ECLI:NL:PHR:2021:425

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	23-04-2021
Datum publicatie	23-04-2021
Zaaknummer	20/01595
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2021:1645, Contrair
Rechtsgebieden	Internationaal publiekrecht Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Internationale arbitrage. Verdrag inzake het Energiehandvest (Energy Charter Treaty, ECT). Weens Verdragenverdrag. Vordering tot vernietiging arbitrale vonnissen (Yukos Awards) op de voet van art. 1065 (oud) Rv. Verhouding vernietigingsprocedure en herroepingsprocedure (art. 1064 (oud) Rv); kan bedrog in de arbitrageprocedure alleen in een herroepingsprocedure aan de orde worden gesteld? Bevoegdheid arbiters; is de Russische Federatie gebonden aan voorlopige toepassing van art. 26 ECT, dat internationale arbitrage over investeringsgeschillen mogelijk maakt? Uitleg van art. 45 ECT ('Provisional application') en van de daarin voorkomende 'Limitation Clause'. Uitleg begrippen 'Investering' en 'Investeerder' (art. 1 leden 6 en 7 ECT). Hebben de gestelde illegale handelingen gevolgen voor de vernietigbaarheid van de arbitrale vonnissen? Schond het scheidsgerecht zijn opdracht door geen advies te vragen aan de relevante belastingautoriteiten (art. 21 lid 5 ECT)?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 20/01595

Zitting 23 april 2021

CONCLUSIE

P. Vlas

In de zaak

De Russische Federatie, zetelende te Moskou, Russische Federatie,

tegen

1. Hulley Enterprises Limited, gevestigd te Nicosia, Cyprus
(hierna: Hulley),

2. Veteran Petroleum Limited, gevestigd te Nicosia, Cyprus
(hierna: VPL),

3. Yukos Universal Limited, gevestigd te Douglas, Isle of Man
(hierna: YUL)
(hierna gezamenlijk: HVY)

Inhoudsopgave [1]

1.	Inleiding	1.1
2.	Feiten en procesverloop	2.1
3.	Bespreking van het principale cassatiemiddel	3.1
	Onderdeel 1: schending procedurele openbare orde/exclusiviteit art. 1068 Rv	3.2
	Onderdeel 2: uitleg art. 45 lid 1 ECT	3.9
	Inleidende opmerkingen	3.11
	Onderdeel 2.2: art. 26 ECT	3.20
	Onderdeel 2.3: bevoegdheid van het Scheidsgerecht	3.23
	Onderdeel 2.4: Limitation Clause	3.31
	Onderdeel 2.5: 'not inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT	3.54
	Onderdeel 2.6: art. 26 ECT in strijd met Russisch recht?	3.58
	Onderdeel 2.7: prejudiciële vragen aan HvJEU?	3.60
	Onderdeel 2.8: voortbouwende klacht	3.75
	Onderdeel 3: uitleg art. 1 leden 6 en 7 (investering en investeerder)	3.76
	Onderdeel 3: inleidende opmerkingen	3.77
	Onderdeel 3.2: 'U-bochtconstructie'	3.84
	Onderdeel 3.3: daadwerkelijke economische bijdrage aan economie gastland	3.115
	Onderdeel 3.4: 'piercing the corporate veil'	3.120
	Onderdeel 3.5: prejudiciële vragen over art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT?	3.130
	Onderdeel 4: uitleg art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van investeringen)	3.132
	Onderdeel 4.2: bestaan van legaliteitsvereiste	3.136

	Onderdeel 4.3: illegaal handelen	3.142
	Onderdeel 4.4: strijd met de openbare orde	3.147
	Onderdeel 4.5: prejudiciële vragen over art. 1 lid 6 en art. 26 ECT?	3.152
	Onderdeel 5: art. 21 lid 5 ECT	3.155
	Onderdeel 5: inleidende opmerkingen	3.157
	Onderdeel 5.2: dwingend karakter art. 21 lid 5 ECT	3.161
	Onderdeel 6: de rol van de secretaris van het Scheidsgerecht	3.180
	Onderdeel 6.2: delegatie aan secretaris van het Scheidsgerecht	3.182
	Onderdeel 6.2: inleidende opmerkingen	3.183
	Onderdeel 6.2.1-6.2.3: bespreking klachten	3.188
	Onderdeel 7: ontbreken motivering?	3.202
	Onderdeel 7: inleidende opmerkingen	3.203
	Onderdeel 7.2: bespreking klachten	3.206
	Onderdeel 8: veegklacht	3.215
	Slotsom principaal beroep	3.217
4.	Bespreking van het voorwaardelijk incidentele middel	4.1
5.	Conclusie	5

1 Inleiding

1.1 De Russische Federatie is in een arbitrale procedure veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan HVY wegens schending van haar verplichtingen uit het Verdrag inzake het Energiehandvest (*Energy Charter Treaty,* hierna: ECT).[2] De Russische Federatie heeft bij de Nederlandse rechter een vordering tot vernietiging van de desbetreffende arbitrale vonnissen (hierna ook de 'Yukos Awards') aanhangig gemaakt. De rechtbank heeft de vordering toegewezen op grond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de Russische Federatie alsnog afgewezen. De Russische Federatie heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

1.2 Deze zaak wordt nog door het oude arbitragerecht beheerst, dat wil zeggen door het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals dit gold tot aan de invoering van de Wet Modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015.[3] In deze conclusie wordt, tenzij anders vermeld, telkens verwezen naar het oude recht. Voor een inleiding op de vernietigingsprocedure van art. 1064 e.v. Rv verwijs ik naar mijn conclusie inzake het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging dat de Russische Federatie heeft ingediend.[4] In zijn beschikking van 4 december 2020 heeft de Hoge Raad dit verzoek afgewezen.[5]

1.3 De klachten hebben voor een groot deel betrekking op de interpretatie van bepalingen uit de ECT. De Russische Federatie betoogt in cassatie dat het hof zijn conclusie dat het geschil tussen HVY en de Russische Federatie door de ECT wordt bestreken, heeft gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de relevante verdragsbepalingen, zodat zijn oordeel dat een geldige basis voor arbitrage bestaat onjuist is. Het gaat dan met name om de interpretatie van de begrippen 'investeerder' en 'investering' uit de ECT, en om de reikwijdte van art. 45 lid 1 ECT, dat voorziet in de voorlopige toepassing van de ECT door een staat die de ECT wel heeft ondertekend, maar waarvoor dit verdrag nog niet in werking is getreden. In deze inleiding ga ik kort in op het doel en de totstandkoming van de ECT en op de mogelijkheden die de ECT biedt tot beslechting van investeringsgeschillen. Bij de bespreking van de verschillende onderdelen van het principale cassatiemiddel zal vervolgens nader worden ingegaan op de uitleg van specifieke bepalingen van de ECT.

1.4 De ECT is op 17 december 1994 te Lissabon gesloten met als doel samenwerking in de energiesector te bewerkstelligen, met name tussen de lidstaten van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap (EEG, thans de Europese Unie) en staten in Centraal- en Oost-Europa, waaronder de huidige Russische Federatie.[6] Deze politieke wens was reeds eerder geuit in het

niet-bindende Europees Energiehandvest uit 1991. In de ECT zijn de afspraken uit het Energiehandvest neergelegd in een bindend instrument. De ECT is op 16 april 1998 in werking getreden, nadat het door dertig staten, waaronder Nederland, is geratificeerd (zie art. 44 lid 1 ECT). Thans is de ECT geratificeerd door 51 staten alsmede door de Europese Unie.[7] De Russische Federatie heeft de ECT op 17 december 1994 ondertekend, maar niet geratificeerd.[8] Op 20 augustus 2009 heeft de Russische Federatie de depositaris van de ECT (Portugal) bericht niet langer voornemens te zijn de ECT te ratificeren. Sindsdien is de Russische Federatie niet langer gehouden de ECT voorlopig toe te passen, met uitzondering van de bepalingen die betrekking hebben op investeringsbescherming en geschillenbeslechting, voor zover het gaat om reeds gedane investeringen (art. 45 lid 3, onder a en b, ECT).

1.5 Inhoudelijk zijn in deze zaak de bepalingen uit Deel III van de ECT, die zien op 'Bevordering, bescherming en behandeling van investeringen', het meest relevant. Deze bepalingen bieden bescherming aan investeerders die in één van de verdragsstaten een investering in de energiesector hebben gedaan. Zij omvatten het recht op eerlijke behandeling en non-discriminatie (art. 10 ECT) evenals bescherming tegen onteigening (art. 13 ECT).[9]

1.6 De ECT voorziet verder in een mechanisme waarmee investeerders de naleving van deze rechten kunnen afdwingen.[10] Art. 26 ECT bepaalt dat investeerders een geschil over een vermeende schending van een van de bepalingen uit Deel III van de ECT door een verdragsstaat aan (onder meer) een arbitragetribunaal kunnen voorleggen. Art. 26 lid 4 ECT noemt drie mogelijkheden van geschillenbeslechting:

a) arbitrage bij het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) in Washington, op basis van het ICSID-verdrag[11], mits beide betrokken ECT-staten partij zijn bij het ICSID-verdrag (of, als één van de betrokken staten partij is bij het ICSID-verdrag, op basis van de 'Additional Facility Rules' bij dat verdrag);

b) arbitrage door één arbiter of bij een *ad hoc*-tribunaal, opgericht volgens de *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), zoals in de onderhavige zaak is gebeurd;

c) arbitrage bij het arbitrageinstituut van de Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

1.7 Geschillen over rechten uit de ECT kunnen dus bij verschillende arbitragetribunalen aanhangig worden gemaakt. In deze conclusie komen verschillende uitspraken van deze tribunalen aan de orde. De vraag rijst welke betekenis aan die uitspraken moet worden gehecht, waarover ik in deze inleiding het volgende opmerk.

1.8 Volgens het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna WVV)[12] is arbitrale rechtspraak geen bron van interpretatie van verdragen. Wel kan deze rechtspraak inzicht geven in de wijze waarop een verdrag in de praktijk wordt toegepast.[13] Arbitrale rechtspraak kan worden gebruikt om het bestaan van een beginsel van internationaal gewoonterecht aan te tonen, dat op grond van art. 31 lid 3 WVV bij de interpretatie van een verdrag in acht moet worden genomen. Daarbij geldt uiteraard dat sprake moet zijn van een algemene statenpraktijk die omvangrijk en vrijwel uniform moet zijn, waarbij de rechtsovertuiging geldt dat deze praktijk door het internationaal recht wordt vereist.[14]

1.9 Arbitragetribunalen zijn niet gebonden aan elkaars uitspraken, omdat het beginsel van de binding aan precedenten (*stare decisis*) ontbreekt.[15] Uitspraken kunnen daarom onderling afwijken (wat uiteraard ook verklaard kan worden door de feiten en de wijze waarop is geprocedeerd). Er moet voor worden gewaakt conclusies te trekken op basis van slechts één uitspraak of enkele uitspraken. Verder geldt dat aan unanieme uitspraken meer gewicht toekomt dan aan uitspraken waarin *dissenting opinions* zijn geschreven.[16]

1.10 Het ICSID-verdrag voorziet in een processueel kader voor het beslechten van internationale investeringsgeschillen tussen staten en investeerders[17] en heeft geen betrekking op geschillen tussen staten en hun eigen onderdanen.[18] Het ICSID-verdrag bepaalt niet wanneer sprake is van een internationale investering, maar laat dit over aan de ICSID-arbitragetribunalen, die het oordeel daarover mede zullen baseren op het investeringsverdrag (veelal een *bilateral investment*

treaty (BIT)) dat aan het geschil ten grondslag ligt. De benadering van een arbitragetribunaal in een zaak onder het ICSID-verdrag is dus afhankelijk van het onderliggende investeringsverdrag. ICSID-tribunalen zullen slechts rechtsmacht aannemen als de investering ook valt binnen het beschermingsbereik van het ICSID-verdrag.[19] In de praktijk stellen ICSID-tribunalen daarom soms strengere eisen dan de onderliggende investeringsverdragen zelf, in het bijzonder waar het gaat om het begrip 'investering'.[20] Ook kunnen deze eisen strenger zijn dan die van andere (commerciële) arbitragetribunalen, die hun rechtsmacht niet baseren op het ICSID-verdrag.[21]

1.11 Het voorgaande is van belang, omdat het cassatiemiddel op een aantal plaatsen verwijst naar ICSID-uitspraken ter onderbouwing van de stelling dat daarin een algemeen geaccepteerd beginsel van internationaal investeringsrecht is weergegeven (zie onderdeel 3 van het principale middel). Bij de beoordeling van deze stelling moet in aanmerking worden genomen dat het ICSID-verdrag op sommige punten eigen eisen stelt, die strenger kunnen zijn dan de eisen die in investeringsverdragen worden gesteld. Ook geldt voor alle arbitrale rechtspraak dat steeds zal moeten worden bezien of de daarin gevolgde benadering algemene gelding heeft of is gebaseerd op de specifieke bewoordingen van het daaraan ten grondslag liggende investeringsverdrag.

1.12 Na deze inleiding ga ik over tot een weergave van de feiten en het procesverloop en de bespreking van het principale cassatiemiddel.

2 Feiten en procesverloop

2.1 Het gaat in deze zaak, kort samengevat, om het volgende.[22] HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij, die op 1 augustus 2006 failliet is verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister werd geschrapt.

2.2 HVY hebben in 2004 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op de voet van art. 26 ECT. Zij hebben gesteld dat de Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos heeft onteigend en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen. HVY hebben gevorderd dat de Russische Federatie veroordeeld wordt schadevergoeding te betalen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

2.3 Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde scheidsgerecht (hierna: het Scheidsgerecht) heeft in drie afzonderlijke *Interim Awards on Jurisdiction and Admissibility* van 30 november 2009 (hierna: de *Interim Awards*) geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. In de *Interim Awards* heeft het Scheidsgerecht bepaalde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase ('the merits phase') van het geding.

2.4 In drie afzonderlijke *Final Awards* van 18 juli 2014[23] heeft het Scheidsgerecht de nog resterende bevoegdheids- en/of ontvankelijkheidsverweren van de Russische Federatie verworpen, geoordeeld dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder art. 13 lid 1 ECT heeft geschonden en de Russische Federatie veroordeeld aan HVY schadevergoeding te betalen van respectievelijk USD 8.203.032.751 (aan VPL), USD 1.846.000.687 (aan YUL) en USD 39.971.834.360 (aan Hulley), vermeerderd met rente en kosten. Het Scheidsgerecht heeft, kort gezegd, geoordeeld dat de Russische Federatie door het nemen van een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos, heeft aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van de heer Mikhail Khodorkovsky, de chairman van Yukos en één van haar aandeelhouders, als potentiële politieke tegenstander van president Poetin en het verwerven van de activa van Yukos.

2.5 De Russische Federatie heeft bij afzonderlijke dagvaardingen van 10 november 2014 Hulley, VPL en YUL voor de rechtbank Den Haag gedaagd en gevorderd dat de rechtbank de door het Scheidsgerecht in ieder van hun zaken gewezen *Interim Awards* en *Final Awards* vernietigt. Deze drie zaken zijn op vordering van de Russische Federatie door de rechtbank gevoegd.

2.6 Op 20 april 2016 heeft de rechtbank in één vonnis, gewezen in de drie gevoegde zaken, de *Interim Awards* en de *Final Awards* vernietigd wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.[24] HVY hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het hof Den Haag.

2.7 Bij tussenarrest van 11 oktober 2016 heeft het hof een comparitie van partijen gelast, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2017.

2.8 Bij tussenarrest van 25 september 2018 heeft het hof een aantal preliminaire bezwaren van HVY tegen de behandeling van bepaalde stellingen van de Russische Federatie beoordeeld.[25] Het gaat onder meer (voor zover thans nog van belang) om de stelling van de Russische Federatie dat HVY in de arbitrageprocedure fraude zouden hebben gepleegd door het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten (rov. 5.1-5.2). HVY hebben hiertegen bezwaar gemaakt, onder meer op de grond dat het bedrog aan de orde had moeten worden gesteld in een aparte procedure tot herroeping op de voet van art. 1068 Rv (rov. 5.3 onder (b)).

2.9 Het hof heeft het bezwaar van HVY gehonoreerd. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, overwogen dat het beweerdelijke bedrog alleen in een herroepingsprocedure op de voet van art. 1068 Rv aan de orde kan worden gesteld, en niet (alsnog) in een procedure tot vernietiging op grond van art. 1065 Rv. Beide procedures resulteren weliswaar in vernietiging van het arbitrale vonnis, maar zij kennen verschillende termijnen en verschillende bevoegde rechterlijke instanties. Een herroepingsprocedure kan binnen drie maanden na ontdekking van het bedrog aanhangig worden gemaakt, ook als reeds meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen. De herroepingsprocedure kent verder slechts één feitelijke instantie (het gerechtshof). Zowel de geldende termijnen als deze exclusieve bevoegdheid van het gerechtshof zouden worden omzeild indien gesteld bedrog (door middel van een eisvermeerdering) alsnog in de vernietigingsprocedure zou kunnen worden voorgelegd. Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar (rov. 5.7).

2.10 Bij tussenarrest van 18 december 2018 heeft het hof enkele beslissingen genomen over het verdere verloop van de procedure.[26]

2.11 Bij eindarrest van 18 februari 2020 heeft het hof de zaak inhoudelijk beoordeeld.[27]

2.12 HVY hebben onder meer grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het Scheidsgerecht onbevoegd was, omdat art. 26 ECT – dat arbitrage mogelijk maakt – in strijd is met het Russische recht. Het hof heeft deze grieven in rov. 4.4 e.v. beoordeeld.

Uitleg van de Limitation Clause

2.13 Het hof heeft beoordeeld of tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen (art. 1065 lid 1, onder a, Rv) en overwogen dat dit afhangt van de uitleg van art. 26 en 45 ECT in het licht van het recht van de Russische Federatie (rov. 3.1.2). Het standpunt van de Russische Federatie komt er, kort gezegd, op neer dat zij de ECT wel heeft ondertekend, maar nooit heeft bekrachtigd. Art. 45 lid 1 ECT staat weliswaar toe dat iedere partij die de ECT heeft ondertekend dit 'voorlopig' toepast, maar enkel 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' (hierna: de *Limitation Clause*). Volgens de Russische Federatie is de arbitragebepaling van art. 26 ECT in strijd met de Russische Grondwet en met meerdere wettelijke bepalingen die inhouden dat geschillen van publiekrechtelijke aard niet arbitrabel zijn.

2.14 HVY hebben zich primair op het standpunt gesteld dat het bij de uitleg van art. 26 ECT erom gaat of het *beginsel* van voorlopige verdragstoepassing in strijd is met Russisch recht. In hoger beroep hebben HVY, subsidiair, betoogd dat het erom gaat of *voorlopige toepassing* van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, en niet om de vraag of een specifieke bepaling van de ECT met dat recht in strijd is (rov. 3.3.2 en 4.2.2).

2.15 Het hof heeft in rov. 4.4.3-4.4.7 overwogen dat het zijn oordeel mag baseren op dit subsidiaire standpunt van HVY over de uitleg van art. 26 ECT, ondanks dat dit in de arbitrageprocedure niet naar voren is gebracht, en het Scheidsgerecht zijn bevoegdheid dus niet daarop heeft gebaseerd. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het

Scheidsgerecht op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen, terwijl de overheidsrechter van oordeel is dat het Scheidsgerecht op andere gronden wel bevoegd was. Dit is in strijd met het beginsel dat de overheidsrechter op dit punt het laatste woord heeft.

2.16 Vervolgens heeft het hof het subsidiaire standpunt van HVY beoordeeld (rov. 4.5.8-4.5.48). In rov. 4.5.48 is het hof tot de slotsom gekomen dat de *Limitation Clause* aldus moet worden uitgelegd, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht, in die zin dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Volgens het hof is niet gebleken dat voorlopige toepassing van art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht (rov. 4.6.1). Het hof heeft ten overvloede onderzocht of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan de *Limitation Clause* geeft, art. 26 ECT met bepalingen van Russisch recht in conflict komt (art. 4.6.2-4.7.65). Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord.

2.17 Volgens het hof zijn de grieven van HVY dus deels gegrond en kan de door de rechtbank gegeven motivering haar oordeel dat geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, niet dragen (rov. 4.9.1). Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep heeft het hof beoordeeld of de andere stellingen gegrond zijn die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat het Scheidsgerecht onbevoegd is. Het betreft de stellingen die betrekking hebben op (i) de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT[28] (de begrippen 'investering' en 'investeerder'), (ii) de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen), (iii) de door de Russische Federatie genomen belastingmaatregelen die een legitieme uitoefening van de bevoegdheid van de Russische Federatie zijn en die vallen onder het bereik van art. 21 lid 1 ECT.

(i) Uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (investering en investeerder)

2.18 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan het vereiste van art. 26 ECT dat sprake is van een 'investment' (investering) in de zin van art. 1 lid 6 ECT en dat HVY geen 'investors' (investeerders) zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT, omdat zij slechts schijnvennootschappen zijn die economisch eigendom zijn en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers. Ook is geen buitenlands, maar Russisch kapitaal geïnvesteerd (rov. 3.3.2 en 5.1.3).

2.19 Het hof is in rov. 5.1.7.3 tot het oordeel gekomen dat van een investering in de zin van art. 26 ECT sprake is wanneer een rechtspersoon die volgens het recht van de ene verdragsluitende staat is opgericht een investering doet in een andere verdragsluitende staat. Om de nationaliteit van een investeerder te bepalen is in de ECT gekozen voor 'het recht van het land volgens de wetten waarvan de investeerder is georganiseerd'. De opstellers van de ECT hebben geen nadere eisen willen stellen aan het internationale karakter van de investeringen. De ECT vereist dus niet dat de investeerder een daadwerkelijke band heeft met het land volgens de wetten waarvan zij is georganiseerd (rov. 5.7.1.2). Voorts volgt uit art. 17 ECT niet dat investeringen als door HVY gedaan buiten de bescherming van de ECT vallen, omdat zij zgn. 'U-bochtinvesteringen' zouden zijn (rov. 5.1.8.1 e.v.).

(ii) Uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen)

2.20 Het hof heeft het standpunt van de Russische Federatie beoordeeld dat de ECT geen bescherming biedt aan investeringen die in strijd met het recht van het gastland zijn gedaan (rov. 3.2.3 en 5.1.11.1). Volgens het hof is in art. 1 lid 6 ECT geen expliciete legaliteitseis opgenomen. Het is niet uitdrukkelijk vereist dat een investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen (rov. 5.1.11.5). Het hof heeft overwogen dat het beroep van de Russische Federatie op art. 1 leden 6 en 7 ECT faalt.

(iii) Belastingmaatregelen (art. 21 ECT)

2.21 Het hof heeft overwogen dat art. 21 ECT geen verwijzingen bevat naar de bevoegdheid van arbiters, maar enkel bepaalt dat de ECT geen rechten verleent of verplichtingen oplegt met betrekking tot belastingmaatregelen. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht wordt uitsluitend

bepaald door art. 26 ECT. Volgens het hof is aan de voorwaarden van art. 26 ECT voldaan, zodat het bepaalde in art. 21 lid 1 ECT niet tot de conclusie kan leiden dat het Scheidsgerecht onbevoegd zou zijn indien zich een situatie voordoet die door art. 21 lid 1 ECT wordt bestreken (rov. 5.2.5). Het hof heeft verder overwogen dat art. 21 lid 1 ECT uitsluitend ziet op *bona fide* belastingmaatregelen. Het Scheidsgerecht heeft geconcludeerd dat van een *bona fide* belastingheffing geen sprake was, omdat de door de Russische Federatie genomen maatregelen niet uitsluitend bedoeld waren om belasting te innen, maar veeleer om het faillissement van Yukos uit te lokken en Khodorkovsky uit de politieke arena te verwijderen (rov. 5.2.15 en 5.2.16).

2.22 Het hof heeft geconcludeerd dat alle gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt die gevolgtrekking niet kunnen dragen, zodat er geen aanleiding bestaat de *Yukos Awards* te vernietigen op de voet van art. 1065 lid 1, onder a, Rv (rov. 5.3.1).

2.23 Het hof heeft vervolgens in rov. 6.1 e.v. de stellingen besproken die de Russische Federatie heeft aangevoerd in verband met de vernietigingsgrond van schending van de opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv): (a) niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT, (b) vaststelling van de schadevergoeding door het Scheidsgerecht, (c) het Scheidsgerecht heeft beslist door te gissen en buiten de rechtsstrijd te treden, (d) de rol van de assistent in het Scheidsgerecht, en (e) het ontbreken van motivering.

(a) Schending van opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv) door niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT (rov. 6.3).

2.24 In rov. 6.1 e.v. heeft het hof de stelling besproken dat het Scheidsgerecht in strijd met art. 21 lid 5 ECT heeft nagelaten om het geschil aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen. Volgens het hof is dit verzuim niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, omdat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie daarvan enig nadeel heeft ondervonden (rov. 6.3.2). Volgens het hof moet worden aangenomen dat de Russische Federatie tijdens de uitvoerige behandeling van het geschil door het Scheidsgerecht alle relevante informatie naar voren heeft gebracht of heeft kunnen brengen die het Scheidsgerecht ook zou hebben kunnen verkrijgen door de Russische belastingautoriteiten om advies te vragen. Niet goed valt in te zien welke aanvullende informatie het Scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander oordeel over de 'toerekening van inkomsten van de lege handelsmaatschappijen (…) aan Yukos' had kunnen leiden (rov. 6.3.3).

2.25 De Russische Federatie heeft nog aangevoerd dat het geschil ook aan de belastingautoriteiten van Cyprus en van het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd. Volgens het hof gaat deze stelling niet op, omdat art. 21 lid 5 ECT slechts voorschrijft dat advies aan de 'relevant competent tax authority' moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag 'whether a tax constitutes an expropriation'. HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of van het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden (rov. 6.3.4). Voorts heeft het hof overwogen dat de handelwijze van het Scheidsgerecht niet in strijd is met het prognoseverbod, zoals betoogd door de Russische Federatie (rov. 6.3.5).

(b) Vaststelling schadevergoeding

2.26 Het hof heeft in rov. 6.4.1-6.4.27 uitvoerig aandacht besteed aan de stelling van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door een schadevergoeding toe te kennen op basis van een eigen nieuwe en uiterst gebrekkige berekeningsmethode, die afweek van het partijdebat en waarover partijen niet zijn gehoord, zodat sprake is van een verrassingsbeslissing. Het hof heeft geconcludeerd dat van een verrassingsbeslissing geen sprake is (rov. 6.4.23) en dat de wijze waarop het Scheidsgerecht de schadevergoeding heeft bepaald, geen schending van de opdracht van het Scheidsgerecht vormt.

(c) Beslissen door te gissen en te treden buiten de rechtsstrijd

2.27 Het hof heeft in rov. 6.5.1-6.5.15 de stelling van de Russische Federatie beoordeeld dat het Scheidsgerecht zich voor zijn beslissing heeft gebaseerd op eigen speculaties over wat de Russische Federatie in een fictief scenario mogelijk zou hebben gedaan in plaats van op wat zij daadwerkelijk heeft gedaan. Het hof is tot de slotsom gekomen dat de argumenten van de Russische Federatie geen hout snijden en dat het Scheidsgerecht in dit opzicht zijn opdracht niet

heeft geschonden noch heeft verzuimd een steekhoudende motivering voor zijn oordeel te geven. Ook is geen sprake van schending van de openbare orde (rov. 6.5.15).

(d) De rol van de assistent in het Scheidsgerecht

2.28 In rov. 6.6.1-6.6.15 heeft het hof het betoog van de Russische Federatie besproken dat de *Yukos Awards* moeten worden vernietigd wegens de onevenredig grote betrokkenheid van de assistent van het scheidsgerecht Martin Valasek bij het concipiëren daarvan (rov. 6.6.1). Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, onder d, Rv).

2.29 Het hof heeft dit betoog verworpen. Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Valasek grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van delen van de tekst (rov. 6.6.5), maar dit betekent niet dat hij zelfstandig beslissingen heeft genomen die tot de wezenlijke taak van de arbiters behoren (rov. 6.6.10). Uit het feit dat de *Final Awards* door de drie arbiters zijn ondertekend, volgt dat zij die hebben gewezen, zodat geen sprake is van een even aantal arbiters (rov. 6.6.13). Als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de Russische Federatie dat Valasek enkel als assistent en contactpersoon is geïntroduceerd, kan worden geconstateerd dat het Scheidsgerecht heeft verzuimd partijen op dit punt volledig in te lichten over de aard van de werkzaamheden van Valasek. Dit levert in de gegeven omstandigheden echter geen zodanige ernstige schending van de opdracht op dat dit moet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen (rov. 6.6.14.2).

(e) Het ontbreken van motivering

2.30 Het hof heeft in rov. 8.4.1-8.4.17 het betoog van de Russische Federatie besproken dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd (art. 1065 lid 1, onder d, Rv) waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren. Het Scheidsgerecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden, waarbij het gaat om het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. Volgens het hof gaat het om het ontbreken van bewijs in dat dossier en zijn de talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd dus niet relevant (rov. 8.4.13). Het hof heeft geconcludeerd dat de klacht over de motivering van het oordeel dat geen bewijs is geleverd dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen zijn, faalt (rov. 8.4.17).

2.31 Het hof is tot de slotsom gekomen dat de grieven van HVY in ieder geval deels slagen, en het Scheidsgerecht bevoegd was om van de vorderingen van HVY kennis te nemen en daarop te beslissen. De overige door de Russische Federatie aangedragen vernietigingsgronden kunnen niet tot vernietiging van de *Yukos Awards* leiden (rov. 10.1). Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen (rov. 10.3 en dictum).

2.32 De Russische Federatie heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 25 september 2018 en het eindarrest van 18 februari 2020, hierna verder aan te duiden als het tussenarrest onderscheidenlijk het eindarrest. HVY hebben verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen hebben schriftelijke toelichtingen ingediend en hun standpunten mondeling bepleit op 5 februari 2021, gevolgd door schriftelijke re- en dupliek.

2.33 De Russische Federatie heeft in het kader van haar cassatieberoep een verzoekschrift ingediend tot (onder meer) schorsing van de tenuitvoerlegging van de *Yukos Awards* en tot het bevelen van zekerheidstelling door HVY. Bij beschikking van 25 september 2020 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hij bevoegd is van dit verzoek kennis te nemen.[29] Bij beschikking van 4 december 2020 heeft de Hoge Raad het verzoek van de Russische Federatie afgewezen.[30]

3 Bespreking van het principaal cassatiemiddel

3.1 Het principaal cassatiemiddel bestaat uit acht onderdelen, die in diverse subonderdelen uiteenvallen.

Onderdeel 1: schending procedurele openbare orde/exclusiviteit art. 1068 Rv

3.2 Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.6-5.8 van het tussenarrest en rov. 9.7 van het eindarrest. Daarin heeft het hof, kort gezegd, overwogen dat de bezwaren van de Russische Federatie over het beweerdelijk bedrog door HVY in de arbitrageprocedure alleen door middel van een vordering tot herroeping op grond van art. 1068 Rv aan de orde kunnen worden gesteld. De klachten houden in dat het hof hiermee heeft miskend dat dergelijk bedrog ook zou moeten kunnen leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde).

3.3 Bij de bespreking van dit onderdeel stel ik het volgende voorop. Het lijdt geen twijfel dat wanneer een arbitraal vonnis tot stand is gekomen als gevolg van fraude of bedrog door een van de procespartijen, deze wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde. Er heeft in dat geval immers geen eerlijk proces plaatsgevonden.[31] Sanders schrijft dan ook terecht dat de gronden voor herroeping van art. 1068 lid 1 Rv 'evenzovele gevallen van strijd met de openbare orde' opleveren.[32]

3.4 Hoewel de wetgever heeft voorzien in een afzonderlijke herroepingsprocedure waarin bedrog aan de orde kan worden gesteld, betekent dit niet dat deze procedure exclusief zou moeten worden gevolgd. Uit de wetsgeschiedenis volgt geenszins dat de wetgever door het inrichten van die afzonderlijke procedure de mogelijkheden om bedrog aan de orde te stellen heeft willen beperken. De herroepingsvordering komt immers voort uit het algemene burgerlijk procesrecht[33], en kan ook daarin overlappen met de gewone rechtsmiddelen zoals hoger beroep. Herroeping van een rechterlijke uitspraak (art. 382 Rv) is een buitengewoon rechtsmiddel, waarmee een verwijtbare gedraging van de wederpartij, zoals bedrog, aan de orde kan worden gesteld.[34] In het geval dat nog een gewoon rechtsmiddel open staat, heeft het gewone rechtsmiddel voorrang. De herroepingsvordering kan namelijk pas worden ingesteld indien de desbetreffende uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, en wel binnen drie maanden nadat het bedrog is ontdekt (art. 383 lid 1 Rv). [35] Voor de gewone civiele procedure geldt dus dat bedrog niet exclusief door middel van een herroepingsvordering aan de orde behoeft te worden gesteld. De toegevoegde waarde van de herroepingsprocedure is dat daarin de benadeelde partij de mogelijkheid heeft om het bedrog na afloop van de gewone rechtsmiddeltermijn nog aan de rechter voor te leggen. Herroeping vormt op die manier een aanvulling op de bestaande gewone rechtsmiddelen.

