rechter een oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, inhoudelijk toetst en vernietigt als hij tot een ander oordeel komt dan het scheidsgerecht. Dat is niet anders in de context van internationale investeringsarbitrages. Artikel 1065, eerste lid onder a en artikel 1052 Rv gelden voor arbitrageovereenkomsten in het algemeen, ongeacht de context. Het hof ziet dus geen grond voor een toetsing van het oordeel van het scheidsgerecht over zijn eigen onbevoegdheid op grond van artikel 1065, eerste lid onder a Rv.

23. Het hof volgt [appellanten] evenmin in hun betoog dat het Arbitraal Vonnis in strijd is met de openbare orde omdat het [appellanten] belet om hun rechten tegenover de Republiek Venezuela geldend te maken. De (Nederlandse) openbare orde vergt niet dat de rechter in de context van internationale investeringsarbitrages de toegang tot een scheidsgerecht moet verzekeren, en daartoe een oordeel van een scheidsgerecht moet vernietigen dat zichzelf onbevoegd heeft verklaard, nog afgezien van het feit dat onduidelijk is wat de vernietiging van het oordeel van het scheidsgerecht in dat opzicht zou kunnen bijdragen. Die vernietiging zou niet zonder meer tot gevolg hebben dat het scheidsgerecht alsnog bevoegd is. Het is immers aan het scheidsgerecht om zich bevoegd te verklaren, dat daarbij niet aan het oordeel van de rechter gebonden is. Dit is niet anders als de (overheids)rechter in de verdragsluitende staat geen effectieve rechtsbescherming biedt. Het standpunt van [appellanten] komt erop neer dat het hof zich als rechter van de plaats van arbitrage een oordeel zou moeten vormen over de kwaliteit van de rechtsbescherming in de verdragsluitende staat en, afhankelijk van dat oordeel, een arbitraal vonnis zou moeten vernietigen waarbij het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard. Dat gaat de rechterlijke controle van arbitrale vonnissen op grond van artikel 1065 Rv te buiten. Overigens kan het hof niet inzien dat met het Arbitraal Vonnis de weg naar de rechter is afgesneden, op grond van het door [appellanten] genoemde "*fork in the road*" principe. Het scheidsgerecht heeft zich onbevoegd verklaard omdat [appellanten] geen investeerders in de zin van het Verdrag zijn, zodat er ter zake van hun vordering geen geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Met andere woorden: de door de verdragsluitende staten overeengekomen mogelijkheid van arbitrage ziet niet op de vordering van [appellanten] Tegen die achtergrond is niet aannemelijk dat het Verdrag zich ertegen verzet dat [appellanten] die vordering aan een rechter voorleggen. Dat kan de Venezolaanse rechter zijn, of de rechter in een ander land die bevoegd is om kennis te nemen van een vordering van [appellanten] tegen de Republiek Venezuela.

24. Ook het beroep van [appellanten] op artikel 1065, eerste lid onder d Rv faalt. Het Arbitraal Vonnis bevat een uitgebreide motivering. Die motivering is niet zo onbegrijpelijk dat daarin geen enkele

steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te onderkennen. Voor een inhoudelijke beoordeling van de motivering biedt artikel 1065, eerste lid onder d Rv geen ruimte. Het hof verwerpt ten slotte de stelling van [appellanten] dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door in zijn oordeel cruciale elementen uit het Weens Verdragenverdrag en het debat tussen partijen weg te laten. Hiervoor geldt hetzelfde als het hof hiervoor naar aanleiding van de eerste klacht heeft overwogen (zie overweging 16). Het debat tussen partijen had betrekking op de interpretatie van de definitie van investeerder. Daar heeft het scheidsgerecht uitgebreid aandacht besteed, waarbij het ook de interpretatieregels uit het Weens Verdragenverdrag in aanmerking heeft genomen (vgl. overweging 705 e.v. van het Arbitraal Vonnis, alsmede overweging 739). Het scheidsgerecht heeft ook toegelicht waarom het zijn analyse is begonnen met een uiteenzetting over het internationale recht: zowel uit artikel 31, derde lid onder c van het Weens Verdragenverdrag als uit artikel XI, vierde lid onder b van het Verdrag volgt dat de arbiters bij de uitleg van het Verdrag internationaal recht in aanmerking moeten nemen. Verder heeft het scheidsgerecht overwogen dat verdragsluitende staten de bevoegdheid hebben om in het Verdrag af te wijken van het geldend internationaal recht, maar dat daarvoor '*clear language*' noodzakelijk is (overwegingen 644 tot en met 647 van het Arbitraal Vonnis). Er is geen sprake van dat het scheidsgerecht met deze aanpak zijn opdracht heeft geschonden. De enkele omstandigheid dat het scheidsgerecht mogelijk ook tot een ander (volgens [appellanten]: correct) oordeel had kunnen komen, is onvoldoende om te kunnen oordelen dat sprake is van een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 Rv.

25. De slotsom is dat de vordering van [appellanten] tot vernietiging van het Arbitraal Vonnis wordt afgewezen. [appellanten] worden veroordeeld in de kosten van de procedure, die aan de zijde van de Republiek Venezuela worden begroot op nihil, nu de Republiek Venezuela niet in de procedure is verschenen.

Beslissing

Het hof:

- wijst de vordering van [appellanten] tot vernietiging van het Arbitraal Vonnis af;

- veroordeelt [appellanten] in de kosten van de procedure, die aan de zijde van de Republiek Venezuela worden begroot op nihil.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, C.A. Joustra en R.M. Hermans en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 januari 2021 in aanwezigheid van de griffier.