3.5 Er zijn geen aanwijzingen dat de wetgever de herroepingsprocedure in het arbitragerecht (art. 1068 Rv) als de exclusieve remedie voor bedrog in de procedure heeft willen zien.[36] Dit kan niet worden afgeleid uit het feit dat de wetgever daarvoor een aparte procedure heeft ingericht, omdat ook in het gewone civiele procesrecht de herroepingsvordering naast andere rechtsmiddelen bestaat. Het feit dat de herroepingsprocedure slechts één instantie kent, wijst er evenmin op dat die procedure exclusief zou moeten worden gevolgd. De wetsgeschiedenis geeft daarvoor geen aanknopingspunten. Met recht kan worden betoogd dat de partij die ervoor kiest het bedrog in de vernietigingsprocedure aan de rechter voor te leggen, hiermee een extra instantie 'verkrijgt'.[37] Daar staat tegenover dat deze partij het bedrog meteen in de vernietigingsdagvaarding als grond naar voren moet brengen (art. 1064 lid 5 Rv), binnen de daarvoor geldende termijn van drie maanden na nederlegging van het arbitrale vonnis ter griffie (art. 1064 lid 3 Rv). Deze partij zal dus niet kunnen profiteren van de 'extra' termijn van drie maanden na ontdekking van het bedrog zoals is bepaald in art 1068 lid 2 Rv.[38] Dit betekent dat het door het hof gesignaleerde risico dat bedrog langer dan drie maanden nadat het is ontdekt alsnog bij eiswijziging in de vernietigingsprocedure wordt voorgelegd, niet reëel is. De regel van art. 1064 lid 5 Rv verzet zich immers daartegen.[39]

3.6 Hiermee kom ik toe aan de bespreking van de klachten. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte althans zonder toereikende motivering beslist dat feitelijke stellingen die een beroep op herroeping in de zin van art. 1068 Rv zouden hebben kunnen rechtvaardigen, niet de stelling

kunnen rechtvaardigen dat een arbitraal vonnis dat is verkregen met behulp van een bedrieglijke verklaring, omgekochte getuigen en het achterhouden van wezenlijke stukken, moet worden vernietigd wegens schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). Het hof heeft ten onrechte de Russische Federatie de haar toekomende mogelijkheid van een vrije keuze ontnomen tussen een vordering op de voet van art. 1065 lid 1, onder e, Rv en een vordering op de voet van art. 1068 Rv, aldus het onderdeel.

3.7 Het hof heeft in rov. 5.7 overwogen dat bedrog uitsluitend in een herroepingsprocedure van art. 1068 Rv aan de orde kan worden gesteld, omdat anders onder meer de daarin gegeven termijn zou kunnen worden omzeild. Uit het voorgaande volgt dat dit uitgangspunt in zijn algemeenheid onjuist is. Dit brengt echter niet mee dat het uiteindelijke oordeel van het hof ook onjuist is. Volgens de Russische Federatie is het beweerdelijke bedrog namelijk ná het vonnis van de rechtbank (van 20 april 2016) ontdekt. [40] Vast staat dat daarop eerst bij memorie van antwoord in appel een beroep is gedaan.[41] De regel van art. 1064 lid 5 Rv dat alle gronden tot vernietiging op straffe van verval van het recht daartoe in de dagvaarding moeten worden voorgedragen, brengt mee dat het beweerdelijke bedrog niet langer in de reeds lopende vernietigingsprocedure kon worden voorgelegd. Dat had immers, op straffe van verval van het recht daartoe, in de inleidende dagvaarding moeten gebeuren. Om die reden kon het hier gestelde bedrog inderdaad, zoals het hof heeft overwogen, nog slechts in een herroepingsprocedure aan de orde worden gesteld, en niet bij memorie van antwoord in de vernietigingsprocedure worden voorgelegd.

3.8 Het voorgaande leidt ertoe dat onderdeel 1 faalt.

Onderdeel 2: uitleg van art. 45 lid 1 ECT

3.9 Onderdeel 2 is gericht tegen de uitleg van het hof van art. 45 lid 1 ECT. Deze uitleg is vervat in rov. 4.5.1 t/m 4.5.48 van het eindarrest. Het onderdeel valt uiteen in acht subonderdelen.

3.10 Onderdeel 2 betoogt in de kern dat in dit geval geen sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, zoals art. 1065 lid 1, onder a, Rv vereist. Volgens het onderdeel bepaalt art. 26 ECT weliswaar dat geschillen over rechten die voortvloeien uit de ECT aan arbitrage kunnen worden onderworpen, maar de Russische Federatie is aan deze bepaling niet gebonden. De Russische Federatie heeft de ECT wel ondertekend, maar nooit geratificeerd. Art. 45 lid 1 ECT voorziet in voorlopige toepassing van de ECT door staten die het verdrag hebben ondertekend, maar slechts voor zover die voorlopige toepassing niet strijdig is met hun interne rechtsorde. Volgens de Russische Federatie heeft het hof op dit punt een verkeerde maatstaf toegepast door te oordelen dat het niet erom gaat of art. 26 ECT als zodanig in strijd is met het Russische recht, maar of voorlopige toepassing van art. 26 ECT daarmee in strijd is.

Inleidende opmerkingen

3.11 Voordat ik de klachten van onderdeel 2 bespreek, maak ik enige opmerkingen over de voorlopige toepassing van verdragen in het algemeen en over de voorlopige toepassing van de ECT in het bijzonder. Voorlopige toepassing van een verdrag houdt in dat het verdrag wordt toegepast voordat het door ratificatie in werking treedt. Art. 25 lid 1 WVV staat toe dat een verdrag voorlopig wordt toegepast, indien het verdrag zulks bepaalt, of indien de staten die hebben deelgenomen aan de onderhandelingen op een andere wijze aldus zijn overeengekomen. Volgens art. 25 lid 2 WVV houdt, tenzij het verdrag anders bepaalt of de staten die aan de onderhandelingen hebben deelgenomen anders zijn overeengekomen, de voorlopige toepassing van een verdrag of een deel van een verdrag voor een staat op, als deze staat de andere staten waartussen het verdrag voorlopig wordt toegepast, in kennis stelt van zijn voornemen geen partij te worden bij het verdrag. Met voorlopige toepassing kan worden bereikt dat de wenselijke effecten van het verdrag intreden zonder dat eerst (vaak langdurige) nationale ratificatieprocedures zijn doorlopen.[42] Voorlopige toepassing wordt ook wel bekritiseerd, omdat deze kan conflicteren met de nationale ratificatieprocedures en daarmee met de scheiding der machten.[43]

3.12 Zoals gezegd, voorziet art. 45 ECT in de voorlopige toepassing van de ECT.[44] Deze bepaling luidt in de authentieke Engelse tekst (Trb. 1995, 108) en in de Nederlandse vertaling (Trb. 1995, 250) als volgt:

Article 45 Provisional application

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

2. a) Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depositary a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depositary.

b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph a nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph 1.

c) Notwithstanding subparagraph a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph a shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.

3. a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depositary of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory's written notification is received by the Depositary.

b) In the event that a signatory terminates provisional application under subparagraph a, the obligation of the signatory under paragraph 1 to apply Parts III and V with respect to any Investments made in its Area during such provisional application by Investors of other signatories shall nevertheless remain in effect with respect to those Investments for twenty years following the effective date of termination, except as otherwise provided in subparagraph c).

c) Subparagraph b) shall not apply to any signatory listed in Annex PA. A signatory shall be removed from the list in Annex PA effective upon delivery to the Depositary of its request therefor.

4. Pending the entry into force of this Treaty the signatories shall meet periodically in the provisional Charter Conference, the first meeting of which shall be convened by the provisional Secretariat referred to in paragraph 5 not later than 180 days after the opening date for signature of the Treaty as specified in Article 38.

5. The functions of the Secretariat shall be carried out on an interim basis by a provisional Secretariat until the entry into force of this Treaty pursuant to Article 44 and the establishment of a Secretariat.

6. The signatories shall, in accordance with and subject to the provisions of paragraph 1 or subparagraph 2c) as appropriate, contribute to the costs of the provisional Secretariat as if the signatories were Contracting Parties under Article 37(3). Any modifications made to Annex B by the signatories shall terminate upon the entry into force of this Treaty.

7. A state or Regional Economic Integration Organization which, prior to this Treaty's entry into force, accedes to the Treaty in accordance with Article 41 shall, pending the Treaty's entry into force, have the rights and assume the obligations of a signatory under this Article.

Artikel 45 Voorlopige toepassing

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

2. a. Ongeacht het eerste lid kan een Ondertekenende Partij op het tijdstip van ondertekening bij

de Depositaris een verklaring indienen dat zij niet kan instemmen met voorlopige toepassing. De in het eerste lid vermelde verplichting geldt niet voor een Ondertekenende Partij die een dergelijke verklaring aflegt. Die Ondertekenende Partij kan te allen tijde haar verklaring intrekken door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de Depositaris.

b. Een Ondertekenende Partij die een verklaring aflegt als bedoeld in het tweede lid, letter a, en investeerders van die Ondertekenende Partij kunnen geen aanspraak maken op de voordelen van voorlopige toepassing krachtens het eerste lid.

c. Ongeacht het tweede lid, letter a, moet een Ondertekenende Partij die een verklaring aflegt als bedoeld in het tweede lid, letter a, Deel VII voorlopig toepassen in afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag voor de Ondertekenende Partij overeenkomstig artikel 44, voor zover die voorlopige toepassing niet strijdig is met haar wetten of voorschriften.

3. a. Een Ondertekenende Partij kan de voorlopige toepassing van dit Verdrag beëindigen door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de Depositaris van haar voornemen geen partij bij het Verdrag te worden. De beëindiging van de voorlopige toepassing wordt voor een Ondertekenende Partij van kracht na het verstrijken van zestig dagen na de datum waarop de schriftelijke kennisgeving van die Ondertekenende Partij door de Depositaris is ontvangen.

b. Ingeval een Ondertekenende Partij de voorlopige toepassing van dit Verdrag beëindigt overeenkomstig het derde lid, letter a, blijft de krachtens het eerste lid op die Ondertekenende Partij rustende verplichting om Deel III en Deel V toe te passen ten aanzien van investeringen die tijdens die voorlopige toepassing op haar grondgebied zijn gedaan door investeerders van andere Ondertekenende Partijen, evenwel van toepassing voor die investeringen gedurende twintig jaar na de datum van beëindiging, tenzij anders bepaald in het derde lid, letter c.

c. Het bepaalde in het derde lid, letter b, geldt niet voor de in bijlage PA vermelde Ondertekenende Partijen. Een Ondertekenende Partij wordt van de lijst in bijlage PA geschrapt zodra zij bij de Depositaris een verzoek daartoe indient.

4. In afwachting van de inwerkingtreding van dit Verdrag komen de Ondertekenende Partijen op geregelde tijdstippen bijeen in het kader van de voorlopige Conferentie van het Handvest, waarvan de eerste vergadering uiterlijk 180 dagen na de in artikel 38 vermelde datum van openstelling voor ondertekening van dit Verdrag door het in het vijfde lid bedoelde voorlopige Secretariaat wordt bijeengeroepen.

5. Tot de inwerkingtreding van dit Verdrag overeenkomstig artikel 44 en de oprichting van een Secretariaat worden de taken van het Secretariaat op tijdelijke basis verricht door een voorlopig Secretariaat.

6. In overeenstemming met dan wel onder voorbehoud van de bepalingen van het eerste lid of het tweede lid, letter c, al naar gelang het geval, dragen de Ondertekenende Partijen bij in de kosten van het voorlopige Secretariaat alsof zij Verdragsluitende Partijen in de zin van artikel 37, derde lid, waren. Eventuele door de Ondertekenende Partijen in bijlage B aangebrachte wijzigingen vervallen bij de inwerkingtreding van dit Verdrag.

7. Een Staat of regionale organisatie voor economische integratie die, vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag, overeenkomstig artikel 41 tot het Verdrag toetreedt, heeft in afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag de rechten en verplichtingen van een Ondertekenende Partij krachtens dit artikel.

3.13 Uit de ECT volgt niet welk doel met voorlopige toepassing wordt nagestreefd. In de literatuur wordt genoemd dat in voorlopige toepassing is voorzien om het institutionele kader van de ECT reeds te kunnen inrichten, en momentum te creëren voor de samenwerking op energiegebied waarvoor de ECT is bedoeld.[45]

3.14 In de zaak die in cassatie aan de orde is, rijst de vraag hoe de zinsnede 'to the extent that such

provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' uit art. 45 lid 1 ECT moet worden uitgelegd. In deze procedure zijn drie verschillende interpretaties van art. 45 lid 1 ECT overwogen.[46]

3.15 De *eerste* opvatting komt erop neer dat art. 45 lid 1 ECT inhoudt dat voor voorlopige toepassing van de ECT geen plaats is als *het beginsel van voorlopige toepassing van een verdrag* als zodanig in strijd is met het recht van de Ondertekenende Partij (in dit geval met Russisch recht). Deze opvatting is in eerste aanleg primair door HVY verdedigd (zie rov. 4.5.4 eindarrest). Deze uitleg wordt, ook door het hof, aangeduid als de 'alles of niets'-benadering (rov. 4.5.10 eindarrest). Deze opvatting is vooral gebaseerd op het gebruik van het woord 'such', dat terugverwijst naar de eerste helft van de zin: 'Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally'.[47] Daarnaast spreekt art. 45 lid 1 ECT van voorlopige toepassing van 'this Treaty' en niet slechts van een deel daarvan.[48]Deze opvatting is gevolgd door het Scheidsgerecht.[49]

3.16 In de *tweede* opvatting, die door de Russische Federatie wordt verdedigd, wordt art. 45 lid 1 ECT aldus uitgelegd dat het erom gaat of een *afzonderlijke bepaling* van de ECT in strijd is met het recht van de Ondertekenende Partij. In deze visie is art. 26 ECT in strijd met Russisch recht (rov. 4.5.3 eindarrest). Voor de tweede opvatting pleit vooral dat in de 'alles of niets'-uitleg de woorden 'to the extent' uit art. 45 lid 1 ECT in feite betekenisloos worden gemaakt.[50] Die woorden duiden erop dat variatie mogelijk is in de mate waarin staten de ECT voorlopig toepassen.[51]De tweede opvatting brengt daarentegen mee dat steeds moet worden onderzocht of enige bepaling uit het recht van een Ondertekenende Partij in strijd is met de ECT[52], terwijl er geen aanwijzingen zijn dat de verdragsopstellers dit hebben bedoeld.[53] Mede op basis van dit argument heeft het Scheidsgerecht zich in de *Interim Awards* aangesloten bij de eerste opvatting. Daarnaast heeft het Scheidsgerecht gewezen op het beginsel van internationaal recht (neergelegd in art. 27 WVV) dat staten zich niet op hun nationale recht mogen beroepen om te rechtvaardigen dat zij een verdrag niet ten uitvoer leggen.[54]De rechtbank heeft in het vernietigingsgeding deze tweede opvatting gevolgd (zie rov. 5.23 van het vonnis van 20 april 2016).

3.17 De *derde* opvatting houdt in dat art. 45 lid 1 ECT aldus moet worden uitgelegd dat de ECT door de Ondertekenende Partij voorlopig moet worden toegepast, tenzij voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met nationaal recht.[55] In deze opvatting gaat het dus niet om de vraag of een bepaling van de ECT in strijd is met nationaal recht, maar om de vraag of de voorlopige toepassing van een concrete bepaling in strijd is met het nationale recht van de Ondertekenende Partij. HVY hebben zich (subsidiair) in het hoger beroep van het vernietigingsgeding op dit standpunt gesteld (rov. 4.5.4 eindarrest). Deze opvatting is door het hof gevolgd (rov. 4.5.14, 4.5.33 en 4.5.48 eindarrest). Volgens het hof doet deze uitleg zowel recht aan de woorden 'to the extent' als 'such provisional application', en dus aan de bezwaren die tegen de andere twee interpretaties zijn ingebracht.

3.18 Na deze uiteenzetting keer ik terug naar de verschillende klachten van het onderdeel.

3.19 Onderdeel 2.1 bevat slechts een inleiding en geen klacht.

Onderdeel 2.2: art. 26 ECT

3.20 Onderdeel 2.2 is gericht tegen rov. 4.3 (in het bijzonder rov. 4.3.4) van het eindarrest. Daarin heeft het hof geoordeeld dat de Russische Federatie ondubbelzinnig met arbitrage heeft ingestemd. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist is. Art. 26 ECT bepaalt dat 'each Contracting Party', oftewel iedere verdragsluitende staat, ondubbelzinnig met arbitrage instemt. De Russische Federatie is echter nimmer een verdragsluitende partij geworden, omdat zij de ECT slechts heeft ondertekend en niet geratificeerd. Nu niet duidelijk is of art. 26 ECT ook betrekking heeft op staten die het verdrag slechts hebben ondertekend ('Ondertekenende Partijen'), kan van duidelijke en ondubbelzinnige instemming geen sprake zijn, aldus het onderdeel.

3.21 Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof niet miskend dat een arbitrageclausule ondubbelzinnig moet zijn overeengekomen. Het hof heeft in rov. 4.3.4 immers kenbaar aan die maatstaf getoetst. Verder heeft het hof, anders dan het onderdeel betoogt, niet miskend dat art. 26 ECT uitsluitend verplichtingen creëert voor verdragsluitende staten en niet ook voor

Ondertekenende Partijen. Ook heeft het hof deze begrippen niet met elkaar verward. Dat art. 26 ECT ook verplichtingen creëert voor Ondertekenende Partijen leidt het hof immers af uit art. 45 lid 1 ECT, dat bepaalt dat Ondertekenende Partijen gehouden zijn de bepalingen van de ECT voorlopig toe te passen. Of die uitleg van art. 45 lid 1 ECT juist is, wordt nader aan de orde gesteld door de onderdelen 2.4 e.v. De overweging van het hof, dat 'verschil van inzicht mogelijk is over de strekking van de Limitation Clause en de toepassing daarvan in het licht van het recht van de Russische Federatie', moet niet zo worden opgevat dat het volgens het hof dus onduidelijk is in hoeverre een Ondertekenende Partij is gebonden aan art. 26 ECT. Het hof komt immers, op grond van een analyse van art. 45 lid 1 ECT, tot het oordeel dat Ondertekenende Partijen gehouden zijn art. 26 ECT voorlopig toe te passen (rov. 4.5.48).

3.22 Uit het bovenstaande volgt dat onderdeel 2.2 vergeefs is voorgesteld.

Onderdeel 2.3: bevoegdheid van het Scheidsgerecht

3.23 Onderdeel 2.3 is gericht tegen rov. 4.4.3-4.4.6 van het eindarrest. De kern van die overwegingen is dat geen aanleiding bestaat voor de vernietiging van een arbitraal vonnis, indien het scheidsgerecht weliswaar op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen, maar de overheidsrechter op andere gronden tot het oordeel komt dat dat bevoegdheidsoordeel juist was. Volgens het hof is het onaanvaardbaar dat de overheidsrechter alsnog tot beoordeling van het geschil zou moeten overgaan, terwijl er een geldige arbitrageovereenkomst is, enkel omdat het scheidsgerecht, dat in dit opzicht juist niet het laatste woord heeft, een onjuiste motivering heeft gebruikt voor zijn bevoegdheidsoordeel (rov. 4.4.3, slot). Het onderdeel klaagt dat het wettelijk systeem van de vernietigingsprocedure dit niet toestaat. Het stond HVY niet vrij om in de vernietigingsprocedure nieuwe bevoegdheidsgronden aan te dragen, althans niet pas in hoger beroep, aldus het onderdeel.

3.24 Uitgangspunt is dat de overheidsrechter op het punt van de bevoegdheid van het scheidsgerecht, anders dan bij andere vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv[56], geen terughoudendheid moet betrachten. De reden daarvoor is dat partijen door arbitrage overeen te komen afstand doen van het fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter (art. 6 EVRM).[57] Daarom is de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, uiteindelijk aan de overheidsrechter opgedragen. Niet het scheidsgerecht, maar de rechter heeft in dit verband het laatste woord.[58] Het gaat immers om de vraag óf het scheidsgerecht bevoegd is en niet om de vraag op welke grondslag het scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd.[59]

3.25 Het is dus uiteindelijk de overheidsrechter die definitief beslist of het scheidsgerecht bevoegd was of niet.[60] De overheidsrechter kan tot het oordeel komen dat het scheidsgerecht weliswaar bevoegd was, maar op andere gronden dan het scheidsgerecht zelf aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd. Het onderdeel verdedigt in feite de opvatting dat de rechter slechts zou mogen toetsen of het scheidsgerecht zich op de juiste gronden bevoegd heeft verklaard en het arbitrale vonnis zou moeten vernietigen als dat niet zo is[61], terwijl duidelijk is dat het scheidsgerecht op andere gronden bevoegd was. Die rechtsopvatting is onjuist en in strijd met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, waaruit volgt dat de overheidsrechter de bevoegdheid van het scheidsgerecht mag onderzoeken. Daarmee wordt ook recht gedaan aan de bedoeling van partijen om hun geschil aan arbitrage te onderwerpen en wordt voorkomen dat partijen alsnog bij de overheidsrechter moeten gaan procederen terwijl zij dat niet hebben gewild.[62]

3.26 De rechter mag de gronden voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht dus aanvullen[63], maar heeft daarbij uiteraard de regels over de aanvulling van rechtsgronden in acht te nemen. In dat verband heeft de Russische Federatie aangevoerd dat het hof geen acht mocht slaan op de door HVY voorgestelde grondslag voor bevoegdheid van het Scheidsgerecht, omdat HVY deze grondslag voor het eerst in hoger beroep hebben aangedragen.[64] Daarmee miskent de Russische Federatie dat het hof gehouden was om, binnen de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied, zo nodig ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv).[65] Niet bestreden is dat de grieven van HVY zich richten tegen de wijze waarop de rechtbank art. 45 lid 1 ECT heeft uitgelegd. Het

stond het hof daarom vrij om te onderzoeken hoe deze bepaling moet worden uitgelegd en daarbij nieuwe juridische argumenten in acht te nemen.[66] Ik wijs erop dat het hof de door HVY naar voren gebrachte uitleg in rov. 4.4.6 van het eindarrest als zuiver juridisch argument heeft gekwalificeerd.[67] Die kwalificatie is in cassatie niet bestreden. Anders dan het onderdeel aanvoert, mocht het hof dus acht slaan op deze door HVY voor het eerst in hoger beroep aangevoerde rechtsgrond.

3.27 Voorts is niet in te zien dat de leden 4 en 5 van art. 1052 Rv aan deze aanvulling van bevoegdheidsgronden in de weg staan.[68] Art. 1052 lid 4 Rv bepaalt dat het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen van art. 1064 lid 1 Rv kan worden bestreden. Art. 1052 lid 5 Rv betreft het geval dat het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard, waarna de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Uit art. 1052 lid 5 Rv vloeit voort dat het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbevoegd is, een definitief oordeel is dat niet bij de overheidsrechter kan worden aangevochten.[69] De Hoge Raad heeft overwogen dat het samenstel van art. 1052 en 1065 Rv ertoe strekt

'te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is'.[70]

Of in de vernietigingsprocedure nieuwe feitelijke of juridische stellingen mogen worden aangevoerd, zal in ieder concreet geval moeten worden beoordeeld, mede gelet op de eisen van een goede procesorde.[71]

3.28 Terzijde wijs ik erop dat in de toelichting bij art. 1065a (nieuw) Rv, voor zover relevant, niet is te lezen dat de rechter een onjuist bevoegdheidsoordeel niet kan corrigeren (in die zin dat het de zaak op die grond naar het scheidsgerecht kan terugwijzen). Het gaat erom dat de rechter de zaak niet zal terugwijzen (*remission*) als hij tot het oordeel komt dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt.[72] In dat geval heeft terugwijzing immers geen zin.

3.29 Het onderdeel (nr. 28) betoogt nog dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof in rov. 4.4.6 van het eindarrest, dat HVY haar nieuwe standpunt tijdens de arbitrageprocedure, althans in eerste aanleg naar voren hadden moeten brengen. Uit het voorafgaande volgt dat deze klacht faalt.

3.30 De slotsom luidt dat onderdeel 2.3 in zijn geheel faalt.

Onderdeel 2.4: Limitation Clause

3.31 Onderdeel 2.4 klaagt dat de uitleg die het hof heeft gegeven aan de *Limitation Clause* van art. 45 lid 1 ECT, rechtens onjuist is. Het onderdeel (onder 2.4.1) vat deze door het hof gehanteerde uitleg samen en formuleert (onder 2.4.2) een aantal klachten.

3.32 In rov. 4.2.1 e.v. van het eindarrest heeft het hof een – in cassatie niet bestreden – vooropstelling gegeven over de wijze van uitleg van verdragen. Ik vat deze kort samen. Art. 31 en 32 WVV geven richtsnoeren voor de uitleg van verdragsbepalingen. Uitleg van een verdrag is steeds gericht op het achterhalen van de intentie van de verdragspartijen. Daarbij is de tekst van de desbetreffende verdragsbepaling leidend (rov. 4.2.2).[73] De tekst moet worden beschouwd in zijn context, alsmede in het licht van voorwerp en doel ('object and purpose') van het verdrag. Deze uitleg moet krachtens art. 31 lid 1 WVV te goeder trouw plaatsvinden (rov. 4.2.3). Volgens art. 31 lid 3, onder b, WVV moet, naast de context, ook rekening worden gehouden met ieder later gebruik ('subsequent practice') in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming over de uitleg van het verdrag is ontstaan (rov. 4.2.4). Tot slot kan volgens art. 32 WVV worden gekeken naar de voorbereidende werkzaamheden van het verdrag ('*travaux préparatoires*'). Dit is echter een aanvullend hulpmiddel, waaraan slechts wordt toegekomen om de uitleg volgens art.

31 WVV te bevestigen of als de uitleg leidt tot een onduidelijke of onredelijke uitkomst (rov. 4.2.5).

3.33 Het onderdeel (nr. 34) klaagt dat de uitleg van het hof in strijd is met de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT. Volgens het hof moet worden bezien of het recht van een Ondertekenende Partij voorlopige toepassing van (een bepaalde categorie van) bepaalde verdragsbepalingen uitsluit. Volgens de klacht is er niets in de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT dat hierop duidt.

3.34 Uit rov. 4.5.10 blijkt dat het hof deze uitleg heeft gebaseerd op de gewone betekenis van de woorden 'voor zover' ('to the extent') in de tekst van art. 45 lid 1 ECT. Zoals het hof heeft overwogen, hebben HVY in eerste aanleg verdedigd dat op grond van art. 45 lid 1 ECT moet worden getoetst of het beginsel van voorlopige toepassing van een verdrag als zodanig in strijd is met het recht van de Ondertekenende Partij. In rov. 4.5.10 e.v. heeft het hof overwogen dat die uitleg geen recht doet aan de gewone betekenis van de woorden 'voor zover' uit die bepaling. Die woorden geven namelijk aan, aldus het hof, dat gradaties mogelijk zijn in de mate waarin de voorlopige toepassing van de ECT buiten toepassing moet worden gelaten wegens onverenigbaarheid met het nationale recht. Anders dan de klacht betoogt, ondersteunt de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 45 lid 1 ECT de uitleg van het hof. De klacht maakt niet duidelijk waarom de door het hof vastgestelde gewone betekenis van deze bewoordingen onjuist zou zijn, zodat de klacht faalt.

3.35 Ook klaagt het onderdeel (nr. 35) dat de uitleg in strijd is met de context waarin de bewoordingen 'voor zover' worden gebruikt. Het onderdeel wijst erop dat art. 45 lid 2, onder c, ECT dezelfde bewoordingen gebruikt, die in dat verband echter verwijzen naar specifieke delen van de ECT, hetgeen het hof in rov. 4.5.19 ook zou onderschrijven. De uitleg van art. 45 lid 1 ECT zou daarmee niet consistent zijn, aldus de klacht.

3.36 Anders dan de klacht aanvoert, is geen sprake van inconsistentie. Het hof heeft in rov. 4.5.19 het oordeel van de rechtbank onderschreven dat de bewoordingen 'voor zover' van art. 45 lid 1 en art. 45 lid 2, onder c, ECT pleiten tegen de 'alles of niets'-benadering die HVY primair hebben verdedigd. Het hof heeft de beide bepalingen dus consistent uitgelegd. Voor zover de klacht bedoelt aan te voeren dat de woorden 'voor zover' in art. 45 lid 2, onder c, ECT zo zouden moeten worden uitgelegd dat zij verwijzen naar specifieke delen van de ECT, en dat het hof dit zou hebben onderschreven, berust de klacht op een onjuiste lezing van de bestreden overweging.

3.37 Het onderdeel (nr. 36-37) klaagt verder dat het hof de ratio om de reikwijdte van voorlopige toepassing te beperken, heeft miskend. Volgens het onderdeel is de ratio van de voorlopige toepassing gelegen in het bieden van 'een voorziening voor regeringsfunctionarissen die internationale samenwerking vorm willen geven en tegelijkertijd de interne bekrachtigingsprocedures willen respecteren'. Hiermee past art. 45 ECT binnen het doel van de ECT om internationale samenwerking op grond van de ECT zo snel mogelijk vorm te geven en anderzijds (te zijner tijd) een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag voor die samenwerking te vestigen, waarbij het onderdeel verwijst naar een passage uit de Preambule van de ECT.

3.38 Deze klacht ziet op de wijze waarop het hof art. 45 lid 1 ECT heeft uitgelegd in het licht van voorwerp en doel van de ECT. In rov. 4.5.22 e.v. heeft het hof daarover het volgende overwogen. Het doel van de ECT is om investeringen aan te trekken door een stabiel en veilig investeringsklimaat en door het bevorderen van transparantie, rechtszekerheid en investeringsbescherming. De voorlopige toepassing van de ECT heeft als doel ervoor te zorgen dat de verplichting om de gewenste investeringscondities in het leven te roepen terstond na ondertekening zou ontstaan (rov. 4.5.26). Volgens het hof verdraagt de uitleg die de Russische Federatie heeft verdedigd zich minder goed met dit doel, omdat een investeerder steeds ermee rekening zou moeten houden dat aan de bepalingen van de ECT afbreuk wordt gedaan door nationale wet- en regelgeving (rov. 4.5.26). De primair en subsidiair voorgestelde uitleg van HVY van art. 45 lid 1 ECT kennen dat nadeel van onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid niet, aldus het hof (rov. 4.5.27).

3.39 De klacht bestrijdt deze weergave van voorwerp en doel van de ECT op zichzelf niet, maar betoogt in feite dat ook het doel van voorlopige toepassing van de ECT had moeten worden

meegewogen, namelijk om regeringsfunctionarissen in staat te stellen de ECT te ondertekenen en tevens de nationale ratificatieprocedures te respecteren. De door de klacht aangehaalde passage uit de Preambule (4e alinea) van de ECT luidt (in de Nederlandse vertaling) als volgt:

'Eraan herinnerend dat alle ondertekenaars van het Slotdocument van de Conferentie van 's-Gravenhage zich ertoe verbonden hebben zich in te zetten voor de doelstellingen en beginselen van het Europees Energiehandvest en hun samenwerking zo snel mogelijk vorm te geven en uit te breiden door te goeder trouw te onderhandelen over een Verdrag inzake een Energiehandvest, met protocollen, en geleid door de wens de in dat Handvest neergelegde verplichtingen op een deugdelijke en bindende internationale rechtsgrondslag te vestigen'.

3.40 Op zichzelf is het juist dat de Preambule van een verdrag relevant is voor het vaststellen van voorwerp en doel van dat verdrag. [74] Om vast te stellen welk doel in de Preambule tot uitdrukking wordt gebracht, moet de Preambule worden uitgelegd volgens de regels van art. 31 e.v. WVV. Kennelijk gaat de klacht er vanuit dat met de aangehaalde passage van de Preambule wordt uitgedrukt dat het een doel van de ECT zou zijn om regeringen de tijd te geven (door ratificatie) een bindende rechtsgrondslag in hun eigen rechtsorde te creëren. Deze opvatting kan niet worden aanvaard. De slotzinsnede van de vierde alinea van de Preambule heeft betrekking op de wens de in de ECT neergelegde verplichtingen 'op een deugdelijke en bindende *internationale* rechtsgrondslag te vestigen' (mijn curs., A-G). Die woorden doelen op de ECT zelf en niet op de ratificatie daarvan door de ondertekenende staten. Dat wordt bevestigd door de context waarin deze woorden staan: de ECT vormt immers de bindende rechtsgrondslag voor verplichtingen die reeds in het niet-bindende Europees Energiehandvest waren opgenomen.[75] Noch uit de Preambule noch uit de bepalingen van de ECT volgt dat een onderdeel van voorwerp en doel van de ECT zou zijn dat regeringsfunctionarissen de tijd wordt gegeven een bindende interne rechtsgrondslag te creëren. Zelfs wanneer de Preambule wel op de wijze moet worden uitgelegd zoals door de klacht wordt verdedigd, geldt nog dat het hof daarmee in rov. 4.5.34 e.v. rekening heeft gehouden. In die rechtsoverwegingen heeft het hof immers ten overvloede, op grond van de *travaux préparatoires*, overwogen dat art. 45 lid 1 ECT als doel heeft te voorkomen dat ondertekenende staten door voorlopige toepassing worden gebonden aan verplichtingen waarvoor volgens hun nationale recht ratificatie noodzakelijk is. Op basis daarvan is het hof tot het oordeel gekomen dat art. 45 lid 1 ECT voorlopige toepassing slechts uitsluit, indien die toepassing voor bepaalde (categorieën van) bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het nationale recht. Aldus heeft het hof ermee rekening gehouden dat de ECT, althans art. 45 lid 1, tot doel heeft Ondertekenende Partijen de ruimte te bieden de ECT voorlopig toe te passen, met uitzondering van die bepalingen die de Ondertekenende Partijen volgens hun nationale recht pas na ratificatie kunnen verbinden. Op het voorgaande stuit de klacht af.

3.41 Het onderdeel (nr. 37) klaagt dat het hof ten onrechte 'transparantie' als één van de doelen van de ECT heeft genoemd. Volgens de klacht zegt art. 45 lid 1 ECT niets over transparantie en zijn stellingen van HVY met die strekking reeds verworpen.[76]

3.42 De klacht miskent dat rov. 4.5.22-4.5.27 geen betrekking hebben op het doel van art. 45 lid 1 ECT, maar op het doel van de ECT als geheel. In rov. 4.5.23 heeft het hof met verwijzingen naar de verdragstekst onderbouwd dat transparantie van de ECT één van de doelen is. Nu art. 45 lid 1 ECT in het licht van het doel van de ECT moet worden uitgelegd[77], valt niet in te zien waarom het onjuist zou zijn dat het hof het doel van transparantie heeft betrokken bij de uitleg van die bepaling.

3.43 Het onderdeel (nr. 38-42) klaagt over het oordeel van het hof dat onvoldoende is gebleken van een (gevestigde) statenpraktijk waaruit een andere uitleg dan de zijne zou volgen (rov. 4.5.28-4.5.33). De klacht wijst op verschillende verklaringen, die door het hof zijn miskend, waaruit een dergelijke statenpraktijk zou volgen.

3.44 Art. 31 lid 3, onder b, WVV bepaalt dat behalve met de context ook rekening dient te worden gehouden met 'ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan' ('any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its

interpretation'). Daarvoor is noodzakelijk dat alle verdragsluitende partijen die praktijk in de toepassing van het desbetreffende verdrag, uitdrukkelijk dan wel impliciet, hebben geaccepteerd.[78] Verder is de statenpraktijk van belang, wanneer deze zich heeft ontwikkeld na het sluiten van het verdrag ('subsequent practice').

3.45 De klacht wijst op verschillende verklaringen waaruit een statenpraktijk zou volgen die onverenigbaar is met de door het hof voorgestane uitleg van art. 45 lid 1 ECT. Zo wordt gewezen op een verklaring van de Europese Raad, de Europese Commissie en de toenmalige lidstaten uit 1994 (de '1994 EU Joint Statement'), waarin is verklaard dat art. 45 ECT '(…) does not create any commitment beyond what is compatible with the existing order of the Signatories'. Het hof heeft deze verklaring in rov. 4.5.29 besproken en overwogen dat die niet onverenigbaar is met de subsidiaire uitleg van HVY. Het onderdeel klaagt dat deze uitleg van het hof onjuist is en dat art. 45 lid 1 ECT zo moet worden uitgelegd dat de interpretatie van de Russische Federatie de juiste is.

3.46 Anders dan de Russische Federatie betoogt, kan de Joint Statement aldus worden gelezen dat art. 45 lid 1 ECT geen verplichting schept die onverenigbaar is met de interne rechtsorde van Ondertekenende Partijen, in die zin dat voorlopige toepassing van bepalingen van de ECT die met die interne rechtsorde onverenigbaar zijn, is uitgesloten. Zelfs in het geval dat de Joint Statement wel zou moeten worden geïnterpreteerd zoals door de Russische Federatie wordt voorgestaan, geldt dat het slechts gaat om een verklaring van de toenmalige EG-lidstaten. Daaruit blijkt niet dat alle (toenmalige, laat staan huidige) verdragsluitende staten van de ECT deze interpretatie onderschrijven. Ik wijs er nog op dat strikt genomen de Joint Statement is afgelegd vóór de datum van de totstandkoming van de ECT, zodat reeds om die reden niet kan worden gesproken van 'subsequent practice'. De klacht faalt dus.

3.47 Het onderdeel (nr. 41) klaagt nog dat het hof in rov. 4.5.31 en 4.5.32 ten onrechte en/of zonder begrijpelijke motivering heeft overwogen dat – kort gezegd – uitlatingen van Nederlandse ambtenaren, van de Finse regering en van de Minister van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk, verenigbaar zouden zijn met de door het hof gehanteerde uitleg van art. 45 ECT.

3.48 Ook deze klacht snijdt geen hout. De overweging van het hof over de verklaring van de Finse regering is juist in het licht van de reeds genoemde regel dat een statenpraktijk slechts relevant is wanneer die door alle verdragsstaten wordt onderschreven. Hetzelfde geldt voor hetgeen het hof heeft overwogen over opmerkingen van Nederlandse ambtenaren. Anders dan de klacht aanvoert[79], heeft het hof niet geoordeeld dat deze verklaringen verenigbaar zouden zijn met de uitleg van art. 45 lid 1 ECT die de Russische Federatie onderschrijft, maar (terecht) geoordeeld dat zij niet duiden op een statenpraktijk als bedoeld in art. 31 lid 3, onder b, WVV. Het hof heeft terecht overwogen dat deze verklaringen (waaronder ook die van de Minister van Buitenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk) niet onder de statenpraktijk vallen, maar onder de *travaux préparatoires*, waarmee in die context rekening is gehouden.

3.49 Het onderdeel (nr. 42) voert nog aan dat de uitleg die het hof heeft aanvaard, erop neerkomt dat sommige EG-lidstaten de ECT in zijn geheel voorlopig moeten toepassen. Volgens die uitleg, aldus het onderdeel, zouden vertegenwoordigers van die staten dus hun interne bevoegdheden hebben overschreden.

3.50 Het onderdeel betoogt in feite dat de door het hof aanvaarde uitleg van art. 45 lid 1 ECT in bepaalde verdragsstaten consequenties zou hebben die onverenigbaar zijn met het interne recht van die staten. Dit betoog kan niet worden aanvaard. In rov. 4.5.9-4.5.33 heeft het hof art. 45 lid 1 ECT uitgelegd aan de hand van de maatstaf van art. 31 WVV. Het hof heeft die bepaling, uitgaande van de gewone betekenis van de tekst, beschouwd in haar context en in het licht van voorwerp en doel van de ECT. De vraag of de met toepassing van art. 31 WVV bereikte uitleg onverenigbaar is met de interne rechtsorde van verdragsstaten, maakt geen deel uit van de uitlegregel van art. 31 WVV. Wel is het op grond van art. 32, onder b, WVV mogelijk dat een verdragsbepaling aan de hand van de *travaux préparatoires* wordt uitgelegd in het geval dat de toepassing van art. 31 WVV tot een duidelijk ongerijmd of onredelijk resultaat leidt. Voor zover het onderdeel zo zou moeten worden gelezen dat de uitleg van het hof ongerijmd of onredelijk is, geldt dat het hof zijn uitleg in rov. 4.5.34 e.v. met verwijzingen naar de *travaux préparatoires* heeft onderbouwd.

3.51 Het onderdeel (nr. 43-49) klaagt over rov. 4.5.34-4.5.40, waarin het hof aandacht heeft besteed aan de *travaux préparatoires* bij de ECT.

3.52 In rov. 4.5.35 heeft het hof ten overvloede overwogen dat de *travaux préparatoires* zijn oordeel over de uitleg van art. 45 lid 1 ECT bevestigen. Volgens art. 32 WVV wordt aan de *travaux préparatoires* pas toegekomen, wanneer de uitleg die op grond van art. 31 WVV is bereikt, duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Daarvan is volgens het hof geen sprake. Nu de klachten over de toepassing van art. 31 WVV falen, behoefde het hof niet toe te komen aan onderzoek naar de *travaux préparatoires*, zodat het oordeel daarover in rov. 4.5.35 ten overvloede is gegeven. Dat betekent dat de daartegen gerichte klachten belang missen.

3.53 De slotsom is dat alle klachten van onderdeel 2.4 falen.

Onderdeel 2.5: 'not inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT

3.54 Onderdeel 2.5 ziet op de uitleg van de woorden 'not inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT. Het onderdeel voert aan dat het hof, naast zijn eigen verdragsuitleg, een alternatieve uitleg zou hebben ontwikkeld in rov. 4.5.41-4.5.47 en 4.7 van het eindarrest. Die alternatieve uitleg houdt volgens het onderdeel in dat (anders dan het hof in rov. 4.5.1-4.5.40 heeft overwogen) in het kader van art. 45 lid 1 ECT zou moeten worden getoetst of bepalingen uit de ECT in strijd zijn met de interne rechtsorde van de Ondertekenende Partij, waarbij de ECT reeds als onderdeel van die rechtsorde moet worden gezien. Die uitleg is volgens het onderdeel onjuist, omdat het hof er ten onrechte vanuit is gegaan dat art. 26 ECT van toepassing is in de Russische rechtsorde. Als voorbeeld wordt gewezen op rov. 4.7.49, waarin het hof heeft overwogen dat de vraag of het Scheidsgerecht bevoegd is, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 26 ECT en niet aan de hand van het Russische recht. Het hof zou daarmee hebben aangenomen dat arbitrage op art. 26 ECT kan worden gebaseerd en die bepaling dus van toepassing is in de Russische rechtsorde, hetgeen echter nog bewezen moet worden.

3.55 Het hof heeft in rov. 4.5.41 het volgende overwogen:

'De betekenis van de woorden 'not inconsistent' volgt uit de uitleg die het hof geeft aan de Limitation Clause. Het gaat er in die interpretatie om of er nationale wet- of regelgeving is die voorlopige toepassing voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Is dat laatste het geval, dan is voorlopige toepassing van die (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen 'inconsistent' met nationaal recht.'

3.56 Het hof heeft in rov. 4.5.42 e.v. ten overvloede aandacht besteed aan het debat dat partijen hebben gevoerd over de vraag hoe '(not) inconsistent' moet worden uitgelegd, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan art. 45 lid 1 ECT heeft gegeven, waarbij moet worden onderzocht of een bepaling van de ECT in strijd is met het recht van een Ondertekenende Partij. Het hof is in rov. 4.5.48 tot de conclusie gekomen dat art. 45 lid 1 ECT aldus moet worden uitgelegd dat een ondertekenende staat die niet de verklaring van art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht, in die zin dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Op grond van deze uitleg heeft het hof geoordeeld dat de voorlopige toepassing van art. 26 ECT niet in strijd is met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie (rov. 4.6.1). Uit rov. 4.6.2 blijkt dat het hof ten overvloede in rov. 4.7 heeft onderzocht of in het geval dat wordt uitgegaan van de uitleg die de Russische Federatie aan de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT heeft gegeven, art. 26 ECT in strijd is met het recht van de Russische Federatie.

3.57 Het hof heeft rov. 4.5.42-4.5.47 ten overvloede gegeven, omdat zij slechts zijn opgenomen ten behoeve van de – eveneens ten overvloede opgenomen – rov. 4.7. e.v. Daarmee falen de klachten van onderdeel 2.5 bij gebrek aan belang.

Onderdeel 2.6: art. 26 ECT in strijd met Russisch recht?

3.58 Onderdeel 2.6 is gericht tegen rov. 4.7, waarin het hof de vraag behandelt of art. 26 ECT in strijd is met het recht van de Russische Federatie.

3.59 Bij de bespreking van onderdeel 2.5 heb ik reeds opgemerkt dat rov. 4.7 ten overvloede is opgenomen, wat blijkt uit rov. 4.6.2. De klachten van het onderdeel missen daarom belang en behoeven geen bespreking. Overigens hebben de klachten mede betrekking op de uitleg en toepassing van het Russische recht en stuiten zij af op het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO, evenals de motiveringsklachten die zich niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof over de inhoud en uitleg van Russisch recht te betrekken.[80]

Onderdeel 2.7: prejudiciële vragen aan HvJEU?

3.60 Onderdeel 2.7 bevat geen zelfstandige klacht, maar voert aan dat de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJEU moet stellen over de uitleg van art. 45 lid 1 ECT en art. 26 ECT. Volgens het onderdeel had het hof moeten concluderen dat duidelijke en ondubbelzinnige instemming van de Russische Federatie met arbitrage ontbreekt, waarvoor wordt verwezen naar de onderdelen 2.2, 2.4, 2.5 en 2.6. Ook acht het onderdeel het in strijd met het EU-recht, indien een rechterlijke instantie van een lidstaat een interpretatie van een gemengd verdrag (zoals de ECT) aanvaardt die niet strookt met de gezamenlijke interpretatie van de Commissie, de Raad en de lidstaten. Nu verschillende interpretaties van art. 45 lid 1 ECT mogelijk zijn, is geen sprake van een 'acte clair' of een 'acte éclairé', aldus het onderdeel.

3.61 Een gemengde overeenkomst ('mixed agreement') is een verdrag dat krachtens een gedeelde bevoegdheid (zie art. 4 VWEU) door zowel de EU als de lidstaten is gesloten. Bij de ECT zijn zowel de EU als de afzonderlijke EU-lidstaten partij, omdat de in de ECT geregelde onderwerpen voor een deel behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten.[81] Het is vaste rechtspraak dat een internationale overeenkomst die door de EU is gesloten een handeling van een van de instellingen van de EU vormt in de zin van art. 267, eerste alinea, onder b, VWEU, zodat het HvJEU bevoegd is om uitspraak te doen over de uitleg van een dergelijke overeenkomst. De bepalingen van zo'n overeenkomst maken integrerend deel uit van de rechtsorde van de Unie.[82]

3.62 De vraag rijst of het HvJEU bevoegd is een gemengde overeenkomst in zijn geheel uit te leggen of dat de bevoegdheid is beperkt tot bepaalde onderwerpen van die overeenkomst, en zo ja, wat dan het afbakeningscriterium is. Uit de rechtspraak van het HvJEU kan worden afgeleid dat een prejudiciële vraag die over een gemengde overeenkomst is gesteld, betrekking moet hebben op een onderwerp waarover de EU in voldoende mate haar bevoegdheden op intern vlak heeft uitgeoefend. In het navolgende licht ik dit nader toe.

3.63 Het HvJEU heeft zich in verschillende uitspraken bevoegd geacht om gemengde overeenkomsten te interpreteren. Niet steeds was echter duidelijk in welke gevallen betrokkenheid van het Hof noodzakelijk is. Daarover heeft het Hof duidelijkheid gegeven in de zaak *Merck Genéricos* door te overwegen dat de prejudiciële bevoegdheid van het Hof ten aanzien van gemengde overeenkomsten alleen de gebieden betreft waarop de EU in voldoende mate haar bevoegdheden op intern vlak heeft uitgeoefend.[83]

3.64 Het HvJEU heeft in zijn arrest inzake *Lesoochranárske VLK* op deze rechtspraak voortgebouwd.[84] In deze zaak ging het om de vraag of een bepaling uit het Verdrag van Aarhus[85] rechtstreekse werking had, waardoor de vraag is gerezen of het Hof wel bevoegd was een prejudiciële beslissing over de desbetreffende bepaling te geven. Het Hof heeft als volgt overwogen:

'30. Het Verdrag van Aarhus is door de Gemeenschap ondertekend en vervolgens bij besluit 2005/370 goedgekeurd. Daarmee vormen de bepalingen van dat verdrag volgens vaste rechtspraak thans een bestanddeel van de rechtsorde van de Unie (zie naar analogie onder meer arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA, C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 36, en 30 mei 2006, Commissie/Ierland, C-459/03, Jurispr. blz. I-4635, punt 82). Bijgevolg is het Hof in het kader van die rechtsorde bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging ervan (zie onder meer arresten van 30 april 1974, Haegeman, 181/73, Jurispr. blz. 449, punten 4-6, en 30 september 1987, Demirel, 12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 7).

31. Daar het Verdrag van Aarhus door de Gemeenschap en al haar lidstaten is gesloten op grond van een gedeelde bevoegdheid, vloeit daaruit voort dat het Hof, wanneer het overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag, inzonderheid artikel 234 EG, wordt geadieerd, *bevoegd is om een*

scheidslijn aan te brengen tussen de verplichtingen die de Unie op zich neemt en die ten laste van de lidstaten en om de bepalingen van het Verdrag van Aarhus uit te leggen (zie naar analogie arresten van 14 december 2000, Dior e.a., C-300/98 en C-392/98, Jurispr. blz. I-11307, punt 33, en 11 september 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos, C-431/05, Jurispr. blz. I-7001, punt 33).

32. *Bijgevolg moet worden vastgesteld of de Unie op het gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld ter uitvoering van de verplichtingen die daaruit voortvloeien. Mocht dit niet het geval zijn, dan zijn de verplichtingen die uit artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus voortvloeien nog steeds onderworpen aan het nationale recht van de lidstaten.* In dat geval staat het aan de rechterlijke instanties van die staten om naar nationaal recht vast te stellen of particulieren zich rechtstreeks op de voorschriften van deze internationale overeenkomst op dit gebied kunnen beroepen en of deze rechterlijke instanties deze ambtshalve moeten toepassen. Het recht van de Unie verlangt immers niet, maar sluit evenmin uit, dat de rechtsorde van een lidstaat particulieren het recht toekent om zich rechtstreeks op dit voorschrift te beroepen, of de rechter verplicht deze bepaling ambtshalve toe te passen (zie naar analogie de reeds aangehaalde arresten Dior e.a., punt 48, en Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos, punt 34).

33. Indien daarentegen wordt vastgesteld dat de Unie haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld op het gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, is het recht van de Unie van toepassing en staat het aan het Hof, te bepalen of de betrokken bepaling van de internationale overeenkomst rechtstreekse werking heeft.

34. *Bijgevolg moet worden onderzocht of de Unie op het specifieke gebied dat onder artikel 9, lid 3, van het Verdrag van Aarhus valt, haar bevoegdheden heeft uitgeoefend en bepalingen heeft vastgesteld ter uitvoering van de daaruit voortvloeiende verplichtingen* (zie naar analogie arrest *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos*, reeds aangehaald, punt 39).

35. Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat de Unie krachtens artikel 175 EG juncto artikel 174, lid 2, EG op milieugebied een uitdrukkelijke externe bevoegdheid heeft (zie arrest Commissie/Ierland*,* reeds aangehaald, punten 94 en 95).

36. Daarnaast heeft het Hof overwogen dat *een specifiek vraagstuk waarover nog geen regelgeving van de Unie bestaat, onder het recht van de Unie valt wanneer dit vraagstuk wordt geregeld in overeenkomsten die door de Unie en haar lidstaten zijn gesloten en het een materie betreft die in ruime mate daaronder valt* (zie naar analogie arrest van 7 oktober 2004, Commissie/Frankrijk, C239/03, Jurispr. blz. I9325, punten 2931).'

(mijn curs., A-G)

3.65 Uit deze rechtspraak volgt dat, indien de EU bepalingen heeft vastgesteld ter implementatie van een gemengde overeenkomst, het HvJEU bevoegd is om de overeenkomst uit te leggen.[86] In een dergelijk geval bestaat immers behoefte aan uniforme uitleg van het desbetreffende EU-recht, en aan duidelijkheid over de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten. Buiten kijf staat dat het HvJEU bevoegd is zich uit te laten over zijn eigen bevoegdheid.

3.66 Voor de zaak die in cassatie aan de orde is, is van belang in hoeverre EU-wetgeving bestaat die de ECT of specifieke bepalingen daarvan implementeert. Er bestaat weliswaar omvangrijke EU-wetgeving op het energiegebied die met name voorziet in ordening van de interne markt voor gas en elektriciteit, netwerken en andere infrastructuur, energie-efficiëntie en duurzame energie, maar er is geen EU-wetgeving die investeringsbescherming beoogt te bieden aan bedrijven in de energiesector, met inbegrip van oliemaatschappijen.[87] Bij mijn weten is naar aanleiding van de ECT slechts één instrument vastgesteld, namelijk de inmiddels vervallen Verordening (EG) nr. 701/97 van de Raad van 14 april 1997 tot vaststelling van een programma ter bevordering van de internationale samenwerking in de energiesector ('Synergy-programma').[88] Deze Verordening had als doel de internationale samenwerking van de EG met derde landen op het terrein van energie te stroomlijnen. De Verordening hield geen aanwijzingen in dat daarmee materiële bepalingen uit de ECT voor (thans) de EU werden geïmplementeerd.

3.67 Het HvJEU heeft in zijn arrest van 6 maart 2018 (*Slowakije/Achmea*) geoordeeld dat art. 8 (de

arbitragebepaling) van het bilaterale investeringsverdrag tussen Nederland en Slowakije in strijd is met art. 267 en 344 VWEU.[89] Het Hof heeft daartoe overwogen dat in arbitrale procedures op grond van het BIT ook vragen van uitlegging of toepassing van EU-recht kunnen spelen. Aangezien het EU-recht deel uitmaakt van het in de lidstaten geldende recht, zal een op de voet van art. 8 BIT ingesteld scheidsgerecht EU-recht moeten toepassen. Volgens het Hof is er sprake van strijd met art. 267 en 344 VWEU, wanneer dergelijke scheidsgerechten geen prejudiciële vragen aan het Hof zouden kunnen stellen, omdat zij geen deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van de lidstaten. Het arrest *Slowakije/Achmea* heeft uitsluitend betrekking op investeringsarbitrages waarbij een lidstaat verweerder is. De uitkomst van het arrest is dat lidstaten niet langer op grond van een BIT op voorhand mogen instemmen met arbitrage en daarmee dus afstand doen van de bevoegdheid van de eigen overheidsrechters. Door het arrest *Slowakije/Achmea* is de grondslag voor intra-EU-investeringsarbitrage komen te vervallen.[90]

3.68 Op 15 januari 2019 hebben 22 lidstaten van de EU een verklaring uitgebracht over de betekenis van het *Achmea*-arrest voor arbitrage op grond van de ECT.[91] Daarin hebben zij onder meer uitgesproken dat arbitrage tussen een EU-lidstaat en een investeerder uit een andere EU-lidstaat als gevolg van dit arrest in strijd is met het EU-recht.[92] In het kader van de lopende onderhandelingen over de modernisering van de ECT heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor wijziging van art. 26 en 27 ECT. Naar aanleiding daarvan heeft België het HvJEU op de voet van art. 218 lid 11 VWEU om advies gevraagd of arbitrage tussen lidstaten op de voet van art. 26 ECT verenigbaar is met het Unierecht.[93] Zowel de verklaring van januari 2019 als de adviesaanvraag van België hebben betrekking op de voorstellen voor een nieuwe, gemoderniseerde ECT. Voor de onderhavige zaak geldt de ECT zoals vastgesteld in december 1994, zodat noch de verklaring van januari 2019 noch de adviesaanvraag van december 2020 thans van belang zijn.

3.69 Vermeldenswaardig is nog dat de Cour d'appel van Parijs in 2017 het voornemen had vragen aan het HvJEU voor te leggen over de interpretatie van (onder meer art. 1 lid 6 van) de ECT in een zaak die verband houdt met de onderhavige arbitrage.[94] Over de bevoegdheid van het HvJEU heeft de Cour d'appel in zijn uitspraak slechts volstaan met de overweging dat gemengde verdragen deel uitmaken van de Europese rechtsorde.[95] Deze procedure bij de Cour d'appel is echter ingetrokken.[96]

3.70 Bij verwijzingsbeschikking van 24 september 2019 heeft de Cour d'appel van Parijs in een ander geding (*Republiek Moldavië/Komstroy*) vragen aan het HvJEU gesteld over de uitleg van art. 1 lid 6 en art. 26 lid 1 ECT.[97] Deze vragen zijn gerezen in het kader van de vraag of een krachtens art. 26 lid 3 ECT opgericht ad-hoc-scheidsgerecht bevoegd is om een financieel geschil te beslechten over de betaling van een vordering in verband met een overeenkomst inzake de verkoop van elektriciteit. De feiten van deze zaak zijn, kort weergegeven, de volgende. In 1999 heeft een Oekraïense elektriciteitsproducent (Ukrenergo) elektriciteit verkocht aan de vennootschap Energoalians, een Oekraïense distributeur van elektriciteit, die de elektriciteit vervolgens heeft doorverkocht aan Derimen, een vennootschap gevestigd op de Britse Maagdeneilanden. Derimen heeft de elektriciteit op haar beurt weer doorverkocht aan Moldtranselectro, een Moldavisch overheidsbedrijf. De te leveren elektriciteitsvolumes werden maandelijks vastgesteld tussen Moldtranselectro en Ukrenergo en levering geschiedde tot aan de Oekraïense kant van de Oekraïens-Moldavische grens. Energoalians moest voor de geleverde elektriciteit worden betaald door Derimen, die zelf weer een betaling moest ontvangen van Moldtranselectro. De schuld van Moldtranselectro aan Derimen bedroeg op 1 januari 2000 ruim 18 miljoen USD. Moldtranselectro heeft slechts gedeeltelijk aan haar betalingsverplichting jegens Derimen voldaan, zodat nog een schuld resteerde van ruim 16 miljoen USD. Derimen heeft haar vordering op Moldtranselectro overgedragen aan Energoalians, die heeft getracht de vordering op Moldtranselectro te innen en daartoe procedures heeft ingeleid bij de Moldavische rechter en later bij de Oekraïense rechter. Energoalians heeft zich op het standpunt gesteld dat Moldavië bepaalde verplichtingen van de ECT heeft geschonden en heeft daartoe een arbitrageprocedure gestart op de voet van art. 26 lid 3 ECT. De vennootschap Komstroy is de rechtsopvolger van Energoalians. Het ad-hoc-scheidsgerecht in Parijs heeft geoordeeld dat Moldavië haar verplichtingen uit de ECT niet is nagekomen en haar tot betaling van een bepaald bedrag veroordeeld. Vervolgens heeft Moldavië bij de Franse rechter

een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis ingesteld wegens schending van de openbare orde, namelijk de bevoegdheid van het ad-hoc-scheidsgerecht. Uiteindelijk heeft de Cour d'appel[98] de volgende vragen aan het HvJEU gesteld:

'Moet artikel 1, punt 6, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit en die geen bijdrage van de investeerder in de staat van ontvangst inhoudt, een ‚investering' in de zin van dit artikel kan vormen?

Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat de verwerving door een investeerder van een verdragsluitende partij, van een vordering van een marktdeelnemer die niet afkomstig is uit een van de staten die partij zijn bij dat verdrag, een investering vormt?

Moet artikel 26, lid 1, van het Verdrag inzake het Energiehandvest aldus worden uitgelegd dat een vordering van een investeerder die voortvloeit uit een contract voor de verkoop van elektriciteit die aan de grens van de staat van ontvangst wordt geleverd, een investering kan vormen die op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij wordt gedaan, wanneer de investeerder op het grondgebied van die andere verdragsluitende partij geen enkele economische activiteit heeft uitgeoefend?'

3.71 In deze zaak heeft A-G Szpunar op 3 maart 2021 conclusie genomen.[99] De A-G is in de eerste plaats ingegaan op de bevoegdheid van het HvJEU en heeft opgemerkt dat daarover 'zou kunnen worden gediscussieerd, aangezien het gaat om de uitlegging van een internationaal verdrag in het kader van een geschil dat in elk geval op het eerste gezicht alle kenmerken heeft van een situatie die kan worden aangeduid als "louter extern"'. A-G Szpunar heeft geconcludeerd dat het HvJEU bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden, omdat de bepalingen van de ECT waarvan uitlegging wordt verzocht, ook van toepassing kunnen zijn in situaties die binnen de rechtsorde van de Unie vallen en de Unie om die reden belang heeft bij uniforme uitlegging van de desbetreffende bepalingen.[100] Overigens geeft A-G Szpunar aan dat hij deze vaststelling 'meteen weer (moet) afzwakken' (punt 46) en geeft hij het Hof in overweging duidelijkheid te scheppen over de gevolgen van het *Achmea*-arrest voor de toepasselijkheid van art. 26 ECT (punt 48). Hij oordeelt dat het geen uitgemaakte zaak is dat art. 26 ECT als gevolg van het *Achmea*-arrest nooit binnen de EU kan worden toegepast, omdat vragen naar de verenigbaarheid van bepalingen van de ECT met het Unierecht zich ook in nationale rechterlijke procedures kunnen voordoen (punt 90). A-G Szpunar komt over de bevoegdheid van het Hof tot de conclusie dat art. 26 ECT niet verenigbaar is met het Unierecht voor zover deze bepaling voorziet in een beroep op een scheidsgerecht, zodat een dergelijk stelsel voor geschillenbeslechting niet kan worden toegepast binnen de rechtsorde van de Unie (punt 98). De A-G meent dat niet kan worden uitgesloten dat de materiële bepalingen van de ECT, waaronder art. 1 lid 6 ECT (het begrip 'investering'), en art. 26 ECT van toepassing kunnen zijn binnen de rechtsorde van de Unie (punt 99). Het is overigens opvallend dat A-G Szpunar geen aandacht heeft besteed aan de rechtspraak van het HvJEU, waarin is beslist dat het Hof bevoegd is een gemengde overeenkomst uit te leggen, indien de EU bepalingen heeft vastgesteld ter implementatie.

3.72 In het vervolg van zijn conclusie heeft A-G Szpunar zich geconcentreerd op de vraag of een vordering uit een overeenkomst tot levering van elektriciteit kan worden aangemerkt als investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT, nu die bepaling daaraan nadere voorwaarden stelt. De A-G is tot de conclusie gekomen dat daarvan in de zaak *Moldavië/Komstroy* geen sprake is.[101] Een overeenkomst tot levering van elektriciteit is een eenvoudige handelstransactie die niet valt onder het begrip 'investering' in de zin van art. 1 lid 6 ECT en niet voortvloeit uit een overeenkomst die verband houdt met een investering.[102]

3.73 Aangenomen dat het HvJEU de conclusie van A-G Szpunar volgt en oordeelt dat het bevoegd is om kennis te nemen van vragen van uitleg van de ECT – en ik herhaal dat het aan het HvJEU is om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen –, dan geldt nog steeds onverkort dat het stellen van prejudiciële vragen ook noodzakelijk moet zijn voor de afdoening van de klachten. Voor de huidige zaak ben ik van mening dat het stellen van prejudiciële vragen voor de afdoening van de klachten

van onderdeel 2 niet noodzakelijk is. Ik licht dit als volgt toe. Onderdelen 2.2 en 2.3 hebben betrekking op vragen van Nederlands arbitragerecht en burgerlijk procesrecht. De onderdelen 2.5 en 2.6 zijn gericht tegen overwegingen van het hof in het eindarrest, die ten overvloede zijn gegeven en reeds om die reden falen. Onderdeel 2.4 heeft betrekking op de uitleg van art. 45 lid 1 ECT. Het onderdeel bevat klachten die weliswaar zijn geformuleerd als rechtsklachten maar in feite motiveringsklachten zijn over de wijze waarop het hof met bepaalde argumenten is omgegaan. Zoals ik in deze conclusie heb besproken falen deze klachten, omdat zij uitgaan van een onjuiste interpretatie van het bestreden arrest (zie de bespreking van onderdeel 2.4.2). Ook heb ik aangetoond dat de klachten van het onderdeel die betrekking hebben op het miskennen van de statenpraktijk falen, omdat van een dergelijke statenpraktijk niet is gebleken. Ook zijn klachten (zie nr. 42 e.v. van de procesinleiding) gericht tegen een overweging ten overvloede. Uit dit alles volgt dat voor de uitkomst van het oordeel over onderdeel 2.4 het stellen van prejudiciële vragen niet noodzakelijk is. Ik voeg hieraan nog toe dat in het internationaal recht een bepaling over voorlopige toepassing van een verdrag (zoals art. 45 ECT) een regelmatig voorkomende bepaling is, waarover in het algemeen ook geen EU-wetgeving bestaat. Het onderhavige geschil gaat ook niet over de voorlopige toepassing van de ECT in (een lidstaat van) de EU, maar in de Russische Federatie.

3.74 De slotsom is dat het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU niet noodzakelijk is voor de afdoening van de klachten van de Russische Federatie in cassatie.

3.75 Onderdeel 2.8 herhaalt het standpunt dat duidelijke en ondubbelzinnige instemming van de Russische Federatie met arbitrage ontbreekt. Het onderdeel bevat geen afzonderlijke klacht en bouwt voort op de voorafgaande onderdelen, zodat afzonderlijke bespreking achterwege kan blijven.

Onderdeel 3: uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (investering en investeerder)

3.76 Onderdeel 3 is gericht tegen rov. 5.1 van het eindarrest, waarin het hof de begrippen 'investering' en 'investeerder' in de zin van art. 1 leden 6 en 7 ECT heeft uitgelegd. Volgens het onderdeel is deze uitleg onjuist. Volgens de Russische Federatie zijn HVY niet werkelijk buitenlandse investeerders en gelden hun investeringen niet als buitenlandse investeringen, maar gaat het om zogenoemde 'U-bochtconstructies': investeringen gedaan door investeerders die in feite onder zeggenschap staan van staatsburgers van het gastland, in dit geval de Russische Federatie. Het onderdeel richt een groot aantal klachten tegen de afwijzing door het hof van het standpunt van de Russische Federatie.

Inleidende opmerkingen

3.77 Voorafgaand aan de bespreking van de klachten van dit onderdeel maak ik enkele inleidende opmerkingen. Voor zover relevant, luidt art. 1 leden 6 en 7 ECT in de authentieke Engelse tekst als volgt:

Article 1 Definitions

As used in this Treaty:

(…)

6. "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

d) Intellectual Property;

e) Returns;

f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

(…)

7. "Investor" means:

a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

b) with respect to a "third state", a natural person, company or other organization which fulfils, mutatis mutandis, the conditions specified in subparagraph a) for a Contracting Party;

In de Nederlandse vertaling:

Artikel 1 Definities

In dit Verdrag wordt verstaan onder:

(…)

6. „investering": elke vorm van activa die een investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, met inbegrip van:

a. lichamelijke en onlichamelijke en roerende en onroerende zaken alsook andere rechten, zoals huur-, hypotheek-, retentie- en pandrechten;

b. een vennootschap of onderneming, of aandelen of andere vormen van vermogensdeelneming in, en obligaties en andere schuldbewijzen van een vennootschap of onderneming;

c. aanspraken op geld en aanspraken op prestaties volgens een contract met een economische waarde en in verband met een investering;

d. intellectuele eigendom;

e. opbrengsten;

f. een bij wet of contract of uit hoofde van overeenkomstig de wet verleende licenties en vergunningen verleend recht een economische activiteit in de energiesector te ondernemen.

(…)

7. „investeerders":

a. van een Verdragsluitende Partij,

i. natuurlijke personen die het staatsburgerschap of de nationaliteit bezitten van of permanent verblijven op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij conform haar toepasselijke wetgeving;

ii. vennootschappen of andere organisaties opgericht conform op het grondgebied van die Verdragsluitende Partij toepasselijke wetgeving;

b. uit een derde land, natuurlijke personen, vennootschappen of andere organisaties die mutatis mutandis voldoen aan de onder a. aan Verdragsluitende Partijen gestelde voorwaarden;

3.78 Art. 1 lid 6 ECT bevat strikt genomen geen definitie van het begrip investering, maar bepaalt dat 'every kind of asset' ('elke vorm van activa') als investering kan gelden en geeft een niet uitputtende lijst van vermogensbestanddelen die in ieder geval als investering worden aangemerkt.[103] De definitie van 'investeerder' in art. 1 lid 7 ECT is gekoppeld aan die van 'investering'[104]: een investeerder is een (rechts)persoon die een dergelijke investering bezit of daarover zeggenschap heeft.[105] Wanneer de investeerder een rechtspersoon is, is vereist dat die rechtspersoon volgens het recht van een verdragsluitende staat is opgericht.[106] Deze toets wordt wel aangeduid als 'the incorporation test' ('de incorporatieleer'), en wordt onderscheiden van andere aanknopingspunten voor de 'nationaliteit' van een rechtspersoon, zoals de plaats waar

het bestuur van de rechtspersoon gevestigd is, of de nationaliteit van de aandeelhouders.[107] Art. 1 lid 6 ECT bestempelt aandelen als investering, zodat ook aandeelhouders door de ECT worden beschermd, ook als de vennootschap waarin zij hebben geïnvesteerd zelf niet als investeerder wordt aangemerkt.[108]

3.79 Art. 26 ECT bouwt voort op de begrippen investering en investeerder.[109]Dit artikel bepaalt dat arbitrage open staat in 'disputes between a Contracting Party and an Investor in another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former (…)' ('Geschillen tussen een Verdragsluitende Partij en een investeerder van een andere Verdragsluitende Partij over een investering van deze laatste op het grondgebied van eerstgenoemde Partij (…)'). Art. 26 ECT vereist dus in de *eerste plaats* dat sprake is van een investering, in de *tweede plaats* dat die is verricht door een investeerder die in een verdragsstaat is gevestigd, en in de *derde plaats* dat die investering is gedaan op het grondgebied van een andere verdragsstaat dan die waar de investeerder is gevestigd.

3.80 De vraag die onderdeel 3 in de kern aan de orde stelt is of in de ECT nog meer vereisten besloten liggen ten aanzien van investeringen of van het grensoverschrijdende karakter daarvan dan uit art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT blijkt. Zo betoogt het onderdeel (onder 3.2.3) onder meer dat de ECT uitsluitend internationale investeringen beschermt en dus geen 'U-bochtconstructies', en evenmin investeringen gedaan door investeerders die geen wezenlijke band hebben met de staat waar zij gevestigd zijn ('brievenbusvennootschappen'). Verder zou niet alleen getoetst moeten worden waar de investeerder is gevestigd, maar ook door wie zij wordt gecontroleerd ('*piercing the corporate veil'*, onderdeel 3.4). Van een investering zou slechts kunnen worden gesproken indien de investeerder daadwerkelijk een economische bijdrage heeft geleverd in het gastland (onderdeel 3.3).

3.81 De benadering van het hof kan als volgt worden samengevat. Volgens het hof is niet in geschil dat HVY vennootschappen zijn die zijn 'organised in accordance with the law applicable in that Contracting Party'. Daarmee is tekstueel gezien voldaan aan de eisen die art. 1 lid 7 ECT stelt aan een investeerder in de zin van de ECT (rov. 5.1.6). De aandelen in Yukos, die HVY in eigendom hebben, kwalificeren als 'investment' in de zin van de ECT. Onder 'investering' wordt namelijk verstaan 'every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor', terwijl aandelen ('shares') deel uitmaken van de niet limitatieve opsomming van 'assets' in art. 1 lid 6 ECT. Het hof heeft verder overwogen dat, tekstueel gezien, is voldaan aan de eis van art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en investeerders uit 'another Contracting Party' (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en de Isle of Man) 'relating to an Investment of the latter in the Area of the Former' (rov. 5.1.6). Volgens het hof is er geen aanleiding om deze bepalingen zo uit te leggen, dat nadere eisen zouden moeten worden gesteld aan het internationale karakter van de investeringen. Voorwerp en doel van de ECT leiden niet tot een ander oordeel, aldus het hof (rov. 5.1.7.3).

3.82 Na deze inleidende opmerkingen keer ik terug naar de bespreking van het onderdeel en de daarin opgenomen klachten.

3.83 Onderdeel 3.1 is een inleiding en bevat geen klachten.

Onderdeel 3.2: 'U-bochtconstructie'

3.84 Onderdeel 3.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.1.5-5.1.8 en betoogt dat de ECT geen binnenlandse investeringen beschermt, ook niet als deze investeringen door schijnvennootschappen (via een 'U-bochtconstructie') hebben plaatsgevonden. Dit onderdeel valt in vier subonderdelen (3.2.1-3.2.4) uiteen.

3.85 Onderdeel 3.2.1 is een samenvatting van de beoordeling van het hof en bevat geen klacht.

3.86 Onderdeel 3.2.2 klaagt dat het hof zijn uitleg van de begrippen 'investment' en 'investor' ten onrechte heeft gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van slechts een gedeelte van de desbetreffende tekst van het ECT, namelijk alleen op de definities van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Volgens het onderdeel is een dergelijke uitleg in strijd met art. 31 lid 1 WVV.

3.87 Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft zijn uitleg van de begrippen 'investor' en

'investment' niet gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Het hof heeft in rov. 5.1.6 overwogen dat de tekst van deze bepalingen, in de gewone betekenis daarvan, tot uitgangspunt dient bij de interpretatie. Het hof heeft hiermee overeenkomstig art. 31 lid 1 WVV de juiste maatstaf gehanteerd. In rov. 5.1.7.1-5.1.7.4 heeft het hof vervolgens argumenten van de Russische Federatie behandeld over de context waarin art. 1 leden 6 en 7 ECT moet worden beschouwd, en over voorwerp en doel van de ECT. Daarmee heeft het hof eveneens overeenkomstig art. 31 WVV de juiste maatstaf gehanteerd. Dat het hof de elementen van context, voorwerp en doel van de ECT heeft gehanteerd aan de hand van de argumenten die de Russische Federatie heeft aangedragen, is logisch en wijst er niet op dat het hof deze elementen niet als gelijkwaardig aan de tekstuele uitleg heeft gezien.

3.88 Het onderdeel klaagt ook dat het hof in rov. 5.1.8.11 weinig gewicht heeft toegekend aan de latere statenpraktijk, die inhoudt dat een groot aantal partijen bij de ECT in latere investeringsverdragen investeringen via de U-bochtconstructie van de werkingssfeer heeft uitgesloten.

3.89 Het oordeel van het hof is juist, omdat (zoals het hof ook heeft overwogen) het hier niet gaat om een statenpraktijk ten aanzien van de uitvoering of de interpretatie van de ECT, maar om keuzes die staten hebben gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen. Daarop heeft art. 31 WVV niet het oog.[110] Ook deze klacht faalt dus.

3.90 Onderdeel 3.2.3 richt een aantal klachten tegen de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' door het hof.

3.91 Het onderdeel (nr. 111-112) betoogt dat het hof door betekenis toe te kennen aan de definitie van het begrip 'investering' in art. 1 lid 6 ECT, de gewone betekenis van dat begrip (en daarmee van het begrip 'investeerder') heeft miskend. Volgens die gewone betekenis is van een investering slechts sprake als een partij gedurende een bepaalde tijd een economische bijdrage levert (in het gastland, in dit geval de Russische Federatie) en een zeker risico loopt. Daarvan was in dit geval geen sprake, aldus het onderdeel. Het hof heeft dit standpunt verworpen in rov. 5.1.9.1-5.1.9.5. Daartegen is ook onderdeel 3.3 gericht (zie hierna).

3.92 De klacht miskent dat de definitie van een begrip in een verdrag volgens art. 31 lid 4 WVV bijzondere betekenis toekomt bij de uitleg van dat begrip. Dat artikellid bepaalt:

> Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat, dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.

Een begrip uit een verdrag kan dus in een bijzondere (dat wil zeggen een andere dan de gewone) betekenis worden verstaan, indien vaststaat dat de verdragspartijen die bijzondere betekenis aan dat begrip hebben willen geven. Het meest voor de hand liggende bewijs van een degelijke bedoeling is het opnemen van een definitie.[111] Het kan dus voorkomen dat een verdrag een definitie geeft van een bepaald begrip dat afwijkt van de gewone betekenis daarvan. In dat geval moet van die definitie en niet van de gewone betekenis worden uitgegaan, zo blijkt uit art. 31 lid 4 WVV. Het hof is in deze zaak dan ook terecht uitgegaan van de definitie van het begrip 'investering' in art. 1 lid 6 ECT. De door het onderdeel genoemde jurisprudentie is niet relevant, omdat deze geen betrekking heeft op de ECT, maar op andere investeringsverdragen en op het ICSID-verdrag.[112] Voor zover al uit die rechtspraak een gewone betekenis van het begrip 'investering' zou kunnen worden afgeleid, geldt die betekenis niet voor de ECT, nu dat verdrag een eigen definitie van het begrip 'investering' kent. Daarop stuiten de klachten af.

3.93 Het onderdeel (nr. 113-115) klaagt verder dat het hof bij de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' het voorwerp en doel van de ECT heeft miskend. Het onderdeel wijst erop dat het voorwerp en doel van de ECT zijn gelegen in het stimuleren van internationale investeringen. Het hof zou in rov. 5.1.7.3 ten onrechte hebben geoordeeld dat hieruit niet kan worden afgeleid dat de ECT nadere eisen stelt aan het buitenlandse karakter van een investering.

3.94 In rov. 5.1.7.3 heeft het hof overwogen dat het doel van de ECT inderdaad (mede) omvat de bevordering van de internationale samenwerking op het terrein van energie en de bescherming van internationale investeringen. Dit betekent volgens het hof echter niet dat nadere eisen

moeten worden gesteld aan het buitenlandse karakter van een investering, welke eisen niet uit de bewoordingen van art. 26 ECT en art. 1 leden 6 en 7 ECT voortvloeien. De bewoordingen van die bepalingen zijn volgens het hof op zichzelf duidelijk genoeg: volgens die bewoordingen valt een investering binnen de reikwijdte van art. 26 ECT indien de rechtspersoon die de investering doet, is opgericht volgens het recht van de ene verdragsluitende staat[113] en de investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT plaatsvindt in een andere verdragsluitende staat. Met dit oordeel heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Bij de uitleg van een verdragsbepaling moet immers rekening worden gehouden met voorwerp en doel van dat verdrag, maar dat betekent niet dat op basis van voorwerp en doel een uitleg kan worden bereikt die niet door de bewoordingen van de verdragsbepaling wordt ondersteund. Voorwerp en doel dienen als middel om de betekenis van de bewoordingen van een bepaling (die leidend zijn) vast te stellen, maar zijn niet belangrijker dan die bewoordingen; zij kunnen die bewoordingen niet teniet doen.[114] Dat betekent dat het hof kon oordelen dat, hoewel het doel van de ECT mede is om internationale investeringen te beschermen, de bewoordingen van de relevante bepalingen geen steun bieden voor de opvatting dat daarom ook extra eisen worden gesteld aan het internationale karakter van de investeringen of aan de nationaliteit van een investeerder. Daarop stuit deze klacht van het onderdeel af.

3.95 Het onderdeel (nr. 114) klaagt dat het hof de context van artikel 1 leden 6 en 7 ECT heeft miskend. Volgens het onderdeel blijkt uit art. 10, 13, 17 en 26 ECT alsmede uit de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT, dat brievenbusvennootschappen zonder wezenlijke activiteiten (in de staat waar zij gevestigd zijn) geen bescherming onder de ECT toekomt in het geval dat deze brievenbusvennootschappen onder zeggenschap staan van buitenlandse investeerders uit een derde staat. Volgens de klacht dienen ook a fortiori investeringen van de eigen onderdanen van een gastland buiten de reikwijdte van de ECT te vallen.

3.96 Ter ondersteuning van het betoog wijst de klacht op art. 10 lid 3 ECT. Art. 10 lid 3 ECT maakt een duidelijk onderscheid tussen de buitenlandse investeerders en de 'eigen investeerders' van een verdragsluitende partij, aldus het onderdeel. Ik citeer art. 10 lid 3 ECT, en voor een goed begrip daarvan ook lid 2 van dat artikel, in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling:

Article 10 Promotion, protection and treatment of investments

2. Each Contracting Party shall endeavour to accord to Investors of other Contracting Parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph 3.

3. For the purposes of this Article, "Treatment" means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.

Artikel 10 Bevordering, bescherming en behandeling van investeringen

2. Elke Verdragsluitende Partij streeft ernaar investeerders van andere Verdragsluitende Partijen wat betreft het doen van investeringen op haar grondgebied de in het derde lid omschreven behandeling toe te kennen.

3. In dit artikel wordt onder „behandeling" verstaan een behandeling toegekend door een Verdragsluitende Partij die niet minder gunstig is dan die welke zij toekent aan haar eigen investeerders of aan de investeerders van een andere Verdragsluitende Partij of een derde staat, al naar gelang welke behandeling het gunstigst is.

Zoals het onderdeel betoogt, maakt dit artikel inderdaad een onderscheid tussen de eigen investeerders van een Verdragsluitende Partij, en investeerders van andere Verdragsluitende Partijen of van derde landen. In die zin beschermt deze bepaling uitsluitend grensoverschrijdende investeringen. Uit deze bepaling blijkt echter niet dat daarom andere eisen zouden moeten worden gesteld aan het internationale karakter van een investering of de nationaliteit van een investeerder dan de eisen die voortvloeien uit art. 1 leden 6 en 7 ECT. Het onderdeel licht dat ook niet nader toe.

3.97 Ook wijst de klacht op art. 13 ECT ter onderbouwing van de stelling dat uitsluitend grensoverschrijdende investeringen door de ECT worden beschermd. Art. 13 ECT beschermt investeringen tegen onteigening, behalve in specifieke gevallen waarin onteigening gerechtvaardigd is. Art. 13 lid 1 ECT bepaalt, evenals art. 10 ECT, dat deze bescherming geldt voor 'Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party'. De bepaling maakt dus duidelijk dat het doel is grensoverschrijdende investeringen te beschermen, maar bevat evenmin aanwijzingen dat daarom aanvullende eisen aan het internationale karakter van een investering of een investeerder zouden moeten worden gesteld.

3.98 De klacht wijst nog op de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT.[115] Deze luidt als volgt:

'For greater clarity as to whether an Investment made in the Area of one Contracting Party is controlled, directly or indirectly, by an Investor of any other Contracting Party, control of an Investment means control in fact, determined after an examination of the actual circumstances in each situation. In any such examination, all relevant factors should be considered, including the Investor's

(a) financial interest, including equity interest, in the Investment;

(b) ability to exercise substantial in influence over the management and operation of the Investment; and

(c) ability to exercise substantial in influence over the selection of members of the board of directors or any other managing body.

Where there is doubt as to whether an Investor controls, directly or indirectly, an Investment, an Investor claiming such control has the burden of proof that such control exists'.

Deze *Understanding* bouwt voort op art. 1 lid 6 ECT, dat een investering definieert als 'every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor'. De *Understanding* biedt de toepasser van de ECT dus nadere handvatten om na te gaan wie zeggenschap ('control') heeft over een bepaalde investering. De *Understanding* speelt geen rol wanneer duidelijk is dat een *asset* eigendom is van ('owned by') een investeerder. Zoals het hof in rov. 5.1.7.4 heeft overwogen staat in dit geval vast dat de aandelen Yukos eigendom zijn van HVY. Er was dus geen aanleiding om aan de hand van de *Understanding* verder te onderzoeken wie zeggenschap over de aandelen heeft.

3.99 Art. 17 ECT, waarnaar eveneens in de klacht wordt verwezen, is de zogenoemde *denial of benefits clause*. De bepaling voorziet onder bepaalde omstandigheden in de niet-toepassing van Deel III van de ECT (inzake de bevordering van de bescherming en de behandeling van investeringen). Art. 17 luidt, voor zover relevant, in de authentieke Engelse tekst als volgt:

Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

1.a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized;

(…).

In de Nederlandse vertaling:

Elke Verdragsluitende Partij behoudt zich het recht voor de voordelen van dit Deel te ontzeggen aan:

1. een rechtspersoon, indien staatsburgers of onderdanen van een derde staat eigenaar zijn van of zeggenschap hebben over een dergelijke rechtspersoon en indien die rechtspersoon geen wezenlijke zakelijke activiteiten heeft op het grondgebied van de Verdragsluitende Partij waar hij is opgericht, (…).

Zoals het hof in rov. 5.1.8.4 heeft overwogen, geeft art. 17 ECT verdragsstaten het recht om aan een nauwkeurig omschreven categorie van investeerders de bescherming van een groot deel van de ECT te ontzeggen, te weten aan investeerders die op formele gronden zijn gevestigd in een

verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat.[116] Anders dan de klacht betoogt, bepaalt art. 17 ECT niet dat de bescherming van de ECT aan dergelijke investeerders *moet* worden ontzegd, maar houdt de bepaling in dat die investeerders in beginsel door de ECT worden beschermd, *tenzij* een verdragsstaat anders beslist.[117] Art. 17 ECT bevat dus niet een regel die inhoudt dat investeringen die niet werkelijk, maar slechts formeel gezien internationaal zijn, geen bescherming onder de ECT toekomen.

3.100 Het onderdeel (nr. 115-117) klaagt ook dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat aan de statenpraktijk waarop de Russische Federatie een beroep heeft gedaan 'weinig gewicht' toekomt, omdat die statenpraktijk niet de uitleg en toepassing van de ECT betreft, maar de keuzes die nadien bij het sluiten van nieuwe verdragen zijn gemaakt. De klacht betoogt dat dit oordeel om verschillende redenen onjuist is: (i) het hof is uitgegaan van een onjuiste, slechts grammaticale uitleg van de ECT, (ii) aan het sluiten van verdragen die zijn gesloten ná de ondertekening van de ECT kan wel degelijk betekenis toekomen, en (iii) het hof is voorbijgegaan aan de wens van de verdragsstaten om de ECT te verduidelijken.

3.101 Het hof heeft het beroep van de Russische Federatie op de statenpraktijk afgewezen, omdat de betekenis van art. 1 leden 6 en 7 ECT reeds duidelijk is en U-bochtinvesteringen daarin niet worden uitgesloten. Dit oordeel kan de conclusie van het hof zelfstandig dragen. Volgens de uitlegmaatstaf van het WVV komt de statenpraktijk pas aan de orde in het geval dat de verdragstekst en de context tot een onduidelijke uitkomst leiden. Daarvan is in dit geval geen sprake, zodat het hof niet aan de statenpraktijk behoefde toe te komen. Ik merk op dat de bronnen die het onderdeel (nr. 116) ter adstructie van de statenpraktijk noemt, geen voorbeelden daarvan zijn, omdat het gaat om arbitrale rechtspraak, een onderzoeksrapport en een motie van de Tweede Kamer over het uitsluiten van brievenbusvennootschappen van handelsakkoorden.[118] Uit deze stukken blijkt niet dat de verdragsstaten de ECT structureel zodanig uitleggen dat U-bochtconstructies niet worden beschermd. Voor het overige bouwt de klacht voort op eerdere klachten. De klacht faalt derhalve.

3.102 Het onderdeel (nr. 117-120) doet ook een beroep op recente voorstellen van het ECT-secretariaat en van de Europese Commissie om art. 1 leden 6 en 7 ECT te verduidelijken. Deze voorstellen zijn relevant voor de interpretatie van die bepalingen, aldus het onderdeel, omdat het gaat om een verduidelijking daarvan en niet om een wijziging. Het onderdeel herhaalt dat brievenbusvennootschappen zonder wezenlijke activiteiten in het land waar zij gevestigd zijn niet onder de definitie van 'investering' vallen.

3.103 Zoals reeds opgemerkt, kan een statenpraktijk alleen meewegen bij de interpretatie van een verdrag als het gaat om een praktijk die in het kader van het desbetreffende verdrag is ontwikkeld.[119] De voorstellen waarop het onderdeel een beroep doet, zien op een mogelijk nieuw verdrag, en zijn daarom in beginsel niet relevant.[120] Verder vereist art. 31 WVV dat een statenpraktijk door alle verdragsstaten in elk geval impliciet is aanvaard. Ook daarvan is hier geen sprake, nu het gaat om voorstellen van de Europese Commissie en de Europese Raad, die slechts een deel van de partijen bij de ECT vertegenwoordigen. Tegen die achtergrond kunnen de opmerkingen in de door het onderdeel genoemde documenten niet worden beschouwd als een aanwijzing dat de begrippen 'investering' en 'investeerder' op dit moment reeds op die (voorgestelde) wijze worden uitgelegd, zodat het slechts zou gaan om een codificatie van die uitleg.[121] Uit de documenten blijkt eerder dat de Europese Commissie en de Europese Raad van mening zijn dat de huidige ECT niet langer voldoet en modernisering verdient om aan te sluiten bij veranderde uitgangspunten van investeringsbescherming. Zo stelt de Europese Commissie in zijn Aanbeveling:

'Since the 1990s (most of) the ECT provisions have not been revised. This became particularly problematic in the context of the ECT provisions on the protection of investment, which do not correspond to modern standards as reflected in the EU's reformed approach on investment protection. Those outdated provisions are no longer sustainable or adequate for the current challenges; yet it is today the most litigated investment agreement in the world.' [122]

In de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad valt onder meer het volgende te lezen:

‘The negotiations should bring the ECT provisions on investment protection in line with the modern standards of recently concluded agreements by the EU and its Member States and adjust the ECT to new political and economic global changes (including in the energy sector).

The Investment Protection standards under the Modernised ECT should continue to aim at a high level of investment protection, with provisions affording legal certainty for investors and investments of Parties in each other's market.

The modernised ECT should provide clear definitions of covered investments and investors. The definition of investor should explicitly exclude investors and businesses that are lacking substantive business activities in their country of origin, in order to clarify that mailbox companies cannot bring disputes under the ECT.’ [123]

In een Werkdocument van 20 april 2020 is het volgende voorstel voor aanpassing van art. 1 lid 7 ECT opgenomen:

‘(7) “Investor” means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law [Footnote 1] ;

(ii) a company or other organisation organised in accordance with the law applicable in that Contracting Party and engaged in substantive business activities [Footnote 2] in the territory of that Contracting Party;

[Footnote 1: (…)]

[Footnote 2: In line with its notification of the Treaty establishing the European Community to the WTO (WT/REG39/1), the European Union understands that the concept of "effective and continuous link" with the economy of a Member State of the European Union enshrined in Article 54 of the TFEU is equivalent to the concept of "substantive business activities"]’. [124]

3.104 Deze documenten wijzen niet op een gevestigde statenpraktijk die inhoudt dat aanvullende eisen worden gesteld aan ‘investeerders’ en ‘investeringen’ in de zin van de ECT. Zij wijzen eerder in de richting dat dergelijke eisen op dit moment nog niet gelden, maar volgens de EU-lidstaten in de toekomst wel gesteld zouden moeten worden.

3.105 Het onderdeel (nr. 121) klaagt dat het hof duidelijke regels en fundamentele beginselen van internationaal recht heeft miskend. Volgens het onderdeel gaat het om een beginsel van investeringsrecht, dat inhoudt dat internationale investeringsverdragen bedoeld zijn om (i) internationale investeringen te beschermen en (ii) daadwerkelijke investeerders bescherming te bieden en niet aan diegenen die slechts ‘op papier’ investeerder zijn. Daarvan is sprake als de werkelijke, economische investeerder onderdaan van een gastland is, zodat in wezen sprake is van een binnenlandse investering. De Russische Federatie heeft het bestaan van dit beginsel onderbouwd met verwijzingen naar arbitrale rechtspraak. In rov. 5.1.8.6-5.1.8.10 heeft het hof de arbitrale vonnissen waarop de Russische Federatie zich heeft beroepen, besproken en geoordeeld dat daaruit geen beginsel van investeringsrecht is af te leiden, zoals door het onderdeel (nr. 122) wordt verdedigd.

3.106 Het is juist dat beginselen van internationaal recht op grond van art. 31 lid 3, onder c, WVV een rol kunnen spelen bij verdragsinterpretatie. Doel van deze bepaling is om het verdrag te kunnen interpreteren tegen de achtergrond van het systeem van internationaal recht waarvan het deel uitmaakt.[125] Het kan daarbij gaan om regels uit andere verdragen of van internationaal gewoonterecht.[126] Uiteraard moet de regel relevant zijn voor de interpretatie van het desbetreffende verdrag. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de in aanmerking te nemen regel afkomstig is uit een verdrag waarbij alle staten partij zijn die ook partij zijn bij het te interpreteren verdrag of als die regel als internationaal gewoonterecht is aan te merken.[127] Ook kunnen

algemene rechtsbeginselen ('general principles of law recognized by civilized nations') als bedoeld in art. 38 lid 1, onder c, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof van belang zijn. Te denken valt aan het beginsel van goede trouw (*good faith*).[128] De gebruikte bewoordingen kunnen een betekenis hebben die in het internationaal gewoonterecht of volgens algemene rechtsbeginselen is aanvaard.[129]

3.107 Het standpunt dat het hof het internationaal recht heeft miskend, heeft de Russische Federatie onderbouwd door zich te beroepen op een beginsel van internationaal investeringsrecht, waarvan het bestaan zou blijken uit de eerder genoemde arbitrale rechtspraak. Dit beginsel zou inhouden dat slechts werkelijk internationale investeringen bescherming verdienen, zodat onvoldoende is dat de investeerder formeel in een ander land is gevestigd dan het land waar de investering is gedaan (het gastland), maar moet worden vastgesteld of de 'werkelijke, economische investeerder' onderdaan van dat gastland is (in dat geval is sprake van een U-bochtinvestering). Hieruit vloeit voort dat dit beginsel (voor zover dat bestaat) slechts relevant kan zijn als het gaat om een beginsel van internationaal gewoonterecht of om een regel van verdragsrecht die relevant is voor de interpretatie van de ECT. Naar mijn mening is van geen van beide sprake. In het navolgende werk ik dit uit.

3.108 Zoals het hof heeft overwogen, is een deel van de arbitrale rechtspraak gewezen op grond van het ICSID-verdrag. Zoals ik in mijn inleiding (nr. 1.10) heb geschreven, kent het ICSID-verdrag een eigen toepassingsbereik. Het ICSID-verdrag heeft uitdrukkelijk betrekking op internationale investeringen, waarbij het aan de ICSID-tribunalen is overgelaten dit begrip nader in te vullen. In de praktijk stellen ICSID-tribunalen soms strengere eisen dan de onderliggende investeringsverdragen zelf, in het bijzonder waar het gaat om het begrip 'investering' (zie de bespreking van onderdeel 3.3).[130] Ook kunnen deze eisen strenger zijn dan die van andere (commerciële) arbitragetribunalen, die hun rechtsmacht niet baseren op het ICSID-verdrag.[131] Dit alles betekent dat voor zover ICSID-tribunalen in bepaalde gevallen strengere eisen hebben gesteld aan het internationale karakter van een investering dan de ECT, dit niet meebrengt dat de ECT daarom ook strenger zou moeten worden uitgelegd. Die strengere eisen komen immers voort uit het ICSID-verdrag en/of uit het onderliggende bilaterale investeringsverdrag. Uit het feit dat al deze verdragen verschillende eisen stellen aan het internationale karakter van een investering[132], vloeit ook voort dat niet van een regel van internationaal gewoonterecht kan worden gesproken.[133] Evenmin is daarom duidelijk dat de ECT overeenkomstig de regels uit het ICSID-verdrag of uit andere investeringsverdragen zou moeten worden geïnterpreteerd. Integendeel, de verschillende verdragen kennen hun eigen definities, wat in de praktijk ook aanleiding kan geven tot verschillende uitkomsten. Overigens oordeelde het ICSID-tribunaal in het op grond van de ECT gewezen vonnis inzake *Plama/Bulgarije* in lijn met art. 1 lid 7 ECT (zie nr. 3.110, hierna).

3.109 Voor zover dus al uit de verschillende arbitrale uitspraken strengere eisen ten aanzien van het internationale karakter van een investering kunnen worden afgeleid (het hof heeft dat argument steeds verworpen), geldt dat die eisen niet relevant zijn voor de ECT, omdat de desbetreffende rechtspraak op andere verdragen betrekking heeft. Dat is met de meeste door het onderdeel genoemde uitspraken het geval. Zo ziet de uitspraak inzake *Loewen/United States of America* op het NAFTA-verdrag[134], en de zaken *Phoenix/Tsjechië*[135], *Occidental/Ecuador*[136], *TSA Spectrum de Argentina S.A./Argentinië*[137] en *ST-AD GmbH*/*Bulgarije*[138] op het ICSID-verdrag en verschillende bilaterale investeringsverdragen. De zaak *Lemire/Oekraïne* heeft betrekking op het BIT tussen de Verenigde Staten en Oekraïne.[139] Deze arbitrale beslissingen zijn niet van belang voor de uitleg van de ECT.

3.110 Overigens heeft het hof in rov. 5.1.8.10 acht geslagen op (door HVY aangedragen) arbitrale rechtspraak die wél is gewezen op grond van de ECT. In de zaak *Plama/Bulgarije* heeft het ICSID-tribunaal geoordeeld dat het overeenkomstig de definitie van art. 1 lid 7 ECT irrelevant is wie de eigenaar van de investerende vennootschap is en/of door wie deze wordt gecontroleerd. Volgens het tribunaal was uitsluitend relevant dat de investerende vennootschap (Plama Consortium) was opgericht overeenkomstig het recht van Cyprus.[140] Volgens het hof zijn daarmee de arbitrale vonnissen inzake *Charanne/Spanje*[141]en *Isolux/Spanje*[142] in lijn (zie rov. 5.1.8.8 en 5.1.8.10). Het vonnis in de zaak *Alapli/Turkije* wijst er volgens het hof weliswaar op dat U-bochtconstructies geen bescherming verdienen, maar geeft gezien de verdeeldheid van de arbiters op dit punt geen blijk

van een algemeen geaccepteerd beginsel van die strekking.[143] Deze lezing van de verschillende arbitrale vonnissen wordt door het middel niet bestreden.

3.111 Uit het voorgaande volgt dat de klacht faalt dat het hof het internationaal recht heeft miskend. Ik merk ten overvloede nog op dat ook in de door mij geraadpleegde literatuur over de ECT geen steun valt te vinden voor de opvatting van de Russische Federatie dat extra eisen aan het internationale karakter van de investeringen moeten worden gesteld.[144] Ook het ICSID-tribunaal heeft in de reeds genoemde uitspraak *Plama/Bulgarije* geoordeeld dat dergelijke nadere eisen niet worden gesteld. In de literatuur is erop gewezen dat de consequentie van die uitspraak weliswaar is dat brievenbusvennootschappen aanspraak kunnen maken op bescherming onder de ECT, maar dat hiertegenover staat dat verdragsstaten die bescherming op grond van art. 17 ECT (de *denial of benefits clause*) kunnen beperken tot investeerders die een substantiële band hebben met het land waar zij gevestigd zijn en zo brievenbusvennootschappen van die bescherming kunnen uitsluiten.[145] Zolang verdragsstaten van die mogelijkheid geen gebruik hebben gemaakt, vallen ook brievenbusvennootschappen onder de reikwijdte van de ECT.[146]

3.112 Onderdeel 3.2.4 klaagt over rov. 5.1.8.8, waarin het hof heeft overwogen dat onvoldoende is toegelicht waarom Khodorkovsky c.s. zijn te beschouwen als 'beneficial owners' van de Yukosaandelen en waarom HVY de aandelen slechts houden ten behoeve van Khodorkovsky c.s. Het onderdeel betoogt dat dit oordeel gelet op art. 149 en 154 Rv onjuist is, althans onbegrijpelijk, omdat partijen het hierover eens zouden zijn.

3.113 De klacht faalt bij gebrek aan belang. De bestreden rechtsoverweging ziet immers niet uitsluitend op de vraag of Khodorkovsky c.s. de 'beneficial owners' zijn van de Yukosaandelen en van HVY, maar heeft primair betrekking op de vraag of dit relevant is voor de toepassing van de ECT. Het hof heeft in deze overweging de stelling van de Russische Federatie verworpen dat de ECT een onderscheid maakt tussen de formele en de materiële eigenaar, in die zin dat alleen de laatste procesbevoegdheid heeft (zie rov. 5.1.8.7). Het hof heeft geconcludeerd dat een dergelijke regel niet bestaat, en die conclusie onderbouwd met een verwijzing naar de zaak *Charanne/Spanje*. Het onderdeel bestrijdt die conclusie overigens niet.

3.114 Ik kom tot de slotsom dat alle klachten van onderdeel 3.2 falen.

Onderdeel 3.3: daadwerkelijke economische bijdrage aan economie gastland

3.115 Onderdeel 3.3 is gericht tegen rov. 5.1.9.1-5.1.9.5 en klaagt dat het hof ten onrechte het standpunt van de Russische Federatie heeft verworpen dat de aandelen van HVY in Yukos niet als 'investering' onder de ECT kunnen worden aangemerkt, omdat HVY geen daadwerkelijke economische bijdrage hebben geleverd aan de Russische Federatie. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de Russische Federatie het bestaan van een dergelijk internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht niet heeft aangetoond (nr. 126) en dat het hof ten onrechte is uitgegaan van een louter grammaticale uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' uit de ECT (nr. 127). Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte overwogen dat het vereiste van de economische bijdrage slechts geldt voor een investering als bedoeld in het ICSID-verdrag en niet voor de ECT (nr. 129).

3.116 Voor zover de klachten voortbouwen op eerdere onderdelen, delen zij het lot daarvan. Wat de klacht in nr. 129 betreft, herhaal ik dat het ICSID-verdrag een eigen toepassingsbereik kent, hetgeen ertoe heeft geleid dat het ICSID-tribunaal in de uitspraak inzake *Salini Costruttori SpA/Marokko*[147] criteria heeft geformuleerd om vast te stellen of sprake is van een investering. Deze *Salini*-criteria zijn strenger dan die van de ECT.[148] Een van die criteria is dat met de investering een bijdrage wordt geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland (zie rov. 5.1.9.2 e.v. van het eindarrest). Gelet op het bestaan van de verschillen tussen de *Salini*-criteria en de criteria van de ECT, dienen investeerders die menen dat hun rechten onder de ECT zijn geschonden, zorgvuldig af te wegen of zij hun claim aan het ICSID willen voorleggen, omdat het risico bestaat dat het ICSID rechtsmacht afwijst.[149] Het is dus duidelijk en in de praktijk geaccepteerd, dat het ICSID-verdrag anders wordt uitgelegd dan de ECT. Er zijn in de tekst van de ECT ook geen aanwijzingen dat de definitie van 'investeerder' (of van andere begrippen) uit de ECT conform die van het ICSID-verdrag zou moeten worden uitgelegd.

3.117 Zoals ik reeds heb opgemerkt, biedt de ECT geen echte definitie van het begrip 'investering', maar in plaats daarvan een niet uitputtende lijst van vermogensbestanddelen die als zodanig worden aangemerkt. Dit roept de vraag op hoe moet worden beoordeeld of vermogensbestanddelen die niet op de lijst van art. 1 lid 6 ECT staan, als investering moeten worden aangemerkt. In dit verband is in de literatuur opgemerkt dat opvattingen van het begrip 'investering' die buiten de ECT zijn ontwikkeld, zoals in het kader van het ICSID-verdrag, van dienst zouden kunnen zijn.[150] Ook zijn er enkele uitspraken in ECT-zaken waarin voor de definitie van 'investeerder' werd aangesloten bij de *Salini*-rechtspraak onder het ICSID-verdrag.[151] Zo oordeelde de meerderheid van de arbiters in de zaak *Alapli/Turkije*, dat de ECT 'a meaningful contribution' door de investeerder in de gaststaat vereist. Daarvan was volgens hen geen sprake, omdat de eiser geen eigen geld had geïnvesteerd, maar slechts als 'doorgeefluik' had gefungeerd.[152] Door een van de andere arbiters werd deze opvatting in een *dissenting opinion* bestreden op de grond dat een dergelijk criterium in de ECT niet te vinden is.[153] In andere rechtspraak werd uitdrukkelijk geoordeeld dat de *Salini*-criteria geen rol kunnen spelen in het kader van de ECT. In *Anatolie Stati e.a./Kazachstan* overwoog het tribunaal dat de ECT een 'extremely broad definition' van het begrip 'investering' kent en dat wanneer een vermogensbestanddeel door art. 1 lid 6 ECT wordt bestreken, geen betekenis meer toekomt aan criteria die in het kader van een ander verdrag zijn ontwikkeld:

'806. (…) Guidelines and tests of criteria developed in this jurisprudence on the ICSID Convention and similar treaties, therefore, cannot be used as long as any right or activity is clearly covered by the wording of the above definition in ECT cases. Therefore, the so-called *Salini* test, controversial and much discussed both by the Parties in this case and otherwise in ICSID and similar arbitrations, even if applied as a flexible guideline rather than as a strict jurisdictional requirement, cannot be used for the definition of investment under the ECT or, likewise, in the present case. The Tribunal, thus, sees no need to examine the various criteria discussed for the *Salini* test.' [154]

3.118 De conclusie luidt dat de ICSID-rechtspraak, in het bijzonder inzake *Salini*, niet duidt op het bestaan van een beginsel van internationaal investeringsrecht dat ook bij interpretatie van de ECT in acht zou moeten worden genomen. Daarvoor loopt de arbitrale rechtspraak teveel uiteen. Bovendien zijn er slechts enkele uitspraken (waarvan één niet-unanieme) waarin dit standpunt is ingenomen, zodat daaraan geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend. Ik verwijs verder naar hetgeen ik onder 1.8 van deze conclusie heb opgemerkt over de betekenis van arbitrale rechtspraak in het kader van de uitleg van verdragen.

3.119 Ik kom tot de slotsom dat de klachten van onderdeel 3.3 falen.

Onderdeel 3.4: piercing the corporate veil

3.120 Onderdeel 3.4 is gericht tegen rov. 5.1.8-5.1.11 en klaagt dat het hof en het Scheidsgerecht 'door de louter formele vennootschappelijke structuur' van HVY heen hadden moeten kijken, omdat deze vennootschappen slechts zijn opgericht om illegale handelingen, waaronder belastingontduiking, te kunnen plegen en te verhullen. Het is een beginsel van internationaal recht dat waar vennootschappen op dergelijke wijze zijn misbruikt, door de vennootschappelijke structuur heen moet worden gekeken (*piercing/lifting the corporate veil*). In dit geval heeft dit tot consequentie dat HVY niet als investeerder in de zin van de ECT kunnen gelden, omdat zij niet kunnen worden beschouwd als te zijn opgericht conform het recht van Cyprus respectievelijk het Isle of Man, zoals art. 1 lid 7 ECT vereist, aldus het onderdeel.

3.121 Het hof heeft dit betoog van de Russische Federatie verworpen op een drietal gronden. Ten eerste is volgens het hof van een dergelijk beginsel niet gebleken (rov. 5.1.10.1-5.1.10.2). Ten tweede zijn er geen aanwijzingen dat art. 1 lid 7 ECT een grondslag biedt voor toepassing van dit leerstuk in de door de Russische Federatie bepleite zin. Ten derde ziet het leerstuk van *piercing the corporate veil* op het vaststellen van aansprakelijkheid en kan het niet worden gebruikt om de bevoegdheid van het Scheidsgerecht aan te vechten (rov. 5.1.10.4).

3.122 De klachten nemen tot feitelijk uitgangspunt dat HVY uitsluitend zijn opgericht om illegale activiteiten te verhullen. Dit is niet komen vast te staan.[155] In cassatie zal daarom, bij wijze van

hypothetisch feitelijke grondslag, als uitgangspunt worden genomen dat HVY inderdaad zijn opgericht om genoemde illegale activiteiten te verhullen.

3.123 De klachten van het onderdeel zijn geënt op het leerstuk van *piercing/lifting the corporate veil.* Deze term heeft inderdaad, zoals het hof overweegt, primair betekenis in de context van aansprakelijkheid van rechtspersonen. *Piercing the corporate veil* betekent dat door de rechtspersoonlijkheid 'heen moet worden gekeken' zodat de aandeelhouders aansprakelijk kunnen worden gesteld in plaats van uitsluitend de rechtspersoon zelf.[156] De term krijgt soms een bredere betekenis en wordt gebruikt om andere situaties aan te duiden waarin de rechtspersoon wordt weggedacht en in plaats daarvan wordt bezien wie daarover zeggenschap hebben.[157] Zo kent de ECT het beginsel *piercing the corporate veil* in deze brede betekenis: art. 26 lid 7 ECT maakt het mogelijk de rechtsbescherming van art. 26 ECT uit te breiden tot investeerders die gevestigd zijn in het land waar de investering is gedaan, mits zij onder zeggenschap staan van investeerders uit een andere verdragsstaat. In dat geval is dus niet beslissend wie de investeerder is en waar deze is gevestigd, maar onder wiens zeggenschap de investeerder feitelijk staat.[158] Op die manier wordt door de investeerder/vennootschap heen gekeken, maar ditmaal – anders dan in de zojuist beschreven opvatting – ten gunste van degenen die daarover zeggenschap hebben.

3.124 Het onderdeel doet een beroep op een invulling van het begrip *piercing the corporate veil* in het internationale recht, die zou inhouden dat rechters en scheidsgerechten door vennootschappelijke entiteiten heen moeten kijken die zijn misbruikt voor illegaal handelen. Daarom zou aan die entiteiten bescherming onder (investerings)verdragen moeten worden ontzegd. Strikt genomen is er in dat geval geen sprake van *piercing the corporate veil*, omdat in die opvatting niet door de vennootschap wordt heen gekeken naar de aandeelhouders, maar de vennootschap wordt geacht in het geheel niet te bestaan zonder dat verder relevant is wie daarover zeggenschap heeft. Het onderdeel beroept zich echter op een beginsel van internationaal recht van die strekking.

3.125 Het onderdeel verwijst ter onderbouwing van het bestaan van een dergelijk beginsel naar de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) inzake *Barcelona Traction*.[159] In die zaak was aan de orde of België bij het IGH een procedure aanhangig kon maken tegen Spanje, ten behoeve van Belgische aandeelhouders van Barcelona Traction, een Canadese vennootschap. Het IGH moest daarom onder meer beoordelen of aandeelhouders van een vennootschap kunnen procederen op grond van beweerdelijk onrechtmatig handelen jegens de vennootschap. Het IGH nam de zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van haar aandeelhouders tot uitgangspunt, maar overwoog ook dat hierop onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen kunnen worden gemaakt, met name in het geval dat de vennootschap niet in staat is gebleken de belangen van degenen die hun financiële middelen aan de vennootschap hebben toevertrouwd, te beschermen.[160] In dergelijke situaties, aldus het IGH, wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van onafhankelijkheid van de vennootschap:

'56. (…) Here, then, as elsewhere, the law, confronted with economic realities, has had to provide protective measures and remedies in the interests of those within the corporate entity as well as of those outside who have dealings with it: the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute. It is in this context that the process of "lifting the corporate veil" or "disregarding the legal entity" has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.'

Het IGH heeft overwogen dat een dergelijke uitzondering ook een rol kan spelen in het internationaal recht. Wel benadrukte het IGH het uitzonderlijke karakter van het proces van *lifting the veil*:

'58. In accordance with the principle expounded above, the process of lifting the veil, being an

exceptional one admitted by municipal law in respect of an institution of its own making, is equally admissible to play a similar role in international law. It follows that on the international plane also there may in principle be special circumstances which justify the lifting of the veil in the interest of shareholders.'

3.126 Het IGH heeft in het internationaal recht het bestaan van de mogelijkheid van *piercing the corporate veil* erkend, onder meer 'to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance', maar tevens overwogen dat hiervoor slechts in uitzonderlijke omstandigheden ruimte is. Het IGH is dus niet zo ver gegaan als het onderdeel (nr. 132) betoogt, want in de uitspraak is niet te lezen dat rechters en scheidsgerechten 'verplicht' zijn om door vennootschappen heen te kijken die zijn misbruikt voor '*fraud or malfeasance'*. Bovendien blijkt uit de uitspraak niet dat een vennootschap ook in het geheel zou kunnen worden weggedacht, zoals door het onderdeel wordt betoogd.

3.127 Uit de arbitrale ICSID-uitspraken waarnaar door het onderdeel (en het hof) wordt verwezen (in de zaken *Cementownia/Turkije*[161]*, Phoenix/Tsjechië* en *Alapli/Turkije)* blijkt evenmin van een regel dat scheidsgerechten verplicht zijn om door vennootschappen heen te kijken in het geval dat deze zijn misbruikt voor illegale activiteiten. Deze uitspraken hebben een beperktere betekenis. Zij houden in dat onder omstandigheden bescherming onder de ECT kan worden ontzegd aan eisers die aandelen in vennootschappen hebben verworven met als enig doel toegang te verkrijgen tot de arbitrageprocedure. In dat geval wordt niet de eisende vennootschap 'weggedacht', omdat die niet conform het recht van een verdragsstaat zou zijn opgericht, maar is er geen sprake van een investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT.[162] Daarnaast heeft het ICSID-tribunaal in deze zaken weliswaar overwogen dat het verwerven van aandelen in een buitenlandse vennootschap teneinde toegang tot investeringsarbitrage te verkrijgen onaanvaardbaar kan zijn, maar ook overwogen dat een onderscheid moet worden gemaakt met *bona fide* transacties, en dat dit sterk van de omstandigheden van het geval afhangt.[163] Deze ICSID-rechtspraak erkent dus, tot op zekere hoogte, het leerstuk van *piercing the corporate veil*, maar heeft dit tot op heden slechts toegepast in een specifieke situatie, die zich niet voordoet in de zaak die in cassatie aan de orde is.[164]

3.128 Zoals het hof terecht heeft overwogen, biedt art. 1 lid 7 ECT geen grondslag om vennootschappen 'weg te denken' op de door het onderdeel verdedigde wijze. Ik herhaal dat art. 1 lid 7 ECT slechts de formele eis stelt dat een vennootschap is opgericht volgens het recht van een verdragsstaat. Deze bewoordingen bieden geen grondslag om een vennootschap die volgens het recht van een verdragsstaat is opgericht 'weg te denken' door deze niet als investeerder aan te merken (omdat deze voor illegale doeleinden is opgericht, of om een andere reden).[165] Het onderdeel (nr. 137) voert nog aan dat art. 1 lid 7 ECT een expliciete grondslag biedt voor de toepassing van het leerstuk van *piercing the corporate veil* dat bestaat in het recht van Cyprus en het Isle of Man (waar HVY gevestigd zijn), maar stelt niet dat dit leerstuk volgens het recht van die staten op de door het onderdeel verdedigde wijze wordt ingevuld. Voor zover het onderdeel bedoelt te klagen dat het hof het vreemde recht op dit punt verkeerd zou hebben toegepast, faalt de klacht op grond van het bepaalde in art. 79 lid 1, onder b, RO, dan wel bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat deze vraag in feitelijke instanties kennelijk niet aan de orde is geweest (het onderdeel verwijst niet naar vindplaatsen in de processtukken waar hierover stellingen zouden zijn ingenomen).

3.129 De slotsom luidt dat de klachten van onderdeel 3.4 falen.

Onderdeel 3.5: prejudiciële vragen over art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT?

3.130 Onderdeel 3.5 betoogt dat de uitleg van het hof onverenigbaar is met het EU-recht. Volgens het onderdeel had het hof over de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 en art. 26 ECT prejudiciële vragen aan het HvJEU moeten stellen en in dit verband alle kwesties moeten betrekken die in deze zaak aan de orde zijn gesteld.

3.131 Ik verwijs naar hetgeen ik heb opgemerkt bij de bespreking van onderdeel 2.7. Voor het stellen van prejudiciële vragen bestaat geen aanleiding, indien het antwoord op die vragen niet

noodzakelijk is voor de beoordeling van het geschil. Ook daarvan is ten aanzien van onderdeel 3 sprake. De verschillende klachten van dit onderdeel falen om uiteenlopende redenen: deels wegens gebrek aan feitelijke grondslag, deels omdat zij een beroep doen op bronnen die volgens de uitlegregels van het WVV niet relevant zijn voor de uitleg van de ECT, en deels omdat de klachten motiveringsklachten zijn die falen.

Onderdeel 4: uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen)

3.132 Onderdeel 4 ziet eveneens op de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' van art. 1 leden 6 en 7 ECT en betoogt dat illegale investeringen daar niet onder vallen, zodat het Scheidsgerecht niet bevoegd was om van de claims van HVY kennis te nemen. Daarnaast betoogt het onderdeel dat het oordeel van het Scheidsgerecht strijdig is met de openbare orde, omdat het ervoor zorgt dat HVY kunnen profiteren van onrechtmatig handelen. Het onderdeel valt in vier subonderdelen uiteen.

3.133 Onderdeel 4.1 bevat geen klachten, maar geeft een overzicht van de illegale handelingen waaraan HVY zich schuldig zouden hebben gemaakt. De Russische Federatie heeft op dat punt het volgende gesteld:

1) HVY hebben de aandelen in Yukos op illegale wijze verkregen, namelijk door manipulatie van veilingen en het betalen van steekpenningen (onderdeel 4.1.2);

2) Hulley en VPL zijn opgericht om dividendbelasting te ontduiken, waaraan ook YUL heeft meegewerkt (onderdeel 4.1.3);

3) Yukos heeft in de Russische Federatie belasting ontdoken door middel van het gebruik van schijnvennootschappen in vrije belastingregio's (onderdeel 4.1.4);

4) HVY hebben de rechtsgang naar aanleiding van dit illegale handelen belemmerd door bewijs te vernietigen en gelden weg te sluizen naar het buitenland (onderdeel 4.1.5).

3.134 De Russische Federatie heeft betoogd dat het Scheidsgerecht zich, vanwege de illegaliteit van de investeringen van HVY, onbevoegd had moeten verklaren. In investeringsarbitrages wordt, aldus de Russische Federatie, algemeen aanvaard dat de verdragsbescherming zich niet uitstrekt tot investeringen die in strijd met het recht van de gaststaat zijn gedaan, ook al bevat het desbetreffende verdrag geen bepaling die dergelijke investeringen uitdrukkelijk uitsluit van de werkingssfeer van de ECT.[166]

3.135 Het hof heeft, samengevat, overwogen dat inderdaad een beginsel van internationaal investeringsrecht bestaat, dat inhoudt dat investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland niet beschermd worden. Het moet dan wel gaan om gevallen waarin illegaal is gehandeld bij het doen van de investering, niet daarna (rov. 5.1.11.2). In het geval dat dit komt vast te staan, moet volgens het hof voor de gevolgen een onderscheid worden gemaakt tussen (a) investeringsverdragen met in de definitie van de term 'investering' een zinsnede die inhoudt dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law' of woorden van soortgelijke strekking, en (b) investeringsverdragen waarin dat niet het geval is. Bij de eerstgenoemde categorie van verdragen valt een illegale investering in het geheel buiten de reikwijdte van het verdrag: er is dan geen sprake van een investering. De ECT bevat niet een zodanige uitdrukkelijke legaliteitseis. Voor dergelijke verdragen bestaat geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich in het geval van een illegale investering onbevoegd zou moeten verklaren (rov. 5.1.11.4-5.1.11.5). Volgens het hof zijn de bewoordingen van art. 1 lid 6 en art. 26 ECT doorslaggevend. Nu daarin geen expliciete legaliteitseis te lezen is, kan niet worden geoordeeld dat wanneer blijkt van een illegale investering, dit leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Wel kan mogelijk worden geoordeeld dat de investering niet kan profiteren van de materiële bescherming van de ECT, maar dat is iets anders. Ten overvloede heeft het hof gewezen op het oordeel van het Scheidsgerecht, dat inhoudt dat het illegale handelen bij de privatisering van Yukos en de acquisitie van de aandelen in Yukos door HVY in een te ver verwijderd verband staan. Er is dus volgens het hof niet komen vast te staan dat van een illegale investering sprake is.

Onderdeel 4.2: bestaan van legaliteitsvereiste

3.136 Onderdeel 4.2 klaagt dat het hof heeft miskend, dat in (de definitie van investering in) de ECT een legaliteitseis besloten ligt, omdat de ECT geen investeringen beschermt die illegaal verkregen en behouden zijn. Het onderdeel doet een beroep op de gewone betekenis van het begrip 'investering', alsmede op context, voorwerp en doel van de ECT en op arbitrale rechtspraak.

3.137 Het hof heeft in rov. 5.1.11.5 overwogen dat in de ECT geen uitdrukkelijk legaliteitsvereiste is opgenomen, zoals een zinsnede inhoudend dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law', of woorden van soortgelijke strekking. Het onderdeel betoogt niet dat dergelijke woorden wel in de ECT zouden zijn opgenomen[167], maar verdedigt het standpunt dat een en ander in de ECT besloten ligt en verwijst (in nr. 154) onder meer naar een introductie bij de ECT van het ECT-Secretariaat.[168] Het hof heeft in rov. 5.1.11.2 overwogen dat een beginsel van internationaal investeringsrecht bestaat dat inhoudt dat illegale investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland geen bescherming verdienen. Het hof heeft in rov. 5.1.11.3 (in samenhang met rov. 5.1.11.5) geoordeeld dat in de ECT in de definitie van 'investering' geen zinsnede is opgenomen dat de investering moet zijn gedaan 'in accordance with the law'. Volgens het hof heeft dit geen gevolgen voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om kennis te nemen van claims op grond van de ECT vanwege het eerder gemaakte onderscheid tussen verdragen die wel en die niet een uitdrukkelijke legaliteitseis bevatten. Het onderdeel bestrijdt niet dat een dergelijk onderscheid moet worden gemaakt, zodat het onderdeel in zoverre faalt.

3.138 Ook uit de arbitrale rechtspraak blijkt niet dat het oordeel van het hof onjuist is. Uit de arbitrale rechtspraak kan worden afgeleid dat de ECT een impliciete legaliteitseis bevat, maar niet dat die zou moeten leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht.[169] Relevant in dit kader zijn onder meer de uitspraken van het ICSID-tribunaal in de reeds genoemde zaak *Plama/Bulgarije*, die het hof in rov. 5.1.11.4 heeft besproken. In die procedure heeft Bulgarije gesteld dat niet kon worden gesproken van een investering in de zin van de ECT, omdat de investeerder verborgen had gehouden onder wiens zeggenschap zij stond. Het tribunaal heeft dit argument verworpen in het kader van de beoordeling van zijn bevoegdheid en geoordeeld dat aan de definitie van art. 1 lid 6 ECT is voldaan wanneer sprake is van een eigendomsrecht of een contractuele aanspraak, ook als dit recht of die aanspraak aanvechtbaar ('defeasible') is.[170] Vervolgens heeft het tribunaal dit argument alsnog behandeld bij de beoordeling van de claim ten gronde. Het tribunaal heeft daarin onder meer overwogen dat de ECT geen investeringen beschermt die zijn gedaan in strijd met de wet. De vordering is vervolgens afgewezen.[171] Ook in de beslissing van het scheidsgerecht in de zaak *Blusun/Italië*, die eveneens op de ECT betrekking heeft, is deze benadering gevolgd (zie rov. 5.1.11.4), evenals in de beslissing van het scheidsgerecht in de zaak *Anatolie Stati e.a./Kazachstan*.[172]

3.139 Er zijn ook arbitrale beslissingen waarin een andere benadering is gevolgd, maar die zaken hebben geen betrekking op de ECT. Bovendien zien sommige van die beslissingen op verdragen die een uitdrukkelijke legaliteitseis bevatten.[173] Daarom is uit deze rechtspraak geen algemene regel af te leiden die inhoudt dat een scheidsgerecht zich steeds onbevoegd zou moeten verklaren in het geval van een illegale investering, ook wanneer het desbetreffende verdrag geen uitdrukkelijke legaliteitseis bevat. Het is juist dat in sommige arbitrale uitspraken zonder meer is overwogen dat illegaliteit onbevoegdheid van het scheidsgerecht meebrengt[174], maar dan is vereist dat illegaal is gehandeld bij het doen van de investering, bijvoorbeeld omdat gefraudeerd is bij het inschrijven voor een aanbesteding.[175] Volgens het scheidsgerecht in de zaak *Phoenix/Tsjechië* leidt echter alleen evidente illegaliteit tot onbevoegdheid.[176] In de zaak *Mamidoil Jetoil/Albania* heeft het scheidsgerecht overwogen dat staten in beginsel geen rechtsmacht van een arbitraal tribunaal behoeven te accepteren wanneer het gaat om illegale investeringen, maar dat dit anders is wanneer deze staat zich bereid heeft getoond de investeringen te legaliseren.[177] In *SAUR International/Argentinië* is eveneens overwogen dat illegale investeringen niet beschermd worden, maar is daaraan niet de consequentie van onbevoegdheid verbonden.[178]

3.140 Uit het voorgaande volgt dat in de arbitrale rechtspraak de vraag of de illegaliteit van een investering tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht moet leiden (in de gevallen waarin geen legaliteitseis in het relevante verdrag is opgenomen), verschillend wordt beantwoord. Sommige

scheidsgerechten beantwoorden deze vraag bevestigend, andere arbitrale tribunalen volgen een meer genuanceerde benadering. Doorslaggevend is echter dat er geen uitspraken zijn waarin de ECT aldus is uitgelegd dat illegaliteit van een investering tot onbevoegdheid leidt. Ook in de literatuur is benadrukt dat de ECT geen legaliteitseis kent, die gevolgen zou kunnen hebben voor de bevoegdheid van een scheidsgerecht om claims op grond van de ECT te beoordelen.[179] Naar mijn mening kan daarom niet worden gesproken van een algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich onbevoegd moet verklaren in het geval van een illegale investering. In het kader van de ECT is steeds overwogen dat illegaliteit van een investering hooguit een rol kan spelen bij de beoordeling van de zaak ten gronde.

3.141 Uit het bovenstaande volgt dat onderdeel 4.2 faalt.

Onderdeel 4.3: illegaal handelen

3.142 Onderdeel 4.3 valt in twee onderdelen uiteen en verdedigt dat illegaal handelen in aanmerking moet worden genomen.

3.143 Onderdeel 4.3.1 is gericht tegen rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 en rov. 9.8.5-9.8.10, waarin het hof heeft geoordeeld over fraude en corruptie bij de verkrijging van een meerderheidsbelang in Yukos. Het onderdeel klaagt, kort gezegd, dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, waar het alleen heeft gekeken naar de transacties waarmee HVY de aandelen in Yukos hebben verkregen. Volgens het onderdeel had het hof zich bij de beantwoording van de vraag of een investering legaal is verkregen niet moeten beperken tot een beoordeling van de laatste transactie in een keten van transacties, maar had het hof ook acht moeten slaan op hetgeen aan de verkrijging van de aandelen door HVY vooraf is gegaan. Van belang is onder meer dat steekpenningen zijn betaald aan de bestuurders van Yukos voordat zij werd geprivatiseerd (de zogenoemde *Red Directors*), en dat de op illegale wijze verkregen Yukosaandelen van de ene naar de andere (schijn)vennootschap zijn verplaatst om de illegale verkrijging ervan te verhullen, aldus het onderdeel.

3.144 Het onderdeel mist belang, omdat uit rov. 5.1.11.6 blijkt dat rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 ten overvloede zijn gegeven. Ook overigens faalt de klacht, omdat de omstandigheid dat een investering in strijd met de wet van het gastland is gedaan, alleen relevant is indien die strijdigheid verband houdt met het doen van de investering.[180] Het hof heeft dit dan ook terecht in rov. 5.1.11.2 tot uitgangspunt genomen. Het is dus juist dat het hof heeft beoordeeld of gebleken is van illegaal handelen door HVY ten tijde van hun investering (rov. 5.1.11.8) en niet ook het handelen bij de verwerving van de aandelen in Yukos door anderen in 1995/1996. Het oordeel van het hof is bovendien niet onbegrijpelijk. Voor de goede orde merk ik nog op dat het hof de stelling dat YUL betrokken was bij het betalen van steekpenningen aan de *Red Directors* heeft beoordeeld en als irrelevant heeft verworpen. In het oordeel van het hof dat uitsluitend moet worden gekeken naar de acquisitie van de aandelen in Yukos door HVY, en niet naar eerdere transacties, ligt een verwerping besloten van de stelling dat HVY de eerdere illegale verwerving van die aandelen hebben helpen verhullen. Het onderdeel faalt dus.

3.145 Onderdeel 4.3.2 is gericht tegen het oordeel van het hof dat illegaal handelen door HVY na het doen van de investering niet relevant is voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

3.146 Ook dit onderdeel faalt, omdat het uitgangspunt van het hof juist is dat alleen illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht leidt. De arbitrale uitspraak in de zaak *Hesham Talaat M. Al-Warraq/Indonesië* waarnaar het onderdeel (nr. 164 en voetnoot 341) verwijst, leidt niet tot een andere conclusie. Die uitspraak heeft namelijk betrekking op een investeringsverdrag dat, anders dan de meeste investeringsverdragen, een expliciete bepaling bevat die investeerders gebiedt de wetten van het gastland te respecteren.[181] Hieruit kan dus geen algemene regel worden afgeleid, die inhoudt dat ook illegaal handelen ná het doen van de investering tot onbevoegdheid van een scheidsgerecht leidt.

Onderdeel 4.4: strijd met de openbare orde

3.147 Onderdeel 4.4 is gericht tegen rov. 9.8.5-9.8.10, waarin het hof het betoog van de

Russische Federatie heeft verworpen dat de Final Awards strijdig zijn met de openbare orde, omdat het resultaat daarvan is dat de hiervoor genoemde illegale handelingen worden beschermd. Na een inleiding (onder 4.4.1) klaagt het onderdeel (onder 4.4.2) dat het hof heeft miskend dat het in strijd is met de nationale en internationale openbare orde dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van een illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investering voor bescherming in aanmerking zouden komen, althans dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd.

3.148 Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv slechts mogelijk, indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.[182] Het onderdeel betoogt in de kern dat met de *Final Award* een fundamentele regel van dwingend recht is geschonden, die inhoudt dat geen bescherming toekomt aan goederen of rechten die door illegaal handelen zijn verkregen. Dit argument heeft de Russische Federatie in de arbitrale procedure aangedragen onder de noemer '*unclean hands*'. Het onderdeel verwijst ter onderbouwing naar (arbitrale) rechtspraak, waaronder de uitspraak van de *Cour d'appel* van Parijs in de zaak *Kirgizië/Belokon*, waarin tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis is geweigerd omdat de vermeende investeerder zich schuldig had gemaakt aan witwassen.[183] Ook verwijst het onderdeel naar verschillende verdragen tegen corruptie en witwassen, en naar literatuur waarin is betoogd dat corruptie in strijd is met de internationale openbare orde.[184]

3.149 Het onderdeel gaat voorbij aan de kern van het oordeel van het hof in rov. 9.8.5 e.v. en eveneens aan de door het hof samengevatte kern van het oordeel van het Scheidsgerecht.[185] Het hof heeft niet miskend dat het beschermen van goederen of rechten, die door illegaal handelen (zoals corruptie) zijn verkregen, strijd met de internationale openbare orde kan opleveren. De kern van het oordeel van het hof is dat, voor zover dergelijke illegale handelingen hebben plaatsgevonden, deze niet aan HVY kunnen worden verweten, althans niet in verband staan met hun investeringen. De illegale handelingen hebben immers deels plaatsgevonden nadat de investering door HVY was gedaan en zijn deels door anderen gepleegd voordat HVY aandeelhouder in Yukos werden. Ook overigens is niet gebleken van een verband tussen het illegale handelen en de investering van HVY, aldus het Scheidsgerecht en het hof. Volgens dit oordeel is dus geen sprake van illegaal handelen, zoals corruptie of witwassen, door HVY zélf bij de totstandkoming van de investering. Uit de door het onderdeel genoemde bronnen kan niet worden afgeleid dat ook illegaal handelen relevant is waarbij de investeerder niet betrokken of niet begaan is bij het doen van de investering. Zo heeft de door het onderdeel (nr. 166) genoemde uitspraak in de zaak *World Duty Free/Kenia* betrekking op omkoping van de Keniaanse president door de *chief executive officer* van de investeerder[186], en de uitspraak inzake *Kirgizië/Belokon* op vermeende witwaspraktijken door de investeerder. De klachten van het onderdeel stuiten op het voorgaande af.

3.150 Onderdeel 4.4.3 is gericht tegen rov. 9.8.8, waarin het hof paragraaf 1370 *Final Awards* heeft besproken. Het hof heeft overwogen dat het Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen zich heeft voorgedaan voordat HVY aandeelhouder werden en dat deze dientengevolge zijn verricht door anderen, zoals Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. Volgens het hof heeft het Scheidsgerecht dus niet méér beslist dan dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Dit oordeel is volgens het hof juist en is door de Russische Federatie niet, althans onvoldoende gemotiveerd, bestreden. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat de Russische Federatie het oordeel van het Scheidsgerecht wel degelijk gemotiveerd heeft betwist. Het onderdeel voert verder aan dat het hof deze kwestie ambtshalve had moeten onderzoeken, omdat het gaat om een mogelijke schending van de internationale openbare orde.

3.151 Bij de bespreking van deze klacht merk ik op dat het hof in rov. 9.8.8 geen eigen oordeel heeft gegeven, maar heeft vastgesteld wat het Scheidsgerecht heeft overwogen. Het hof heeft daarmee gereageerd op een klacht van de Russische Federatie over het oordeel van het Scheidsgerecht. Volgens het hof mist die klacht feitelijke grondslag omdat het oordeel van het

Scheidsgerecht anders moet worden begrepen. De overweging van het hof dat het oordeel van het Scheidsgerecht juist is en niet is bestreden, is daarom ten overvloede gegeven, hetgeen het hof ook heeft overwogen ('voor zover het in dit vernietigingsgeding al aan de orde zou kunnen komen'). Hierop stuit het onderdeel reeds geheel af. Voor het overige merk ik op dat de klachten ook inhoudelijk falen. Het oordeel van het Scheidsgerecht waarbij het hof zich aansluit, houdt (in de niet bestreden weergave van het hof) slechts in dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen zich heeft voorgedaan voordat HVY aandeelhouder werden en dat deze gedragingen dientengevolge zijn verricht door anderen, zoals Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. De door het onderdeel genoemde stellingen komen erop neer dat HVY door Khodorkovsky c.s. werden gecontroleerd. Deze stellingen doen op zichzelf niet af aan de feitelijke vaststelling van het Scheidsgerecht. Het hof kon dus oordelen dat de Russische Federatie het oordeel niet, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft bestreden. Het onderdeel (nr. 177 en 178) wijst nog op enige vermeende inconsistenties in de *Final Awards*. Het Scheidsgerecht zou op verschillende plaatsen in aanmerking hebben genomen dat Khodorkovsky c.s. de aandelen in Yukos indirect bezaten. Het hof heeft hiervoor in rov. 9.8.9 een verklaring gegeven, die inhoudt dat dit niet onverenigbaar is met de vaststelling dat HVY en Khodorkovsky c.s. aparte juridische entiteiten zijn. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, omdat het hof hiermee tot uitdrukking heeft gebracht dat HVY als vennootschappen moeten worden onderscheiden van degenen onder wiens zeggenschap zij staan.

Onderdeel 4.5: prejudiciële vragen over art. 1 lid 6 en art. 26 ECT?

3.152 Onderdeel 4.5 betoogt dat de uitleg van het hof van art. 1 lid 6 en art. 26 ECT in strijd is met het EU-recht en dat de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het HvJEU moet stellen over de in de onderdelen 4.2, 4.3 en 4.4 opgeworpen kwesties.

3.153 Onder verwijzing naar hetgeen ik heb opgemerkt ten aanzien van onderdeel 2.7, ben ik ook ten aanzien van onderdeel 4 van oordeel dat het stellen van prejudiciële vragen niet noodzakelijk is voor de uitkomst van het geding in cassatie. Onderdeel 4.2 faalt immers omdat het in wezen het oordeel van het hof niet bestrijdt en omdat het een beroep doet op een algemeen aanvaard rechtsbeginsel waarvan het bestaan niet is gebleken. Onderdeel 4.3 bevat slechts motiveringsklachten. Onderdeel 4.4 heeft betrekking op het Nederlandse arbitragerecht, namelijk op art. 1065 lid 1, onder e, Rv, en gaat bovendien uit van een onjuiste lezing van het oordeel van het hof.

3.154 De slotsom is dat onderdeel 4 in zijn geheel faalt.

Onderdeel 5: art. 21 lid 5 ECT

3.155 Onderdeel 5 valt in vier subonderdelen uiteen en klaagt over rov. 6.3 van het eindarrest, waarin het hof heeft overwogen dat het geen gevolg verbindt aan het feit dat het Scheidsgerecht de relevante (Russische) belastingautoriteiten niet heeft geraadpleegd. Volgens het onderdeel was het Scheidsgerecht hiertoe op grond van art. 21 lid 5 ECT verplicht. Door de belastingautoriteiten niet te raadplegen heeft het Scheidsgerecht zijn opdracht geschonden, zodat de arbitrale vonnissen op de voet van art. 1065 lid 1, onder c, Rv moeten worden vernietigd. Ook zijn hierdoor de arbitrale vonnissen in strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv), aldus het onderdeel.

3.156 Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat verwijzing van de zaak naar de Russische belastingautoriteiten 'an exercise in futility' zou zijn, omdat partijen reeds zeer uitgebreid de gelegenheid hadden gekregen hun standpunten over de vraag of de belastingmaatregelen een onteigening inhielden, aan het Scheidsgerecht voor te leggen.[187] Het hof heeft in rov. 6.3 overwogen dat art. 21 lid 5 ECT in beginsel dwingend voorschrijft dat de belastingautoriteiten moeten worden geraadpleegd, maar dat het verzuim van het Scheidsgerecht onvoldoende ernstig is om de *Final Awards* te vernietigen, omdat de Russische Federatie hierdoor geen nadeel heeft geleden, nu zij alle relevante informatie uitvoerig naar voren heeft kunnen brengen.

Inleidende opmerkingen

3.157 HVY hebben in hun schriftelijke toelichting aangevoerd dat de klachten van onderdeel 5 belang missen. Zij hebben erop gewezen, dat het hof in rov. 5.2.11 e.v. onbestreden heeft geoordeeld dat art. 21 ECT in het geheel niet van toepassing is op de maatregelen die HVY in de arbitrageprocedure aan de orde hebben gesteld. De belastingmaatregelen kunnen, aldus het hof in rov. 5.2.16 e.v., namelijk niet als *bona fide* worden aangemerkt, terwijl art. 21 lid 1 ECT uitsluitend het oog heeft op *bona fide* maatregelen. Nu de regel van art. 21 lid 1 (de 'carve-out' voor belastingmaatregelen) niet van toepassing is, is de uitzondering daarop van art. 21 lid 5 ECT (de 'claw-back') evenmin relevant, zo stellen HVY.[188] Hoewel HVY terecht wijzen op het oordeel van het hof over art. 21 lid 1 ECT, kan niet gezegd worden dat de klachten over de uitleg van art. 21 lid 5 ECT zonder belang zijn. De overwegingen over de toepasselijkheid van art. 21 lid 1 ECT liggen namelijk niet ten grondslag aan het oordeel over de vraag of het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door niet te voldoen aan de verplichting van art. 21 lid 5 ECT. De overwegingen over art. 21 lid 1 ECT staan in een andere context, namelijk die van de vraag of art. 21 lid 1 ECT gevolgen heeft voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht (welke vraag het hof in rov. 5.2.4. e.v. ontkennend heeft beantwoord). Daarom wordt toegekomen aan bespreking van de klachten van onderdeel 5.

3.158 Op grond van art. 1065 lid 1, onder c, Rv kan van een schending van de opdracht onder meer sprake zijn als het Scheidsgerecht in strijd met de overeengekomen procesregels of wettelijke arbitrageregels heeft gehandeld. [189] De schending van de opdracht zal ernstig genoeg moeten zijn om vernietiging te kunnen rechtvaardigen, hetgeen volgt uit de in het algemeen in acht te nemen terughoudendheid.[190] Bepalend is of de beslissing anders zou zijn uitgevallen als de arbiters zich aan hun opdracht hadden gehouden.[191] Bij de beoordeling of de schending van de opdracht ernstig genoeg is om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, komt de rechter beoordelingsvrijheid toe.

3.159 Ten aanzien van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde) geldt het volgende.[192] De openbare orde heeft een materiële en een processuele kant. Van strijd met de materiële openbare orde is sprake, wanneer de inhoud van het arbitraal vonnis in strijd is met dwingend recht dat van een zodanig fundamenteel karakter is dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.[193] Uit deze maatstaf blijkt reeds dat deze vernietigingsgrond terughoudend moet worden toegepast. Van strijd met de processuele openbare orde is sprake indien de wijze waarop het vonnis tot stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht, bijvoorbeeld in het geval dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden,[194] of als blijkt dat (een van) de arbiters niet onpartijdig of onafhankelijk (is) zijn geweest.[195] Ook op dit punt heeft de rechter noodzakelijkerwijs beoordelingsvrijheid.

3.160 De onderdelen 5.1. en 5.1.1 bevatten een inleiding en geen klacht.

Onderdeel 5.2: dwingend karakter art. 21 lid 5 ECT

3.161 Onderdeel 5.2 voert diverse klachten aan tegen rov. 6.3 en valt in zes onderdelen uiteen (onderdelen 5.2.1-5.2.6).

3.162 Onderdeel 5.2.1 klaagt dat het hof in rov. 6.3 ten onrechte voorbij is gegaan aan het dwingende karakter van de verwijzingsverplichting uit art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT dan wel heeft miskend dat daarvoor geen 'nuttel oosheidsuitzondering' geldt. Hiermee heeft het hof onder meer verzuimd de uitlegregels van art. 31 en 32 WVV naar behoren toe te passen.

3.163 Over dit onderdeel merk ik het volgende op. Art. 21 ECT heeft betrekking op belastingmaatregelen.[196] Art. 21 ECT luidt in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling als volgt:

Article 21 Taxation

1. Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.

2. Article 73 shall apply to Taxation Measures other than those on income or on capital, except that such provision shall not apply to:

a) an advantage accorded by a Contracting Party pursuant to the tax provisions of any convention, agreement or arrangement described in subparagraph 7a)(ii); or

b) any Taxation Measure aimed at ensuring the effective collection of taxes, except where the measure of a Contracting Party arbitrarily discriminates against Energy Materials and Products originating in, or destined for the Area of another Contracting Party or arbitrarily restricts benefits accorded under Article 73.

3. Article 102 and 7 shall apply to Taxation Measures of the Contracting Parties other than those on income or on capital, except that such provisions shall not apply to:

a) impose most favoured nation obligations with respect to advantages accorded by a Contracting Party pursuant to the tax provisions of any convention, agreement or arrangement described in subparagraph 7a)(ii) or resulting from membership of any Regional Economic Integration Organization; or

b) any Taxation Measure aimed at ensuring the effective collection of taxes, except where the measure arbitrarily discriminates against an Investor of another Contracting Party or arbitrarily restricts benefits accorded under the Investment provisions of this Treaty.

4. Article 292 to 6 shall apply to Taxation Measures other than those on income or on capital.

5. a) Article 13 shall apply to taxes.

b) Whenever an issue arises under Article 13, to the extent it pertains to whether a tax constitutes an expropriation or whether a tax alleged to constitute an expropriation is discriminatory, the following provisions shall apply:

(i) The Investor or the Contracting Party alleging expropriation shall refer the issue of whether the tax is an expropriation or whether the tax is discriminatory to the relevant Competent Tax Authority. Failing such referral by the Investor or the Contracting Party, bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)c) or 27(2) shall make a referral to the relevant Competent Tax Authorities;

(ii) The Competent Tax Authorities shall, within a period of six months of such referral, strive to resolve the issues so referred. Where non-discrimination issues are concerned, the Competent Tax Authorities shall apply the non-discrimination provisions of the relevant tax convention or, if there is no non-discrimination provision in the relevant tax convention applicable to the tax or no such tax convention is in force between the Contracting Parties concerned, they shall apply the non-discrimination principles under the Model Tax Convention on Income and Capital of the Organisation for Economic Cooperation and Development;

(iii) Bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)c) or 27(2) may take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is an expropriation. Such bodies shall take into account any conclusions arrived at within the six-month period prescribed in subparagraph b)(ii) by the Competent Tax Authorities regarding whether the tax is discriminatory. Such bodies may also take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities after the expiry of the six-month period;

(iv) Under no circumstances shall involvement of the Competent Tax Authorities, beyond the end of the six-month period referred to in subparagraph b)(ii), lead to a delay of proceedings under

Articles 26 and 27.

6. For the avoidance of doubt, Article 14 shall not limit the right of a Contracting Party to impose or collect a tax by withholding or other means.

7. For the purposes of this Article:

a) The term “Taxation Measure" includes:

(i) any provision relating to taxes of the domestic law of the Contracting Party or of a political subdivision thereof or a local authority therein; and

(ii) any provision relating to taxes of any convention for the avoidance of double taxation or of any other international agreement or arrangement by which the Contracting Party is bound.

b) There shall be regarded as taxes on income or on capital all taxes imposed on total income, on total capital or on elements of income or of capital, including taxes on gains from the alienation of property, taxes on estates, inheritances and gifts, or substantially similar taxes, taxes on the total amounts of wages or salaries paid by enterprises, as well as taxes on capital appreciation.

c) A “Competent Tax Authority" means the competent authority pursuant to a double taxation agreement in force between the Contracting Parties or, when no such agreement is in force, the minister or ministry responsible for taxes or their authorized representatives.

d) For the avoidance of doubt, the terms “tax provisions" and “taxes" do not include customs duties.

In de Nederlandse vertaling:

Artikel 21 Belastingen

1. Behalve als bepaald in dit artikel worden door geen enkele bepaling van dit Verdrag rechten verleend of verplichtingen opgelegd met betrekking tot belastingmaatregelen van de Verdragsluitende Partijen. In geval van onverenigbaarheid van dit artikel met andere bepalingen van dit Verdrag heeft dit artikel, wat de onverenigbaarheid betreft, de voorrang.

2. Artikel 7, derde lid, is van toepassing op andere belastingmaatregelen dan belastingen op inkomen of kapitaal, met dien verstande dat de bepalingen van die artikelen niet van toepassing zijn op:

a. een voordeel dat een Verdragsluitende Partij heeft toegekend overeenkomstig de belastingbepalingen van een verdrag, overeenkomst of regeling als bedoeld in het zesde lid, letter a), onder ii), van dit artikel; of

b. een belastingmaatregel die ten doel heeft de doeltreffende inning van belastingen te waarborgen, behalve indien die maatregel van een Verdragsluitende Partij een willekeurige discriminatie tussen energiegrondstoffen en energieprodukten van een andere Verdragsluitende Partij of een willekeurige beperking van de krachtens de betreffende bepalingen van artikel 7, derde lid, toegekende voordelen inhoudt.

3. Artikel 10, tweede en zevende lid, zijn van toepassing op andere belastingmaatregelen van de Verdragsluitende Partijen dan belastingen op inkomen of kapitaal, met dien verstande dat geen van deze bepalingen:

a. ertoe strekt dat verplichtingen tot toepassing van het meestbegunstigingsbeginsel worden

opgelegd met betrekking tot voordelen die een Verdragsluitende Partij heeft toegekend overeenkomstig de belastingbepalingen van een verdrag, overeenkomst of regeling als bedoeld in het zevende lid, letter a), onder ii), van dit artikel of als uitvloeisel van het lidmaatschap van een regionale organisatie voor economische integratie; of

b. van toepassing is op een belastingmaatregel die ten doel heeft de doeltreffende inning van belastingen te waarborgen, behalve indien de maatregel een willekeurige discriminatie tussen investeerders van de Verdragsluitende Partijen of een willekeurige beperking van de krachtens de investeringsbepalingen van dit Verdrag toegekende voordelen inhoudt.

4. Artikel 29, tweede tot en met zesde lid, is van toepassing op andere belastingmaatregelen dan belastingen op inkomen of kapitaal.

5. a. Artikel 13 is van toepassing op belastingen.

b. Wanneer in het kader van artikel 13 een geschil rijst, voor zover het betrekking heeft op de vraag of een belasting een onteigening vormt, dan wel of een belasting waarvan wordt beweerd dat deze een onteigening vormt, discriminerend is, geldt het volgende:

i. De investeerder of de Verdragsluitende Partij die aanvoert dat er sprake is van onteigening legt het geschil over de vraag of de maatregel een onteigening dan wel discriminerend is, voor aan de bevoegde belastingautoriteiten. Laat de investeerder of de Verdragsluitende Partij dit na, dan leggen de instanties die worden verzocht geschillen te beslechten overeenkomstig artikel 26, tweede lid, letter c), of artikel 27, tweede lid, het geschil voor aan de bevoegde belastingautoriteiten.

ii. De bevoegde belastingautoriteiten streven ernaar om het aldus voorgelegde geschil binnen een periode van zes maanden te regelen. Indien het gaat om een geschil inzake non-discriminatie, passen de bevoegde belastingautoriteiten de bepalingen inzake non-discriminatie van het relevante belastingverdrag toe, of passen zij, indien er geen non-discriminatiebepaling voorkomt in het op de belasting van toepassing zijnde relevante belastingverdrag of indien er geen belastingverdrag tussen de betrokken Verdragsluitende Partijen van kracht is, de non-discriminatiebeginselen overeenkomstig het modelverdrag van de OESO betreffende belastingen op inkomen en kapitaal toe.

iii. De instanties die worden verzocht geschillen te regelen overeenkomstig artikel 26, tweede lid, letter c), of artikel 27, tweede lid, kunnen rekening houden met eventuele conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten over de vraag of de belasting een onteigening is. Die instanties houden rekening met eventuele binnen de bij letter b), onder ii), voorgeschreven termijn van zes maanden door de bevoegde belastingautoriteiten getrokken conclusies over de vraag of de belasting discriminerend is. Deze instanties kunnen ook rekening houden met eventuele na het verstrijken van de voorgeschreven periode van zes maanden door de bevoegde belastingautoriteiten getrokken conclusies.

iv. In geen geval mag de betrokkenheid van de bevoegde belastingautoriteiten na het einde van de bij letter b), onder ii), bedoelde periode van zes maanden leiden tot een vertraging van de procedures ingevolge de artikelen 26 en 27.

6. Voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat artikel 14 het recht van een Verdragsluitende Partij om een belasting op te leggen of te innen via bronheffing of andere middelen niet beperkt.

7. Voor de toepassing van dit artikel:

a. omvat de term „belastingmaatregel":

i. de bepalingen betreffende belastingen van de interne wetgeving van de Verdragsluitende Partij of van een staatsrechtelijke onderverdeling of een plaatselijke autoriteit ervan; en

ii. de bepalingen betreffende belastingen van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en van internationale overeenkomsten of regelingen waaraan de Verdragsluitende Partij gebonden is.

b. worden als belastingen op het inkomen en het vermogen beschouwd alle belastingen die worden geheven op het gehele inkomen, op het gehele vermogen of op bestanddelen van het inkomen of vermogen, met inbegrip van belastingen op winsten uit de vervreemding van eigendom, onroerend-zaakbelasting, successierechten, belastingen op schenkingen of in wezen soortgelijke belastingen, belastingen op het totaalbedrag van de door ondernemingen betaalde lonen of salarissen, alsmede belastingen op de waardevermeerdering van vermogen.

c. wordt onder „bevoegde belastingautoriteit" verstaan de bevoegde autoriteit overeenkomstig een overeenkomst inzake dubbele belasting tussen de Verdragsluitende Partijen, of, bij ontstentenis van een van kracht zijnde overeenkomst de/het voor belastingen bevoegde minister of ministerie of hun gemachtigde vertegenwoordigers.

d. voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat de termen „belastingbepalingen" en „belastingen" geen betrekking hebben op douanerechten.

3.164 Art. 21 lid 1 ECT bepaalt dat de ECT de bevoegdheden van de verdragsluitende staten om belastingmaatregelen te treffen, niet beïnvloedt. Dergelijke maatregelen vallen dus in beginsel buiten de materiële reikwijdte van de ECT (daarom wordt ook wel gesproken van een 'carve-out'). Op deze regel bestaan echter uitzonderingen (zogenoemde 'claw-backs'). Eén daarvan, neergelegd in art. 21 lid 5 ECT, houdt in dat belastingmaatregelen geen onteigening mogen inhouden die in strijd is met de voorwaarden uit art. 13 ECT. In dat geval kan een belastingmaatregel wél een schending van de ECT opleveren.[197] Art. 13 ECT heeft betrekking op onteigeningen en luidt in de authentieke Engelse tekst en in de Nederlandse vertaling als volgt:

Article 13 Expropriation

1. Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

a) for a purpose which is in the public interest;

b) not discriminatory;

c) carried out under due process of law; and

d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date").

Such fair market value shall at the request of the Investor be expressed in a Freely Convertible Currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of Expropriation until the date of payment.

2. The Investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting

Party making the Expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its Investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph 1.

3. For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its Area in which an Investor of any other Contracting Party has an Investment, including through the ownership of shares.

In de Nederlandse vertaling:

Artikel 13 Onteigening

1. Investeringen van investeerders van een Verdragsluitende Partij op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Partij mogen niet worden genationaliseerd, onteigend of onderworpen aan maatregelen met een soortgelijk effect als nationalisatie of onteigening (hierna te noemen „onteigening"), behalve wanneer de onteigening:

a. geschiedt in het algemeen belang;

b. niet discriminerend is;

c. geschiedt met inachtneming van een behoorlijke rechtsgang; en

d. gepaard gaat met de betaling van prompte, adequate en doeltreffende compensatie.

Die compensatie is gelijk aan de billijke marktwaarde van de onteigende investering op het tijdstip vlak voordat de onteigening of op handen zijnde onteigening zodanig bekend werd dat de investeringswaarde werd beïnvloed (hierna te noemen: de „datum van de waardebepaling").

Deze billijke marktwaarde wordt op verzoek van de investeerder berekend in een vrij inwisselbare valuta volgens de voor die valuta op de datum van de waardebepaling geldende marktwisselkoers. De compensatie omvat tevens rente over de periode tussen de onteigenings- en de betalingsdatum, welke berekend wordt tegen een commercieel, op marktbasis vastgesteld tarief.

2. De betrokken investeerder heeft recht op onverwijlde toetsing, krachtens het recht van de Verdragsluitende Partij die de onteigening verricht, van zijn zaak, de waardebepaling van zijn investeringen en de betaling van compensatie overeenkomstig de beginselen neergelegd in het eerste lid, door een gerechtelijke of andere onafhankelijke bevoegde instantie van die Partij.

3. Voor alle duidelijkheid wordt bepaald dat onteigening ook de gevallen omvat waarin een Verdragsluitende Partij de activa onteigent van een vennootschap of onderneming op haar grondgebied waarin een investeerder van een andere Verdragsluitende Partij een investering, ook indien via aandelenbezit, heeft.

3.165 Art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT kent de belastingautoriteiten van de betrokken verdragsstaat (‘the relevant Competent Tax Authority’) een rol toe bij de beoordeling van de vraag of de getroffen belastingmaatregelen een verboden onteigening in de zin van art. 13 ECT opleveren. De betrokken investeerder of de verdragsstaat dienen de relevante belastingautoriteiten te raadplegen. Laten zij dat na, dan moet de instantie die is verzocht het geschil te beslechten (zoals, in dit geval, het Scheidsgerecht) de kwestie of sprake is van een verboden onteigening in de zin van art. 13 ECT verwijzen naar de relevante belastingautoriteiten. De tekst van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT spreekt van ‘shall make a referral’, hetgeen duidt op een verplichting van de aangezochte instantie.[198] Uit deze bewoordingen blijkt niet dat de instantie hierin keuzevrijheid heeft.[199] Aan een weigering om de belastingautoriteiten te

raadplegen, verbindt art. 21 lid 5 ECT echter geen consequenties.[200]

3.166 Wel is in art. 25 lid 1 ECT duidelijk bepaald dat de instantie die het geschil beslecht niet gebonden is aan de conclusies van de belastingautoriteiten. Volgens art. 25 lid 1, onder b, punt (iii) *kan* de instantie de conclusies van de belastingautoriteiten over de vraag of de maatregelen een onteigening inhouden, in overweging nemen ('may take into account'). Waar het gaat om de vraag of maatregelen discriminerend zijn, geldt dat de instantie de bevindingen van de belastingautoriteiten in aanmerking moet nemen bij het vormen van zijn oordeel ('shall take into account'), maar wordt niet de eis gesteld dat deze bevindingen moeten worden overgenomen. De uiteindelijke beoordeling of de belastingmaatregel een onteigening inhoudt dan wel discriminerend is, is aan de instantie die voor de beslechting van het geschil is aangezocht.[201] Ook bepaalt art. 21 lid 5, onder b, punt (iv), ECT dat het advies van de belastingautoriteiten niet behoeft te worden afgewacht in het geval dat dit na zes maanden nog niet is ontvangen. Het raadplegen van de belastingautoriteiten mag onder geen beding leiden tot vertraging van de geschilbeslechting, aldus deze bepaling. In de literatuur is erop gewezen dat dit alles erop duidt dat de rol van de belastingautoriteiten is gelegen in het faciliteren van de besluitvorming van de aangezochte instantie en dat de woorden 'shall make a referral' van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT tot doel hebben de betrokken belastingautoriteiten in de gelegenheid te stellen hun zienswijze te geven, maar niet om extra bevoegdheids- of ontvankelijkheidsdrempels op te werpen.[202] Een nalaten om de belastingautoriteiten te raadplegen kan niet leiden tot het beëindigen of onderbreken van de geschilbeslechting.[203]

3.167 Duidelijk is dat het Scheidsgerecht in deze zaak, ook als het de relevante belastingautoriteiten had geraadpleegd, niet aan de bevindingen van die autoriteiten gebonden zou zijn geweest. Uit de tekst van art. 21 lid 5, onder b, punten (iii) en (iv), ECT volgt dat een scheidsgerecht het advies van de belastingautoriteiten niet behoeft af te wachten wanneer dit tot vertraging van de procedure leidt. Het is dus niet aannemelijk dat het raadplegen van de belastingautoriteiten tot een ander oordeel van het Scheidsgerecht zou hebben geleid. Een beroep op vernietiging wegens schending van opdracht kan daarom niet slagen. De verplichting tot het raadplegen van de belastingautoriteiten is niet zo zwaarwegend of dwingend dat arbiters een ernstige schending van hun opdracht begaan wanneer zij hieraan niet voldoen, wanneer zij zich (zoals in dit geval) reeds voldoende voorgelicht achten. De vraag of art. 21 lid 5 ECT een 'nuttelоosheidsuitzondering'[204] kent, behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.

3.168 Op het voorgaande stuit onderdeel 5.2.1 geheel af.

3.169 Onderdeel 5.2.2 is gericht tegen rov. 6.3.2 van het eindarrest. Daarin heeft het hof overwogen dat de Russische Federatie geen nadeel heeft ondervonden van de weigering van het Scheidsgerecht om de zaak naar de belastingautoriteiten te verwijzen. Het onderdeel klaagt dat deze motivering speculatief en onjuist is.

3.170 Het hof heeft in rov. 6.3.2 overwogen dat de Russische Federatie er op zichzelf terecht op heeft gewezen dat voor het Scheidsgerecht de verwijzingsverplichting van art. 21 lid 5 ECT dwingend is. Zoals uit de bespreking van onderdeel 5.2.1 volgt, is die verplichting niet zo dwingend dat een weigering om daaraan te voldoen zonder meer een ernstige schending van de opdracht oplevert. De kwestie of de Russische Federatie nadeel heeft ondervonden van de weigering van het Scheidsgerecht om de kwestie aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen, behoeft daarom geen bespreking. De in dit verband aangedragen klachten nemen bovendien tot uitgangspunt dat raadpleging van de belastingautoriteiten tot een andere beslissing van het Scheidsgerecht hadden kunnen of moeten leiden. Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, zou het Scheidsgerecht echter niet gebonden zijn geweest aan de bevindingen van de belastingautoriteiten en niet verplicht om de conclusies over de vraag of sprake is van een onteigening in overweging te nemen. Onderdeel 5.2.2 faalt dus.

3.171 Onderdeel 5.2.3 is gericht tegen rov. 6.3.3, waarin het hof onder meer heeft overwogen dat de informatie die het Scheidsgerecht door middel van een verwijzing naar de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen, vermoedelijk niet tot een ander oordeel had geleid. Volgens het onderdeel is dit oordeel ontoelaatbaar speculatief, mede in het licht van het standpunt van de Russische Federatie dat de belastingautoriteiten haar visie zouden hebben ondersteund.

3.172 De klacht miskent dat, zoals ik reeds uiteen heb gezet, art. 21 lid 5 ECT niet vereist dat een scheidsgerecht de van de belastingautoriteiten verkregen bevindingen volgt. Bovendien kan het hof niet met recht verweten worden een 'speculatief' oordeel te hebben gegeven. Het hof moest in het kader van de beoordeling van art. 1065 lid 1, onder c, Rv immers beoordelen of het Scheidsgerecht tot een ander oordeel zou zijn gekomen. Dat oordeel kan niet anders worden gevormd dan door te speculeren over de vraag wat het Scheidsgerecht zou hebben beslist als het meer of andere informatie had gehad. Ook daarom faalt het onderdeel.

3.173 Onderdeel 5.2.4 klaagt over rov. 6.3.4, waarin het hof heeft geoordeeld dat er geen aanleiding was het geschil ook voor te leggen aan de belastingautoriteiten in Cyprus en het Verenigd Koninkrijk (waar HVY gevestigd zijn). Volgens het hof is niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden, terwijl art. 21 lid 5 ECT slechts voor die gevallen voorschrijft dat de betrokken belastingautoriteiten moeten worden geraadpleegd. Het hof is met dit oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden en heeft bovendien in strijd met art. 21 ECT geoordeeld, aldus het onderdeel.

3.174 Uit art. 21 ECT volgt niet dat steeds de belastingautoriteiten van alle betrokken landen moeten worden aangezocht. Art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT bepaalt immers dat de 'relevant Competent Tax Authority' resp. 'relevant Competent Tax Authorities' moeten worden geraadpleegd. Welke autoriteiten 'relevant' zijn, wordt niet nader gedefinieerd. Gelet op de context waarin het begrip wordt gebruikt, ligt het voor de hand om, zoals het hof in rov. 6.4.3 heeft overwogen, 'relevant' te interpreteren als 'in staat om informatie te geven over de vraag of sprake is van een (discriminerende) onteigening'. Bovendien ligt het voor de hand dat het aan een scheidsgerecht is om in een concreet geval te beoordelen welke belastingautoriteiten relevant zijn. De verwijzing naar 'Competent Tax Authorities' (meervoud) in art. 21 lid 5, onder b, punten (ii) en (iv) heeft als achtergrond dat bij de definitie van 'Competent Tax Authority' in art. 21 lid 7 ECT wordt verwezen naar 'a double taxation agreement', dat wil zeggen naar verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In dergelijke gevallen ligt het voor de hand dat zowel de autoriteiten uit het vestigingsland van de investeerder, als die van het gastland worden geraadpleegd (met als doel tussen deze autoriteiten een oplossing van de belastingproblemen te bereiken). Uit art. 21 lid 5 ECT volgt dus niet dat steeds de belastingautoriteiten van alle betrokken staten zouden moeten worden geraadpleegd, ook wanneer die in een concreet geval niet 'relevant' worden geacht. Door art. 21 lid 5 ECT ambtshalve uit te leggen en toe te passen, is het hof niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Voor het overige bouwt het onderdeel voort op eerdere klachten en deelt het onderdeel het lot daarvan. Onderdeel 5.2.4 faalt dus.

3.175 Onderdeel 5.2.5 klaagt dat het hof het beroep van de Russische Federatie heeft verworpen op (een analogie met) het uit het Nederlandse burgerlijk procesrecht afkomstige prognoseverbod. Volgens het onderdeel zou het Scheidsgerecht dit prognoseverbod hebben geschonden door bij voorbaat te oordelen dat het raadplegen van de Russische belastingautoriteiten zinloos zou zijn.

3.176 Niet is komen vast te staan dat het Scheidsgerecht aan een dergelijk prognoseverbod was gebonden. Het onderdeel geeft voor de binding aan het prognoseverbod geen andere onderbouwing dan een verwijzing naar de verplichting van art. 21 lid 5 ECT, maar uit die bepaling is niet af te leiden dat daarin een prognoseverbod besloten ligt. Het onderdeel licht dat ook niet nader toe. Daarop stuit de klacht van het onderdeel af.

3.177 Onderdeel 5.2.6 betoogt dat de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het HvJEU moet stellen over de juiste uitleg van art. 21 lid 5, onder b, punt (i), ECT.

3.178 Onder verwijzing naar hetgeen ik ten aanzien van onderdeel 2.7 heb opgemerkt, acht ik ook ten aanzien van onderdeel 5 het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJEU over de uitleg van art. 21 ECT niet noodzakelijk voor de uitkomst van het geding in cassatie. Het hof heeft in het bestreden arrest immers in lijn met het betoog van de Russische Federatie geoordeeld dat het Scheidsgerecht in strijd met art. 21 lid 5 ECT heeft gehandeld. Het hof heeft echter deze schending van de opdracht niet voldoende ernstig gevonden dat tot vernietiging van de *Yukos Awards* moet worden overgegaan. Het al dan niet slagen van de cassatieklachten over dat oordeel hangt daarmee niet af van de uitleg van art. 21 lid 5 ECT, maar van de vraag of de overwegingen van het hof in het kader van art. 1065 lid 1, onder c, Rv begrijpelijk zijn. Voor het stellen van prejudiciële

vragen bestaat daarom geen noodzaak.

3.179 De slotsom is dat onderdeel 5 faalt.

Onderdeel 6: de rol van de secretaris van het Scheidsgerecht

3.180 Onderdeel 6 valt uiteen in twee subonderdelen en ziet, kort gezegd, op de betrokkenheid van de assistent (secretaris) van het Scheidsgerecht, Valasek, bij het concipiëren van de arbitrale vonnissen. Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, onder d, Rv). Het hof heeft dit betoog in rov. 6.6.1-6.6.15 verworpen.

3.181 Onderdeel 6.1 bevat geen klachten, maar beschrijft de achtergrond van de klachten en vat het bestreden oordeel van het hof samen.

Onderdeel 6.2: delegatie aan secretaris van het Scheidsgerecht

3.182 Onderdeel 6.2 bevat drie klachten: (i) een klacht (onder 6.2.1) over de afwijzing door het hof van het aanbod van de Russische Federatie om de bijdrage van Valasek aan het besluitvormingsproces te bewijzen door middel van het horen van getuigen, (ii) een klacht (onder 6.2.2) dat het oordeel van het hof in strijd is met art. 1065 lid 1, onder b, Rv jo. art. 1026 lid 1 Rv, die bepalen dat een arbitraal vonnis niet door een even aantal arbiters mag worden gewezen, en (iii) een klacht (onder 6.2.3) dat het hof bij zijn oordeel verschillende (ongeschreven) procedureregels heeft miskend.

Inleidende opmerkingen

3.183 Het onderdeel stelt de vraag aan de orde in hoeverre arbiters (delen van) hun werkzaamheden kunnen delegeren aan een secretaris of assistent, zonder dat daarbij het uitgangspunt dat zij hun taken persoonlijk moeten vervullen[205], geweld wordt aangedaan en zonder dat de secretaris in feite als een 'vierde arbiter' gaat optreden. Concreet rijst de vraag in hoeverre een secretaris de beslissende of dragende delen van het vonnis mag concipiëren.

3.184 Over deze kwestie bestaan verschillende opvattingen.[206] Sommige auteurs hebben erop gewezen dat het risico bestaat dat de secretaris op ontoelaatbare wijze wordt betrokken bij de besluitvorming door het scheidsgerecht, indien hierop niet zorgvuldig toezicht wordt gehouden.[207] Niettemin concludeert Born:

'the better view is that there is no per se prohibition on secretaries or junior lawyers performing such tasks, provided that the members of the tribunal carefully review and make appropriate use of any preparatory work.'[208]

Peters sluit zich hierbij aan en meent dat het geen probleem is als secretarissen (delen van) een arbitraal vonnis schrijven, mits dat gebeurt naar instructies en onder verantwoordelijkheid van het scheidsgerecht en dit de teksten niet klakkeloos overneemt.[209] Smakman heeft een soortgelijk standpunt ingenomen.[210] Sanders meent dat 'de motivering van het vonnis of onderdelen ervan (…) uitsluitend de taak (is) van het scheidsgerecht dat dit in eigen bewoording zal doen'.[211] Von Hombracht-Brinkman maakt een onderscheid tussen gevallen waarin het scheidsgerecht (deels) uit juristen bestaat, en gevallen waarin dit niet zo is, en acht het schrijven van een vonnis door een secretaris enkel in het laatste geval acceptabel.[212] Partasides acht het onwenselijk (maar niet per definitie onacceptabel) dat het schrijven van een concept van de beslissing aan een secretaris wordt overgelaten, maar schrijft ook dat dit sterk van de omstandigheden afhangt. Het is bovendien aan de arbiter om hierover beslissingen te nemen.[213] Polkinghorne en Rosenberg zijn uitgesproken: volgens hen is het niet toelaatbaar dat de secretaris inhoudelijke onderdelen van het vonnis schrijft.[214]

3.185 Er is geen sprake van een algemeen aanvaarde regel of praktijk die inhoudt dat het in alle

gevallen onacceptabel is als het concipiëren van inhoudelijke delen van een arbitraal vonnis aan een secretaris wordt opgedragen.[215]Daarvoor zal ook moeten komen vast te staan dat hierbij grenzen zijn overschreden die voortvloeien uit het beginsel van behoorlijke taakvervulling door arbiters. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als blijkt dat het scheidsgerecht de door de secretaris geschreven teksten zonder meer heeft overgenomen, of als de secretaris op ongeoorloofde wijze bij de besluitvorming is betrokken. De bewijslast ten aanzien van dergelijke feiten ligt, zoals geldt voor ieder beroep op één van de vernietigingsgronden van art. 1065 Rv, bij degene die zich op de vermeende schending van de opdracht door de arbiters beroept.[216] Het bewijzen van dergelijke feiten zal niet eenvoudig zijn, maar dit wordt gerechtvaardigd doordat de arbiters een zwaar verwijt wordt gemaakt (het veronachtzamen van hun persoonlijke taak), en door de terughoudendheid die in het algemeen bij een beroep op art. 1065 lid 1, onder c, Rv in acht moet worden genomen.

3.186 Het ontbreken van een algemeen aanvaarde regel over deze kwestie verklaart dat daarover in sommige arbitragereglementen specifieke regels zijn opgenomen. Het hof heeft – in cassatie onbestreden – overwogen dat het in deze zaak toepasselijke UNCITRAL-reglement op dit punt geen regels bevat (rov. 6.6.14.1), zodat het aan de discretie van arbiters is overgelaten in hoeverre zij bepaalde taken aan hun secretaris delegeren, waarbij zij het uitgangspunt van persoonlijke vervulling van hun taken moeten eerbiedigen. Volgens het hof is niet gebleken dat arbiters dit uitgangspunt hebben geschonden en dat ook in het geval dat Valasek conceptteksten heeft aangeleverd voor de dragende delen van het vonnis, dit nog niet betekent dat hij ook zelf beslissingen heeft genomen (rov. 6.6.14.1, slot). Volgens het hof is niet gebleken dat het nemen van voor de arbitrale vonnissen relevante inhoudelijke beslissingen aan Valasek zou zijn gedelegeerd, of dat Valasek de eindverantwoordelijkheid voor (bepaalde onderdelen van) de vonnissen zou hebben gehad. Daarom kan volgens het hof niet van een schending van opdracht in de zin van art. 1065 lid 1, onder c, Rv worden gesproken.

3.187 Na deze uiteenzetting bespreek ik de drie klachten van het onderdeel.

Onderdelen 6.2.1: afwijzing bewijsaanbod Russische Federatie

3.188 Onderdeel 6.2.1 klaagt over rov. 6.6.5, waarin het hof het bewijsaanbod van de Russische Federatie heeft afgewezen. De Russische Federatie heeft aangeboden Valasek te laten horen over 'de door hem gedeclareerde uren en zijn bijdragen aan het 'decision-making process' van het Scheidsgerecht', en verder om twee getuigen-deskundigen te laten horen.[217]

3.189 Het hof heeft dit bewijsaanbod afgewezen, omdat het veronderstellenderwijs heeft aangenomen dat Valasek 'grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de Hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept)teksten heeft aangeleverd die arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt'. Daardoor was bewijslevering niet langer aan de orde. De klacht wil kennelijk betogen dat het hof desondanks alsnog bewijslevering had moeten toestaan, omdat de mogelijkheid bestaat dat Valasek door het aanleveren van bedoelde teksten ook de uiteindelijke beslissingen van het Scheidsgerecht heeft beïnvloed. In feite klaagt het onderdeel dat het hof het bewijsaanbod van de Russische Federatie te beperkt heeft opgevat. Een dergelijke klacht moet echter falen, nu de uitleg van de gedingstukken aan het hof is voorbehouden.[218]

Onderdeel 6.2.2: even aantal arbiters?

3.190 Onderdeel 6.2.2 klaagt dat het hof in rov. 6.6.13 het beroep op art. 1065 lid 1, onder b, Rv jo. art. 1026 lid 1 Rv heeft verworpen. Dat beroep houdt in dat de Yukos Awards door de betrokkenheid van Valasek in feite niet door drie, maar door vier arbiters zouden zijn gewezen, hetgeen strijd oplevert met de genoemde bepalingen. Het hof heeft overwogen dat de Yukos Awards door de drie aangestelde arbiters zijn ondertekend, zodat aan de eisen van deze bepalingen is voldaan. Het hof heeft daarmee een te beperkte uitleg gegeven aan die bepalingen, omdat deze er ook op zien te voorkomen dat niet een vierde persoon feitelijk als arbiter optreedt, aldus het onderdeel.

3.191 Art. 1026 lid 1 Rv bepaalt dat het scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters moet

bestaan. Art. 1065 lid 1, onder b, Rv bepaalt vervolgens dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd als het scheidsgerecht niet geldig is samengesteld. Het onderdeel betoogt dat art. 1026 lid 1 Rv niet enkel de formele eis stelt dat het scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters moet bestaan, maar ook beoogt te voorkomen dat een vierde persoon bij de besluitvorming betrokken is. Er zijn geen aanwijzingen in de literatuur en wetsgeschiedenis dat deze bepaling inderdaad op deze wijze moet worden verstaan.[219] In beginsel kan worden aangenomen dat uit de ondertekening van een arbitraal vonnis kan worden afgeleid welke arbiters het vonnis hebben gewezen, zoals ook bij overheidsrechtspraak uit de ondertekening van de rechterlijke beslissing blijkt welke rechters deze beslissing hebben gewezen.[220] Als uit de ondertekening blijkt dat het vonnis door een oneven aantal arbiters is gewezen, is daarmee voldaan aan de eis van art. 1026 lid 1 Rv. Dat alles neemt uiteraard niet weg dat het onwenselijk is dat een vierde persoon in feite als arbiter optreedt door invloed uit te oefenen op de beslissing in de arbitrageprocedure. Het hof heeft dit niet miskend, maar in rov. 6.6.14 e.v. kenbaar onderzocht of de arbiters een deel van hun persoonlijke opdracht aan Valasek hebben gedelegeerd. Op het voorgaande stuit de klacht af.

Onderdeel 6.2.3: rol secretaris

3.192 Onderdeel 6.2.3 voert vijf klachten aan (aangeduid met de letters a tot en met e). Ik bespreek deze klachten kort.

3.193 De eerste klacht (onder a) is gericht tegen de verwerping door het hof van het betoog van de Russische Federatie dat er een (ongeschreven) regel bestaat die meebrengt dat een secretaris geen inhoudelijke delen van een arbitraal vonnis mag schrijven. Volgens de klacht heeft het hof miskend dat een dergelijke delegatie van inhoudelijke taken aan een secretaris alleen na uitdrukkelijke toestemming van partijen mag gebeuren. De tweede klacht (onder b) is gericht tegen de beslissing van het hof in rov. 6.6.14.2 dat door partijen niet 'geheel' te informeren over de concipieertaak van Valasek, het Scheidsgerecht zijn opdracht niet ernstig heeft geschonden.

3.194 De beide klachten kunnen gezamenlijk worden besproken. Zoals ik reeds heb vermeld, is geen sprake van een ongeschreven regel. Voor zover de beide klachten betogen dat het hof het belang van transparantie door het Scheidsgerecht bij het delegeren van inhoudelijke taken heeft miskend, geldt dat het hof in rov. 6.6.14.2 heeft erkend dat het Scheidsgerecht partijen op dit punt volledig had moeten inlichten, maar heeft geoordeeld dat deze schending van de opdracht niet ernstig genoeg is om vernietiging van de arbitrale vonnissen te rechtvaardigen. Hierop stuiten de beide klachten af. Het oordeel van het hof is voor het overige niet onbegrijpelijk.

3.195 De derde klacht (onder c) voert aan dat het hof in rov. 6.6.14.1 ten onrechte heeft beslist dat alleen een specifieke bepaling in het toepasselijke arbitragereglement in de weg kan staan aan het delegeren van inhoudelijke taken door arbiters aan een assistent.

3.196 Deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van rov. 6.6.14.1. Het hof heeft immers niet overwogen dat de bevoegdheid van arbiters om taken te delegeren enkel door het arbitragereglement wordt beperkt. Volgens het hof is het, bij gebreke van concrete partijafspraken en zolang de inhoudelijke beslissingen door de arbiters zelf worden genomen, aan de discretie van het Scheidsgerecht overgelaten in hoeverre voor het concipiëren van het arbitrale vonnis gebruik wordt gemaakt van een assistent of secretaris. De arbiters moeten dus steeds het uitgangspunt van persoonlijke taakvervulling eerbiedigen. Het hof heeft kenbaar onderzocht of de gang van zaken daarmee in conflict komt, en heeft die vraag ontkennend beantwoord. De klacht faalt derhalve.

3.197 De vierde klacht (onder d) is gericht tegen rov. 6.6.14.1 en klaagt over het oordeel dat van een (voldoende ernstige) schending van de opdracht slechts sprake kan zijn indien arbiters het nemen van inhoudelijke beslissingen of de eindverantwoordelijkheid over het vonnis in het geheel aan hun assistent hebben overgelaten.

3.198 Het oordeel van het hof is in het licht van de hiervoor beschreven standpunten in de literatuur niet onjuist en evenmin onbegrijpelijk, zodat de klacht faalt.

3.199 De vijfde klacht (onder e) houdt in dat het beginsel van persoonlijke taakvervulling tot nihil zou worden gereduceerd als arbiters het schrijven van hun vonnissen in het geheel aan een secretaris zouden kunnen delegeren, waarbij het bewijs dat zij hun taak zelf hebben verricht

slechts kan bestaan uit het feit dat zij het vonnis hebben ondertekend.

3.200 De klacht bouwt voort op de voorgaande klachten. Dat de arbiters het vonnis hebben ondertekend kan bewijs opleveren dat het scheidsgerecht op de juiste wijze was samengesteld, maar bewijst niet zonder meer dat het beginsel van persoonlijke taakvervulling is geëerbiedigd. Dat uitgangspunt blijft onverkort gelden, met dien verstande dat moet komen vast te staan dat daaraan in een concreet geval niet is voldaan. Zoals uit mijn bespreking van dit onderdeel volgt, is van schending van het beginsel van persoonlijke taakvervulling niet reeds sprake in het geval dat inhoudelijke delen van het arbitraal vonnis door een secretaris zijn geschreven. Hierop stuiten alle klachten van onderdeel 6.2.3 af.

3.201 De slotsom is dat onderdeel 6 faalt.

Onderdeel 7: ontbreken van motivering?

3.202 Onderdeel 7 valt uiteen in twee onderdelen en is gericht tegen rov. 8.4.13 en 8.4.16 van het eindarrest. Deze overwegingen zien op het betoog dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen ('shams') waren. Het Scheidsgerecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden. Volgens het hof heeft het Scheidsgerecht daarmee gedoeld op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd (rov. 8.4.13). Volgens het onderdeel is deze 'reparatiepoging' in strijd met art. 19 en 24 Rv, en bovendien onbegrijpelijk.

Inleidende opmerkingen

3.203 Voorafgaand aan de bespreking van de klachten merk ik het volgende op (zie ook de onbestreden vooropstelling van het hof in rov. 8.1.2). De Russische Federatie heeft een beroep gedaan op de vernietigingsgrond uit art. 1065 lid 1, onder d, Rv. Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering, aldus de Hoge Raad.[221] Het controleren van de deugdelijkheid van de motivering van het arbitrale vonnis kan immers neerkomen op een inhoudelijke herbeoordeling van dat vonnis, waartoe de rechter niet bevoegd is. Wel kunnen zich gevallen voordoen waarin weliswaar een motivering is gegeven, maar daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen.[222] Vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv is dan gerechtvaardigd, ook al moet de rechter van deze bevoegdheid terughoudend gebruik maken, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.[223] Voor vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d, Rv geldt dus een hoge drempel.

3.204 De context van de klachten van onderdeel 7 is, kort gezegd, de volgende (zie voor een uitgebreidere weergave rov. 8.4.2 e.v. van het eindarrest). In de arbitrageprocedure hebben HVY aangevoerd dat de belastingnaheffing die aan Yukos is opgelegd gefabriceerd was en neerkwam op een onteigening. De Russische Federatie heeft betoogd dat HVY hadden kunnen weten dat de wijze waarop Yukos gebruik maakte van belastingvrijstelling in lage-belastingregio's (waaronder Mordovië) in strijd was met de geldende 'bad faith taxpayer doctrine'. Het Scheidsgerecht heeft beoordeeld of het bewijs is geleverd dat sprake was van kwade trouw. Het Scheidsgerecht heeft vervolgens geoordeeld dat 'the massive record' geen bewijs bevat van deze stelling dat Yukos' Mordovische vennootschappen 'shams' (schijnvennootschappen) waren (paragraaf 639 *Final Awards*). In de vernietigingsprocedure heeft de Russische Federatie aangevoerd dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd, omdat in de arbitrageprocedure wel degelijk bewijsmateriaal is overgelegd. Het hof heeft dit betoog verworpen, omdat volgens het hof duidelijk is dat het Scheidsgerecht met 'the massive record' (het omvangrijke dossier) duidt op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd (rov. 8.4.13). Het hof heeft dit in rov. 8.4.1.4-8.4.16 nader onderbouwd door erop te wijzen dat het oordeel van het Scheidsgerecht in het teken staat van de vraag of in de Russische belastingprocedure sprake was van 'due process'.

3.205 Onderdeel 7.1 bevat een inleiding en geen klachten. Onderdeel 7.2 valt uiteen in vier subonderdelen met klachten.

Onderdeel 7.2.1: onverenigbaarheid met art. 19 en 24 Rv?

3.206 Volgens onderdeel 7.2.1 is het oordeel van het hof onverenigbaar met art. 24 en 19 Rv, omdat de uitleg van het hof dat 'the massive record' verwijst naar het belastingdossier en niet naar het arbitragedossier, door geen van beide partijen is verdedigd.

3.207 Deze klacht faalt. Bij het hof lag immers de vraag voor hoe het desbetreffende oordeel van het Scheidsgerecht moest worden begrepen. Daarom had het hof ook de vrijheid dit oordeel anders uit te leggen dan door partijen verdedigd. Die verdedigde uitleg is als zodanig geen feit, maar vormt juist de kwestie waarover een uitspraak van het hof wordt gevraagd. Er is dan ook geen sprake van verboden aanvulling van de feitelijke grondslag (art. 24 Rv) of van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv).

Onderdeel 7.2.2: bewijsmateriaal in fiscale procedure

3.208 Onderdeel 7.2.2 klaagt over de overweging van het hof aan het slot van rov. 8.4.13, dat de Russische Federatie niet heeft aangevoerd dat het bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd ook reeds in de belastingprocedure was overgelegd. Volgens het onderdeel was er voor de Russische Federatie geen reden om dit aan te voeren, omdat dit een 'evident feit' is. Verder was, aldus het onderdeel, duidelijk dat verschillende in de arbitrageprocedure overgelegde bewijsstukken afkomstig waren uit de belastingprocedure.

3.209 De door het onderdeel bestreden overwegingen bouwen voort op de verwerping door het hof van het betoog van de Russische Federatie, dat in de arbitrageprocedure bewijs is geleverd van kwade trouw bij Yukos/HVY. Het hof heeft in lijn hiermee geoordeeld dat bedoelde bewijsstukken niet relevant zijn, nu het erom ging of zij in de belastingprocedure waren ingediend, wat de Russische Federatie niet heeft gesteld. Het hof behoefde niet zonder daarop gerichte stellingen van de Russische Federatie, zelfstandig te onderzoeken of bepaalde bewijsstukken ook in de belastingprocedure waren ingediend. Zou het hof dat wel hebben gedaan, dan had het hof de grenzen van de rechtsstrijd overschreden en bovendien de feitelijke grondslag aangevuld door zelf feiten vast te stellen en deze in aanmerking te nemen. De klacht stuit hierop af.

Onderdeel 7.2.3: betekenis belastingdossier

3.210 Onderdeel 7.2.3 voert aan dat het Scheidsgerecht zich op andere punten dan de Mordovische schijnvennootschappen (namelijk het gebruik van schijnvennootschappen in Lesnoy en Trekghorny) heeft aangesloten bij 'Audit Reports' en 'Decisions' van de Russische belastingautoriteiten en geen betekenis heeft gehecht aan het belastingdossier als zodanig. Volgens het onderdeel beschikte het Scheidsgerecht ook niet over de Russische belastingdossiers. Er bestaan bovendien meerdere belastingdossiers, zodat geen sprake is van één 'massive record' (enkelvoud). Daarom zou de uitleg van dit oordeel door het hof onbegrijpelijk zijn, aldus de klacht.

3.211 Ook na herhaalde lezing van het onderdeel is mij niet duidelijk geworden wat het onderdeel wil betogen. Voor zover het onderdeel bedoelt te betogen dat het hof heeft miskend dat het oordeel van het Scheidsgerecht niet begrijpelijk is en daarom niet voldoet aan de eisen van art. 1065 lid 1, onder d, Rv, faalt de klacht, omdat dit betoog in feitelijke instanties niet is gevoerd (toen werd immers aangevoerd dat het motiveringsgebrek erin was gelegen dat in de arbitrageprocedure wel degelijk bewijs was geleverd). Voor zover het onderdeel bedoelt te betogen dat de lezing van het hof in rov. 8.4.13 onlogisch is, omdat het Scheidsgerecht met 'the massive record' niet op het belastingdossier kon doelen, faalt ook deze klacht, omdat deze redenen in feitelijke instanties niet zijn aangedragen (toen werd immers een ander betoog gevoerd). Verder geldt dat het hof zijn lezing in rov. 8.4.14-8.4.16 uitvoerig met argumenten heeft onderbouwd. Deze overwegingen worden niet bestreden.

3.212 Onderdeel 7.2.4, ten slotte, is gericht tegen rov. 8.4.16. Dit onderdeel gaat er vanuit dat het hof in die overweging een 'subsidiaire' motivering voor zijn afwijzing van het beroep op art. 1065 lid 1, onder e, Rv heeft gegeven, daarbij zijn eerdere afwijzing (rov. 8.4.13 e.v.) 'terzijde schuivend'.

3.213 Het onderdeel miskent dat het hof in de bestreden overweging geen 'subsidiaire' motivering

geeft, maar ten overvloede overweegt dat ook als de door de Russische Federatie verdedigde lezing van paragraaf 639 van de *Final Awards* juist is, dit de uiteindelijke conclusie van het Scheidsgerecht onverlet laat. Dat het gaat om een overweging ten overvloede blijkt eruit dat het hof in rov. 8.4.13 uitdrukkelijk van een andere lezing van het oordeel van het Scheidsgerecht is uitgegaan. Hierop stuiten de klachten af.

3.214 Uit het voorgaande volgt dat de klachten van onderdeel 7 vergeefs zijn voorgesteld.

Onderdeel 8: veegklacht

3.215 Onderdeel 8 van het middel bevat een veegklacht die voortbouwt op de onderdelen 1 t/m 7. Het onderdeel betoogt dat bij het slagen van een of meer onderdelen 1 t/m 7 de door het hof gesauveerde schadevergoeding die het Scheidsgerecht aan HVY heeft toegekend, niet in stand kan blijven.

3.216 Nu de onderdelen 1 t/m 7 falen, behoeft deze veegklacht geen bespreking.

Slotsom principaal beroep

3.217 De slotsom is dat het principale beroep dient te worden verworpen.

4 Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

4.1 HVY hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen zowel het tussenarrest als het eindarrest. Het incidentele cassatiemiddel bevat drie onderdelen, die alle zijn ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van het principale cassatiemiddel van de Russische Federatie slaagt. Nu het principale cassatieberoep niet slaagt, behoeft het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep geen bespreking.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

[1] Verwezen wordt naar de paragraafnummers van deze conclusie.

[2] Verdrag inzake het Energiehandvest, met Bijlagen, Trb. 1995, 108 (Engelse en Franse teksten, met correcties in Trb. 1995, 250) en Trb. 1995, 250 (Nederlandse vertaling).

[3] Wet van 2 juni 2014, Stb. 2014, 200, in werking getreden op 1 januari 2015 (Stb. 2014, 254). Het overgangsrecht is geregeld in art. IV lid 4 in verbinding met art. IV lid 2 van die wet.

[4] Zaaknr. 20/01892, ECLI:NL:PHR:2020:1082, nrs. 3.10-3.18.

[5] ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2; JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders.

[6] Zie hierover Thomas W. Wälde, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors with Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries, in: Thomas W. Wälde (ed.), The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade, The Hague: Kluwer International 1996, p.

251 e.v.; Thomas Roe & Matthew Happold, Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 7-13 (deze schrijvers vermelden abusievelijk dat de ECT op 17 december 1995 voor ondertekening is opengesteld); Crina Baltag, The Energy Charter Treaty. The notion of investor, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 6-13; Kaj Hobér, The Energy Charter Treaty. A Commentary, Oxford: OUP 2020, p. 13-24.

[7] Zie overheid.nl/verdragenbank, alsmede de website van het Secretariaat van de ECT (https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers).

[8] De Russische Federatie heeft de ECT ondertekend zonder de verklaring van art. 45 lid 2 ECT af te leggen. Andere staten (Australië, Noorwegen en IJsland) hebben ten tijde van hun ondertekening wel verklaard de ECT niet voorlopig te zullen toepassen.

[9] Zie hierover Hobér, a.w., p. 6; Roe & Happold, a.w., p. 13-18; Wälde, a.w., p. 286 e.v.

[10] Zie Laurent Gouiffès, The Dispute Settlement Mechanisms of the Energy Charter Treaty, in: Clarisse Ribeiro (ed.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, New York: JurisNet 2006, p. 22-29.

[11] Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Washington, 18 maart 1965, Trb. 1981, 191.

[12] Verdrag van 23 mei 1969, Trb. 1985, 79.

[13] Onder meer Baltag, a.w., p. 24.

[14] André Nollkaemper, Kern van het internationaal publiekrecht, Den Haag: Bju 2019, p. 127-134.

[15] Hobér, a.w., p. 39 e.v.; Baltag, a.w., p. 24 e.v.

[16] Hobér, a.w., p. 40.

[17] Zie Roe & Happold, a.w., p. 4; Anna Turinov, "Investment" and "Investor" in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction, Journal of International Arbitration 2009, p. 4.

[18] Zie o.a. art. 25 lid 1 ICSID-verdrag: 'The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (…) and a national of *another* Contracting State' (mijn curs., A-G).

[19] Zie bijvoorbeeld *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria* (Award on Jurisdiction), UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 juli 2013, para. 408: 'It is settled jurisprudence that a national investment cannot give rise to *an ICSID arbitration*, which is reserved to international investments' (mijn curs., A-G). Zie ook Stephen Jagusch & Anthony Sinclair, The Limits of Protection for Investments under the Energy Charter Treaty, in: Clarisse Ribeiro (ed.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, New York: Jurisnet, 2006, p. 75-77; Turinov, a.w., p. 6; Roe & Happold, a.w., p. 49; Baltag, a.w., p. 106-107.

[20] Deze benadering is als volgt onder woorden gebracht in *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 april 2009, para. 96: 'At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition. (…)'.

[21] Turinov, a.w., p. 6.

[22] De weergave van de feiten is ontleend aan rov. 2.2-2.6 van het in cassatie bestreden eindarrest van het hof Den Haag van 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Zie ook mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1082) onder 2.1-2.31 vóór de beschikking van de Hoge Raad van 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2.

[23] *Hulley Enterprises Limited (Cyprus)/The Russian Federation,* UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, Final Award; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus)/The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-05/AA228, Final Award; *Yukos Universal Limited (Isle of Man)/The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award.

[24] ECLI:NL:RBDHA:2016:4229.

[25] ECLI:NL:GHDHA:2018:2476, JBPr 2019/9, m.nt. C.L. Schleijpen.

[26] ECLI:NL:GHDHA:2018:3437.

[27] ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Het arrest is ook gepubliceerd in NJ 2020/360 bij HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1511 en in TvA 2020/31, JOR 2020/164, m.nt. N. Peters.

[28] Strikt genomen heeft art. 1 geen leden, maar onderdelen ('punten'). In deze conclusie volg ik echter de terminologie ('leden') die door het hof en de procesinleiding is gebruikt.

[29] ECLI:NL:HR:2020:1511, NJ 2020/360.

[30] ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2; JOR 2021/79, m.nt. M.A. Broeders.

[31] Zie in het kader van arbitrage bijvoorbeeld Dirk Otto & Omaia Elwan, in: Herbert Kronke e.a., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 374. Zie in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging van civiele vonnissen o.a. Monique Hazelhorst, Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial, Den Haag: TMC Asser Press 2017, p. 299-300.

[32] P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht - nationaal en internationaal, Deventer: Kluwer 2001, p. 199.

[33] Zie A.J. van den Berg e.a., Nederlands Arbitragerecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 136-138; Sanders, a.w., p. 203-210; *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 31.

[34] Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 382 Rv, aant. 3 (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt).

[35] Zie Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 382 Rv, aant. 7 (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt); Th. B. ten Kate en E.M Wesseling-van Gent, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechterlijke uitspraken, Deventer: Kluwer 2013, nr. I.1.4. Uit deze eis volgt dat de herroepingsvordering alleen in beeld komt wanneer het bedrog pas na de uitspraak is ontdekt, en redelijkerwijze niet eerder had kunnen worden ontdekt (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:727, NJ 2018/250, rov. 3.5). In het uitzonderlijke geval dat het bedrog na de uitspraak maar tijdens de lopende rechtsmiddeltermijn wordt ontdekt, heeft de benadeelde partij de vrije keuze (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 382 Rv, aant. 8.2 (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt)).

[36] Over de redenen voor invoering van de herroepingsprocedure in de Arbitragewet is in de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 31) slechts opgemerkt: 'Het laatste artikel van de vijfde afdeling over de vernietiging van het arbitrale vonnis introduceert het request-civiel op de enigszins aangepaste gronden genoemd in artikel 382 onder 1°, 7° en 8C. In het huidige arbitragerecht zijn deze gronden, eveneens aangepast, te vinden in artikel 649 nrs. 8-10. Hoewel niet vaak voorkomend en dan meest op de onder a van dit artikel genoemde grond, kan dit sluitstuk op de aantasting van het arbitrale vonnis niet worden gemist'.

[37] Althans onder het hier toepasselijke oude recht, want inmiddels is de vernietigingsprocedure beperkt tot één feitelijke instantie (art. 1064a (nieuw) Rv).

[38] Dit betekent ook dat bedrog slechts in uitzonderlijke gevallen in een vernietigingsprocedure aan de orde kan worden gesteld, namelijk als het na de uitspraak, maar binnen de lopende termijn voor een vernietigingsvordering wordt ontdekt. Wanneer bedrog tijdens de procedure is ontdekt of bij redelijkerwijs van de bedrogene te verwachten onderzoek had kunnen worden ontdekt, dan moet dit tijdens de arbitrageprocedure aan het scheidsgerecht worden voorgelegd (vgl. over een vordering tot herroeping HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207, NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders).

[39] Door Sanders is verdedigd dat deze eis niet zou moeten worden gesteld wanneer een vernietigingsvordering wordt gebaseerd op strijd met de openbare orde (a.w., p. 189-190). Dit is echter, ook volgens Sanders zelf, in strijd met het wettelijk systeem. Zie ook de tegenwerping van H.J. Snijders (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1064 Rv, aant. 2): 'Meer in het algemeen zal (…) een arbitraal vonnis dat in strijd is met de openbare orde – men denke bijvoorbeeld aan gevallen van schending van het beginsel van hoor en wederhoor – toch binnen een zekere termijn, in casu de wettelijke termijn voor vernietiging, aangevallen dienen te worden: rechtszekerheid is een groot goed en 'lites finiri oportet'.'

[40] Procesinleiding, nr. 2.

[41] Zie rov. 5.1 van het tussenarrest, onbestreden in cassatie.

[42] Zie Heike Krieger, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Berlin/Heidelberg: Springer 2018, p. 441-446; Denise Mathy, in: Olivier Corten, Pierre Klein (eds.), The Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Volume I, Oxford: OUP 2011, p. 640-654.

[43] Zie hierover Krieger, a.w., p. 445.

[44] Zie hierover Baltag, a.w, p. 31-55; Roe & Happold, a.w., p. 67-77; Hobér, a.w., p. 513-530; Antonio Morelli, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), Commentary on the Energy Charter Treaty, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 477-481; W. Michael Reisman, The provisional application of the Energy Charter Treaty, in: Graham Coop & Clarisse Ribeiro (eds.), Investment Protection and the Energy Charter Treaty, New York: JurisNet 2008, p. 47-61.

[45] Hobér, a.w., p. 515: Baltag, a.w., p. 35.

[46] Zie over de verschillende opvattingen ook: Hobér, a.w., p. 520 e.v.; Baltag, a.w., p. 39 e.v.; Reisman, a.w., p. 56 betoogt dat 'the inability in Article 45(2)(a) refers to an inability arising from an inconsistency between the provisional application regime and "its constitution, laws or regulations".' Niet duidelijk is of deze auteur meent dat het moet gaan om inconsistentie tussen het beginsel van voorlopige toepassing en de interne rechtsorde, of om inconsistentie tussen de voorlopig toe te passen bepalingen met de interne rechtsorde.

[47] Zie ook de *Interim Awards*, para. 304; Baltag, a.w., p. 41.

[48] Zie ook de beslissing in ICSID-arbitrage: *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, para. 210; *Interim Awards*, para. 307 e.v.

[49] Zie ook de *Interim Awards*, para. 311 e.v.

[50] Zie bijvoorbeeld het standpunt van de Russische Federatie zoals weergegeven in para. 294 van de *Interim Awards*.

[51] Roe & Happold, p. 72-76; *anders*: Baltag, p. 46-48.

[52] Dit is ook gesignaleerd door Hobér, a.w., p. 520.

[53] Baltag, a.w., p. 41-42.

[54] *Interim Awards*, para. 312-315.

[55] Thomas Wälde, 'Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation', Arbitration International 1996, p. 462 e.v., meent dat het doel van de *Limitation Clause* is te voorkomen dat staten door de enkele ondertekening gebonden worden aan bepalingen die kunnen conflicteren met hun nationale recht en die wetswijzigingen vereisen om in werking te kunnen treden.

[56] HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2, onder verwijzing naar HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders. Zie Sanders, a.w., p. 186-188; H.J. Snijders, Arbitragerecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 9.3.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 1.2); Van den Berg e.a., a.w., p. 132.

[57] Snijders, a.w., 2018, nr. 1.1.3.

[58] HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

[59] Zie onder 2.36 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2009:BG4003) vóór HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2010/170.

[60] HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4130, NJ 1981/203, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie Sanders, a.w., p. 23 en 33; Snijders, a.w., 2018, nr. 6.4.1; G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage - bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv, Deventer: Kluwer 2011, p. 860; N. Peters, IPR, Proces & Arbitrage. Over grondslagen en rechtspraktijk, Apeldoorn: Maklu 2015, p. 274.

[61] Het onderdeel verwijst naar een in hoger beroep overgelegde opinie van prof. H.J. Snijders (productie RF-D9), waarin wordt verdedigd dat het aanvullen van bevoegdheidsgronden door de overheidsrechter in strijd is met de finaliteit en effectiviteit van de arbitrageprocedure. Ook noemt Snijders het als een bezwaar dat bij het scheidsgerecht geen debat heeft kunnen plaatsvinden over

de bevoegdheidsgrond die door de overheidsrechter is toegepast.

[62] Zie ook rov. 4.4.4 van het eindarrest van het hof in deze zaak.

[63] In gelijke zin Peters, a.w., p. 274 en onder 7 van zijn noot in JOR 2020/164 bij het eindarrest van het hof.

[64] Procesinleiding, randnummer 27 onder c.

[65] Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/171.

[66] Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders, waarin is overwogen dat ook de partij die zich op vernietiging beroept de daartoe aangevoerde gronden in hoger beroep van een nadere feitelijke of juridische onderbouwing mag voorzien, mits de strekking van art. 1064 lid 5 Rv wordt geëerbiedigd. Zie ook nr. 2.16 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór dit arrest (ECLI:NL:PHR:2009:BG4003).

[67] Zie instemmend Peters onder 8 van zijn reeds genoemde noot in JOR 2020/164.

[68] Zie procesinleiding, nr. 27 onder a.

[69] Zie *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 22; Meijer, a.w., 2011, p. 860; Van den Berg e.a., a.w., p. 99.

[70] Zie HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1.

[71] Zie rov. 3.4.2 van het in de vorige noot aangehaalde arrest van de Hoge Raad.

[72] G.J. Meijer e.a., Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.77.3.

[73] Zie IGH *Territorial Dispute (Libya v Chad),* 3 februari 1994, para. 41, waar het Internationaal Gerechtshof opmerkt: 'Interpretation must be based above all upon the text a the treaty'; zie Oliver Dörr, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Berlin/Heidelberg: Springer 2018, p. 580.

[74] Dörr, a.w., p. 585.

[75] Zie Rafael Leal-Arcas, Introduction, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), Commentary on the Energy Charter Treaty, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 1 en 9.

[76] Het oordeel van de rechtbank in rov. 5.28 van haar vonnis, waarnaar de klacht in nr. 37 verwijst, staat overigens in een andere sleutel. De rechtbank heeft op die plaats het standpunt van HVY verworpen dat art. 45 lid 1 ECT transparantie zou eisen in die zin dat het de eis zou stellen dat Ondertekenende Partijen door middel van een voorafgaande verklaring of kennisgeving duidelijk moeten maken welke verdragsbepalingen volgens hun nationale recht niet voorlopig kunnen worden toegepast.

[77] Aldus art. 31 lid 1 en 2 WVW, en de (terecht onbestreden) weergave en bespreking daarvan door het hof in rov. 4.2.1 e.v.

[78] Nollkaemper, a.w., nr. 243; Dörr, a.w., p. 598-599.

[79] Zie nr. 41 van de procesinleiding, voetnoot 92.

[80] Vgl. HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2, rov. 3.7.2.

[81] Zie ook 'Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty', PbEG L 69/115.

[82] Zie HvJEG 30 april 1974, zaak C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, Jur. 1974, p. 00449 (*Haegeman*), punten 3-6; HvJEG 11 september 2007, zaak C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, Jur. 2007, p. I-07001 (*Merck Genéricos*), punt 31; HvJEU 8 maart 2011, zaak C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, Jur. 2011, p. I-01255 (*Lesoochranárske* VLK), punt 30; HvJ EU 16 mei 2017, advies 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (*Vrijhandelsovereenkomst EU-Singapore*), punt 29; HvJEU 7 juni 2018, zaak C-83/17, ECLI:EU:C:2018:408 (*KP*), punt 24). Zie ook K. Lenaerts, P. van Nuffel, Europees Recht, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 492; G. de Baere en J. Meeusen, Grondbeginselen van het recht van de Europese Unie, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 345 e.v.

[83] HvJEG 11 september 2007, zaak C-431/05, ECLI:EU:C:2007:496, Jur. 2007, p. I-07001 (*Merck Genéricos*), punt 46. Dit arrest bouwt voort op de eerdere arresten HvJEG 16 juni 1998, zaak C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292, Jur. 1998, p. I-03603 (*Hermès*); HvJEG 14 december 2000, gevoegde zaken C-

300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688, Jur. 2000, p. I-11307 (*Dior* en *Assco*).

[84] HvJEU 8 maart 2011, zaak C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, Jur. 2011, p. I-01255 (*Lesoochranárske* VLK). Zie hierover o.a. De Baere en Meeusen, a.w., p. 347.

[85] Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, gesloten te Aarhus op 25 juni 1998.

[86] Zie ook de conclusie van A-G Tanchev van 2 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:512, punten 130 e.v., vóór HvJEU 8 september 2020, zaak C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677 (*Recorded Artists Actors Performers*).

[87] Zie Leigh Hancher, European Energy Law - From Market to Union?, in: Pieter Jan Kuijper e.a. (eds)., The Law of the European Union, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, p. 1097 e.v.

[88] Zie PbEG 1997, nr. L 104/1.

[89] HvJEU 6 maart 2018, zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowakije/Achmea*), NJ 2019/353, m.nt. H.J. Snijders; AA 2018, p. 527, m.nt. P.J. Slot; AA 2018, p. 732, m.nt. A.S. Hartkamp.

[90] Zie hierover ook: B.J. Drijber, Nous d'abord: investeringsarbitrage na 'Achmea', NJB 2019/473, p. 588-595.

[91] Declaration of the representatives of the governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union, te vinden op https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190 bilateral-investment-treaties_en.pdf.

[92] Zie de genoemde verklaring, p. 2.

[93] Advies 1/20, ingekomen bij het HvJEU op 2 december 2020. Zie ook het persbericht 'Belgium requests an opinion on the intra-European application of the arbitration provisions of the future modernised Energy Charter Treaty', 3 december 2020, https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2020/belgium_requests_opinion_intra_european_ap 'By submitting this question, Belgium is seeking legal clarification from the Court on the compatibility under Union law of the dispute settlement mechanism provided for in the draft modernised Energy Charter Treaty, in view of the fact that this mechanism could be interpreted as allowing its application intra-European Union, i.e. between an investor who is a national of EU Member States only and an EU Member State'.

[94] Cour d'appel Parijs 17 juni 2017, Russische Federatie/Hulley Enterprises Limited, te raadplegen op https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9023_0.pdf.

[95] 'Considérant que les accords mixtes conclus par l'Union et les Etats membres avec des tiers sont au nombre des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (CJCE 30 sept. 1987, aff. 12/86 Demirel; CJUE 18 juil. 2013, aff. C 414/11 Sanofi-Aventis Deutschland) (…).'

[96] Procesinleiding, nr. 91.

[97] De zaak is bij het HvJEU geregistreerd onder nr. C-741/19.

[98] Bij arrest van 12 april 2016 heeft de Cour d'appel het arbitrale vonnis vernietigd, welk arrest door de Cour de cassation op 28 maart 2018 is vernietigd. Na vernietiging heeft de Cour de cassation de zaak weer teruggewezen naar de Cour d'appel, die vervolgens bij de genoemde beslissing van 24 september 2019 de prejudiciële vragen aan het HvJEU heeft gesteld.

[99] ECLI:EU:C:2021:164.

[100] Conclusie A-G Szpunar, punt 37-45.

[101] Conclusie A-G Szpunar, punt 101 e.v.

[102] Conclusie A-G Szpunar, punt 110, 118.

[103] Zie Dylan Geraets & Leonie Reins, in: Rafael Leal-Arcas (ed.), Commentary on the Energy Charter Treaty, 2018, p. 25-29; Hobér, a.w., p. 73-78; Baltag, a.w., p. 167-183; Roe & Happold, a.w., p. 48-64; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 74-87; Juliet Blanch, Andy Moody & Nicholas Lawn, 'Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty', in: Coop & Ribeiro (eds.), Investment Protection and the Energy Charter Treaty, New York: JurisNet 2008, p. 5; Emmanuel

Gaillard, 'Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty', in: Clarisse Ribeiro (ed.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, p. 58-66.

[104] Zie Baltag, a.w., p. 18.

[105] Zie Hobér, a.w., p. 78-84; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 3-4.

[106] Hobér, a.w., p. 116-119; Baltag, a.w., p. 103-107; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Jagusch & Sinclair, p. 89-93; Blanch, Moody & Lawn, t.a.p.; Gaillard, a.w., p. 67-73.

[107] Onder meer Hobér, t.a.p. Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/1, alsmede P. Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR, deel 9, Maklu: Apeldoorn-Antwerpen, 2017, nr. 126, met een overzicht van investeringsverdragen en de daarin opgenomen omschrijving voor rechtspersonen die onder de bescherming van het desbetreffende investeringsverdrag vallen.

[108] Hobér, a.w., p. 129-132.

[109] Zie Hobér, a.w., p. 78-84, 417-420; Roe & Happold, p. 45-67.

[110] Het moet immers gaan om handelen binnen de context van het desbetreffende verdrag. Oliver Dörr, Vienna Convention on the Law of Treaties, a.w., p. 598, schrijft: 'Practice of the parties is only relevant under lit b if it occurs "**in the application**" of the treaty, which plainly indicates that, just as for the development of international customary law, a subjective link is required under lit b: the parties whose practice is under consideration must regard their conduct to fall within the scope of application of the treaty concerned and in principle to be required under that treaty. They must act the way they do for the purpose of fulfilling their treaty obligations, *i.e.* their subsequent conduct must be motivated by the treaty obligation'. Uit de bronnen die in voetnoot 255 van de procesinleiding worden genoemd blijkt evenmin dat de keuzes die verdragspartijen bij andere, latere verdragen hebben gemaakt meewegen voor de uitleg van een eerder verdrag. Ook deze bronnen zien steeds op de statenpraktijk in de uitvoering van het desbetreffende verdrag. Zie bijvoorbeeld de geciteerde uitspraak in *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Decision on Jurisdiction, para. 158: 'such an approach has clearly been rejected by all three NAFTA Parties in their practice subsequent to the adoption of NAFTA'.

[111] Dörr, a.w., p. 614; Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford: OUP 2008, p. 164.

[112] *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, para. 107 e.v. (BIT Nederland-Turkije); *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, para. 161 e.v. (BIT Nederland-Kazachstan); *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, para. 189 (BIT Montenegro-Nederland); *Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius*, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction, para. 111 e.v. (BIT Frankrijk-Mauritius); *Romak S.A. (Switzerland) v . The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, para. 173 e.v. (BIT Zwitserland-Oezbekistan); *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, para. 137 e.v. (BIT Duitsland-Oekraïne).

[113] In de literatuur is veelvuldig onderschreven dat op grond van art. 1 lid 7 ECT voor het vaststellen van de nationaliteit van een rechtspersoon, en daarmee voor de vraag of deze als investeerder kan worden aangemerkt, uitsluitend deze formele test geldt. Zie Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 4 ('In including within the definition of an Investor "companies or other organizations organized in accordance with applicable law", it would appear to be clear that the "nationality" test for companies is a purely formalistic one that looks to the company or other organisation's place of incorporation'); Baltag, a.w., p. 16-17, 106; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Hobér, a.w., p. 116; Geraets & Reins, 'Definitions', in: Leal-Arcas (ed.), a.w, p. 39; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 89 e.v.

[114] Gardiner, a.w., p. 190; Dörr, a.w., p. 586-587.

[115] Zie https://www.energychartertreaty.org/provisions/part-i-definitions-and-purpose/article-1-definitions/. Deze 'Understandings' zijn teksten die tijdens de onderhandelingen over de ECT zijn opgesteld en waarover de onderhandelaars overeenstemming hebben bereikt, maar maken geen deel uit van de tekst van de ECT. Zij kunnen daarom gebruikt worden om de verdragstekst te interpreteren, aldus het Secretariaat van de ECT (Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty - A Reader's Guide, 2002, p. 61-62). In gelijke zin Roe & Happold, a.w., p. 20. De Understandings kunnen de tekst van de ECT niet uitbreiden of veranderen, omdat zij geen deel uitmaken van de verdragstekst, aldus

Geraets & Reins, a.w., p. 17.

[116] Zie over deze definitie: Hobér, a.w., p. 325-345; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 17-20; Baltag, a.w., p. 147-149; Apurva Mudliar, in: Leal-Arcas, a.w., p. 249 e.v.

[117] Baltag, a.w., p. 153 e.v.

[118] Zie voetnoten 270, 271 en 272 van de procesinleiding (p. 63-64).

[119] Dörr, a.w., p. 598.

[120] Dörr, a.w., p. 598-599.

[121] Het gaat dan met name om de opmerking aan het slot van het hierna geciteerde gedeelte van de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad.

[122] Recommendation for a Council Decision authorising the entering into negotiations on the modernisation of the Energy Charter Treaty, COM(2019) 231 final, te raadplegen op http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157884.pdf,

[123] Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty, doc. 10745/19, p.3, zie https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf.

[124] *Working Document* van de Europese Raad met als onderwerp 'ECT Modernisation: Revised Draft EU proposal' (WK 3937/2020 UNIT), zie https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf.

[125] Dörr, a.w., p. 603-604.

[126] Dörr, a.w., p. 605-609; Gardiner, a.w., p. 266-267.

[127] Zie International Law Commission (ILC), Yearbook of the International Law Commission, Vol. II: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-eighth session (Document A/61/10), 2006, p. 180 (onder nr. 21): 'Article 31, paragraph (3)(*c*) also requires the interpreter to consider other treaty-based rules so as to arrive at a consistent meaning. Such rules are of particular relevance where parties to the treaty under interpretation are also parties to the other treaty, where the treaty rule has passed into or expresses customary international law or where they provide evidence of the common understanding of the parties as to the object and purpose of the treaty under interpretation or as to the meaning of a particular term'.

[128] Dörr, a.w., p. 609.

[129] ILC, a.w., pr. 180 (onder nr. 20): 'Customary international law and general principles of law are of particular relevance to the interpretation of a treaty under article 31, paragraph 3 (*c*), especially where (…) the terms used in the treaty have a recognized meaning under customary international law or under general principles of law (…)'.

[130] Deze benadering is als volgt onder woorden gebracht in *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 april 2009, para. 96: 'At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition. (…)'.

[131] Turinov, a.w., p. 6.

[132] Zie voor een overzicht van de eisen: Turinov, a.w., p. 12-13; Jagusch & Sinclair, a.w., 2006, p. 90-93.

[133] Zie Nollkaemper, a.w., p. 127-134.

[134] *The Loewen Group Inc. v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 26 juni 2003, para. 223 e.v.

[135] *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, reeds aangehaald, met name para. 135 e.v.

[136] *Occidental Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador* (Decision on Annulment), ICSID Case No. ARB/06/11, 2 november 2015, para. 259 e.v.

[137] *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, 19 december 2008;

National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/11/7, 3 april 2014, para 136. Zie ook rov. 5.1.8.9 van het eindarrest, onbestreden in cassatie.

138 *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria* (Award on Jurisdiction), UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, 18 juli 2013, para. 408 e.v.

139 *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, 28 maart 2011, para. 55 e.v.

140 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/03/24, 8 februari 2005, para. 128, waar het tribunaal overwoog: '(…) it remains the case that the Claimant [Plama Consortium, A-G] was an "Investor" under Article 1(7) ECT: it is here irrelevant who owns or controls the Claimant at any material time. The definition of "Investment" under Article 1(6) refers to the Investor's investment, in other words it is again here irrelevant who owns or controls the Claimant at any material time; (…)'. Zie ook Turinov, a.w., p. 16.

141 *Charanne B. V. v. The Kingdom of Spain* (Final Award), Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Arbitration No. 062/2012, 21 januari 2016.

142 SCC *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, Arbitration Case No. V20I3/153, 12 juli 2016.

143 *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, 16 juli 2012.

144 Geraadpleegd zijn, naast de in de volgende voetnoten genoemde bijdragen: Turinov, a.w., p. 12-13; Hobér, a.w., p. 116; Baltag, a.w., p. 141-146; Roe & Happold, a.w., p. 64-65; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 93; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 3-4; Engela C. Schlemmer, 'Investment, Investor, Nationality, and Shareholders', in: Peter T. Muchlinski e.a. (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford: OUP 2015, p. 77-78.

145 Zie Wälde, a.w., p. 274, die stelt dat 'incorporating just for the sake of Treaty protection' niet voldoet, waarbij verwezen wordt naar art. 17 ECT.

146 Anthony C. Sinclair, 'The substance of nationality requirements in investment treaty arbitration', ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 2005, p. 378 e.v. (in gelijke zin dezelfde auteur in 'Investment Protection for "Mailbox Companies" under the 1994 Energy Charter Treaty', Transnational Dispute Management 2005). In *Plama/Bulgarije* (reeds aangehaald, para. 147 e.v.) oordeelde het ICSID-tribunaal dat verdragsstaten investeerders van tevoren zullen moeten informeren van een besluit op grond van art. 17 ECT, en dat staten hierop niet pas tijdens een arbitrale procedure beroep kunnen doen om zo de niet-ontvankelijkheid van de claim van de investeerder te bewerkstelligen. Zie ook Sinclair, a.w., ICSID Review 2005, p. 387: 'The decision in *Plama* on the right-to-deny-benefits provision has practical consequences. It follows that ECT Article 17 can offer a good defence for host States to claims brought by "mailbox" companies, but a State must exercise its right prior to the time the investment is made'.

147 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juli 2001, International Legal Materials 2003, p. 609-624.

148 Zie hierover Baltag, a.w., p. 211-219; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 75 e.v.; Turinov, a.w., p.5 e.v.; Roe & Happold, a.w., p. 57-63; Hobér, a.w., p. 69-73.

149 Baltag, a.w., p. 219: 'A diligent Investor will have to take into consideration all relevant criteria, including the chances for an ECT dispute to be dismissed by an ICSID tribunal because of failure to fulfil the investment requirement under Article 25(1) of the ICSID Convention'; Jagusch & Sinclair, a.w., p. 87; Turinov, a.w., p. 19-22; Roe & Happold, a.w., p. 49. De laatsten wijzen erop dat het algemeen aanvaard is dat de Salini-criteria 'are not jurisdictional hurdles which must each be surmounted but, rather, typical characteristics of investments' (p. 57).

150 Roe & Happold, a.w., p. 57 e.v.

151 Zie de reeds vermelde uitspraken *Alapli/Turkije* en *Isolux/Spanje*; Hobér, p. 73-78 (i.h.b. p. 75).

152 *Alapli/Turkije, reeds aangehaald,* para. 337-350. Zie Geraets & Reins, a.w., p. 35-36.

153 *Alapli/Turkije*, *Dissenting Opinion* of Marc Lalonde, para. 9.

154 *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan,* SCC (Stockholm Chamber of Commerce) Case No. V 116/2010, 19 december 2013, para. 806. In gelijke zin

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, para. 157:'The definition of investment must be interpreted according to article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and not in accordance with tests, criteria or guidelines beyond the terms, the context or the object and purpose of the ECT. There is no test, set of criteria or guidelines that can or should be relied upon in international law to restrict or replace the definition that exists in the ECT'.

155 Het hof heeft in rov. 5.1.11.6, op basis van uitspraak van het Scheidsgerecht, de stelling verworpen dat sprake was van illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering door HVY (dat wil zeggen, de verwerving van aandelen in Yukos door HVY). Onderdeel 3.4 ziet op andere vermeende illegale activiteiten, die later hebben plaatsgevonden, waaronder het ontduiken van dividendbelasting, het betalen van steekpenningen, witwaspraktijken en het wegsluizen van vermogen van Yukos uit Rusland (nr. 131).

156 Zie bijvoorbeeld Karen Vandekerckhove, Piercing the corporate veil, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 1 en 11; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 834 e.v., met verdere verwijzingen.

157 Baltag, a.w., p. 115. Zie ook over de verschillende verschijningsvormen: R.C. van Dongen, Identificatie in het rechtspersonenrecht, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 22, Deventer: Kluwer, 1995.

158 Baltag, t.a.p.

159 IGH, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Belgium v. Spain),* 5 februari 1970.

160 IGH *Barcelona Traction*, para. 37 e.v.

161 *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)06/2, 17 september 2009.

162 Zie *Phoenix/Tsjechië*, para. 143: 'Although, at first sight, the operation by Phoenix looks like an investment, numerous factors converge to demonstrate that the apparent investment is not a protected investment. (…). It is the conclusion of the Tribunal that the whole "investment" was an artificial transaction to gain access to ICSID', en *Alapli/Turkije*, para. 404: 'All the elements of the file and the particular circumstances of the case prove the investment was manipulated to appear as a foreign investment'.

163 *Alapli/Turkije,* para. 401 e.v.; *Phoenix/Tsjechië*, para. 142-143; *Cementownia/Turkije*, para. 154-156, met verwijzing naar *Tokios Tokelés/Oekraïne*, ICSID Case No. ARB/02/18 (Decision on Jurisdiction), para. 53-56.

164 Dit geldt ook voor de andere in hoger beroep genoemde uitspraken (zie memorie van antwoord, nr. 712). Deze uitspraken erkennen het bestaan van het leerstuk van *piercing the corporate veil*, maar plaatsen dit in de context van aansprakelijkheid. Zij bieden geen aanwijzing dat het leerstuk moet worden toegepast zoals door het onderdeel wordt verdedigd. Zie *ADC Affiliate Ltd./Hongarije*, ICSID Case No. ARB/03/16, 6 oktober 2006, para. 358; *Rumeli Telekom AS c.s./Kazachstan*, ICSID Case No. ARB/05/1, 29 juli 2008, para. 328; *Saluka Investments/Tsjechië*, Partial Award, UNCITRAL,17 maart 2006, para. 230.

165 Zie uitdrukkelijk Baltag, a.w., p. 141-146.

166 Deze beschrijving van het standpunt van de Russische Federatie is ontleend aan rov. 5.1.11.1 van het eindarrest.

167 Zie o.a. Hobér, a.w., p. 99: '(…) the ECT does not have any provision requiring that an investment be in conformity with a particular law, neither municipal law nor international law'.

168 Baltag, a.w., p. 197-198, schrijft dat deze introductie geen rol kan spelen bij de interpretatie van de ECT, onder meer omdat deze niet valt onder de bronnen die volgens art. 31 en 32 WVV relevant zijn.

169 Zie over deze rechtspraak ook Hobér, a.w., p. 99-105.

170 *Plama/Bulgarije* (Jurisdiction), para. 128: 'The definition of "Investment" under Article 1(6) refers to the Investor's investment, in other words it is again here irrelevant who owns or controls the Claimant

at any material time; and as already noted above, the definition is broad, extending to "any right conferred by law or contract". That definition would be satisfied by a contractual or property right even if it were defeasible'. Zie ook *Plama/Bulgarije* (Award), 27 augustus 2008, para. 112.

171 *Plama/Bulgarije* (Award), para. 139.

172 *Anatolie Stati/Kazakhstan,* reeds aangehaald, para. 812.

173 Zie de volgende zaken: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines,* ICSID *Case No. ARB/11/12,* 10 december 2014, para. 322 e.v. (BIT Duitsland-Filippijnen); *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 augustus 2006, para. 195 e.v. (BIT El Salvador-Spanje); *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 juni 2010, para. 126 (BIT Duitsland-Ghana); *Phoenix/Tsjechië*, reeds aangehaald, para. 56 en 101 (BIT Tsjechië-Israël).

174 *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, 1 februari 2016 (Decision on Jurisdiction), para. 301 e.v. Zie ook *Alasdair Ross Anderson v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3 19 mei 2010, para. 55 e.v.; UNCITRAL, *Oxus Gold plc v. The Republic of Uzbekistan*, 17 december 2015 (Award), para. 706 e.v.

175 Zoals bijvoorbeeld in de zaak *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, reeds aangehaald, met name para. 235-237.

176 *Phoenix/Tsjechië*, para. 102-104. In gelijke zin: *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, 16 mei 2014, para. 131-132.

177 *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, 30 maart 2015, para. 492-495.

178 *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, 6 juni 2012, para. 308.

179 Baltag, a.w., p. 196-199; Roe & Happold, p. 87-88; Gaillard, in: Ribeiro (ed.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, a.w., p. 62, die nog op het volgende wijst: 'In line with the existing case law and the clear language of the ECT, it is fair to assume that (…) there would be no jurisdictional restriction with respect to a contract or license terminated on the basis of an alleged non-compliance: the termination of a contract or a license, the validity of which is challenged by the host State and thus constitutes precisely the issue to be decided on the merits by the arbitral tribunal, cannot provide sufficient ground for a host State to deny the benefit of access to dispute resolution to an otherwise covered investment'; Blanch, Moody & Lawn, a.w., p. 5.

180 Zie onder meer *Oxus Gold plc/Uzbekistan*, reeds aangehaald, para. 707 (met verwijzingen naar *Gustav FW Hamester/Ghana* en *Inceysa Vallisoletana/El Salvador*, reeds aangehaald). De in het onderdeel (nr. 159, voetnoot 337) genoemde uitspraak van het HvJEU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy e.a.*), punt 46, is in dit verband niet relevant, omdat deze uitspraak staat in de specifieke context van aansprakelijkheid van ondernemingen voor het schenden van de Europese mededingingsregels.

181 *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia,* UNCITRAL, 15 December 2014 (Final Award), para. 631 e.v. Het onderdeel verwijst abusievelijk naar het vonnis inzake bevoegdheid van 21 juni 2012 in deze zaak, paragrafen 634-637, maar dat vonnis bevat geen paragrafen 634-637, zodat vermoedelijk bedoeld zal zijn te verwijzen naar de Final Award van 15 december 2014.

182 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

183 Cour d'appel de Paris, *République du Kirghizistan c. M. Valeriy Belokon*, 21 februari 2017.

184 Emmanuel Gaillard, The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration, Arbitration International 2019/35, p. 1-19.

185 *Hulley Enterprises Limited (Cyprus)/The Russian Federation, Final Award*, para. 1370 (gelijkluidend in de andere *Final Awards*).

186 *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, 4 oktober 2006.

187 *Final Awards*, para. 1421-1422.

188 Schriftelijke toelichting HVY, nrs. 690 e.v.

189 Snijders, a.w., 2018, nr. 9.3.4.2.4 en 9.3.4.2.7 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.2.4 en 4.2.7). Zie ook HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders.

190 Dit is thans vastgelegd in art. 1065 lid 4 Rv (zie Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.76.3) maar gold reeds voor het oude recht: zie Van den Berg e.a., a.w., p. 134 en Snijders, a.w., nr. 9.3.4.3 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.3).

191 T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4 (G.J. Meijer); Snijders, a.w., nr. 9.3.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 1.2).

192 Zie ook nr. 3.18 van mijn conclusie vóór HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, RvdW 2021/2.

193 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

194 Bijvoorbeeld HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1003, NJ 1994/449, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

195 Onder meer HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.8.

196 Zie over deze bepaling Hobér, a.w., p. 354 e.v.; Gloria Alvarez, Article 21. Taxation, in Leal-Arcas (ed.), a.w., p. 288-298; William W. Park, Tax arbitration and investor protection, in Coop & Ribeiro (eds.), Investment Protection and the Energy Charter Treaty, a.w., p. 115-145.

197 Zie over het voorgaande Hobér, a.w., p. 357.

198 Vgl. de (eveneens authentieke) Franse tekst van art. 21 lid 5, onder b, punt (i): '(…) les organes appelés à trancher le différend (…) renvoient l'affaire aux autorités fiscales compétentes'.

199 Zie Hobér, a.w., p. 371.

200 Zie Hobér, a.w., p. 373.

201 Zie Roe & Happold, a.w., p. 193.

202 Daarover is in de arbitrale rechtspraak wisselend geoordeeld, zie Hobér, a.w., p. 369 e.v.

203 Hobér, a.w., p. 373.

204 Het onderdeel verwijst naar de overweging van het Scheidsgerecht in para. 1421 van de *Final Awards* dat het raadplegen van de belastingautoriteiten een zinloze exercitie ('an exercise in futility') zou zijn.

205 Zie Snijders, Nederlands arbitragerecht, 2018, nr. 4.14.2; Gary B. Born, International Commercial Arbitration. Vol. II: International Arbitral Procedures, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 1999; M.P.J. Smakman, De rol van de secretaris van het scheidsgerecht belicht, TvA 2007/2, onder 4; Constantine Partasides, The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration, Arbitration International 2002, p. 147-163.

206 Naast de hierna te noemen literatuur verwijst de procesinleiding (nr. 212, p. 109) naar de bijdrage van F.J.M. de Ly, Kroniek internationale arbitrage, TvA 2012/84. Daarin lees ik, anders dan het onderdeel, niet dat De Ly van mening is dat secretarissen geen vonnissen mogen schrijven. Weliswaar schrijft De Ly: 'Nog steeds mogen beslissingen of andere wezenlijke taken van arbiters niet aan een secretaris gedelegeerd worden en mogen notities van secretarissen er niet toe leiden dat arbiters de zaak niet persoonlijk bekijken en geen vonnissen schrijven', maar dit is een beschrijving van de praktijk onder de (nieuwe) ICC-notitie van 1 augustus 2012 die wordt gevolgd ten aanzien van de benoeming, de taken en de bezoldiging van administratieve secretarissen in het kader van ICC arbitrage.

207 Born, a.w., p. 2000; Partasides, a.w., p. 148 e.v.

208 Born, a.w., p. 2000. In gelijke zin Peters, a.w., onder 13.

209 Zie de noot van Peters bij het eindarrest van het hof, JOR 2020/16, onder punt 13.

210 Smakman, a.w., onder 4.

211 P. Sanders, De secretaris van het scheidsgerecht, TvA 2007/29, onder 2.

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

[213] Partasides, a.w., p. 158.

[214] Michael Polkinghorne & Charles B. Rosenberg, The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard, Dispute Resolution International, Vol. 8, 2014, p. 107-128. Deze auteurs besteden in hun bijdrage aandacht aan de rol van de secretaris in verschillende arbitragereglementen en doen een aantal aanbevelingen ('standards'). Eén van die 'standards' is dat de secretaris 'substantive portions of awards' niet mag voorbereiden en geen 'decision-making functions' mag hebben (p. 127).

[215] De procesinleiding verwijst voorts nog naar een aantal als producties overgelegde artikelen, waaruit naar mijn mening evenmin een algemeen geaccepteerde opvatting is af te leiden. Sommige bijdragen (producties RF-396 en RF-405) bespreken een specifiek arbitragereglement, terwijl auteurs van andere bijdragen een eigen opvatting verdedigen maar ook laten zien dat uiteenlopende opvattingen bestaan (producties RF-400, RF-403, RF-404).

[216] HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8097, NJ 2011/475, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.3.

[217] Memorie van antwoord, nr. 991.

[218] Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157; A.E.H. van der Voort Maarschalk, De toetsing in cassatie, in B.T.M. van der Wiel (red.), Cassatie, Deventer: Kluwer 2019, nr. 68.

[219] Zie Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht, a.w., p. 60; Van den Berg e.a., Arbitragerecht, a.w., p. 46; Snijders, Nederlands arbitragerecht, a.w., nrs. 4.4.1 en 9.3.3; G.J. Meijer e.a., Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/III.8.3.

[220] Vgl. bijvoorbeeld HR 18 november 2016, NJ 2017/202, m.nt. H.B. Krans en P. van Schilfgaarde (*Meavita*), rov. 3.2.5.

[221] HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4947, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

[222] HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2. Zie ook de conclusie van A-G Bakels vóór het in de vorige voetnoot genoemde arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2000, waarin hij bepleit dat onder het ontbreken van een motivering ook zou moeten worden verstaan 'een motivering die zó gebrekkig is, dat zij naar informatief gehalte en overtuigingskracht, met een geheel ontbrekende motivering op één lijn is te stellen'.

[223] HR 22 december 2006, ECLI:NL:2006:AZ1593, NJ 2008/4, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.